

PRÉFACE

À n'en pas douter, la lecture de l'ouvrage que nous livre monsieur Schmaltz présentera, pour ceux qui entreprendront de s'y risquer, un intérêt à la mesure du lourd scepticisme qui avait entouré le choix de son sujet. Tout n'avait-il pas été dit et écrit sur la question de la propriété publique, et fallait-il ajouter une inutile pierre de plus à l'édifice ? Traiter des personnes publiques propriétaires, n'était-ce pas s'interroger sur des champs déjà explorés, et, sous couvert d'une simple différenciation, qui ne serait pas même sémantique mais strictement terminologique, s'enliser dans l'artificialité ? Le risque était grand s'agissant d'une œuvre de jeunesse, indispensable figure imposée pour un auteur à l'entame de sa carrière universitaire. Monsieur Schmaltz a volontairement et avec courage décidé d'affronter les présupposés. Mieux encore, ce risque est devenu succès, et force est de constater qu'en matière de recherche, poursuivre dans des voies largement balisées n'aboutit pas forcément à sombrer dans une effrayante incertitude eschatologique. Car le résultat obtenu est le fruit d'un immense labeur, rigoureux, d'une grande modernité, et d'une qualité qui devrait proscrire, pour les chercheurs qui suivront, de le traiter par préterition. Mais si l'ouvrage présente l'intérêt d'un renouveau de la réflexion, c'est qu'il a su se poser comme une suite possible, quoique résolument différenciée, aux considérations déjà tenues sur le sujet.

Le long cheminement qui a sévi tout au long du XIX^e siècle et pendant plus de la première moitié du XX^e siècle, a emprunté une route parfois sinueuse pour affirmer la distinction entre les domaines, angle d'attaque alors privilégié par les juristes pour traiter la question de la propriété publique. À la recherche d'un critère pertinent, doctrine et juge discouraient sur la composition du domaine, naturel ou artificiel, la nature des biens à classer, meubles ou immeubles, et l'élément discriminant d'un tel classement, l'affectation. Reposant sur les sables mouvants de la notion de service public ou de l'usage direct du public, celle-ci rendait la classification domaniale tributaire de la géométrie variable de ses propres fondements. Assortie qu'elle était d'un filtre propice à toutes les instrumentalizations, l'aménagement spécial, devenu depuis lors indispensable, elle n'apportait – et n'apporte toujours pas – le rendu précis que l'on serait en droit d'attendre d'un critère. Ajoutons pour faire bonne mesure qu'une fois la domanialité publique admise sur de telles incertitudes, voire des approximations hydro-géographiques se référant « au littoral jusqu'où le plus grand flot de mars se peut étendre sur les grèves » (que le juge a toutefois pris le soin de corriger), il en découlait un régime d'inaliénabilité trouvant sa source dans ce qui a longtemps constitué la plus ancienne des règles de droit positif. Passe encore sur ce grand âge, pas forcément et de ce simple fait révélateur de vétusté ; c'est du point de vue de la fonction de la règle que les difficultés se faisaient jour. Fondée sur la judicieuse – quoique quelque peu schizophrénique – théorie des deux corps du roi, elle correspond à une époque où le pouvoir féodal en général, la souveraineté en particulier sont l'attribut de la possession de la terre. L'idée en ressort que la permanence de la couronne est consubstantiellement liée à un domaine dont la consistance doit être

invariante, pas même de par la volonté du monarque qui n'en est que le tuteur et non le propriétaire. Il est certain que l'État moderne ne pouvait se contenter d'une vision plus sémiotique que fonctionnelle de la propriété publique. Celle-ci s'éloignera du monde des signes formels et des symboles, pour essentiellement devenir le support propriétaire des fonctions économiques et politiques de la puissance publique, notamment dans les orientations dirigistes voire autoritaires plus particulièrement retenues dans les périodes de guerres ou de crises.

