



LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ENVIRONNEMENTALE

Max Falque¹

*«Avant 1970 la protection de l'environnement ne faisait pas l'objet d'un champ juridique distinct. Depuis elle est devenue une industrie pleine expansion et bénéficié d'un large support politique qui commence seulement à faiblir. Une des caractéristiques du mouvement écologique est sa détestation manifeste des solutions fondée sur le droit privé pour protéger l'environnement qu'il considère comme insuffisant pour faire face à l'urgence morale, culturelle et esthétique. Il en est résulté une collection de réglementations publiques qui défient véritablement toute possibilité synthèse »
Richard Epstein, « Simple rules for a complex world » (1995)*

RESUME

Cet article a comme objectif démontrer que les droits de propriété sont au cœur de la réflexion environnementale. Il est de la plus haute importance de recentrer la réflexion et la politique environnementales sur le rôle central des droits de propriété. Certes le rôle des instruments économiques et notamment du marché est désormais ouvertement discuté (Kyoto oblige), mais le mot propriété demeure tabou et on oublie de préciser qu'il n'existe pas de marché sans droits de propriété à échanger.

Mots-Clés

Propriété. Droit de l'environnement. Biens environnementaux. Économie.

RESUMO

Este artigo visa demonstrar que os direitos de propriedade estão no centro da discussão ambiental. É de extrema importância trazer para a reflexão do direito ambiental as diferentes facetas dos direitos de propriedade. O papel dos instrumentos econômicos, sobretudo os de mercado, é atualmente discutido abertamente (como nas discussões de Kyoto), mas o termo propriedade continua um tabu, uma vez que esquecemos que não há mercado sem direitos de propriedade.

Palavras-Chaves

Propriedade. Direito Ambiental. Bens ambientais. Economia.

¹ Délégué Général de l'ICREI - International Center for Research on Environmental Issues www.icrei.org

I. LA PROPRIÉTÉ SOURCE DE PROSPÉRITÉ ÉCONOMIQUE ET ENVIRONNEMENTALE

« Avez-vous jamais lavé une voiture de location avant de la rendre ? ». Cette interrogation triviale fait écho à la réflexion d'Aristote qui notait « *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 commun* ».

Plus récemment en 1968 Garrett Hardin dans son article fondateur qui a ultérieurement inspiré le nouvel environnementalisme² « The Tragedy of the Commons » démontrait qu'en l'absence de droits de propriété, c'est-à-dire en situation de libre accès, les pâturages communaux anglais étaient voués à la destruction par surpâturage car chaque utilisateur avait intérêt à l'utiliser avant qu'un autre ne le fasse. Cette réalité concerne toutes les ressources qu'elles soient économiques ou environnementales.

Si on commence à redécouvrir que les droits de propriétés sont au cœur du développement économique comme l'a brillamment démontré Hernando De Soto (2005) on ignore encore (ou fin d'ignorer ?) qu'ils sont la condition nécessaire sinon suffisante pour la protection et la gestion de la quasi-totalité des biens environnementaux.

Reprenant l'analyse de Bruce Yandle (2007) commençons par énoncer quatre axiomes:

- Il n'existe pas de liberté sans droit de propriété. Les droits ne doivent pas forcément avoir un caractère privatif mais ils doivent définir des conditions d'accès aux ressources. L'expansion de la liberté est donc fonction de l'expansion des droits de propriété.
- Il ne peut y avoir de richesse individuelle sans droit de propriété privée, c'est-à-dire clairement définis et sanctionnés. Ces droits relient la richesse à un individu et non à la collectivité.
- La richesse ne peut être maximisée sans droits de propriété, à savoir, définis, sanctionnés mais aussi librement transférables, ce qui constitue une incitation pour un titulaire de droits de propriété à les allouer à une utilisation optimale.
- La qualité environnementale ne peut être ni protégée, ni améliorée en l'absence de droits de propriété définis, transférables et détenus par des personnes ordinaires. Une communauté humaine ne peut faire face aux dépenses qu'entraînerait la mise sur pied d'une police de l'environnement capable d'assurer une protection comparable.

