Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 100 (1981)

Artikel: La propriété privée aujourd'hui

Autor: Steinauer, Paul-Henri

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896148

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La propriété privée aujourd'hui

Rapport présenté par PAUL-HENRI STEINAUER
Professeur à l'Université de Fribourg

Table des matières

Bibliographie 123

Abréviations 127

Introduction 129

Première partie: Le régime de maîtrise privée des biens 133

§ 1. Le régime juridique actuel de maîtrise des biens et ses fondements 133

A. Rappel du système actuellement en vigueur 133
1. Le principe de la maîtrise privée individuelle des biens 133
2. L'aménagement juridique de la maîtrise privée des biens 136
   a. Le réseau des droits subjectifs privés qui rendent possible la maîtrise individuelle des biens 137
   b. Les normes de droit public ayant une influence sur la maîtrise des biens 138
   c. Les conditions de l'intervention de l'Etat dans le domaine de la maîtrise des biens – L'art. 22 ter Cst. féd. 139
      aa. La garantie de l'institution 140
      bb. La garantie des droits individuels patrimoniaux 142
3. Caractéristiques générales du régime actuel 147

B. Les fondements du système actuel 148
1. Aspect historique 148
2. Aspect philosophique 153
   a. La maîtrise privée comme condition de l'épanouissement de la personne 156
   b. La maîtrise privée comme stimulant de la productivité économique 157
   c. La maîtrise privée comme moyen d'une certaine paix sociale 158
3. Aspect anthropologique 158
4. Aspect psychologique et psychanalytique 161

§ 2. Quelques tendances de réforme – Le Projet de revision de la constitution 163

A. Les tendances de réforme en général 164

B. Le système du Projet de revision de la Constitution fédérale et ses fondements 168
1. Le système du Projet 168
a. Les principes – La politique de la propriété 168
b. Les modifications apportées à la garantie de la propriété 170
aa. La garantie de l'institution 171
bb. La garantie des droits individuels patrimoniaux 173
2. Les fondements 174
a. La maîtrise privée au service de l'individu 176
b. La maîtrise privée au service du bien commun 177

§ 3. Essai d'analyse du régime actuel de maîtrise des biens en relation avec ses objectifs 179

A. Remarques préliminaires 179
1. Les buts du système 179
2. Remarque méthodologique 182

B. La maîtrise privée au service direct de l'épanouissement individuel . . . 183
1. La maîtrise privée au service de la liberté indépendamment de l'autonomie économique procurée 184
2. La maîtrise privée comme facteur d'autonomie économique 185
a. Les mécanismes juridiques favorisant la réalisation de l'autonomie économique de chaque personne 185
b. Les résultats effectivement obtenus 188
c. Résumé et remarques concernant le Projet de Constitution de 1977 190

C. La maîtrise privée au service du bien commun 191
1. La maîtrise privée comme facteur d'une certaine paix sociale 192
2. La maîtrise privée comme stimulant de l'activité économique 192
a. La relation entre maîtrise privée et productivité économique 192
b. Les éléments du régime actuel favorisant une bonne rentabilité économique 194
aa. Le principe 194
bb. Les mécanismes juridiques mettant en œuvre ce principe 195
cc. Appréciation du système actuel 196
1° Appréciation du système comme tel 196
2° Appréciation des résultats et du fonctionnement du système 197
c. Les éléments du régime actuel permettant d'influencer la maîtrise privée individuelle en vue du bien commun 200
aa. Le principe 200
bb. Appréciation du système actuel 201
1° Appréciation du système comme tel 201
2° Appréciation du système du point de vue de ses résultats et de son fonctionnement 201
cc. Remarques concernant le Projet de Constitution de 1977 206

D. Appréciation d'ensemble 208

La propriété privée aujourd'hui 121

Seconde partie: La propriété 211

§ 4. La notion de propriété 211

A. La propriété comme droit subjectif privé de maîtrise 212
1. Généralités 212
2. La structure du droit de propriété en tant que droit de maîtrise 213
3. La définition de l'étendue de la maîtrise conférée par le droit de propriété 214
   a. La propriété comme droit de maîtrise en principe totale sur une chose 215
   b. La propriété comme droit de maîtrise limité de l'intérieur (théorie de l'immanence) 217
      aa. La définition proposée et ses raisons 217
      bb. Critique 219
   c. La notion de propriété fonctionnelle 221

B. La propriété comme ensemble de droits et de devoirs 224

C. Remarques finales 228

§ 5. Quelques caractéristiques de la réglementation actuelle de la propriété . 229

A. La propriété comme droit global de maîtrise 229

B. Propriété et maîtrise collective d'une chose 231

C. La propriété dans l'espace et dans le temps 234
1. L'étendue du droit de propriété dans l'espace 234
2. Le droit de propriété dans le temps 237

D. La définition du contenu de la propriété 239

E. Remarque finale 242

Conclusion 243

Bibliographie

ABRAVANEL, P. La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 114, 1980, p. 1 ss.

ALBERTINI, P. Ambitions et certitudes de la nouvelle loi foncière, Recueil Dalloz Sirey, Paris 1976, p. 85 ss.

ARISTOTE. La Politique, traduction J. TRICOT, Paris 1962.

AUBERT, J.-F. Petite histoire constitutionnelle de la Suisse, Berne 1974.

– Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967 (cité: AUBERT).

BAGI, L. La garantie constitutionnelle de la propriété. Doctrine et jurisprudence, thèse Lausanne 1956.

BALON, J. Les fondements du régime foncier au moyen-âge, Louvain 1954.

BENTHAM, J. Traité de législation civile et pénale, traduction E. DUMONT, Paris 1820.

BIASCA, P. La propriété spatio-temporelle en quête d'un statut, Gazette du Palais, 1979, p. 539 ss.

BINSWANGER, H.C. Eigentum und Eigentumspolitik, Zurich 1978.

– Garantie einer echtliberalen Eigentumsordnung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979, p. 165 ss (cité: Garantie).

BLOCHER, C. Die Funktion der Landwirtschaftszone und ihre Vereinbarkeit mit der schweizerischen Eigentumsgarantie, thèse Zurich 1972.

BOCQUET, C. De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel. Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse, thèse Genève 1978.

BONNARD, C. La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'expropriation matérielle, JdT 1966 I, p. 66 ss.

– La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de garantie de la propriété, RSJB 101, 1965, p. 121 ss.

BÜHLER, T. Neukonzeption des Eigentumsbegriffs und der Eigentumsordnung auf Verfassungsstufe. Ein Beitrag zum Schweizerischen Juristentag 1976, ZBl 77, 1976, p. 369 ss (cité: Neukonzeption).

– Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs, RSJ 70, 1974, p. 289 ss (cité: Zur Geschichte).

Bulletin économique pour l'Europe, publication des Nations Unies, vol. 31, New York 1980.

BURKHARDT, W. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Bâle 1927.

CASTELEIN, A. Droit naturel, Paris 1903.

CHALLAYE, F. Histoire de la propriété, Paris 1967.

DESCHENAUX, H. Le titre préliminaire du Code civil, in: Traité de droit privé suisse, T. II, I, Fribourg 1969.

FAVRE, A. Droit constitutionnel suisse, Fribourg 1970.

FLEINER-GERSTER, T. Allgemeine Staatslehre, Berlin/Heidelberg/New York 1980.

– Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zurich 1980 (cité: Grundzüge).

FREUD, S. Das Unbehagen in der Kultur, in: Gesamte Werke, T. XIV, Londres

1948.
– Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse und neue Folge, Studienausgabe, Frankfurt am Main 1976.
FRIEDRICH, H.P. Grundbuch und öffentliches Recht, RNRF 51, 1970, p.193ss.
FROMM, E. Avoir ou être? Un choix dont dépend l'avenir de l'homme, Paris 1978 (cité: Avoir ou être?).
– Société aliénée et société saine, Paris 1971 (cité: Société aliénée).
GÄRTNER, U./LUDER P. Ziele und Wege einer Demokratisierung der Wirtschaft, thèse St-Gall, Dießenhofen 1979.
GAUCH, P./SCHLUEP, W./TERCIER, P. Partie générale du droit des obligations, Zurich 1980.
GIRARD, P.F. Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1911.
GIVERDON, C. Pratique et évolution de la copropriété, Gazette du Palais, 1976, p.533ss.
GRISEL, A. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970 (cité: GRISEL).
GRISEL, E. La définition de la police, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle 1975, p.91ss.
GYGI, F. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, Berne 1978.
HAAB, R./SIMONIUS, A./SCHERRER, W./ZOBL, D. Das Sachenrecht. Das Eigentum, commentaire zurichois, T. IV, 1, Zurich 1929 à 1977 (cité: HAAB).
HOBBES, T. Leviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile, traduction F.TRICAUD, Paris 1971.
HOTZ, R. Bäuerliches Grundeigentum, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 113, 1979, p.114ss.
HUBER, E. Code civil suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, T. III, Berne 1902 (cité: Exposé des motifs).
– System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bâle 1889 (cité: System).
HUBER, H. Eigentumsgarantie und Eigentumspolitik, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979, p.133ss (cité: Eigentumsgarantie).
– Einleitung. Artikel 1–10 ZGB, commentaire bernois, T. I, 1, Berne 1966, Art.6.
ISSING, O./LEISNER, W. Kleineres Eigentum, Göttingen 1976.
Jean-Paul II et les droits de l'homme, Fribourg 1980.
KALLENBERGER, W. Bodenreformkonzeptionen. Eine rechtspolitische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen und zürcherischen Verhältnisse, Zurich 1979.
KLEINEWEFERS, H. Eine Systematik der Eigentumsprobleme aus ökonomischer Sicht, in: L'homme dans son environnement – Mensch und Umwelt, Fribourg 1980, p.331ss.
LECLERCQ, J. Leçons de droit naturel, T. IV, Namur 1937.
LEEMANN, H. Sachenrecht. Das Eigentum, commentaire bernois, T. IV, Berne 1920.
LENDI, M. Planungsrecht und Eigentum, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 110, 1976, p.1ss.
LIVER, P. Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, T. V, Bâle/Stuttgart 1977 (cité: Das Eigentum).
– Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, commentaire zurichois, T. IV, 2a, 1, Zurich 1968.
– Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70.Geburtstag, Berne 1972 (cité: Eigentumsbegriff).

– Zur Entstehung des freien bäuerlichen Grundeigentums, RDS 65, 1946, p.329ss.
– Usque ad sidera, usque ad inferos, in: Mélanges Philippe Meylan, Lausanne 1963, T. II, p.169ss.
LOCKE, J. Du gouvernement civil, traduction SERVIÈRE, Paris 1783.
MACHERET, A. Esthétique et droit public de la construction, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977, p.327ss.
– Droit et politique de la propriété foncière en Suisse, in: Festschrift Hans Huber (à paraître), p.575 ss (cité: Droit et politique de la propriété).
MARX, K./ENGELS, F. Manifeste du parti communiste, traduction L. LAFARGUE/ M. KIINTZ, Paris 1972.
MEIER-HAYOZ, A. Auf dem Weg zur staatlich verwalteten Güterordnung? Zu Publikationen über Eigentumsordnung im Verfassungsentwurf, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979, p.142ss (cité: Auf dem Weg).
– Das Sachenrecht. Das Eigentum, commentaire bernois, T. IV, 1, Berne 1966.
– Le projet de constitution et la garantie de la propriété, Zurich 1978 (cité: Le projet de constitution).
– Vom Wesen des Eigentums, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger, Zurich 1969, p.171ss (cité: Vom Wesen).
– Zur Eigentumsordnung, RDS 97 I, 1978, p.313ss (cité: Zur Eigentumsordnung).
MOOR, P. Aménagement du territoire et propriété privée, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 110, 1976, p.365ss (cité: Aménagement).
– Planification et plus-values, DC 1980, p.62ss (cité: Planification).
MORAND, M. La «copropriété saisonnière» ou «multipropriété» depuis dix ans, Gazette du Palais, 1979, p.245ss.
MÜLLER, G. Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 115, 1981, p.1ss.
MÜLLER, J.P. Soziale Grundrechte in der Verfassung? in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 107, 1973, p.686ss (cité: Soziale Grundrechte).
NIEL, M. Présentation de la psychanalyse humaniste d'Erich Fromm, in: FROMM, Société aliénée, p.7ss.
OTT, F. Befristetes Eigentum als Resultat empirischer Rechtsanschauung, thèse Zurich 1977.
OURLIAC, P./DE MALAFOSSE, J. Histoire du droit privé, Les Biens, Paris 1961.
PAWLOWSKI, H.M. Substanz- oder Funktionseigentum. Zum Eigentumsbegriff des geltenden Rechts, Archiv für die civilistische Praxis 165, 1965, p.395ss.
PELLETIER, J.P. Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé («Propriété spatio-temporelle»), Gazette du Palais, 1976, p.541ss.
PETER, H. Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19.Jahrhundert, thèse Zurich, Aarau 1946.
PIDOUX, P. Droit foncier rural, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 113, 1979, p.386ss.
Propriété et participation à la gestion de l'entreprise selon la pensée des Souverains pontifes, Rome 1952.
RAPPARD, W.E. L'individu et l'Etat dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse, Zurich 1936.
Rapport de la Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale

de la Constitution fédérale, Berne 1977 (cité: Rapport).
Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale, Berne 1973.
Rapport sur le développement dans le monde, publication de la Banque mondiale, Washington 1980.
REY, H. Dynamisiertes Eigentum, RDS 96 I, 1977, p. 65 ss.
ROSENSTOCK, P. Bemerkungen zur Eigentumsgarantie im Entwurf für eine neue Verfassung, ZBl 81, 1980, p. 238 ss.
SAINT THOMAS D'AQUIN. Somme théologique, La Justice, traduction C. SPICQ, Paris/Tournai/Rome 1933.
SALADIN, P. Grundrechte im Wandel, Berne 1975 (cité: SALADIN).
– Raumplanung und Eigentumskonzept, in: Das Bundesgesetz über die Raumplanung, Berner Tage für die juristische Praxis 1980, Berne 1980.
SCHAUMANN, W. Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, thèse Zurich 1950.
SCHEIWILER, V. Das Interesse des Grundeigentümers am Untergrund gemäß Art. 667 Abs. 1 ZGB, thèse Zurich, Berne 1974.
SCHÖNENBERGER, W./JÄGGI, P. Obligationenrecht, commentaire zurichois, T. V, 1 a, Zurich 1973.
Schweizerische Gesellschaft für ein neues Bodenrecht, Hrsg. Modellvorstellungen zur Bodenrechtsreform, Berne 1978.
SIK, O. Humane Wirtschaftsdemokratie. Ein dritter Weg, Hambourg 1979 (cité: Humane Wirtschaftsdemokratie).
– La troisième voie, La théorie marxiste-léniniste et la société industrielle moderne, Paris 1974.
– Pour une troisième voie, Paris 1978.
THORENS, J. L'étendue en profondeur de la propriété foncière, RDS 89 I, 1970, p. 255 ss.
TROXLER, F. O. Die Lehre vom Eigentum bei Thomas von Aquin und Karl Marx. Eine Konfrontation, thèse Berne, Fribourg 1973.
TUOR, P./SCHNYDER, B. Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich 1975 (réimpression 1979).
VILLEY, M. Philosophie du droit, Paris 1975.
VOYAME, J. Les dispositions sur la propriété dans le projet de Constitution fédérale, RNRF 60, 1979, p. 65 ss.
WEBER, R. H. Eigentum als Rechtsinstitut, RDS 97 I, 1978, p. 161 ss.
WEISMANN, M./DEBLED, R. Copropriété, Paris 1978.
WERDER, M. Eigentum und Verfassungswandel. Eine Untersuchung der anthropologischen Bedingtheit der Eigentumsordnung und ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung, thèse Berne, Dießenhofen 1978.
WIEGAND, W. Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, H. Coing et W. Wilhelm (éd.), Frankfurt am Main 1976, T. III, p. 118 ss.
WILDHABER, L. Eigentumsordnung im Kreuzfeuer, Zur Kritik von Prof. Meier-Hayoz am Verfassungsentwurf, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979, p. 157 ss.
ZIMMERLI, U. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 112, 1978, p. 1 ss.
ZIMMERMANN, P. Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, thèse Zurich 1979.

Abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CC	Code civil suisse
CCfr.	Code civil français
ch.	chiffre
CO	Code des obligations
consid.	considérant
Cst. féd.	Constitution fédérale suisse
DC	Revue Droit de la construction
éd.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
LF	Loi fédérale
lit.	littera
LPR	Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale
n.	numéro
NRS	(Nouveau) recueil systématique du droit fédéral
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
p.	page
RDS	Revue de droit suisse
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RNRF	Revue du notariat et du registre foncier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
S.T.	Systematischer Teil
T.	tome
vol.	volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

Introduction *

A deux reprises au cours des cinq dernières années, la Société suisse des juristes a consacré une partie de son congrès annuel à un problème important relatif à la propriété: l'aménagement du territoire en 1976[1] et le droit foncier rural en 1979[2]. Le Comité de cette Société invite cette année à une réflexion très générale sur l'institution même de la propriété privée. Au-delà des questions particulières que soulève la propriété de certains biens (par exemple, du sol, de l'argent ou des entreprises), c'est donc le système de la propriété privée en tant que tel qui doit être analysé dans le présent rapport.

Le mandat donné aux rapporteurs est d'étudier ce système tel qu'il se présente aujourd'hui. Il ne s'agit donc pas de proposer des solutions pour l'avenir, mais de dresser un constat de la situation actuelle. Toutefois, de même que pour mieux comprendre son pays il faut en connaître l'histoire et avoir côtoyé d'autres types de sociétés, il m'a paru utile de tourner quand même un bref regard vers le passé et, surtout, de présenter l'une ou l'autre des propositions de modification du régime en vigueur; ces dernières ne seront pas analysées pour elles-mêmes, mais seulement pour leur effet de contraste. Je me suis en outre arrêté un peu plus longuement au Projet de Constitution publié en 1977 par la Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale

* Je tiens à remercier tous ceux qui m'ont aidé dans la préparation de ce rapport, et en particulier Mlle F. Hohl et M. P. Beauverd, assistants, dont le concours m'a été précieux lors de la mise au point du texte.

[1] Voir M. Lendi, Planungsrecht und Eigentum, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 110, 1976, p. 1 ss et P. Moor, Aménagement du territoire et propriété privée, op. cit. (ci-après: Aménagement), p. 365 ss. Les rapports de MM. Lendi et Moor ont également été publiés in: RDS 95 II, 1976, p. 1 ss et 365 ss.

[2] Voir R. Hotz, Bäuerliches Grundeigentum, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 113, 1979, p. 109 ss et P. Pidoux, Droit foncier rural, op. cit., p. 381 ss. Les rapports de MM. Hotz et Pidoux ont également été publiés in: RDS 98 II, 1979, p. 109 ss et p. 381 ss.

de la Constitution fédérale, car il est aujourd'hui partie intégrante de notre environnement juridique.

La propriété privée suscite des questions qui dépassent de beaucoup le champ propre de la réflexion du juriste. Il y va en définitive de la relation entre la société humaine et les ressources matérielles dont celle-ci peut disposer, et cette relation intéresse aussi bien le théologien et le philosophe, que l'économiste, le juriste, le sociologue ou l'homme politique. La mission particulière du juriste me paraît être non pas de fixer les objectifs que doit poursuivre le système de maîtrise des biens, mais de déterminer la structure juridique la meilleure pour atteindre ces objectifs. C'est pourquoi, sans renoncer complètement à discuter les buts visés par le système actuel, je m'attacherai surtout à analyser les moyens juridiques mis en œuvre et à rechercher s'ils paraissent aptes à réaliser les objectifs poursuivis. Même précisée de cette façon, la tâche est immense et une bibliographie un tant soit peu complète sur la question occuperait sans doute à elle seule une bonne partie des quelque cent pages qui m'ont été imparties pour ce rapport. C'est dire que les considérations qui suivent ne donnent qu'une vision très sommaire et très incomplète des problèmes que pose aujourd'hui le régime de maîtrise des biens.

Pour aborder ces problèmes, il m'a semblé bon de distinguer deux groupes de questions:

– Le premier concerne la propriété privée en tant que système général de maîtrise des ressources dont dispose une communauté humaine. Très schématiquement, ce système se caractérise par le fait qu'il organise l'utilisation des biens de façon à laisser en principe aux membres du groupe social une maîtrise individuelle et libre de toutes les ressources disponibles. La clé de voûte de ce système est constituée par la propriété, c'est-à-dire la forme de maîtrise des choses qui donne au particulier un pouvoir exclusif et en principe total sur celles-ci. En l'état actuel de notre droit, la propriété (au sens technique indiqué ci-dessus) n'est que l'un des moyens juridiques, certes le plus répandu et le plus important, qui permettent la maîtrise privée des biens.

C'est pourquoi je désignerai par «*régime de maîtrise privée*» et non par «régime de propriété privée» le système général d'utilisation des biens qui est le nôtre aujourd'hui. L'expression «maîtrise privée» fait référence à l'ensemble des moyens juridiques qui rendent possible l'utilisation privée des ressources, soit non seulement les droits qui confèrent une maîtrise directe sur des biens[3] (la propriété, les autres droits réels et les droits de la

[3] Voir à ce sujet infra p. 212ss.

propriété immatérielle), mais aussi les droits qui ne donnent qu'une maîtrise indirecte (certains droits corporatifs et les droits de créance).

– Le second groupe de questions est relatif à la *propriété* au sens technique, savoir à l'élément central de notre système de maîtrise des biens. La propriété est alors opposée aux autres formes de maîtrise privée, par exemple à la maîtrise directe plus limitée que confèrent un usufruit ou un gage, ou même à la maîtrise indirecte qui peut résulter d'un droit de créance ou d'un droit de sociétariat.

Les deux groupes de questions sont évidemment liés, au point que le système en général est habituellement désigné précisément par l'expression «propriété privée». La propriété est en quelque sorte le symbole de l'institution plus large qu'est la maîtrise privée des biens.

La première partie de ce rapport, qui est aussi la plus étendue, sera ainsi consacrée au régime de la maîtrise privée des biens tel que notre ordre juridique l'aménage aujourd'hui. J'en rappellerai d'abord les lignes essentielles et les principaux fondements (§ 1.). Pour en faire apparaître, par contraste, les caractéristiques les plus importantes, je présenterai ensuite quelques-unes des propositions faites pour le réformer, et en particulier celles contenues dans le Projet de Constitution de 1977 (§ 2.). Je tenterai enfin d'établir dans quelle mesure le régime actuel atteint les objectifs qu'il poursuit (§ 3.).

Dans une seconde partie, j'aborderai quelques aspects de la propriété au sens technique, en indiquant quel sens il faut donner à ce terme dans le droit en vigueur (§ 4.) et en cherchant à cerner quelques-unes des caractéristiques de la réglementation actuelle dans ce domaine (§ 5.).

Première partie

Le régime de maîtrise privée des biens

§ 1. Le régime juridique actuel de maîtrise des biens et ses fondements

A. Rappel du système actuellement en vigueur

1. Le principe de la maîtrise privée individuelle des biens

L'art. 22ter Cst. féd. est, depuis 1969[1], la norme fondamentale[2]

[1] Les art. 22ter et 22quater ont été introduits dans la Cst. féd. à la suite de la votation populaire du 14 septembre 1969; voir FF 1967 II, p. 137ss et ROLF 1969, p. 1265.

[2] Aucune *norme élaborée au niveau international* n'influence fondamentalement le régime de la maîtrise des biens en Suisse. L'art. 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (du 10 décembre 1948) a la teneur suivante: «Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété»; cette disposition, qui n'a d'ailleurs pas le caractère d'une norme juridique (voir FF 1968 II, p. 1149), n'a pas de portée directe en Suisse. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (du 4 novembre 1950 [NRS 0.101], en vigueur en Suisse depuis le 28 novembre 1974) ne comporte pas de règle directement relative à la maîtrise des biens. En revanche, le Premier Protocole additionnel à cette Convention (du 20 mars 1952) prévoit à son article premier: «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes» (voir FF 1968 II, p. 1177). La Suisse n'a cependant pas ratifié ce Premier Protocole additionnel. Le Conseil fédéral a considéré, à l'époque, que la réglementation suisse était compatible avec le droit au respect des biens privés tel qu'il résulte de l'article rappelé ci-dessus (voir FF 1968 II, p. 1133); en revanche, les autres dispositions de ce Protocole (droit à l'instruction, obligation d'organiser des élections libres au scrutin secret pour le choix du corps législatif) ne pouvaient pas être ratifiées (voir FF 1972 I, p. 998). Toutefois, en date du 2 juin 1980, dans son Premier rapport complémentaire au Rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe du 16 novembre 1977, le Conseil fédéral a annoncé son

qui régit le système de la maîtrise des biens en Suisse. Il a la teneur suivante:

«[1] La propriété est garantie.
[2] Dans la mesure de leurs attributions constitutionnelles, la Confédération et les cantons peuvent, par voie législative et pour des motifs d'intérêt public, prévoir l'expropriation et des restrictions de la propriété.
[3] En cas d'expropriation et de restriction de la propriété équivalant à l'expropriation, une juste indemnité est due.»

L'introduction de cette disposition dans la Constitution ne modifia pas le régime de la maîtrise des biens en Suisse. Ayant pour but immédiat d'affirmer constitutionnellement le principe de la garantie de la propriété au moment où il s'agissait d'accorder à la Confédération des compétences en matière d'aménagement du territoire (voir l'art. 22^{quater} Cst. féd.), cette disposition confère tout au plus aux notions reconnues précédemment «une précision qui les rend indiscutables»[3].

Doctrine[4] et jurisprudence[5] s'accordent à admettre que la portée de l'art. 22ter est double: il garantit, d'une part, l'institution de

intention de ratifier ce Protocole additionnel «si possible, dans les trois ans à venir» (FF 1980 II, p. 1552).
L'introduction de l'art. 22ter dans la Constitution fédérale a réduit (ou supprimé) l'importance des *dispositions constitutionnelles cantonales* qui garantissent le droit de propriété (voir A. GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970 [ci-après: GRISEL], p. 358). Seule la Constitution du canton du Tessin ne renferme pas une telle garantie (voir FF 1967 II, p. 137–138 et A. MEIER-HAYOZ, Das Sachenrecht. Das Eigentum, commentaire bernois, T. IV, 1, Berne 1966, Systematischer Teil [ci-après: S. T.], n. 209a). Il faut enfin remarquer que, si l'art. 22ter est la norme fondamentale en la matière, le régime de la maîtrise des biens est également influencé par les principes de l'égalité devant la loi et de la force dérogatoire du droit fédéral, ainsi que par la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst. féd.; voir à ce sujet MEIER-HAYOZ, S. T., n. 210a ss, ainsi que P. ZIMMERMANN, Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, thèse Zurich 1979).

[3] A. FAVRE, Droit constitutionnel suisse, Fribourg 1970, p. 305; voir aussi le Message du Conseil fédéral concernant l'insertion des articles 22ter et 22^{quater} dans la Constitution, FF 1967 II, p. 142.

[4] Voir notamment MEIER-HAYOZ, S.T., n. 212ss; J.-F. AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967 (ci-après: AUBERT), n. 2172ss; FAVRE, p. 306; GRISEL, p. 358; T. FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (ci-après: Grundzüge), Zurich 1980, p. 305 (dont la terminologie est cependant différente); H. C. BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, Zurich 1978, p. 8; R. H. WEBER, Eigentum als Rechtsinstitut, RDS 97 I, 1978, p. 161. Pour une critique de la garantie de l'institution en relation avec l'aménagement du territoire, voir LENDI, p. 80; voir aussi WEBER, p. 177ss.

[5] Voir, par exemple, ATF 103 Ia 417; 99 Ia 37 = JdT 1974 I 203.

la propriété (privée) *(Institutsgarantie)* et, d'autre part, les droits individuels concrets des propriétaires *(Bestandesgarantie)*. C'est le premier aspect (garantie de l'institution) qu'il faut retenir ici pour caractériser, d'une manière générale, le système de la maîtrise des biens en Suisse. En effet, si la garantie de l'institution de la propriété est généralement présentée sous sa forme négative et défensive (c'est-à-dire en tant qu'elle fixe une limite à l'intervention étatique[6]), elle a aussi une valeur positive et renseigne sur le système de maîtrise des biens tel qu'il a été voulu par le constituant.

«Aus der Institutsgarantie», écrit M. A. MEIER-HAYOZ, «ergibt sich die Forderung an den Staat, die Güterverfassung nach dem Prinzip der freien Verfügbarkeit zu ordnen[7]». Pour A. FAVRE, la garantie de l'institution «consacre le régime libéral de la propriété. Elle reconnaît le droit d'acquérir des biens, d'en jouir et d'en disposer. Il en résulte l'obligation pour tous les organes étatiques, y compris le législateur fédéral, de reconnaître et de maintenir la propriété comme élément essentiel d'un ordre social fondé sur la liberté individuelle[8]». Ou encore, pour reprendre la formulation souvent répétée du Tribunal fédéral: «... la propriété est garantie en tant qu'institution juridique ... Sous cet angle, seules des normes restrictives qui ne portent point atteinte à ses caractéristiques essentielles telles qu'elles résultent de sa qualité de principe fondamental de l'ordre juridique suisse sont admissibles ...[9]».

La garantie de l'institution de la propriété, qui résulte de l'art. 22ter Cst. féd., dépasse de beaucoup la protection du seul droit (subjectif privé) de propriété tel qu'il est défini par les règles du Code civil. C'est en réalité l'*ensemble des droits subjectifs qui permettent la maîtrise des biens* (droits réels, mais aussi droits de la propriété immatérielle, droits corporatifs et droits de créance) qui est visé par la norme constitutionnelle[10]. De plus, bien que cela ne ressorte pas explicitement de l'art. 22ter, il ne fait pas de doute que la maîtrise privée (par opposition à la maîtrise étatique) est conçue *principalement* sous la forme d'une maîtrise

[6] Voir infra p. 140 ss.

[7] MEIER-HAYOZ, S.T., n. 213 b. Voir aussi P. SALADIN, Grundrechte im Wandel, Berne 1975 (ci-après: SALADIN), p. 122–123, qui cite W. SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, thèse Zurich 1950, p. 198: «Die Institutsgarantie verlangt danach, ‹daß die Rechtsordnung eine Eigentumsordnung schafft, die qualitativ und quantitativ den Privaten das Privateigentum in dem Ausmaße sichert, das für eine freiheitliche Ordnung erforderlich ist›».

[8] FAVRE, p. 306; voir aussi GRISEL, p. 358; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 305; BINSWANGER, p. 8–9.

[9] ATF 99 Ia 37 = JdT 1974 I 203; voir aussi ATF 96 I 558 = JdT 1972 I 292; 105 Ia 140.

[10] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 213 c; qui parle de «alle privaten Vermögensrechte», ainsi que infra p. 140 ss.

individuelle (par opposition à la maîtrise collective d'un groupe familial, villageois, économique ou autre), même s'il est vrai que notre droit connaît divers types de maîtrise collective directe ou indirecte (propriété commune, copropriété, allmends, sociétés immobilières, etc.). Enfin, et cela ressort aussi des citations faites ci-dessus, la maîtrise privée individuelle des biens est *en relation étroite avec l'existence d'un régime économique libéral*[11]; elle est en quelque sorte l'élément «statique» d'un ordre juridique libéral dont la liberté du commerce et de l'industrie est l'élément «dynamique».

L'art. 22ter consacre donc le principe de la maîtrise privée individuelle des biens. Ce faisant, il n'entend pourtant pas reconnaître aux individus une liberté totale dans la domination des biens. Ce principe signifie simplement que l'*aménagement juridique de la maîtrise des biens par le législateur doit être tel que cette dernière soit laissée pour l'essentiel aux individus.*

2. L'aménagement juridique de la maîtrise privée des biens

L'organisation concrète de la maîtrise (en principe privée et individuelle) des biens, telle qu'elle résulte de l'ordre juridique suisse dans son ensemble, est extrêmement complexe[12]. Pour en faire une description complète, il faudrait sans doute présenter une grande partie des normes actuellement en vigueur en Suisse, ce qui est évidemment exclu dans le cadre de ce rapport. C'est pourquoi je me bornerai à rappeler, d'une part, les deux composantes fondamentales du système – savoir l'existence d'un réseau de droits subjectifs privés qui rendent possible la maîtrise individuelle des biens (infra a.) et l'ensemble des règles de droit public qui influencent cette maîtrise (infra b.) – et, d'autre part, les principes de l'art. 22ter Cst. féd. qui définissent les conditions de

[11] On ne peut ainsi dissocier le régime de la propriété privée de la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie (voir notamment ZIMMERMANN, p. 40ss). M. A. MEIER-HAYOZ note avec raison que la liberté contractuelle (art. 19 CO) peut être rattachée aussi bien à la garantie de la propriété qu'à celle de la liberté du commerce et de l'industrie (S.T., n. 213c). Pour une approche critique de la relation entre le régime de la propriété et l'ordre économique, voir H. KLEINEWEFERS, Eine Systematik der Eigentumsprobleme aus ökonomischer Sicht, in: L'homme dans son environnement – Mensch und Umwelt, Fribourg 1980, p. 350ss.