Plus avant, du côté des juristes, les remises en cause d'une vision domaniale binaire et de ses effets allaient bon train. Via la théorie de l'échelle de la domanialité, le caractère relatif de la protection du patrimoine par la domanialité publique ou l'affirmation de la légitimité d'une mise en valeur – au sens d'optimisation et de rendement – de l'ensemble de la propriété publique conçue comme un patrimoine productif, doctrine et juge s'orientaient vers des raisonnements nouveaux. L'époque était alors à la recherche d'une nouvelle prise en considération de la propriété publique, dont le substrat laissait poindre des enjeux dépassant la seule approche technique, et qui peu ou prou remettaient cent fois sur le métier l'ouvrage de la patrimonialité des biens publics, leur appartenance ou non aux choses du commerce, la détention de droits sur ces biens par les administrés, voire par les personnes publiques elles-mêmes. Passer du figement initial des biens de la couronne à la liquidité de la propriété républicaine, jusqu'à parfois frôler sa fongibilité en quelque sorte. Toutefois la lancinante et permanente question de la qualification domaniale continuait à tenir la barre et faire obstacle à la nécessaire évolution de la pensée sur le sujet.

Au tournant du XXI^e siècle, la doctrine contemporaine a entrepris de ne plus aborder la question de la propriété publique du seul point de vue formel de sa domanialité. Sans aller jusqu'à nier que celui-ci puisse conserver quelque intérêt, elle en est venue à la théoriser dans une vision beaucoup plus fondamentale, s'interrogeant principalement sur sa nature. Très vite, le débat s'est engagé sur le point de savoir si une telle nature est identique, comparable, ou parfaitement différenciée, de celle qui constitue la référence, la propriété privée. Et au fond, la dimension épistémologique de l'ouvrage de monsieur Schmaltz s'inscrit dans le droit fil de ce renouveau du mode d'analyse.

Il semble cependant que l'analogie doive s'arrêter là. Car, si l'objet de la recherche est, somme toute, commun à bon nombre d'auteurs, l'approche et la méthode retenues pour la conduire sont originales, et le résultat obtenu tout à fait novateur.

Quant à la méthode, le travail de monsieur Schmaltz doit être perçu comme celui d'un chercheur raisonnable prenant la suite d'autres chercheurs tout aussi raisonnables. Il n'adhère cependant pas à l'idée d'un utopique « règne des fins », fruit d'une liaison systématique établie entre chercheurs raisonnables par des lois qui leur serait communes. À l'inverse, il ne cherche pas non plus à marquer sa différence par pure posture. La démarche, largement exposée dans le corps de l'ouvrage, est instructive, car l'on sait d'où son auteur parle. Il revendique d'être situé comme un positiviste, dans le concert de ceux qui s'interrogent sur l'objet même de leur étude, le droit et la manière de l'appréhender. Positiviste certes, mais d'un positivisme « instruit », il rejette toute réduction de la science juridique

à une logique formelle purement normativiste, en ce qu'elle est incapable de rendre compte de la réalité socioculturelle du droit. Positiviste peut-être, mais passablement éloigné de tout holisme durkheimien, c'est au contraire, et par bien des aspects, l'influence wébérienne qui guide cette instruction nourricière du positivisme. La compréhension sociologique de l'objet de la thèse par son auteur relève par certains côtés d'une forme d'herméneutique raisonnée, des sciences de la culture et non de celles de la nature, où l'Histoire sert de référence au sens subjectif du monde que révèlent les actions humaines. Le recours aux idéaltypes comme repères, sorte de constante de la thèse, en apporte la preuve si besoin était. On en vient même à peiner avec lui dans la progression de sa pensée lorsqu'il se confronte à la délicate question de la neutralité axiologique, qu'il ne prétend toutefois pas résoudre. Ce souci de neutralité est allé jusqu'au choix de l'intitulé même de l'ouvrage, passablement statique, et qui s'est vu reprocher sinon sa platitude, tout au moins son insuffisance à représenter la richesse de son contenu.

