

Propriété publique, propriété privée et justice *

Christian MOULY (†)

Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

RÉSUMÉ. — L'opposition entre **propriété** privée et propriété publique est ancienne. Elle est aujourd'hui renouvelée par un déplacement des arguments de leur efficacité vers leur **justice**.

En dépit de l'attraction qu'exerce la propriété publique pour tenter d'atteindre le mirage de la justice sociale (tentative qui ne pouvait être qu'infructueuse en raison de ses bases théoriques et pratiques), l'expérimentation et la théorie démontrent la plus grande justice de la propriété privée fondée sur ses modes de mise en œuvre et non son résultat ou ses conséquences (sens procédural de la justice d'une institution juridique), bien que de surcroît, parce qu'elle est juste, elle réduit mieux les misères humaines, spécialement celles des plus pauvres.

Comparaison et raisons de sa justice supérieure sont fournies par l'histoire (I), l'économie (II), la morale (III), ce qui conduit à une recherche des critères permettant de distinguer propriété publique de propriété privée (IV).

Le débat clos sur la plus grande justice de la propriété privée peut trouver une issue dans l'application (et la justification) du principe de **subsidiarité**, incorporé dans le Traité des CE, qui laisse à la moins efficace et moins juste propriété publique peu de domaines, et pour certains d'eux seulement pour une période transitoire.

INTRODUCTION

1. L'opposition entre propriété privée et propriété publique est forte et ancienne, sans que le débat ait été réellement centré sur la propriété¹. La propriété était incluse

* Mes remerciements et ma dette envers les collègues qui m'ont aidé dans la conception et la rédaction de cet article sont à la mesure, immense, de leur aide, et plus spécialement de celle de Pierre Garelo (MC économie, Montpellier) et de Christian Atias (Pr. droit, Aix).

¹ Les trois termes de ce titre pourraient appeler de longs développements sur leur contenu et leurs frontières, sur les concepts mêmes. Parce que l'intérêt nous en paraît secondaire, nous les éludons pour nous concentrer sur l'argumentation des mérites respectifs d'une vision large de la propriété publique (note suivante) et d'une vision stricte de la propriété privée (infra 3) au regard d'une notion procédurale de justice qui retient, pour apprécier une institution, ses modes de mise en œuvre et non son résultat (ou ses conséquences). Un résultat n'est pas objectivement évaluable : est-il juste que telle personne perçoive un revenu de 500 F supérieur à telle autre ? que telle personne roule en voiture de luxe et non telle autre, que telle entreprise vende plus qu'une autre, etc. ? En revanche, il est possible de répondre que le revenu supérieur est justifié par un contrat ou des contreparties négociées, que le surcroît de luxe est justifié par des profits justement gagnés, et le surcroît de chiffre d'affaires justifié par

dans l'opposition entre, d'une part l'intervention publique, par la réglementation ou l'action économique directe, et d'autre part le libre marché. Le débat est redevenu actif en cette fin de XX^e siècle, notamment par le renouvellement que lui apporte le bilan de l'expérience vécue de collectivisation menée à l'échelle planétaire durant ce siècle, totalement dans les pays du socialisme réel ou très largement dans les États providence occidentaux.

L'échec économique des modes de propriété publique² intégrés au cœur de ces deux expériences étant patent³ et assez largement admis, le débat est aujourd'hui déplacé de l'efficacité vers la justice⁴. La demande de justice sociale (redistribution des richesses) qui inspirait l'intervention étatique et la propriété publique est également renouvelée par l'expérience vécue. À la question que se posent les plus lucides des partisans de la propriété publique répond une argumentation très dense de certains économistes et juristes

une meilleure satisfaction des consommateurs. La procédure et les institutions juridiques produisant le résultat donné peuvent être évalués en termes de justice.

² La propriété publique est-elle un concept juridique ? Elle n'a pas d'entrée au *Vocabulaire juridique* de Cornu, ni dans les traités ; les spécialistes parlent de biens publics, c'est-à-dire « appartenant à des personnes publiques » (J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 1995, n° 1) ou de domaine public (Y. Brard, *Domaine public et privé des personnes publique*, Dalloz, 1994, p. 1). Nous entendons propriété publique comme couvrant toute propriété, non seulement immobilière mais aussi d'entreprises et de tous meubles, contrôlée directement ou indirectement par l'État et toutes collectivités territoriales (locales ou collectivités supranationales (CE, Conseil de l'Europe, ONU, etc.), par les établissements, entités et entreprises publics (du conservatoire du littoral ou des musées nationaux) jusqu'à ceux qui sont cachés sous le faux nez de la mixité (sociétés d'économie mixte par exemple) ou de la commercialité (transport, banque, assurance, services divers par exemple) (proche de cette conception large : P. Catala, « L'évolution contemporaine du droit des biens, Rapport de synthèse » in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 184. Comp., opposé à une conception large, et limitant la propriété publique aux « biens du domaine privé et du domaine public des personnes publiques », « État, collectivités locales, établissements publics », J.-F. Lachaume, *L'évolution de la propriété publique*, *op. cit.*, p. 107 et 105) ; cet auteur justifie ce choix par « l'importance de l'élément organique, à savoir la présence d'une personne publique, ... en droit administratif » (*ibid.*)). Il nous paraît au contraire que sa combinaison avec le critère matériel de la gestion ou du contrôle par une administration bureaucratique est déterminant pour évaluer la justice de cette propriété, comme il sera expliqué, même si gestion et contrôle (au sens de pouvoir de décision, comme en droit des sociétés) sont exercés à travers des institutions de droit privé. Cette propriété publique au sens large représente plus de la moitié des richesses d'un pays comme la France.

³ Trois preuves majeures l'attestent : 1. l'implosion des systèmes de propriété publique totale, en URSS et dans tous les pays marxistes de la planète ; 2. les incurables déficits des États providence occidentaux, là encore sur toute la planète ; 3. le mouvement planétaire des privatisations, seul moyen de remédier à ces deux situations. Seule l'approche procédurale de la justice que nous retenons laisse encore ouvert le débat entre les deux propriétés, puisqu'en termes de résultat la propriété publique n'a fait qu'aggraver la situation des pauvres et renforcer celle des nantis.

⁴ Certains le déplacent seulement d'un *lambda*, de l'économie à l'écologie. Par justice, nous entendons cette forme contemporaine d'allocation proportionnée des richesses, cette quête actuelle et récente d'éthique, ce souci du pauvre et des plus défavorisés, et surtout ce souhait de réduire les misères humaines, matérielles et morales, notamment par des institutions juridiques appropriées.

sur l'indéniable capacité de la propriété privée⁵ à mieux réduire les misères et injustices humaines que son antithèse, la propriété publique.

2. La question fut très excellemment résumée par R. Badinter, en 1995 : « Par quoi remplacer la proposition centrale du socialisme, l'appropriation collective des moyens de production, puisque, nulle part, cette idée n'a engendré la libération des hommes ? »⁶.

Le Président Delors avait traduit en termes juridiques un élément majeur de réponse en préparant l'insertion du principe de subsidiarité dans le Traité de Maastricht, principe que tous les États membres ratifièrent sans hésitation⁷.

La question est parfois posée en termes plus simples : « Quelle est des deux institutions (propriété publique et propriété privée) celle qui permet le plus aisément au pauvre de devenir riche ? », ou précisée en ces termes : « *quid* pour le pauvre incapable de toute ascension sociale, en raison de ses tares personnelles, familiales, ethniques, sociales ? »⁸.

3. La réponse peut englober les diverses notions de pauvreté : pauvreté d'argent, de connaissance et de culture, de famille, de travail qui permet d'être socialement intégré et reconnu⁹. La formulation est souvent déformée aujourd'hui en statistiques braquées sur l'écart entre les patrimoines, ou entre les revenus des 10 % les plus riches et des 10 % les plus pauvres¹⁰.

⁵ Par propriété privée, nous entendons la seule vraie propriété, celle d'un propriétaire unique qui prend les décisions d'exploitation et en supporte toutes les conséquences, positives (profits) et négatives (responsabilité). Dès qu'il ne peut plus écarter l'interférence de tiers, l'on s'approche de la propriété collective (v. *infra* n. 39), dont fait partie la propriété publique. Dans la large opposition public-privé, la propriété privée est l'une des institutions juridiques majeures utilisées pour atteindre cet objectif, avec la responsabilité individuelle, la liberté, le contrat, mais peut-être après la famille (dans son sens de famille légitime et solidaire) qui est mieux à même d'éduquer les enfants, de soutenir ses membres et d'améliorer nos relations sociales que l'État, si elle n'est pas affaiblie, éclatée ou détruite par ce dernier ou avec son actif concours.

⁶ Propos tenus à la mi-mars 1995, devant la Ligue des droits de l'homme, pendant la campagne électorale pour la présidence de la république, et à l'occasion desquels l'auteur a réaffirmé son soutien au candidat socialiste M. Jospin.

⁷ Article 3B, qui vise l'action de la Communauté, action qui englobe les moyens de la mettre en œuvre, dont éventuellement la propriété.

⁸ Cette formulation, qui en apparence parle au cœur, est en réalité conséquentialiste ; c'est-à-dire qu'elle mesure une institution à ses seuls résultats économiques, et non à ses fondements ou ses procédures, ce qui peut être pertinent lorsqu'on en mesure l'efficacité mais non lorsqu'on en mesure la justice. Elle est donc trop partielle pour le philosophe du droit s'interrogeant sur la justice d'une institution, qui peut néanmoins l'inclure dans sa recherche.

⁹ V. Malaurie et Aynès, *Les biens*, n° 2 et 3.

¹⁰ Question traitée régulièrement par l'INSEE, et notamment dans son dernier rapport de 1996 sur le patrimoine des Français. L'erreur, en termes de revenus, vient de la globalisation statique, et en termes de patrimoines « d'une vision statique de la richesse, figée dans des patrimoines dont l'évaluation est arbitraire, et en outre incomplète car elle ignore le capital humain » (J. Garelo, « Quand les riches s'enrichissent », *La nouvelle Lettre* 14 sept. 1996, n° 470, p. 2.).

