

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Max FALQUE

1. POURQUOI UNE CONFÉRENCE ?

Cette conférence internationale qui s'est tenue à Aix-en-Provence sous le patronage de Madame le Ministre de l'Environnement du 27 au 29 juin 1996 a réuni près de 130 participants de 11 nationalités différentes. Quelque 50 communications, soit en séance plénière, soit dans des ateliers spécialisés ont permis de répondre à l'objectif que l'on s'était fixé, à savoir « *analyser le nouveau rôle que l'on entend faire jouer respectivement aux droits de propriété et à la réglementation dont personne ne nie la nécessité dans un contexte renouvelé. Il s'agit de faire le point des pratiques et des réflexions théoriques dans les divers pays afin de définir de nouvelles politiques plus efficaces, moins coûteuses et plus respectueuses des libertés individuelles et publiques. On explorera aussi le contenu de la propriété, non seulement en terme de droits mais aussi de devoirs (dans le sens de la formule allemande "Eigentum verpflichtet")* » (la propriété oblige).

Les articles présentés dans cet ouvrage répondent directement aux objectifs si l'on veut bien convenir que l'on abordait un domaine nouveau débordant sur plusieurs disciplines et surtout n'ayant la faveur ni des pouvoirs publics ni des groupes de pression « verts ».

Cette navigation dans les « *terrae incognitae* » de l'avenir a certes les saveurs du fruit défendu mais présente des risques de lacunes, de simplifications et de parti pris inhérent à ce genre d'entreprise.

Cette conférence, loin d'être un aboutissement, apparaît donc comme la première étape d'une longue démarche où patiemment, *pour chaque ressource environnementale, on devra systématiquement se poser la question de savoir si la mise en œuvre renouvelée de droits de propriété ne serait pas la meilleure façon de sauvegarder la nature mais aussi la liberté de l'homme.*

Christian Mouly, disparu quelques mois après cette conférence, nous a laissé un message clair :

« *En matière d'environnement, comme ailleurs, la propriété développe mieux ses effets en conjonction avec d'autres droits de l'homme, notamment lorsque on souligne la protection qu'apporte la propriété à ces autres droits. Moins qu'une valeur en soi, la propriété doit être présentée comme le rempart de l'égalité, de la dignité de l'homme et des libertés individuelles.* »

2. GENÈSE D'UNE IDÉE

Lorsqu'au début des années 1970 l'environnement a acquis le statut de problème politique, dans tous les grands pays industriels la solution semblait évidente : il

suffisait d'édicter des lois et règlements. L'action des pouvoirs publics se substituant progressivement à celle des acteurs privés devait rétablir un état antérieur supposé meilleur. Le système réglementaire visait notamment à mettre « hors marché » les biens environnementaux, notion extensible à l'infini, afin de les protéger de l'égoïsme consubstantiel aux acteurs économiques privés.

Lynton Caldwell (1970) pouvait alors écrire sans risque d'être contesté : « *La possession privée de la terre asservie à des règles écologiques fondamentales peut-être rendue compatible avec une approche foncière écosystémique. Mais la liberté d'acheter et d'aliéner la terre sans égard aux conséquences écologiques, voulues ou non, ne serait pas compatible avec l'approche écosystémique. Une économie foncière fondée sur le "laissez faire" (en français dans le texte) bien que profondément ancrée dans la tradition américaine, devient de plus en plus incompatible avec les intérêts d'une majorité de citoyens qui vivent dans les grandes villes, ne possèdent pas de terres et pour lesquels les nécessités et les aménités de la vie deviennent de plus en plus coûteuses et difficiles d'accès* » L'intitulé de son remarquable article « L'écosystème en tant que critère pour une politique foncière publique » (1) constituait un véritable programme !

On peut dire, qu'au moins en France, aucune voix ne s'est élevée contre le principe de la supériorité de l'action publique et de la pratique réglementaire qui en découlait. A cette époque, les idées de nationalisation et de municipalisation des sols voire de socialisation de la nature étaient avancées. On pouvait alors entendre dans les administrations et les partis politiques la supplique : « Ah, si nous avions la maîtrise foncière ! »

Aucune réflexion critique concernant, précisément, les effets de la maîtrise foncière publique sur le paysage suburbain hideux dont notre pays se dotait n'était tolérée et Edgar Pisani donnait un contenu théorique à cette vision dans son livre « L'utopie foncière » préfacé par Michel Rocard. Cet ouvrage concluait qu'il était urgent pour sauvegarder le cadre de vie des Français d'aller au-delà d'une socialisation honteuse de l'espace et de vider définitivement de l'essentiel de sa substance le droit de propriété pourtant garanti par la Constitution reprenant les Droits de l'Homme et du Citoyen.

Il faut dire que la coalition des intérêts du lobby immobilier privé et public, de l'administration, des hommes politiques et des théoriciens marxisants de l'époque était suffisamment puissante pour interdire toute vision critique.

Il y avait pourtant un autre regard possible à partir d'une interrogation simple : que deviennent les ressources environnementales lorsqu'elles sont l'objet d'une appropriation publique totale — ce qui était précisément l'objectif à long terme de la nomenklatura intellectuelle politique et technocratique dont le philosophe marxiste Henri Lefèvre était alors le héraut ? Il eut suffi pour cela de se tourner vers le monde communiste qui couvrait alors une grande partie du monde (2). De ce côté, pas le moindre soupçon : à défaut d'observation on se contentait d'un syllogisme.

(1) « The ecosystem as a criterion for public land policy ».

(2) « En 1972, je m'étais gaussé d'un article du Programme Commun qui attribuait la pollution de l'environnement au seul système capitaliste et j'avais rappelé à F. Mitterand ce fait notoire que la pollution était mille fois pire dans les pays communistes. Il partagea ma gaieté jusqu'au fou rire et m'arrachant le livre des mains pour vérifier le passage, il s'écria "Non ? Pas possible ? Ils ont écrit cette ânerie !". "Ils" ... Toujours les autres. L'autocrate irresponsable que Mitterand deviendrait durant ses deux présidences, se peignait déjà tout entier », J. F. Revel, 1997, « Mémoires », p. 363.

- Le destruction de l'environnement est le fruit du capitalisme s'appuyant sur le libre marché et les droits de propriété
- Les pays communistes ont supprimé radicalement le marché et les droits de propriété.
- Donc, l'environnement est parfaitement sauvegardé dans les pays communistes.

A ma connaissance, aucune étude de cas ou réflexion théorique n'est venue jusqu'au milieu des années 80 contredire le dogme.

En juillet 1983, je me trouvais à Harvard où se tenait le Second World Congress on Land Policy organisé par le Lincoln Institute (3). Robert J. Smith, écologiste spécialiste d'avifaune, avait osé avancer au cours du débat général que la protection de l'environnement pouvait recourir à autre chose qu'à la réglementation ou aux incitations à une éthique foncière et que les droits de propriété constituaient dans certains cas la meilleure garantie d'une sage gestion responsable.

Sèchement rabroué pour son propos incongru, j'allais en quelque sorte m'excuser de l'intolérance et de la sévérité d'un jugement sans appel qu'avait prononcé une des personnes des plus respectées de la profession, Ann Louise Strong (4). Au cours d'une longue soirée, R.J. Smith m'expliqua les théories émergentes aux États-Unis et la nouvelle école de pensée désignée sous le vocable de « New Resource Economics » ou « Free Market Environmentalism ». Il me communiqua un article qu'il venait de publier dans la Policy Review (printemps 1982) au titre provocateur « Privatizing the Environment » (5). Ce texte fondateur consacrait notamment de nombreuses pages aux catastrophes écologiques survenues en Pologne, URSS Chine ... brisant en cela un tabou ou une ignorance savamment entretenue, notamment en France, où il a fallu attendre la chute du mur de Berlin pour reconnaître l'évidence : en Allemagne la destruction de l'environnement n'était pas du « bon côté » et cela questionnait les « Grünen » qui d'ailleurs s'étaient opposés à la réunification. Dès lors, on pouvait se poser ouvertement la question : la destruction environnementale n'est-elle pas le fruit d'un excès de réglementations limitant ou supprimant les droits de propriété ?

Si la réponse s'avérait positive, au moins partiellement, il convenait de s'attacher à rechercher comment les droits de propriété peuvent contribuer à sauvegarder l'environnement.

En 1985, Henri Lepage consacrait un chapitre de son ouvrage « Pourquoi la propriété ? » au thème « Capitalisme et écologie : privatisons l'environnement » où il exposait les nouvelles thèses libérales américaines.