Quant aux résultats, monsieur Schmaltz retient de prendre en considération « la pluralité des points de vue » (et probablement des méthodes) pour comparer, par l'analyse du contenu matériel des règles de droit et dans une perspective subjectiviste, les personnes publiques et les personnes privées dans leur qualité de propriétaire. L'influence des thèses civilistes propriétaires, nées il y a plus d'une trentaine d'années et qui continuent de faire débat, est patente. On en connaît le postulat – aisément acceptable – de la distinction entre propriété objective, le bien, et propriété subjective, le droit exercé sur ce bien par le propriétaire. On en retient surtout l'un des aboutissements – la propriété des droits – qui continue de générer de vives oppositions. Monsieur Schmaltz n'a cependant pas hésité à inscrire son travail dans ce courant de pensée, restant conscient que, très minoritaire en droit privé, un tel positionnement le sera davantage encore en droit public. Toutefois, et même si les signes de son adhésion à ces thèses sont relativement clairs, il ne faut voir là aucune provocation stérile, mais le souci de disposer d'un outil efficace pour mener son travail. Celui-ci, en ce qu'il traite du rapport subjectif entre la personne publique en sa qualité de propriétaire, et le bien objectif susceptible d'appropriation, est riche d'enseignement. Certes, le droit objectif est l'indispensable infrastructure des droits subjectifs. Mais, vue sous l'angle de la propriété subjective, la reconnaissance d'une différence entre propriétés publique et privée n'est plus ici seulement fondée sur leur nature respective ou sur des régimes juridiques distincts. C'est du côté des personnes que l'auteur décide résolument de tourner sa réflexion.

Reprenant une idée ancienne monsieur Schmaltz pose de première part et comme ligne de fracture possible, l'opposition entre compétences des personnes publiques et capacité des personnes privées. Tenant compte des critiques que la doctrine a infligées à cette distinction, – la norme d'habilitation, concept formel, est passée par là... – c'est vers l'exercice des premières et la mise en œuvre de la seconde, notions matérielles, que l'auteur oriente son étude. Il est alors conforté dans le caractère avéré de l'opposition entre propriétés publique et privée, du fait de la différence de situation et de protection de leurs propriétaires respectifs. Plus encore, l'exercice des compétences est le fondement subjectif de la qualité de propriétaire des personnes publiques et d'elles seules. Le changement de point de

vue est patent : la personne publique ne « subit plus » le régime de sa propriété, insaisissabilité et interdiction de cession à vil prix. La propriété est l'attribut de la compétence laquelle n'est pas à la libre disposition des personnes publiques. Or, la propriété publique est au service de l'exercice des compétences. Il ne saurait donc être question de conférer aux personnes publiques une libre disposition des biens, entière et absolue. Tout usage de la propriété publique doit par principe être justifiable au regard de l'exercice d'une compétence poursuivant un but d'intérêt général. Le syllogisme peut paraître primaire, presque béotien, il n'en reste pas moins efficace. À l'inverse, sous réserve de ne pas contrevenir à des dispositions d'ordre public, le rapport subjectif qu'entretient le propriétaire privé avec sa propriété objective, est parfaitement libre. Au service de sa capacité, ce propriétaire privé jouit et dispose de sa propriété bien plus librement que le propriétaire public n'est autorisé à le faire de la sienne. On opposera que des pans entiers de la législation, sociale, fiscale du droit des successions et d'autres encore, viennent accroître les contraintes s'imposant à lui, rapprochant ainsi l'exercice de son droit de propriété, des contingences contraignant les propriétaires publics. Mais, même juridiquement encadré, ce droit sert au premier chef les intérêts de son propriétaire privé et non l'intérêt général. Seule l'intervention d'une personne publique est susceptible de changer sa finalité en un tel sens. Et, de ce fait, un rapprochement entre les deux propriétés, s'il favorise indéniablement leur comparaison, n'autorise cependant pas la confusion avec une fusion-absorption.

