

DROITS DE PROPRIÉTÉ, LIBERTÉ ET ÉVOLUTION DE L'ORDRE SOCIAL*

Bruce YANDLE

*Directeur du Center for Policy and Legal Studies, Clemson University
(Caroline du Sud)*

Qu'est-ce que le droit ? Comment les droits de propriété sont-ils définis et évoluent ? En quoi ces concepts sont-ils en rapport avec la liberté ? Ces trois questions sont au centre de n'importe quelle discussion sur les droits de propriété. Pour y répondre, il est nécessaire de se concentrer, d'une part, sur des débats philosophiques fondamentaux et, d'autre part, sur les actions réelles que des gens ordinaires ont entrepris tout au long de l'histoire. La question de la nature du droit concerne l'abstraction et la pensée. La question des droits de propriété et de leur évolution relève de l'expérience concrète. Comment ces deux aspects permettant l'expression de l'esprit humain impliquent la jonction de la philosophie et de la praxis ?

Quand l'action humaine est fondée sur une conception partagée du droit en accord avec quelque idée de liberté, alors on se rapproche d'un état d'harmonie sociale (1). A l'inverse, lorsque la définition du droit entre en conflit avec l'expérience humaine, il en résulte la discorde et la controverse.

Nous vivons une période de discorde. Une fois de plus, dans le monde entier, les individus discutent de la signification du droit de propriété. Ce débat est ancien et respectable ; il s'agit de ce que certains ont appelé un dialogue constitutionnel qui jamais ne se termine véritablement (2). Il peut être engagé de différentes manières. Il oppose des mécanismes informels générateurs d'ordre à des mécanismes formels visant à obtenir l'ordre. Il oppose le droit naturel au droit positif, le contrôle centralisé à l'action décentralisée, l'ordre spontané au contrôle hiérarchique, la coutume et la tradition aux lois et réglementations. Il s'agit d'un débat opposant

* Cet article a été présenté sous une forme plus développée à la conférence sur la terre et l'Ouest américain du 31 janvier 1994 à l'Oregon State University.

(1) Cf. B. Yandle, « Organic Constitution and Common Law », *Constitutional Political Economy*, 2(1991) : 225-241.

(2) Ackerman (1991) avance que les changements constitutionnels se produisent même en l'absence d'une modification formelle ; les forces politiques avec la collaboration du pouvoir judiciaire peuvent changer la substance de la constitution. (cf. B. Ackerman, *We the People*, Harvard University Press, 1991).

un processus social dont les résultats sont imprévisibles mais volontaires à des tentatives, par des hommes du système, d'orienter ce processus vers d'autres fins.

Cet article traite des enjeux les plus philosophiques qui sous-tendent les questions des droits de propriété, de la liberté et de l'ordre. Il traite du processus évolutif de collision des idées. **En ce sens, le thème de cette contribution concerne la memétique, c'est-à-dire l'étude de la façon dont les idées et les croyances se répandent dans la société (3). Dans cette nouvelle science, des idées concurrentes sont appelées « mèmes ».** De la même manière que la concurrence entre les gènes explique en partie le schéma évolutif de constitution de la vie biologique, la concurrence entre les mèmes détermine les résultats de la vie sociale. Dans le débat qui nous préoccupe, nous pouvons envisager une concurrence entre un mème de la propriété privée — de la société — et un mème de la propriété publique — du gouvernement formel. L'utilisation de la terminologie de la memétique nous permet d'évacuer une partie du contenu émotionnel qui accompagne souvent les débats sur les droits de propriété, la liberté et l'ordre.