Parallèlement, fin 1985, je confiais un texte à Hugues de Jouvenel qui acceptait de publier dans « Futuribles » mes réflexions sur les implications pour la France d'une vision libérale de l'environnement. Pour autant, surpris par ces propos iconoclastes, il précisait dans un « chapeau » : « *L'intervention de Max Falque est volontairement provocatrice et préconise un large débat plutôt que des solutions toutes faites. Ce débat nous avons voulu le susciter en demandant à Vincent Renard*

(3) Le Lincoln Institute s'est attaché à développer les idées de socialisation de la rente foncière de Henry George, penseur social du 19^e siècle et auteur d'un ouvrage à succès « Progress and Poverty », que Vincent Renard qualifie de « Socialisme libéral ».

(4) Ann Louise Strong, juriste de l'environnement avait été mon professeur et mentor à l'Université de Pennsylvanie en 1970-1971. Elle est devenue une amie et bien sûr a participé à la présente conférence au même titre que Robert Smith.

(5) Cet article a été traduit et reproduit partiellement dans notre ouvrage *Ecologie et liberté*, Litec 1992.

et Jacques Theys, d'une part, à Brice Lalonde d'autre part de réagir en défenseurs de l'environnement à la fois soucieux d'efficacité et épris de liberté » Il est vrai qu'il n'est pas de bon ton de mettre en doute la sagesse des pouvoirs publics dans notre cher et vieux pays !

L'abondance de la littérature anglo-saxonne sur ce thème offre d'excellentes références mais le contexte politique, juridique et administratif de l'Europe continentale et plus encore de la France, est suffisamment différent pour nécessiter une confrontation des théories et de la pratique. Aussi, dès 1991, l'ICREI (International Institute for Research on Environmental Issues), sous l'impulsion d'Alain Madelin et d'Henri Lepage, s'est-il attaché à développer l'idée que l'écologie de marché ou « écologie positive » était probablement la voie la plus sûre pour sauvegarder à la fois l'environnement et la liberté et, en 1992, l'Université d'Été de la Nouvelle Économie consacrait sa session annuelle précisément à « l'Écologie de marché » (6).

Cependant le problème des droits de propriété, véritable pierre angulaire de la nouvelle école de pensée, examiné en termes juridiques et économiques apparaissait suffisamment important pour justifier l'organisation d'une conférence internationale permettant la confrontation des idées et des expériences entre théoriciens et praticiens de divers pays.

Organiser une telle réflexion en France relève du paradoxe, voire de la provocation. En effet, aucun pays industrialisé n'est allé aussi loin dans la socialisation de ses institutions dont témoigne un taux de dépenses publiques supérieur à la moitié du PIB. Au regard de l'organisation de l'espace, le droit de propriété n'est évoqué que comme une vieille lune à laquelle il faut bien se référer pour mieux l'ignorer. Toute la conception urbanistique s'est précisément fondée sur la maîtrise foncière publique pour assurer un avenir radieux aux citoyens dont on avait préalablement défini les préférences.

Or, en l'absence de critique formelle de cette pratique, la maîtrise foncière à des fins environnementales impliquait la continuité. Il suffisait donc de persévérer (dans l'erreur ?), à savoir progressivement vider le droit de propriété de son contenu et transférer ainsi son usage aux pouvoirs publics. On respectait ainsi le principe constitutionnel qui déclare le droit de propriété inviolable et sacré, tout en donnant une grande liberté aux hommes politiques et aux bureaucraties censés représenter l'intérêt public. En outre ce système a l'avantage de ne rien coûter aux pouvoirs publics qui passent sous silence les coûts cachés que sont la corruption, l'inégalité, l'arbitraire, la multiplication des contrôles et des fonctionnaires et les atteintes à la liberté.

Dans ce contexte, faire entendre une autre musique et discuter du bien fondé d'un renversement de la charge de la preuve est téméraire. Pour autant, la qualité des intervenants et leur diversité d'origines intellectuelles, professionnelles et nationales démontrent que les droits de propriété, aujourd'hui comme hier, sont au cœur de la gestion des ressources environnementales et il est probable qu'ils joueront dans l'avenir, sous des formes qui restent à inventer, un rôle central pour la survie de l'humanité dans un cadre de liberté.

(6) Pour un compte-rendu partiel de cette Université d'été cf le « Symposium » in *Journal des Economistes et des Études Humaines*, Vol. VII, n° 2/3 juin-sept. 1996.

3. ÉVOLUTION D'UN CONCEPT

La propriété remonte au fond des âges de l'humanité et tous les systèmes juridiques y font référence.

Il apparaît en effet, qu'au-delà d'une économie de cueillette par une population humaine très peu dense, la propriété soit consubstantielle aux civilisations agricoles sédentaires et représente le moyen le plus sûr d'assurer ce que nous appelons aujourd'hui le développement durable.

Que droit de propriété, sous des formes d'ailleurs très diverses, et croissance économique soient liés, l'un renforçant l'autre, est attesté par l'histoire et admis de tous. En revanche, l'idée que *les* droits de propriété participent à la protection et à la gestion de l'environnement semble relever du paradoxe non seulement pour l'écologie militante mais encore pour les juristes eux-mêmes qui sont prêts à jeter leur froc aux orties et renier le droit pour le règlement.

Et pourtant, le lien entre droits de propriété et qualité de l'environnement a été pressenti par Aristote (384-322 avant J.C.) qui observait que « *ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet des soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est en commun.* » (Politique, livre III, chapitre 3). Aristote critique ainsi la propriété commune chère à Platon parce qu'elle conduit à réduire le sens des responsabilités ce qui diminue d'autant l'attention et l'intérêt accordé à l'objet possédé.

Mais c'est avec l'émergence des problèmes environnementaux dans la deuxième partie de ce siècle que l'on note l'intérêt renouvelé pour la propriété. Curieusement, cette réflexion n'a pas été le fait des juristes. Ronald Coase, prix Nobel d'économie, le premier, dans son célèbre article « *The problem of social cost* » publié dans le *Journal of Law and Economics* en 1960, démontre que l'appropriation des biens environnementaux constitue un optimum et qu'en l'absence de coûts de transaction la nature du propriétaire est indifférente.

En effet, si l'on analyse les problèmes d'environnement comme la présence d'externalités, Coase démontre que c'est la limitation à l'instauration de droits de propriété librement échangeables qui interdit l'internalisation des coûts et des bénéfices externes.

Coase est le premier d'une longue lignée d'économistes qui se sont appuyés sur l'analyse économique du droit, discipline qui a longtemps été ignorée en France.

Quelques années plus tard, Harold Demsetz, lui aussi de l'Université de Chicago, approfondissait les recherches de Coase. Dans un article publié par l'American Economic Association (7) il mettait en évidence le rôle anticipateur des droits de propriété qui « *se mettent en place pour internaliser les externalités lorsque les gains de l'internalisation dépassent les coûts de l'internalisation* ». Il appuie sa démonstration sur les recherches d'Eleanor Leacock et de Franck Speck, deux anthropologues, qui avaient étudié au début du siècle l'apparition des droits de propriété chez les Indiens Montagnais au Québec du nord (Labrador).

Si la propriété collective était la règle avant l'arrivée des Français, Leacock note qu'il existe une relation étroite en terme historique et géographique entre l'apparition de droits de propriété privée et le développement du commerce des fourrures. Ceci confirme la thèse de Demsetz, à savoir que l'externalité, c'est-à-dire la su-

(7) « *Toward a Theory of Property Rights* », 1967.

rexploitation du gibier, est internalisée par les droits de propriété sur les territoires de chasse.

Poursuivant sa démonstration, Demsetz distingue les droits de propriété en commun des droits de propriété individuels. Or cette question est capitale, tant il est vrai que les tenants de l'écologie plus ou moins profonde donnent la préférence à la propriété en commun et/ou la propriété publique et considèrent que la propriété privée est moralement répréhensible car fondée sur l'égoïsme et source d'externalités négatives.

En fait, les trois formes de propriété ont au regard de l'environnement et de l'internalisation des externalités des conséquences très différentes.

- La propriété commune implique que la communauté interdise à la puissance publique ou au citoyen le droit de limiter la liberté de toute personne d'exercer ses droits de propriété en commun.

- Le propriété privée implique que la communauté reconnaisse au propriétaire le droit d'exclure toute personne de l'exercice des droits qui lui appartiennent.

- La propriété publique implique que l'État puisse exclure n'importe qui de l'usage d'une ressource en fonction d'une réglementation d'origine politique précisant qui a le droit d'usage.