Le premier axiome affirme le principe que les droits de propriété ouvrent la voie à la liberté, ce qui implique la possibilité pour les individus d'avoir accès

² Désigné indifféremment par « New Resource Economics » ou « Free Market Environmentalism » qui à partir de la fin des années 1970 a démontré que les droits de propriété et le marché étaient les outils centraux de la gestion environnementale.

aux ressources permettant la vie et au-delà d'inciter à la création de richesses. Cette dimension morale est largement ignorée par les partisans du recours préférentiel à la réglementation du type « Command and Control ».

Le deuxième axiome concerne plus spécialement les ressources environnementales qui, en fait, ne sont pas différentes des autres types de ressources³. La propriété environnementale dotée de ses trois attributs encourage le simple individu à la production de richesses au service de la protection et de l'amélioration des ressources environnementales.

On peut mieux comprendre ce problème en considérant une communauté humaine dans un état de nature, c'est-à-dire dans un monde sans droits de propriété sur la terre. Survivre est le souci le plus critique et cette communauté ne peut survivre et se développer sans organisation dont la première forme à laquelle on pense est celle partant du sommet à la base (top – down). Une deuxième forme est celle évoluant spontanément à l'intérieur de la communauté au fur et à mesure qu'évoluent la coutume et la tradition puis le droit formel. Concrètement, ces deux modalités d'organisation conduisent vers des droits de propriété qui doivent être inventés et gérés par la communauté. Ces deux procédures peuvent être comparées à la construction d'un mur d'enceinte.

Dans les temps anciens, les villes fortifiées garantissaient l'ordre pour ceux qui vivaient à l'intérieur. Les remparts qui étaient construits et gérés par le gouvernement central (ordre descendant) constituèrent le fondement des systèmes de droits internes élaborés à partir de la base (ordre montant). Au fur et à mesure, bien entendu, les groupes humains apprirent que former des communautés protégées par des parchemins⁴ et des forces armées mobiles était plus efficace que de construire des remparts. Un propriétaire individuel pouvait détenir une parcelle définie par un acte authentique précisant ses limites physiques. Avec la multiplication des limites apparurent les externalités éventuelles : les propriétaires d'une parcelle pouvaient affecter la qualité de la vie du titulaire de droits voisins. Les règles devaient donc évoluer pour résoudre les problèmes de limites, soit par le droit coutumier (common law), le code formel ou la tradition. Même aujourd'hui, les communautés humaines s'efforcent de s'organiser en vivant à l'intérieur de l'enceinte que représente l'État-nation, les communautés de voisinage privées, les copropriétés et à l'intérieur de ces enceintes de communautés, les sociétés recherchent en permanence à inventer des systèmes de droits de propriété qui permettent la protection de nouvelles richesses qui comprennent des ressources environnementales dont la valeur est désormais reconnue .

³ Dans la mesure où elles sont susceptibles d'appropriation ce qui n'est pas le cas par exemple pour les océans et l'atmosphère. On remarquera que ce sont ces ressources qui posent les problèmes les plus graves.

⁴ property and C'est-à-dire le droit formalisé sous forme d'actes le plus souvent rédigés et authentifiés par un professionnel. C'est ainsi qu'en 1711 un juriste de la Cour Royale britannique constatait « The law bounds every man's is his fence ». Bien entendu un cadastre permet de préciser les limites.

Le cœur de la protection environnementale exige donc la limitation voire l'interdiction du libre accès et l'invention renouvelée de la propriété que Jean-Jacques Rousseau condamnait comme ,source de l'inégalité dans un texte célèbre :

« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : « Gardez-vous d'écouter cet imposteur; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne ! » Jean-Jacques Rousseau, (Discours sur l'origine de l'inégalité, 1755).

On peut s'interroger sur les conséquences désastreuses de cette affirmation célèbre pour la liberté, le bien être et in fine la protection de l'environnement. Nous proposons donc un renversement radical de la citation qui devrait inspirer tous ceux véritablement désireux de combiner croissance économique et protection des ressources environnementale

« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez raisonnables pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, plantant des pieux ou creusant le fossé, eût crié à ses semblables : « Ecoutez ce sage; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à ceux qui les produisent et que la terre appartient à ceux qui la fécondent ! »

Certes l'égalité n'est plus définie comme idéal sanctifié mais ne s'agit-il pas d'une chimère dont la mise en oeuvre a toujours engendré le crime et la misère ?