La réponse ne peut ignorer la création par l'État providence des nouveaux pauvres, des exclus et des assistés sans horizon, ni la déception de l'espoir que fit naître à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle le remplacement partiel ou total de la propriété privée – chargée de défauts exogènes – par le seul substitut possible, la propriété publique¹¹. En prenant aux riches ce qu'ils gardaient parfois cupidement et en le redistribuant par l'État, on pensait éradiquer la pauvreté. Le résultat, pire que la situation originale, tient largement dans l'injustice que secrète la propriété publique, et dans la justice qui imprègne la substance de la propriété privée. Sans doute est-ce une raison supplémentaire de l'intérêt actuel pour l'examen de leur justice comparée.

La démonstration d'une justice de la propriété privée supérieure à celle de la propriété publique puise à plusieurs sources qui alimentent naturellement les philosophes : l'histoire et l'expérience empirique (I), la théorie et l'économie du droit (II), la philosophie et la spiritualité (III). Ce débat élargit le chantier juridique et philosophique d'une question supplémentaire au moins, que j'évoquerai enfin : celle des critères de distinction entre propriété publique et propriété privée au regard de la propriété collective (IV).

I. — ÉLÉMENTS D'HISTOIRE ET D'EXPÉRIENCE EMPIRIQUE SUR LA JUSTICE DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUE ET PRIVÉE

4. Les leçons de l'histoire sont fructueuses, tant pour mesurer les transferts massifs entre propriété publique et propriété privée (A) que pour rechercher le sort des propriétés collectives, principalement publiques, et ses causes (B).

A. — *Les transferts massifs entre propriété publique et propriété privée*

5. À deux moments importants de son histoire, notre civilisation européenne occidentale s'est affranchie des excès de la propriété publique : au début de la période moderne et à son achèvement.

Au Moyen Âge, puis au début de la période moderne du XVI^e au XVIII^e siècles, nos ancêtres ont réduit les propriétés publiques sclérosantes et injustes¹², que le système féodal avait secrétées : propriété du seigneur¹³, propriété des villages et villes¹⁴.

¹¹ La propriété collective donnée à des entités non publiques devint immédiatement publique, au XX^e siècle dans les tentatives d'autogestion ou dans les sociétés d'État à forme commerciale, comme elle l'avait été au Moyen Âge (J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, n° 37).

¹² Les inconvénients de la superposition des titulaires de prérogatives sur un bien, superposition forte en droit coutumier médiéval, sont amplement admis : v. A.-M. Patault, *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 6 et développements in *Introduction historique au droit des biens*, PUF, *Droit fondamental*, 1989.

¹³ Sur son étendue, J.-L. Mestre, *Introduction historique précitée*, n° 18 et 21. Son assimilation à la propriété publique ne peut être faite qu'à travers le concept moderne d'État, qui lui est postérieur. Elle était dans l'esprit du temps incorporée dans les propriétés collectives, dont nous verrons que la propriété publique est une forme (*infra* n° 39-40).

¹⁴ *Ibid.* n° 43-44, et 87.

L'affranchissement s'en fait difficilement¹⁵, jusqu'au triomphe du principe d'exclusivisme¹⁶. C'est en s'échappant de la propriété publique, en matière immobilière et particulièrement en matière commerciale¹⁷, que les pauvres purent sortir de la servitude et de la misère. Fin XVIII^e siècle, la Révolution et la vente des biens nationaux confisqués à l'Église catholique ou aux féodaux accéléra cette évolution¹⁸, parachevée par le code civil en technique et philosophie juridiques¹⁹. En Angleterre, le mouvement fut plus précoce et plus fort, par la reconnaissance de pouvoirs de libre gestion et disposition au titulaire d'un bail et par la révolution des *enclosures*²⁰. Cette précocité du recul de la propriété publique explique que la révolution économique et industrielle y ait dispensé plus tôt ses avantages.

6. À la fin de la période moderne, depuis 1968 environ, le vaste mouvement planétaire de privatisation libère notre société et toutes les autres de cette considérable propriété publique accumulée depuis un siècle.

De ce transfert par privatisation, l'on peut déjà tirer deux leçons de justice :

- Le sens commun, fondé sur l'expérience ainsi faite, est que la propriété privée réduit mieux les misères humaines, et permet plus aisément à chacun de trouver dignement son pain, celui de ses enfants, et d'aménager son avenir.

- Le mode d'instauration ou de passage vers la propriété privée a toujours été paisible, spontané, choisi librement. Par comparaison, la collectivisation de la propriété répond moins au sentiment de justice puisqu'elle fut presque toujours imposée par une minorité à la plus large part de leurs concitoyens, par le meurtre, les purges, le goulag.

7. Collectivisation ou privatisation sont motivées par la recherche d'une meilleure justice, d'une réduction des misères humaines, misères matérielles par une meilleure efficacité dans la gestion et l'exploitation de richesses, et misères morales par une meilleure allocation de ces richesses.

¹⁵ V. les vicissitudes du mal nommé « franc-alleu » contées par A.-M. Patault, *Introduction historique* précitée, n° 37-38 et 43, ou celles des franchises, *op. cit.*, n° 36 et 42.

¹⁶ *Ibid.* n°141 et s.

¹⁷ A.-M. Patault, *Introduction historique* précitée, n° 237 et 241.

¹⁸ A.-M. Patault, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens*, rapport précité p. 8 ; développements in *Introduction historique au droit des biens*, PUF, *Droit fondamental*, 1989, spéc. n° 151. M. Garaud, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804), la Révolution et la propriété foncière*, Sirey, 1959. Rapp. D.C. North et R.P. Thomas, *The Rise of the Western World - A New Economic History*, Cambridge University Press, 1973, qui expliquent l'histoire de l'Occident par les différences en matière de création, de reconnaissance et de sécurité des droits de propriété. D. North, « Structure and Change », in *Economic History*, New-York, 1981. J. Baechler, *Les origines du capitalisme*, Gallimard, 1971, et *Le capitalisme*, t. 1., *Les origines*, Gallimard, 1995.

¹⁹ Voir la page remarquable que lui consacre Garaud, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, n° 9 et 10, p. 24, citant Portalis : « Le corps entier du code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent ».

²⁰ Si bien contée par H. Lepage, *Demain le capitalisme*, Livre de Poche, 1978, p. 113 et s.

Fin XIX^e siècle, ces incitations ont fait apparaître le socialisme²¹ et le catholicisme social²² ; l'élan était souvent généreux. Aujourd'hui elles provoquent un retour raisonnable à la propriété privée, expérience faite de tous les socialismes, avec une préoccupation renforcée de justice, car la propriété publique n'offre que l'appauvrissement collectif, l'inégalité et la violation des droits de l'homme²³.

La propriété privée est empiriquement perçue plus juste et plus efficace que la propriété publique, après de longues et amples applications de la propriété publique. Ce constat d'expérience est complété par la démonstration philosophique et théorique des avantages économiques et moraux de la propriété privée (*infra* II et III).

B. — *Le sort des propriétés collectives, principalement publiques :*
la « Tragedy of the commons » (*La tragédie de la vaine pâture*)

8. Sous ce titre choc mais pleinement justifié, Garrett Hardin publia en 1968 dans la revue américaine *Science* un article fondateur, qui connut un grand succès²⁴.

La démonstration est scientifiquement faite que la liberté d'user des biens communs ou collectifs conduit à leur surexploitation. Partant de l'image et de l'expérience historique des pâturages communs en Angleterre et aux USA aux XVIII^e et XIX^e siècles, l'auteur généralise le problème, car la tragédie des communs est celle de toute propriété collective. Pour son application à la propriété publique (qui n'est qu'une partie des propriétés collectives) la tragédie des communs est jouée au Crédit Lyonnais (entreprise propriété d'État) comme dans les jardins publics (propriété communale) ; elle affecte l'usage des finances publiques, souvent considérées comme une chose commune dont il est préférable de tirer parti personnellement, en général par l'intermédiaire des groupes au

²¹ J. Garelo, *Les illusions du socialisme*, IHS, Aix, 1992, p. 9-11 : « le socialisme est alors une grande pétition pour la justice ».

²² *Rerum Novarum*, Encyclique du 15 mai 1891, n° 1 « La richesse a afflué entre les mains d'un petit nombre et la multitude a été laissée dans l'indigence » ; comme remède, que l'État « fasse fleurir naturellement la prospérité tant publique que privée » (n° 32) ; « Il faut que la puissance économique soit effectivement soumise à l'autorité publique » *Quadragesimo Anno*, Encyclique du 15 mai 1931. Ces extraits ne sont pas représentatifs de la ligne générale de ces encycliques, beaucoup plus tempérées et nuancées.

²³ La cause en est trouvée dans la suppression ou la limitation de la propriété privée (J. Garelo, *Les illusions du socialisme*, *op. cit.*, p. 15-20, *et passim*). Les encycliques *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, et plus récemment l'encyclique *Centesimus annus* (1er mai 1991) l'affirment aussi à plusieurs reprises.

²⁴ *Science* 1968, p. 1243-1248. Hardin est biologiste généticien, épris de mathématiques qui lui permettent d'utiliser la démographie et l'économie. On trouvera quelques passages en français, des commentaires et des applications nouvelles par Lepage, *Pourquoi la propriété*, Hachette « Pluriel », 1985, p. 88-92 ; par F. Smith, « Économie de marché et protection de l'environnement », p. 244-250 in M. Falque et G. Millière, éd., *Écologie et liberté, une approche de l'environnement*, Litec, 1993 ; et par Mouly, in Cabrillac & al., *Droits et libertés fondamentaux, Exercices et corrigés*, Dalloz, 1996, p. 99-102. Appréciation critique par C. Rose, « The Comedy of the Commons : Custom, Commerce, and Inherently Public Property », 53, *Univ. Chicago Law Rev.*, 711 (1966) ; B. Ackerman éd., *Economic Foundations of Property Law*, Brown & co, Boston, 1975. Appréciation nuancée par F. Ost, « Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé », in J. Chevallier et al. (CURAPP), *Public/privé*, PUF, 1995, p. 99-100.

sein desquels l'on peut s'insérer : fonctionnaire, assuré social, membre d'un parti, créateur d'entreprise subventionné, etc. La pollution conduit aussi à la même tragédie, par un mécanisme identique mais inversé puisqu'il s'agit d'ajouter quelque chose aux communs au lieu de l'enlever : ordures, détritiques chimiques ou radioactifs, eau réchauffée versée dans la rivière, fumées délétères et dangereuses déversées dans l'air, ou panneaux publicitaires désagréables ou déplaisants ajoutés à un panorama : « l'homme rationnel trouve que sa part du coût des déchets qu'il décharge dans le commun est moins grande que le coût de purifier ses déchets avant de les déverser » (G. Hardin, *ibid.*). Le droit de l'environnement, qui repose trop sur la collectivisation des espaces (parcs naturels, réserves, chasses communes, droits de préemption, eau, air, etc.) est au cœur du problème de la propriété publique, de son inefficacité et de son injustice.