Comparant l'appropriation commune et l'appropriation privée, Demsetz démontre que le propriétaire privé prend en compte les demandes présentes et futures, alors qu'en régime de propriété commune, la préférence sera donnée aux intérêts de la génération présente car le titulaire de tels droits ne sera pas affecté par les externalités négatives dont il fera porter l'essentiel des coûts aux autres titulaires de droits.

Demsetz conclut que la propriété commune est génératrice d'externalités très importantes et que les générations futures sont sacrifiées aux générations présentes.

Il est clair que tout le discours actuel sur les droits des générations futures devrait faire les plus extrêmes réserves au regard de toute forme de propriété publique ou commune, alors que bien au contraire les dévots du développement durable donnent leur préférence à toutes les formes de socialisation des droits de propriété.

A ce titre une réflexion approfondie sur les thèses de Demsetz devrait être une obligation pour tous ceux qui pensent sérieusement à donner leur chance à long terme aux ressources environnementales et aux générations futures.

En 1968, J.H. Dales, professeur d'économie à l'université de Toronto, publiait « *Pollution Property and Price* » où il introduisait les concepts de l'école des choix publics et observait « *dans ce pays (Canada) comme dans beaucoup d'autres, l'air et l'eau ont été traités comme un bien public illimité. Dans ces conditions, leur pollution ne peut qu'augmenter et leur caractéristiques physiques se dégrader* ». Le premier il préconise d'imaginer des droits de propriété sur ces ressources.

Les droits de propriété privée présentent un intérêt évident au regard de la justice et de la paix sociale car « *dans un système de propriété commune illimitée les groupes dont les intérêts s'opposent ne peuvent négocier puisqu'ils n'ont pas de monnaie d'échange : ils ne peuvent que se quereller interminablement* ». Dès lors, la seule façon d'assurer un certain ordre social est la multiplication des règlements de plus en plus contraignants et inefficaces impliquant une répression de plus en plus sévère et, le cas échéant, lorsque la ressource menacée devient vitale, telle que l'eau ou l'air, le « totalitarisme vert » qu'a justement anticipé J.F. Revel :

« *Un autre critère permet de repérer cet éventuel totalitarisme en préparation : c'est qu'il sera presque sûrement ou est déjà, lui aussi, hostile au capitalisme.*

Les utopistes veulent enrégimenter la majorité de l'humanité pour son bien en vue de la réformer. Ils ne peuvent donc que haïr la liberté économique car ils perçoivent avec lucidité que la disparition de la propriété privée entraîne celle de la liberté politique et de la liberté culturelle ».

La même année 1968, un biologiste, Garret Hardin, publiait un article dans la revue *Science* « The Tragedy of the Commons » qui a connu un succès exceptionnel et est devenu une des références les plus citées dans la littérature spécialisée. Hardin s'appuyait sur des concepts développés par d'Alembert, Adam Smith et William Forster Lloyd au XVIII^e et XIX^e siècles pour démontrer que la pression démographique nécessite un changement dans l'utilisation des ressources communes et que la liberté d'accès entraîne inévitablement la ruine. Hardin propose plusieurs solutions, dont l'appropriation individuelle, afin d'équilibrer offre et demande dans un cadre de responsabilité. Certes, « chaque nouvelle clôture du pâturage communal implique une atteinte à la liberté personnelle d'une autre personne » mais, en l'absence de clôture, la ruine du pâturage ne pourra être évitée que par une contrainte extérieure (règlement) souvent plus désagréable et surtout inefficace.

Il faut remarquer que Hardin se place dans une optique de pression démographique croissante et que la tragédie de la vaine pâture n'existe pas en cas de demande constante. Autrement dit, la gestion d'un bien en commun est parfaitement acceptable partout où la demande n'excède pas l'offre, réglée en cela par la limitation sociale ou politique des acteurs. Le meilleur exemple est celui précisément des pâturages communaux des Alpes en France, Suisse ou Autriche. Ils fonctionnent d'autant mieux que la pression (nombre de têtes de bétail) a tendance à baisser face à une ressource constante. Les acteurs peuvent collaborer et résoudre leurs problèmes pour autant que la communauté, de faible taille et homogène, porte un intérêt profond pour son avenir à long terme. On conviendra que ces conditions sont rarement réunies dans les sociétés urbaines actuelles.

Le mérite de Hardin a été de donner un fondement théorique à une constatation de bon sens et surtout de mettre en évidence que les ressources environnementales (ressources) n'étaient pas fondamentalement différentes des autres biens économiques (commodities).

A partir des années 1970 et surtout 1980, de nombreuses publications ont développé le thème de l'importance capitale des droits de propriété. Des écologues, tel R.J. Smith, des politicologues tel J. Baden mais surtout des économistes tels T. Anderson, R. Stroup, W. Block, J. Simon, D. Leal, F. Smith, B. Yandle ... ont théorisé le rôle des droits de propriété et du marché dans le cadre de l'école de pensée appelée indifféremment « Free Market Environmentalism » ou « New Resource Economics ».

Trois instituts indépendants (think tanks) ont joué et jouent encore un rôle capital : aux États-Unis le « Political Economy Research Center » (PERC) et le « Competitive Enterprise Institute » (CEI) et en Grande-Bretagne l'« Institute of Economic Affairs » (IEA) (8).

En ce qui concerne les juristes, ils n'ont pas joué un rôle important jusqu'à ces dernières années mais on doit noter que l'analyse économique du droit est devenue une discipline à part entière sous l'impulsion de personnalités telles que C. Mouly

(8) Citons aussi « Reason Foundation », « Free », « Cato » et « Heritage Foundation », « Atlas » aux États-Unis, « Fraser Institute » au Canada et « Instituto de Ecología y Mercado » en Espagne ...

(Montpellier), E. Mackaay (Montréal) R. Epstein (Chicago) et B. Bouckaert (Gand).

En définitive, à ce jour, l'apport des chercheurs américains s'avère très important mais l'Europe, confrontée plus tardivement à l'inflation réglementaire, commence à envisager les droits de propriété comme une des solutions à la crise environnementale.

Si pour l'essentiel l'école des droits de propriété environnementaux donne la préférence à l'appropriation privée chaque fois que cela est politiquement souhaitable, socialement favorable et techniquement possible, une autre théorie moins concurrente que complémentaire s'est développée. En effet, à partir des constatations de Hardin sur l'impossibilité d'accommoder les demandes individuelles croissantes à une offre en ressources inchangée, il est indispensable d'organiser de nouvelles modalités de gestion des biens communs, ce que E. Ostrom appelle « common pool resources ». Donc il s'agit d'échapper à la privatisation en affirmant le caractère indivisible de la ressource et en imaginant des modalités de gestion en commun. Ceci est possible grâce à la décentralisation en évitant la bureaucratie étatique et en s'appuyant plus sur la coutume que sur le règlement. Cette école de pensée a donné naissance à « l'International Association for the Study of Common Property » (IASCP) présidée par Elinor Ostrom et dont Jacques Weber est le porte parole en France.

C'est ainsi que dans la revue *Nature* en 1989 F. Berkes et alii proposent une autre voie : « *La privatisation ou le contrôle de la puissance publique ne sont pas les seules solutions efficaces. En fait le classique recours à ces approches est beaucoup trop optimiste. Par hypothèse les ressources en propriété commune sont celles pour lesquelles l'exclusion est difficile et donc la privatisation pas toujours possible. Bien que la division d'un bien commun et l'attribution de droits de propriété puisse, sous certaines conditions, accroître l'efficacité, cela n'est pas toujours le cas. D'une façon générale, nous avançons que les solutions au dilemme des ressources communes peuvent être trouvées dans les relations complémentaires et compatibles entre la ressource, la technologie d'exploitation, le régime des droits de propriété et l'ensemble des institutions. Nous avançons aussi que la combinaison de systèmes de droits de propriété peut dans de nombreux cas s'avérer plus efficace qu'un seul système.* »

Sous une forme sensiblement différente mais s'inspirant des mêmes constatations, J. de Montgolfier, J.M. Natali, H. Ollagnon ... ont développé en France la théorie ou plutôt la pratique de la « Gestion Patrimoniale » s'efforçant de réconcilier action collective et gestion des ressources.

Ce résumé de l'évolution des idées n'a aucune prétention à l'exhaustivité. Il met simplement en évidence que les systèmes purement réglementaires et l'appropriation publique qui sont pratiquement les seules réponses à la crise environnementale sont et seront de plus en plus inefficaces et coûteux. La réflexion sur les droits de propriété et l'environnement est relativement récente et donne lieu à des solutions différentes. La privatisation des ressources ouvre certes des perspectives intéressantes mais elle n'est pas la seule compte tenu de l'extrême diversité des systèmes juridiques et politiques qui gouvernent les sociétés humaines de par le vaste monde (9).