[12] Voir, par exemple, la présentation du système du droit foncier que l'on trouve dans W. KALLENBERGER, Bodenreformkonzeptionen. Eine rechtspolitische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen und zürcherischen Verhältnisse, Zurich 1979, p. 138–155.

l'intervention étatique dans le domaine de la maîtrise des biens (infra c.).

a. Le réseau des droits subjectifs privés qui rendent possible la maîtrise individuelle des biens

Notre système juridique aménage d'abord la maîtrise des biens entre les différents membres du groupe social. Il reconnaît ainsi à chaque personne la possibilité d'avoir des droits subjectifs privés[13] permettant (directement ou non) la maîtrise individuelle de certains biens. Parmi ces droits, les principaux sont sans doute les droits réels[14] et les droits de la propriété immatérielle, car ils permettent une maîtrise directe (totale ou partielle) des biens; mais les droits de créance, de nombreux droits corporatifs (par exemple, ceux attachés à la qualité de membre d'une société en nom collectif ou d'une société anonyme), ainsi que certains droits de compétence (par exemple, le droit du destinataire d'une offre de former le contrat) permettent également, quoique indirectement, la maîtrise des biens.

En définissant ces différents droits subjectifs privés et en fixant les modes de leur acquisition et de leur perte, notamment par le transfert à un tiers, le droit privé détermine le cadre dans lequel peut s'exercer la maîtrise individuelle sur les biens (par exemple, il y a un *numerus clausus* des droits réels limités), de même que les modalités de cet exercice (ainsi, le contrat par lequel une personne transfère la propriété d'un immeuble doit être rédigé en la forme authentique). Cependant, *la manière dont chacun entend effectivement exercer cette maîtrise est en principe libre* (par exemple, le propriétaire peut vendre son immeuble, le louer, le garder pour son usage personnel; le créancier peut céder sa créance, il peut remettre la dette, etc.). Encore faut-il rappeler que, même du point de vue du droit privé, cette liberté dans la maîtrise des droits patrimoniaux subit de *nombreuses restrictions*. Dans des cas assez fréquents, en effet, la loi accorde à une personne le droit de limiter l'utilisation qu'une autre personne entend faire de ses biens. On pense d'abord aux limitations générales qui résultent de l'art. 2 CC (avant tout de l'interdiction de l'abus de droit, par

[13] Sur la notion et les espèces de droits subjectifs privés, voir notamment W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, Obligationenrecht, commentaire zurichois, T. V, 1a, Zurich 1973, Vorbemerkungen vor Art. 1, n. 79ss.

[14] On peut également y joindre les droits attachés au fait de la possession (art. 926ss CC).

exemple dans le cas du célèbre «mur de chicane») et, indirectement, de l'ensemble des règles sur la responsabilité civile (obligation de réparer le préjudice causé illicitement à autrui par l'usage des biens). On pense ensuite aux restrictions à la propriété immobilière que le Code civil aménage au bénéfice de particuliers (voir notamment les art. 682, 684 ss, 837 ss CC). Certaines limitations découlent en outre du droit de la famille; il en est ainsi, par exemple, du droit de l'enfant d'exiger son entretien (art. 276 ss CC) ou de celui de certaines personnes d'exiger des aliments (art. 328 CC). Le droit foncier rural (privé) comporte également des restrictions à la liberté du propriétaire (voir principalement les art. 6 ss de la LF du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale, ci-après LPR). L'une des limitations les plus importantes mises en place par le droit privé, enfin, concerne le droit de disposer de ses biens à son décès (système des réserves héréditaires, en particulier le système de la réserve des descendants conçue comme réserve de chaque descendant pris individuellement).

b. Les normes de droit public ayant une influence sur la maîtrise des biens

La seconde composante du régime juridique de la maîtrise des biens est l'ensemble des règles de droit public qui ont une influence, plus ou moins directe, dans ce domaine. Pour accomplir les diverses tâches qui lui sont confiées par la Constitution (cantonale ou fédérale), l'Etat (cantonal ou fédéral) est, en effet, amené à réglementer la maîtrise des biens.

Tel est le cas, tout d'abord, en matière de mesures de police. Le maintien de l'ordre, de la sécurité, de la santé et de la morale publics impose des mesures concernant l'utilisation et la disposition des biens (règles sur la construction des bâtiments, l'utilisation des véhicules automobiles, la censure, la protection du repos public, etc.). Mais le droit public agit aussi sur la maîtrise des biens par le droit fiscal, par les règles sur l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement, par la législation sur l'agriculture, l'industrie et le commerce, sur les assurances et la prévoyance sociale; et la liste n'est sans doute pas exhaustive. Au réseau des droits subjectifs privés que les individus ont les uns envers les autres, se superpose ainsi l'intervention étatique dans le domaine de la maîtrise des biens, intervention qui est considérable puisqu'elle est à la mesure des nombreuses tâches qui sont confiées à l'Etat.

c. Les conditions de l'intervention de l'Etat dans le domaine de la maîtrise des biens – L'art. 22ter Cst. féd.

Comme indiqué plus haut, l'art. 22ter Cst. féd. permet de définir les conditions générales de l'intervention de l'Etat dans le domaine de la maîtrise des biens. A ce titre, il a une double fonction:

- Il détermine les principes généraux qui doivent guider le législateur dans l'aménagement des droits subjectifs privés qui rendent possible la maîtrise individuelle des biens. L'art. 22ter Cst. féd. influence ainsi la manière dont le législateur fédéral exerce la compétence que lui donne l'art. 64 Cst. féd.[15].
- L'art. 22ter détermine aussi quelle doit être la relation entre la composante privée (ci-dessus a.) et la composante publique (ci-dessus b.) du régime de maîtrise des biens. En elles-mêmes, ces deux composantes sont indépendantes; le droit privé rappelle d'ailleurs cette indépendance sous la forme d'une réserve (au sens impropre) en faveur du droit public, notamment à l'art. 6 CC (réserve générale en faveur du droit public cantonal[16] et à l'art. 702 CC (réserve concernant les «restrictions à la propriété foncière»)[17]. Mais l'art. 22ter assigne au droit public certaines limites lorsqu'il s'agit d'influencer la maîtrise des biens; il permet par conséquent à l'individu de se défendre contre une intervention excessive de l'Etat dans ce domaine. Considéré de ce point de vue défensif, l'art. 22ter présuppose donc l'existence du réseau de droits subjectifs privés qui rendent possible la maîtrise individuelle des biens.

L'art. 22ter régit ainsi toutes les formes d'intervention étatique dans le domaine de la maîtrise des biens, principalement celles qui résultent de dispositions de droit public, mais aussi celles qui ont lieu par des normes de droit privé. Comme je l'ai rappelé plus haut, l'art. 22ter garantit les droits subjectifs patrimoniaux de deux manières: il garantit leur existence, d'une part, en tant qu'institutions de notre ordre juridique et, d'autre part, en tant que droits concrets d'un titulaire déterminé. Les deux formes de

[15] L'influence de l'art. 22ter sur la législation de droit privé s'exerce par l'intermédiaire de la garantie de l'institution. Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 213e; voir aussi infra p. 140ss.

[16] Pour plus de détails, voir H. HUBER, in: Einleitung. Artikel 1–10 ZGB, commentaire bernois, T. I, 1, Berne 1966, n. 191ss ad art. 6.

[17] Voir HUBER, loc. cit.; R. HAAB/A. SIMONIUS/W. SCHERRER/D. ZOBL, Das Sachenrecht. Das Eigentum, commentaire zurichois, T. IV, 1, Zurich 1929 à 1977 (ci-après: HAAB, Das Sachenrecht), n. 1ss ad art. 702.

la garantie sont complémentaires; mais il suffit que l'une d'elles soit en cause pour que l'atteinte à la propriété soit inconstitutionnelle[18].

aa. La garantie de l'institution

Elle signifie que, dans les mesures qu'il prend pour accomplir les tâches qui lui sont confiées, et spécialement lors de l'élaboration des lois, l'Etat (cantonal ou fédéral) doit respecter le *contenu essentiel (Wesensgehalt)* des droits subjectifs qui permettent la maîtrise privée des biens[19]. *L'objet* de la garantie, malgré la lettre de l'art. 22ter, n'est pas seulement le droit de propriété, mais l'ensemble des droits patrimoniaux (propriété, droits réels limités, droits de la propriété immatérielle, droits de créance, certains droits corporatifs)[20]; c'est toutefois à propos du droit de propriété lui-même que les problèmes principaux se posent.

Ni la doctrine ni la jurisprudence ne proposent de *définition du «contenu essentiel»* des droits protégés, en particulier du droit de propriété. Le Tribunal fédéral a cependant eu l'occasion d'apporter quelques précisions dans plusieurs arrêts et les auteurs explicitent la notion par des exemples. Sont ainsi considérés comme contraires au régime de la maîtrise privée des biens, notamment:

- la nationalisation ou la socialisation du sol[21];
- le transfert de biens à la communauté dans une proportion telle qu'il ne demeure pas en main des particuliers «une quantité suffisante de biens leur permettant d'aménager normalement leurs relations d'affaires dans un régime de liberté économique»[22];
- la mise en place d'un droit de préemption général de l'Etat en matière foncière[23];

[18] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 212.

[19] Selon la formule de M. P. MOOR (Aménagement, p. 383), la garantie limite «la liberté du législateur de définir en soi les prérogatives et les devoirs attachés à la propriété privée».

[20] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 213c et 215ass; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 305; SALADIN, p. 125ss. La portée exacte de la protection n'est pas précisée en doctrine; elle existe certainement pour les types principaux de droits subjectifs permettant la maîtrise des biens. Il serait ainsi inconstitutionnel de supprimer totalement les droits de gage immobiliers. On peut se demander si tel serait aussi le cas pour la suppression de la seule lettre de rente ou de la seule cédule hypothécaire.

[21] Voir, notamment, AUBERT, n. 2175; MEIER-HAYOZ, S.T., n. 213b; FAVRE, p. 306; ATF 105 Ia 140, obiter dictum.

[22] FAVRE, p. 306; voir aussi MEIER-HAYOZ, loc. cit.; BINSWANGER, p. 9; MOOR, Aménagement, p. 383.

[23] Voir FAVRE, p. 306.

- la mission confiée à une administration d'acheter de gré à gré le plus de terre possible et de ne point la revendre[24];
- une imposition fiscale confiscatoire, la limite de l'admissible devant être déterminée de cas en cas[25];
- la transformation de la propriété foncière en rente [26];
- la substitution d'un droit de superficie au droit de propriété foncière[27,28].

La *portée de la garantie* des droits patrimoniaux individuels en tant qu'institutions est absolue. Tout d'abord, la garantie vise l'existence même du droit, non sa valeur économique[29]. Ensuite, il n'existe pas de motifs suffisants pour que l'Etat puisse porter atteinte à l'institution même d'un droit protégé. Cela «signifie qu'une atteinte étatique à la propriété, même si elle pouvait être imposée aux particuliers, notamment parce qu'elle serait fondée sur l'intérêt public, et accompagnée d'une indemnité, n'en serait pas moins inconstitutionnelle dès lors qu'elle ruinerait le droit de propriété»[30]. En d'autres termes, l'atteinte à l'institution d'un droit patrimonial par le législateur n'est jamais conforme à la Constitution. La protection ne peut être supprimée que par une modification de la Constitution.

Quant au *mécanisme de la garantie,* il faut distinguer, pour l'essentiel, selon que l'atteinte serait portée par le législateur fédéral ou par un législateur cantonal.

- En l'absence du contrôle, par le Tribunal fédéral, de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale (art. 113 al. 3 Cst. féd.), c'est au *législateur fédéral* lui-même qu'il appartient de décider si les normes qu'il entend

[24] Voir un arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 1959, in ZBl 61, 1960, p. 281, la question n'étant pourtant pas tranchée du point de vue de la garantie de l'institution de la propriété; AUBERT, n. 2175; BINSWANGER, p. 9; MOOR, Aménagement, p. 382.

[25] Voir ATF 105 Ia 140 ainsi que le commentaire de P. MOOR, Planification et plus-values (ci-après: Planification), DC 1980, p. 62–63; voir aussi AUBERT, n. 2176; MEIER-HAYOZ, loc. cit.; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 305.

[26] Voir MEIER-HAYOZ, loc. cit., avec références.

[27] Voir MEIER-HAYOZ, loc. cit., avec références.

[28] En revanche, ont été jugés compatibles avec la garantie de l'institution de la propriété: l'interdiction de démolir certains bâtiments (ATF 103 Ia 417; 99 Ia 35 = JdT 1974 I 201); le contrôle des loyers et de la vente par appartements pendant dix ans (ATF 101 Ia 513); l'interdiction de construire des bâtiments à moins de vingt mètres d'une forêt (ATF 96 I 559 = JdT 1972 I 292); un droit de préemption et d'expropriation sur certains terrains en vue de construire des habitations à loyers modérés (ATF 88 I 256). Pour une présentation de la jurisprudence et de la doctrine en Allemagne et en Autriche, voir WEBER, p. 166 ss.

[29] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 213 d; AUBERT, n. 2175.

[30] AUBERT, n. 2175.

adopter portent ou non atteinte à la garantie de l'institution d'un droit patrimonial. Naturellement, il reste la possibilité d'un référendum et c'est en définitive le peuple, mais non le peuple et les cantons comme en cas de modification de la Constitution, qui trancherait.

– Si l'atteinte est portée par le *législateur cantonal,* la mise en œuvre de la garantie s'exerce par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral; dans cette hypothèse, la décision finale appartient donc au Tribunal fédéral[31].

bb. La garantie des droits individuels patrimoniaux

Il s'agit de la protection «des situations juridiques individuelles ... contre toute lésion des droits patrimoniaux concrets par la puissance étatique»[32].

L'*objet de la garantie,* comme en matière de garantie de l'institution, n'est pas seulement le droit de propriété. «... le mot propriété est pris en pareil cas dans le sens le plus large et comprend tous les droits privés composant la fortune de l'individu.»[33] La portée de l'art. 22ter est même plus étendue encore puisqu'il garantit également certains droits pécuniaires qui relèvent du droit public (par exemple, le droit du fonctionnaire à son traitement ou les droits qui découlent d'une concession)[34]. La garantie ne porte cependant, selon l'opinion dominante, que sur les droits protégés pris individuellement, non sur un ensemble de biens et de droits, sur un patrimoine comme tel[35]. «Il s'ensuit qu'en règle générale, l'impôt qui frappe la totalité ou une partie globale du revenu ou du patrimoine ne viole pas le droit de propriété.»[36]

La *protection des situations individuelles patrimoniales,* que l'on appelle parfois les «droits acquis», n'est pas aussi étendue

[31] Si l'atteinte est portée par un constituant cantonal, la garantie s'exerce par l'intermédiaire du contrôle de l'Assemblée fédérale (art. 6 et 85 ch. 7 Cst. féd.); voir ATF 89 I 389, ainsi que AUBERT, n. 583 ss.

[32] FAVRE, p. 307; voir aussi MEIER-HAYOZ, S.T., n. 212.

[33] ATF 74 I 470, concernant la garantie de la propriété dans les constitutions cantonales. Voir aussi MEIER-HAYOZ, S.T., n. 215 a ss; AUBERT, n. 2173; SALADIN, p. 125 ss.

[34] Voir notamment ATF 74 I 471; FAVRE, p. 307; AUBERT, n. 2173; MEIER-HAYOZ, S.T., n. 215 c ss; SALADIN, p. 126 s.

[35] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 216 c; GRISEL, p. 360; ATF 39 I 549; 94 I 111; pour une approche plus détaillée et critique, voir SALADIN, p. 140 ss.

[36] GRISEL, p. 360. Il faut cependant réserver le cas où l'impôt met en cause l'institution même du droit considéré (impôt confiscatoire). Voir supra p. 141.

que lorsqu'il en va de l'existence de ces droits en tant qu'institutions. Il faut en réalité distinguer deux niveaux de garantie:

1. Le droit acquis est d'abord *protégé en tant que tel.* Contrairement à la garantie de l'institution, qui est absolue, la protection accordée n'est ici que relative. Elle consiste en ceci: l'Etat (cantonal ou fédéral) ne peut porter atteinte à un droit acquis que «par voie législative et pour des motifs d'intérêt public» (art. 22ter al. 2); à cela s'ajoute que l'atteinte doit respecter les autres principes de l'activité étatique (égalité, proportionnalité, bonne foi et non-rétroactivité)[37]. Seules les conditions énumérées à l'art. 22ter retiendront ici brièvement notre attention.

La «*voie législative*» n'est respectée que si l'atteinte est fondée sur une loi au sens matériel, c'est-à-dire sur une norme générale et abstraite. Cette règle doit être édictée «par un constituant, par le législateur fédéral ou cantonal, par un organe exécutif en vertu d'une délégation législative, ou encore par une autorité communale sur la même base ou dans le cadre de l'activité propre de la commune; il peut également s'agir d'une coutume ou d'une règle générale applicable aux divers domaines du droit»[38]. Il faut naturellement réserver la clause générale de police qui permet à l'Etat d'agir sans base légale lorsqu'il s'agit de faire face à un danger grave et imminent[39]. La base légale doit, de son côté, être conforme à la Constitution, principalement quant à la compétence (directe ou déléguée) de l'organe qui l'adopte (voir l'art. 22ter al. 2). Enfin, lorsque l'atteinte est particulièrement grave, elle doit reposer sur une base légale claire, qui précise sans ambiguïté l'étendue de la limitation du droit[40].

Quant à *l'intérêt public,* c'est «un intérêt commun à une fraction importante des membres d'une collectivité publique, sinon à leur totalité ou à leur majorité»[41]. C'est là une notion indétermi-

[37] Voir GRISEL, p. 397ss. Le principe de proportionnalité joue un rôle particulièrement important. Pour une étude détaillée, voir U. ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 112, 1978, p. 77ss (ou aussi RDS 97 II, 1978, p. 77ss); voir aussi SALADIN, p. 152 et FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 321.

[38] GRISEL, p. 397. La délégation doit indiquer l'objet, le but et les limites de l'atteinte à la propriété. Plus l'atteinte est grave, plus la délégation doit être précise (voir GRISEL, p. 164 et FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 324).

[39] Voir SALADIN, p. 158 et GRISEL, p. 166, ainsi que les arrêts cités.

[40] Voir GRISEL, p. 398; SALADIN, p. 162ss; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 324; AUBERT, n. 2180.

[41] GRISEL, p. 171.

née et propre à varier selon les lieux et les époques[42]. Ont été considérées d'intérêt public, outre les restrictions requises par l'ordre public, notamment:

- des mesures visant à la protection des régions naturelles ou agricoles, ou à la création de zones de détente[43];
- des mesures de protection des eaux[44];
- des mesures prises pour des motifs esthétiques[45];
- des mesures prises pour des motifs d'ordre religieux et culturel[46];
- des mesures d'aménagement urbain ou de lutte contre la spéculation foncière ou la pénurie de logements (en vue de la construction d'habitations à loyers modérés)[47];
- des mesures favorisant le ravitaillement en électricité[48].

2. Lorsque le droit patrimonial n'est plus protégé en tant que tel, c'est-à-dire lorsque l'existence d'un intérêt public et d'une base légale permet d'y porter atteinte, la garantie intervient à un second niveau: celui de la *valeur du droit* auquel il est porté atteinte. L'art. 22ter al. 3 prévoit en effet que, en «cas d'expropriation et de restriction équivalant à l'expropriation, une juste indemnité est due». Lorsqu'elle est due, l'indemnité doit être pleine et entière[49]; à ce titre, elle doit en principe replacer le

[42] Voir FAVRE, p. 311; MEIER-HAYOZ, S.T., n. 222 ass; SALADIN, p. 146 ss; GRISEL, p. 171 et 398 ss; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 322 ss; AUBERT, n. 2183 ss.

[43] Voir notamment ATF 94 I 59 = JdT 1969 I 102: maintien d'une zone verte entourant une réserve naturelle; 96 I 559 = JdT 1972 I 292: interdiction de construire à moins de vingt mètres d'une forêt; 103 Ia 588: protection d'une région viticole; ATF 93 I 704: interdiction de construire en vue de maintenir des zones de détente; arrêt du 20 février 1963, ZBl 64, 1963, p. 404 ss: construction d'une place de sport publique; arrêt du 14 septembre 1962, ZBl 64, 1963, p. 68 ss: aménagement d'une promenade au bord d'un lac.

[44] Voir notamment ATF 98 Ia 32 = JdT 1973 I 591 et 99 Ib 333.

[45] Voir notamment ATF 34 I 214: expropriation de constructions hideuses dans un lieu de passage; arrêt du 10 juin 1964, ZBl 65, 1964, p. 374 ss: protection de murailles historiques; arrêt du 12 décembre 1962, ZBl 64, 1963, p. 435 ss: réglementation du style des maisons.

[46] Voir notamment ATF 99 Ia 473 = JdT 1975 I 22: construction d'une école; 57 I 382 = JdT 1932 I 605: construction d'une cure; 88 I 293: création d'une place de réunion.

[47] Voir notamment ATF 102 Ia 104: prescriptions de planification pour la construction de centres commerciaux; ATF 90 I 328 ss = JdT 1965 I 505 ss et 98 Ia 47 = JdT 1973 I 597: aménagement de zones à bâtir; ATF 103 Ia 250 ss et 102 Ia 433: mesures visant à empêcher la création de zones à bâtir de dimensions exagérées. Sur la pénurie de logements, voir ATF 88 I 248; 100 Ia 336; 103 Ia 417. Sur la spéculation foncière, voir un arrêt du 17 juin 1959, ZBl 61, 1960, p. 281 ss.

[48] Voir ATF 74 I 465.

[49] Contrairement au texte français de l'art. 22ter, qui parle de «juste indemnité», le texte allemand utilise l'expression «volle Entschädigung». Voir GRISEL,

titulaire du droit dans la situation économique dans laquelle il se trouvait avant l'atteinte. La mise en œuvre de la garantie de valeur peut avoir lieu dans le cadre d'une procédure d'expropriation (formelle)[50] ou à l'occasion d'une mesure étatique qui constitue une restriction de la propriété équivalant à une expropriation; on parle dans ce second cas d'«expropriation matérielle».

La distinction entre l'expropriation matérielle, qui ouvre la voie à l'indemnisation (pleine et entière), et les restrictions qui peuvent être apportées sans indemnité, est particulièrement délicate à établir. Sans entrer dans les détails, on peut dire que cette distinction peut être actuellement effectuée à l'aide des deux principes suivants:

– Une restriction peut être jugée équivalente à une expropriation «lorsque l'usage actuel de la chose ou un usage futur prévisible est interdit ou restreint d'une manière particulièrement grave, de telle sorte que le lésé se trouve privé d'un attribut essentiel dont il jouissait au nom de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut également constituer une expropriation matérielle si elle frappe une seule personne – ou quelques propriétaires seulement – de telle manière que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la communauté.... seul un usage futur prévisible qui, au regard des circonstances, apparaît comme *très probable dans un proche avenir* peut entrer en considération ...»[51].

– Une restriction, même équivalente à une expropriation, n'appelle pas d'indemnisation lorsqu'elle est imposée pour des motifs de police; de tels motifs existent lorsque l'utilisation du bien considéré aurait pour conséquence un *danger concret – c'est-à-dire sérieux et immédiat – pour l'ordre, la santé ou la sécurité publics;* tel peut être le cas aussi bien lorsque le propriétaire concerné par la restriction est à l'origine du trouble de l'ordre public (interdiction de déboiser en vue d'éviter un glissement de terrain) que lorsque ce propriétaire est lui-même menacé par le fait de la nature ou d'un tiers (interdiction de construire dans un cône d'avalanche)[52].

p. 371 et 408; FAVRE, p. 310 et 314; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 325; SALADIN, p. 199 ss.

[50] Voir FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 314 ss; GRISEL, p. 363 ss.

[51] ATF 101 Ia 469; voir aussi SALADIN, p. 167 ss; MOOR, Aménagement, p. 403 ss; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 332 ss.

[52] Voir ATF 105 Ia 335; 96 I 128 et 359; pour plus de détails, voir FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 335; SALADIN, p. 187; MOOR, Aménagement, p. 410. Dans la première décision citée ci-dessus (ATF 105), le Tribunal fédéral a

Ces principes laissent au juge un très grand pouvoir d'appréciation de telle sorte que l'expropriation matérielle ne peut guère se définir aujourd'hui que par les cas où elle a été effectivement admise. La jurisprudence publiée est actuellement très restrictive dans l'admission d'une expropriation matérielle[53], mais seule une

abordé le problème de l'expropriation matérielle par une voie différente. Partant du principe de l'égalité de rang des normes constitutionnelles, il déduit qu'en matière d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement, de protection des eaux et de protection des forêts, l'admissibilité des restrictions à la propriété doit être basée sur une comparaison des intérêts à protéger avec la garantie de la propriété. Il en résulte que, dans ces domaines, même les restrictions qui ne reposent pas sur des motifs de police sont en principe possibles sans indemnisation (consid. 3c.). Cela n'exclut pas que dans certains cas particuliers une indemnité soit due si exceptionnellement des propriétaires isolés sont touchés d'une manière analogue à une expropriation; tel serait le cas, par exemple, si la mesure exclut d'une zone à bâtir un fonds déjà équipé alors que des frais importants ont déjà été engagés. L'approche du Tribunal fédéral dans cet arrêt est intéressante parce que, au lieu de prévoir l'indemnisation des restrictions particulièrement graves – ce qui suppose notamment une atteinte à un usage prévisible – sauf s'il existe un motif de police, elle exclut l'indemnisation dans tous les cas, sauf s'il y a exceptionnellement une atteinte analogue à une expropriation du fait qu'un usage prévisible est rendu impossible. Le résultat final est (probablement) le même, mais le cheminement choisi dans cet arrêt est plus éloigné de la structure de l'art. 22ter Cst. féd. que le principe inverse habituellement retenu.

[53] Il ne faut pas oublier, cependant, que le principe d'une indemnisation en dehors d'une expropriation véritable ne fut admis qu'après la première guerre mondiale (voir BINSWANGER, p. 13).
Pour une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à 1972, voir C. BLOCHER, Die Funktion der Landwirtschaftszone und ihre Vereinbarkeit mit der schweizerischen Eigentumsgarantie, thèse Zurich 1972, p. 132–133; voir aussi C. BONNARD, La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'expropriation matérielle, JdT 1966 I, p. 66ss. Au cours de ces dernières années, ont notamment été considérés comme des expropriations matérielles: le classement d'une construction comme monument protégé lorsque la mesure supprime un usage important correspondant à la nature et à la destination de la chose ou le réduit dans une mesure notoire (ZBl 75, 1974, p. 172); l'interdiction d'effectuer des tâches de nature agricole sur un terrain (ZBl 76, 1975, p. 468); une interdiction de bâtir résultant de l'adoption d'un plan d'alignement communal (ATF 97 I 804 = JdT 1972 I 506).
En revanche n'ont pas été considérés comme des expropriations matérielles: une modification de zone entraînant une réduction des possibilités de bâtir (ATF 97 I 632); une restriction de construire touchant un fonds marécageux (ATF 101 Ia 224); un reclassement d'une zone rurale en une zone dite des crêtes et forêts (ATF 101 Ia 476); l'obligation d'obtenir une autorisation de construire sur le terrain formé par un remblai établi le long d'une partie des rives du lac de Zurich sur la base d'une concession étatique (ATF 102 Ia 122); le non-classement dans une zone à bâtir d'un terrain qu'on avait à l'origine prévu d'inclure dans une zone à bâtir (ATF 103 Ia 250); une interdiction de construire en raison du bruit et des immissions provoquées par une future

étude plus approfondie permettrait de savoir si, dans la pratique, on ne recourt pas parfois à des solutions plus souples.

Le *mécanisme de la garantie* est, dans l'ensemble, le même que pour la garantie de l'institution. En particulier, lorsque l'atteinte est portée par le législateur cantonal, il incombera au Tribunal fédéral de juger si l'exigence de la base légale et de l'intérêt public est bien réalisée.

3. Caractéristiques générales du régime actuel

Pour conclure ce bref rappel du système actuel de maîtrise des biens en Suisse, il convient d'insister sur deux points:

1. L'articulation essentielle du régime actuel est l'opposition entre, d'une part, la maîtrise privée, en principe libre, considérée comme élément premier et, d'autre part, un ensemble de restrictions imposées par l'Etat, au bénéfice des particuliers ou de la collectivité. Tout le système s'organise autour de la notion de «garantie de la propriété» face à l'Etat, autour de la défense possible du particulier contre les atteintes étatiques à la liberté de maîtrise[54]. Le texte même de l'art. 22ter (garantie de la propriété, puis conditions des restrictions), l'approche du Code civil (qui, par exemple à l'art. 702, parle de «restrictions» de droit public à la propriété foncière), la terminologie de la doctrine et de la jurisprudence (dont l'analyse repose toujours sur l'idée d'une opposition entre la liberté de maîtrise et les «restrictions» à cette maîtrise) montrent clairement que le système actuel de la maîtrise des biens est le fruit d'une conception libérale. A ce titre, l'art. 22ter doit être rapproché de l'art. 31 Cst. féd. qui aménage le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Les deux règles se renforcent l'une l'autre et fondent un système juridique qui, dans son ensemble, est d'essence libérale. L'idée de base est que la propriété, comme l'ordre économique en général, est fondée sur la liberté; les restrictions ne viennent qu'ensuite, dans la mesure où elles sont dûment justifiées.

autoroute lorsque l'interdiction vise à protéger le propriétaire en sa propriété contre un danger direct et concret provenant de la nature ou du fait d'un tiers (ZBl 81, 1980, p. 354); le refus d'un permis de construire en dehors de la zone à bâtir lorsque le terrain n'est pas suffisamment équipé et qu'il existe un véritable danger de pollution (ATF 105 Ia 330).

[54] Comme l'a montré M. P. Moor, il n'est cependant pas opportun de parler à ce sujet d'un «droit public subjectif» à l'abstention de l'Etat. Voir Aménagement, p. 379–382.

2. En tant que norme fondamentale régissant la maîtrise des biens, l'art. 22ter indique à quelles conditions l'Etat peut déroger au principe selon lequel il s'abstient d'intervenir dans le domaine de la maîtrise des biens. Cette disposition ne détermine pas, en revanche, quand il est souhaitable, voire obligatoire, que l'Etat intervienne dans ce domaine. La mesure de cette intervention étatique est donnée par les attributions constitutionnelles de la Confédération et des cantons (voir art. 22ter al. 2), donc par des normes extérieures à l'art. 22ter. Dans leur très grande majorité, ces normes ont pour effet que l'Etat va restreindre la maîtrise privée au profit d'un intérêt public (par exemple, la protection de la santé publique ou l'aménagement du territoire); chacun le sait, ces normes et les restrictions qui les accompagnent, sont de plus en plus nombreuses. Dans certains cas, encore rares, l'Etat se voit pourtant confier une mission de promotion en matière de maîtrise des biens; il ne s'agit plus (ou plus seulement) de restreindre la liberté de maîtrise, mais d'encourager, de privilégier certaines formes de maîtrise par rapport à d'autres; ainsi l'art. 34sexies Cst. féd. charge la Confédération d'encourager l'accès à la propriété d'un logement ou d'une maison[55].

B. Les fondements du système actuel

Ce n'est pas sans hésitations que j'aborde ici des domaines qui ne me sont pas familiers. Il me paraît cependant important de rappeler l'origine du système actuel et son fondement philosophique; je présenterai également très sommairement certaines études récentes relatives à ses aspects anthropologiques et psychologiques.

1. Aspect historique

L'origine du système actuel, même décrite très brièvement, permet de mieux comprendre l'approche du problème qui est la nôtre aujourd'hui.