Mario Vargas Llosa tout récent Prix Nobel de littérature 2010 *écrivait* " Si j'ai à choisir entre prospérité et égalitarisme , je choisis la prospérité : comme de toute façon on arrivera jamais à instituer l'égalité réelle il en résulte que l'on sacrifie la prospérité au nom d'une illusion »⁵

En définitive sous des formes et institutions extrêmement diverses les droits de propriété sont au cœur du progrès des sociétés humaines dans leur passage de l'état de nature à la civilisation⁶.

⁵ Le lien entre prospérité et qualité environnementale a été bien illustré par la courbe environnementale de Kuznetz à savoir que si la croissance du niveau de richesse entraîne une aggravation des nuisances, la courbe en cloche connaît une inflexion dès lors que les individus échappant à la pauvreté modifient leurs préférences au profit de l'amélioration de leur cadre de vie.

⁶ Inversement les pays du socialisme réel ont démontré qu'en supprimant les droits de propriété ils ont parcouru le chemin inverse

II. L'APPROPRIATION DES RESSOURCES ENVIRONNEMENTALES EST POSSIBLE

Nous avons démontré⁷ que l'eau, le littoral, le sol, les ressources marines, les déchets, pouvaient faire l'objet d'appropriation afin d'être mieux protégés et gérés que par la seule réglementation publique à savoir la politique du « Command and Control ». Bien entendu les droits de propriété sont évidents et anciens sur les ressources foncières et les forêts. Pour l'eau, la biodiversité, la faune, les océans et a fortiori l'atmosphère les solutions sont moins évidentes ; pour autant l'imagination juridique et économique a inventé des quasi droits de propriété dont les quotas transférables sont la meilleure illustration.

La paresse, l'ignorance et l'idéologie ont conduit à parler de « biens communs de l'humanité » ce qui est la meilleure façon de détruire l'environnement et de généraliser la tragédie des communaux à l'ensemble de la planète. Sous forme de travaux pratiques mais tragiques, à savoir de socialisme réel pendant un demi siècle, la démonstration a été faite que la suppression des droits de propriété et donc du marché conduisait non seulement à la ruine économique et à la servitude mais aussi à la destruction de l'environnement. Il existe pourtant une autre voie :

- l'eau des aquifères, aujourd'hui largement pillée, peut faire l'objet d'attribution de droits de propriété à un nombre bien définis d'ayant droits qui géreront en commun la ressource et pourront librement vendre ou acheter les quantités d'eau,
- les ressources halieutiques peuvent être attribuées sous forme de quotas de pêche transférable (Islande, Nouvelle Zélande, Australie...) afin d'éviter la course poursuite entre pêcheurs en concurrence pour épuiser la ressource pendant la courte période de pêche autorisée .
- Les déchets ménagers ne diminueront qu'à partir du moment où ils seront considérés comme une « propriété négative » et que le prix de leur collecte et de leur élimination sera facturé comme le téléphone et l'eau. Les « compteurs de déchets » sont déjà opérationnels dans de nombreux pays (Pay as you throw).
- La faune sera d'autant mieux préservée qu'elle sera appropriée comme cela est le cas pour les fermes d'élevage de bisons, de crocodiles, de tortues voire de papillons, ou encore sous forme de propriété commune villageoise les éléphants dans certains pays d'Afrique.
- Si l'atmosphère constitue ce qu'on appelle un « bien public pur » et ne peut à ce titre être appropriée, les rejets polluants (SO₂, CO₂) peuvent faire l'objet de quotas transférables, économiquement plus efficaces que les seules réglementations.

⁷ Conférences Internationales ICREI « Droits de propriété, économie et environnement » 1996, 1998, 2000, 2002, 2004, 2006, 2008 et 2010 Aix en Provence,

On notera aussi que l'attribution de droits de propriété est fonction de l'évolution des technologies de la mesure et du comptage. Si le compteur d'eau et le fil de fer barbelé ont révolutionné au 19^{ème} siècle la gestion de l'eau et des pâturages de l'Ouest américain on peut penser que les satellites, l'informatique et le marquage isotopique ouvrent des perspectives remarquables d'identification des propriétaires et des responsables.

En définitive toutes les ressources environnementales peuvent faire l'objet d'appropriation sous une forme directe ou indirecte, ce qui permet de mettre en œuvre l'excellent principe de responsabilité du pollueur-payeur dont les pouvoirs publics exonèrent trop souvent leur clientèle électorale⁸.

III. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : UN CONCEPT EN DEVENIR

La propriété est consubstantielle de toute société humaine notamment depuis l'apparition de l'agriculture il y a environ 10 000 ans. Pour autant elle revêt des formes diverses :

- la propriété privée où une seule personne est titulaire de l'ensemble des droits à savoir usus, abusus et fructus,
- la propriété en commun où un nombre clairement définis d'ayant droits exercent des droits égaux ou spécifiques sur une ressource,
- la propriété publique ou collective gérée par une collectivité publique qui réglemente l'usage de la ressource.

Si en matière économique la propriété privée est toujours préférable, la complexité de la gestion environnementale exige souvent une combinaison subtile des régimes d'appropriation pour s'adapter à des situations particulières : par exemple un propriétaire privé peut démembrer ses droits de propriété en vendant ou donnant une servitude de non constructibilité à un conservatoire d'espaces ou à une collectivité publique. Ou encore un propriétaire public peut concéder des droits d'usage à une collectivité.

Ainsi comme le précise Daniel Cole (2007) « le choix d'un régime de propriété est fonction de la nature de la ressource qui, dans son modèle est essentiellement soit privée, soit publique. Le problème est que la nature supposée privée ou publique de la ressource est susceptible de changement. En effet, en raison de modifications économiques et/ou technologiques, ce qui est aujourd'hui un bien public peut devenir demain un bien privé et inversement : ainsi des espaces considérés comme publics au début du 19^{ème} siècle en raison des coûts d'exclusion, sont devenus des biens privés à la fin de ce même siècle en raison de l'innovation technique du fil de fer barbelé qui a réduit précisément le coût d'exclusion ».

Par ailleurs, il faut bien reconnaître que la puissance publique est par

⁸ Par exemple les agriculteurs français au regard de la redevance aux Agences de l'Eau

nature partie prenante dans les droits de propriété dans la mesure où, in fine, sa mission essentielle consiste à les protéger et les sanctionner et que toute réglementation a une incidence sur la structure des droits de propriété. En ce sens on peut dire la réglementation constitue une catégorie de droits de propriété faisant l'objet de transactionmais sur le « marché politique »

En fin de compte le choix d'un régime de propriété est fonction des conditions économiques, politiques et sociales et de la nature de la ressource environnementale en recourant à la formule simple :

coûts d'exclusion + coûts de coordination = coût global (Cole 2002)

IV. LES DROITS DE PROPRIETE : UNE ESPECE MENACEE

La montée en puissance de la réalité physique, médiatique et politique des préoccupations environnementales depuis une trentaine d'années a conduit les pouvoirs publics à multiplier les réglementations de plus en plus contraignantes, coûteuses et de moins en moins efficaces voire contre productives pour faire face aux nouveaux problèmes.

Par commodité politique et bureaucratique on a étendu aux ressources environnementales les réglementations d'urbanisme et notamment du zonage dont les servitudes n'ouvrent généralement pas de droit à compensation⁹. Ceci aboutit à introduire d'énormes modifications des valeurs foncières et, partant, une absence de gestion par des propriétaires spoliés ou qui se considèrent comme tels dans la mesure où la réduction de leurs droits de propriété est la source du renforcement de ceux de leurs voisins plus chanceux. Il faudrait aussi lever le tabou concernant le risque de corruption et de distorsion des choix d'affectation des espaces lors de l'établissement des documents de planification physique. A l'expropriation physique indemnisée s'ajoute désormais « l'expropriation réglementaire » (Regulatory Taking) spoliatrice... bien illustrée par l'effeuillage de l'artichaut : chaque réglementation et/ou mesure fiscale affaiblissent le droit de propriété et à terme le vident de toute substance.