9. Hardin poursuit en recherchant le moyen d'utiliser les biens communs sans qu'il y ait surexploitation et avoue ne pas en trouver. Notamment il souligne qu'il est impossible de faire appel à la conscience de chacun : ceux qui suivent le précepte d'auto-limitation se trouvent rapidement éliminés. À long terme ceci conduit à l'élimination de la conscience dans une race. À court terme l'appel à la conscience contient un double message : d'une part le message voulu : « si vous ne respectez pas l'ordre, nous vous condamnerons pour ne pas agir comme le citoyen responsable », et d'autre part le message implicite : « si vous croyez ce que l'on vous dit, nous vous condamnerons pour être simplet et pour vous auto-limiter pendant que nous surexploiterons les communs ». Tout politicien recourt à l'appel à la conscience et à la culpabilité. L'anxiété contemporaine résulte pour partie du sentiment de culpabilité et de responsabilité qui est le fruit de cette manipulation séculaire.

L'utilisation de la coercition de la force, ou de l'organisation administrative, est quasiment impossible car il faut toujours « garder les gardiens », tâche impossible et inutilement coûteuse, à laquelle on applique la formule « *quis custodiet ipsos custodes* »²⁵.

Seul reste le recours à la propriété privée, non parce qu'elle est une institution parfaite, mais parce que personne n'en a trouvé de meilleur. Les communs, donc la propriété collective, ne sont acceptables qu'avec une population de faible densité. L'augmentation de la population conduit à utiliser un autre système.

10. L'analyse de la justice comparée des propriétés publique et privée est permanente : à l'avantage espéré de la propriété publique qui augmenterait la justice distributive (l'usage des biens pourrait être accordé à chacun selon ses besoins), la démonstration empirique du XX^e siècle et des précédents établit la cruelle réalité : partout sont appliqués en réalité État totalitaire ou État providence pesant, favoritisme de la nomenklatura, corruption et réseaux mafieux, dissolution des sentiments moraux par le mensonge d'État, des supérieurs bureaucratiques, des collègues, des mass médias. La

²⁵ Juvénal, *Satire VI*, 347 contre les juges dont il dénonçait la dissolution des mœurs et des pratiques (rapp. Cappelletti, *Le Pouvoir des juges*, *Economica*, p. 115, dans l'article *Quis custodiet custodes*). La généralisation de la maxime peut suivre la généralisation des causes qui le fondent.

propriété privée permet au contraire l'usage par chacun selon ses capacités²⁶ et ses talents.

11. La propriété privée est une institution dynamique, là où la propriété publique encourage les crispations statiques. Bien que le point de départ des individus ne soit jamais égal, la propriété privée permet par l'échange de prouver ses qualités ; elle permet l'ascension sociale si elles sont bonnes, et en sens inverse de gaspiller la richesse fortuite ou l'héritage lorsque l'héritier est si peu capable qu'il doit vendre pour survivre.

12. La propriété privée, qui réalise mieux l'égalité des chances et l'ascension sociale (*infra* n° 27 et 35), répond mieux à l'attente de la réduction de la pauvreté et des misères humaines, ce que les économistes ont largement démontré. Même en écologie, le propriétaire privé est un meilleur gestionnaire de l'environnement que le propriétaire public²⁷.

II. — ÉLÉMENTS DE THÉORIE ET ÉCONOMIE DU DROIT SUR LA JUSTICE DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUE ET PRIVÉE

13. L'histoire de la pensée économique est très instructive dans ce débat. Les économistes libéraux furent les premiers, dans les années 1950-60, à fonder leur argumentation non seulement sur l'efficacité de la propriété privée, mais aussi et surtout sur sa justice. Ils partirent de la justice du marché²⁸ (A), puis poursuivirent par la justice intrinsèque de la propriété privée (B) et la comparaison avec la moindre justice de la propriété publique (C).

²⁶ F. Bastiat a très justement dit : « La propriété est le révélateur des capacités ». L'alliance des capacités d'invention, de commerce ou de travail de l'industriel (apport en industrie dans les sociétés commerciales) avec les capacités financières du capitaliste favorise cet effet heureux.

²⁷ M. Falque et G. Millière, éd., *Écologie et liberté* précité. C'est un fait que les biens fonciers communaux n'existent plus qu'à l'état de vestiges en Europe et en Amérique. En Afrique, s'ils sont beaucoup plus nombreux, leur régime est incertain : F. Moderne, Rapport de synthèse des Travaux Capitants, *La Maîtrise du sol*, Economica, 1990, p. 1-36 et les références aux divers droits nationaux. En Occident, ils ont été remplacés par d'autres formes de propriété collective : parcs naturels, eau (v. Malafosse, *L'Eau qui endort*, Economica, 1989), l'air, le sous-sol, etc.

²⁸ Les ouvrages fondateurs sont de Hayek : *La route de la servitude*, PUF, 1985 (trad. de l'édition anglaise de 1946), spéc. p. 78-88 ; *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980, (trad. de l'édition anglaise de 1973 et s.). Ph. Nemo explique très clairement la relation que Hayek établit entre l'ordre spontané qui naît du marché et la justice in *La société de droit selon Hayek*, PUF, 1988, p. 230-269 : chap. « Catallaxie et justice » ; adde G. Radnitzky, « Hayek's Contribution to Epistemology, Ethics and Politics », *Jour. éco. et étud. hum. (JEEH)* 1992-2, p. 219 s., spéc. p. 225-227 et 232. Résumé par Lepage, « L'Analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits* n°1 (destins du droit de propriété), p. 94-98 ; plus développé in *Pourquoi la propriété*, Hachette « Pluriel », 1985, p. 86-105. E. Mackaay, « La règle juridique observée à travers le prisme de l'économiste », *RID éco.*, 1986, p. 43.

A. — *La justice du marché*

14. Le marché, et toute réflexion le concernant, englobent nécessairement le droit de propriété privée sans lequel il n'y aurait pas d'échange, donc pas de marché. La formulation peut en être lapidaire : « La légitimation du droit de propriété n'est pas son efficacité (car qui peut connaître ce qui est socialement efficace ?) mais sa conformité à la nature de l'homme »²⁹. Parallèlement d'ailleurs, la propriété publique est le support nécessaire des interventions de l'État dans l'économie, l'environnement, le social, l'éducation, l'art et la culture, la police, la justice, la défense, etc. Le débat sur la justice comparée des deux institutions est donc intégré, et parfois dissimulé, dans le débat plus général entre marché et interventionnisme³⁰.

Les économistes privilégiant aujourd'hui la justice de la propriété privée renouaient ainsi avec d'anciens prédécesseurs, Adam Smith, moraliste avant d'être économiste, et Frédéric Bastiat³¹ par exemple. Ils suivaient aussi le chemin de ceux qui, au XIX^e siècle puis au XX^e, invoquaient son injustice pour obtenir son remplacement par la propriété publique³². Ensuite fut développée une théorie des droits de propriété (*property rights*) qui par certains aspects insistait sur la justice de la propriété privée³³.

15. Trois raisons expliquent la justice du marché.

« Marché et choix ne se font pas dans l'anonymat, mais dans un système de responsabilité personnelle, et le droit de propriété prend ici son véritable sens de passeport pour

²⁹ J. Garello, « Droit et économie : quel droit ? quelle économie ? » art. précité *RRJ* 1987, 2, p. 629. Dans *Les illusions du socialisme*, IHS, Aix, 1992, p. 30-32, cet auteur résume dans un raisonnement d'une grande densité l'opposition entre la propriété privée qui permet à chacun de s'identifier et d'affirmer ses capacités, accomplissant ainsi la vocation de l'homme et sa nature, et la propriété publique « qui ramène les hommes au collectif, à l'anonymat ». Pour le développement et les justifications, v. les 8 contributions au symposium « Free market and the social justice » publiées in *JEEH* 1993-2, p. 231 à 385.

³⁰ C'est le cas de la controverse célèbre entre J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1986 (éd. originale 1971), et R. Nozick, *Anarchie, État et utopie*, PUF, 1988 (éd. originale 1974) qui traitent de la justice sociale et fort peu de la propriété. De même, B. Ackerman, *Social Justice and the Liberal State*, Yale U. P., 1980.

³¹ Par exemple, « Propriété et loi », puis « Services privés et services publics », in *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*, Romillat, 1993, p. 106 et s. et p. 230 s. (et pour le second également in *Œuvres économiques*, PUF, 1983, p. 196 et s.) ; il insiste d'abord sur la liberté et la possibilité que donne la propriété de répondre aux besoins naturels de chaque personne (p. 109 et 121), puis sur la coercition que présuppose le service public, et sur la moindre moralité de l'action gouvernementale (p. 212 et s., ou p. 250 et s.). A. Pellissier Tanon, « Hédonisme et propriété chez Frédéric Bastiat », *JEEH* 1993-4, p. 589 et s., spéc. p. 619-626.

³² Les arguments principaux en étaient le Rapport Villermé, si insuffisant sur les causes du travail des enfants (imposé sous le premier Empire pour remplacer les hommes tués en guerre), l'affirmation de l'exploitation du travailleur par le capitaliste, mal fondée sur la propriété privée ou le marché alors qu'elle est due à des rentes de situations que les capitalistes obtiennent de l'État comme l'histoire du xx^e siècle l'a démontré ; l'aspiration à la redistribution de la fortune des riches aux pauvres, si mal effectuée par la bureaucratie et la propriété publique et si appauvrissante pour toute la collectivité.

³³ Lancée par Demsetz, « Toward a theory of property rights », *57 Am. Ec. Rev.*, May 1967, p. 347-373.

l'échange, c'est-à-dire de passeport pour la vie sociale »³⁴ ; la personnalisation des relations sociales, le fait de savoir à qui l'on doit s'adresser, désigné par la propriété des choses en jeu, sont des éléments de justice³⁵. « Dans une société de marché non entravée, les consommateurs décident chaque jour de qui doit posséder et de combien il possède. Les consommateurs assignent les moyens de production à ceux qui s'en servent le mieux pour la meilleure satisfaction des besoins les plus urgents »³⁶.