Le premier élément de compréhension important est la conception romaine de la maîtrise des biens. Comme beaucoup de sociétés primitives, la société romaine a d'abord connu des

[55] Voir la LF du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (NRS 843); voir aussi A. MACHERET, Droit et politique de la propriété foncière en Suisse, in: Festschrift Hans Huber (à paraître), p. 575 ss, qui relève que cette loi ne semble pas avoir les résultats escomptés.

formes d'appropriation collective (communauté de villages ou de tribus, co-propriété familiale); mais ce système a très vite perdu son importance au profit d'une organisation sociale fondée sur la propriété privée individuelle. Le droit romain classique reconnaissait ainsi aux personnes, à certaines conditions il est vrai, la faculté de dominer, d'une manière complète et exclusive, une chose corporelle *(plena in re potestas)*[56]. Cependant, ce droit de propriété «n'est pas, quoi qu'on en ait dit parfois, un droit illimité. Il comporte, même à Rome et dès l'époque la plus reculée, des restrictions»[57], principalement relatives aux immeubles et établies dans l'intérêt des voisins et dans l'intérêt public.

La conception romaine de la maîtrise privée des biens exercera, par la suite, une influence considérable sur la pensée juridique, en Europe en général et en Suisse en particulier. Toutefois, son influence directe dans nos régions diminua progressivement en raison, d'une part, de la multiplication des liens personnels de dépendance et, d'autre part, de l'implantation des peuples germaniques. Dès le Bas-Empire, et tout au long de l'époque franque, la faiblesse du pouvoir favorisa la croissance de la grande propriété. Le nombre des petits propriétaires diminua, car ils subissaient la loi de propriétaires plus puissants ou sollicitaient la protection d'une autorité ecclésiastique[58]. Par ailleurs, les Germains, qui s'installèrent en Suisse dès le milieu du Ve siècle, apportèrent avec eux un système de maîtrise des biens très différent du système romain. L'organisation des sociétés germaniques était en effet caractérisée dans ce domaine non seulement par des

[56] Voir notamment P.F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1911, p. 258ss; F. CHALLAYE, Histoire de la propriété, Paris 1967, p. 29ss; T. BÜHLER, Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs, RSJ 70, 1974, p. 289ss (ci-après: Zur Geschichte); M. WERDER, Eigentum und Verfassungswandel. Eine Untersuchung der anthropologischen Bedingtheit der Eigentumsordnung und ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung, thèse Berne, Dießenhofen 1978, p. 371ss; BINSWANGER, p. 27. Le caractère individualiste de la conception romaine est souligné par le fait que le droit romain classique ne connaissait qu'une seule forme de propriété collective: la co-propriété (sous la forme de *condominium pro diviso)*; l'idée de la propriété commune est étrangère au droit romain classique.

[57] GIRARD, p. 255; voir aussi BÜHLER, Zur Geschichte, p. 290. L'expression *«plena in re potestas»* est utilisée par opposition à celle de *«nuda proprietas»*, mais elle ne signifie pas que la maîtrise soit absolument illimitée (voir A. MEIER-HAYOZ, Vom Wesen des Eigentums [ci-après: Vom Wesen], in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger, Zurich 1969, p. 177).

[58] Voir J. BALON, Les fondements du régime foncier au moyen-âge, Louvain 1954, p. 15; P. OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, Histoire du droit privé, Les Biens, Paris 1961, p. 139.

éléments communautaires importants (le sol appartenait en principe à une collectivité, familiale ou villageoise), mais aussi par le fait que la maîtrise était conçue avant tout en termes d'utilisation du bien[59].

Sur cette base, il se développa par la suite deux formes différentes de domination du sol par plusieurs personnes. D'une part, la communauté, familiale ou villageoise, se voyait reconnaître des droits sur les biens-fonds, soit que ceux-ci aient fait l'objet d'une utilisation et d'une disposition commune, soit que les membres de la parenté ou les voisins se soient vu conférer un droit d'intervention lors de la disposition de biens faisant l'objet d'une utilisation exclusive[60]. D'autre part, les seigneurs avaient des droits sur les terres de leurs vassaux, soit à la suite des transferts de biens-fonds à un tiers protecteur qui rétrocédait immédiatement un droit d'utilisation héréditaire[61], soit parce qu'un grand propriétaire terrien accordait lui-même, contre le paiement d'un cens, un droit perpétuel et transmissible d'exploiter un fonds (système analogue au droit de superficie ou à l'emphytéose)[62].

Ce type de maîtrise collective, ou partiellement collective, du sol était très éloigné de la conception romaine, tout individualiste. C'est pourquoi, lors de la (première) réception du droit romain, qui débuta au XIe siècle, il fallut trouver une construction juridique compatible avec le système romain, mais qui permette de cerner les diverses formes de maîtrise multiple des biens. Plutôt que de reprendre l'idée du droit sur la chose d'autrui, on élabora la théorie de la propriété multiple et hiérarchisée sur un même bien, en distinguant le *dominium directum* (ou *superius* – Obereigentum) et le *dominium utile* (Untereigentum)[63].

Le régime féodal proprement dit, qui joua un rôle très important en France et en Allemagne, n'a pas eu une influence aussi considérable en Suisse, au moins dans la partie alémanique du

[59] Voir BÜHLER, Zur Geschichte, p. 292; BINSWANGER, p. 27; WERDER, p. 374; MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 176–177.

[60] Voir WERDER, p. 375; BALON, p. 28; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 138.

[61] Voir BÜHLER, Zur Geschichte, p. 293.

[62] Voir BINSWANGER, p. 27; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 86.

[63] Voir OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 58; BÜHLER, Zur Geschichte, p. 305 ss; BINSWANGER, p. 28; E. HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts (ci-après: System), T. III, Bâle 1889, p. 139; MEIER-HAYOZ, S. T., n. 200. Le *dominium utile* est plus qu'un simple droit d'utilisation (comme, par exemple, l'actuel usufruit ou l'actuel droit de superficie). Il couvre l'ensemble des utilisations possibles d'un fonds et il est cessible entre vifs et transmissible à cause de mort. Il y a donc véritablement dissociation des éléments de la propriété.

pays[64]. Mais, sous une forme ou sous une autre, la maîtrise multiple du sol garda son importance jusqu'à la fin du XVIIIe siècle[65]. C'est finalement le mouvement d'idées issu de la Révolution française et le rôle croissant de la bourgeoisie qui provoquèrent sa disparition progressive au profit d'un système de maîtrise privée et individuelle des biens, que ces derniers soient mobiliers ou immobiliers[66]. Cette évolution se concrétisa, dans les différentes codifications cantonales du droit civil, par le recours à la conception de la propriété qui était celle du droit romain. Ce dernier offrait en effet le modèle idéal d'un système de maîtrise individuelle des biens. Ce retour au système romain apparaît à l'évidence dans les codes civils des cantons romands, qui reprennent la définition romaine de la propriété donnée par le Code Napoléon: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements»[67]. Mais les autres codifications cantonales laissent apparaître la même tendance.

Plus fondamentalement, l'évolution vers un système consacrant la maîtrise privée et individuelle de tous les biens fut réalisée par l'introduction des garanties correspondantes dans les constitutions cantonales, principalement durant la Régénération[68]. Finalement, la propriété (ou les droits acquis des particuliers) fut garantie expressément dans toutes les constitutions cantonales, à l'exception de celle du Tessin[69].

Cette garantie de la propriété par les constitutions cantonales, le fait que la propriété privée n'était guère contestée en Suisse

[64] Pour plus de détails, voir P. LIVER, Zur Entstehung des freien bäuerlichen Grundeigentums, RDS 65, 1946, p. 329ss.

[65] Voir notamment W. E. RAPPARD, L'individu et l'Etat dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse, Zurich 1936, p. 22.

[66] Voir BINSWANGER, p. 28–29.

[67] Art. 544. Voir aussi HUBER, System, p. 138; BÜHLER, Zur Geschichte, p. 307ss. Le droit civil (fédéral) actuel contient encore un vestige des droits féodaux, la charge foncière. Afin d'éviter l'établissement de rapports quasi-féodaux, le législateur fédéral a toutefois exigé une certaine corrélation entre l'objet de la charge et les fonds concernés (art. 782 al. 3 CC) et il a autorisé le rachat de la charge par le débiteur après trente ans (art. 788 al. 1 ch. 2). Voir E. HUBER, Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, T. III (ci-après: Exposé des motifs), Berne 1902, p. 126 ainsi que ATF 93 II 71 = JdT 1968 I 244. L'institution des allmends à laquelle fait allusion l'art. 59 al. 3 CC est aussi une survivance des anciennes formes de propriété collective; voir BINSWANGER, p. 107.

[68] Voir WERDER, p. 55; J. F. AUBERT, Petite histoire constitutionnelle de la Suisse, Berne 1974, p. 20; SALADIN, p. 110ss.

[69] Voir MEIER-HAYOZ, S. T., n. 209a; SALADIN, p. 111–112.

vers le milieu du XIXe siècle et le fait que la préoccupation principale du constituant était alors d'organiser la structure de la Confédération, expliquent sans doute que ni la Constitution fédérale de 1848 ni celle de 1874 ne comportaient de dispositions garantissant la propriété[70]. On notera pourtant que l'art. 23 al. 2 de la Constitution de 1874, disposition encore en vigueur aujourd'hui, autorise la Confédération à «ordonner l'expropriation moyennant une juste indemnité», afin de réaliser des travaux publics qui intéressent la Suisse ou une partie considérable du pays. Sans garantir vraiment la propriété privée, cette règle fait néanmoins apparaître que le constituant fédéral entendait rester dans le système mis en place par les constitutions cantonales.

Même en l'absence de dispositions fédérales garantissant la propriété, le Tribunal fédéral a été amené à plusieurs reprises à se prononcer sur cette question. L'évolution de sa jurisprudence est bien connue[71]. De 1874 à la seconde guerre mondiale, le Tribunal fédéral s'en est tenu à une approche positiviste de la garantie de la propriété: la mesure de cette garantie était donnée par le texte des constitutions cantonales, ce qui impliquait notamment que la garantie pouvait varier d'un canton à l'autre. Par la suite, sous l'influence de la doctrine[72], le Tribunal fédéral abandonna l'approche positiviste, et cela en deux temps. D'abord, en 1948, il admit dans un arrêt *Société romande d'électricité et consorts contre Vaud, Grand Conseil* une notion unique de la garantie cantonale de la propriété: «Malgré certaines divergences de texte, les dispositions des constitutions cantonales qui garantissent l'inviolabilité de la propriété ont en substance le même sens et la même portée»[73]. Ensuite, dans un arrêt célèbre du 11 mai 1960 concernant la commune de Zurzach (arrêt *Keller),* le Tribunal fédéral reconnut que la Constitution fédérale elle-même garantissait implicitement la propriété: «Nach der heute herrschenden Lehre gehört die Eigentumsgarantie dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an ... Das Bundesgericht hat, wenn sich diese Frage stellte, im nämlichen Sinne entschieden (vgl. nicht veröffentlichte Urteile ...). Neben der bundesrechtlichen Gewährleistung des Eigentums haben die entsprechenden Ga-

[70] Voir FAVRE, p. 304, qui note en outre que le problème de la propriété était alors rattaché au droit (privé) cantonal. Voir aussi SALADIN, p. 111; WERDER, p. 55 ss.

[71] Voir SALADIN, p. 114 ss; WERDER, p. 58 ss; C. BONNARD, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de garantie de la propriété, RSJB 101, 1965, p. 121.

[72] Pour une analyse détaillée, voir WERDER, p. 62 ss.

[73] ATF 74 I 470.

rantien der Kantonsverfassungen keine selbständige Bedeutung ...»[74]. La garantie de la maîtrise privée devenait une norme prépositive[75].

L'introduction, en 1969, de l'art. 22ter dans la Constitution fédérale donna à la règle une portée de droit positif fédéral, mais le contenu de cette norme resta le même[76].

De ce survol historique extrêmement sommaire, je retiens, pour l'essentiel, que la conception de la maîtrise privée individuelle des biens (de *tous* les biens) qui est la nôtre aujourd'hui, n'a pas toujours prévalu dans notre pays. C'est à la suite du mouvement d'idées du XVIIIe siècle et à la faveur de la montée du libéralisme au XIXe siècle que les juristes ont élaboré le système actuel, principalement sur le modèle de la conception romaine de la propriété. Ce faisant, ils affirmèrent le principe de la liberté la plus absolue de l'individu dans la maîtrise des biens, en réservant toutefois les «usages prohibés» par la loi (voir par exemple pour le droit subjectif de propriété, la construction de l'art. 544 CCfr. cité plus haut et celle de l'art. 641 al. 1 CC). Il en résulte l'approche générale du problème, marquée par la dichotomie «liberté-restriction», que j'ai déjà signalée plus haut. Au départ, les restrictions n'étaient que peu nombreuses, mais, principalement au cours de ces dernières décennies, leur importance a augmenté très fortement[77]. Il n'est pas sans intérêt de noter, dans ce contexte, qu'il y a un certain parallélisme entre l'augmentation des restrictions et l'affirmation toujours plus nette du principe de la garantie de la propriété; le cas de l'introduction simultanée des art. 22ter et 22quater dans la Constitution fédérale est à cet égard particulièrement révélateur.

2. Aspect philosophique

Il est rare de trouver dans les textes officiels (notamment dans les Messages du Conseil fédéral ou dans les rapports explicatifs) et dans les ouvrages commentant le droit positif, des considérations et des références proprement «philosophiques». Cela ne signifie pas que le législateur et, surtout, les auteurs ne se soient pas

[74] ZBl 62, 1961, p. 72.
[75] Voir WERDER, p. 72 ss.
[76] Voir supra p. 134.
[77] Pour l'historique du développement de ces restrictions, voir SALADIN, p. 113 ss; MACHERET, Droit et politique de la propriété foncière en Suisse, p. 576 ss; voir aussi supra p. 138.

interrogés sur le fondement philosophique du système de propriété privée; mais on préfère une approche plus simple et plus concrète consistant à analyser les «fonctions» de la propriété privée[78]. Par exemple, E. HUBER commence ainsi sa présentation de la propriété dans l'Exposé des motifs de l'avant-projet de 1900:

«La législation a de tout temps considéré que la propriété individuelle devait être aussi bien reconnue que la personnalité humaine. Et, d'ailleurs, la notion de propriété s'impose dès que l'on songe à une société organisée. Le mien et le tien sont, au demeurant, comme les manifestations les plus immédiates du droit. En déterminant ce qui est susceptible d'appropriation privée, on a réglé l'une des fonctions les plus importantes de la vie sociale, car la personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir; effectivement, elle n'existe, au sens juridique du mot, que par la faculté qu'elle a de prendre sa part des biens de la collectivité. Il est impossible de concevoir le droit sans la propriété; elle en est, en quelque sorte, la conséquence logique.»[79]

Les principaux arguments invoqués en faveur de la maîtrise privée sont au nombre de trois. Au premier rang d'entre eux, vient l'idée que la maîtrise privée est l'un des moyens de l'épanouissement de la personnalité (a.); mais les auteurs soulignent que la maîtrise privée remplit également une fonction sociale importante, d'une part, en favorisant la productivité économique (b.) et, d'autre part, en contribuant à assurer une certaine paix sociale (c.)[80]. Il n'est guère possible, dans le cadre de cette étude, d'analyser quelle influence a joué dans l'élaboration de ces argu-

[78] Voir, par exemple, A. MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution et la garantie de la propriété (ci-après: MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution), Zurich 1978, p. 25 ss; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 301 ss; SALADIN, p. 391 ss.

[79] Exposé des motifs, p. 25.

[80] La justification de la propriété privée est en général basée sur les trois arguments rappelés ci-dessus. Mais divers autres arguments peuvent aussi être mentionnés, sans que leur apport soit d'ailleurs fondamentalement différent des trois arguments principaux. La propriété a ainsi une fonction de prévoyance, en ce qu'elle permet à l'individu de se prémunir matériellement pour le cas où il ne serait plus en mesure de couvrir ses besoins par son travail (voir MEIER-HAYOZ, Le projet de Constitution, p. 26 et 27). Cette fonction rassurante de la propriété est à l'évidence très importante, mais ce n'est finalement que l'un des motifs qui font de la propriété un stimulant de la productivité économique. Par ailleurs, ARISTOTE (La Politique, traduction J. TRICOT, Paris 1962, II, 5, n° 1263 b) fait remarquer que l'être humain éprouve une certaine satisfaction à être propriétaire. C'est là également une allusion au fondement psychologique de la propriété (voir infra p. 161 ss). Dans ce même ordre d'idées, ARISTOTE souligne que la propriété est la condition de la générosité et de l'hospitalité (La Politique, loc. cit.).

ments la pensée politique, économique ou religieuse[81]. J'indiquerai cependant très brièvement à quels courants de pensée se rattachent ces différents arguments.

[81] Il est incontestable, par exemple, que la doctrine chrétienne a joué un rôle important dans le développement de la pensée politique et juridique relative à la propriété. En l'absence de notion claire de la propriété dans les textes bibliques, les premiers Chrétiens appliquèrent un système de propriété communautaire. C'est toutefois SAINT THOMAS D'AQUIN qui développa la première conception chrétienne globale de la maîtrise des biens (voir Somme théologique, La Justice, traduction C. SPICQ, Paris/Tournai/Rome 1933, II, II, question 66, articles 1 et 2). Dieu, explique-t-il, a accordé à l'homme (comprendre, selon la majorité des auteurs qui commentent les textes de SAINT THOMAS: à la communauté humaine dans son ensemble) le droit d'utiliser les ressources terrestres pour subvenir à ses besoins. L'organisation concrète de cet «usage commun» des biens par l'ensemble des hommes dépend, non du droit naturel, mais des conventions humaines. En vue de la recherche d'une meilleure efficacité et d'une garantie meilleure de la paix sociale, il est admissible de permettre à chaque être humain de posséder des biens en propre (principalement parce que chacun gère mieux les biens qui lui appartiennent en particulier). Mais ce droit individuel n'est que le moyen d'obtenir les ressources nécessaires à la communauté dans son ensemble; il doit être complété par des mesures de répartition des ressources ainsi acquises entre tous les hommes. Le droit d'être propriétaire est ainsi en corrélation directe avec le devoir de faire profiter les autres des ressources acquises.
La conception de SAINT THOMAS fait en partie l'objet de controverses, notamment sur le point de savoir si, pour lui, la propriété privée individuelle est de droit naturel. Quoi qu'il en soit, la conception thomiste a exercé, et elle exerce encore, une profonde influence sur l'approche chrétienne du problème de la propriété. Les Eglises protestantes n'ont, en général, pas adopté de position tranchée sur l'organisation concrète de la maîtrise des biens, problème qui, selon elles, relève d'une approche purement humaine (voir WERDER, p. 39). Quant à la conception de l'Eglise catholique, elle a marqué une certaine évolution depuis la fin du XIXe siècle. Dans l'Encyclique *Rerum novarum* (1891) du Pape LÉON XIII, la propriété privée est présentée comme un droit naturel individuel et exclusif, qui découle directement de la nature de l'homme en ce qu'il sert sa liberté; cette conception, plus proche de la vision individualiste des philosophes du droit naturel que de la pensée, fondée sur une éthique sociale, de SAINT THOMAS, domina la doctrine pontificale jusque dans les années soixante. Les textes du Concile Vatican II et les écrits des Papes JEAN XXIII et PAUL VI (notamment l'Encyclique *Populorum progressio* [1967], n. 23–24) marquent un retour à une conception thomiste, en insistant sur l'«hypothèque sociale» qui grève la propriété privée. Cette position a été réaffirmée à plusieurs reprises par le Pape JEAN-PAUL II (voir notamment le Discours aux Membres de la Conférence latino-américaine du 28 janvier 1979, in: Jean-Paul II et les droits de l'homme, Fribourg 1980, p. 98–99). Pour plus de détails, voir notamment WERDER, p. 18ss avec de nombreuses références; SALADIN, p. 425ss; L. BAGI, La garantie constitutionnelle de la propriété. Doctrine et jurisprudence, thèse Lausanne 1956, p. 40ss; F. O. TROXLER, Die Lehre vom Eigentum bei Thomas von Aquin und Karl Marx. Eine Konfrontation, thèse Berne, Fribourg 1973; A. CASTELEIN, Droit naturel, Paris 1903, p. 259ss; J. LE-

a. La maîtrise privée comme condition de l'épanouissement de la personne

La première justification invoquée, celle à laquelle les auteurs donnent généralement le plus de poids[82], est que la propriété privée est au service direct de l'épanouissement de la personne, parce qu'elle est source de liberté. «En assurant au particulier un espace vital qui ne dépende d'aucune volonté étrangère, elle crée les conditions de la liberté, elle sert à garantir la liberté individuelle et permet à la personnalité de s'épanouir librement.»[83]

Cet argument correspond à un important courant de pensée philosophique qui aborde le problème de la propriété en relation directe avec celui de l'épanouissement personnel. Parmi les premiers représentants de cette tendance, figure JOHN LOCKE qui, partant de l'idée que l'homme a droit à son propre corps, en déduit le droit de chacun de s'approprier le produit de son travail. Dans une première phase, ce droit d'appropriation n'existe que pour les biens nécessaires pour vivre; mais, par suite de l'introduction, expressément ou tacitement admise par tous, de l'argent, le droit d'appropriation est devenu illimité[84]. Avec JOHN LOCKE commence une approche nouvelle de la propriété privée, faisant d'elle un droit subjectif déduit par la raison de la nature elle-même, donc un droit indépendant de tout système juridique positif[85]. La Révolution française consacra l'affirmation des droits subjectifs naturels, y compris celle du droit de propriété; la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789, fait de la propriété un droit «sacré et inviolable» (art. 17). Une vision semblable, rattachant directement la propriété à la

CLERCQ, Leçons de droit naturel, T. IV, Namur 1937, p. 137ss. Voir également, Propriété et participation à la gestion de l'entreprise selon la pensée des Souverains pontifs, Rome 1952.

[82] Voir notamment MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 176, ainsi que Le projet de constitution, p. 25; HUBER, Exposé des motifs, p. 25; GRISEL, p. 376; FAVRE, p. 305. Voir également WERDER, p. 277; BINSWANGER, p. 60ss.

[83] MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 26.

[84] Voir Du gouvernement civil, chap. IV: «... Chacun pourtant a un droit particulier sur sa personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir aucune prétention. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous pouvons le dire, sont biens propres. Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul» (cité d'après l'édition française de SERVIÈRE, Paris 1783). Voir aussi WERDER, p. 3ss; T. FLEINER-GERSTER, Allgemeine Staatslehre, Berlin/Heidelberg/New York 1980, p. 103.

[85] Voir WERDER, p. 3ss, qui relève notamment que ce courant philosophique influença la pensée juridique en Suisse par l'intermédiaire de EMMERICH DE VATTEL et de JEAN-JACQUES BOURLAMAQUI.

nature de la personne et à la liberté de cette dernière, se retrouve dans la doctrine sociale de l'Eglise catholique à la fin du XIXe siècle et dans la première moitié du XXe siècle[86].

Qu'elle s'appuie sur la déduction rationnelle ou/et qu'elle ancre la philosophie dans la théologie, la conception de la propriété comme droit subjectif naturel joua un rôle considérable durant le XIXe siècle et dans la première moitié du XXe siècle. Elle explique l'importance accordée en Suisse, dans le débat sur la propriété, à la relation existant entre le régime des biens et l'épanouissement de la personne par la liberté[87].

b. La maîtrise privée comme stimulant de la productivité économique

Ce deuxième argument se résume ainsi: c'est un fait d'expérience que l'être humain agit avec plus de soin et plus d'efficacité lorsqu'il peut acquérir des biens pour lui-même ou lorsqu'il gère son propre patrimoine. La volonté de travailler est stimulée par le fait de pouvoir librement disposer du produit de son travail. Le propriétaire veillera ensuite à faire une bonne utilisation de ses biens et à les protéger contre les atteintes venant de tiers. Par ailleurs, la maîtrise privée assure une décentralisation des processus de prise de décision en matière économique. Cela assure une stabilité et une souplesse qui sont en général favorables à une bonne productivité économique. Par ses fonctions de stimulation et de décentralisation, la maîtrise privée permet d'augmenter les ressources globales de la société[88]. En ce sens, elle est donc directement au service du bien commun. L'argument montre également la relation qui existe entre la propriété privée et le libéralisme économique.

La justification de la propriété privée par son effet positif sur la productivité économique remonte à ARISTOTE[89]. L'idée réapparaît chez SAINT THOMAS D'AQUIN qui constate également que chacun met plus de soin à s'occuper de ce qui lui appartient en propre que de ce qui appartient à tous[90]. Les philosophes utilita-

[86] Voir la note 81 ci-dessus.

[87] Voir notamment BAGI, p. 63ss.

[88] Voir MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 26; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 301; LECLERQ, p. 243; sur la formulation économique de ces arguments et sur les critiques qui leur sont adressées, voir KLEINEWEFERS, p. 338ss.

[89] Voir La Politique, II, 5.

[90] Voir Somme théologique, II, II, question 66, article 2. La raison de cet égoïsme humain réside pour SAINT THOMAS dans le péché originel. Voir aussi WERDER, p. 24ss; TROXLER, p. 36ss, 46ss et 62ss; cf. aussi la note 81 ci-dessus.

ristes anglais (notamment JEREMY BENTHAM, DAVID HUME et WILLIAM PALEY) partent également de l'idée que la stimulation économique individuelle résultant de la propriété privée entraîne nécessairement une augmentation du bien-être collectif[91]. Cet argument est aussi repris par l'école catholique du droit naturel[92].

c. La maîtrise privée comme moyen d'une certaine paix sociale

En marquant d'une façon très précise la sphère d'influence de chacun, en réglant ainsi le partage des biens, le régime de la propriété privée évite les disputes et garantit la paix sociale[93].

Déjà invoqué par ARISTOTE[94], cet argument est repris par SAINT THOMAS D'AQUIN[95]. Il prend un relief particulier dans le système philosophique de THOMAS HOBBES pour qui l'état de nature est celui d'une hostilité généralisée[96]; chaque individu ayant initialement un droit sur la totalité des biens, l'ordre social ne peut résulter, selon le philosophe anglais, que de l'abandon par le particulier de l'ensemble de ses droits en faveur d'une autorité étatique, abandon suivi d'une redistribution des droits de propriété par l'Etat à chaque individu[97].

3. Aspect anthropologique

Dans un ouvrage très riche[98] et dont je ne peux donner ici que les conclusions principales, M. M. WERDER a recherché si la maîtrise privée, telle qu'elle est conçue et justifiée actuellement, repose sur des constantes anthropologiques. En partant des arguments habituellement avancés pour fonder philosophiquement la propriété privée (autonomie personnelle, stimulation économique, fonction pacificatrice), M. WERDER en définit les prémisses an-

[91] Voir J. BENTHAM, Traité de législation civile et pénale, traduction E. DUMONT, Paris 1820, T. I, p. 177 ss; voir aussi WERDER, p. 13 ss; M. VILLEY, Philosophie du droit, Paris 1975, T. I, p. 163.

[92] Voir LECLERCQ, p. 129; CASTELEIN, p. 262.

[93] Pour une présentation plus détaillée de cet argument, voir KLEINEWEFERS, p. 341 ss; WERDER, p. 217 ss.

[94] Voir La Politique II, 5, n. 1263 a.

[95] Voir Somme théologique, II, II, question 66, article 2.

[96] Voir Leviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile, traduction F. TRICAUD, Paris 1971, en particulier les chapitres XIII et XIV.

[97] Voir WERDER, p. 180–181.

[98] Eigentum und Verfassungswandel, cité supra à la note 56.

thropologiques, savoir: la nature individualiste de l'être humain, l'instinct de possession et le désir d'avoir une sphère d'influence bien délimitée dans le domaine matériel[99]. La première conclusion de M. WERDER est que, assez curieusement pour un esprit qui est formé par la philosophie occidentale, on ne peut pas admettre, dans le domaine qui nous intéresse, l'idée de constantes anthropologiques indépendantes du milieu culturel dans lequel vit l'être humain. Même la conscience de sa propre identité n'est pas un trait commun à chaque être humain[100]. Le régime de maîtrise des biens ne peut donc être défini et examiné qu'en relation avec une culture déterminée.

Une analyse comparative des différentes cultures, étudiées dans leur forme la plus primitive et la plus spontanée, conduit M. WERDER à une deuxième conclusion: la nature individualiste de l'être humain, l'instinct de possession et la recherche de sphères d'influence déterminées ne sont pas des constantes anthropologiques. Au contraire, une certaine nature communautaire de l'être humain et une utilisation (au moins partiellement) collective des biens sont la dominante de la plupart des cultures[101].

M. WERDER établit ensuite qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre un type de culture déterminé et un système de maîtrise des biens donné; tout au plus admet-il que les sociétés qui sont constituées sur la base d'une forte compétition entre les groupes et les individus (sociétés compétitives) ont en général un système de maîtrise individuelle des biens[102].

M. WERDER refuse ainsi toute justification de la propriété privée fondée sur la nature de l'homme en général ou sur une nécessité culturelle. «Aus der Kulturoffenheit der Eigentumsordnung ergibt sich, daß die Frage nach der richtigen Eigentumsordnung oder den Grenzen des Verfassungswandels nicht aufgrund anthropologischer oder kultureller Gesetzmäßigkeiten beantwortet werden kann.»[103]

Il est évidemment difficile à un juriste d'apprécier scientifiquement des arguments qui touchent à l'ethnologie, à la psychologie

[99] Voir op. cit., p. 207–221.

[100] Voir op. cit., p. 133–143, notamment p. 141. M. WERDER cite l'exemple de certaines peuplades africaines dont les membres n'ont pas du tout conscience de leur existence en tant qu'individu. Parfois, la personne ne reçoit même pas un nom qui lui est propre, elle n'est qu'un rouage du groupe social et ne se rend même pas compte qu'elle existe, en tant qu'individu, indépendamment du groupe.

[101] Voir op. cit., p. 224–385, en particulier p. 383.

[102] Voir op. cit., p. 386ss et p. 462.

[103] Voir op. cit., p. 463.

sociale, à l'anthropologie culturelle, et même, à la linguistique. Néanmoins, ils me paraissent montrer que, pour justifier la maîtrise privée, on ne peut plus, aujourd'hui, se contenter d'affirmer purement et simplement le caractère universellement égoïste de l'être humain ou la structure inébranlable de la culture occidentale fondée sur l'individualisme humain.

Un des aspects les plus intéressants de l'étude de M. WERDER est sans doute l'exposé des relations étroites existant entre le régime de la maîtrise des biens, l'ordre économique et la personnalité des individus. En affirmant que la modification de l'un de ces trois éléments (notamment le régime juridique de la maîtrise des biens) influence également les autres éléments (notamment la personnalité fondamentale des individus)[104], M. WERDER admet par là même la mutabilité et la perfectibilité de notre culture et de notre société. Le régime de propriété n'a plus à s'adapter à une certaine culture et à une personnalité fondamentale des individus; au contraire, une action concertée sur la propriété peut modifier non seulement l'ordre économique (ce qui paraît aller de soi), mais le comportement fondamental de l'homme. Déterminer si cette conception, qui n'est pas sans rappeler l'approche marxiste[105], est un rêve ou une réalité est certainement l'une des questions les plus importantes et les plus difficiles à résoudre aujourd'hui.

Cela m'amène à une dernière remarque concernant le fondement anthropologique de la propriété privée. Dans plusieurs domaines touchant la connaissance des mécanismes fondamentaux de la propriété, de véritables informations scientifiques semblent encore faire défaut. Par exemple: peut-on expliquer le fait que les sociétés de type communautaire soient, ou aient été, dominantes en nombre; en particulier peut-on voir un lien entre l'importance quantitative des communautés ou le type d'économie (économie de survie ou économie de marché), et le régime de la propriété? N'y a-t-il qu'une seule «culture occidentale» ou peut-on y voir des branches différentes? Dans la seconde hypothèse, la personnalité de base des individus appartenant à ces cultures est-elle modifiée en ce qui concerne la relation avec la maîtrise des biens? Peut-on prévoir les réactions de la personnalité de base aux modifications de l'ordre économique et de la propriété? Peut-on quantifier le besoin de possession et définir le seuil à

[104] Voir op. cit., p. 413 ss.