Pourtant affirmer, réaffirmer voire inventer des droits de propriété sur les ressources environnementales assure un triple bénéfice :

- sauvegarder et gérer les ressources au meilleur coût

⁹ En France le principe de la non indemnisation des servitudes d'urbanisme a été généralisé en 1943. Une anecdote illustre bien la méfiance voire la répulsion de la nomenklatura française à aborder ouvertement le problème. Déjeunant avec un parlementaire « de droite », professeur agrégé d'économie et spécialiste des problèmes d'environnement, je pensais naïvement l'enrôler dans nos conférences biennales déclinant successivement les ressources environnementales au regard des droits de propriété et des instruments économiques. Etonné par mon plaidoyer, mon convive me répondit « Mais la propriété....c'est mal vu ! » Dans son rapport 2010 l'International Property Rights Index attribue des notes aux différents pays concernant le respect des droits de propriété. La France est placée au 45^{ème} rang mondial (125 pays), avec une note médiocre (6,5/10) en matière de biens réels. (le Brésil se situe au 81^{ème} rang avec une note de 5,4).

- garantir la liberté individuelle
- affaiblir le socialisme et l'étatisme dont l'environnement est le plus puissant et ultime donjon.

Si au niveau mondial la réflexion sur la redécouverte du rôle central des droits de propriété au regard du développement économique et de la gestion des ressources environnementales fait l'objet de très nombreuses et remarquables publications, la France est largement absente du débat. Une consultation sur le moteur de recherche Google des termes « Property Rights Environment » affiche 68 millions de pages contre 7 millions pour « Environnement Droits Propriété »¹⁰

A la décharge des responsables français on notera que le relation propriété-environnement est relativement récente : ainsi l'excellent ouvrage « La propriété c'est l'envol » publié en 1984 sous la direction de George Berthu ne fait aucune référence à l'environnement¹¹. Une année plus tard cependant dans « Pourquoi la propriété », Henri Lepage consacrait tout un chapitre « Capitalisme et écologie : privatisons l'environnement » et faisait référence aux travaux pionniers de R. J. Smith, Julian Simon, G. Hardin, J. Baden, R. Stroup... En 1991 G. Bramoullé dans son pamphlet « La peste verte » évoquait les limites et les effets pervers de la violation des droits de propriété. A partir de 1992 la création de l'ICREI par A. Madelin, Henri Lepage et moi-même a permis la publication de nombreux articles et quelques ouvrages (trop ?) théoriques....au tirage modeste¹².

V. FAIRE EVOLUER LES DROITS DE PROPRIETE

Bien entendu si les droits de propriété doivent jouer un rôle croissant dans l'avenir il convient de les faire évoluer afin de les adapter aux conditions environnementales et sociales. Or les deux grands systèmes juridiques qui sous tendent les états de droits ne présentent pas les mêmes atouts :

- Le droit civil d'inspiration française, qui irrigue l'Europe continentale et au-delà, précise dans son article 544 « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Ce caractère absolu du droit de propriété avait une double fonction : confirmer la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³

¹⁰ Cependant l'intérêt pour cette question monte en puissance: en 2007 les chiffres étaient respectivement 42 millions et 2,3 millions

¹¹ Sinon en mentionnant les travaux de Demsetz sur le rôle de la propriété coutumière pour la protection de la faune par les indiens Montagnais au Québec

¹² Notamment « Ecologie et Liberté » sous la direction de Falque et Millière (Litec) et les sept ouvrages-actes des conférences internationales d'Aix en Provence (Dalloz, Bruylant et Elsevier)

¹³ « Article 1 : le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles...la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression
« Article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est

et consolider les droits des propriétés acquises durant la période révolutionnaire. Cette position largement idéologique est évidemment éloignée de la réalité tant il est vrai que les droits de propriété ne peuvent être mis en œuvre que par rapport à la puissance publique et aux droits de propriété concurrents. En ce sens la deuxième phrase de l'article 544 ouvre la voie à une atteinte à ce même droit par la puissance publique. En outre la croyance séculaire des français en la bienveillance de l'Etat et l'idéologie socialiste ont conduit à l'affaiblissement progressif du droit de propriété au prétexte des impératifs de l'urbanisme puis de l'environnement.

Ainsi le contentieux concernant les innombrables réglementations portant atteinte au droit de propriété a été de plus en plus jugé par les juridictions administratives qui ont naturellement eu tendance à justifier l'action des pouvoirs publics au motif d'un intérêt général indéfini.

Par ailleurs le caractère absolu du droit de propriété a progressivement migré de la sphère privée à la sphère publique.¹⁴

Ceci n'est pas étranger à la difficulté de faire évoluer un droit où la jurisprudence civile ne joue pas de rôle majeur.