B. — *Justice intrinsèque de la propriété privée*

16. Deux facteurs importants de justice sont propres à la propriété privée.

La première source de justice réside dans la responsabilité du décideur. La propriété privée augmente cette responsabilité. Elle fait contrôler l'acteur par tous les autres, dans l'échange : soit il satisfait les autres, répond à leur attente et réduit les misères humaines : il est alors récompensé par l'échange ; soit il ne satisfait pas et est sanctionné par l'abandon, sauf à lui de s'adapter et mieux servir son prochain (*supra* n° 15, la formule de Mises). Il y a, disent les économistes, rémunération à la productivité marginale : celui qui contribue au bien-être des autres est récompensé par ceux-là mêmes qu'il satisfait, spontanément.

En l'absence d'échange libre de droits de propriété privée, il est impossible de savoir si une action a été bénéfique. Les critères font défaut, et ceux qu'appliquent les administrations contrôlant l'administration sont incompris de cette dernière, et restent largement inefficaces. Le rapport de la Cour des comptes (*Journal Officiel*) illustre cette inefficacité chaque année, et plus particulièrement en 1996 ; est bien confirmée l'insurmontable difficulté « *quis custodiet custodes ?* » (*supra* n° 9). La responsabilité y est diffuse ou inexistante, comme le disait si élégamment ce ministre « responsable (mais selon le droit administratif qui en fait une responsabilité de service), mais pas coupable ».

17. La deuxième source de justice tient au libre choix de l'exploitation des biens, avec canalisation vers l'acteur (internalisation) des conséquences positives (profits) ou négatives (responsabilité) de ses choix.

Le libre transfert de tout ou partie des prérogatives du propriétaire renforce cette cause de justice et d'efficacité. Ce libre transfert est essentiel pour que « le contrôle des ressources soit orienté vers ceux qui sont susceptibles d'en faire un meilleur usage que d'autres »³⁷. « L'échange n'est pas un jeu à somme nulle mais un véritable acte créateur »³⁸.

Le propriétaire public ne jouit pratiquement pas de cette liberté de transfert : inaliénabilité du domaine public ; difficultés juridiques, économiques et sociales gênant les privatisations ; comptabilité publique ou contrôle de la Cour des comptes ; tutelle

³⁴ J. Garelo, « Droit et économie : quel droit ? quelle économie ? » art. préc., *RRJ* 1987-2, p. 630.

³⁵ Demsetz, « Toward a theory of property rights », art. précité, derniers paragraphes.

³⁶ Mises, *L'Action humaine*, PUF, 1985, p. 719.

³⁷ H. Lepage, « L'Analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, n° 1, p. 96.

³⁸*Op. cit.*, p. 97, et la démonstration.

administrative, et d'autres causes encore entravent son insertion dans l'échange créateur de richesse et de justice.

18. Cette justification de la propriété privée par sa justice intrinsèque fut principalement formulée par Israël Kirzner³⁹, et les nombreux économistes qui le suivirent dans sa démonstration. Elle repose sur la justice du profit qui récompense non pas le partage d'un gâteau figé mais une découverte profitable aux autres faite par un entrepreneur. La valeur de cette découverte est objectivement appréciée par ceux qui en bénéficient et qui la rémunèrent dans l'échange. La justice de la propriété privée est double : la récompense du propriétaire est objective et méritée, et il est fortement incité à augmenter la richesse commune, donc à rechercher des moyens de réduire les misères humaines en donnant satisfaction à ses partenaires dans l'échange⁴⁰.

Ces travaux ont précédé ceux des économistes défenseurs de l'État et de la propriété publique, et précèdent encore aujourd'hui ceux des juristes qui s'intéressent peu à la comparaison des justices respectives de ces deux propriétés⁴¹.

Cette démarche ne fut pas seulement destinée à combler le vide invoqué par certains post-modernes, après l'effondrement du marxisme et du scientisme (que rappelle opportunément la formule de M. Badinter citée en introduction). Elle est l'application d'un choix à la fois rationnel et empirique, nourri des démonstrations que les économistes de l'école autrichienne ont patiemment amoncélées depuis un demi-siècle, démonstrations souvent ignorées des juristes et philosophes⁴². Ils puisent dans la pâte du réel à pleine main et démontrent l'écart entre les deux formes de propriété par l'exemple, le raisonnement et si nécessaire par les chiffres.

19. L'on doit enfin ajouter que l'efficacité de la propriété privée conforte sa justice. Cette meilleure efficacité pour la gestion des ressources rares, et pour la satisfaction des besoins collectifs, est démontrée à l'envi par les statistiques⁴³. Plus efficace pour

³⁹ *Discovery, Capitalism, and economic justice*, Basil Blackwell, 1989 ; « Discovery, Private Property and the Theory of Justice » in *Capitalist Society*, *JEEH*, 1990-3, p. 209 avec un résumé en français p. 359 ; la démonstration est brève et remarquable. J. Garelo l'a résumée et enrichie dans « Découverte et propriété : la théorie de la justice dans une société capitaliste », *Rev. des Études humaines*, 1990-3, P. 4 s. J. Magnan de Bornier, « Efficacité ou éthique : les fondements de la propriété chez les Autrichiens », *JEEH*, 1990-3, p. 105, qui compare l'approche en termes de justice de Mises, de Rothbard, et de Kirzner (p. 118).

⁴⁰ P. Garelo, « Le cœur a-t-il des raisons que la raison ne connaît pas ? », *JEEH* 1994-4, p. 483 et s., qui étudie particulièrement l'acquisition et la gestion de la connaissance, donc des découvertes, et l'allocation des profits ; sur Kirzner, v. spéc. p. 496-498 « La décision entrepreneuriale vue par les Autrichiens ».

⁴¹ Symptomatique de cette tendance est l'ouvrage F. Dagognet, *Philosophie de la propriété, L'avoir*, PUF, 1992, qui étudie l'objet de la propriété, et à travers lui quelque peu sa raison d'être, mais nullement sa justice ou son injustice.

⁴² Sur la composition (Hayek, Mises, Rothbard, Kirzner) et les travaux de cette « école autrichienne », v. E. Mackaay, « Tableau synoptique des courants de pensée à l'origine de l'analyse économique du droit », *RRJ*, 1987-2, p. 636.

⁴³ Gwartney, Lawson and Block, *Economic Freedom of the World*, 1996, analysé par Gary Becker in *Figaro économique* du 6 juin 1996, p. X : la liberté économique, dont la propriété privée est un des critères essentiels parmi les dix-sept pris en compte, permet une

réduire les misères humaines, la propriété privée s'approche davantage de la justice que la propriété publique.

C. — *Comparaison avec la moindre justice de la propriété publique*

1. Les incitations.

20. Les causes d'une meilleure justice de la propriété privée concentrent leurs effets dans un élément auquel l'analyse économique du droit attache à juste titre une grande importance : les incitations qu'une institution juridique adresse à ses utilisateurs. La propriété privée concentre les bénéfices et coûts des actions sur le propriétaire responsable, et ces incitations sont morales : incitation à faire attention, à valoriser, à économiser. Au contraire la propriété publique incite les hommes politiques qui la gèrent à distribuer des faveurs, par électoralisme ou clientélisme ; elle incite les bureaucrates à gaspiller, à faire peu, et à faire supporter les risques aux autres, parfois contre leurs qualités personnelles et leur volonté ⁴⁴.

21. Les juristes, les philosophes et les politistes négligent souvent ces incitations fournies par une institution juridique à ceux qui l'emploient. Ce point est essentiel pour la comparaison entre propriété publique et propriété privée.

Les hommes qui usent de l'une et de l'autre sont les mêmes, qu'ils soient bureaucrates ou salariés, hommes politiques ou commerçants et professions libérales. Mais ils agissent différemment, suivant les incitations qu'ils reçoivent des institutions juridiques dans lesquelles ils ont inséré leur action. Quatre exemples : le long terme, l'intérêt pour autrui ou l'égoïsme, le coût, l'amoralité généralisée.

22. La gestion publique a nécessairement courte vue, en raison de la nécessité pour les hommes politiques de montrer leur efficacité avant les élections prochaines, et pour les bureaucrates de tenir des rythmes budgétaires abstraits.

Ces gestionnaires n'ont pas d'incitation à conserver l'avenir, autre que leur bonne volonté, alors qu'au contraire le propriétaire privé reçoit de telles incitations du marché.

23. La propriété publique favorise un désintéret pour autrui, et un certain égoïsme, mus par la nécessité de la réélection ou de la promotion, qui pousse à faire grossir le service administratif dans lequel on souhaite prospérer, sans considération d'utilité ou de gaspillage. La gestion publique est centrée sur elle-même : le chef de service doit défendre son service, pour l'étendre, pour la promotion de son statut personnel et pour permettre à ses subordonnés de monter en grade dans le service ⁴⁵.

meilleure croissance économique et de meilleurs niveaux de revenu par tête (« La France se situe à un rang qui varie entre le 15^e et le 32^e selon les indicateurs de liberté économique »).

⁴⁴ La meilleure analyse des traits essentiels de la bureaucratie et de ses inconvénients a été faite par Mises, *La Bureaucratie*, Lib. de Médicis, Paris, 1946, spéc. p. 46 à 64.

⁴⁵ Tous ces traits ont été développés par l'école dite du *public choice*, travaux qui valurent à James Buchanan et Gary Becker le prix Nobel d'économie ; en voir la présentation par E. Mackaay, Tableau synoptique précité, *RRJ*, 1987-2, p. 635, et par H. Lepage, *Demain le*

24. La gestion publique est coûteuse car elle est totalement isolée du *ratio* coûts/bénéfices : coupée du marché, la bureaucratie ne peut évaluer justement les uns et les autres. La propriété publique ne donne pas d'incitation à l'efficacité, mais au contraire de nombreuses incitations à la facilité et au gaspillage ⁴⁶.