[105] Voir K. MARX/F. ENGELS, Manifeste du parti communiste, traduction L. LAFARGUE/M. KIINTZ, Paris 1972, p. 227; voir aussi TROXLER, p. 128.

partir duquel les réflexes économiques liés à l'ordre libéral ne fonctionnent plus? Autant de questions auxquelles, à ma connaissance, l'état actuel de la science anthropologique ne permet pas de donner de réponses.

4. Aspect psychologique et psychanalytique

Le système de maîtrise des biens tel qu'il existe actuellement en Suisse repose, dans une large mesure, sur l'idée que la nature de l'être humain suscite en lui un désir de possession de caractère principalement égoïste. Cette idée est en général présentée comme le fruit des expériences de la vie quotidienne. Dans la mesure toutefois où l'analyse anthropologique révèle l'existence de nombreuses sociétés qui ne sont pas (ou pas exclusivement) construites sur la maîtrise privée des biens, il n'est pas sans intérêt de s'arrêter quelques instants au fondement psychologique et psychanalytique de ce désir de possession[106]. Parmi les motifs d'ordre psychologique avancés pour expliquer l'attrait de la possession pour l'être humain, il faut citer d'abord le besoin de développer sa personnalité; ce besoin se manifeste en premier lieu sur un plan tout à fait matériel (l'instinct de survie pousse à acquérir les moyens qui assureront cette survie), mais il prend par la suite également une dimension sociale (le désir de paraître pousse à l'acquisition de biens supplémentaires)[107]. Certains auteurs rattachent aussi la recherche de la possession à celle du bonheur, l'abondance de biens matériels étant considérée comme le moyen d'obtenir l'ensemble des satisfactions souhaitées[108]. Enfin, l'attrait de la possession est parfois lié au désir d'immortalité: «Si mon *moi* est constitué par ce que j'*ai,* alors, je suis immortel si les objets que j'ai sont indestructibles. Depuis l'Egypte ancienne jusqu'à nos jours – de l'immortalité physique, grâce à la momification du corps, jusqu'à l'immortalité mentale, grâce au testament – les gens sont restés vivants au-delà de leur temps de vie physique et mentale. Grâce à la puissance légale des ‹dernières volontés›, la disposition de nos biens est déterminée pour les futures générations; grâce aux lois régissant les successions, je –

[106] Les indications qui vont suivre sont tirées, pour l'essentiel, de WERDER, p. 255 ss, ainsi que de E. FROMM, Avoir ou être? Un choix dont dépend l'avenir de l'homme (ci-après: Avoir ou être?), Paris 1978.

[107] Voir notamment E. FROMM, Société aliénée et société saine (ci-après: Société aliénée), Paris 1971, p. 134–135.

[108] Voir FROMM, Société aliénée, p. 136; WERDER, p. 256.

dans la mesure où je détiens un capital – deviens immortel.»[109]

Pour le surplus, je mentionnerai deux analyses particulièrement intéressantes. La première est celle de SIGMUND FREUD, qui rattache le désir de possession au stade anal du développement de la personnalité de l'enfant. L'attitude de l'être humain à l'égard de la possession résulterait ainsi de l'éducation reçue en relation avec la seule chose sur laquelle le petit enfant peut exercer une maîtrise exclusive (ses fèces)[110]. Dans la conception freudienne, la phase anale – qui suit la phase orale et qui précède la phase génitale – n'est pas celle de la maturité, de telle sorte que l'individu dont la personnalité continue d'être dominée par le stade anal (l'individu de caractère anal, «dont presque toute l'énergie vitale est orientée vers l'avoir»[111]) est, pour FREUD, une personne dont la maturité n'est pas totale[112]. D'un autre point de vue, FREUD voit dans la propriété privée l'une des nécessaires manifestations sociales de l'instinct d'agressivité de l'être humain[113]. A ce titre, le désir de possession semble tout de même en relation avec l'une des tendances fondamentales de l'homme.

L'analyse de E. FROMM mérite d'être mentionnée ici, car elle semble avoir actuellement une influence importante. La position de E. FROMM, qui est un disciple de FREUD, se caractérise par le fait que l'instinct de possession (qui se rattache à ce que E. FROMM appelle le «mode avoir») n'est pas seulement analysé pour lui-même, mais est mis en relation avec une autre tendance de l'être humain, aussi fondamentale: le désir de partager, de donner (qui se rattache au «mode être»). «... les deux tendances sont présentes chez les êtres humains: l'une, *avoir* – posséder – qui, en dernière analyse, doit sa force au facteur biologique du désir de survie; l'autre, *être* – partager, donner, se sacrifier – qui doit sa force aux conditions spécifiques de l'existence humaine et au besoin inhérent de surmonter l'isolement en ne faisant qu'un avec les autres. De ces deux tendances contradictoires qui exis-

[109] FROMM, Avoir ou être?, p. 103.

[110] S. FREUD, Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse und neue Folge, Studienausgabe, Frankfurt am Main 1976, T. 1, p. 553 ss.

[111] FROMM, Avoir ou être?, p. 103.

[112] Selon E. FROMM, le concept de FREUD «du caractère anal, en tant que caractère qui n'a pas encore atteint sa maturité, est en fait une critique aiguë de la société bourgeoise du XIXe siècle, où les qualités du caractère anal constituaient la norme du comportement moral et étaient considérées comme l'expression de la ‹nature humaine›» (Avoir ou être?, p. 104).

[113] S. FREUD, Das Unbehagen in der Kultur, in: Gesamte Werke, T. XIV, Londres 1948, p. 472 ss (cité par WERDER, p. 260).

tent en tout être humain, il découle que la structure sociale, ses valeurs et ses normes décident de celle de ces deux tendances qui deviendra dominante. Les cultures qui favorisent la soif de possession, et donc le mode avoir d'existence, prennent leur racine dans un seul des deux potentiels humains; les cultures qui favorisent le mode être et le partage sont enracinées dans l'autre potentiel[114]». Dans la conception «culturaliste» de E. FROMM, l'explication du désir de possession ne réside donc pas, comme dans la théorie des instincts de FREUD, dans les tendances psychologiques profondes de l'homme, mais bien dans l'éducation que celui-ci reçoit et qui est déterminée par la culture et le milieu socio-économique[115].

§ 2. Quelques tendances de réforme – Le Projet de revision de la constitution

Le but de ce paragraphe n'étant que de faire apparaître, par contraste, certaines caractéristiques du régime actuel de maîtrise des biens, je me limiterai à présenter quelques-unes des propositions de modification de ce système qui ont été faites, sans chercher à les analyser en détail (A.). Je m'arrêterai pourtant plus longuement au Projet de Constitution de 1977, qui est sans doute la proposition de réforme la plus élaborée juridiquement et qui éclaire d'une manière particulièrement intéressante le régime actuel (B.).

Seules des propositions de modification qui affecteraient d'une manière importante le système actuel sont présentées ici, à l'exclusion des très nombreuses suggestions d'améliorations ponctuelles du régime en vigueur[1]. Certaines propositions de réforme remettent en cause le régime même de la maîtrise privée individuelle des biens et souhaitent une maîtrise dans une large mesure collective. D'autres, au contraire, veulent se situer dans le pro-

[114] FROMM, Avoir ou être?, p. 127.

[115] Voir M. NIEL, Présentation de la psychanalyse humaniste d'Erich Fromm, in: FROMM, Société aliénée, p. 7ss.

[1] En ce qui concerne le droit foncier, on trouve dans KALLENBERGER, p. 202–353, la description de plusieurs projets visant à améliorer l'aménagement du territoire, à assurer une imposition plus équitable du sol ou un développement plus harmonieux de l'agriculture. Voir aussi BINSWANGER, p. 71–86, ainsi que MACHERET, Droit et politique de la propriété, p. 579ss, qui donne une première analyse des réactions écrites au Projet de Constitution de 1977.

longement du système actuel. Il convient pourtant de ne pas accorder trop d'importance à la terminologie utilisée, car, en définitive, la limite n'est pas nette entre un système qui est encore un régime de maîtrise privée individuelle des biens et un système qui ne l'est plus.

A. Les tendances de réforme en général

Pour l'essentiel, on peut déceler deux grands courants de réforme: l'un souhaite un régime de maîtrise des biens plus libéral que le régime actuel; l'autre souhaite un régime moins libéral.

1. La tendance *néo-libérale* est avant tout représentée chez les économistes[2], fait qui en lui-même est très intéressant. Elle consiste à souhaiter que, partout où cela est possible, les biens restent (ou redeviennent) en maîtrise totalement privée, quitte à établir quelques limitations à celle-ci par le biais de restrictions de droit privé ou de responsabilités civiles particulières. Certains partisans de cette théorie voudraient que l'on rattache la propriété dans une plus large mesure au travail individuel (idée de la contre-prestation), ce qui impliquerait une limitation du droit de succéder à cause de mort.

2. Les partisans d'une conception *moins libérale* de la maîtrise privée des biens ont tous en commun de souhaiter une intervention et/ou une réglementation étatiques plus étendues dans ce domaine; pour le surplus, les opinions exprimées peuvent être classées dans les trois tendances suivantes:

a) Le *Projet de Constitution* de 1977 maintient dans ses grandes lignes le système actuel de maîtrise privée, tout en cherchant à guider l'évolution de ce système par l'intermédiaire d'une politique de la propriété. Je présenterai cette conception de façon plus détaillée dans la seconde partie de ce paragraphe, mais il faut d'ores et déjà signaler que, si le projet assigne à la politique de la propriété certains objectifs définis très souplement, les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs ne sont pas précisés; ce serait au législateur de trouver les voies juridiques adéquates.

b) Une deuxième tendance est favorable à une maîtrise privée des biens donnant plus d'importance à des *groupes autonomes de*

[2] Voir à ce sujet KLEINEWEFERS, p. 360; voir aussi U. GÄRTNER/P. LUDER, Ziele und Wege einer Demokratisierung der Wirtschaft, thèse St-Gall, Dießenhofen 1979, p. 146 ss.

personnes[3]. Pour l'essentiel, la maîtrise privée devrait porter sur des biens d'utilisation personnelle, non sans que certaines limites soient imposées, notamment en relation avec le droit des successions. Les autres biens, en particulier le sol, devraient faire l'objet d'une maîtrise collective. Cette dernière ne devrait toutefois pas être le fait de l'Etat, qui se contenterait d'une planification générale en laissant la maîtrise effective à des groupes autonomes de personnes; l'un des éléments essentiels devient alors le mode de prise de décision à l'intérieur du groupe. C'est dans ce contexte qu'il faut situer les tendances visant à introduire la participation dans la gestion des entreprises et certaines formes de maîtrise collective du sol.

On peut rattacher à ce type de réforme, par exemple, le projet de la *Société suisse pour un nouveau droit foncier* (SSNDF)[4]. La conception générale de la maîtrise des biens à laquelle se rattache ce projet est exposée dans la thèse de l'un des fondateurs de cette société, M. W. KALLENBERGER[5]. Il s'agit d'une conception «fonctionnelle et démocratique» de la propriété, qui repose sur l'idée que les ressources doivent être divisées en deux catégories: les biens sociaux (faisant l'objet d'une «propriété sociale») et les biens privés (faisant l'objet d'une propriété individuelle). Les biens sociaux sont ceux qui ont une importance particulière pour la société; ils comprennent les moyens de production importants et les biens qui affectent l'environnement (Umweltgüter), les systèmes de communication et de transport, ainsi que le sol dans la mesure où il a une importance particulière pour la société. Les biens de consommation et le reste du sol sont laissés à la propriété privée. Les biens sociaux font l'objet d'une gestion collective, qui repose sur des décisions prises démocratiquement.

Appliquée au droit foncier, cette conception conduit à remplacer la propriété privée foncière par des institutions de droit foncier nouvelles, fonctionnelles, sociales et démocratiques[6]. Le système proposé est fondé sur une régale foncière qui confère à la collectivité la maîtrise générale du sol. L'attribution de l'usage de parties du sol aux particuliers ou à des utilisateurs publics est décidée, dans chaque commune, par un conseil foncier (kommunaler Bodenrat), conformément aux directives générales d'aménagement définies par le droit fédéral. La concession du sol est limitée dans le temps, personnelle et en principe intransmissible; elle est accordée moyennant paiement d'une taxe annuelle, dont le montant est

[3] Voir sur ce point KLEINEWEFERS, p. 361.
[4] Voir Schweizerische Gesellschaft für ein neues Bodenrecht, éd., Modellvorstellungen zur Bodenrechtsreform, Berne 1978.
[5] Op. cit., p. 354ss.
[6] Voir KALLENBERGER, p. 359.

fixé de façon à éviter que l'utilisateur ne puisse tirer un profit du seul fait de l'utilisation du sol (savoir: indépendamment de son travail[7]). La maîtrise sur les constructions fait l'objet d'une réglementation séparée. Enfin, la concession foncière, en tant que droit acquis (wohlerworbenes Recht), bénéficierait de la garantie constitutionnelle de la propriété[8].

Dans le domaine de la maîtrise des moyens de production, on peut citer comme exemple de maîtrise de groupe, la «*société de collaborateurs*» (Mitarbeitergesellschaft) proposée par M. le Prof. OTA SIK et un groupe de chercheurs dirigé par lui[9]. L'idée directrice est la recherche d'une «troisième voie» dans le domaine de la maîtrise des moyens de production. Cette voie, qui n'est ni la maîtrise privée du système libéral ni la suppression de la maîtrise privée au profit d'une maîtrise étatique telle qu'elle est préconisée par les théories marxistes, vise à assurer une gestion économiquement efficace, mais plus humaine, des entreprises[10].

La voie proposée est une «propriété complexe et participative» des moyens de production. Cette «propriété» est «participative» parce qu'elle introduit une démocratisation dans l'entreprise, en matière de prise de décisions comme en ce qui concerne le partage des biens. Mais une telle démocratisation n'est possible que si l'entreprise bénéficie d'une organisation appropriée, qui exige la constitution de secteurs d'exploitation relativement autonomes; c'est pourquoi la propriété est aussi «complexe»[11]. Le modèle proposé n'entend pas négliger pour autant l'efficacité économique de l'entreprise: «Der qualitative Fortschritt der gesuchten Eigentumsordnung im Vergleich zu heutigen Verhältnissen kann somit auf gegebener Stufe gesellschaftlicher Arbeitsteilung nicht darin liegen, die Maximierung der Gewinnrate als allgemeiner mikro-ökonomischer Zielfunktion abzuschaffen, vielmehr geht es darum, die Eigentumsordnung so zu verändern bzw. weiterzuentwickeln, daß unter Beibehaltung der allgemeinen Maximierungsregel mittels einer geeigneten Interessenlenkung eine konsequentere Organisierung und damit verbunden vor allem eine Demokratisierung möglich wird.»[12]

[7] Il s'agit donc d'abolir les rentes foncières (Grundrenten), c'est-à-dire les revenus provenant de la seule utilisation du sol (autrement dit encore le prix que l'on peut faire payer à celui qui veut utiliser le sol). La rente foncière est un revenu acquis sans travail, analogue au produit du capital. Voir KALLENBERGER, p. 282 ss et 355.

[8] Voir KALLENBERGER, p. 366.

[9] Sur les fondements du système proposé, voir O. SIK, La troisième voie, La théorie marxiste-léniniste et la société industrielle moderne, Paris 1974; Pour une troisième voie, Paris 1978; Humane Wirtschaftsdemokratie. Ein dritter Weg, Hambourg 1979. Le système de maîtrise de groupe des moyens de production est présenté dans Humane Wirtschaftsdemokratie, p. 396 ss, mais on consultera aussi l'étude très détaillée de U. GÄRTNER et P. LUDER.

[10] Voir SIK, Humane Wirtschaftsdemokratie, p. 441 ss; GÄRTNER/LUDER, p. 24 ss et 189.

[11] GÄRTNER/LUDER, p. 132 ss et 180.

[12] GÄRTNER/LUDER, p. 180.

La pierre angulaire du système est la neutralisation de l'entreprise et de son capital, c'est-à-dire la suppression de tout lien entre l'entreprise et une ou plusieurs personnes déterminées[13]. L'entreprise existe en quelque sorte pour elle-même. «Das Kapital gehört dann sozusagen sich selbst. Als Quasi-Eigentümer kann nur die Gesamtheit der Arbeitspersonen, die Belegschaft, angesprochen werden, sie wird Träger der Aneignungsrechte. Individuelle ‹Aneignungsrechte› bzw. Einkommensrechte bestehen prinzipiell *nur aufgrund von Mitarbeit* und werden in der Form der Gewinnbeteiligung realisiert. Durch die Neutralisierung des Produktionsmitteleigentums werden gleichzeitig Demokratisierungspotentiale geschaffen, indem die Entscheidungsordnung von den personenbezogenen Restriktionen der kapitalistischen Eigentumsordnung befreit wird.»[14] Juridiquement, la neutralisation du capital peut s'opérer par la constitution d'une fondation ou, *de lege ferenda,* par une institution analogue à une fondation[15]. Pour le surplus, chaque membre du personnel se voit reconnaître un droit de participation aussi bien à la prise de décisions (participation «immatérielle») qu'aux gains éventuels réalisés par l'entreprise (participation «matérielle»)[16]. Ces deux formes de participation créent la motivation nécessaire à la bonne marche de l'entreprise.

La fondation de la «société de collaborateurs» (et par conséquent la formation du capital neutralisé) résulterait soit d'une transformation légale des entreprises privées dès qu'elles atteignent une certaine importance (par le personnel, par exemple plus de cinq personnes, ou par le chiffre d'affaires), soit de la fondation directe d'une nouvelle société par plusieurs anciennes «sociétés de collaborateurs». Dans le premier cas, le (ou les) fondateur(s) de l'entreprise neutralisée recevrai(en)t une rente viagère (donc intransmissible) correspondant à la part de capital initialement investi. Dans le second cas, l'apport financier fait par les «sociétés de collaborateurs» donnerait droit à une part des revenus de la nouvelle société, mais en aucun cas à un droit de disposition sur celle-ci[17].

c) D'autres propositions de réforme souhaitent une modification encore plus fondamentale du système. L'intervention étatique devrait se faire, selon cette tendance, non seulement par le moyen de la réglementation ou d'une maîtrise partielle de certains biens, mais par l'exercice d'une *maîtrise totale de l'Etat sur certaines catégories de biens,* en particulier les moyens de production[18]. La gestion de ces biens par l'Etat devrait se faire en de-

[13] «Unter Neutralisierung des Kapitaleigentums verstehen wir den Aufbau einer Eigentumsform, bei der das Eigentum am Kapital eines Unternehmens nicht mehr an einzelne Personen gebunden und auch nicht mehr zwischen einzelnen Personen aufteilbar ist. Träger des Eigentums ist das jeweilige Produktionskollektiv einer bestehenden oder neu gegründeten Firma.» (SIK, Humane Wirtschaftsdemokratie, p. 404)

[14] GÄRTNER/LUDER, p. 187.

[15] GÄRTNER/LUDER, p. 494.

[16] On trouvera dans GÄRTNER/LUDER, p. 275 ss, une présentation des diverses formes de participation (matérielle et/ou immatérielle) qui existent actuellement ou qui sont projetées.

[17] Pour plus de détails sur la fondation d'une société de collaborateurs, voir GÄRTNER/LUDER, p. 505 ss.

[18] Voir à ce sujet MACHERET, Droit et politique de la propriété, p. 584.

hors de toute économie de marché par l'intermédiaire d'une planification appropriée[19].

B. Le système du Projet de revision de la Constitution fédérale et ses fondements

1. Le système du Projet

a. Les principes – La politique de la propriété

Le Projet de Constitution de la Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale a été rendu public en 1977. Le régime de la maîtrise des biens y est réglé, pour l'essentiel, aux art. 17 (ou 29bis), 23 al. 1 et 2 ainsi que 30[20].

[19] Voir à ce sujet KLEINEWEFERS, p. 362.

[20] Voir Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale, Projet de Constitution, Berne 1977. Ces articles ont la teneur suivante:
Chapitre 3: Droits fondamentaux
Art. 17 Garantie de la propriété
[1] La propriété est garantie dans les limites de la législation.
[2] La législation contient notamment les règles qui sont nécessaires pour atteindre les buts de la politique de la propriété.
[3] Dans les cas d'expropriation ou de restrictions à la propriété analogues à une expropriation, une indemnité est due.
Art. 23 Limite des droits fondamentaux
[1] Les droits fondamentaux ne peuvent être limités que lorsqu'un intérêt public prépondérant le justifie. Ils ne doivent pas être atteints dans leur essence.
[2] Les limitations des droits fondamentaux exigent une base légale; les plus graves doivent être prévues expressément par la loi. Sont réservés les cas de danger sérieux, manifeste et imminent.
Chapitre 4: Régime social, politique de la propriété, politique économique
Art. 29bis Garantie de la propriété (Variante: remplace l'art. 17)
[1] La propriété est garantie dans les limites de l'ordre juridique.
[2] La législation contient notamment les règles qui sont nécessaires pour atteindre les buts de la politique de la propriété.
[3] Dans les cas d'expropriation ou de restrictions à la propriété analogues à une expropriation, une indemnité est due.
Art. 30 Politique de la propriété
Par sa politique de la propriété, l'Etat doit notamment:
a. protéger l'environnement contre des sollicitations excessives ou préjudiciables à l'intérêt général;
b. promouvoir un usage ménager du sol, une occupation judicieuse du territoire ainsi qu'une image harmonieuse du paysage et des lieux habités;
c. sauvegarder les particularités naturelles ou culturelles du pays;
d. prévenir une concentration excessive de la richesse ou de la propriété immobilière;

Remarquons d'abord que le texte du Projet marque un changement (ne serait-ce que formel) par rapport au droit en vigueur. On peut s'en étonner du fait que le texte constitutionnel actuel – et par conséquent la dernière manifestation d'une volonté populaire sur la question – ne date que de 1969[21]. La Commission Wahlen, chargée en 1967 par le Conseil fédéral d'étudier les lignes directrices d'une revision de la Constitution, avait proposé dans son rapport final de 1973 de ne pas modifier le texte de 1969; elle estimait cependant qu'une revision ultérieure devrait mieux tenir compte de l'évolution de la notion de propriété[22]. La Commission d'experts de 1977 a estimé, quant à elle, que si «l'on veut que la majorité du peuple reste fidèle, au cours des décennies à venir, aux grandes lignes de notre régime actuel de la propriété, il importe de saisir l'occasion d'une revision totale de la constitution pour chercher à y apporter une amélioration»[23].

Cette explication est doublement intéressante. Elle met d'abord en lumière la volonté des experts de maintenir le système actuel dans ses «grandes lignes», tout en l'améliorant. Elle indique ensuite que, même si l'art. 22ter ne datait que de huit ans à l'époque du rapport, les experts estimaient déjà qu'il existait un certain «malaise» à l'égard du régime actuel, malaise qui ne manquerait pas de se transformer en désaccord au cours des décennies à venir, faute d'une amélioration du système. L'idée directrice semble donc avoir été de «sauver» la propriété privée, en complétant la réglementation actuelle[24].

D'un point de vue très général, l'innovation essentielle du Projet est l'introduction dans la Constitution, à côté de l'article con-

e. lutter contre les recherches de profit qui sont économiquement ou socialement nuisibles;
f. pourvoir à une juste redistribution de la plus-value foncière;
g. protéger et promouvoir la propriété qui sert un intérêt commun et celle qui fait directement l'objet d'un usage personnel;
h. encourager la formation, par les personnes physiques, de patrimoines de dimensions modestes.
Voir aussi les articles 2 al. 4, 24, 26 al. 1 lit. d–e, 29, 31, 32, 34 et 35 du Projet.

[21] Voir H. HUBER, Eigentumsgarantie und Eigentumspolitik, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979, p. 134.

[22] Voir Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Rapport final, Berne 1973, p. 176–177.

[23] Rapport de la Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne 1977 (ci-après: Rapport), p. 42.

[24] Voir BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 169 ch. 4.

sacré à la *garantie de la propriété* (art. 17 ou 29bis), d'une disposition fixant les lignes générales d'une «*politique de la propriété*» (art. 30). «Les deux dispositions sont ajustées l'une à l'autre et ne se comprennent qu'ensemble. Les 1er et 2e alinéas de l'article 17 [ou de l'art. 29bis] expriment cette interdépendance. La propriété est garantie dans les limites de la législation, et celle-ci doit être aménagée de manière que les buts de la politique de la propriété définis à l'article 30 puissent être atteints.»[25] Sans bouleverser le système actuel (puisque le régime de maîtrise prévu par le Projet resterait en principe un régime de maîtrise privée fondé sur un réseau de droits subjectifs privés influencés, dans la mesure où le permet la garantie constitutionnelle, par des normes de droit public), le Projet de 1977 se préoccupe pourtant de guider plus que par le passé l'évolution de la maîtrise privée. L'Etat recevrait la mission générale, formulée par le constituant, d'organiser la maîtrise des biens.

Le Projet comporte deux variantes. Dans la première (art. 17), la garantie de la propriété prend place dans le Chapitre 3 consacré aux droits fondamentaux. La systématique du Projet accrédite alors l'idée que le droit de propriété est un droit fondamental, comme par exemple la liberté de conscience, la liberté de réunion ou celle d'établissement. Dans la seconde variante (art. 29bis), la garantie de la propriété figurerait dans le Chapitre 4 régissant le régime social, la politique de la propriété et la politique économique.

b. Les modifications apportées à la garantie de la propriété

L'analyse du Projet n'est pas aisée sur ce point, car les commentaires contenus dans le rapport explicatif ne correspondent pas toujours au texte proposé[26]. Le rapport paraît, d'une façon générale, plus proche du système actuel que ne l'est le texte du Projet. S'agissant de présenter les grandes lignes du Projet, je me limiterai à signaler les difficultés d'interprétation, en retenant pour le surplus la conception qui ressort du rapport explicatif.

[25] Rapport, p. 42.

[26] Voir à ce sujet MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 5, ainsi que Auf dem Weg zur staatlich verwalteten Güterordnung? Zu Publikationen über die Eigentumsordnung im Verfassungsentwurf, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979 (ci-après: Auf dem Weg), p. 142.

Selon ce rapport, la Commission n'a pas voulu modifier la structure de la garantie de la propriété qui, comme aujourd'hui, viserait aussi bien l'institution de la maîtrise privée que les droits individuels patrimoniaux.

aa. La garantie de l'institution

La garantie est d'abord, pour la Commission d'experts, «la garantie d'une ‹institution›. Cela signifie que le législateur ne doit pas vider de son sens cette institution du droit privé en tant que le permettent les buts de la politique de la propriété définis à l'article 30»[27]. A vrai dire, la garantie de l'institution, affirmée dans le rapport de la Commission, n'apparaît que dans l'une des variantes proposées dans le Projet, et encore sa réalité est-elle dans ce cas contestée par certains.

Si l'on choisit de garantir la propriété par *l'art. 17,* la garantie de l'institution résulterait du texte même de la Constitution (ce qui n'est pas le cas aujourd'hui); en effet, l'art. 23 al. 1 2e phrase du Projet qui prévoit que les droits fondamentaux «ne doivent pas être atteints dans leur essence», s'appliquerait à la propriété[28]. On s'est demandé, non sans raisons, si le texte de l'art. 17, en précisant que la propriété est garantie «dans les limites de la législation», ne signifiait pas en réalité que les art. 23 et 24 ne s'appliquaient pas à ce droit. En effet, le droit de propriété est le seul droit fondamental dont l'énoncé, dans la règle établissant le principe de sa garantie, est complété par une référence à la législation; or cette référence apparaît comme super-

[27] Rapport, p. 43.

[28] En principe, la garantie de l'essence du droit (Wesensgehaltsgarantie) correspond à la garantie de l'institution (Institutsgarantie). Cette équivalence est cependant contestée, à la suite d'une partie de la doctrine allemande, par certains auteurs (voir SALADIN, p. 366; WEBER, p. 166; A. MEIER-HAYOZ, Zur Eigentumsordnung, RDS 97 I, 1978, p. 321), sans que la portée de cette différence soit ressentie de la même façon. Pour M. SALADIN et pour M. WEBER, la garantie du contenu essentiel du droit est plus large que celle de l'institution, ce qui semble indiquer que le texte de l'art. 23 du Projet garantit en tout cas l'institution de la propriété. Quant à M. MEIER-HAYOZ, il estime que la garantie de l'essence du droit perdrait de sa force si la garantie de l'institution n'était pas admise implicitement ou explicitement par le constituant. M. WEBER (op. cit., p. 166, note 25 in fine) souligne cependant, à mon sens avec raison, que la distinction entre les deux formes de garantie ne devrait pas avoir de grandes conséquences pratiques: «Weil hinsichtlich der Eigentumsgewährleistung der Wesensgehalt nur schwer abstrakt bestimmbar ist, werden die Grenzen gesetzgeberischer Maßnahmen am gleichen Maßstab zu messen sein wie die Konkretisierung der Institutsgarantie.»

flue si les art. 23 et 24 s'appliquent à la propriété[29]. Il faut admettre que la précision «dans les limites de la législation» de l'art. 17 fait naître une ambiguïté. Je m'en tiendrai pour mon compte à l'interprétation donnée par le rapport de la Commission, qui admet que les art. 23 et 24 s'appliquent également au droit de propriété.

Si, au contraire, on retient, pour garantir la propriété, *l'art. 29bis*, qui lui se trouve dans le Chapitre 4 traitant du régime social, de la politique de la propriété et de la politique économique, la règle de l'art. 23 al. 1 2e phrase ne s'appliquerait plus au droit de propriété. Il ressort pourtant du rapport que, même dans cette seconde hypothèse, la Commission n'entend pas mettre en doute le caractère de droit fondamental de la garantie de la propriété[30].

Cela étant, l'efficacité de la garantie de l'institution dépend, dans le système du Projet comme en droit actuel, de la définition que l'on donne du «contenu essentiel» du droit protégé. La détermination de la notion de propriété prend alors une importance décisive[31].

[29] Voir P. ROSENSTOCK, Bemerkungen zur Eigentumsgarantie im Entwurf für eine neue Verfassung, ZBl 81, 1980, p. 238; voir aussi MEIER-HAYOZ, Auf dem Weg, p. 144 ss, ainsi que les explications de L. WILDHABER, Eigentumsordnung im Kreuzfeuer, Zur Kritik von Prof. Meier-Hayoz am Verfassungsentwurf, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979, p. 157 ss et de J. VOYAME, Les dispositions sur la propriété dans le projet de Constitution fédérale, RNRF 60, 1979, p. 68.

[30] Voir Rapport, p. 42–43. Ces assurances données dans le rapport n'ont cependant pas convaincu M. A. MEIER-HAYOZ (voir Le projet de constitution, p. 10). Il est vrai que M. M. WERDER dont l'étude a influencé les travaux de la Commission s'est prononcé contre la garantie de l'institution (voir WERDER, p. 463 et infra p. 178), mais cela n'est pas décisif. Quoi qu'il en soit, tout doute devrait être écarté par une garantie explicite de l'institution quelle que soit la variante retenue.

[31] Voir infra p. 211 ss. Pour M. MEIER-HAYOZ (Le projet de constitution, p. 7–9), l'art. 17 al. 1 impliquerait déjà une modification de la notion de propriété, car il abolit la présomption de libre disposition du propriétaire. Cela ne me paraît pas certain. L'art. 17 al. 1 s'applique à une notion de propriété définie indépendamment de lui. Tel qu'il est rédigé, il peut se rapporter aussi bien à une définition classique de la propriété (droit de maîtrise en principe illimité, mais limité par des restrictions externes) qu'à une notion de propriété intégrant les restrictions. Mais il est vrai, et j'aurai l'occasion d'y revenir, que la garantie n'existe réellement que si elle porte sur un droit défini abstraitement; à cet égard certains passages du rapport de la Commission semblent marquer un changement par rapport à la conception actuellement dominante (voir p. 43 in fine et 44). Voir aussi infra p. 224 ss.

bb. La garantie des droits individuels patrimoniaux

Comme la Constitution actuelle, le Projet distingue la garantie du droit patrimonial en tant que tel et la garantie subsidiaire de la valeur de ce droit.