La fonction de l'ordre informel est primordiale. Autrement, il cesserait d'exister. Il s'agit d'un ordre économique au sens le plus profond du terme. Mais les actions formelles sous forme de lois, de réglementations et de politiques peuvent lui faire de l'ombre, voire l'effacer. L'ordre informel, qui sanctionne les règles de propriété et génère une zone de liberté non spécifiée mais contrainte, est fondé sur le consentement unanime des détenteurs de droits ; il se définit par référence à l'État de Droit. L'ordre formel, qui dépend des lois, des réglementations, et qui définit les droits positifs ainsi que les devoirs correspondants, est fondé sur la règle majoritaire. Il est évident que le terrain est propice au conflit quand se rencontrent ces deux systèmes générateurs d'ordre.

I. — LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : L'ÉVOLUTION DU CONFLIT

Les paniers (4) de droits de propriété privée — évoluant à partir de la coutume, de la tradition et des tribunaux de première instance — constituent le berceau de la vie communautaire, et parachèvent un système de droit privé qui, la plupart du temps, facilite en silence les transactions ordinaires des citoyens américains. Le recours à la Justice est l'exception, non la règle. Comparés au nombre de transactions réalisées chaque jour, les procès représentent une part minuscule des activités privées. Ce système de droit et de propriété préexiste à la Nation et à la Constitution. La Common Law sous-jacente trouve directement ses origines en Angleterre, à une époque où il n'existait pas de gouvernement national. En fait, le concept de Nation n'existait pas lorsque la Common Law est apparue. L'origine des droits de propriété privée ne peut être connue. En ce sens, les droits de propriété privée en tant que tels ne sont des inventions ni des gouvernements, ni des Parlements, ni des Présidents, ni des Rois. Ils sont un phénomène social, une composante du processus darwinien qui n'a à voir qu'avec les individus, leur survie, et l'accumulation de ressources. Mais ils peuvent être reconnus, sanctionnés

(3) Cf. Aaron Lynch, *Thought Contagion*, Basic Books, Inc. (1996).

(4) Ndt. En Common Law on considère que la propriété est la réunion d'un faisceau (bundle of rights) ou d'un panier de droits.

et codifiés par l'État. Cependant, nous ne devons jamais confondre le droit et la théorie de la société avec la politique et la théorie de l'État.

Si les droits acceptés par tous ne sont pas les produits des gouvernements, ces derniers peuvent agir sur eux. Les gouvernements ont été inventés, d'une part pour offrir une sécurité plus grande aux droits, d'autre part pour transférer les richesses d'un groupe à l'autre. Et, là où les États ont été constitués, modelés et réformés, certains ont eu du mal à restreindre les activités de l'État qui auraient pu enfreindre le caractère sacré de leurs droits privés. Ils craignaient les tendances de l'État à redistribuer. Les protecteurs des droits ont essayé de renforcer le processus qui favorisait le même de la propriété privée. En même temps, d'autres ont vu en l'État le moyen de parvenir à une autre société, plus respectueuse de leurs préférences pour la propriété publique. Les mêmes des droits de propriété privée et publique sont alors entrés en concurrence.

Ce conflit est ancien et sur ce sujet on trouve dans la Magna Carta (1215) cette formulation du soutien au même privé : « Aucun homme libre ne peut être privé de ses possessions ou de ses libertés si ce n'est par le jugement de ses pairs et par le droit de la terre ». Notons que le terme « droit de la terre » était utilisé à l'époque pour définir la Common Law. Quatre siècles plus tard, après avoir lutté contre un souverain despotique, le peuple anglais, via le Parlement, écrivit sa Pétition des Droits, où il est dit : « Les anglais sont libres quant à leur propriété, qui ne peut être prise par le gouvernement ». Il n'est pas étonnant que le peuple anglais libre qui a constitué la Nation américaine et rédigé sa Constitution ait écrit ce que l'on nomme la clause sur les expropriations (taking clause) : « La propriété privée ne doit pas être confisquée à des fins d'utilisation publique sans une juste compensation ». Il n'y avait véritablement rien de nouveau de cette affirmation. Aussi certains Pères Fondateurs l'ont-ils considérée comme coulant de source et redondante. Dans les colonies les plus anciennes, le droit commun des peuples fonctionnait depuis plus d'un siècle lorsque la Constitution fut adoptée. Mais ceux qui soutenaient le même de la propriété privée souhaitaient plus de garanties, que cette idée soit explicitement préservée dans la Constitution. En plaçant la déclaration dans la Constitution, les chances de survie du même furent accrues.