Corollaire de l'encadrement, les personnes publiques ont des privilèges patrimoniaux qui les caractérisent, et qu'elles peuvent matérialiser par l'exercice des droits de puissance. Pour l'exercice des compétences, ceux-ci sont parfaitement inhérents au droit de propriété, qu'ils peuvent même servir comme dans le cadre de l'expropriation, assortis qui plus est du privilège du préalable. Et parce que cette puissance est publique, elle est et ne peut être qu'un élément du statut des personnes publiques. Au contraire, les droits de puissance privée sont neutres du point de vue de la patrimonialité, et excluent tout procédé unilatéral à effet patrimonial. Cet écart entre le monde du droit public et celui du droit privé marque davantage encore la différence de statut entre propriétaires public et privé. Au total, monsieur Schmaltz peut ainsi asseoir sa démonstration de la distinction, non plus seulement sur celle des propriétés, mais sur celle des propriétaires, ces deux distinctions, quoique parfaitement complémentaires n'étant nullement réductibles l'une à l'autre.

À s'en tenir là, le renouveau proposé qui tient au changement de paradigme, aurait été déjà, et à lui seul, largement satisfaisant. Mais l'ouvrage, traduisant la volonté de son auteur d'approfondir son propre raisonnement jusqu'à en toucher les limites, est allé plus loin. Après la novation, l'exposé est celui de la nouveauté.

Étudier la compétence comme soubassement objectif des droits de propriété des personnes publiques a généré une démarche différente de celles jusqu'alors suivies. Celle-ci a néanmoins conforté l'auteur dans des conclusions, certes pas unanimes, mais largement développées dans les travaux de nombreux chercheurs précédents, qui admettent l'existence d'une différence de nature et de régime entre propriétés publique et privée. Dans sa vision subjective, l'ouvrage apporte une dimension complémentaire tirée de la fonction de la propriété publique, le

service des compétences que doit assurer ou assumer toute personne publique. D'un point de vue organique, la doctrine estime qu'une telle personne est « génétiquement porteuse de l'intérêt général », formule que monsieur Schmaltz fait sienne. Mais il choisit également d'aborder la question d'un point de vue matériel, en étudiant l'exercice de leurs compétences par les personnes publiques agissant en tant que propriétaires. Présentée aussi simplement, la construction semble là encore primaire, opposant fondement et mise en œuvre. L'approche matérielle ne serait que le complément normal de la justification organique, voire une recherche appliquée en suite d'une autre plus fondamentale. On pourrait penser à un laisser-aller de l'auteur, que traduirait un plan paresseux, de type « théorie-pratique ». On pourrait également y voir deux thèses en une, sous gestion d'un inconfortable grand écart intellectuel entre deux idées passablement étrangères l'une à l'autre. Or, il n'en est rien.

Parce que le raisonnement reste inexorablement attaché à la dimension subjective de la propriété publique, comme moyen permettant l'exercice de leurs compétences par les personnes publiques qui en ont la charge, un tel exercice prend un tour nouveau. La propriété des biens n'est que l'une des voies possibles pour l'exercice des activités qui matérialisent la compétence objective dont dispose toute personne publique. D'autres voies sont à prendre en considération. Dans bien des cas, le bien utile, voire indispensable, à l'exercice des compétences relève de la propriété d'une personne privée, et plus que son appropriation, c'est sa disponibilité certaine et garantie au bénéfice de la personne publique qui importe. Louer plutôt qu'acquérir, pratiquer la servitude légale ou conventionnelle plutôt que l'expropriation, réquisitionner et non déposséder, constitue alors une nouvelle forme de raisonnement. Certes, outre l'examen de sa légalité, celui-ci ne peut être tenu que sous bénéfice d'inventaire plus qu'utile de sa dimension économique et budgétaire. Mais à l'instar de tout acte d'achat, l'acquisition amiable ou forcée devrait être précédée d'une évaluation du besoin d'acquérir. Et la théorie du bilan elle-même pourrait connaître un jour nouveau, mesurant l'atteinte à la propriété privée d'une déclaration d'utilité publique non plus au regard du patrimoine déjà détenu, mais par rapport aux biens déjà disponibles comme ressource et support de l'exercice des compétences, ainsi que la permanence et la stabilité de leur disponibilité.