1. En ce qui concerne la *garantie du droit en tant que tel,* le principe reste, pour la Commission, que «toute mesure qui restreint le droit de propriété doit reposer sur une base légale, être commandée par l'intérêt public et répondre au principe de la proportionnalité»[32]. Comme pour la garantie de l'institution, le texte constitutionnel proposé correspond plus ou moins à cette interprétation selon que l'on retient la variante de l'art. 17 ou celle de l'art. 29bis. Le principe de proportionnalité, prévu à l'art. 5 du Projet, s'applique à l'évidence dans les deux cas. En revanche, une référence à la base légale (éventuellement expresse) et à un intérêt public prépondérant n'existe que si l'on choisit la variante de l'art. 17, car alors (selon l'interprétation retenue ci-dessus au point aa.) l'art. 23 al. 1 et 2 vise également le droit de propriété. Pour le cas où le choix se porterait sur l'art. 29bis, le texte de la Constitution serait moins clair. L'art. 29bis fait allusion à une base légale[33], mais non à un intérêt public prépondérant. Il importerait, le cas échéant, de lever toute ambiguïté sur ce point.

L'art. 17 (ou l'art. 29bis) garantit la propriété «dans les limites de la législation» (ou «dans les limites de l'ordre juridique»). A supposer qu'elle doive être interprétée conformément au rapport de la Commission (c'est-à-dire que le législateur ne peut intervenir en matière de propriété que s'il existe un intérêt public prépondérant et à la condition de respecter l'institution, car l'art. 23 du Projet s'applique), cette disposition ne modifie pas vraiment le système actuel[34]. Ce qui est nouveau, en revanche, et c'est même là, à mon sens, l'une des nouveautés capitales du Projet, c'est que par l'intermédiaire du renvoi de l'art. 17 al. 2 (ou de l'art. 29bis al. 2), à l'art. 30, la Constitution concrétiserait elle-même (au moins partiellement) la notion d'intérêt public. Contrairement à l'art. 22ter actuel, qui se contente d'une référence générale à l'intérêt public, l'art. 30 du Projet précise ce qui est d'intérêt public et charge en même temps l'Etat d'intervenir dans

[32] Rapport, p. 43.

[33] Voir Meier-Hayoz, Le projet de constitution, p. 11, et zur Eigentumsordnung, p. 322.

[34] Il en est ainsi pour autant que l'on conserve la notion de propriété classique qui est reçue actuellement par la doctrine dominante; voir infra p. 211 ss.

les domaines en question[35]. Abstraction faite de la dynamique qu'il crée, cet art. 30 aurait ainsi une influence sur le mécanisme de la garantie. Certes, au plan fédéral, cette concrétisation de l'intérêt public n'influencerait pas vraiment ce mécanisme (sous réserve de l'introduction d'une juridiction constitutionnelle), car la possibilité du référendum existerait toujours; en revanche, la mise en œuvre de la garantie contre des dispositions législatives cantonales serait affectée par le nouvel art. 30, car le Tribunal fédéral, lors du contrôle de l'existence de l'intérêt public, devrait tenir compte de l'énumération de l'art. 30.

2. Quant à la *garantie subsidiaire de la valeur* du droit patrimonial, elle est prévue comme aujourd'hui «en cas d'expropriation ou de restrictions à la propriété analogues à une expropriation» (art. 17 al. 3 et 29bis al. 3). Pourtant, le Projet va moins loin sur ce point que l'art. 22ter actuel, car il ne parle plus de «juste indemnité» (ou de «volle Entschädigung»), mais simplement d'«indemnité». La Constitution ne préciserait donc plus l'ampleur de l'indemnité à verser en cas d'expropriation ou de restrictions analogues. Il est assez difficile de cerner l'intention des auteurs du Projet à cet égard. L'objectif semble avoir été d'abord d'éviter les difficultés liées à l'alternative «indemnité pleine et entière – absence d'indemnité» en cas d'expropriation matérielle (ce qui entraîne une définition restrictive de cette dernière notion)[36]. Finalement, il semble que les auteurs du Projet aient estimé qu'un système souple (permettant une indemnisation partielle) s'imposait aussi bien pour l'expropriation formelle que pour les restrictions analogues à une expropriation[37].

2. Les fondements

Les fondements idéologiques et philosophiques du Projet ressortent d'abord, quoique discrètement, du rapport de la Commission

[35] Voir infra p. 206 ss.

[36] Cf. cependant ROSENSTOCK, p. 242.

[37] Rapport, p. 45–46. Dans Eigentum und Eigentumspolitik (p. 169), M. BINSWANGER indique que, à son avis, le montant de l'indemnité devrait dépendre de l'intérêt de l'exproprié comme de celui de la collectivité et que, par ailleurs, on pourrait tenir compte de la qualité de l'exproprié (les personnes physiques étant mieux placées que les personnes morales). Telle est aussi l'analyse de M. WERDER (p. 441 ss). Voir MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 13–14, ainsi que H. C. BINSWANGER, Garantie einer echtliberalen Eigentumsordnung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zurich 1979 (ci-après: Garantie), p. 170. Voir également infra p. 198 ss.

d'experts. Ce dernier mentionne cependant expressément une étude de l'un de ses membres, le Prof. H.C.BINSWANGER, en précisant que cette étude a exercé «une profonde influence sur le projet de la commission»[38]. A son tour, dans son avant-propos, M.BINSWANGER[39] renvoie à la thèse de M. M.WERDER[40] pour les questions préjuridiques et anthropologiques. Ces trois documents seront donc à la base de l'analyse qui va suivre.

Selon le rapport de la Commission, la «propriété privée, y compris celle du sol et de l'entreprise, est un des piliers de notre ordre juridique actuel. D'une façon générale, elle donne à l'homme un champ libre où il peut exercer ses facultés créatrices et une certaine sécurité dans l'existence»[41]. Plus loin, la Commission définit ainsi le but de la politique de la propriété: «obtenir un régime équilibré, bénéfique pour la prospérité du peuple, ainsi que pour la sécurité et le développement des particuliers[42] ...»[43].

Le régime de maîtrise des biens proposé est, comme actuellement, celui de la maîtrise privée. «Eine Abschaffung des Privateigentums steht ... heute in den Ländern mit einer freiheitlichen Verfassung kaum mehr zur Diskussion. Das bedeutet aber nicht, daß die Eigentumsordnung ein für allemal inhaltlich festgelegt ist. Der Spielraum für die konkrete Ausgestaltung des Eigentums innerhalb der Eigentumsgarantie ist im Gegenteil sehr groß.»[44] Les fondements philosophiques, et par suite les orientations et les buts poursuivis, apparaissent donc particulièrement importants. «Nicht das Eigentum, sondern die Funktionen des Eigentums stehen bei einer Reform im Vordergrund.»[45]

Deux aspects semblent essentiels aux yeux des auteurs du Projet, sans qu'il soit clairement indiqué si l'un prime l'autre: la propriété privée est au service de l'individu, mais elle doit aussi être au service du bien commun.

[38] Rapport, p.42.
[39] Eigentum und Eigentumspolitik, p.4.
[40] Cf. op. cit., notamment p.422 à 460.
[41] Rapport, p.42.
[42] C'est là une référence à l'art.2 al.4 du Projet qui fixe à l'Etat le but de tendre «à établir, dans le domaine social et dans ceux de la propriété et de l'économie, un régime équilibré, qui contribue à la prospérité générale, ainsi qu'à la sécurité des particuliers et au développement de leur personnalité».
[43] Rapport, p.42.
[44] BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p.1; voir aussi p.169. Cf. également BINSWANGER, Garantie, p.165.
[45] BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p.166.

a. La maîtrise privée au service de l'individu

Le rapport réaffirme la relation entre maîtrise privée, autonomie (et donc sécurité) et épanouissement individuel[46]. Il est surtout intéressant de voir quelle portée, et quelles limites, ce fondement se voit reconnaître.

La Commission en tire d'abord une conséquence sur le rôle de l'Etat dans ce domaine. Dans la mesure où la maîtrise privée favorise l'épanouissement individuel, il faut non seulement protéger celle qui existe, mais encore faire en sorte que celle-ci soit de plus en plus répandue. «La commission a la conviction que le régime actuel doit être développé de manière qu'une partie croissante de la population ait la possibilité d'accéder à la propriété et à la fortune, même à la propriété d'entreprise et à la propriété foncière.»[47] C'est pourquoi la Constitution ne doit plus se borner à garantir la maîtrise privée contre les interventions étatiques; elle doit aussi encourager l'accès à la maîtrise privée (pas seulement à la propriété au sens technique, mais à toute forme de maîtrise privée). L'idée n'est pas nouvelle – la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme aussi que toute personne a droit à la propriété (art. 17) – mais elle modifie la portée de la justification de la propriété par la liberté et l'épanouissement que cette dernière permet. Le schéma n'est plus: la maîtrise privée favorise l'autonomie de la personne, et par conséquent son épanouissement, donc la maîtrise privée est bonne. Il devient: la maîtrise privée favorise l'épanouissement de l'individu, donc la maîtrise privée est bonne et il faut qu'elle existe pour le plus grand nombre; la justification est la même, mais la conclusion que l'on en tire est plus exigeante. Ce principe explique que l'art. 30 du Projet confie à l'Etat la mission de favoriser l'accès à la maîtrise privée (voir notamment la lettre h: «encourager la formation, par les personnes physiques, de patrimoines de dimensions modestes»). La masse globale des biens à la disposition des membres d'une collectivité étant limitée, une telle approche implique nécessairement une certaine redistribution des biens (ce qui explique quelques-unes des autres dispositions de l'art. 30, en particulier les lettres d, e et f).

Intéressante aussi est la renonciation à une protection accrue de la propriété servant directement l'épanouissement de la personne. La Commission avait envisagé de «modaliser» la protec-

[46] Voir Rapport, p. 42 et supra p. 156s.

[47] Rapport, p. 42; voir aussi BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 166.

tion de la propriété en fonction des relations de celle-ci avec l'épanouissement de la personne, selon le système: plus la propriété touche de près la personnalité, plus elle est digne de protection[48]. C'était là aussi une concrétisation de la relation propriété-épanouissement de la personne; au lieu d'affirmer abstraitement que la propriété est facteur de liberté et d'épanouissement, il aurait fallu examiner concrètement dans quelle mesure ce fondement existe réellement. La Commission a pourtant renoncé à relever ce point, non parce qu'elle estimait qu'il n'y avait pas lieu de distinguer deux types de propriété au regard de l'épanouissement que celle-ci permet, mais par peur de donner trop de poids au facteur individuel par rapport au bien commun et à l'intérêt de l'Etat. La liberté et l'épanouissement de l'individu doivent s'incliner lorsque le bien commun est en jeu. Même s'il est nécessaire au paysan, le terrain doit être exproprié pour construire une route; même si elle sert à l'épanouissement de son propriétaire, la maison de vacances peut n'être pas justifiée du point de vue du bien commun. Sinon, «il serait plus difficile, ou même impossible, à la politique de la propriété d'atteindre les buts énumérés à l'article 30»[49].

Le rôle de la maîtrise privée dans l'épanouissement individuel est donc reconnu par les auteurs du Projet, mais sa portée n'est pas absolue. Il faut que la maîtrise privée serve réellement l'épanouissement de la personne et qu'elle ne tienne pas en échec les exigences du bien commun.

b. La maîtrise privée au service du bien commun

A l'évidence, le Projet insiste sur le fait que la maîtrise privée doit également servir le bien commun. La philosophie du Projet est, à cet égard, que l'exercice de la maîtrise privée doit être encadré dans une mesure beaucoup plus large que par le passé. Les expériences réalisées au cours de ces dernières décennies ont en effet montré que l'intervention étatique est nécessaire dans de nombreux domaines (notamment en matière d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement) et que le danger pour la maîtrise privée vient plus de l'abus dans l'exercice de cette maîtrise par certains particuliers que de l'intervention étatique. Par rapport à la conception d'essence libérale, qui part de l'idée que la maîtrise privée est en elle-même au service du bien

[48] Voir Rapport, p. 44.
[49] Rapport, p. 44.

commun et qui se préoccupe avant tout de garantir les droits des propriétaires contre l'Etat, la modification est notable. Elle se concrétise par la mission générale confiée à l'Etat de mener une politique de la propriété.

La garantie de la propriété n'est cependant pas supprimée pour autant, de telle sorte que, selon son contenu[50], la politique de la propriété peut entrer en conflit avec cette garantie. La solution de ce conflit, en faveur de la garantie ou en faveur de la politique de la propriété, constitue évidemment l'un des points charnières du Projet.

Pour M. WERDER, la priorité revient sans conteste à la politique de la propriété. Pour lui, le régime de propriété privée, qui est déterminé par le milieu culturel occidental actuel, n'est pas une valeur en soi (Selbstwert); au contraire, il ne fait que réaliser certaines valeurs dans une société donnée à un moment donné de l'histoire. La propriété est donc un moyen qui doit être en permanence redéfini, en fonction de l'évolution de la société et en vue d'atteindre le bien commun et le bien de l'individu[51]. Il en résulte, pour M. WERDER, qu'il faut renoncer à l'idée d'un contenu essentiel de la maîtrise privée (Kerngehalt) qui pourrait tenir en échec la politique de la propriété[52]. Partant de ces mêmes principes, M. WERDER rejette aussi l'idée d'une indemnité toujours pleine et entière en cas d'expropriation ou de restrictions analogues à une expropriation; l'obligation de verser une telle indemnité pourrait, en effet, bloquer le fonctionnement des tâches étatiques: «Privateigentum kann nicht ohne die Hilfe der Gesellschaft bestehen, es darf daher auch unter keinen Umständen gegen die überwiegenden Interessen der Gesellschaft bestehen. Die Enteignungsentschädigung vermag dem Interessenausgleich zu dienen. Sie darf jedoch nicht so gestaltet werden, daß sie ihn auch zu verhindern vermag.»[53] Le Projet de la Commission, on l'a vu, ne va pas aussi loin, en ce sens qu'il maintient (explicitement ou non) le principe de la garantie de l'institution; en revanche, correspondant en cela aux propositions de M. WERDER, il ne prévoit pas l'obligation d'une indemnité toujours pleine et entière. Le fondement du système du Projet, et donc la solution au

[50] La politique de la propriété ne serait pas nécessairement en contradiction avec la garantie; en particulier de nombreuses mesures tendant à favoriser l'accès à la maîtrise privée peuvent être prises sans qu'une atteinte soit portée à la maîtrise d'autres personnes.

[51] Voir WERDER, p. 463.

[52] Voir WERDER, p. 432 ss.

[53] Op. cit., p. 443; voir aussi p. 432.

conflit opposant garantie et politique de la propriété, apparaissent ainsi plus nuancés. La garantie de l'institution implique la reconnaissance des valeurs fondamentales qui sont invoquées pour justifier la maîtrise privée; le rapport de la Commission est d'ailleurs sans équivoque sur ce point[54]. Mais en même temps, le Projet reconnaît une importance accrue à l'intervention étatique devant laquelle le propriétaire doit s'incliner, parfois sans recevoir une indemnité totale.

§ 3. Essai d'analyse du régime actuel de maîtrise des biens en relation avec ses objectifs

A. Remarques préliminaires

1. Les buts du système

Poser le problème de la maîtrise des biens, c'est analyser la relation entre les membres d'une société et les ressources dont dispose cette société. Ces dernières, considérées de ce point de vue extrêmement général, apparaissent comme le moyen[1] qui doit permettre d'obtenir un certain résultat. Le régime de maîtrise des biens dépend donc directement des buts qu'il poursuit et, pour cette raison, le débat (philosophique et politique) sur les fondements du système est essentiel et doit précéder l'analyse des mécanismes du système lui-même.

Si l'on se réfère à son fondement philosophique, on peut dire que le système actuel poursuit les buts suivants:

- il doit favoriser, d'une manière directe, *l'épanouissement individuel,* en assurant à l'individu une certaine liberté et une certaine autonomie économique, et
- il doit en outre servir le *bien commun* (c'est-à-dire le mieux-être individuel d'une manière indirecte), pour l'essentiel en assurant une bonne exploitation des ressources, d'une part, et en garantissant une certaine paix sociale, d'autre part.

Le propos de ce paragraphe n'est pas de discuter ces buts, car cela entraînerait nécessairement un débat philosophique sur la société en général, débat qui ne saurait trouver place dans ce rapport; j'essayerai plutôt de rechercher comment et dans quelle mesure le régime juridique actuel de maîtrise des biens réalise les

[54] Voir notamment p. 42.

[1] Ce mot est pris ici dans sa signification courante, non comme le contraire d'une «valeur en soi» au sens que donne à ce terme M. WERDER (op. cit., p. 422 ss).

buts indiqués ci-dessus ou, en d'autres termes, dans quelle mesure le système correspond à son fondement philosophique. Je me limite donc à formuler sur les buts poursuivis par le système les quelques remarques qui suivent.

a) Comme les ressources faisant l'objet de la maîtrise sont destinées à assurer le bien-être des membres d'une société, il faut s'interroger en premier lieu sur le cercle des *bénéficiaires potentiels de ces ressources.* Actuellement, il est habituel de prendre en considération les communautés locales, régionales (cantonales) et, à l'échelon le plus élevé, la communauté nationale. Cette approche se justifie dans la mesure où le champ d'application territorial des règles adoptées ne dépasse pas les frontières de notre Etat. Il convient cependant de se demander s'il ne faudrait pas considérer une collectivité plus large que la communauté nationale. Il apparaît aujourd'hui que les ressources dont dispose notre communauté ne doivent plus être utilisées aux seules fins d'assurer le bien-être et le mieux-être des membres de cette communauté, mais qu'une partie d'entre elles doit être employée à venir en aide à d'autres collectivités. Le principe en est d'ores et déjà acquis, mais l'importance à accorder à cet élément et au «bien commun international» devrait encore être reconnue beaucoup plus largement[2]. Il en va ainsi non seulement lorsque notre position de «pays développé» ou de «pays riche» nous impose d'aider des communautés moins favorisées, mais aussi lorsque l'ensemble des ressources dont dispose la communauté humaine exige une gestion plus rationnelle de celles-ci[3]. Les difficultés actuelles d'approvisionnement en énergie, par exemple, requièrent que nous adoptions le système de maîtrise des biens qui, dans ce domaine, permet de faire le maximum d'économies, alors même que nous aurions les moyens de supporter financièrement un système moins efficace.

[2] Voir la LF du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales (NRS 974.0), ainsi que le Message du Conseil fédéral du 9 juillet 1980 concernant la continuation de la coopération technique et de l'aide financière en faveur des pays en développement (FF 1980 II, p. 1333 ss), où l'on trouvera notamment un tableau comparant les aides publiques au développement accordées par les membres du Comité d'aide au développement de l'OCDE (voir p. 1392). Il apparaît qu'avec une aide qui était en 1979 de 0,21% du produit national brut, la Suisse était encore largement en-dessous de la moyenne de ces pays (0,34%). Les crédits demandés pour 1981 à 1983 marquent pourtant déjà un progrès.

[3] Voir FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 302.

Il conviendrait d'ailleurs d'examiner aussi dans quelle mesure des considérations analogues ne s'imposent pas pour la gestion des ressources dans d'autres secteurs, par exemple en ce qui concerne les matières premières ou les produits alimentaires.

b) Assigner à un régime de maîtrise des biens le but de *favoriser l'épanouissement individuel* paraît normal. On imagine mal un régime qui ouvertement rechercherait le contraire. Ce qui est intéressant, dans le cas du régime actuel, c'est que celui-ci doit favoriser cet épanouissement par la liberté, en particulier par l'autonomie économique, qu'il permet. Cette affirmation peut surprendre, au moins pour deux raisons:

- D'un point de vue éthique et/ou religieux, on retient souvent le principe contraire: l'homme vraiment libre n'est pas celui qui a des biens, mais celui qui n'en a pas ou, à tout le moins, qui n'éprouve pas le besoin d'en avoir. On ne saurait pourtant confondre un idéal moral et/ou religieux, qui d'ailleurs se réfère souvent plus à l'importance accordée aux biens qu'à la quantité même de ceux-ci, avec le point de vue du législateur. Ce dernier n'entend ni régir des personnes qui ont atteint un idéal moral très élevé ni promouvoir la réalisation d'un tel idéal; la liberté dont il se préoccupe n'est pas la liberté intérieure telle que la conçoit le moraliste, mais simplement la liberté extérieure, la non-dépendance (matérielle, et par conséquent aussi morale) à l'égard d'autres hommes et de l'Etat.
- On pourrait s'étonner, par ailleurs, que l'on fasse de la liberté qu'elle procure, l'apport propre et direct de la maîtrise privée à l'épanouissement individuel. C'est que l'on compare ici la maîtrise privée, non pas à l'absence de maîtrise, mais à d'autres formes de maîtrise[4]. De ce point de vue, la caractéristique propre de la maîtrise privée n'est pas de donner à l'individu les ressources qui lui sont nécessaires pour subsister (une maîtrise collective peut y réussir également, mais de le faire de telle façon que l'individu puisse, en principe, aménager lui-même l'utilisation qu'il entend faire de ses biens.

c) Il n'y a guère de difficulté non plus à dire qu'un régime de maîtrise privée doit *servir le bien commun.* Il est plus important de savoir comment il doit atteindre ce but. A cet égard, le régime actuel se voit fixer deux objectifs intermédiaires: favoriser la paix sociale, ce qui ne peut être que positif, et assurer une meilleure

[4] Concernant l'influence du régime de maîtrise privée des biens sur la quantité globale des biens produits et l'efficacité économique du système, voir infra p. 182 et 191 ss.

utilisation des ressources, ce qui est sa fonction essentielle et qui mérite quelques précisions.

Pour les partisans du régime de maîtrise privée le plus pur (correspondant aussi au libéralisme le plus absolu), les fonctions de stimulation et de décentralisation de la maîtrise privée font de cette dernière le moyen nécessaire et suffisant d'une bonne exploitation des ressources et, par conséquent, du bien commun; la répartition des ressources entre les individus se fait ensuite d'elle-même. Dans cette conception, et pour exprimer la chose d'une manière simpliste, la société qui est fondée sur la maîtrise privée la plus pure est aussi celle dans laquelle les individus s'épanouissent le plus complètement.

Cette approche extrême consistant à faire de la rentabilité économique *maximale* le but unique du régime de maîtrise des biens n'est pas celle du système actuel. Il est admis depuis longtemps que la rentabilité économique *maximale* n'est ni nécessaire ni suffisante pour assurer globalement une bonne exploitation des ressources et que, de surcroît, une répartition équitable des ressources entre les individus ne découle pas automatiquement de l'existence de ressources abondantes.

Il reste que l'apport propre de la maîtrise privée à l'utilisation des ressources consiste en ce que cette forme de maîtrise, par ses fonctions de stimulation et de décentralisation, assure une bonne rentabilité économique (la quantité des biens produits, mais aussi souvent leur qualité, est satisfaisante). En donnant la priorité à l'aspect économique de l'utilisation des ressources, la maîtrise privée ne saisit certainement que l'un des éléments d'une bonne utilisation globale de ces ressources. Cet objectif n'étant que partiel, il conviendra de voir quelle valeur il reçoit dans le système actuel, c'est-à-dire quels sont les mécanismes du système qui favorisent la rentabilité économique la plus étendue possible (mesure du caractère nécessaire de la rentabilité économique; infra p. 194 ss) et quels sont les mécanismes qui permettent de prendre en considération d'autres éléments du bien commun (mesure du caractère suffisant de la rentabilité économique; infra p. 200 ss).

2. Remarque méthodologique

Le but de ce paragraphe est d'analyser dans quelle mesure le régime actuel de maîtrise des biens réalise les objectifs qui viennent d'être rappelés. L'idéal serait d'opérer cette analyse sur la base des résultats effectivement obtenus, en se référant à la réa-

lité économique et sociale actuelle. Une telle approche est cependant exclue dans le cadre de ce rapport. D'une part, elle devrait être le fait d'une collaboration entre des juristes, des économistes et des sociologues et, d'autre part, elle se heurterait à de grandes difficultés car il n'existe pas actuellement de données statistiques suffisantes et directement exploitables.

On trouvera dans les premières pages du rapport de M. G. MÜLLER les informations actuellement disponibles; je m'y référerai plus loin, tout en reconnaissant d'emblée qu'il ne m'est pas possible d'en apprécier le bien-fondé ni la portée exacte.

Je me suis dès lors intéressé plus aux institutions et aux mécanismes juridiques qui ont été mis en place pour réaliser les objectifs du système qu'aux données de fait. Ce faisant, j'ai conscience de ne présenter qu'une vision très incomplète du système actuel, mais, dans sa généralité même, cette tentative m'a paru intéressante quand même.

B. La maîtrise privée au service direct de l'épanouissement individuel

L'analyse de la relation entre la maîtrise privée et l'épanouissement personnel qui peut en résulter ne se conçoit que lorsque le titulaire de la maîtrise est une personne physique. Il est possible que, par analogie, on puisse parler d'un certain épanouissement des entités juridiques ou que le développement de telles entités ait des conséquences bénéfiques pour des personnes physiques. En eux-mêmes, le développement et l'«épanouissement» de telles entités juridiques n'ont cependant pas à être protégés comme ceux des êtres humains[5].

L'apport propre de la maîtrise privée, on l'a vu, est moins de donner à l'individu les ressources dont il a besoin que de le faire de telle façon que l'individu puisse s'épanouir librement (au sens limité que le droit donne à ce dernier mot[6]). En ce sens, la maîtrise privée est au service de la liberté, indépendamment de la quantité de biens sur laquelle elle porte (infra 1.). Mais il va de soi qu'une telle liberté ne peut s'exercer que si le système met effectivement à la disposition de ses membres les biens dont ils ont besoin. *La mission assignée à la maîtrise privée en relation*

[5] Cela ne signifie pas que la maîtrise privée par des entités juridiques ne soit pas justifiée, mais il ne faut pas la fonder sur l'«épanouissement» procuré par cette maîtrise.

[6] Voir supra p. 181.

avec l'épanouissement individuel implique donc également que chaque membre de la société puisse bénéficier de ressources suffisantes. Pour qu'il en soit ainsi, il faut d'abord que l'ensemble des ressources produites soit suffisant; cette question de la rentabilité économique globale du système sera examinée à l'occasion de l'analyse de la relation entre la maîtrise privée et le bien commun[7]. Il faut cependant aussi que la répartition de ces ressources globales entre les membres de la société soit telle que chacun puisse bénéficier d'une véritable autonomie économique. Ce second aspect, savoir l'accès de chacun à la maîtrise privée (dans le sens le plus large du terme, et non seulement dans le sens limité de l'accès à certaines formes de maîtrise, par exemple à la propriété), doit être examiné ici (infra 2.), car il est la condition de tout épanouissement personnel par le fait de la maîtrise privée.

1. La maîtrise privée au service de la liberté indépendamment de l'autonomie économique procurée

Par le simple fait qu'elle permet, dans sa forme considérée traditionnellement comme la plus pure, de disposer sans contrainte de certains biens, la maîtrise privée est directement au service de la liberté et de l'épanouissement individuels. Cette fonction n'est pas liée à l'importance quantitative des biens, mais à la qualité de la maîtrise conférée: de ce fait, la liberté résultant de la maîtrise privée profite à celui qui a plus de biens que ce qui est nécessaire pour assurer son autonomie, mais elle profite aussi à celui qui n'a pas les biens suffisants pour assurer son autonomie ou pour qui cette autonomie n'est que partielle.

La maîtrise privée donne le moyen de développer ses qualités, de satisfaire ses envies, de choisir ce qui est son bien; il y va en définitive d'une certaine qualité individuelle de la vie. L'importance que l'on accorde à cet élément dépend du poids que l'on donne à la liberté elle-même, mais il n'est pas inutile de souligner que l'*apport de la maîtrise privée à l'épanouissement individuel ne se ramène pas à une pure question d'autonomie économique.*

Dans cette optique, on peut se demander si, pour être au service de la liberté, la maîtrise privée (surtout la propriété) ne devrait pas être accompagnée de l'utilisation personnelle du bien sur lequel elle porte. M. H.C. BINSWANGER l'affirme en ce qui concerne les biens immobiliers: «Diese Begründung in der Person läßt erkennen, daß hier das *persönlichkeitsbezogene* Eigen-

[7] Voir infra p. 194ss.

tum zur Legitimierung des Privateigentums herangezogen wird. Dieses persönlichkeitsbezogene Eigentum setzt voraus, daß Eigentum und Nutzung vereinigt sind. Diese Art von Eigennutzung liegt sicher nicht vor, wenn das Eigentumsobjekt dem Eigentümer nur dazu dient, diese Nutzung zu kontrollieren und einen wirtschaftlichen Ertrag zu erzielen (z.B. Wohnungsvermietung).»[8]

Le système juridique actuel n'accorde pas une importance particulière à l'usage direct du bien par le propriétaire; c'est à mon sens justifié. La propriété est un moyen d'obtenir une certaine liberté, mais il serait excessif d'exiger que celle-ci résulte de l'utilisation de l'objet par le propriétaire lui-même. Autre est la question de savoir si la dissociation entre propriété et utilisation n'est pas le signe que le propriétaire a plus de biens qu'il n'est nécessaire pour assurer son autonomie. C'est ce dernier critère, et non celui de l'utilisation personnelle, qu'il faut prendre en considération pour apporter d'éventuelles restrictions à la maîtrise.

2. La maîtrise privée comme facteur d'autonomie économique

a. Les mécanismes juridiques favorisant la réalisation de l'autonomie économique de chaque personne

Les règles qui aménagent le régime actuel de maîtrise des biens en tant que tel, en particulier l'art. 22ter Cst. féd., ne mettent en place aucun mécanisme qui assurerait une bonne répartition des biens et garantirait à chacun la quantité de biens nécessaire à réaliser une véritable autonomie économique individuelle. La première raison en est sans doute que, selon l'approche libérale, il faut en principe éviter les interventions étatiques dans la maîtrise des biens et qu'une telle redistribution des biens passe nécessairement par l'intervention de l'Etat. Mais il y a encore un autre motif, peut-être plus fondamental: une telle redistribution des ressources va, ou en tout cas peut aller, à l'encontre de l'un des mécanismes essentiels du régime libéral, la fonction de stimulation de la propriété. Tout d'abord, la redistribution suppose que des biens soient, d'une manière ou d'une autre, enlevés aux personnes plus favorisées, ce qui diminue d'autant l'intérêt de ces personnes à utiliser de la façon la plus efficace possible les moyens dont elles disposent. Par ailleurs, la redistribution suppose que les moins favorisés se voient garantir certaines res-

[8] Eigentum und Eigentumspolitik, p. 61. Voir aussi MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 183–184.

sources indépendamment de la valeur purement économique des prestations fournies, ce qui réduit également l'intérêt qu'ils ont à avoir un comportement efficace[9]. Cette tension entre la fonction de stimulation de la maîtrise privée et certaines règles qui contribuent à faciliter l'accès à cette maîtrise par des mesures sociales conditionne tout le débat sur l'organisation de la maîtrise privée.

L'absence, à l'art. 22ter et dans les règles de principe aménageant le régime de la maîtrise des biens, de dispositions visant à assurer à chacun une autonomie économique suffisante, ne signifie pas que l'Etat ne joue pas de rôle dans ce domaine, ni qu'il n'a pas à jouer de rôle. On peut déduire de l'art. 2 Cst. féd., qui confie à la Confédération la mission d'accroître la prospérité commune des confédérés, et de l'art. 31bis al. 1 Cst. féd., qui lui impose de prendre, dans les limites de ses attributions constitutionnelles, les mesures propres à procurer la sécurité économique des citoyens, que la Confédération ne doit pas se contenter d'augmenter la masse globale des ressources, mais qu'elle doit se préoccuper également de la manière dont ces ressources sont réparties. Sans créer de droits pour les particuliers ni de compétences pour la Confédération, ces dispositions doivent influencer l'action générale de celle-ci[10].

Mais, d'une manière plus générale, les compétences attribuées à la Confédération dans d'autres domaines, les rapports de force à l'intérieur de l'Etat (fédéral ou cantonal) et certains principes d'équité qui ont marqué la législation, font qu'il existe aujourd'hui de nombreuses règles qui favorisent l'accès de tous à la maîtrise privée et à l'autonomie économique.

Il faut d'abord rappeler les mesures qui ne concernent pas la maîtrise des biens, mais qui favorisent indirectement l'accès à l'autonomie économique de certaines catégories de personnes. On peut citer notamment certaines mesures de politique économique adoptées sur la base de l'art. 31bis al. 3 Cst. féd., par exemple en vue de soutenir l'agriculture, ou la législation qui tend à améliorer le statut du travailleur (voir les art. 31quinquies et 34ter Cst. féd. et la réglementation qui en découle). Parmi les règles qui touchent plus directement la maîtrise des biens, il faut signaler principalement:

[9] Voir à ce sujet les arguments exposés dans MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 27.

[10] Voir J.P. MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 107, 1973 (ci-après: Soziale Grundrechte), p. 774.