La Common Law, à la différence du droit civil, est jurisprudentielle. Elle est par nature ouverte aux solutions novatrices. La propriété n'est pas sacralisée ainsi qu'en témoigne l'utilisation du pluriel « property rights » qui recouvre un faisceau de droit que l'on peut combiner au gré des besoins des ayants droits. Ceci explique l'invention du concept de quota échangeable pour l'air, l'eau, les droits de construire, la pêche...ou encore le recours aux servitudes conventionnelles environnementales, notions qui sont largement étrangères aux juristes de droit civil.

Notons enfin la richesse du débat sur la notion d'expropriation réglementaire (taking) qui aux Etats-Unis vise à établir un juste équilibre entre les intérêts de la puissance publique et ceux des personnes privées.

VI. CONCLUSION

Les droits de propriété sont au cœur de la réflexion environnementale ; or tout indique qu'en Europe et plus spécialement en France on les ignore largement

lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

¹⁴ Léon Duguit (1912) a suggéré l'idée que la propriété privée était une institution sociale qui devait s'adapter aux conditions sociales et que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social. Gambaro (2007) note que les conséquences de cette position qui a dominé le XXème siècle sont négatives dans la mesure où l'intérêt légitime du propriétaire devient sans objet puisque dénué de toute légitimité au regard de toute forme d'ordre social. Il se rattachait involontairement à une pensée ancienne « Article 1: la propriété est détestable et celui qui tentera de la rétablir sera renfermé pour toute sa vie comme un fou furieux et ennemi de la liberté » Morelli, Code de la Nature 1755

et que la réglementation et la fiscalité sont considérées comme les meilleurs outils de la gestion des ressources. Non seulement elles ne résoudre pas les problèmes mais contribueront à l'affaiblissement voire à la suppression de la propriété et donc de la liberté, tant il est vrai que celle-ci n'existe que par celle-la.

Il est paradoxal que ce soit Proudhon qui après avoir proclamé « La propriété c'est le vol » ait reconnu le rôle essentiel de la propriété privée comme l'institution clé susceptible de maîtriser le Léviathan :

« La propriété est la plus grande force révolutionnaire qui existe et qui se puisse opposer au pouvoir. ...La propriété est l'égoïsme idéalisé. 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 démocratieElle ne plait point aux démocrates, tous enfiévrés d'unité, de centralisation, d'absolutisme... La propriété absolue, incarcérable, se protège d'elle-même. C'est l'arme défensive du citoyen, son bouclier... » . On croirait lire Tocqueville !

Pour cette double raison de moralité et d'efficacité il est de la plus haute importance de recentrer la réflexion et la politique environnementales sur le rôle central des droits de propriété.

Certes le rôle des instruments économiques et notamment du marché est désormais ouvertement discuté (Kyoto oblige), mais le mot propriété demeure tabou et on oublie de préciser qu'il n'existe pas de marché sans droits de propriété à échanger .

Sur le plan législatif nous devons soutenir toutes les propositions de loi susceptibles de protéger les droits de propriété¹⁵, de définir de nouvelles catégories juridiques telles la distinction entre servitudes d'urbanisme et servitude environnementale, de contraindre les pouvoirs publics à acquérir des servitudes conventionnelles plutôt qu'en pleine propriété, à introduire dans les études d'impact sur l'environnement un chapitre spécifique concernant les conséquences sur les droits de propriété...(Property Rights Impact Assessment)

Sur le plan de la jurisprudence il convient d'observer les réticences des juridictions administratives et notamment du Conseil d'Etat¹⁶ à suivre la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (arrêt Bitouzet)

En matière de recherche et d'enseignement les juristes doivent certes

¹⁵ Par exemple la proposition Moyne-Bressand relative à l'indemnisation des moins-values engendrée par les grands ouvrages publics (autoroutes, TGV, incinérateurs...)....qui n'a d'ailleurs jamais abouti.