(9) Les problèmes spécifiques à l'Afrique sahélienne ont été analysés par E. Le Roy et O. et C. Barrière qui préconisent une « écologie foncière » à savoir « un droit garant du maintien de la biodiversité et de la reproduction sociale dans toute sa diversité ».

4. QU'EST-CE QUE LA PROPRIÉTÉ DES RESSOURCES ENVIRONNEMENTALES ?

La propriété est consubstantielle à toute créature et l'éthologie nous démontre que le concept du territoire est indissociable de la nature humaine quelque soit son environnement culturel. Certes, on ne peut assimiler « l'impératif territorial » (Ardrey) à la propriété individuelle puisqu'il existe d'autres formes d'appropriation collective ou commune mais il faut bien reconnaître que le droit de propriété est d'abord lié à la personne et que sous une forme ou une autre on le retrouve dans toutes les sociétés humaines. La propriété comme la liberté ne dérive pas d'institutions sociales mais préexiste à tout arrangement institutionnel.

En revanche, la sécurité de la possession est l'objet de la loi humaine. Bastiat (1848) écrit : « *C'est précisément parce que la propriété est un droit antérieur à la loi, aussi bien que la liberté, que l'un et l'autre n'existent qu'à la condition de respecter le droit d'autrui et la loi a pour mission de faire respecter cette limite, ce qui est reconnaître et maintenir le principe même* ».

D'ailleurs le même Bastiat a bien perçu que le principe d'appropriation recouvrait l'ensemble des biens et des services et donc les ressources environnementales. « *J'avertis d'abord que je prends le mot propriété dans le sens général et non au sens restreint de propriété foncière. Je regrette et probablement tous les économistes regrettent avec moi, que ce mot réveille involontairement l'idée de possession du sol. J'entends par "propriété" le droit qu'à le travailleur sur la valeur créée par son travail.* »

Bastiat rejoint ainsi Locke et s'oppose à Rousseau et Robespierre pour lesquels la propriété n'est qu'une institution, certes « sacrée », mais à titre de phraséologie et de lettre morte : « *jamais, certes, les publicistes, après avoir respectueusement salué le principe de la propriété, n'ont autant évoqué l'intervention de la loi non pour faire respecter la propriété mais pour modifier, altérer, transférer, équilibrer, pondérer et organiser la propriété, le crédit et le travail.* »

Il est clair que les problèmes environnementaux ont encouragé cette tendance du législateur et l'ont d'ailleurs légitimée dans la mesure où elle s'applique à des objets nouveaux.

Mais il y a une autre voie peu explorée à ce jour qui consiste précisément à voir dans quelle mesure les richesses environnementales ne pourraient pas être mieux gérées par l'appropriation et le principe de responsabilité qu'elle implique plutôt que par l'élaboration de règlements qui déplacent vers la puissance publique à la fois la propriété et la responsabilité et collectivise en fait les ressources avec tous les effets pervers que l'on peut en attendre.

Restent des biens qui par nature ne font pas l'objet d'appropriation qui comme le précise l'art. 714 du code civil « *des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* » tels l'air, l'eau, les mers pour lesquels « *des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». Mais l'évolution des techniques et des systèmes juridiques permettent aujourd'hui d'envisager des modalités d'appropriation permettant d'échapper à la tragédie des biens communs.

Ainsi deux voies sont ouvertes :

— soit poursuivre la limitation, voire la destruction totale des droits de propriété par une multiplication des réglementations,

— soit rétablir progressivement les droits de propriété chaque fois que cela est économiquement et socialement possible et favorable à la protection à long terme des ressources environnementales. Parallèlement explorer toutes les avancées tech-

niques, juridiques et économiques pour « l'appropriation » des ressources jusqu'alors considérées comme « *res nullius* » ou « *res communis* ».

Les droits de propriété ouvrent un champ important à la recherche. « *Lier les droits de propriété à des choses physiques c'est ignorer les importantes innovations technologiques des temps modernes et donc figer un système archaïque de droits de propriété qui peut entraîner des dommages importants à l'ordre social. S'il est un domaine pour l'innovation sociale en matière juridique, c'est certainement celui des droits de propriété fécondés par la technologie.* » (Epstein, 1995)

Si le concept de propriété recouvre de nombreuses formes de maîtrise de l'homme sur le milieu, l'analyse économique du droit propose trois critères clairement exprimés par A. J. Kwong (1982) et qui complètent heureusement la conception de notre code civil : « *usus, abusus et fructus* ».

- Les droits de propriété doivent être clairement *définis*, c'est-à-dire que chacun doit savoir ce qu'il peut faire (droit) et doit faire (devoir) de la ressource qu'il possède, y compris les procédures et les sanctions encourues pour violation. L'individu fait ainsi face à la totalité du coût d'opportunité. Ceci réduit à la fois l'ignorance et l'incertitude, et donc participe à la capacité du système à générer l'information et donc à prendre des décisions rationnelles et efficaces.

- Les droits de propriété doivent être *garantis* par la loi et la force publique ce qui réduit l'incertitude et renforce les droits de l'individu et peut alors conduire des actions rationnelles en termes économiques.

- Enfin, les droits de propriété doivent être librement *transférables* afin de permettre à toute personne d'en utiliser au mieux les valeurs et d'en modifier l'usage lorsque le prix des ressources évolue.

Bien entendu, ces caractéristiques n'éliminent pas les pouvoirs publics du jeu social. Bien au contraire, ils doivent jouer un rôle actif pour permettre l'émergence légale des droits de propriété, leur mise en œuvre et en assurer le contrôle grâce à l'appareil judiciaire. Mais dans l'affectation des ressources environnementales les pouvoirs publics jouent alors un rôle de médiateur et non de planificateur. Une autre fonction des pouvoirs publics est de définir les limites de la privatisation, car au-delà des considérations techniques et économiques relatives aux coûts de transaction, il est clair que l'opinion considère l'atmosphère, les mers, les cours d'eau, les espaces naturels ... comme des biens gratuits, ce que B. de Jouvenel appelait les « *aménités* » et que E. Burke désignait comme « *the unbought graces of life* ».

Même si l'analyse économique démontre qu'il s'agit de biens, la mise en place de droits de propriété ne pourra réussir que si les pouvoirs publics arrivent à persuader l'opinion que c'est précisément le statut de bien commun qui est la *cause* de la surexploitation et qu'il convient de modifier le système de libre accès dévastateur.

Pour conclure on peut dire que l'idée d'attribuer des droits de propriété sur les ressources environnementales apparaît encore comme paradoxale car pour des raisons technologiques et idéologiques elles ont été exclues du marché (10).

(10) « Ces ressources ont été virtuellement exclues du marché bien qu'il n'y ait pas de raison impérative pour procéder de la sorte. L'environnementalisme fondé sur les droits de propriété en est à ses tout débuts essentiellement parce que l'opinion n'est pas accoutumée à penser en terme de relation entre le marché et l'appropriation d'une part et les ressources environnementales

Les avancées technologiques, tous comme le souci de l'efficacité ouvrent des perspectives intéressantes pour résoudre les défis auxquels nous sommes et serons confrontés.

Comme le fait justement remarquer Epstein (1995) « *l'appropriation collective des moyens de production s'est avérée un échec en matière de fourniture de biens manufacturés. Pourquoi donc en attendre un meilleur résultat en matière d'environnement ?* » Cette interrogation est un encouragement à rechercher de nouvelles voies, fussent-elles difficiles.

5. DIMENSION MORALE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU REGARD DE L'ENVIRONNEMENT

Non seulement l'appropriation privée des ressources environnementales est souvent la solution la plus efficace, sous réserve que les coûts de transaction ne soient pas dirimants, mais elle a une valeur morale. En effet, en régime de propriété commune ou collective, le risque est permanent que personne ne connaisse les limites de son autorité, de sa responsabilité et de ses ambitions. La propriété privée canalise donc l'agressivité naturelle de l'homme dont les plus forts tirent toujours avantage. On peut donc totalement renverser l'affirmation célèbre de Proudhon « La propriété c'est le vol » en « La propriété est bien la meilleure façon de protéger le plus faible ». D'ailleurs Proudhon avait, à la fin de sa vie, reconnu la fonction de protection s'appuyant sur l'égoïsme individuel pour protéger la personne humaine, non seulement contre l'agression de son voisin mais encore et surtout contre celle de la puissance publique.