- le droit successoral qui, en imposant le système des réserves héréditaires individuelles de certains héritiers, favorise une redistribution périodique des ressources;
- les règles instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif et les dispositions encourageant la construction de logements à loyers modérés[11];
- les règles permettant l'acquisition d'exploitations agricoles à leur valeur de rendement (voir les art. 620 CC et 12 LPR);
- les dispositions sur la prévoyance sociale, en particulier sur l'assurance-vieillesse, qui constituent aujourd'hui l'un des éléments les plus importants visant à répartir équitablement les ressources;
- les formes d'imposition fiscale basées sur les barèmes progressifs, qui agissent en quelque sorte d'une manière négative, mais qui n'en jouent pas moins un rôle essentiel dans la redistribution des richesses[12].

On peut également mentionner dans ce contexte les règles qui tendent à empêcher que l'exercice de la maîtrise privée par certaines personnes ne remette en cause d'une façon injustifiée l'exercice d'une maîtrise analogue par d'autres personnes. En relation directe avec le régime des biens, la seule réglementation de ce type résulte, à ma connaissance, des art. 18ss LPR qui permettent aux cantons de s'opposer à l'acquisition de biens-fonds agricoles par une personne, si celle-ci agit dans un dessein évident d'accaparement ou si elle «est déjà propriétaire de biens-fonds agricoles lui assurant, ainsi qu'à sa famille, une existence suffisante» (art. 19 al. 1 LPR)[13]. Il faut cependant rappeler aussi le rôle que jouent indirectement les règles sur la concurrence. Je l'ai déjà souligné, le régime de maîtrise privée est en étroite relation avec la liberté contractuelle et la liberté du commerce et de l'industrie; plusieurs auteurs estiment ainsi à juste titre qu'un régime de maîtrise privée doit être assorti de règles efficaces en

[11] Voir les art. 34sexies et septies Cst. féd. et la réglementation adoptée sur cette base, en particulier l'AF du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (NRS 221.213.1.), la LF du 19 mars 1965 concernant l'encouragement à la construction de logements (NRS 842) et la LF du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (NRS 843). Voir aussi les dispositions cantonales dans ce domaine.

[12] A ces règles, qui directement ou non, favorisent une redistribution des ressources, s'ajoutent les dispositions qui contribuent au maintien de l'autonomie acquise grâce à certains biens. Il en est ainsi, par exemple, des mesures prises pour réduire l'inflation et, à défaut, pour ajuster les prestations en argent à l'augmentation du coût de la vie.

[13] Pour plus de détails, voir Pidoux, p. 448ss. et Hotz, p. 149ss.

matière de concurrence, de façon que la liberté qu'il entend promouvoir ne puisse pas être tenue en échec d'une façon illégitime[14].

Il résulte de ces divers éléments, et sans doute d'autres encore qui ont un effet analogue, que l'accès de tous à la maîtrise privée ne s'opère plus aujourd'hui par le seul effet du jeu de la maîtrise individuelle et du libre exercice des activités économiques. Au contraire, c'est tout un faisceau de mesures qui tendent à assurer une meilleure répartition des biens. Le régime de la maîtrise privée joue certainement dans cet ensemble un rôle important, directement ou non, mais il ne fait pas de doute que les résultats de notre ordre juridique sur ce point précis ne peuvent plus être appréciés en relation avec la seule structure du régime des biens.

b. Les résultats effectivement obtenus

La Suisse passe pour un pays riche en ce sens que, rapportées au nombre de ses habitants, ses ressources globales sont très élevées[15]. Il est beaucoup plus difficile d'établir comment ces ressources se répartissent entre les habitants et si l'autonomie économique de chacun est effectivement assurée. Il est en outre encore plus délicat de définir la part de cette autonomie qui revient vraiment au régime de maîtrise privée, soit directement (par le patrimoine que chacun est en mesure d'acquérir), soit surtout indirectement (par l'augmentation générale de la masse des ressources qui permet une redistribution de celles-ci par l'intermédiaire de subventions, des assurances sociales, etc.). C'est pourquoi les quelques données qui suivent sont présentées avant tout à titre indicatif.

Il ressort des informations statistiques présentées dans le rapport de M. G. MÜLLER[16] que le patrimoine moyen du contribua-

[14] Voir KLEINEWEFERS, p. 359 et les auteurs cités par GÄRTNER/LUDER, p. 147. Il apparaît aujourd'hui que le système mis en place par la LF du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues (NRS 251) n'est pas entièrement satisfaisant (voir la motion du Conseiller national L. SCHURMANN, du 13 décembre 1971, in: Résumé des délibérations de l'Assemblée fédérale, Session d'hiver 1971, V, p. 39). Peu importent ici les moyens à mettre en œuvre pour combler ces lacunes, mais il paraît essentiel qu'un ordre juridique fondé sur la liberté économique et la maîtrise privée soit assorti d'un régime de concurrence approprié.

[15] Voir infra p. 197s.

[16] Voir Privateigentum Heute, Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 115, 1981, p. 15ss.

ble suisse est de 92 170 francs, alors que celui du rentier[17] est de 190 130 francs. L'impression relativement satisfaisante laissée par ces chiffres est cependant tempérée par l'analyse de la situation des couches moyennes de la population[18], car dans ce cas le patrimoine moyen du contribuable n'est plus que de 27 887 francs et celui du rentier de 68 000 francs.

Il est également intéressant de relever que 18,4% des contribuables et 10,8% des rentiers ne possèdent aucun patrimoine et que le pourcentage moyen de l'épargne est de 8,1% en Suisse alémanique, de 5,5% en Suisse romande et de 12% dans la Suisse italienne.

De ces brèves indications, je me bornerai à tirer les trois conclusions suivantes:

- Dans leur très grande majorité (80 à 90%), les Suisses sont en mesure d'épargner et de se constituer un patrimoine. Cela montre que, sans doute à des degrés divers, une certaine autonomie économique est acquise pour la plupart des membres de notre société. La situation n'est cependant pas idéale puisqu'un nombre relativement important de personnes (de 10 à 20% de la population) ne parvient pas à épargner.
- D'un autre côté, les montants épargnés, et donc les patrimoines ainsi constitués, ne semblent pas très élevés pour les couches moyennes de la population. On peut en déduire, à mon sens, qu'une large part de l'épargne est en réalité constituée de façon collective par l'intermédiaire d'assurances. Cette épargne sera récupérée soit lors de la retraite (assurance-vieillesse, prévoyance professionnelle), soit en cas de décès (assurance survivant, assurances privées sur la vie, dont un grand nombre sont des assurances mixtes de telle sorte que le capital est souvent perçu avant le décès, mais à un âge avancé), soit en cas de maladie ou d'accident. Cela confirme que l'autonomie (et donc la prévoyance) est de plus en plus réalisée par des moyens autres que la propriété (au sens technique)[19], ce qui ne veut pas encore dire que le régime de maîtrise privée ne soit pas indirectement l'un des facteurs qui permettent de réaliser ces formes collectives d'épargne.

[17] Est considéré comme rentier, la femme suisse de plus de 61 ans et l'homme suisse de plus de 64 ans. Le groupe des contribuables comprend l'ensemble des contribuables suisses entre 19 et 59 ans.

[18] Voir les explications données par M. G. MÜLLER, op. cit., p. 16, note 8.

[19] Voir WEBER, p. 183; SALADIN, p. 394; MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 27.

– On est frappé, enfin, par la différence qui existe entre le patrimoine des contribuables, respectivement des rentiers, pris dans leur ensemble, et celui des couches moyennes de la population (92170 francs/27887 francs pour les contribuables, 190130 francs/68000 francs pour les rentiers). Cela semble indiquer qu'un nombre relativement restreint de personnes est propriétaire de patrimoines très importants. Rapprochée du fait qu'un nombre encore élevé de personnes n'a pas de patrimoine du tout, cette situation signale qu'un effort supplémentaire devrait être fait pour assurer une meilleure répartition des ressources.

c. Résumé et remarques concernant le Projet de Constitution de 1977

Comme on vient de le voir, l'une des missions assignées au régime de maîtrise privée des biens est de promouvoir la liberté et l'épanouissement de l'individu, ce qui suppose que chacun atteigne à un minimum d'autonomie économique. La réalisation de ce but est certainement compatible avec la possibilité laissée aux individus d'accumuler des biens au-delà du nécessaire et, à cet égard, le régime actuel n'appelle pas de critiques. Mais cet objectif requiert aussi que chaque membre de la société puisse disposer du minimum de ressources requises pour assurer son autonomie. A cet effet, il ne suffit pas que l'individu se voie garantir un droit *de* maîtrise privée; il faut en outre qu'il ait un certain droit *à* la maîtrise privée. Le système actuel de maîtrise des biens, considéré en lui-même, ne prévoit rien dans ce domaine, mais plusieurs autres institutions ou mécanismes juridiques (assurances sociales, droit fiscal, etc.) contribuent déjà à redistribuer les ressources et à assurer à chacun un minimum d'autonomie. Les statistiques citées plus haut montrent que la situation actuelle est assez satisfaisante, mais qu'une amélioration est encore nécessaire.

Une telle amélioration passe inévitablement par une redistribution des ressources et celle-ci ne peut avoir lieu que par l'intervention, directe ou non, de l'Etat. A cet égard, le Projet de Constitution de 1977 marque certainement un progrès lorsqu'il charge l'Etat d'agir positivement, par sa politique de la propriété, afin d'«encourager la formation, par les personnes physiques, de patrimoines de dimensions modestes» (art. 30 lettre h). Mais il faut être conscient des limites qui doivent être fixées à une telle politique en raison de la tension qui existe entre la plupart des

moyens visant à une redistribution des ressources et la fonction de stimulation de la maîtrise privée sur laquelle repose tout le système. Un régime de maîtrise privée n'est légitime que s'il est assorti de mesures permettant à chacun des membres de la communauté d'accéder à l'autonomie économique la plus large, mais ces mesures ne doivent pas priver le système de son efficacité économique et par conséquent provoquer un appauvrissement général de la communauté[20].

Il paraît par ailleurs difficile de définir le rôle que joue le régime même de la maîtrise des biens dans l'acquisition de l'autonomie économique par les individus. Il ne fait pas de doute que la maîtrise individuelle directe des biens (pour l'essentiel, la propriété au sens technique) perd de son importance, surtout au profit des créances de salaire et des droits à des prestations d'assurances (sociales ou privées)[21]. Mais il ne faut pas oublier que le régime de maîtrise privée, dans la mesure où il favorise une bonne exploitation de nos ressources, rend également possible indirectement les mécanismes (notamment les institutions sociales) qui assurent l'autonomie individuelle indépendamment de la maîtrise directe des biens. On assiste ainsi dans ce domaine à une transformation, au moins partielle, du rôle de la maîtrise privée des biens: elle sert de moins en moins à assurer directement l'autonomie par la propriété et de plus en plus à favoriser le développement d'autres sources de l'autonomie individuelle. Mais en même temps, il faut aussi noter une modification de la qualité de l'autonomie acquise, la propriété d'un patrimoine étant de ce point de vue très différente du droit à un salaire ou à une rente.

C. La maîtrise privée au service du bien commun

Comme indiqué plus haut, la maîtrise privée doit servir le bien commun, d'une part, en favorisant une certaine paix sociale (1.) et, d'autre part, en assurant une bonne productivité économique (2.).

[20] Voir infra p. 196s. Voir aussi ROSENSTOCK, p. 241.
[21] Eigentum und Eigentumspolitik, p. 61. Voir aussi MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 183–184.

1. La maîtrise privée comme facteur d'une certaine paix sociale

Il ne fait pas de doute que la paix sociale est un élément du bien commun. Il est vrai également que la maîtrise privée, par la clarté qu'elle apporte dans le partage des biens, peut jouer un rôle dans ce domaine. On ne saurait pourtant prétendre que la maîtrise privée soit absolument nécessaire pour que règne la paix sociale. Nombreux sont les exemples de communautés vivant (ou ayant vécu) avec une paix sociale au moins comparable à la nôtre, sans être fondées sur un régime de maîtrise privée[22]. Il est également difficile d'affirmer aujourd'hui que la maîtrise privée est toujours suffisante pour assurer la paix publique, car les inégalités qu'engendre inévitablement un tel système sont souvent la source de conflits interindividuels ou sociaux[23]. La maîtrise privée des biens peut donc *contribuer* à une certaine paix sociale, mais son rôle sur ce point est relatif et il dépend des mesures qui sont prises pour réduire les inégalités et les injustices sociales ainsi que pour assurer une utilisation des biens qui soit vraiment en accord avec le bien commun.

2. La maîtrise privée comme stimulant de l'activité économique

L'un des objectifs essentiels du régime actuel est d'assurer une bonne utilisation de nos ressources; la rentabilité économique du système joue à cet égard un rôle décisif, sans pourtant que la productivité maximale soit considérée ni comme nécessaire ni comme suffisante. Avant d'examiner comment le régime actuel entend maintenir une bonne rentabilité économique (b.) et comment il permet de tenir compte des autres éléments qui sont nécessaires à une bonne utilisation des ressources (c.), il convient de chercher à cerner très sommairement la relation entre maîtrise privée et rentabilité économique (a.).

a. La relation entre maîtrise privée et productivité économique

L'opinion prévaut aujourd'hui que, du point de vue de la rentabilité économique, un système fondé sur la maîtrise privée (et par conséquent sur l'économie de marché) a des résultats au moins équivalents, et en général supérieurs, à ceux d'un système

[22] Voir à ce sujet WERDER, p. 380; TROXLER, p. 61; LECLERCQ, p. 134.
[23] Voir TROXLER, p. 61–62, avec références; KLEINEWEFERS, p. 344.

basé sur une maîtrise de type étatique et collectiviste[24]. Solidement ancré dans l'expérience (et pour certains dans la nature même de l'être humain), le système de maîtrise privée faisant appel à l'attrait de la possession pour l'être humain, constitue une base sûre pour obtenir une bonne rentabilité économique. Cette affirmation appelle deux remarques:

- Elle *ne signifie pas qu'il y ait une relation directe entre toute forme de restriction à la maîtrise privée et une diminution de la productivité économique* globale du système. Il existe d'abord de nombreuses restrictions qui n'ont pas, à tout le moins en principe, d'effets sur la rentabilité économique, ou qui même ont des effets positifs sur celle-ci. L'obligation de circuler sur la partie droite de la chaussée ou de porter une ceinture de sécurité dans un véhicule automobile relèverait, par exemple, de ce type de restrictions. Il y a ensuite des restrictions qui ont des conséquences sur la rentabilité, sans influencer pour autant l'intérêt de celui qui exerce la maîtrise à agir avec efficacité. Les limitations apportées à la possibilité de construire (distances, hauteur du bâtiment, esthétique, prescriptions sanitaires, etc.) font partie, par exemple, de ce deuxième groupe de restrictions. Enfin – et ce sont les limitations les plus difficiles à cerner – il y a des restrictions qui modifient le comportement de celui qui exerce la maîtrise, en ce sens que celui-ci a moins d'intérêt à agir avec efficacité. Il en serait ainsi, vraisemblablement, d'une très forte imposition fiscale ou de l'impossibilité légale de transmettre ses biens à titre successoral. Il n'existe pas actuellement, à ma connaissance, d'éléments scientifiques permettant de mesurer l'effet d'une restriction sur l'intérêt de l'individu à exercer une activité efficace. Quelle est la limite à partir de laquelle l'intérêt actif à un accroissement des ressources par une activité appropriée se transforme en un intérêt passif de simple «survie économique»? Plus concrètement, à partir de quel pourcentage la charge fiscale devient telle que, dans leur grande majorité, les individus estiment que l'accroissement de leurs ressources ne présente plus d'intérêt? L'appréciation de ces éléments ne peut se faire dans l'abstrait; elle dépend des circonstances du moment et notam-

[24] Cf. notamment BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 1; SIK, Pour une troisième voie, p. 91 ss; MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 28. Longtemps fondée sur des arguments théoriques, cette affirmation tend à être confirmée par les expériences réalisées actuellement dans les Etats ayant recours à une large collectivisation des ressources.

ment du contexte économique international et de la possibilité de déplacement des capitaux et des personnes.

– Le fait que la maîtrise privée constitue une base sûre pour obtenir une bonne rentabilité économique *ne signifie pas non plus que cette rentabilité ne puisse être obtenue par d'autres voies.* Les projets de réforme du système qui sont actuellement présentés peuvent, de ce point de vue, être classés en deux groupes. Les uns conservent l'intérêt égoïste de l'individu comme clef de la rentabilité, mais proposent de faire jouer cet intérêt dans des structures différentes de celles qui existent actuellement. Telle est l'ambition, par exemple, du projet de «troisième voie» de M. O. SIK[25]. Les autres, en se basant notamment sur des recherches anthropologiques et sur les travaux de certains psychologues, reposent sur l'idée qu'il est possible, par l'éducation, de changer la mentalité de l'être humain et d'augmenter la tendance de celui-ci à prendre en considération l'intérêt général; cet esprit communautaire étant acquis, il est alors possible de maintenir la rentabilité économique tout en renonçant à la maîtrise privée: les voies d'une maîtrise (partiellement ou totalement) collective sont alors ouvertes[26].

b. Les éléments du régime actuel favorisant une bonne rentabilité économique

aa. Le principe

L'un des buts de la Confédération, selon l'art. 2 Cst. féd., est d'accroître la prospérité commune des confédérés. De même, aux termes de l'art. 31bis al. 1 Cst. féd., la Confédération doit, dans les limites de ses attributions constitutionnelles, prendre «des mesures propres à augmenter le bien-être général». Ces dispositions ne concernent que l'Etat fédéral; elles ne lui confèrent aucune compétence, mais ont valeur de moyen d'interprétation[27]. Dans le domaine particulier de la maîtrise des biens, elles confirment (au plan fédéral) que l'Etat ne peut pas se désintéresser de l'efficacité économique du système qu'il met en place.

[25] Voir supra p. 166s.

[26] Tel est le sens de la démarche de M. WERDER, non pas que cet auteur se prononce en faveur d'un tel régime collectiviste, mais simplement parce qu'il considère que la voie fondée sur l'intérêt égoïste n'est pas la seule possible. Voir notamment la remarque finale de M. WERDER, op. cit., p. 464.

[27] Voir F. GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, Berne 1978, p. 103; J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, p. 772–774.

L'accroissement de la prospérité commune n'est que l'un des éléments du bien commun et l'Etat ne peut, en vue d'atteindre un accroissement maximum de cette prospérité, négliger les autres aspects de ce bien commun (notamment les autres buts assignés à la Confédération par l'art. 2 Cst. féd.). Mais inversement, la réalisation des autres éléments du bien commun ne doit pas aller à l'encontre de la prospérité commune. *Dans l'interaction entre les diverses composantes du bien commun, il est nécessaire de prendre en considération la quantité et la qualité des ressources produites et, par suite, l'efficacité du système.* Les raisons en sont évidentes. D'une part, la réalisation de l'épanouissement individuel passe, au moins partiellement, par l'utilisation de ressources matérielles. D'autre part, la politique sociale de l'Etat et une redistribution internationale des biens supposent des moyens suffisants.

bb. Les mécanismes juridiques mettant en œuvre ce principe

L'application de ce principe dans le domaine de la maîtrise des biens est réalisée par les divers freins que le système met aux restrictions qui peuvent être apportées à la maîtrise privée, d'une part, et par les mesures prises pour parer aux conséquences que ces restrictions peuvent avoir sur l'intérêt des particuliers à agir efficacement, d'autre part.

- Un premier élément décisif est la garantie des différentes formes de maîtrise en tant qu'*institutions*. Il s'agit d'un frein absolu à la prise en considération d'autres éléments du bien commun dans le domaine de la gestion des ressources. En d'autres termes, dans la mesure où l'institution même de la maîtrise privée (ou de l'une de ses formes) est en jeu, la présomption selon laquelle cette maîtrise permet une bonne utilisation des ressources, est irréfragable (c'est en quelque sorte une fiction, au sens juridique de ce terme). Le système actuel part donc du postulat que seul un régime fondé sur la maîtrise privée est à même d'assurer le bien commun (et la liberté nécessaire à l'épanouissement individuel). Très importante en théorie, cette fiction n'a pas eu jusqu'ici de conséquences pratiques considérables[28].

[28] Il pourrait en aller autrement dans le système du Projet de 1977, dans la mesure où l'art. 30 reconnaît comme étant d'intérêt public certains objectifs, sans préciser les moyens à utiliser pour les réaliser. Certaines propositions formulées actuellement en relation avec le droit foncier ou avec l'exploitation des entreprises (voir supra p. 164 ss) se heurteraient sans doute à la garantie de l'institution.

- Une deuxième caractéristique du système actuel (art. 22ter al. 2 Cst. féd.) est que des restrictions à la maîtrise ne peuvent être apportées que s'il existe un *intérêt public,* l'existence de ce dernier devant être *examinée de cas en cas et dans le cadre d'un processus législatif.* Parmi les éléments à prendre en considération pour apprécier l'intérêt public, il y a naturellement aussi la nécessité du bon fonctionnement économique du système. Les mesures prises, par ailleurs, doivent obéir aux principes de la proportionnalité et de la bonne foi, ce qui implique notamment qu'elles soient propres à atteindre le but fixé et qu'elles soient dans un rapport convenable avec ce but.
- Le système, enfin, maintient l'intérêt que représente pour l'individu la maîtrise privée en garantissant une *indemnité pleine et entière,* si une mesure étatique prive une personne de sa maîtrise (expropriation formelle) ou restreint cette maîtrise dans une proportion telle qu'elle équivaut à une expropriation (expropriation matérielle). Par le fait même, il impose un frein financier à l'intervention de l'Etat, puisque celle-ci dépendra souvent des moyens dont l'Etat dispose. Toutefois, l'action étatique n'est pas paralysée pour autant. D'abord, lorsqu'il existe un danger concret pour l'ordre public, aucune indemnité n'est due; même si la restriction équivaut à une expropriation, l'Etat peut donc prendre les mesures indispensables à la sauvegarde des biens de police sans être retenu par des raisons financières. Ensuite, l'interprétation restrictive donnée à la notion d'expropriation matérielle laisse à l'Etat un champ largement ouvert pour réaliser des buts d'intérêt public.

cc. Appréciation du système actuel

1° Appréciation du système comme tel

L'importance accordée par le système actuel à la quantité des ressources produites me paraît, dans son principe, justifiée. A cet égard, la formule du Projet de Constitution de 1977, à l'art. 2 al. 4 est à mon sens bien choisie: «[L'Etat] tend à établir, dans le domaine social et dans ceux de la propriété et de l'économie, un régime équilibré qui contribue à la prospérité générale, ainsi qu'à la sécurité des particuliers et au développement de leur personnalité»[29]. On regrettera dès lors que, parmi les objectifs de la politique de la propriété de l'art. 30 du Projet, on ne retrouve pas

[29] On remarquera que l'art. 2 proposé ne parle plus d'«accroissement de la prospérité commune», comme le fait l'actuel art. 2 Cst. féd., mais simplement de «prospérité générale».

cet aspect. Par sa politique de la propriété, l'Etat doit aussi, et je dirais même avant toute autre préoccupation, faire en sorte que le système fonctionne bien du point de vue économique et que les ressources globales dont dispose notre société soient suffisantes.

Cette exigence prend une dimension supplémentaire si l'on se souvient que le bien commun à considérer en relation avec la maîtrise des biens n'est plus aujourd'hui celui de la seule collectivité nationale, mais également celui d'autres collectivités, voire de l'ensemble de la population mondiale. Les besoins (alimentaires, mais aussi médicaux, technologiques, culturels, etc.) de la population mondiale et les ressources globalement disponibles sont tels qu'il n'est pas admissible actuellement qu'un Etat choisisse un système de maîtrise des biens qui n'assure pas une bonne rentabilité économique et, d'une manière plus générale, une bonne gestion des ressources.

L'exigence d'une rentabilité économique suffisante pose, quant à la modification éventuelle du système actuel, un problème de «preuve» très délicat. Une modification importante de ce système ne saurait être introduite, à mon sens, sans une étude approfondie de ses conséquences économiques, à court et à long termes. Avec M. H. KLEINEWEFERS, il faut exiger que le concept présenté soit global et détaillé, afin que l'on puisse faire des pronostics suffisants quant à son fonctionnement[30]. Il faut également que le fondement psychologique du système soit étudié, que l'on veuille modifier le cadre dans lequel s'exerce l'intérêt égoïste de l'individu, ou que l'on veuille mettre l'accent sur le développement d'une attitude altruiste. Dans l'un et l'autre cas, les études actuelles paraissent encore bien sommaires. Quelle que soit la solution choisie, il faut encore tenir compte du contexte international dans lequel elle devrait se développer, notamment de la mobilité des capitaux et des personnes (sous peine de devoir fermer artificiellement le système dans lequel nous vivons).

2° Appréciation des résultats et du fonctionnement du système

La production économique globale de notre pays est certainement excellente si on la compare aux résultats obtenus dans d'autres pays du monde. Selon les indications de la Banque mondiale, le produit national brut par habitant a été en Suisse, pour l'année

[30] Voir KLEINEWEFERS, p. 362ss. C'est précisément l'absence d'une telle étude économique détaillée que reproche cet auteur à la Commission d'experts qui a préparé le Projet de Constitution de 1977.

1978, de 12100 dollars, ce qui place la Suisse au premier rang des pays industrialisés et au deuxième rang mondial, derrière le Koweit (14890 dollars)[31]. Il va de soi que ce résultat très positif n'est pas dû exclusivement au régime de la maîtrise des biens, mais qu'il est la conséquence de très nombreux facteurs (structure de l'économie en général, stabilité politique, paix sociale, absence de guerre, etc.). On ne peut cependant nier que le régime des biens apporte sa pierre à l'édifice et que, à tout le moins, il n'a pas empêché le développement de la prospérité globale.

Quant au fonctionnement des différents éléments mis en place pour garantir la maîtrise privée, le problème principal concerne actuellement la relation entre la garantie des droits patrimoniaux en tant que tels et la garantie subsidiaire de leur valeur. En principe, les deux garanties sont complémentaires, en ce sens que si l'atteinte justifiée à un droit patrimonial est une expropriation ou une restriction analogue, une indemnité est due au titulaire du droit. Mais on constate certaines tendances à diminuer la portée de la garantie de valeur lorsque celle-ci tient en échec la réalisation de buts d'intérêt public.

Quant à la garantie de valeur, le régime actuel est dominé par un principe rigide qui n'a jamais été remis en cause: l'indemnité, lorsqu'elle est due, doit être pleine et entière. Elle doit compenser la diminution de valeur occasionnée par la mesure étatique, aussi bien le *damnum emergens* que le *lucrum cessans*[32]. Cette réglementation présente l'avantage de la simplicité et d'une bonne prévisibilité. Du point de vue de la conséquence juridique, la prévisibilité est même absolue: l'indemnité couvre la totalité du dommage. Du point de vue de l'état de fait, la référence à l'expropriation (formelle) ne pose pas de problème alors qu'évi-

[31] Voir Rapport sur le développement dans le monde, publication de la Banque mondiale, Washington 1980, p. 130–131. Voir aussi Bulletin économique pour l'Europe, publication des Nations Unies, Vol. 31, New York 1980, p. 35ss, ainsi que Notices économiques, publication de l'Union de Banques suisses, juillet-août 1979, où il est fait état d'un produit national brut par habitant de 13853 dollars pour la Suisse. Ces chiffres méritent réflexion non seulement si on les compare aux résultats obtenus, selon la Banque mondiale, par les pays à faible revenu (de 90 dollars au Bangladesh à 360 dollars en Indonésie) ou à revenu intermédiaire (de 390 dollars en Egypte à 4120 dollars en Israël), mais aussi aux résultats des pays industrialisés (par exemple, 3850 dollars en Italie, 5030 au Royaume-Uni, 7030 en Autriche, 8260 en France, 9580 en République fédérale d'Allemagne, 9590 aux Etats-Unis, 10210 en Suède) et dans les pays à économie à planification centrale (230 dollars en Chine, 3700 en URSS, 5710 en République démocratique allemande).

[32] Voir AUBERT, n. 2201; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 325–326.

demment la notion de «restriction équivalant à une expropriation» laisse à l'interprétation un champ largement ouvert. Dans l'ensemble pourtant, la règle manque à la fois de précision et de souplesse:

- D'une part, la méthode de calcul de l'indemnité n'est pas toujours satisfaisante. Elle permet parfois à l'exproprié de réaliser un gain qui ne paraît pas justifié. Lorsqu'un bien-fonds bénéficie d'une plus-value rapide peu avant l'expropriation et que cette plus-value n'est pas liée à l'activité du propriétaire, il ne paraît pas normal que la collectivité, à l'occasion de l'expropriation, doive compenser aussi cette plus-value[33]. La norme de protection va alors au-delà de son but.
- D'autre part, comme l'indemnité est toujours pleine et entière, on s'efforce de diminuer le nombre des cas d'indemnisation, de façon à ne pas paralyser l'activité étatique. Actuellement, cet objectif est atteint par une interprétation très restrictive de la notion d'expropriation matérielle. Le frein financier que représenterait une obligation d'indemniser trop largement admise est ressenti comme excessif lorsqu'il y va d'un intérêt public évident. Ce phénomène est apparu clairement en relation avec l'aménagement du territoire; il joue un rôle moins important dans les autres domaines[34]. Il faut dès lors approuver la tendance doctrinale qui souhaite qu'une indemnisation partielle soit possible dans certains cas[35].

  Le Projet de Constitution de 1977 apporte à la réglementation actuelle une modification importante en supprimant l'obligation de verser une indemnité toujours pleine et entière. Les auteurs du Projet veulent ainsi donner au système la souplesse qui lui manquait. Cette innovation a pourtant été fortement critiquée[36]. C'est que, pour permettre des solutions nuancées, elle entraîne la disparition de la prévisibilité du système et donc, en définitive, celle de la garantie. Il est vrai que la solution du Projet réduirait les difficultés liées à la définition de l'expropriation matérielle, mais on peut se demander si

[33] Voir MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 14; BINSWANGER, Garantie, p. 170; SALADIN, p. 399 et 401.

[34] Voir BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 164–165; Garantie, p. 170; MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 14; ROSENSTOCK, p. 242, qui souligne pourtant que des solutions intermédiaires sont d'ores et déjà possibles.

[35] Voir BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 165.

[36] Voir MEIER-HAYOZ, Le projet de constitution, p. 14; Zur Eigentumsordnung, p. 325; Auf dem Weg, p. 147–148; H. HUBER, Eigentumsgarantie, p. 136–137; ROSENSTOCK, p. 242. Voir aussi les explications de M. J. VOYAME, op. cit., p. 73.

l'incertitude actuelle relative à cette notion ne serait pas simplement déplacée sur le terrain de l'ampleur de l'indemnité. D'un autre côté, il est certain que la seule garantie absolue donnée par le régime actuel au titulaire d'un droit patrimonial, celle d'une indemnité pleine et entière en cas d'expropriation (formelle ou matérielle), disparaîtrait.

Les défauts du système actuel ne peuvent être supprimés, à mon sens, que par une réglementation qui associerait une prévisibilité totale dans certains cas (et donc une véritable garantie) et la possibilité d'une certaine souplesse dans d'autres cas. Il conviendrait ainsi de maintenir la garantie d'une indemnité pleine et entière en cas d'expropriation ou de restrictions vraiment équivalentes, mais il faudrait alors préciser la notion de pleine indemnité de façon à éviter que l'indemnisation puisse donner lieu à des profits injustifiés[37]; cette garantie devrait être complétée par la possibilité d'allouer une indemnité équitable lorsque des restrictions apportées à la maîtrise vont au-delà de ce qu'un propriétaire doit supporter gratuitement, sans pour autant que l'atteinte présente l'intensité d'une expropriation[38].

c. Les éléments du régime actuel permettant d'influencer la maîtrise privée individuelle en vue du bien commun

aa. Le principe

L'art. 22ter Cst. féd. n'indique pas expressément avec quelle «intensité» l'Etat doit intervenir pour influencer la maîtrise privée en vue d'assurer, indépendamment de la rentabilité économique, une bonne utilisation des ressources. Il précise simplement que, la compétence de l'Etat étant supposée, celui-ci doit, s'il veut restreindre la maîtrise privée, agir par voie législative en s'assurant qu'il existe un intérêt public. L'idée directrice peut cependant se déduire de l'articulation de l'art. 22ter Cst. féd.