La nouveauté apportée par la thèse n'est pas tant dans cette idée de disponibilité, déjà sous-jacente en doctrine et largement consacrée par certaines jurisprudences, — on pense par exemple à la notion de biens de retour dans les concessions, dont la propriété publique *ab initio* ne s'impose plus comme une évidence. C'est la généralisation du raisonnement, et surtout la contribution à sa formalisation qui constitue l'apport nouveau. Monsieur Schmaltz porte son attention sur l'ensemble des actifs, propriété publique ou non, affectés à une activité, pour admettre que toute activité publique connaît un tel ensemble. Et la propriété des droits, en ce qu'elle permet de transcender la stricte appropriation des biens objectifs, lui fait imaginer, par transposition d'une notion familière en droit privé, la possibilité de représentation juridique des activités de toutes les personnes publiques propriétaires par la notion de fonds administratif, sur lequel chacune d'entre elles possède un droit. Bien plus, cette notion est la seule à pouvoir recouvrer de manière générique la diversité des biens nécessaires à l'exercice d'activités

elles-mêmes extrêmement diverses. Et la question du dualisme juridique qui en résulte peut elle-même être à nouveau résolue, par le recours à la notion d'ordre juridique partiel. Celle-ci, loin de constituer une référence théorique, est, dans l'utilisation qu'en fait l'auteur, une clé de lecture nouvelle du développement de l'action publique, une *praxis* autorisant l'étude pratique de l'action des personnes publiques propriétaires par le biais de la théorie du fonds administratif qui en découle et la représente juridiquement sous forme d'une universalité.

Bien qu'assise sur de solides convictions dont il sait qu'il aura à les défendre, l'avancée proposée par monsieur Schmaltz doit beaucoup à l'idée qu'il s'en faisait. Elle remémore inexorablement certaines découvertes trouvant initialement leur origine dans une dimension intuitive, pour finalement aboutir à un foisonnement de raisonnements tous aussi différents qu'utiles à la science qu'ils servent. Monsieur Schmaltz a posé que la théorie civiliste de la propriété des droits pouvait trouver à s'appliquer aux personnes publiques propriétaires. Il en subira probablement les critiques, les mêmes que celles que connaissent les fondateurs de cette théorie, quant à la préséance consentie à la propriété lorsqu'elle absorbe la titularité des droits. Leurs opposants conçoivent mal, en effet que ceux-ci puissent faire l'objet d'appropriation, et à tout le moins trouvent la position inutile parce qu'inapte à répondre aux questionnements générés par la matière qu'elle appréhende. Nul ne peut à ce jour établir avec certitude qui des fondateurs ou de leurs contempteurs a raison, en prouvant que l'une des positions doit être totalement retenue et l'autre parfaitement rejetée en considération de leur utilité finale respective. Mais si l'on en vient à l'utilité intermédiaire, l'analyse subjective des personnes publiques propriétaires et la propriété des droits qui en résulte ont permis à monsieur Schmaltz de faire émerger, ce qu'il n'aurait pas forcément cherché en suivant d'autres voies, la notion de fonds administratif. Ne serait-ce que pour cette seule raison, cette analyse aura au moins déjà présenté un intérêt. Et, à n'en pas douter, elle porte en germe le foisonnement de raisonnements qui ne manquera pas d'intervenir, enrichissant ainsi la pensée juridique.

Alors certes, de prime abord la lecture du travail n'est pas aisée, il faut comme on l'a dit, entreprendre de s'y risquer. On entrera ainsi dans la démarche personnelle de l'auteur, et on découvrira un résultat dont on comprendrait qu'il puisse irriter tous ceux – directeur de recherche inclus peut-être... – qui se demandent pourquoi ils n'y ont pas eux-mêmes pensé. Que l'on ne voie pas en cela un formidable coup de chance, ce n'est que le résultat logique de l'association d'une passion pour la recherche et d'une technique maîtrisée du raisonnement. Et cette passion, on le sait bien, est à l'instar d'un don : sans technique elle ne serait rien qu'une sale manie.

Jean-François SESTIER
Professeur de droit public
Université Jean Moulin Lyon 3