Le 14^e amendement étend aux États les dispositions de la clause sur les expropriations : « Aucun État ne doit priver personne (...) de sa propriété sans se conformer au droit ». En fait, la protection de la propriété privée contre l'expropriation par les gouvernements des États est garantie par les Constitutions des États ; 48 d'entre elles comportent des clauses similaires à celles de la Constitution de l'État fédéral. En outre, 34 Constitutions d'État étendent la protection de la propriété privée aux dommages causés par l'État, même s'il n'y a pas eu expropriation matérielle.

Répéter de telles clauses constitutionnelles ne rend pas pour autant évident le fait que la question de la propriété privée est tranchée. Loin de là : si tel était le cas, ces affirmations n'existeraient pas et les controverses qui continuent à graviter autour de l'idée de propriété privée suggèrent que la notion est certainement tout sauf évidente.

Par définition, les individus trouvent intéressants de détenir des actifs, y compris les personnes que les droits de Common Law protègent. Pour les défenseurs du même concurrent, les frontières qui restreignent les actions de l'État sont de simples parchemins. Pour les autres, elles définissent des droits sacrés qui sont naturellement les leurs. Et il est clair que n'importe quel gouvernement suffisamment puissant pour protéger leurs droits de propriété est aussi suffisamment puissant pour les redéfinir.

Les régimes de droits de propriété semblent aller de pair avec la sédentarisation. Ceux qui ont établi les premières règles de partage d'une pâture commune ont, sans le savoir, inventé le droit et les droits de propriété. Ce n'est peut être que pure logique que le terme grec de droit soit identique à celui de pâture (5). Seule la logique suggère que des individus sédentaires ont été les premiers à établir des mécanismes informels de partage, de préservation, et donc de transmission des droits fonciers. Plus les individus sont sédentaires et unis, plus les systèmes de droit fondés sur la coutume, la tradition et des normes communes dominent. En comparaison, des systèmes ordonnés formels s'appuyant sur un gouvernement impersonnel seraient plus coûteux. A l'inverse, les communautés d'individus nomades pour lesquelles la coutume, la tradition et le langage ne sont pas communs trouvent que l'ordre informel est coûteux. Dans ces contextes, le droit formel ou politique est dominant. Les deux mêmes — c'est-à-dire des conceptions différentes du droit et des droits de propriété — se font concurrence selon les lieux et les époques.

Les investigations de Robert Ellickson sur l'ordre informel des agriculteurs californiens nous conduisent à formuler une hypothèse sur les petits groupes comme ceux que l'on trouve dans l'Amérique rurale. Ellickson dénombre les problèmes posés par l'imposition, par le législatif, d'un droit externe sur un ordre interne. Mais il cite aussi les bénéfices de l'intervention de l'État en tant que barrière à l'esprit de clocher. Il prend également en compte toutes les forces pouvant concurrencer l'ordre informel. Comme il l'explique : « *Beaucoup de tendances actuelles, comme l'urbanisation croissante, l'extension de la responsabilité en matière d'assurance et l'avènement de l'État-Providence continuent à affaiblir le système de contrôle informel et à étendre le domaine de [l'État]* » (6).