En effet, Proudhon a publié en 1871 « *Théorie de la propriété* » dont Raymond Aron écrit en 1962 (11) « *Un socialiste qui s'appelait Proudhon, à la fin de sa vie, pensait que la propriété individuelle était la condition nécessaire à l'indépendance de l'individu par rapport à l'État. Plus vous supprimez la propriété individuelle et plus vous livrez l'individu à la discrétion de l'État.* »

Quelques citations de Proudhon renforcent notre thèse à savoir que vider de toute signification les droits de propriété porte atteinte non seulement aux libertés publiques mais encore à la sage gestion des ressources environnementales.

« *La propriété est la plus grande force révolutionnaire qui existe et qui se puisse opposer au pouvoir.* »

« *Servir de contrepoids à la puissance publique, balancer l'État, par ce moyen assurer la liberté individuelle : telle sera donc dans le système politique la fonction principale de la propriété.* »

« *La propriété est l'égoïsme idéalisé, consacré, inventé d'une fonction politique et juridique. Il faut qu'il en soit ainsi parce que jamais le droit n'est mieux observé qu'autant qu'il trouve un défenseur dans l'égoïsme et dans la coalition des égoïsmes. Jamais la liberté ne sera défendue contre le pouvoir si elle ne dispose d'un moyen de défense, si elle n'a pas sa forteresse inexpugnable.* »

« *La propriété allodiale est un démembrement de la souveraineté : à ce titre elle est particulièrement odieuse au pouvoir et à la démocratie. Elle est odieuse au premier en raison de son omnipotence ; elle est l'adversaire de l'autocratie comme la liberté l'est de l'autorité ; elle ne plaît point aux démocrates, tous en-*

d'autre part. Pour autant cette orientation ouvre des perspectives efficaces pour la solution des problèmes auxquels nous devons faire face aujourd'hui et surtout demain », A. J. Kwong (1992).

(11) *Dix-huit leçons sur la Société Industrielle*, NRF 1962.

fiévrés d'unité, de centralisation, d'absolutisme. Le peuple est gai quand il doit faire la guerre aux propriétaires. Et pourtant l'alleu (12) est la base de la République. »

« Sous le régime communautaire et gouvernementaliste, il faut de la police et de l'autorité pour garantir le faible des envahissements du fort ; malheureusement la police et l'autorité, depuis qu'elles existent, n'ont jamais fonctionné qu'au profit du fort dont elles ont grandi les moyens d'usurpation. »

« La propriété absolue incoercible se protège d'elle-même. C'est l'arme défensive du citoyen, son bouclier ; le travail est son épée. »

Certes, si les effets moraux de l'appropriation privée sont évidents ne serait-ce que par la responsabilisation de l'individu et la résistance à l'oppression, il est clair que c'est une conséquence et non une cause ; ce qu'avait découvert Adam Smith qui reconnaît que le boucher assurant une fonction sociale éminemment utile n'est pas mu par l'altruisme mais par son intérêt personnel ... ! Cette absence d'altruisme que l'on retrouve dans toutes les actions humaines (13) ne devrait pas condamner l'appropriation des ressources environnementales chaque fois qu'elle conforte leur préservation car ce ne sont pas les intentions qui importent mais bien les résultats.

A ce point il convient de s'interroger sur la nature humaine : toutes les observations des biologistes et des économistes mettent en évidence que les hommes sont davantage guidés par l'intérêt individuel que par l'intérêt collectif. L'indispensable coopération entre les hommes pour la gestion environnementale implique donc la négociation c'est à dire l'échange de droits de propriété exprimant la nécessaire réciprocité.

Si les droits de propriété s'avèrent comme un des meilleurs moyens de gérer à long terme les ressources environnementales, fut-ce en se fondant sur l'égoïsme, il convient de les conforter et non les combattre au motif qu'ils seraient sinon immoraux du moins amoraux (14). A ce sujet, en conclusion d'un long article (15) au titre provocateur « Can selfishness save the environment », Riddley et Low déclarent : *« Ce que nous demandons aux gouvernements c'est d'être plus cyniques au sujet de la nature humaine. Au lieu d'être choqué que les citoyens aient une vue étroite de leurs intérêts, il faut en prendre acte. Au lieu d'essayer de changer la nature humaine, il faut faire avec ».*

Par ailleurs, ni au regard de l'efficacité, ni au regard de la morale la propriété publique n'a démontré sa supériorité. Certes, elle satisfait l'instinct égalitariste, encore que l'on ne voit pas très bien comment « ce qui est à tous n'appartient à personne » (Aristote) peut apporter la moindre satisfaction aux citoyens.

Si la propriété privée environnementale présente des avantages considérables, elle n'est pas la panacée et, comme le précise J. Weber (1994) *« La propriété est un outil, parmi d'autres, dont l'efficacité dépend du contexte de sa mise en œuvre. Dans des contextes peu ou non marchands, l'attribution de droits de propriété n'a qu'une fonction d'exclusion et non de régulation. »*

En effet, il convient de ne pas confondre propriété commune, qui est régulée précisément par la communauté, avec l'accès libre. Or, les recherches en matière

(12) Droit féodal : terre tenue en propriété complète et directe s'opposant au fief.

(13) Témoin le fait que des personnages tels Saint Vincent de Paul, Saint François d'Assise ou Mère Thérèse nous apparaissent comme exceptionnels.

(14) Remarque de M. Massenet : « L'idée selon laquelle la propriété est "amoral" me paraît contestable : elle prolonge le devoir de chaque individu de sauvegarder sa propre "conservation" ».

(15) Atlantic Monthly, sept. 1993.

de « gestion patrimoniale » consistent à transformer l'accès libre aux ressources environnementales, telles que l'eau, la forêt, les zones naturelles, etc. en gestion en bien commun ouvrant une voie nouvelle entre gestion centralisée bureaucratique et propriété privée.

Ces efforts sont méritoires et permettent de mieux adapter les outils aux objectifs en fonction de la nature des biens environnementaux, du contexte socio-économique et juridique et de l'évolution technologique.

Ce dernier point est capital car l'un des obstacles à l'appropriation est formé par les coûts de transactions. Si le fil de fer barbelé a permis l'appropriation des troupeaux (16) au XIX^e siècle, abaissant considérablement le coût de la mise en œuvre concrète des droits de propriété, il apparaît que les techniques actuelles et futures d'identification par marquage isotopique, télédétection, informatisation ... permettent non seulement d'abaisser les coûts de transaction mais encore d'attribuer des droits de propriété sur les ressources environnementales, tels que la faune sauvage, l'air, l'eau, les déchets, les ressources marines ... Si cette hypothèse se confirme, on assistera à un déplacement de la frontière entre biens privés et biens publics et à une extension du champ de la propriété privée dans des domaines où le risque du « passager clandestin », c'est-à-dire celui qui profite d'un bien public pur sans payer, impliquait le recours obligé à la puissance publique.

Comme toujours en matière d'évolution de société, les avancées technologiques impliquent une modification des arrangements institutionnels et juridiques sans lesquels leur mise en œuvre pratique s'avère impossible.

Le droit de propriété, au cours de âges de l'humanité, a su s'adapter aux nouvelles techniques et aux besoins des sociétés humaines. Mais aujourd'hui l'accélération des technologies et l'urgence des défis environnementaux exigent une « imagination juridique » (17) et institutionnelle extrêmement vive dont on ne perçoit pas vraiment l'intensité en France. Mais peut-être cette conférence, où se sont exprimés contradictoirement chercheurs, praticiens et propriétaires, aura-t-elle contribué à déclencher un mouvement d'idées.

On conclura avec C. Mouly (1997) : *« La place originale qu'occupe la propriété parmi les droits de l'homme révèle une réalité dont on n'a pas suffisamment conscience. En réglementant l'environnement au nom d'un intérêt général du moment, l'homme porte atteinte à un intérêt général transcendant (sous-jacent ou permanent) qui assure depuis huit siècles la protection des valeurs fondamentales de l'humanité par la propriété. Elle rappelle que le droit de l'environnement ne peut pas être et ne doit pas être un cancer de l'égalité des hommes, de leur dignité et de leur liberté. »*

6. DROITS DE PROPRIÉTÉ ET RÉGLEMENTATION

Les multiples réglementations mises en place pour sauvegarder les ressources environnementales entament peu ou prou les droits de propriété. Si l'on admet que précisément le respect des droits de propriété est une des conditions de la sauvegarde à long terme des valeurs environnementales, les contradictions et les conflits sont indissociables de la difficile recherche du point d'équilibre.

(16) On peut d'ailleurs se demander si le fil de fer barbelé aurait été inventé en l'absence du contexte institutionnel garantissant les droits de propriété.