25. Enfin, la comparaison permet aussi de constater que la propriété privée évite le gauchissement moral que peut provoquer la généralisation de la propriété publique ⁴⁷, et au-delà du service public et de l'intervention de l'État en toutes matières : on peut s'interroger sur le lien entre les victimes du sang contaminé et un système de collecte, de traitement et de commercialisation reposant autant sur la propriété publique. Les détournements dont sont parfois soupçonnés des dirigeants « d'entreprises » publiques, à des fins personnelles ou partisans, illustrent mieux aujourd'hui le vice d'irresponsabilité qui tarade la propriété publique et la rend consubstantiellement injuste ⁴⁸.

Cette preuve par *a contrario* est forte. La propriété publique a corrompu tous les pays et peuples qui l'ont appliquée, en totalité ou en partie : Russie, Chine, Afrique, Argentine, etc., d'où les dissidents d'abord puis les témoins nombreux ensuite ont expliqué le mensonge permanent, la recherche permanente de l'avantage personnel (mesquin ou important, positif ou négatif – tire au flanc –) que l'on prend au détriment de l'autre, pour soi ou son parent, afin de survivre. Dans les États providences occidentaux, l'extension de la propriété publique a corrompu les structures administratives ou parapubliques : octroi des permis de construire, des HLM, adjudication des marchés publics ou parapublics, et jusqu'à la charité des citoyens abusée par des associations peu scrupuleuses.

26. L'ignorance par les énarques et les juristes de ces faiblesses éthiques structurelles de la propriété publique a conduit dans une fausse voie, consistant à chercher à imposer législativement de meilleurs comportements, ou à autoriser législativement des comportements critiquables, l'évaluation de ces comportements étant confiée à des structures (comités ou commissions administratifs, réglementation bureaucratique) qui portent en elles le nivellement moral, dû à trois causes : l'irresponsabilité du décideur, et l'avantage personnel devenu banal, confortés par l'impossibilité de faire surveiller les surveillants (v. *supra* n° 9 *in fine*) et l'inefficacité de l'appel à la morale.

capitalisme, Livre de poche, 1978, p. 171 et s. Adde, X. Greffe, *Analyse économique de la bureaucratie*, Economica, 1981.

⁴⁶ Démonstration également par l'école du *public choice*.

⁴⁷ L'expérience montre que même les propriétés mixtes public-privé, comme les SEM (sociétés d'économie mixte) ou les sociétés dans lesquelles l'État (ou toute autre collectivité publique) reste majoritaire engendrent plus aisément les travers et injustices de la propriété publique que les bienfaits de la propriété privée. Les SEM sont souvent un simple assemblage de personnes morales de droit public, cherchant notamment à éviter les entraves de la comptabilité publique. La multiplication des affaires dont la justice est saisie montre que l'esprit public l'emporte.

⁴⁸ Ces exemples traduisent en réalité le débat plus large entre service public et intérêt privé, dans lequel les analystes des intérêts privés ont démontré que les propriétaires privés plus orientés vers autrui et le service du prochain que le service dit public, par les incitations qu'envoie le marché (*supra*, n° 20).

2. Les effets.

27. L'expérience comparée des deux types de propriété, et des sociétés libres et étatisées dans lesquelles elles sont le type majeur, permet de constater que la propriété privée favorise l'égalité des chances mieux que la propriété publique.

Dans les sociétés libres, des groupes ethniques marginaux ont aisément fait leur place ⁴⁹, et les pauvres qui ont des talents ne sont pas soumis à l'avilissement politique ou copinard pour trouver les moyens de fonder famille et bien-être.

Dans les sociétés étatisées, l'ascension sociale passe trop souvent soit par le parti (allégeance et prévarication), soit par les réseaux (nomenklatura) ; cette ascension n'a lieu qu'au détriment du voisin, car la propriété publique n'incite pas à la création ou la découverte de richesses nouvelles, au contraire de la propriété privée (*supra* n° 18). Les sociétés étatisées et leur propriété publique secrètent des nouveaux pauvres, des exclus, mal assistés par un État providence qui n'en peut mais, financièrement et techniquement, car les bureaucraties ont démontré leur incapacité à réduire efficacement les misères humaines.

28. Un second effet juste de la propriété privée est d'offrir une plus grande transparence, qui réduit l'impact des réseaux d'amis et de la nomenklatura, et atténue la corruption : la corruption prospère lorsque le corrompu peut offrir un avantage qui ne lui coûte rien personnellement, ce qui est le cas du bureaucrate et de l'homme politique gérant la propriété publique ; au contraire dans un marché libre, l'acheteur qui reçoit un cadeau caché soit le paie indirectement (mais il peut faire jouer la concurrence pour trouver un meilleur échange), soit bénéficie d'une réduction de prix que supporte le vendeur. Les preuves de la corruption publique en France ou en Italie ont été amplement amoncées par les enquêtes de journalistes et de juges qui ont perçu l'injustice de la propriété publique.

Les injustices de la propriété publique expliquent pourquoi une ressource utile qui lui est soumise n'est pas correctement gérée par l'autorité publique.

III. — ÉLÉMENTS DE PHILOSOPHIE ET DE SPIRITUALITÉ SUR LA JUSTICE DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUE ET PRIVÉE

29. En cette fin de siècle, la presse et les hommes politiques ne cessent de s'inquiéter de l'aspiration populaire à une morale ou une spiritualité, que manifestent tant de gens sous des formes d'une infinie variété, de la contemplation aux agressions ⁵⁰. Un rapprochement qui n'est pas infondé est tracé avec la corruption économique et morale d'un grand nombre de nos acteurs politiques, économiques, et

⁴⁹ T. Sowell, *Race, politique et économie*, PUF, 1986.

⁵⁰ En dehors du dévoiement vers les sectes ou l'ésotérisme, et des attentats fanatiques, cette aspiration profonde et populaire est paisiblement exprimée dans le courrier des lecteurs de nombreux journaux et revues de grande audience, et dans le développement récent des éditions et collections traitant de spiritualité (A.-L. David, *Valeurs actuelles*, 21 sept. 1996, p. 66).

avec l'absence de sens de la justice chez trop de ceux qui sont censés servir l'intérêt général. Le développement de la propriété publique a tenu un rôle majeur dans cette déliquescence des mœurs, pour les raisons exposées ci-dessus.

A. — *L'histoire*

30. La quête intellectuelle d'éthique menée par le microcosme littéraire, ou par le macrocosme bureaucratique, prennent des chemins différents mais parallèles : débats, groupes de travail – comme la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale ayant produit un Rapport sur les sectes, suivi d'une Circulaire attristante du Garde des sceaux du 29 fév. 1996⁵¹-, comités d'éthique et commissions de sages censés moraliser les activités professionnelles⁵², débouchant souvent sur une pauvre réglementation.

31. Ici encore les penseurs libéraux n'avaient pas attendu les excès actuels pour découvrir les liens intenses que l'éthique tisse avec la propriété privée et le marché, et ses liens distendus avec la propriété publique. Plusieurs approches ont coexisté. Celle puisant à la morale laïque, insistant sur le fait que la propriété rend responsable, qu'elle éduque, qu'elle est inséparable du civisme⁵³. Celle puisant au droit naturel à la propriété de son corps, dont Locke fut le meilleur défenseur⁵⁴.

Celle enfin qui est plus riche, conciliant la religion chrétienne avec la propriété, l'intérêt personnel qui conduit à servir les autres, et le profit. Elle est remarquablement développée par M. Novak⁵⁵, et en France par J.-Y. Naudet⁵⁶. L'Église l'explique

⁵¹ Circ. 92 F 24 C aux parquets. D'une autre envergure, Malaurie, « Droit, sectes et religion », *Arch. phil. droit*, t. 38 (Droit et religion), Sirey, 1993, p. 211.

⁵² *L'inflation des Avis en droit, Actes du colloque du Laboratoire de Droit Privé et du Laboratoire de Génétique juridique (juin 1996)*, à paraître, Dalloz, 1996.

⁵³ Lepage, *Pourquoi la propriété*, *op. cit.*, p. 364 du chap. Aspects éthiques de la propriété.

⁵⁴ J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press (1690), 1960, Introduction par Peter Laslett, 2e t., p. 25 et s. sur la propriété. S. Goyard-Fabre, « La propriété dans la philosophie de Locke », *Arch. phil. droit*, 1992, p. 607, spéc. p. 613. Sur le développement du thème, outre Lepage, *op. cit.*, p. 66-73, qui rappelle qu'Adam Smith était d'abord un moraliste, préoccupé de justice, qui trouva dans l'économie et la propriété privée les moyens pour l'humanité de s'en approcher, v. B. Lemennicier, *A Property Rights Approach to Morality and Liberty*, rapport au colloque Univ. Cergy-Pontoise 21 juin 1995, *Ethics and Economics of Liberty* (dactyl. 38 p.), qui examine en détail les nombreux épigones de Locke, principalement américains, auxquels il se joint.

⁵⁵ Son œuvre de synthèse est traduite : *Une éthique économique, les valeurs de l'économie de marché*, Cerf, 1987, spéc. le résumé final : Six doctrines théologiques, p. 407 et s. Adde, *Démocratie et bien commun*, Cerf, 1991 ; « La transformation de la révolution capitaliste/démocratique », *JEEH*, 1991-4, p. 513-557. Chaque fois le souci pour les pauvres est présent, et la comparaison du socialisme (fondé sur la propriété publique) et du capitalisme (fondé sur la propriété privée et la liberté) donne l'avantage éthique et économique au second : *Une éthique économique*, spéc. p. 328 et s. ; *Démocratie et bien commun*, spéc. p. 114 et s. ; « La transformation... », spéc. p. 547 et s.

⁵⁶ *L'Église et l'économie de marché face au collectivisme*, UNI, Paris, 1987, spéc. sur la propriété le remarquable chap. 4, examinant les thèses en confrontation, p. 75-94 ; sur les pauvres, p. 135 et s. et 183. Le droit de propriété des biens de production, in Ghestin *et al.*,

d'ailleurs fort clairement elle-même : « Le droit de propriété, même des biens de production, a valeur permanente, pour cette raison précise qu'il est un droit naturel, fondé sur la priorité, ontologique et téléologique, des individus sur la société »⁵⁷.

B. — *La conciliation de la propriété privée avec l'éthique*

32. Cinq raisons expliquent la justice de la propriété privée et sa conciliation avec une religion très exigeante au regard des richesses matérielles.