La controverse sur les droits de propriété et la concurrence entre les mêmes semblent être en rapport avec les frontières constitutionnelles qui distinguent les actions politiques des actions privés. Dans cette perspective, les constitutions — fédérale et des États — limitent le domaine de la politique et offre un sanctuaire aux droits de la Common Law des citoyens ordinaires. Mais dans une autre optique, les droits de la Common Law restent à l'état de moyens pour accomplir les objectifs plus généraux de l'appareil politique tel qu'ils sont exprimés par la majorité. Si l'une des conceptions est la thèse, l'autre est l'antithèse. L'interaction entre la réglementation (statutes) et la Common Law, entre le droit positif et le droit naturel conduit à une synthèse controversée qui définit sans cesse notre société et les droits des citoyens ordinaires.

Dans sa remarquable étude (7) sur les traditions juridiques occidentales, le professeur de droit Harold Berman adopte un point de vue extrêmement pessimiste sur l'évolution de cette synthèse. Selon lui, les traditions juridiques occidentales sont enracinées dans des régimes communautaires fondés sur des valeurs communes et des normes sociales. Pour des raisons constitutionnelles, c'est le gouvernement majoritaire qui a tendance à remporter le combat entre l'ordre informel et l'ordre formel. Berman pense que : « *c'est seulement lorsque les différents systèmes de droit de toutes ces communautés — locales, régionales, nationales, ethniques, professionnelles, politiques, spirituelles, intellectuelles et autres — fusionnent dans le droit de l'État-Nation que l'histoire commence à devenir tyrannique* ». Berman poursuit son raisonnement et discute de la croissance explosive de l'État

(5) Cf. introduction à O. Gierke, *op. cit.*

(6) Ellickson (1991).

(7) Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Harvard University Press (1983).

administratif moderne qui cherche à appliquer les règles et les réglementations à tous les aspects de l'existence. Il conclut : « *Le droit devient plus fragmenté, plus subjectif ; il s'articule davantage autour de l'opportunisme que de la moralité ; il s'attache plus aux effets immédiats et moins à la cohérence et à la continuité. Aussi le xx^e siècle voit-il l'érosion du terreau historique de la tradition juridique occidentale alors que la tradition elle-même est menacée d'effondrement* ».

Les lois sur les zones humides, la protection des espèces menacées et autres boucliers réglementaires qui outrepassent les droits de la Common Law sont autant d'exemples fructueux pour explorer les tensions entre les ordres formels et informels. En ce qui concerne les espèces menacées, le Congrès a, par voie législative, autorisé les administrations à s'engager dans des activités qui peuvent interférer — et interfèrent effectivement — avec les droits traditionnels de la Common Law. Pour les zones humides, les agences bureaucratiques, qui se comportent comme les agents du Congrès, mais sans autorisation explicite de sa part, ont contribué à atténuer les droits privés. En outre, le *Clean Water Act* et de nombreuses législations d'État se sont emparés de droits environnementaux détenus auparavant par des gens ordinaires. Par exemple, jusqu'en 1972, les citoyens de l'Illinois pouvaient intenter un procès au civil (Common Law) contre les pollueurs du Wisconsin qui dégradaient l'eau potable de Chicago. Ces droits environnementaux furent supprimés par la Loi sur l'Eau. A l'heure actuelle, il appartient aux législateurs fédéraux de régler les problèmes de pollution inter-États. En régime de Common Law, le propriétaire d'une terre adjacente à celle d'un éleveur de porcs peut poursuivre en justice ce dernier si des odeurs ou autres nuisances venait à réduire la valeur de la terre ou à interférer avec sa jouissance. Aujourd'hui, dans 35 États, les propriétaires fonciers ne peuvent intenter de procès contre des voisins qui élèvent des animaux dont la présence leur inflige des coûts environnementaux non souhaités. Les pollueurs sont protégés par la loi. Les droits de propriété privée ont été convertis en droits publics et transférés à des agences administratives. Le même du droit public a remporté le conflit qui l'oppose aux droits privés.