(17) Pour faire référence à « The Sociological Imagination » de C. Wright Mills qui avait dès 1959 mis en évidence l'importance de la recherche de nouveaux concepts pour l'évolution des institutions.

S'il n'est pas question de faire l'économie des systèmes régulateurs, il convient de confirmer leur légitimité et de délimiter leur compétence.

En France, la dérive, voire la folie réglementaire environnementale, trouve certes son origine dans notre tradition étatique mais plus précisément dans la loi du 15 juin 1943 promulguée par le gouvernement de Vichy qui instituait le principe général de non indemnisation des servitudes d'urbanisme. Qu'un régime fascisant fasse litière de l'art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens ne saurait surprendre. Mais cette disposition a été constamment reprise avec un champ d'application élargi et consacré par la loi du 31 décembre 1976.

En fait, en matière d'urbanisme, il s'agissait d'encadrer et de réguler le marché et les interdictions portaient essentiellement sur la limitation du périmètre d'urbanisation. Les procédures de zonage, aussi anciennes que les villes elles-mêmes, apparaissaient non seulement comme légitimes mais aussi indirectement comme protectrices des valeurs des propriétés privées, notamment par la séparation des fonctions et la limitation des nuisances. S'il y avait une inégalité de traitement, celle-ci était justifiée économiquement, socialement et physiquement et de toute façon devait être corrigée à moyen ou long terme par la croissance urbaine.

Mais les préoccupations environnementales ont conduit à étendre le zonage des documents d'urbanisme à l'ensemble de l'espace de chaque commune et la nature de la servitude a changé. En effet, il s'agit alors de ce que l'on pourrait appeler une « servitude environnementale » (Falque 1993) dont les caractéristiques sont les suivantes :

- modification importante et durable des valeurs foncières en introduisant une inégalité entre les citoyens devant les charges du service public ;
- caractère par nature actif de la servitude dans la mesure où elle s'applique à des espaces devant être gérés (marais, forêts, biotopes ...) ;
- justification le plus souvent arbitraire dans la mesure où la rationalité est largement subjective (esthétique, paysage, milieu dit « naturel ») ;
- caractère spoliateur puisque ces servitudes permettent d'imposer sans indemnisation des nuisances aux riverains des grands équipements publics (autoroute, station d'épuration, T.G.V., aéroport, zone industrielle ...).

Ces « servitudes environnementales » constituent en réalité autant d'« expropriations réglementaires » qui mériteraient, tout comme l'expropriation physique, une indemnisation. Or le refus d'indemniser les atteintes aux droits de propriété a des conséquences graves sur l'environnement :

- Absence de gestion active car si le propriétaire peut être privé de l'essentiel ou d'une partie de ses droits, la puissance publique est dans l'impossibilité de l'obliger à gérer en fonction des contraintes environnementales (18). A la limite, et cela s'est vu, le propriétaire détériorera préventivement (19) la ressource environnementale qui risquerait de justifier l'imposition d'une servitude.

(18) Il existe cependant des « obligations de faire » à la charge des propriétaires telle celle relative à l'obligation de débroussaillage aux abords des maisons, mais une stricte interprétation de la responsabilité sans faute (art. 1383 et suivants du code civil) aurait peut-être suffi. Quant à l'extravagante et naïve obligation de cultiver elle n'a jamais connu un début d'application conséquent.

(19) Les américains utilisent une formule imagée pour décrire ce comportement : « 3 S : Shoot, Shovel and Shut up » (tire, enterre et ferme-la) ! En matière de terrassement en cas de découverte archéologique la formulation française est « Casse, recouvre et ferme-la ». Reconnaissons que les réglementations contraignantes aboutissent trop souvent à la destruction de la richesse environnementale ou culturelle qu'elles entendaient préserver !

— Le choix de la localisation ou du tracé de l'équipement risque d'être fait en fonction d'intérêts politiques et partisans.

C'est ainsi que le T.G.V. Sud-Est, afin d'éviter le territoire électoral et viticole d'un ami du Président de la République de l'époque et les abords de la propriété d'un Président « bien pensant » d'un Conseil Général, a emprunté un tracé sur-réaliste entraînant un surcoût de l'ordre de 3 milliards de francs à la charge du contribuable. Il est clair que face au risque de non indemnisation, les propriétaires et les habitants ne peuvent que se mobiliser contre tout équipement public.

Électricité de France vient de recueillir les fruits amers d'une telle politique puisque sa ligne de très haute tension d'évacuation d'énergie vers l'Espagne a suscité une telle opposition des habitants du Val Louron dans les Pyrénées qu'elle n'a pu être réalisée. Bien entendu, le gouvernement espagnol demande des dommages et intérêts de plusieurs milliards de francs pour rupture du contrat de fourniture d'énergie.

Ces deux exemples parmi bien d'autres démontrent que le non respect des droits de propriété entraîne non seulement la destruction de l'environnement et la multiplication des nuisances mais aussi des coûts supplémentaires pour le contribuable.

Enfin, sur le plan moral, l'inégalité de traitement des citoyens devant les charges du service public et les risques permanents de corruption dans l'établissement des documents d'urbanisme, ne sont pas moins graves.

Loin de faciliter la tâche des protecteurs de la nature, la négation des droits de propriété obère sournoisement leur action. Par ailleurs, on ne voit pas comment la puissance publique et ses faux-nez semi-publics ou associatifs pourraient gérer l'espace à un coût acceptable sans la participation active de ses propriétaires légitimes (20). La récente controverse sur la mise en œuvre de la directive communautaire Natura 2 000 n'a pas d'autre fondement.

Ces difficultés commencent, sous l'emprise de la nécessité, à susciter quelques solutions. C'est ainsi qu'EDF (1993) a mis au point une procédure d'indemnisation des riverains des nouvelles lignes à très haute tension pour préjudice esthétique. La SNCF de son côté a décidé d'indemniser les riverains des lignes T.G.V. situés à l'intérieur d'une distance de 150 m de part et d'autre de l'axe de la ligne.

Pour autant, une proposition de loi de A. Moyne-Bressand (1993) qui visait précisément à introduire le principe général de l'indemnisation des propriétaires en cas de nuisance par les grands ouvrages, n'a évidemment pas été retenue par le gouvernement dont le souci principal était de ne pas troubler la tranquillité des bureaucraties, quitte à troubler celle des citoyens.

Le vaste débat sur le « taking » aux États-Unis a pour mérite de redéfinir les limites entre intérêt public et intérêt privé et du juste équilibre qui sera trouvé dépendra l'efficacité des politiques environnementales.

Les droits de propriété, assortis des devoirs correspondants, doivent être clairement définis afin que les propriétaires continuent à jouer le rôle qui a toujours été le leur, à savoir protéger le patrimoine à long terme. Pour cela une juste et préalable indemnisation doit dépasser la simple expropriation physique. L'expropriation réglementaire (« taking ») ouvre en effet à la puissance publique un champ illimité et gratuit qui, sous couvert d'intérêt public, sert essentiellement les lobbies, les intérêts privés et les hommes de l'État (politiciens et bureaucrates).

(20) On estime que la France compte quelque quatre millions de propriétaires ruraux ... une véritable armée qui n'a jamais été mobilisée par les pouvoirs publics qui s'attachent à l'ignorer sinon à la combattre.

Si les droits de propriétés peuvent donner lieu à des abus sociaux ou environnementaux, ils sont naturellement limités par les droits concurrents des autres propriétaires. Seule la puissance publique peut s'affranchir des règles de bonne conduite, à savoir l'interdiction de porter atteinte à la propriété d'autrui en vertu de l'adage « Sic utere ut in alienum non laedas » (tu peux utiliser ton bien dans la mesure où tu ne portes pas préjudice à autrui).

7. LA SPÉCIFICITÉ FRANÇAISE

On ne peut qu'être frappé par la différence qui existe entre la France, et d'une façon générale les pays de l'Europe du Sud d'une part, et les pays anglo-saxons et plus généralement, l'Europe du Nord d'autre part.

Alors qu'en France le droit de propriété est formellement sacralisé à la fois par la Déclaration des Droits de l'Homme et le Code civil, son respect fait l'objet d'une pratique molle au point de l'effeuiller telle une marguerite. On connaît la chanson : je t'aime un peu, beaucoup, à la folie ... pas du tout ! (21)

Ceci n'est pas le cas dans les pays de common law : on ne parle pas abstraitement *du droit* de propriété, mais *des droits* de propriété, ces derniers constituant un bouquet de droits divers et relatifs mais dont la protection constitue un impératif moral, fondement de toutes les libertés. J'en prends pour témoin le fait qu'un des douze originaux de la Magna Carta de 1215 est exposé à Lincoln, telle une relique sacrée. Or ce document inestimable a été, dès 1940, mise à l'abri aux États-Unis pour la durée de la guerre. Que je sache, personne ne s'est préoccupé en France de sauvegarder l'original de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens et l'envoyer aux États-Unis dès 1940 ! De même je me souviens de la discrète émotion qui étreignait Walter Berns (Cornell University) lorsqu'en 1959, au Salzburg Seminar in American Studies, il qualifiait de « silver setting » (monture d'argent) la Constitution américaine.