¹⁶ On notera que le Commissaire du Gouvernement pour l'arrêt Ville Nouvelle Est (CE 1971) qui justifie l'expropriation à des fins de développement économique n'était autre que Guy Braibant, membre du Parti Communiste ! Le plus piquant est que la Cour Suprême des Etats-Unis a adopté la même position dans le fameux arrêt Kelo (2005). La différence avec la France est que cette décision a soulevé une tempête politique et a suscité un contre feu législatif efficace.

s'appuyer sur les travaux remarquables et pionnier de l'économie du droit mais aussi développer une théorie à l'intérieur du droit civil. Il est en effet curieux que la réflexion en ce domaine soit conduite par les économistes et non par les juristes.¹⁷

Hernando De Soto remarque justement « *Qu'on aime les juristes ou non aucun changement véritable dans le régime de la propriété et le processus de formation du capital ne se produira sans la coopération d'au moins certains d'entre eux. Le problème est que la plupart des juristes ne comprennent pas les conséquences économiques de leur travail et sont généralement hostiles d'instinct aux comportements extralégaux et aux changements de grande ampleur* » (2005).

A l'importance réelle ou médiatique des problèmes d'environnement dans les décennies à venir, les pouvoirs publics seront inévitablement poussés par l'opinion à répondre par de multiples réglementations plus ou moins attentatoires aux droits de propriété et aux libertés individuelles et d'une efficacité douteuse¹⁸ La tâche sera d'autant plus difficile que les pouvoirs publics s'étant emparés progressivement de l'essentiel du contenu des droits de propriété par fiscalité et réglementations interposées, seront naturellement réticents à les rétrocéder à leurs légitimes propriétaires.

Nous devons donc faire passer un message simple à cette même opinion lui proposant une autre voie car continuer à penser que la structure des droits de propriété est intangible est la plus sûre façon de détruire l'environnement et la vie en société et à ce titre le rôle des media est central pour relayer la production des think tanks.¹⁹

Toutes les branches du droit sont invitées à inventer de nouvelles formes de droits de propriété adaptées aux nouveaux problèmes environnementaux... tâche difficile mais passionnante.

¹⁷ Que connaissent la plupart des Enarques et magistrats administratifs des droits de propriété et de la théorie des choix public ? Ces thèmes ne sont à ce jour pas au cœur de l'enseignement à Sciences Po (IEP Paris)

¹⁸ La justification de la réglementation est fondée sur le principe de l'échec du marché (market failures) mais les cas d'échec des pouvoirs publics (government failures) sont nombreux et d'autant plus graves qu'ils sont par hypothèse à grande échelle.

¹⁹ On peut s'interroger sur le très faible intérêt des think tanks libéraux européens pour la problématique environnementale. Il semble que l'investissement intellectuel est important et moins rentable que pour d'autres thèmes tel privatisation, santé, éducation... Par ailleurs les milieux économiques dirigeants français, imprégnés d'étatisme sont instinctivement favorables à la réglementation source de sécurité juridique et d'obstacle à la concurrence.

VII. BIBLIOGRAPHIE

- ADLER, Jonathan (editor). **Ecology, Liberty and Property**. CEI, 2000.
- BRUBAKER Elizabeth, **Property rights in the Defence of Nature** Earthscan, 1995.
- COLE , Daniel. **Pollution and Property, comparing ownership institutions for environmental protection**. Cambridge University Press, 2002.
- DE SOTO, Hernando. **Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en occident et échoue partout ailleurs**. Paris : Flammarion, 2005.
- FALQUE, Max ; MASSENET Michel (sous la direction de). **Droits de propriété et environnement**. Paris : Dalloz, 1997 (épuisé mais consultable sur www.icrei.org).
- _____. **Droits de propriété, économie et environnement, les ressources en eau**. Paris : Dalloz, 2000.
- _____. **Droits de Propriété, Economie et Environnement : Le littoral**. Paris : Bruylant 2004.
- _____. **Droits de Propriété, Economie et Environnement : Les déchets**. Paris : Bruylant 2006.
- _____. **Droits de Propriété, Economie et Environnement : Changements climatiques**. Paris : Bruylant 2008.
- JACOBS, Harvey (editor) , **Private property in the 21st century, the future of an American ideal**, Edward Elgar 2004.
- KAPLOWITZ, Michael (editor). **Property rights, Economics and Environment**. JAI Press, 2000.
- LEPAGE, Henri .**Pourquoi la propriété**. Paris: Hachette, 1985.
- OSTROM, Elinor. **Governing the Commons** Cambridge University press 1990 et en francais **Gouvernance des biens communs**. de Boeck, 2010.
- POZZO, Barbara, (editor). **Property and Environment, old and new remedies to protect natural resources in the European context**. Paris: Bruylant, 2007.