Cette mutation des droits privés en droits publics s'est accélérée de manière significative dans les années 1970 et 1980. Prenons l'exemple de ma Géorgie natale : si l'oiseau bleu vient à être classé parmi les espèces en danger, il s'ensuivra immédiatement une conversion des droits. Les agents du gouvernement fédéral pourront décider ce que nous pouvons faire sur notre propriété de Géorgie. Si la terre de mon voisin est déclarée zone humide, les autorités fédérales peuvent lui dicter comment et où il peut planter et couper ses arbres. La logique de ces contraintes se fonde sur l'idée que la politique doit outrepasser le droit de la terre lorsque d'importants bénéfices sociaux sont en jeu. Mais, d'autres considèrent ces mêmes actions comme des transgressions illégitimes de leurs droits de propriété. Si des droits déjà détenus doivent être transmis, alors le nouveau propriétaire doit consentir à payer pour les droits reçus. Autrement, le transfert ne serait pas légitime au sens de la Common Law.

Par conséquent, les habitants de ma région hésitent à réserver des habitats pour le pic-vert à crête rouge puisque, si ces oiseaux y venaient, ils perdraient en partie le contrôle de l'utilisation de leurs terres. En fait, un écologiste fort célèbre (8) l'a appris à ses dépens de manière brutale. Comme dans le Nord-Ouest du Pacifique, les producteurs de bois révisent leurs plans de récolte et, dans certains cas,

(8) Il s'agit de Ben Cone de Caroline du Nord, cf. article de Lee Ann Welch dans *Land Rights : The 1990's Property Rights Rebellion* sous la direction de B. Yandle, Rowman and Littlefield, 1995.

défrichent pour ne pas recevoir la visite des bureaucrates chargés de protéger les zones humides et les espèces menacées : les espèces ne sont plus protégées. La valeur des terres concernées chute et des entreprises auparavant rentables deviennent fortement déficitaires.

II. — QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES « MÈMES »

Les idées relatives aux droits de propriété sont clairement prisonnières d'une lutte de type concurrentiel. Que peut-on conclure des trajectoires des mêmes et des modèles locaux ? Les conclusions de deux études statistiques offrent un éclairage sur la vitalité des mêmes dans les parties orientale et occidentale des États-Unis, soit un ensemble de communautés reconnues comme diverses. D'abord, le mouvement pour les droits de propriété — actif depuis les années 1990 — semble constituer une preuve solide que les citoyens ordinaires sont plus que concernés par les interventions fédérales sur les droits de propriété privée. Mais, avant d'arriver à cette conclusion, il convient d'aller plus avant dans les données.

A l'Est, le mouvement pour les droits de propriété est attisé par les expropriations de l'État associées à l'application de la Loi sur les Espèces Menacées et aux dispositions concernant le contrôle des zones humides inspirées par le Clean Water Act. A côté de cela, on trouve le classement fédéral de sites historiques, de rivières sauvages et pittoresques ainsi que les autres mesures réglementaires ayant conduit à un contrôle non souhaité par les propriétaires de l'utilisation de l'espace. En outre, dans certains États de l'Ouest, des mesures fédérales limitent l'accès à de vastes possessions fédérales et modifient les droits de pâturage à long terme (9). Certains considèrent que le gouvernement fédéral est incontrôlable, qu'il se moque du caractère sacré des droits de propriété privée, qu'il favorise toujours les intérêts des écologistes dans le but d'interdire des utilisations rentables de la terre par les citoyens privés. D'autres conçoivent le gouvernement fédéral comme le seul moyen d'accomplir des objectifs environnementaux vitaux mais parfois impopulaires qui restaureront et préserveront la nature pour les générations futures. Mais, pour les défenseurs des droits de propriété, ce n'est pas tant les différences de points de vue qui importent que les moyens pour accomplir les objectifs des écologistes. Selon les avocats des droits de propriété, si les droits sur la terre sont désirés par un groupe, ceux qui veulent peuvent l'obtenir simplement en l'achetant. Mais de telles idées sont diabolisées par les mêmes de la propriété publique. Le paiement implique la reconnaissance des droits privés, ce qui signifie le maintien du statu quo légal. Prendre sans compenser implique la victoire du même public sur le même privé.