Ces anecdotes traduisent bien l'importance actuelle d'une tradition ancienne, véritable fondement de communautés pour lesquelles « charbonnier est maître chez lui » et où la propriété privée garantit la liberté. La propriété est donc avant tout un concept de morale publique qui, en outre, est au cœur du marché, de la croissance économique et de la protection de l'environnement. La common law, au cours des siècles, a toujours su réinterpréter ces concepts malgré la montée en puissance, notamment aux États-Unis comme en Grande-Bretagne, des « Statutes » qui sont l'équivalent de notre droit public.

On peut se demander pourquoi trop de privatistes français ont laissé dépérir le droit civil au profit du droit public. Ou encore se demander pourquoi les solutions

(21) La destruction progressive des droits de propriété peut revêtir diverses formes :

- multiplication des servitudes réglementaires,
- fiscalité du patrimoine,
- limitations à la liberté contractuelle,
- aménagements publics,
- juridictions spécialisées et/ou classement sans suite par le procureur.

A cet égard la « politique du logement » est un véritable cas d'école :

- contrôle des loyers depuis 1922 et législation en défaveur du propriétaire,
- fiscalité incertaine,
- construction immobilière « sociale » par une maîtrise d'ouvrage publique.

En matière agricole, le statut du fermage, la politique des structures, le remembrement, les multiples aides et subventions productivistes, les grands aménagements ... sont parvenus en moins d'un demi-siècle à transformer les paysans en exploitants destructeurs subventionnés de la nature à raison de 6 000 F par an et par hectare.

aux problèmes environnementaux sont progressivement passées, à partir du milieu du siècle dernier, du droit privé au droit public.

On aurait pu penser, par exemple, que le Conseil d'État, dans ses fonctions d'examen des projets de loi, aurait limité le droit public aux problèmes difficiles à résoudre par le juge judiciaire et aurait ainsi conservé au droit de propriété sa fonction régulatrice.

Les causes sont certes multiples et notamment la montée en puissance des idées socialistes conférant à la puissance publique le rôle de gardien des libertés, alors que précisément en common law, ce sont les droits de propriété qui sont les meilleurs remparts contre les abus du Prince. Mais le désintérêt apparent de la juridiction suprême administrative pour la propriété a peut-être des causes plus directes. On peut se poser la question iconoclaste : tous les Conseillers d'État, sont-ils des juristes ? En effet, au-delà des quelques personnalités nommées par la faveur politique, un nombre indéterminé de Conseillers d'État n'ont aucune formation de droit privé car ni Sciences Po, ni l'ENA, voies d'accès obligées, ne dispensent un tel enseignement. Or, il est clair, qu'en l'absence de formation en histoire du droit, en droit romain, en procédure civile, en droit international privé et surtout en droit civil, la propriété n'apparaît pas comme le cœur de la régulation sociale et au-delà comme une des modalités de la gestion à long terme des ressources environnementales.

Le dépérissement du droit privé n'est pas une fatalité et si le droit de propriété apparaît comme incontournable, il faudrait veiller à ce que le Conseil d'État porte un regard renouvelé sur le délicat mécanisme qui règle notre vie en société depuis des siècles et sans lequel « l'homme est un loup pour l'homme », selon la formule de Hobbes.

Par ailleurs, la multiplication des règles spécifiques sur les ressources environnementales ne font pratiquement pas référence aux droits de propriété privée, sinon pour les limiter et surtout n'envisagent jamais que précisément l'appropriation privée puisse être une des solutions.

Déclarer que « l'environnement est l'affaire de tous », qu'« il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit » ou encore que « le territoire français est le patrimoine commun de la nation » est peut-être satisfaisant pour l'esprit et la morale publique voire « politiquement correct » à moins qu'il ne relève du psittacisme (22) mais contribue à justifier par avance une tragédie des biens communs généralisée.

8. LA « PROPRIÉTÉ ENVIRONNEMENTALE » : UNE NOUVELLE DISCIPLINE

Depuis une vingtaine d'années les objectifs environnementaux ont contraint à imaginer de nouveaux outils mieux adaptés que les catégories que nous avons évoquées, à savoir propriété publique, propriété commune et propriété privée. Nous l'appellerons par commodité « propriété environnementale ». En effet la propriété a connu depuis le code civil des développements remarquables : propriété commerciale, industrielle, intellectuelle, culturelle ... Les diverses formes de propriétés environnementales concernant non seulement le foncier mais encore l'eau, les océans, les espèces menacées, les déchets ... méritent probablement de faire l'objet

(22) (Du latin psittacus, perroquet) « Défaut consistant à raisonner sur les mots sans avoir dans l'esprit les idées qu'ils représentent ».

d'une nouvelle branche du droit qui ne saurait être confondue avec les multiples réglementations publiques qui ont précisément pour objet d'en empêcher l'émergence.

Rappelons d'abord l'utilisation de la propriété privée, avec tous les privilèges qui y sont attachés, par les associations de protection de la nature. Ces dernières reconnaissant l'incapacité de la réglementation publique à maîtriser et surtout gérer des espaces sensibles et convoités, ont justement pensé, que tout bien compté, la meilleure solution était tout bonnement de les acquérir en toute propriété, en quelque sorte l'hommage du vice à la vertu. L'exemple le plus remarquable est celui du National Trust britannique qui depuis plus d'un siècle acquiert parcs, châteaux, forêts, sites archéologiques, réserves naturelles... La collaboration entre l'aristocratie foncière et quelques 2,5 millions de membres est exemplaire. Le rôle de la puissance publique est extrêmement limité, notamment grâce à une mesure législative qui implique une autorisation préalable du Parlement pour toute expropriation publique des biens acquis par le National Trust.

Inspiré par la même veine, ont été créés aux États-Unis plus d'un millier de « Land Trusts », conservatoires associatifs ou privés, dont certains très importants, tel le Nature Conservancy, maîtrisent plusieurs millions d'hectares.

En France le Conservatoire du Littoral et l'Agence des Espaces Verts de la Région Ile-de-France poursuivent bien le même objectif, à savoir pallier l'inefficacité évidente de la réglementation mais à partir de financements publics. On retombe donc dans le cas de la propriété publique (avec les inconvénients et les mérites attachés à cette forme de propriété).

Au niveau mondial le WWF s'est attaché depuis plus d'un quart de siècle à acquérir les espaces naturels exceptionnels menacés.

Bien souvent ces organismes ont su donner à la propriété de nouvelles formes exactement adaptée aux objectifs environnementaux et moins coûteuses en termes d'acquisition et de gestion. La servitude conventionnelle utilisée par le National Trust britannique et surtout les Land Trusts américains, permet en effet d'acquérir qu'un des éléments de la propriété, par exemple l'engagement de ne pas construire, le propriétaire restant maître chez lui et donc continuant à gérer sa propriété en fonction des objectifs librement négociés. Rien n'empêche d'ailleurs la maîtrise foncière publique de recourir à cet outil, ce qui est désormais le cas du Conservatoire du Littoral, mais les traditions de l'imperium et la rigidité bureaucratique s'opposent souvent à ces innovations juridiques, d'autant plus que les juristes de droit public et les fonctionnaires ne font pas toujours la différence entre servitudes réglementaires et servitudes conventionnelles qui relèvent pourtant de deux ordres juridiques tout à fait différents (23).

Cette propriété limitée apparaît ainsi comme une catégorie nouvelle de la propriété commune avec certains risques de superposition de droits concurrents. Les défauts du droit d'Ancien Régime : domaine éminent et main morte, peuvent ainsi réapparaître et il est certain que la vigilance s'impose. Seule l'expérience et le recul du temps confirmeront la validité et l'efficacité de cette évolution. Ce qui est certain, c'est que les problèmes d'environnement peuvent et doivent faire évoluer le droit de propriété comme on pu le faire dans le passé les nécessités de l'échange et du marché.

(23) Les termes de « easement » (États-Unis) et de « covenant » (Grande-Bretagne) ne permettent pas la confusion avec « regulation ».