Le principe (alinéa premier) est la garantie de la maîtrise privée; l'exception (alinéa deuxième) est l'intervention de l'Etat (expropriation ou restriction). Le système actuel est ainsi construit sur la *présomption générale que la maîtrise privée assure une bonne utilisation des ressources* par l'efficacité économique qui la

[37] Un système pourrait être de déterminer le dommage subi non pas sur la base de la valeur actuelle du bien-fonds, mais en partant du prix d'acquisition et en y ajoutant une certaine plus-value proportionnelle à la durée de la propriété et aux investissements du propriétaire.

[38] Voir ROSENSTOCK, p. 242–243.

caractérise. Cette présomption tend à réaliser un équilibre entre, d'une part, l'exigence d'une certaine efficacité économique (cf. supra b.) et, d'autre part, le besoin de faire entrer dans le bien commun d'autres éléments que la rentabilité économique.

bb. Appréciation du système actuel

1° Appréciation du système comme tel

Favorable en principe à la maîtrise privée des biens (s'inscrivant dans une économie libérale), le système actuel n'exclut pas pour autant la prise en considération des éléments du bien commun qui ne résultent pas ou qui s'opposent à la maîtrise privée. Mais, en raison de la présomption générale en faveur de ce type de maîtrise, *il est nécessaire d'apprécier de cas en cas si les exigences du bien commun requièrent une modification de la maîtrise privée.* Les modifications sont donc effectuées progressivement, après une réflexion portant sur un objet relativement limité. Le risque est ainsi faible que se produise un dérèglement rapide des mécanismes juridiques, économiques et psychologiques, qui conduirait, par exemple, à une baisse subite des ressources dont dispose notre société.

Cette prudence a également ses inconvénients. Le premier est précisément que le régime de la maîtrise des biens *évolue très lentement,* alors que dans certains domaines des mesures devraient (ou auraient dû) être prises rapidement[39]. Par ailleurs, comme chaque modification est envisagée pour elle-même, *la cohérence du système peut en souffrir.* L'Etat n'agit que de façon ponctuelle, sans qu'il existe une politique concertée sur la base d'une analyse globale des problèmes que pose la maîtrise des biens.

2° Appréciation du système du point de vue de ses résultats et de son fonctionnement

Il est très difficile d'apprécier l'influence de la configuration juridique du système actuel sur les résultats qui ont pu être atteints, car la démarcation entre le rôle de la structure juridique

[39] Voir infra p. 203 ss. Il ne faut cependant pas exagérer la portée de cet argument, car l'art. 89bis Cst. féd. donne à la Confédération la possibilité d'intervenir rapidement si cela est nécessaire. Cette voie a d'ailleurs été utilisée en 1972 afin d'amorcer l'aménagement du territoire avant même l'adoption d'une loi fédérale en la matière (voir l'AF du 17 mars 1972 instituant des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire, ROLF 1972, I, p. 652, ainsi que le Message du Conseil fédéral, FF 1972 I, p. 494–495).

du système et celui de la volonté politique est très délicate à opérer. Seule une étude beaucoup plus approfondie que le présent rapport permettrait de distinguer ce que l'on aurait voulu faire, sans en avoir eu la possibilité juridique, et ce que l'on aurait juridiquement pu faire, mais qui n'a pas été réalisé faute de volonté politique. Les considérations qui suivent sont donc, en partie du moins, fondées sur des impressions personnelles.

Les oppositions qui se sont manifestées jusqu'ici entre le régime de maîtrise privée et une «saine utilisation» des ressources (c'est-à-dire ce que l'on considère être aujourd'hui une utilisation conforme au bien de la communauté entière) peuvent être classées en trois groupes principaux.

α) Il apparaît d'abord que la maîtrise privée individuelle (considérée dans sa forme la plus libre) peut entrer en *conflit avec les conditions minimales nécessaires à la vie en société.* Il en est ainsi dans d'innombrables domaines touchant autant aux biens mobiliers qu'aux biens immobiliers. Ce conflit entre la maîtrise privée et l'*ordre public* ne suscite dans le système actuel aucune difficulté particulière. D'une part, sous l'angle de la garantie des droits patrimoniaux individuels (art. 22ter al. 2), l'Etat peut agir sans rencontrer d'obstacles insurmontables: il est incontesté que l'ordre public est un élément de l'intérêt public; de plus, si le danger est vraiment grave et imminent, la clause générale de police dispense même de la base légale. D'autre part, du point de vue de la garantie de valeur (art. 22ter al. 3), il est admis que, lorsque l'exercice de la maîtrise privée constitue un danger concret pour l'ordre public, l'Etat peut toujours restreindre cet exercice sans indemniser le titulaire du droit.

La seule question qui se pose aujourd'hui est celle de l'étendue de la notion d'ordre public. La doctrine dominante et la jurisprudence se montrent plutôt restrictives et ne font entrer dans la définition de l'ordre public que ce qui est requis par la tranquillité, la sécurité, la santé et la morale publiques. Certains auteurs souhaitent cependant une extension de cette notion ou, à tout le moins, ne l'excluent pas[40].

[40] Pour plus de détails, voir P. ABRAVANEL, La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, in: Société suisse des juristes, Rapports et communications, 114, 1980, p. 1 ss (ou RDS 99 II, 1980, p. 1 ss). Les contours de l'ordre public ne sont pas nécessairement les mêmes selon qu'il limite le droit à la maîtrise privée ou un autre droit constitutionnel (voir E. GRISEL, La définition de la police, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle 1975, p. 98). En ce qui concerne la maîtrise pri-

β) L'exercice libre de la maîtrise privée, ensuite, peut contribuer à *menacer certains éléments essentiels à l'épanouissement des individus et à la qualité de leur existence.* Ce phénomène s'est manifesté avec une force toute particulière au cours de ces trois dernières décennies. Les atteintes à l'environnement ont présenté une ampleur sans précédent: pollution de l'eau et de l'air, mise en danger des équilibres naturels, destruction des sites, etc. Parallèlement, les constructions se sont développées de manière anarchique, souvent en se nuisant les unes aux autres; dans de nombreux cas, la qualité de l'habitat n'était pas satisfaisante alors que, en particulier sous l'effet de la spéculation, les loyers étaient de plus en plus élevés. A cela s'est ajouté, notamment en raison du développement des moyens de transport privés, une tendance à utiliser des terrains agricoles pour la construction de résidences aux abords des villes, ce qui a rendu encore plus difficile la survie de notre agriculture. Sans vouloir analyser ici cet ensemble de phénomènes, il convient pourtant de souligner que le système de maîtrise des biens n'est pas à lui seul la cause des nombreux problèmes qui se posent.

Certes, il n'a pas empêché l'apparition de ces difficultés et il a même contribué dans une large mesure à leur survenance; d'une certaine façon, il est d'ailleurs normal qu'il en soit ainsi puisque ce régime donne la priorité à la rentabilité économique et qu'il a comme ressort psychologique la recherche du profit par les individus. Il faut donc s'attendre à ce que cette vision partielle de l'utilisation des ressources appelle des correctifs pour tenir compte des autres facteurs contribuant à une bonne utilisation globale de ces ressources. Toutefois, au cours de ces dernières décennies, s'est ajouté à cette tendance fondamentale du régime de la maîtrise des biens une série d'autres éléments qui en ont accentué les effets. L'accélération des activités économiques qui a suivi la seconde guerre mondiale, la forte augmentation du niveau de vie qui en est résultée, des progrès technologiques immenses et le phénomène «automobile», ont certainement con-

vée, une partie de la doctrine considère que la protection de l'ordre public autorise aussi l'Etat à réglementer l'esthétique des constructions (voir FLEINER-GERSTER, Grundzüge, p. 145 et A. MACHERET, Esthétique et droit public de la construction, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977, p. 345, qui distingue cependant selon que la réglementation se limite à empêcher un «danger concret d'enlaidissement» ou qu'elle vise un résultat positif, un «aspect architectural satisfaisant»). Pour M. FLEINER, la beauté des sites est également un bien de police (op. cit., p. 145).

tribué à donner aux problèmes de la protection de l'environnement, de l'aménagement du territoire et, en partie également, de la survie de notre agriculture, leur acuité actuelle.

Cela étant, il est intéressant de voir dans quelle mesure le régime de maîtrise privée a permis de faire face à ces difficultés. Je me limiterai à deux constatations; la première est négative, la seconde est plus optimiste.

L'élément négatif est sans doute la lenteur de la réaction, qui a pour conséquence aujourd'hui que les dommages causés à notre cadre de vie sont très importants et durables. Dans ce domaine comme dans d'autres, il n'est pas aisé de mesurer ce qui dans ce retard est dû à la structure même du régime juridique et ce qui est imputable à la nécessité d'une évolution des idées et d'une prise de conscience progressive de la menace. Il n'est pas plus facile de supputer ce qui se serait passé dans un système différent du nôtre, notamment dans un système basé sur la planification, à supposer bien sûr qu'il ait été placé dans les mêmes conditions.

Le risque de dérèglement et d'atteintes aux éléments du bien commun qui ne relèvent pas de l'efficacité économique est inhérent au régime de maîtrise privée; c'est même, dans une certaine mesure, ce qui fait la force et la dynamique de ce régime. Un tel risque peut être pris, mais il faut être sûr de pouvoir remédier aux effets néfastes à temps et sans que le dommage causé soit trop important. L'évolution de ces dernières décennies me paraît démontrer que tel n'est plus le cas aujourd'hui et que, dans des délais très brefs, des dommages considérables, et peut-être irréparables, peuvent être causés par l'excès de liberté. Cela n'appelle pas encore une condamnation globale du système, car il présente des avantages incontestables en relation avec l'efficacité dans l'utilisation des ressources et le développement des libertés individuelles. *Mais il convient certainement aujourd'hui de «surveiller», d'une manière ou d'une autre, l'exercice de la maîtrise avec plus d'attention.*

D'un autre côté, et cela est positif, il faut relever que le régime actuel n'a pas empêché que soit élaborée une législation pour protéger l'environnement, pour promouvoir un aménagement coordonné du territoire, pour sauvegarder notre agriculture. Il est encore trop tôt pour savoir si les structures juridiques ainsi mises en place seront vraiment efficaces; il est vraisemblable qu'il ne suffira pas que l'aménagement du territoire soit planifié pour éviter toutes les erreurs et que les générations futures jugeront aussi certaines décisions étatiques bien maladroites. Dans l'ensemble cependant, la situation devrait s'améliorer, et à mon sens

elle s'améliore déjà. Dans l'optique de ce rapport, l'essentiel est de noter que *le régime actuel et l'interprétation donnée à certaines notions* (garantie de l'institution, intérêt public, expropriation matérielle) *ont permis, lorsque la volonté politique était présente, d'imposer des restrictions considérables à la liberté de maîtrise.* Les règles sur l'aménagement du territoire et le droit foncier rural (comme d'ailleurs le droit rural en général) montrent bien quelle peut être l'importance des restrictions compatibles avec le régime en vigueur[41].

γ) Le libre exercice de la maîtrise des biens, enfin, peut entrer *en conflit avec les intérêts de personnes qui sont directement affectées par cette maîtrise.* On prend en effet de plus en plus conscience que la maîtrise privée d'un bien par une personne, qui implique par définition l'absence de maîtrise sur ce bien de la part de toutes les autres personnes[42], ne peut plus être totalement libre lorsqu'elle a des conséquences très importantes sur le mode d'existence d'autres personnes. On pense principalement à l'influence des décisions du propriétaire d'une entreprise sur l'avenir des personnes qui y travaillent; mais le même problème se pose pour les effets des options du propriétaire d'un immeuble sur le sort des locataires qui y habitent.

Le droit actuel connaît déjà plusieurs mesures permettant à des tiers concernés par la maîtrise d'un bien d'avoir une certaine influence sur l'exercice de cette maîtrise. On pense d'abord aux droits de préemption légaux du copropriétaire, du superficiaire, du propriétaire d'un fonds grevé d'un droit de superficie (art. 682 CC), et, en matière d'exploitations agricoles, des parents, fermiers et employés (art. 6 ss LPR); on peut aussi signaler les règles du droit de voisinage (art. 684 ss CC) et les droits de gage légaux (art. 837 ss CC). Mais il ne s'agit là que de droits ponctuels et en définitive très limités; *le problème de la relation entre le droit de propriété et les tiers concernés d'une manière directe et importante par l'exercice de ce droit reste posé dans son ensemble.* C'est certainement, avec la question de l'amélioration de l'accès à la maîtrise privée, le problème principal qui doit être résolu aujourd'hui (notamment en ce qui concerne la participation des travailleurs aux décisions touchant le sort de l'entreprise et aux bénéfices réalisés).

[41] On se reportera à ce sujet aux rapports présentés à la Société suisse des juristes en 1979 par MM. Hotz et Pidoux, notamment à leurs conclusions.

[42] Voir Meier-Hayoz, Vom Wesen, p. 176.

cc. Remarques concernant le Projet de Constitution de 1977

Le Projet de Constitution de 1977 accorde une importance accrue à la prise en considération des éléments de l'intérêt public qui ne découlent pas directement de la maîtrise privée ou qui sont en contradiction avec elle. Il comporte à cet égard deux nouveautés.

Tout d'abord, il confie à l'Etat une mission générale d'intervention dans le domaine de la maîtrise des biens, de façon à ce que soient réalisés les objectifs d'intérêt public; il requiert ainsi de l'Etat une attitude active, non seulement en ce qui concerne l'accès à la maîtrise privée et la répartition des ressources, mais aussi en ce qui concerne l'utilisation de celles-ci pour le bien commun. Les auteurs du Projet font donc preuve d'une confiance plus grande dans les interventions étatiques. Au vu de ce qui précède, cette attitude n'est pas sans fondement. La présomption selon laquelle la liberté de maîtrise assure une bonne utilisation des ressources ne sort en effet pas renforcée de la brève analyse présentée plus haut. Certes, l'efficacité économique du système est bonne, mais il s'impose de veiller avec plus de soin à ce que soient respectées aussi les autres exigences d'une bonne utilisation des ressources. *L'idée d'une politique de la propriété, ainsi comprise, peut donc être approuvée dans son principe.* Tout autre est la question de savoir comment aménager cette intervention plus intense de l'Etat et comment en préciser les contours.

Ensuite, à son art. 30, le Projet définit certains objectifs de la politique de la propriété. Les auteurs du Projet ne se contentent pas d'insérer dans la Constitution une référence générale (expresse ou tacite) à l'intérêt public; ils précisent et concrétisent cette notion, souhaitant ainsi que le constituant lui-même fasse une réflexion globale sur les différentes composantes du bien commun dont il faut tenir compte en aménageant le régime de la maîtrise des biens. La solution retenue présente, au moins en théorie, l'avantage de favoriser une certaine cohérence du système, sans pour autant limiter les objectifs de la politique de la propriété puisque la liste de l'art. 30 n'est pas exhaustive. Certains buts énoncés par cette disposition correspondent à ce qui est considéré aujourd'hui déjà comme d'intérêt public (aménagement du territoire, protection de l'environnement). D'autres objectifs sont nouveaux ou en tout cas indiquent avec plus de force la mission de l'Etat; ce sont ceux qui tendent à une répartition plus égalitaire des ressources (art. 30 lit. d, e, f, h) et à la promotion de la propriété servant un intérêt commun ou faisant directe-

ment l'objet d'un usage personnel (lit. g). Il ne m'appartient pas de discuter ici ces options qui, comme leur nom l'indique, sont plus politiques et philosophiques que juridiques. Je tiens pourtant à faire les trois brèves remarques suivantes:

- L'énoncé des objectifs de la politique de la propriété est fait en des termes extrêmement généraux, sans que les moyens à mettre en œuvre pour les réaliser soient même esquissés. Certes, ce faisant, le Projet précise en partie les contours de l'intérêt public, alors que tel n'est pas le cas aujourd'hui. Mais il est par ailleurs *très difficile d'apprécier la portée effective d'objectifs définis aussi largement.*
- Comme indiqué plus haut[43], la liste des objectifs de l'art. 30 ne mentionne pas que l'Etat doit veiller à ce que la quantité de ressources produites par le système soit suffisante. Compte tenu de l'art. 2 du Projet et du fait que la liste de l'art. 30 n'est pas exhaustive, la *prise en considération de l'efficacité économique* ne serait pas exclue dans le nouveau système; il serait pourtant souhaitable de l'indiquer expressément. La politique de la propriété ne doit pas aboutir à un appauvrissement général de la société.
- La référence à l'efficacité économique du système pose un problème nouveau, que le Projet ne résout pas: celui de l'*ordre de priorité des objectifs.* Très concrètement, il est vraisemblable que si le législateur prend des mesures efficaces contre une concentration excessive de la richesse (art. 30 lit. e), un certain nombre de «concentrations de richesses» qui s'opéraient en Suisse s'effectueraient ailleurs, ce qui pourrait entraîner une baisse des ressources globales de notre pays. Jusqu'où est-il raisonnable d'aller? De même, il ne paraît pas possible de lutter contre la pollution et d'assurer une protection efficace de l'environnement sans sacrifier une partie de la prospérité générale et du confort de chacun. L'art. 30 n'indique pas comment résoudre ce type de conflits. On en revient finalement à l'art. 2 du Projet qui parle d'un «régime équilibré, qui contribue à la prospérité générale, ainsi qu'à la sécurité des particuliers et au développement de leur personnalité». Ce point d'équilibre, qui réalise la meilleure justice sociale et prend en considération au mieux les intérêts collectifs, tout en laissant subsister une rentabilité économique suffisante, doit être l'objectif global du régime de maîtrise des biens. *Le véritable problème est de savoir quand ce point d'équilibre est atteint.* La

[43] Voir supra p. 196s.

réponse, qui n'est pas juridique, mais économique et politique, ne peut être énoncée dans l'abstrait; elle dépend des circonstances du moment et doit être constamment réexaminée.

Il incombe en revanche au juriste de se préoccuper des voies à suivre pour atteindre ce point d'équilibre. Contrairement au système actuel, qui présume que cet équilibre est atteint par la maîtrise privée, les auteurs du Projet estiment que l'Etat doit se préoccuper activement et en permanence de la recherche de cet équilibre. La mission générale de l'art. 2 du Projet prend ainsi une valeur plus précise et plus contraignante. Mais il faut voir que l'art. 30 du Projet, tel qu'il est rédigé actuellement, ne va finalement pas au-delà de cette injonction de principe. L'énumération d'objectifs formulés en termes vagues et sans ordre de priorité ne donne finalement au législateur que bien peu d'indications sur la manière de remplir sa tâche.

D. Appréciation d'ensemble

1. Au terme de cette brève et très générale analyse du régime en vigueur, une première constatation s'impose: seule une meilleure connaissance de la réalité (qui est propriétaire juridiquement et «économiquement» de quoi? que représentent exactement les maîtrises directes par rapport aux droits de créances ou de participation à des sociétés? etc.) permettrait de se faire une idée plus exacte du système actuel. Les éléments, notamment les éléments statistiques exploitables directement, sont aujourd'hui insuffisants pour ce faire[44]. Cela n'est d'ailleurs pas surprenant, puisque dans un régime d'essence libérale un tel instrument d'analyse n'est pas nécessaire. Définir le profil de la réalité sociale en matière de maîtrise des biens dépasse d'ailleurs probablement les forces de chercheurs isolés; c'est là une tâche qui devrait faire l'objet d'un vaste programme d'études, soutenu par exemple par le Fonds national de la recherche scientifique. A l'analyse de ces éléments de fait, devrait s'ajouter une connaissance plus approfondie des mécanismes psychologiques qui conditionnent le comportement humain et surtout de la possibilité de les faire évoluer; les composantes anthropologiques de notre système devraient également être mieux connues. L'étude de M. M. WERDER[45] constitue le premier pas d'une recherche pluridisciplinaire qui devrait être poursuivie.

[44] Voir dans le même sens MACHERET, Droit et politique de la propriété, p. 575.
[45] Voir § 1., note 56.

2. Si, avec les moyens actuellement disponibles – et avant tout à travers l'étude des mécanismes juridiques – on examine le régime actuel en le confrontant aux objectifs qu'il poursuit, on parvient à une vision qui ne présente pas que des aspects positifs. A l'actif du régime actuel, il faut d'abord mettre une bonne rentabilité économique globale (qui n'est d'ailleurs pas due exclusivement au régime des biens) et le fait que, dans l'ensemble, l'autonomie économique individuelle (là encore en tenant compte d'autres éléments que le régime de maîtrise des biens) peut être considérée comme satisfaisante. A l'actif également doit figurer le fait que le régime s'est révélé suffisamment souple pour que s'amorcent des solutions aux problèmes de la protection de l'environnement et de l'aménagement du territoire, ainsi que dans de nombreux autres cas où l'intérêt général exigeait une limitation de la maîtrise privée. Enfin, et ce n'est pas là l'élément qui a le moins de poids, ce système a atteint ses résultats en laissant à chacun le maximum de liberté.

Au passif du bilan figurent d'abord la lenteur avec laquelle le système évolue, ainsi que le risque d'un manque de cohérence interne; l'intervention étatique nécessaire au respect du bien commun se produit parfois très tard, au moment où des dommages durables et graves ont déjà été commis (cas des atteintes à l'environnement par exemple). Le régime actuel doit en outre être amélioré en ce qui concerne l'accès de chacun à la maîtrise privée. Il est également nécessaire de trouver une définition plus fine de l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation, définition qui tout en maintenant la prévisibilité du système, évite des abus et la rigidité actuelle. Enfin, il faut résoudre le problème de l'intervention des tiers dans la maîtrise des biens qui affectent directement et d'une manière importante leur mode d'existence.

3. Il est à mon sens possible de remédier à la plupart des défauts mentionnés ci-dessus sans modifier la structure juridique fondamentale de la maîtrise des biens. En particulier, l'amélioration de l'accès à la maîtrise privée (meilleure justice sociale) et la prise en considération des intérêts des tiers concernés par la maîtrise (participation) devraient pouvoir être réalisées dans le cadre du système actuel. Ces problèmes sont finalement, de ce point de vue, plus politiques que juridiques. Un aspect du système juridique, en revanche, doit certainement être modifié; c'est celui de la définition de l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation.

Le point le plus délicat est en définitive celui de la stratégie à suivre afin d'atteindre le but global assigné au système: maintenir l'équilibre le plus juste possible entre la liberté et la rentabilité

économique, d'une part, et les exigences du bien commun et d'une meilleure répartition des ressources, d'autre part. La recherche de cet équilibre doit être permanente et il est souhaitable que l'Etat y joue un rôle actif; la structure fédérative de notre Etat lui permet d'ailleurs de jouer ce rôle dans des conditions favorables. Mais il est essentiel qu'il exerce ce rôle avec prudence et en respectant au maximum la structure d'essence libérale du système. Compte tenu de l'extrême complexité des mécanismes (influencés autant par le développement de l'économie que par le contexte international dans lequel ils s'exercent et par l'évolution des mentalités) qui assurent le bon fonctionnement du système, seule a des chances de succès une modification du régime des biens effectuée progressivement et laissant au système le plus de souplesse possible.

Seconde partie

La propriété

La propriété joue dans le régime de la maîtrise privée des biens un rôle si essentiel qu'elle en a toujours été le symbole. Il est vrai que la propriété a actuellement perdu un peu de son importance au profit de formes moins directes de maîtrise privée; elle n'en reste pas moins l'élément central de tout le système et l'idée que l'on s'en fait, comme les règles qui la régissent, exercent une influence décisive sur tout le régime de la maîtrise des biens. Aussi convient-il de s'arrêter, même brièvement, à la notion de propriété (§ 4.) et à quelques caractéristiques de sa réglementation (§ 5.). On constatera ainsi que, même dans le cadre de la définition actuelle de la propriété, il existe de nombreuses possibilités de rendre la réglementation plus souple et plus adaptée aux problèmes que doit encore résoudre le régime de maîtrise des biens.

§ 4. La notion de propriété

Dans la doctrine encore largement dominante, la propriété est définie comme un droit, plus précisément comme un droit subjectif privé, entrant dans la catégorie des droits de maîtrise (A.). A cette conception s'oppose une approche globale de la propriété, qui définit cette dernière comme un ensemble de droits et de devoirs résultant de l'ordre juridique (dans ses composantes privées et publiques) (B.).

Afin d'éviter des confusions, il n'est pas inutile de préciser d'emblée que l'objet du présent paragraphe est d'analyser la «notion» de propriété, non le «contenu» de celle-ci. Par «notion» ou «définition», j'entends ici une brève caractérisation, une description sommaire donnant l'essentiel de ce qu'est la propriété. C'est à cette définition que fait référence celui qui, dans la conversation courante, dans un texte de loi, dans un arrêt ou dans une étude scientifique, utilise le mot «propriété». Il se peut, comme certains auteurs le prétendent, que la définition de la

notion de propriété précise en même temps le contenu de celle-ci; mais telle n'est pas ici ma préoccupation. Il s'agit uniquement de savoir à quoi fait référence le mot «propriété».

A. La propriété comme droit subjectif privé de maîtrise

1. Généralités

Aux termes de l'art. 641 CC, le «propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. Il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation».

La plupart des définitions de la propriété proposées en Suisse partent de cette disposition, ou, plus exactement, de la conception de la propriété qui sous-tend cette disposition. La propriété y est conçue comme un droit, c'est-à-dire une faculté, une prérogative qui, à certaines conditions, est reconnue à une personne par les règles de droit. Pour la plupart des auteurs, ces règles sont celles du droit privé, de telle sorte que la propriété est d'abord définie comme un droit subjectif privé. De ce point de vue très général, elle apparaît comme une prérogative, résultant du droit objectif privé, qui permet à son titulaire d'imposer quelque chose à un ou plusieurs tiers[1].

Tous les auteurs qui font de la propriété un droit subjectif privé complètent cette description en précisant que ce droit est un droit de maîtrise (par opposition aux droits de créance, aux droits corporatifs et aux droits de compétence), savoir un droit qui permet de «jouir d'un bien à l'exclusion de toute autre personne»[2]. Ils s'accordent aussi à admettre que le droit de propriété est un droit réel (c'est-à-dire un droit de maîtrise dont l'objet est une chose ou un bien assimilé à une chose) et que c'est le droit réel qui donne la maîtrise la plus étendue sur une chose. Il existe pourtant deux sujets de controverse:

- Le premier, à mon sens purement théorique, concerne la structure de la propriété en tant que droit de maîtrise (2.);
- le second, beaucoup plus important, a trait à la définition de l'étendue de la maîtrise conférée par le droit de propriété (3.).

[1] Voir W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, Obligationenrecht, commentaire zurichois, T. V, 1a, Zurich 1973, Vorbemerkungen vor Art. 1, n. 79.

[2] P. GAUCH/W. SCHLUEP/P. TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Zurich 1980, T. I, n. 47; voir aussi SCHÖNENBERGER/JÄGGI, loc. cit., n. 81. Les droits de maîtrise comprennent les droits réels, les droits de la propriété immatérielle et les droits de la personnalité.

2. La structure du droit de propriété en tant que droit de maîtrise

Il existe sur ce point trois écoles.

Une partie de la doctrine[3], suivie par la jurisprudence[4], considère que le droit de maîtrise se définit par le pouvoir direct qu'il permet d'exercer sur son objet *(Unmittelbarkeitstheorie)*. Ainsi, le titulaire d'un droit réel peut exercer sa maîtrise sur la chose sans l'intermédiaire d'une autre personne et il résulte de ce pouvoir direct que le droit réel est opposable à quiconque[5], que le droit réel est donc un droit absolu (erga omnes).

D'autres auteurs[6] estiment au contraire que le droit réel se définit par le fait qu'il permet à son titulaire d'imposer à tous les autres sujets de droit le devoir de s'abstenir de troubler la maîtrise du titulaire *(Erga omnes-Theorie)*; la maîtrise de la chose

[3] Voir P. LIVER, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, T. V, Bâle/Stuttgart 1977 (ci-après: Das Eigentum), p. 9, où l'on trouvera de nombreuses références aux écrits des partisans, suisses et étrangers, de la théorie de la maîtrise directe. Voir également C. BOCQUET, De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel. Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse, thèse Genève 1978, p. 64 ss, où l'on distingue en outre l'immédiateté du droit et la maîtrise directe de la chose.

[4] Voir ATF 92 II 229 = JdT 1967 I 226.

[5] L'étude de M. BOCQUET (voir note 3) consacrée à l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel est d'abord une recherche méthodologique sur la manière de vérifier (ou de falsifier) l'existence d'une caractéristique juridique. Elle est intéressante dans l'optique qui est la nôtre dans ce rapport, car la caractéristique étudiée est précisément l'un des éléments de description de la propriété. M. BOCQUET arrive à la conclusion que l'opposabilité aux tiers, comme caractéristique du droit réel, n'a pas une valeur absolue et qu'elle est tenue en échec par plusieurs principes, parmi lesquels il relève le principe paulien et les principes des règles de preuves (voir aussi LIVER, Das Eigentum, p. 24). M. BOCQUET n'en conclut pourtant pas que l'opposabilité aux tiers n'est pas une caractéristique du droit réel; il relativise simplement la portée de cette caractéristique en lui donnant une fonction subsidiaire: «L'opposabilité aux tiers peut servir à *décrire* le droit réel dans *l'abstrait,* comme toute caractéristique apparente habituelle permet dans l'ordre normal des choses de décrire un phénomène... Il n'est par contre plus soutenable en logique que l'on puisse faire découler, dans chaque cas concret, la qualité réelle d'un droit de la seule observation de son opposabilité aux tiers, ni de déduire qu'un droit est nécessairement opposable aux tiers parce qu'on le sait réel.» (op. cit., p. 297). Cette approche est, sur le point précis de l'opposabilité aux tiers, analogue à celle de la doctrine dominante sur le droit de propriété lui-même: elle accepte de décrire abstraitement le droit de propriété par certaines caractéristiques générales, même si concrètement le contenu du droit est parfois différent. Voir infra p. 215 ss.

[6] Voir W. BURKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Bâle 1927, p. 30–31, ainsi que les auteurs étrangers cités dans MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 174.

apparaît alors comme la résultante de la somme des devoirs d'abstention des tiers.

La troisième école[7] se prononce pour une approche mixte, qui place sur pied d'égalité les deux aspects du droit de maîtrise: le pouvoir direct sur la chose et l'ensemble des devoirs d'abstention des tiers sont les deux composantes des droits de maîtrise, sans que l'une des composantes soit la conséquence de l'autre. C'est ainsi que M. MEIER-HAYOZ distingue l'aspect positif (ou interne) de la maîtrise, savoir le pouvoir direct sur la chose, et l'aspect négatif (ou externe), savoir le droit à l'abstention de la part des tiers[8]. Cette conception mixte de la maîtrise est sans doute la plus proche de celle du Code civil, qui distingue également à l'art. 641 le pouvoir sur la chose (al. 1) et le droit d'exiger l'abstention des tiers (al. 2), sans donner la préférence à l'un des aspects autrement qu'en l'énonçant le premier.

Sans vouloir accorder trop d'importance à cette controverse, et s'il faut vraiment ne retenir qu'une conception, il convient à mon sens de privilégier l'*Erga omnes-Theorie,* car un droit subjectif ne peut se comprendre qu'en tant qu'il existe à l'égard d'autres personnes. Les considérations de P. JÄGGI sur les rapports juridiques généraux entre individus et sur les droits latents à contenu général[9] permettent à mon sens de surmonter les difficultés mises en lumière par M. P. LIVER[10]: aussi longtemps qu'une atteinte n'est pas portée à la maîtrise de la chose, le droit n'est que latent et il a un contenu tout à fait général (interdiction de tout comportement de tiers qui pourrait troubler la maîtrise); mais, à chaque atteinte effective, le droit s'actualise et se concrétise en une prétention de contenu déterminé dirigée contre une personne déterminée.

3. La définition de l'étendue de la maîtrise conférée par le droit de propriété

Les auteurs admettent tous que la propriété confère sur la chose une maîtrise plus étendue que les «autres droits réels» (les droits réels limités) et qu'il existe de nombreuses restrictions à cette maîtrise (imposées par le droit privé et par le droit public). La controverse porte sur la manière dont il faut intégrer ces deux éléments à la notion de propriété. Pour les uns, la propriété se

[7] Voir notamment HAAB, Einleitung, n. 53; P. TUOR/B. SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich 1975 (réimpression 1979), p. 53; MEIER-HAYOZ, n. 17 ss ad art. 641 et Vom Wesen, p. 174–175.