Au début des années 1990, les efforts pour protéger les droits de propriété ne sont pas parvenus à gagner le soutien des législateurs fédéraux. Plus tard, le 104^e Congrès des États-Unis a ajouté la protection des droits de propriété au *Contrat avec l'Amérique*, mais aucune loi ne s'en est suivie. Déçu par leur échec pour obtenir une protection législative fédérale, les partisans des droits de propriété se sont tournés vers les États. En Septembre 1996, des lois sur les droits de propriété et des directives de même nature par les gouverneurs (executive order)

(9) Cf. Roger Clegg Farmers, *Ranchers and Environmental Law*, National Center for Public Interest, Washington, 1995.

étaient en place dans 25 États. Cinq d'entre eux ont des lois qui établissent des seuils de compensation lorsque les réglementations du gouvernement ont un impact négatif sur la valeur des terres. A la fin de l'année 1996, tous les États situés à l'Ouest du Mississippi sauf l'Arizona, l'Oklahoma et le North Dakota, débattaient ou même votaient ce type de législation.

*

* *

Les efforts, par des groupes concurrents, de redéfinitions des règles de propriété implique une compétition des idées concurrentes relatives aux droits de propriété, l'ordre et la liberté. Dans un régime majoritaire, chaque groupe peut demander l'assistance de l'appareil politique. En utilisant la métaphore de la concurrence entre les mêmes, cet article s'est penché sur les aspects historiques et actuels d'une lutte ancienne qui semble être toujours présente dans les affaires humaines. Tous les protagonistes s'accordent à reconnaître la nécessité de règles de propriété, mais le désaccord est grand pour ce qui est des limites juridiques qui définissent les sphères d'activités privées. Pour l'un des groupes, la liberté semble concerner des actions qui peuvent être réalisées tant que des coûts ne sont pas imposés à d'autres qui occupent des sphères d'action similaires. Ce groupe demande à l'État de sanctionner les droits négatifs qui ont été imposés par la collectivité. Pour le groupe concurrent, la liberté semble signifier d'avoir le droit de redéfinir, et même d'éliminer, des sphères d'activités privées. Il font appel à l'appareil politique pour étendre les droits positifs qui concerneront toutes les communautés.

La force relative des deux mêmes — la croyance dans l'approche privée ou publique pour la gestion de la terre — semble dépendre en partie des degrés d'homogénéité sociale, du niveau d'attachement d'une population à la terre et du poids relatif des liens sociaux et de l'utilisation de normes, coutumes et traditions pour définir les droits de propriété.

Ce article suggère que le même de la propriété privée qui s'appuie sur les droits de la terre est plus fort dans les populations où, historiquement, on s'en remettait à la terre pour gagner sa vie et en retirer des satisfactions. Elles comprennent l'importance, à long terme, des règles de droit qui confèrent une stabilité dans l'utilisation de la terre. A contrario, le même de la propriété publique est plus puissant dans les contextes urbains dont la gestion est typiquement le fait des lois et des réglementations formelles.

De manière paradoxale, le succès du même de la propriété publique dans l'érosion de la légitimité des droits de propriété privé porte en lui la contagion d'une expansion future des pouvoirs redistributifs de l'État. Avec lui, les liens entre les coûts et les bénéfices reconnus sont remplacés par des efforts bureaucratiques de construction de substituts synthétiques aux forces du marché. Le pouvoir politique croît, les droits négatifs des citoyens ordinaires déclinent. Mais nous sommes tous des gens ordinaires qui cherchons à nous garantir des sphères d'activités privées pour nos familles et nos biens. Si de telles sphères venaient à disparaître, le monde serait à nouveau un bien public caractérisé par un haut risque de tragédies inhérent à ce système de gestion des ressources naturelles.

Bruce YANDLE