A vrai dire rien ne justifie l'acquisition en toute propriété lorsque l'on se fixe pour objectif de protéger telle ou telle ressource environnementale et l'élargissement du domaine public n'est qu'exceptionnellement une garantie de sage gestion (24).

Entre la servitude d'urbanisme (étendue abusivement à l'environnement) gratuite mais inefficace chaque fois que précisément elle serait absolument nécessaire (par exemple pour la protection du littoral) et l'acquisition en pleine propriété par la puissance publique (coûteuse et bureaucratique), il existe une gamme d'outils de droit privé (25) tels la convention, la servitude conventionnelle, l'emphytéose, l'usufruit ... et bien entendu l'indemnisation de certaines servitudes environnementales (26).

La « propriété environnementale » peut d'ailleurs présenter des aspects purement négatifs. Ceci est le cas des déchets de toutes sortes. En effet, la transformation d'une « res nullius » (une épave de voiture, des déchets ménagers ou des crottes de chien) en propriété privée responsabilise le détenteur qui devra payer la destruction ou l'enlèvement à son juste prix. La puissance publique aura alors pour seule mission de faire respecter ses propres droits de propriété sur son domaine public afin qu'il ne soit pas soumis à la tragédie des biens communs.

Si les pouvoirs publics responsables de la gestion des biens communs, tels que la mer, l'eau, l'air, le domaine public ... faisaient respecter leurs droits légitimes comme le ferait un propriétaire privé, les problèmes environnementaux seraient largement résolus. Mais il est dans la nature des pouvoirs publics de céder aux groupes de pression économiques ou politiques ... ou simplement à la négligence et à la paresse.

L'extension des droits de propriété aux ressources environnementales apparaît donc souvent comme une alternative aux réglementations publiques. Les exemples sont nombreux.

— En Écosse l'appropriation privée des rivières a permis de préserver la qualité de l'eau et l'abondance des poissons nobles au point d'en faire les plus beaux parcours de pêche au monde.

— En Islande l'eider a été protégé grâce à la création de fermes spécialisées. Il en est de même pour les crocodiles, les tortues, les papillons et de très nombreuses espèces en danger.

— En revanche, des espèces considérées comme « res nullius », telles le bison autrefois ou aujourd'hui l'éléphant d'Afrique, le rhinocéros et la baleine sont menacées d'extinction malgré (ou à cause ?) des multiples réglementations nationales et internationales aussi peu efficace en terme écologique qu'économique.

— L'interdiction de la commercialisation de l'ivoire s'avère incomparablement moins efficace que l'attribution de droits de propriété aux villageois du Zimbabwe qui gèrent leur stock d'éléphants à leur profit et sont donc directement intéressés à le protéger.

(24) La récente extension de la dation en paiement au profit du Conservatoire du Littoral est grosse d'effet pervers à moins qu'elle puisse porter sur la cession d'une servitude conventionnelle.

(25) Le 90^e Congrès des Notaires de France (mai 1994) avait pour thème « Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat » et les actes présentent des perspectives concrètes pour l'évolution du droit civil à des fins environnementales.

(26) A ce sujet voir l'ancien et remarquable article de Ann L. Strong et Jan Krasnowieki « Compensable regulation for open space, a mean of controlling urban growth », AIP Journal, mai 1963.

— La mer pose un problème particulier car il paraît difficile d'assurer des droits de propriété par des enclos. Pour autant depuis des siècles des droits souvent coutumiers (27) ont permis de privatiser certains espaces littoraux permettant la protection des bancs d'huîtres, de zones de pêche à la langouste, de récifs de coraux ... Aujourd'hui les « barrières virtuelles » que proposent les technologies du sonar et des satellites repoussent les frontières de l'appropriation : le jour où les baleines et autres espèces menacées pourront être gérées comme des troupeaux leur survie sera assurée.

L'aquaculture, qui présuppose des droits de propriété, est une des voies susceptibles d'alléger la pression de la pêche industrielle qui s'apparente plus au pillage réglementé d'une ressource collective (*res nullius*) qu'à une cueillette innocente

*

* *

Ainsi l'absence ou la limitation excessive des droits de propriété privée apparaît comme une des causes majeures de destruction ou de mauvaise gestion des ressources environnementales. Mais le contenu optimal des droits de propriété est lui-même variable selon les contextes physiques et surtout sociaux, politiques et juridiques.

Certes, l'environnement peut faire l'objet d'une appropriation publique ou commune, chaque fois que ni la réglementation ni la propriété privée ne s'avèrent capables de satisfaire aux impératifs de la protection. Mais il faut bien savoir que cette solution présente des coûts cachés, notamment à long terme, dans la perspective du développement durable car, comme le notait H. Demsetz dès 1968 : « *La propriété commune entraîne des externalités importantes. Le coût total des activités d'un titulaire de droit n'est pas supporté par lui ... Les demandes de la génération actuelle se verront attribuer un poids trop important pour déterminer l'intensité de l'utilisation de la ressource.* » et Demsetz d'ironiser « *La propriété commune implique que les générations futures plaident leur cause : personne n'a jamais estimé les coûts de l'organisation d'un tel dialogue !* » Certes, malgré les efforts méritoires des économistes, la relation droits de propriété et environnement est encore mal connue et il est du devoir des juristes d'adapter leurs outils aux impératifs actuels et futurs (28).

Si tout indique que les droits de propriété sont au cœur de la protection environnementale, il convient peut-être d'inverser les charges de la preuve, c'est-à-dire de recourir à la réglementation à titre de solution alternative, d'*ultima ratio*, chaque fois que les droits de propriété sous des formes diverses et renouvelées seront incapables de régler le problème à long terme.

C'est donc bien l'ensemble des biens environnementaux, y compris les « *res communis* » et « *res nullius* » qu'il faut soumettre au test des possibilités d'appropriation privée, associative ou sociale (au sens de société commerciale).

(27) Cf. J. Cordell, *A sea of small boats* (1989).

(28) La recherche engagée depuis 1995 par l'Université de Trente (Italie) « *The common core of European common law* » consacre un des thèmes à l'unification du droit civil en matière de droits de propriété et environnement (coordonnatrice B. Pozzo). Cf article de Bussani et Mattei à paraître en 1998 dans le *Columbia Journal of European Law*.

C'est seulement à l'issue de cette recherche que pourront être élaborés les lois et les règlements dont personne ne conteste la nécessité mais dont tout le monde déplore le rendement décroissant, les coûts croissants ... sinon les effets pervers.

C'est aussi à ce prix que le concept de propriété recouvrera son contenu moral puisqu'il sera alors le fruit d'un impératif social et non le sous-produit d'un égoïsme accapareur.

Le propriété est le fruit d'un processus historique mystérieux, toujours présent, voire souterrain, mais dont la formalisation a pris des siècles. L'invention de nouveaux droits de propriété sur l'environnement nécessite l'observation de la réalité souvent méconnue (témoin les droits de propriété des pêcheurs sur les ressources halieutiques littorales) ainsi qu'une réflexion sur les outils juridiques et économiques permettant de les mettre en œuvre et de leur donner leur pleine expression, à savoir : cessibilité, exclusivité et protection.

On peut noter que la différence de prospérité entre les nations est moins liée aux conditions naturelles qu'au degré d'évolution des droits de propriété concrets et tout indique que seules les nations prospères sont à même de protéger et de gérer leurs ressources environnementales à long terme.

La tendance à exclure ces mêmes ressources du système d'appropriation, lorsque ce dernier est possible, est probablement la meilleure façon de diminuer la qualité environnementale et/ou d'en accroître le coût.

Les droits de propriété méritent toute notre attention et doivent être replacés au cœur de la panoplie des outils de la protection (29) si nous voulons gérer « en bon père de famille » notre planète et la transmettre à nos enfants en y laissant le moins de cicatrices possibles.

Si le droit de propriété absolu, inviolable et sacré est une construction juridique abstraite du XVIII^e siècle, l'exercice concret *des* droits de propriété assortis de devoirs correspondants sera le grand enjeu du XXI^e siècle si nous voulons à la fois gérer l'environnement et protéger la liberté de l'homme. Puissions-nous ne jamais oublier la terrible leçon des pays du socialisme réel où la « tragédie des biens communs » a été érigée en système.

Imaginer de nouvelles institutions combinant liberté individuelle, équité sociale et protection de l'environnement ne saurait se limiter à multiplier les réglementations : les droits de propriété sous des formes nouvelles à inventer seront un des principaux levier de l'action.

Max FALQUE

(29) En ce sens le débat passionné qui se déroule aux États-Unis sur l'opportunité d'étendre le champ de l'étude d'impact aux modifications des droits de propriété mérite toute notre attention.