33. Premièrement, la conciliation tient aux fins. Le christianisme, qui est une philosophie du renoncement aux richesses pour elles-mêmes⁵⁸, prône en même temps l'effort constant pour améliorer la situation de l'homme et le partage des richesses. Ces deux fins présupposent la propriété de certaines richesses. La propriété ne doit pas être un but, mais un moyen de partager les biens acquis⁵⁹.

34. Deuxièmement, la raison la plus fondamentale de la justice de la propriété privée tient au fait qu'elle respecte la nature de l'homme, sa mission et sa condition humaine, sa capacité à inventer et innover, à créer, à s'insérer dans le concert de ses semblables⁶⁰. L'homme est reconnu par ses semblables grâce à l'échange, mieux que grâce à un numéro matricule, grâce à ce qu'il apporte mieux que par ce qu'il « à quoi il a droit » envers une administration ; sa dignité est mieux respectée par la récompense de ses mérites et de ses créations que par des prestations sociales. Chaque homme est unique, ce que néglige l'action étatique menée à travers la propriété publique, et ce que la propriété privée permet d'épanouir⁶¹.

Exigences chrétienne et droit de l'entreprise, Téqui, 1987, p. 43-60. « Les chrétiens doivent-ils avoir peur du libéralisme », in *De l'ancienne à la nouvelle économie*, Lib. de l'univ. éd., Aix, 1987, p. 225.

⁵⁷ Jean XXIII, Encyclique *Mater et magistra* (1961), n° 57. De même : Encyclique *Centesimus Annus* (1991) n° 30 : « Droit naturel à la propriété privée, ... droit fondamental pour l'autonomie et le développement de la personne » ; v. aussi n° 43. Adde J.-Y. Naudet, *Dominez la terre, Pour une économie au service de la personne*, Fleurus, 1989 ; saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II-IIae, Question 66, article 2, Réponse, trad. française, Le Cerf 1985, t. 3, p. 438.

⁵⁸ Parmi de multiples exemples, la bénédiction de la pauvreté (*Beati pauperes* du sermon sur la montagne), ou la parabole du pauvre Lazare (Luc, 16, 19-31).

⁵⁹ Encyclique *Centesimus Annus*, spéc. n° 30. Sur « la morale chrétienne (qui) n'interdit pas les propriétés collectives qui réagissent contre les égoïsmes », P. Raynaud, « Religion et droit civil », in *Religion et droit*, Téqui, 1985, p. 129 ; la réponse à cette bonne conclusion d'une fausse prémisse est donnée par Novak, *Démocratie et bien commun*, p. 51 et s.

⁶⁰ Bastiat, « Propriété et loi », in *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*, Romillat, 1993, *passim* et spéc. p. 109-113. Naudet, « Les chrétiens doivent-ils avoir peur du libéralisme », *op. cit.*, p. 234-235. J. Garelli, « Droit et économie : quel droit ? quelle économie ? », art. précité *RRJ* 1987-2, p. 629 *in fine*.

⁶¹ « L'homme s'épanouit par son intelligence et sa liberté, et ce faisant, il prend comme objet et comme instrument les éléments du monde et il se les approprie. Le fondement du droit d'initiative et de propriété individuelle réside dans cette nature de son action », Encyclique *Centesimus Annus* (1991) n° 43.

Le christianisme, comme le capitalisme, placent l'homme (l'individu, la personne) au cœur de la création ; ils associent sa dignité à sa responsabilité, au respect et au service des autres. Ils prônent la liberté personnelle, l'état de droit, et la responsabilité ⁶². La propriété privée, qui est met en œuvre la responsabilité, ainsi que le respect et le service des autres à travers l'échange, est donc protégée dans les deux philosophies.

L'on dit parfois aussi que le capitalisme et ses techniques, dont la propriété privée, sont moralement neutres ; l'économie de marché n'est pas fondée sur l'immoralité et son efficacité n'est pas acquise au détriment de la morale ou de la justice ⁶³. La maximisation du profit et l'acquisition des richesses doit respecter, comme règle éthique, les contrats et les solutions juridiques (état de droit) traduisant une justice commutative. La concurrence ne consiste pas à rechercher la destruction des concurrents, mais à rechercher la meilleure satisfaction des clients afin de les attirer.

Nulle part dans les Ecritures n'est évoqué un appel à l'État (Roi, ou César) pour régler la répartition des choses matérielles entre les hommes, ou pour subvenir à leurs besoins, même à ceux des plus pauvres. L'appel est lancé à chaque homme, et la propriété privée n'est évoquée que pour inviter au respect de celle du voisin ; elle n'est pas critiquée. Au contraire, l'affirmation de la séparation des deux royaumes (« Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu » ⁶⁴) confirme la distance que la religion place entre ces modes de gestion des richesses, propriété publique ou propriété privée ⁶⁵.

35. Troisièmement, l'usage qui doit être de la richesse et de la propriété est fortement guidé par la morale religieuse, qui donne pour directive individuelle à chacun de satisfaire aux impératifs de détachement des biens matériels, et ainsi de charité et de partage, dans une recherche permanente du bien commun.

⁶² Naudet, *L'Église et l'économie de marché*, op. cit., p. 91, M. Novak, rapport à la Mont Pelerin Society, janv. 1996, *La nouvelle Lettre*, 3 fév. 1996.

⁶³ I. Kirzner, Mont Pelerin Society, janv. 1996, *La nouvelle Lettre*, 3 fév. 1996.

⁶⁴ Mt. 22, 21 ; Mc. 12, 17 ; Lc. 20, 25. Rappr. quelques applications larges par M. Novak, *Une éthique économique*, op. cit., p. 423-425.

⁶⁵ Dans l'autorisation divine donnée à chaque homme de dominer les choses, l'on trouve la preuve de la justice d'un mode d'exécution de cette mission qui s'appuie sur l'appropriation des choses, pour atteindre le bien commun : Bastiat, *Propriété et loi*, op. cit., p. 109 ; Naudet, « Les chrétiens doivent-ils avoir peur du libéralisme », art. cit., 235 ; *Dominez la terre*, op. cit. Rappr. J. Garello, « Droit et économie : quel droit ? quelle économie ? », art. précité *RRJ* 1987-2, p. 629 *in fine*. D'autres laissent cet aspect à l'écart : M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, Genève, 1987 ; « Du droit de Dieu au droit de l'homme », *Droits*, n° 1, 1985, p. 17. Nous ne traiterons pas ici de la qualification de la propriété en droit fondamental ou droit de l'homme, plus proche du droit positif que de la recherche de justice (pour un recensement rapide, Mouly, « La propriété », in Cabrillac et al., *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1996, p. 393 et s.).

Seule la liberté que donne la propriété privée à chaque propriétaire lui offre la possibilité de mettre en œuvre, s'il le souhaite, ces directives morales de partage avec les pauvres, d'apaisement, de pardon ⁶⁶. Elle conduit ainsi au bien commun ⁶⁷.

Elle y conduit également par le marché, mécanisme spontané et dynamique d'allocation des richesses qui a toujours mieux fonctionné en ce sens que la redistribution étatique ; c'est parce que le marché est juste (reposant sur la dignité de l'homme à travers sa création, sa propriété et son insertion dans l'échange social, et le respect des engagements) qu'il est efficace.

Le gestionnaire de la propriété publique est dépourvu d'une telle liberté. Son absence bride les nombreux hommes politiques et fonctionnaires qui, au-delà de l'honnêteté qui est commune à la plupart d'entre eux, sont charitables et souhaitent servir dignement leur prochain. Ce gestionnaire est engoncé dans un concept d'intérêt général flou et pervers. Malheureusement, l'on sait aujourd'hui que lorsque ce gestionnaire enfreint la consigne d'égalité et de rigueur, il le fait trop souvent pour favoriser ses amis, son parti politique, ses parents, ses corrupteurs. La propriété publique sécrète des mécanismes qui suppriment la liberté du bureaucrate de mener une action chrétienne de préférence pour les plus pauvres, ou même d'exécution honnête de sa tâche. Il est souvent réduit au silence ou mis à l'écart, quant il n'est pas brimé, pour avoir tenté de réduire les misères de ses concitoyens. Les non-grévistes dans l'administration, les employés diligents et productifs dans les bureaux, ceux qui cherchent à innover en savent le poids.

Cette directive de charité est le troisième moyen qui permet l'insertion ou l'ascension sociale du pauvre dépourvu de capacités. De grandes entreprises y concourent aujourd'hui, comme des individus. Le second moyen est le libre transfert de la propriété privée, qui permet à toute personne, associée au besoin à des fournisseurs de capitaux, d'acquérir les moyens matériels de mettre en œuvre ses talents, si réduits soient-ils (*supra*, n° 17). Le premier moyen appartient aux familles, qui constituent en leurs enfants et pour eux un capital humain ⁶⁸ qui leur permettra ensuite de faire fructifier leurs talents ; à défaut, l'entraide familiale supplée l'absence de talents, mieux que ne peut le faire une administration.

⁶⁶ Sur la propriété privée facteur d'une liberté pleinement conforme à la morale et la religion : G. Radnitzky, « Vers une Europe des sociétés libres », *JEEH*, 1991-2, p. 199, spéc. p. 222. M. Novak, « La deuxième liberté : de la liberté religieuse et de la liberté économique », même numéro, p. 269.

⁶⁷ V. la démonstration de M. Novak, *Démocratie et bien commun*, *op. cit.*, p. 51-81, et p. 114 « gagner du temps, élever le niveau de vie des pauvres ». Sur le rappel incessant que la religion fait de l'impératif de partage par le propriétaire de ses richesses, v. Naudet, *L'Église et l'économie de marché face au collectivisme*, *op. cit.*, p. 82, et 91-94.

⁶⁸ La meilleure explication en est donnée par G. Becker, *Human Capital*, Columbia U. P., 1964-1975, résumé in Becker, « Voir la vie de façon économique », *JEEH* 1993-2, spéc. p. 209.

36. Quatrièmement, des fondements dogmatiques et pratiques ainsi résumés découle l'obligation morale pour celui qui veut utiliser les principales potentialités de la propriété privée de prendre volontairement la condition de serviteur des autres : le propriétaire d'une entreprise, d'un fonds de commerce ou libéral, le propriétaire d'un capital humain, même le propriétaire immobilier (lorsqu'il veut trouver un acquéreur, un locataire, un exploitant de confiance) doivent écouter et respecter leur prochain⁶⁹. « Condition de serviteur » doit être entendue non pas dans le sens marxiste d'aliénation de sa dignité, mais dans le sens chrétien de magnification de cette dignité⁷⁰.

37. Cinquièmement, la propriété privée favorise la paix plus que la propriété publique :

« La propriété... est la seule solution que les hommes aient jamais découverte pour résoudre le problème de concilier la liberté individuelle avec l'absence de conflit »⁷¹.

Le paradoxe n'est qu'apparent, alimenté par les thèses marxistes d'exploitation du travailleur par le propriétaire capitaliste, ou par l'affirmation d'une loi de la jungle dans la concurrence si l'État n'intervient pas. En réalité, la propriété privée impose à son titulaire de composer avec son prochain s'il veut exploiter son bien : l'entrepreneur qui ne peut que chercher à satisfaire son client est bien plus pacifique que les sociétés d'État qui sont censées transporter des passagers et les laissent prendre en otages par des grévistes, les impliquant dans des conflits hargneux uniquement orientés vers l'accumulation de privilèges qui sont d'autant plus injustes qu'ils ont été acquis par la force de l'État. Le bureaucrate, agent de la propriété publique, sera plus facilement agressif que le commerçant.

La comparaison entre la justice respective, en théorie et en pratique, des propriétés publique et privée, est en permanence menée par les auteurs cités au n° 13. L'expérience prouve que l'État n'hésite pas toujours à défendre sa propriété publique ou celle qu'il revendique avec des moyens belliqueux autrement plus puissants et graves que le propriétaire privé, pour des raisons qui tiennent au système lui-même⁷². Comme la dimension moyenne de chaque propriété privée est bien inférieure, aujourd'hui encore, à celle de chaque propriété publique, les enjeux et les moyens ne sont pas les mêmes. Les problèmes de contrôle des actions, le risque de corruption, la force de coercition aux dépens des autres augmentent avec la taille.

⁶⁹ Ph. Le Tourneau, « Existe-t-il une morale des affaires », in Centre de droit des affaires de Toulouse, *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, réflexion très riche et nuancée où l'auteur insère (n° 20) le service assuré par l'entreprise dans « La recherche du bien commun ».

⁷⁰ Paul, Ph. 2, 6 : « Le Christ Jésus, ayant la condition de Dieu, ne retint pas jalousement le rang qui l'égalait à Dieu. Mais il s'est anéanti, prenant la condition de serviteur ».

⁷¹ F. Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, 1980, t. 1, p. 219, à propos des règles de conduite qui augmentent la prévisibilité des situations ; « le droit, la liberté et la propriété sont une trinité indissociable (... définissant) les frontières des domaines de liberté en posant des règles qui permettent à chacun de savoir où il est le maître de ses actes » (*ibid.*), et plus largement les p. 128-132.

⁷² Ce qu'ont démontré les auteurs de l'école du *public choice*, cités *supra* 25 *in fine*.

IV. — CRITÈRES DE DISTINCTION ENTRE PROPRIÉTÉ PUBLIQUE ET PROPRIÉTÉ PRIVÉE, AU REGARD DE LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

38. Deux confusions sont parfois suscitées par la part trop importante donnée au nombre des titulaires de droits de propriété, qui distingue la propriété privée de la propriété collective. La première confusion prend appui sur l'unicité du propriétaire public pour affirmer que la propriété publique est une propriété privée et non une propriété collective (A) ; l'autre prend le sens inverse pour affirmer que les sociétés commerciales ne donnent aux associés aucune propriété privée sur l'actif social, qui est donc l'objet d'une propriété collective, proche en cela de la propriété publique (B).

A. — *La propriété publique*

39. La propriété privée est la propriété d'un seul (de *proprius*, ce qui est propre, personnel). S'attachant à ce critère d'unicité du titulaire, certains soutiennent que la propriété publique n'est pas une propriété collective, mais bien une propriété privée, chaque fois que l'État ou une personne morale de droit public est seule propriétaire (État, collectivité territoriale, établissement public)⁷³. À ce compte, l'URSS aurait été le meilleur exemple de propriété individuelle !

40. L'on ne trouve dans la propriété publique aucun des attributs caractéristiques de la vraie propriété privée. Les choix de gestion ne sont pas libres : la propriété publique est finalisée par le service du public, et les décisions prises à son sujet par l'administration ou le gouvernement le sont en dehors de la justice objective que seul le marché peut donner (supra, n° 16 s.), et que ne pallie pas le contrôle de l'excès de pouvoir ou de la légitimité ; au contraire ce contrôle entrave le libre choix, accentuant le caractère collectif de la propriété publique. Pas de responsabilité des conséquences des choix de gestion, et donc insuffisante transparence. Pas de libre cessibilité, donc pas de justice résultant de l'échange.

Les mêmes remarques s'appliquent aux entreprises publiques de forme commerciale : leurs dirigeants sont choisis par le gouvernement dans les électrons tournant dans les cabinets ministériels, et l'importance de l'appartenance à l'ENA, à un parti, ou de l'allégeance est grande ; les dirigeants incapables sont sanctionnés par une promotion ou un poste d'ambassadeur. On est loin de la sanction éthique du marché, qui récompense ceux qui réduisent les misères humaines en apportant un service ou un bien utiles à bas prix, et qui sanctionne par le dédain ceux qui n'ont pas cette capacité.

En l'absence de liberté de choisir la gestion, de liberté d'aliéner, et de répercussion sur les décideurs des profits ou des responsabilités, la propriété de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des entreprises publiques entre nécessaire-

⁷³ J.-F. Lachaume, « L'Évolution de la propriété publique », in *L'Évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 105-107, s'appuyant sur un droit positif peu argumenté, et sans grande utilité dans le présent débat, et sur Hauriou, soucieux d'améliorer le régime de la propriété publique par transfert et qui invoque une curieuse cause d'assimilation, la longue durée des contacts entre les services affectataires et les biens affectés au public.

ment dans la propriété collective, dont elle retient tous les inconvénients qui s'ajoutent à ceux qui lui sont propres.

41. Les inconvénients de la propriété collective sont connus : tous les cas de pluralité de titulaires sont considérés, par expérience, comme des situations désastreuses pour la gestion des biens ⁷⁴. Dans les hypothèses où le nombre des copropriétaires est limité, le plus souvent à deux ou trois personnes, les inconvénients de la propriété collective sont surmontables, ou compensés par des avantages spécifiques ⁷⁵. Ces domaines couvrent trois applications : mitoyenneté, voisinage, et certaines indivisions. Il faut y ajouter le droit sur la valeur concédé au titulaire d'une sûreté réelle, qui certes limite les prérogatives du propriétaire (exploitation qui ne doit pas diminuer cette valeur, quand elle n'est pas totalement exclue par la dépossession, droit de disposition plus ou moins limité) mais à la mesure nécessaire. En font aussi partie les servitudes, les utilités simultanées ou possessions promiscues ⁷⁶.

L'incertitude demeure parfois, sans qu'il y ait réellement de débat, pour les situations suivantes : pluralité de titulaires de droits réels par démembrement : usufruit/nue propriété ; bail à construction ; pluralité de titulaires de droits réels par division abstraite : indivision, communauté entre époux, copropriété par appartements.

42. Les inconvénients propres à la propriété publique découlent notamment de la coupure du marché, source d'information et d'évaluation juste des échanges. Les intérêts sous-jacents qui guident le gestionnaire sont les mêmes dans les deux propriétés : sa propre conception de ce qui est bon pour lui ou pour les autres. Cet intérêt, souvent assimilé à tort à l'égoïsme, donne d'excellents résultats lorsque la propriété est privée par l'effet de deux mécanismes : le marché ⁷⁷ et la responsabilité du propriétaire. Ce même intérêt personnel donne d'inquiétants résultats lorsque la propriété est publique, ceux qui affectent notre société contemporaine : prébende, gaspillage, privilèges, car le gestionnaire de la propriété publique ne supporte pas les conséquences négatives, qui sont réparties sur l'ensemble de la population, mais profite souvent personnellement des avantages de la propriété publique.

⁷⁴ Sans doute une cause en est-elle dans la rigidité de nos conceptions du droit subjectif réel et du patrimoine. C'est peut-être la raison du choix des Français d'utiliser les droits personnels (bail, société...) depuis le XIX^e siècle, alors qu'ils avaient la liberté de choisir entre les démembrements de droits réels ou la multiplication de droits personnels. Parallèlement, les juristes de *common law* ont favorisé la superposition de droits réels ou assimilés (*equity*) grâce à plus de souplesse et d'inventivité.

⁷⁵ V. P. Piotet, *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne, éd. Staempfli, 1991, BU.

⁷⁶ A.-M.. Patault, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens », in *L'Évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 10 et 11. Développements in *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Droit fondamental, 1989.

⁷⁷ La démonstration en est brillamment faite par Hayek dans sa présentation de l'ordre spontané, ou catallaxie, qui fait que la recherche par chacun de son intérêt personnel l'entraîne à chercher à satisfaire au mieux son prochain pour l'encourager à l'échange. De même Mises et Kirzner ont développé cette explication.

Il est navrant de constater que l'analyse confirme l'expérience : la propriété publique, qui est une forme de propriété collective, cumule les inconvénients de la collectivité des titulaires et de la gestion bureaucratique.

43. Il ne peut pas y avoir transposition de régime juridique de la propriété privée à la propriété publique, ni même analogie. Lorsque le Conseil Constitutionnel affirme dans sa décision sur les privatisations du 25 juin 1986 que « la protection (du droit de propriété par la Déclaration des droits de l'homme de 1789) ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques », il commet deux contresens supplémentaires. D'abord, la propriété de l'État n'est pas couverte par les droits de l'homme, car les droits de l'homme sont institués contre l'État et non pour lui. N'y aurait-il pas impertinence pour l'État à revendiquer une protection de sa liberté, de l'égalité ou de la dignité de sa personne humaine, qui sont les trois valeurs fondamentales des droits de l'homme ? Ensuite, l'État n'a pas besoin de la protection de sa propriété par les droits de l'homme car il dispose de moyens d'une autre nature, liés à sa puissance publique : force publique et coercition notamment.

B. — *Les sociétés*

44. Les sociétés et les groupements organisés relèvent-ils de la propriété collective ou de la propriété privée ? Certains pensent que l'écran de la personne morale, qui est seule propriétaire de l'actif social, « habille une autre forme de propriété collective, privée »⁷⁸. L'assimilation est fréquente⁷⁹. En apparence, le régime des décisions collectives entrave le libre choix par chaque associé de la gestion de cet actif ; il n'a de libre choix que sur la gestion de ses droits sociaux.

La réponse passe par une distinction cruciale, qui prolonge les thèses excellemment conçues et développées par M. Paillusseau⁸⁰. Elle oppose les sociétés-structures et les sociétés-contrats⁸¹. Il faudrait toujours, au moins pour qualifier la propriété de pro-

⁷⁸ P. Catala, Exposé de synthèse *in L'Évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 184.

⁷⁹ Par exemple, la réglementation boursière nomme « collectivités » émettrices aussi bien les sociétés que l'État (art. 3-1-15 du Règlement général du CBV ; art. 1 Décision générale 88-03 du CBV ; Avis SBF du 16 déc. 1993). Le mot est synonyme de personne morale, montrant la confusion.

⁸⁰ *La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967 ; « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP (E)* 1984, 14193. Certains auteurs sont volontairement discrets sur ces thèses : Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 1994, n° 23 ; Jeantin, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 1994, n° 22. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 1994. D'autres lui reconnaissent des mérites, mais n'admettent pas sa généralité, rejoignant en cela la proposition que nous faisons au texte sans l'affermir autant : Ripert, Roblot et Germain, *Droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1995, n° 139 ; Didier, *Droit commercial*, t. 2, PUF, 1993, p. 33. Les moins sceptiques, Cozian et Viandier, *Droit des sociétés*, Litec, 1996, n° 50-54.

⁸¹ Formulation et distinction peu reçues en France, en dépit d'applications ponctuelles qui les illustrent sans y faire référence : parmi d'autres, le cautionnement commercial du

priété collective ou de propriété privée soulever le *corporate veil*, le voile de la personne morale ⁸².

45. Les sociétés-structures sont celles dans lesquelles le maître de l'affaire est seul aux commandes. Ce peut être un individu qui souhaite séparer la gestion de plusieurs activités, pour éviter confusion et interférences, ou qui souhaite créer des patrimoines d'affectation ; il est à ce propos notable que le développement des sociétés soit allé de pair, depuis le milieu du 19^e siècle, avec la rigidification de la théorie du patrimoine qu'elles ont permis de contourner sans dommage. Ce peut être une personne souhaitant vendre aisément un bien soumis à un régime restrictif de transfert : société holding permettant de céder un fonds de commerce, un brevet, un navire, un ensemble d'éléments de distribution (réseau contractuel), etc. Ce peut être une personne morale qui souhaite clarifier et dynamiser la gestion d'implantations locales (filialisation d'un entrepôt), ou répartir des activités spécifiques (groupes de sociétés). Dans tous les cas, le maître de l'affaire ne pâtit d'aucune interférence dans ses choix d'exploitation ou ses décisions de disposition ; il en supporte seul les conséquences (profits, et responsabilité qui n'est atténuée que par deux mécanismes non spécifiques des sociétés, la limitation de responsabilité à l'apport et la faillite). La propriété des biens de la société-structure a donc tous les traits d'une propriété privée du maître de l'affaire, sauf lorsque le maître de l'affaire est l'État ou une personne morale dont il contrôle le fonctionnement, car il s'agit alors d'une propriété publique.

46. Les sociétés-contrats sont celles dans lesquelles certains associés au moins mettent en commun des biens, et entendent surveiller ou contribuer à leur gestion. Ces biens sont soit un capital humain (compétences des apporteurs en industrie), soit un capital financier (capitaliste) joint au précédent. Même s'il y a un maître de l'affaire, il n'a plus une totale liberté de choisir la gestion qu'il souhaite, et il partage les conséquences des choix de gestion (profits et responsabilité). Ces sociétés-contrats sont donc bien des propriétés collectives, dans lesquelles toutefois les restrictions aux libertés évoquées sont aménagées et réduites. Par exemple, l'objet social permet de faciliter la gestion en permettant sans décision collégiale la vente des marchandises, et en en rendant responsable le manager, mais en entravant l'aliénation de l'outil de production (vente du fonds de commerce ou de l'essentiel de l'actif) ou son aménagement (transformation importante de la société). Certains inconvénients de la propriété collective demeurent, principalement la multiplicité des titulaires et des responsables ⁸³.

maître de l'affaire, le refus par l'AGS de payer les salaires et indemnités du maître de l'affaire, l'application arbitraire du délit d'abus de biens sociaux.

⁸² V. L'étude nuancée qu'en fait C. Atias, *Les biens*, Litec, 1993, n° 39-a, n° 76-a et 76-b (*adde* n° 92), à propos de l'attribution concurrente d'une chose à plusieurs personnes. L'on peut aussi rapprocher la distinction que nous proposons des théories sur les degrés de la personnalité morale, évoquées par M. Carbonnier pour la communauté entre époux et par M. Catala pour l'indivision.

⁸³ L'on retrouve un comparable aménagement des techniques de fonctionnement et les inconvénients dans la propriété des associations (avec en outre la même distinction des associations-structures et des associations-contrats), des Églises, des congrégations par

CONCLUSION

47. Le principe de subsidiarité est une opportune conclusion du débat. Il y aura toujours des propriétés publiques, mais à la lumière de la justice comparée des deux formes de propriété leur place doit être réduite et, dans certains cas, provisoire. Les actions de base de l'État, telles que défense, diplomatie, sécurité, justice et sanction, nécessitent une propriété publique permanente ; en revanche ses actions dans d'autres domaines relèvent pleinement de la subsidiarité : seulement dans l'attente et l'encouragement de l'action des individus et des groupements inférieurs.

La moindre efficacité et la bien moindre justice de la propriété publique fondent ce principe de subsidiarité et sa large application. Ce principe de subsidiarité, incorporé dans le Traité des Communautés européennes, laisse à la propriété publique peu de domaines, et pour certains d'eux seulement pour une période transitoire.

48. Les propositions tendant à ignorer cette subsidiarité manquent aujourd'hui de réalisme. Certains auteurs, américains comme français, soutiennent que l'État a et doit conserver un domaine éminent, limitant d'autant la liberté du propriétaire au profit de la collectivité⁸⁴. Cette analyse, qui n'intègre pas les inconvénients exposés ci-dessus de la propriété publique, même mélangée à la propriété privée, pourrait trouver dans le principe de subsidiarité un utile régime⁸⁵. D'autres continuent d'ignorer les leçons de l'expérience pour critiquer par simplification la propriété privée, parce qu'elle pervertirait l'homme, comme l'affirmait Rousseau (le mythe du planteur de pieux, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, seconde partie in pr.), puis les babouvistes (v. Atias, *Droit des biens* précité, n° 49-b), ou parce qu'elle ne serait qu'un moyen malsain de se perpétuer après la mort⁸⁶. Si l'on accepte ces affirmations non argumentées et si éloignées de la réalité, le principe de subsidiarité offre un moyen élégant de résoudre l'opposition.

49. La place et le sens du principe de subsidiarité de la propriété publique, affirmé par le droit communautaire et le droit français, sont rendus confus par des interprétations très divergentes⁸⁷, qu'alimentent parfois quelque combat d'arrière-garde de la bureaucratie tentant de conserver ses avantages dans la gestion la propriété publique.

exemple. Rapp. la juxtaposition de la propriété privée et d'une personne morale (copropriété par appartement, lotissement) fort bien analysée par C. Atias, *Droit civil, Les biens*, Litec, 1993, n° 93-94, n° 208 à 219, n° 249 ; mais les inconvénients demeurent importants.

⁸⁴ B. Schwartz, *A commentary on the Constitution of the United States*, Macmillan Cy, New-York, 1965, part two, *The Rights of Property*, n° 319 et s.

⁸⁵ Une application majeure en fut faite aux USA par le revirement de la Cour suprême en 1992, qui imposa l'indemnisation de toute servitude publique ou forme même déguisée d'expropriation. L'avaient préparé d'excellentes études : R.A. Epstein, *Takings, Private Property and the Eminent Domain Power*, Harvard University Press, 1985.

⁸⁶ J. Attali, *Au propre et au figuré, Une histoire de la propriété*, Fayard, 1988, thèse dénuée de fondement.

⁸⁷ D'Onorio éd., *La Subsidiarité, de la théorie à la pratique*, Téqui, 1995, Actes d'un colloque contenant de remarquables rapports. C. Millon-Delsol, *L'État subsidiaire*, PUF, 1992 ; *Le principe de subsidiarité*, PUF « Que sais-je ? » 1993 ; l'auteur cherche à construire une théorie qui limiterait les excès de l'État-providence et dépasserait le marché où elle voit surtout l'individualisme, sans perdre les avantages de l'un et de l'autre. Elle tente de

La formulation du principe de subsidiarité est pourtant simple : « une collectivité ne doit pas faire ce qu'une personne peut faire »⁸⁸.

Il rappelle aussi que la propriété n'est qu'une procédure, dans ses deux fonctions : procédure de gestion et d'allocation des ressources rares, et procédure de protection des droits fondamentaux de l'homme que sont la liberté, l'égalité et la dignité. C'est à travers cet aspect procédural que l'on peut évaluer la justice des modes concurrents de gestion, propriété publique et propriété privée.

faire une place rationnelle aux sentiments d'appartenance à une communauté, sans s'appuyer sur l'ordre spontané des relations sociales. Naudet, « Le Principe de subsidiarité, ambiguïtés d'un concept à la mode », *JEEH* 1992-2, p. 319 ; *L'Église et l'économie de marché, op. cit.*, chap. 6 (Subsidiarité et liberté économique) p. 115-120. - J.-M. Pontier, « La Subsidiarité en droit administratif », *RD publ.* 1986. F. Schwerer, « La Conférence intergouvernementale de 1996 et le principe de subsidiarité », *Les annonces de la Seine*, 27 nov. 1996, p. 8 distingue quatre portées différentes du principe, selon les déclarations des hommes politiques ; P.-A. Feral, « Le Principe de subsidiarité dans le cadre de la conférence intergouvernementale de 1996 », *Petites affiches*, 6 déc. 1995, p. 147.

⁸⁸ J.-Y. Naudet, « Les chrétiens doivent-ils avoir peur du libéralisme », in *De l'ancienne à la nouvelle économie*, Lib. de l'univ. éd., Aix, 1987, p. 232.