[8] Voir n. 17 ss ad art. 641.

[9] Voir SCHÖNENBERGER/JÄGGI, loc. cit., n. 82 ss et 102 ss.

[10] Voir LIVER, Das Eigentum, p. 9–10, n. 17.

définit comme une maîtrise totale, et les restrictions imposées par l'ordre juridique sont extérieures à la notion (a.); pour d'autres, toutes les restrictions sont immanentes au droit de propriété et doivent donc être intégrées à la notion (b.); il existe enfin une approche fonctionnelle de la notion de propriété, qui constitue une voie moyenne entre ces deux extrêmes (c.).

a. La propriété comme droit de maîtrise en principe totale sur une chose

C'est la définition classique, directement inspirée de la conception romaine[11]; cette approche est encore aujourd'hui celle de la doctrine dominante[12]. Selon la formule du commentaire de M. MEIER-HAYOZ, la propriété est «das umfassendste dingliche Recht; dasjenige Recht an einer Sache, welches dem Berechtigten alle Befugnisse darüber zuweist, die nicht durch Rechtsordnung oder Rechtsgeschäft ausgenommen werden»[13].

Cette notion du droit de propriété permet d'abord de différencier la propriété des autres droits réels, qui ne confèrent sur la chose qu'une maîtrise limitée. Plus précisément, les autres droits réels excluent, par définition, certaines possibilités de maîtrise (par exemple, une servitude exclut *a priori* pour son titulaire le droit de disposer de l'objet grevé), alors que le droit de propriété n'exclut en principe aucune forme de maîtrise. Cela ne signifie pas que la maîtrise du propriétaire soit effectivement illimitée dans tel cas concret, car la loi ou un acte juridique peuvent imposer des restrictions; simplement, contrairement à ce qui se passe en matière de droits réels limités, ces restrictions ne résultent pas de la notion même de propriété.

Quant à ces limites externes à la notion de propriété, il faut d'abord relever que nombre d'entre elles ne visent pas seulement la maîtrise en principe illimitée conférée par le droit de propriété,

[11] Voir supra p. 148s.

[12] Voir LIVER, Das Eigentum, p. 3 ss; P. LIVER, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag, Berne 1972 (ci-après: Eigentumsbegriff), p. 149 ss; MEIER-HAYOZ, S.T., n. 175 ss, la pensée de M. MEIER-HAYOZ ayant toutefois évolué depuis la parution de ce commentaire (voir infra b.); H. P. FRIEDRICH, Grundbuch und öffentliches Recht, RNRF 51, 1970, p. 194; H. PETER, Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, thèse Zurich, Aarau 1946, p. 103; H. LEEMANN, Sachenrecht. Das Eigentum, commentaire bernois, T. IV, 1, Berne 1920, Einleitung, n. 1.

[13] S.T., n. 179.

mais aussi les maîtrises partielles qui résultent des droits réels limités (voir les maîtrises indirectes qui découlent de certains droits personnels). Il en est ainsi, par exemple, des restrictions imposées à la maîtrise d'un fonds par les art. 679 et 684 ss CC[14]. Ce fait montre bien que ces restrictions sont extérieures à la notion de propriété. Pour le surplus, rappelons que l'on distingue deux espèces de restrictions imposées par la loi. Un premier groupe résulte des règles du droit privé et protège certains particuliers: la loi permet à certaines personnes déterminées d'intervenir dans l'exercice de la maîtrise de la chose par le propriétaire (voir notamment les art. 682, 684 ss, 837 ss CC)[15]. Le second groupe, qui comprend les restrictions les plus nombreuses, vise à protéger la collectivité dans son ensemble; c'est alors cette dernière qui est chargée de la mise en œuvre des restrictions (voir notamment la réserve improprement dite de l'art. 702 CC)[16]. Certaines restrictions peuvent avoir un caractère mixte, à la fois public et privé[17].

La définition de la propriété comme droit de maîtrise totale sur une chose, sous réserve des restrictions externes à la notion, se caractérise d'abord par le fait qu'elle est valable quel que soit l'objet de la propriété[18]. Telle était aussi la conception de E. HUBER: «En soi, et logiquement, la notion de propriété est la même pour tout ce qui peut être objet de celle-ci»[19]. En elle-même, la notion est également utilisable dans tous les systèmes juridiques[20]. En intégrant à la définition de la propriété la possibilité de restrictions, mais non les restrictions elles-mêmes, les tenants de cette conception se limitent à énoncer des caractéristiques abstraites, communes à tous les droits de propriété.

Cette vision de la propriété a deux conséquences très importantes:

- La première est *juridique*. Le propriétaire ayant en principe la maîtrise totale de la chose (usage, jouissance et disposition), c'est à celui qui prétend que tel n'est pas le cas de le prouver. Le propriétaire ne supporte donc pas le *fardeau de la preuve;* c'est pour lui un incontestable avantage[21].

[14] Cf. MEIER-HAYOZ, n. 52 ss ad art. 679.
[15] Voir aussi supra p. 137 s.
[16] Voir aussi supra p. 138.
[17] Voir MEIER-HAYOZ, n. 8 ss ad art. 680.
[18] Naturellement, cette définition ne préjuge pas du contenu du droit pour un objet concret; voir MEIER-HAYOZ, S. T., n. 193 et Vom Wesen, p. 180.
[19] Exposé des motifs, p. 26.
[20] Voir LIVER, Das Eigentum, p. 3 ss.
[21] Voir LIVER, Das Eigentum, p. 3 ss; MEIER-HAYOZ, S.T., n. 189 et 197.

– La seconde est *psychologique*. Partant de l'idée qu'il a sur la chose un pouvoir illimité, le propriétaire ressent chaque nouvelle règle concernant l'exercice de son droit comme une restriction supplémentaire. Au fur et à mesure que les règles sur la maîtrise se multiplient, il a ainsi l'impression d'une dilution progressive de son droit[22].

b. La propriété comme droit de maîtrise limité de l'intérieur (théorie de l'immanence)

aa. La définition proposée et ses raisons

En réaction contre l'approche classique et romaine de la propriété retenue par la doctrine dominante, s'est développée une théorie cherchant à intégrer les restrictions à la notion de propriété. Les critiques adressées par les tenants de cette théorie à la conception classique sont nombreuses. En voici, très brièvement résumées, les principales:

– la distinction entre une notion abstraite de la propriété et le contenu concret de celle-ci est artificielle[23];
– il n'est pas admissible qu'un droit existe sans imposer de devoirs[24];
– l'image d'un droit de propriété illimité contredit la réalité juridique qui est marquée par des restrictions de plus en plus nombreuses au droit du propriétaire[25];
– la conception classique fait apparaître une opposition entre le droit privé, qui présente la propriété comme illimitée (en principe), et le droit public qui restreint les prérogatives du propriétaire; il est préférable de définir la propriété comme la maîtrise qui résulte de l'ensemble des règles de l'ordre juridique[26].

La réponse à ces objections consiste à intégrer les restrictions à la notion de propriété (théorie de l'immanence des restrictions). Selon la formule de R. HAAB, la propriété doit alors être définie comme «das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, mit dem sich die dem Eigentümer durch die Rechtsordnung auferlegten Pflichten verbinden, derart, daß die Eigentumsherrschaft nur

[22] Voir LENDI, p. 120.
[23] Voir T. BÜHLER, Zur Geschichte, p. 309; H. REY, Dynamisiertes Eigentum, RDS 96 I, 1977, p. 66.
[24] Voir MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 179.
[25] Voir MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 185–186; S.T., n. 185 où M. MEIER-HAYOZ note avec raison que cet argument n'est pas le plus incisif, car la quantité des restrictions ne peut pas affecter une définition juridique de la propriété.
[26] Voir HAAB, n. 2 ad art. 641.

soweit reicht, als sie mit den dem Eigentümer obliegenden Pflichten vereinbar ist»[27]. La propriété est ainsi conçue comme un droit de maîtrise, mais cette maîtrise n'existe, par définition, que dans la mesure où elle est compatible avec les autres dispositions (de droit privé ou de droit public) contenues dans l'ordre juridique. Selon R. HAAB, cette définition de la propriété est celle qui résulte, *de lege lata,* de l'art. 641 CC, puisque cette disposition n'accorde au propriétaire le droit de disposer librement de la chose que «dans les limites de la loi»[28].

Dans une étude publiée en 1969, M. A. MEIER-HAYOZ s'est rallié à la conception de R. HAAB[29]. M. MEIER-HAYOZ conçoit la propriété dans le cadre d'une relation triangulaire constituée des rapports entre:

- le propriétaire et la chose,
- le propriétaire et les tiers (ou la collectivité), ainsi que
- les tiers (ou la collectivité) et la chose.

Les théories relatives à la propriété comme droit de maîtrise[30], souligne-t-il, mettent l'accent sur l'une de ces relations (la relation propriétaire–chose dans l'*Unmittelbarkeitstheorie,* la relation propriétaire–tiers dans la *Erga omnes-Theorie*), ou sur deux seulement d'entre elles (les relations propriétaire–chose et propriétaire–tiers dans la théorie mixte, à laquelle s'est d'ailleurs rallié M. MEIER-HAYOZ). Cependant, même cette théorie mixte ne caractérise qu'indirectement la relation entre les tiers et la chose[31]. Il faut en réalité concevoir la propriété comme un droit touchant à la fois la personnalité de son titulaire et celle du tiers qui est en principe exclu de la maîtrise de la chose (doppelte Persönlichkeitsbezogenheit)[32]. Il en découle pour l'ordre juridique le double devoir d'assurer au propriétaire la maîtrise la plus étendue possible de sa chose et, en même temps, de protéger le tiers contre le propriétaire qui userait de son droit sans égards envers lui, voire d'assurer à la collectivité le droit d'influencer l'usage que le propriétaire fait de sa chose[33]. S'appuyant implicitement sur cette conception, M. MEIER-HAYOZ en vient alors à admettre la théorie de l'immanence des restrictions, proposée par R. HAAB

[27] N. 4 ad art. 641.
[28] HAAB, n. 3 ad art. 641. Rappelons pourtant que, pour E. HUBER, la propriété devrait être définie comme un droit en principe illimité (voir supra note 19).
[29] Voir Vom Wesen, p. 186.
[30] Voir supra p. 213s.
[31] Voir Vom Wesen, p. 175.
[32] Voir Vom Wesen, p. 176.
[33] Voir Vom Wesen, p. 180–181.

et actuellement acceptée par la doctrine dominante en Allemagne.

bb. Critique

Si séduisante qu'elle soit par les objectifs qu'elle poursuit, la théorie de l'immanence soulève des difficultés à mon sens insurmontables, tant du point de vue de la logique de la définition que du point de vue de l'insertion de celle-ci dans le système général actuel de la maîtrise des biens.

Les difficultés logiques soulevées par la théorie de l'immanence ont été mises en évidence par M. P. LIVER[34], dont il suffit ici de rappeler les arguments principaux:

- Le concept de propriété, en tant que liberté d'utilisation, de jouissance et de disposition, ne peut comprendre la négation de cette liberté. Les limites de la propriété ne peuvent pas être caractéristiques de celle-ci, sinon il ne s'agit plus de limites. Si l'on suivait la théorie de l'immanence, une propriété illimitée ne serait plus une propriété.
- La théorie de l'immanence conduit à la disparition de la notion de propriété. Si les limites de la maîtrise, qui varient selon les catégories de choses, sont intégrées à la notion de propriété, il n'est plus possible de considérer la propriété d'une manière abstraite.

A ces difficultés liées à la logique de la définition, s'ajoutent les problèmes posés par l'insertion de la propriété ainsi définie dans l'ensemble du système de la maîtrise des biens. La théorie de l'immanence rend impossible la distinction entre la propriété et les autres droits réels limités. La propriété, comme les autres droits réels, se définirait comme un droit conférant sur une chose la maîtrise compatible avec les restrictions (légales ou volontaires) relatives à cette chose.

[34] Voir Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, commentaire zurichois, T. IV, 2a, 1, Zurich 1968, Einleitung, n. 80 ss; Das Eigentum, p. 3 ss; Eigentumsbegriff, p. 170 ss. Voir également MEIER-HAYOZ, S.T., n. 184 ss; W. WIEGAND, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, H. Coing/W. Wilhelm (éd.), Frankfurt am Main 1976, T. III, p. 118 ss, ainsi que REY, p. 67. Ce dernier auteur remarque que la définition de la propriété par l'immanence de ses limites comme la définition abstraite sont toutes deux logiquement admissibles, pour autant que l'on se place dans le système de pensée correspondant. Cela est sans doute vrai, mais le problème est justement de déterminer le système de pensée qui est compatible avec notre ordre juridique, notamment avec la distinction entre propriété et droits réels limités et avec la garantie constitutionnelle de la propriété.

Par ailleurs, l'intégration des restrictions à la notion de propriété modifie le système constitutionnel de la maîtrise des biens tel qu'il est conçu aujourd'hui. En effet, une telle définition entraîne indirectement la suppression de la garantie de la propriété exprimée à l'art. 22ter Cst. féd. Plus précisément, les mesures étatiques relatives à la maîtrise des biens ne constitueraient jamais des restrictions du droit de propriété. Si la propriété se définit comme l'ensemble des facultés de maîtrise compatibles avec l'ordre juridique, la suppression de l'une ou de toutes les facultés existant à un moment donné, n'est qu'une modification de l'ordre juridique et elle laisse subsister le droit de propriété. On pourrait naturellement comprendre l'art. 22ter comme étant une protection du propriétaire contre l'extension des normes juridiques qui limitent la maîtrise, mais ce serait réintroduire par un autre moyen la garantie d'une maîtrise en principe illimitée[35].

La distinction entre définition abstraite de la propriété et théorie de l'immanence est en définitive plus importante qu'il n'y paraît de prime abord. Certes, les auteurs s'accordent à admettre que la théorie de l'immanence ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve en droit privé (ce qui constitue d'ailleurs un indice de plus de la difficulté qu'il y a à tirer les conséquences de cette théorie)[36]. Mais la distinction n'est pas purement théorique[37]. Actuellement, la théorie de l'immanence ne s'insère ni dans le système des droits réels, ni dans le régime général de la

[35] Toute forme d'intégration des restrictions à la notion même de propriété conduit donc à une transformation de la garantie constitutionnelle de la propriété (voir les remarques de M. REY, op. cit., p. 75–76, au sujet de la propriété fonctionnelle). Avec une telle définition, la garantie se limite au droit de participer (par le vote) à la prise de décisions concernant l'étendue de la propriété, si celles-ci font l'objet d'un vote, ou, sinon, à l'élection des personnes qui prennent des décisions dans ce domaine. Une «expropriation» au sens originel du terme ne serait pas possible, ce qui n'excluerait naturellement pas que l'octroi d'une indemnité puisse être prévu à l'occasion de certaines mesures touchant la maîtrise de la chose.

[36] Cf. HAAB, n. 18 ad art. 641; LIVER, Das Eigentum, p. 6; MEIER-HAYOZ, S.T., n. 186. Il paraît en effet excessif d'exiger du propriétaire qu'il apporte lui-même la preuve de son droit d'effectuer un acte de maîtrise déterminé; le propriétaire devrait prouver un ensemble indéterminé de faits négatifs (l'absence de toute norme empêchant l'exercice de la maîtrise envisagée), ce qui n'est guère possible; la question se résout juridiquement par une inversion du fardeau de la preuve (voir H. DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, in: Traité de droit privé suisse, T. II, I, Fribourg 1969, p. 247). On présume donc que la propriété existe sans limite.

[37] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 187 et Vom Wesen, p. 186, pour qui l'importance de la distinction ne doit pas être surestimée; voir également TUOR/SCHNYDER, p. 554–555, où l'opinion exprimée est plus nuancée.

maîtrise des biens fondé sur la garantie de la propriété. En outre, la théorie de l'immanence n'est pas sans effet sur la psychologie du propriétaire.

Il est vrai qu'en elle-même la conception de la propriété comme droit illimité n'empêche pas que le régime de propriété évolue de façon à mieux tenir compte du bien commun et à améliorer la répartition des ressources[38], mais cette évolution serait facilitée si le propriétaire était conscient dès le départ que son droit n'existe que dans la mesure où il est compatible avec le bien de la collectivité[39].

c. La notion de propriété fonctionnelle

Au terme d'une étude publiée en 1974 et consacrée à l'histoire du concept de propriété, M.T.BÜHLER[40] s'est rallié à la théorie de l'immanence, tout en réduisant la portée de celle-ci à certaines restrictions seulement:

> «Es ist deshalb sinnvoller und wohl auch realistischer, davon auszugehen, daß die Ausübung des Eigentumsrechts auch Pflichten mit sich bringt. Diese Pflichten ergeben sich aus der Rücksichtnahme auf die Gemeinschaft, bei Grundstücken insbesondere auf die Nachbarschaft. Das Maß dieser Rücksichtnahme ergibt sich aus dem Umfang und der Art der Beschwernis und der Gefahr, welche die Ausübung des Eigentumsrechts im einzelnen mit sich bringt. Nicht dem Eigentumsbegriff immanent sind folglich und in dieser Optik die heute so zahlreichen Beschränkungen aus wirtschaftlichen, fiskalischen, militärischen, landesplanerischen oder sozialpolitischen Motiven und erst recht die beschränkten dinglichen Rechte, die sich alle nicht aus der bloßen Ausübung des Eigentumsrechts begründen lassen. Dagegen schaffen die Bedürfnisse des Umweltschutzes und insbesondere des Immissionenschutzes durchwegs solche begriffsimmanente Schranken.»[41]

Reprenant et affinant les conclusions de cette étude, M.BÜHLER a esquissé, en 1976, une approche fonctionnelle du droit de propriété, qui prend valeur de théorie originale[42]. Cette conception est intéressante parce qu'elle prend en considération à la fois

[38] Voir MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p.186; PETER, p.111.

[39] Voir TUOR/SCHNYDER, p.555, pour qui le mot «propriété» est utilisé par les juristes tantôt dans son sens abstrait et classique, tantôt dans le sens que lui donne la théorie de l'immanence, selon le contexte dans lequel on se trouve. Cette distinction, à supposer qu'elle existe vraiment, déplace simplement le problème. Il s'agit alors de savoir quand le contexte appelle une notion plutôt que l'autre.

[40] Voir BÜHLER, Zur Geschichte, p.310.

[41] Zur Geschichte, p.310.

[42] Voir Neukonzeption des Eigentumsbegriffs und der Eigentumsordnung auf Verfassungsstufe. Ein Beitrag zum Schweizerischen Juristentag 1976, ZBl 77, 1976 (ci-après: Neukonzeption), p.369 ss.

les difficultés soulevées par la théorie de la maîtrise illimitée (manque de réalisme juridique, opposition entre le droit privé et le droit public) et l'impasse à laquelle conduit la théorie de l'immanence (absence de logique dans la définition, impossibilité de distinguer la propriété des autres droits réels et d'organiser la garantie d'un droit défini par ses limites). La solution de M. BÜHLER est une voie intermédiaire qui intègre à la notion de propriété certaines restrictions, mais laisse hors de cette notion les autres restrictions.

Plus précisément, la propriété serait définie comme le droit d'user et de disposer librement d'une chose dans toute la mesure compatible avec la nature et l'essence de cette chose («ein freies Verfügungs- und Nutzungsrecht an einer Sache im Einklang mit der Natur und dem Wesen dieser Sache»[43]). M. BÜHLER est, hélas, très laconique sur l'interprétation à donner aux notions de «nature» et d'«essence»; il indique seulement que cette notion de la propriété ne protège pas les prétentions et les utilisations excessives ou contraires au but de la chose (Überbeanspruchung, Übernutzung oder Zweckentfremdung). Pour le reste, il cite les exemples suivants: «Der Grundeigentümer, der Kulturland in Bauland, jener, der einen Weiher austrocknen und in eine Kiesgrube verwandeln, derjenige, der sein Motorrad in ein automobilähnliches Vehikel umbauen will, sie alle könnten sich nicht mehr auf die Eigentumsgarantie berufen»[44].

En ce qui concerne la logique du régime de la maîtrise des biens, cette théorie ne semble pas, *à première vue,* créer de difficultés, même *de lege lata.* Certes, un groupe de restrictions est inclus dans la notion même de propriété, mais ce sont des restrictions tirées de la nature ou de l'essence de la chose, non des règles légales. Le propriétaire n'est plus le titulaire d'un droit illimité, mais d'un droit de maîtrise qui n'est protégé que lorsqu'il est digne de cette protection. La Constitution ne garantit le droit de propriété que dans cette mesure; mais, dans cette mesure, elle le garantit et une atteinte allant plus loin que ce qu'exige le respect de la nature de la chose, nécessiterait une base légale et un intérêt public[45].

[43] Neukonzeption, p. 377.

[44] Neukonzeption, p. 377.

[45] Lorsque l'atteinte est licite, il y aurait lieu à indemnisation, mais celle-ci ne compenserait que la différence de valeur entre le bien utilisé conformément à son but et le bien grevé de la restriction. «Hat [der Eigentümer] durch Zweckentfremdung den Wert der Sache vermehrt, so kann er die Wertsteigerung nicht mehr in Rechnung stellen. Ein großer Teil der Bodenspekulation, ja der

Il faut pourtant analyser de plus près la notion-clé de cette théorie fonctionnelle de la propriété, la notion de «nature» d'une chose. Les exemples donnés par M. BÜHLER font apparaître qu'il entend donner à ce terme au moins trois significations différentes. La nature de la chose, c'est d'abord l'état naturel de cette chose, la manière dont cette chose est façonnée par la nature; ainsi l'étang fait partie de la nature du fonds sur lequel il se trouve. La nature d'une chose, c'est ensuite l'ensemble des caractéristiques que l'esprit humain reconnaît à un objet correspondant à une définition donnée; ainsi un motocycle est un véhicule automobile à deux roues. Enfin, la nature d'une chose, c'est ce que le législateur désigne comme étant la nature de cette chose; ainsi sont des motocycles «les véhicules automobiles à deux roues placées l'une derrière l'autre, avec ou sans side-car, ainsi que les véhicules munis de trois roues ne pouvant être classés comme voitures automobiles», à l'exception des cyclomoteurs[46]; un terrain à bâtir est un terrain classé comme tel en vertu de la législation sur l'aménagement du territoire.

Il convient dès lors de lever une première ambiguïté: dans la mesure où la «nature» d'une chose peut être définie par le législateur, la théorie fonctionnelle n'est qu'une autre formulation de la théorie de l'immanence[47] et elle se heurte aux mêmes difficultés; en particulier, une garantie de la propriété selon la conception actuelle n'est plus possible[48].

Il reste à examiner la portée de la théorie fonctionnelle dans l'hypothèse où la nature des choses serait déterminée uniquement par des critères extra-légaux, c'est-à-dire par une analyse objective et rationnelle de la structure et de la destination des

Spekulation schlechthin, würde nicht mehr vom verfassungsmäßigen Schutz erfaßt.» (Neukonzeption, p. 377)

[46] Voir l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance du 27 août 1969 sur la construction et l'équipement des véhicules routiers (NRS 741.41).

[47] On peut en dire autant de la «Funktionseigentum» décrite par H.M. PAWLOWSKI, Substanz- oder Funktionseigentum. Zum Eigentumsbegriff des geltenden Rechts, Archiv für die civilistische Praxis 165, 1965, p. 395 ss. Pour M. PAWLOWSKI, la propriété au sens classique est une propriété sur la substance de la chose, qui permet à son titulaire de changer librement la fonction de cette chose (p. 414). Au contraire, la propriété fonctionnelle ne permet à son titulaire que de disposer de la fonction de la chose, c'est-à-dire d'utiliser la chose dans la destination qui lui est assignée par la législation à un moment donné. Voir aussi les remarques de M.H. REY, op.cit., p. 73–76.

[48] Voir supra p. 219ss. La propriété est garantie dans la mesure où elle est conforme à la nature de la chose; or cette garantie est dirigée contre le législateur qui peut précisément définir la nature de la chose.

choses. Remarquons d'abord que, ainsi comprise, la théorie fonctionnelle perd une grande partie de son intérêt; par exemple, dans la grande majorité des cas, la nature d'un terrain permettra d'admettre qu'il est constructible. Ensuite, on imagine les problèmes que soulèveraient la définition de la «nature» des choses, ainsi que la réglementation du fardeau de la preuve (qui devrait vraisemblablement être analogue à celle admise pour la théorie de l'immanence) et de l'utilisation d'une chose à l'encontre de sa nature (interdiction pure et simple, système d'autorisations délivrées par l'Etat?).

La théorie fonctionnelle me paraît ainsi poser plus de problèmes qu'elle n'en résout. Dans la mesure où elle se distingue de la théorie de l'immanence, elle fait appel à des notions et à des principes dont la concrétisation ne me semble guère possible. Cette théorie a toutefois le mérite d'ouvrir une voie intermédiaire entre la définition abstraite de la propriété et la théorie de l'immanence, mais elle devrait pour cela rechercher les critères de limitation du droit de maîtrise ailleurs que dans la loi.

B. La propriété comme ensemble de droits et de devoirs

Dans son rapport à la Société suisse des juristes de 1976, M. M. LENDI a développé une théorie de la propriété qui se distance de l'approche par le droit subjectif privé qui a été présentée jusqu'ici[49]. M. LENDI adresse à la définition classique de la propriété (droit de maîtrise en principe illimité) des critiques analogues à celles formulées par les partisans de la théorie de l'immanence. Il regrette notamment que la définition classique, d'une part, suscite la représentation d'un droit illimité, alors que les exigences de la vie sociale restreignent en réalité la maîtrise et, d'autre part, fasse apparaître une opposition entre le droit privé et le droit public[50]. La théorie de l'immanence ne permet cependant pas, selon M. LENDI, de résoudre véritablement la difficulté, car en définitive elle s'appuie également sur une notion de propriété conçue comme droit subjectif privé de maîtrise. Certes, les restrictions à cette maîtrise, notamment celles qui résultent du droit public, sont intégrées à la notion de propriété, mais les

[49] Voir Planungsrecht und Eigentum, principalement p. 138 ss.
[50] Voir notamment, p. 120 ss et 138 ss.

règles du droit public n'en apparaissent pas moins comme limitant un droit de maîtrise[51].

M. P. SALADIN a également exprimé l'opinion que, *de lege lata,* il n'est pas exact de présenter la liberté du propriétaire comme la règle et les restrictions comme l'exception. Il découle pour lui de l'égalité de rang des normes constitutionnelles qu'il n'existe pas de présomption en faveur de la liberté de maîtrise[52]. De même, M. P. MOOR refuse, dans son rapport de 1976 à la Société suisse des juristes, la «métaphore spatiale» consistant à placer les restrictions à l'intérieur ou à l'extérieur du concept[53].

La solution consiste, pour M. LENDI, à définir la propriété non plus sur la base du seul droit privé, mais en relation avec l'ordre juridique dans son ensemble. La propriété doit alors être conçue telle qu'elle est constituée par la somme des normes de l'ordre juridique dans son ensemble[54]. Bien que M. LENDI ne donne pas, à ma connaissance, de véritable définition de la propriété ainsi analysée, il découle de ses explications que la propriété est un ensemble de prérogatives (de droit privé et de droit public) et de devoirs (de droit privé et de droit public) rattachés à une personne en relation avec une chose.

Comme l'a montré M. H. REY, l'approche originale de cette théorie consiste en ce qu'elle permet de rattacher à la propriété des devoirs portant sur des prestations positives[55]. En effet, aussi longtemps que la propriété est conçue comme un droit privé de maîtrise, les restrictions dont elle est affectée, qu'elles soient considérées comme internes ou externes, ne peuvent être que des devoirs de tolérance ou d'abstention; l'existence d'un devoir tendant à une prestation positive est en contradiction avec la notion

[51] «Die Lehre von der Immanenz der Schranken anerkennt richtigerweise, daß das Privateigentum im Sinne des privatrechtlichen Instituts nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern daß es durch die andern das Eigentum betreffenden Rechtsnormen mitbegründet wird, doch geht auch diese Doktrin letztlich davon aus, daß die Lehre vom Eigentum ihren Ausgangspunkt beim Privateigentum des Privatrechts hat und daß deshalb das öffentliche Recht als Schranke, wenn auch teilweise als immanente zu betrachten sei.» (p. 140)

[52] Voir Raumplanung und Eigentumskonzept, in: Das Bundesgesetz über die Raumplanung, Berner Tage für die juristische Praxis 1980, Berne 1980, p. 45–46.

[53] Voir Aménagement, p. 384–385.

[54] «Von ihr [der Rechtsordnung] aus betrachtet ist das Eigentum so zu erfassen, wie es durch die Summe der Normen der ganzen Rechtsordnung konstituiert wird.» (p. 139). Voir aussi MOOR, Aménagement, p. 385.

[55] Voir REY, p. 68–69.

même de droit privé de maîtrise[56]. Au contraire, la conception de M. LENDI revient à construire la propriété comme un rapport juridique dans lequel peuvent prendre place également des «devoirs positifs», ce qui donne à la propriété une autre dimension: «das Eigentum wird prinzipiell auch 'leistungspflichtig', es erhält gewissermaßen eine neue Dimension, darin liegt eine *Dynamisierung*. Sie bewirkt jedoch u.a., daß dem öffentlichrechtlichen Gesetzgeber eine weitere Möglichkeit der Einflußnahme auf das Grundeigentum geboten wird»[57].

Cette conception de la propriété comme un ensemble de droits et de devoirs résultant de l'ordre juridique, à supposer qu'elle vise bien la notion de propriété et non le contenu de celle-ci (car alors il n'y aurait rien de vraiment nouveau) suscite les mêmes difficultés que la théorie de l'immanence[58].

Il n'apparaît d'abord pas très clairement comment se ferait la distinction entre les droits réels limités et la propriété. M. LENDI précise à cet égard ceci: «Während die privatrechtliche Doktrin das Eigentum als das umfassendste dingliche Recht in Abgrenzung zu anderen Rechten begrifflich hervorheben muß, besteht dieses Abgrenzungsproblem für die Rechtsordnung als solche nicht»[59]. Effectivement, si l'on veut conserver la figure juridique des droits réels limités, il faut bien admettre qu'ils se distinguent de la propriété en ce que celle-ci, *par définition*, ne comporte pas de restrictions à la maîtrise. Certes, du point de vue de l'ordre juridique en général, cette absence de limites ne s'impose pas, mais c'est précisément ce que la doctrine classique entend souligner en distinguant la notion de propriété du contenu de celle-ci.

Il est vrai que l'on pourrait envisager deux notions distinctes de propriété, l'une pour le droit privé, l'autre pour l'ordre juridique en général ou pour le droit public en particulier. M. MOOR n'hésite d'ailleurs pas à l'affirmer. «L'institution de propriété de

[56] Voir REY, p. 68–69 et WERDER, p. 164–166. Pour cette raison, les auteurs qui opèrent avec la notion de droit de maîtrise font des devoirs tendant à des prestations positives, des «obligations propter rem», qui sont rattachées à la personne du propriétaire, mais non au droit de propriété lui-même.

[57] REY, p. 71. Contrairement à ce que laisse entendre M. REY, qui s'inspire des travaux de J.M. SONTIS, la propriété s'inscrit dans un rapport juridique (latent), même si elle est conçue comme un droit de maîtrise (cf. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbemerkungen vor Art. 1, n. 114–115); ce qui est nouveau, c'est que dans ce rapport prennent place également des devoirs portant sur des prestations positives.

[58] Voir aussi KALLENBERGER, p. 132.

[59] Planungsrecht und Eigentum, p. 139.

droit public», relève-t-il, «*n'est pas* celle que connaît le droit privé», car la première vise les relations que les justiciables entretiennent entre eux, alors que la seconde a pour objet les relations entre le justiciable et l'Etat. «Les objets étant différents, les concepts le sont aussi.» Si dès lors on veut définir «une institution dite de propriété qui soit commune à l'ensemble de l'ordre juridique ... il faut l'analyser comme le régime de l'utilisation des choses et des biens, aussi bien par rapport aux justiciables que par rapport à l'Etat»[60]. Il est évidemment toujours possible de créer une notion nouvelle; l'avantage en l'espèce ne me paraît pas grand, car l'existence de deux notions de propriété pose un problème nouveau, celui du choix entre les deux notions. Ce choix est en particulier décisif lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet de la garantie constitutionnelle. Or précisément, la définition de la propriété faisant référence à l'ordre juridique en général ne s'harmonise pas avec la garantie qu'entend conférer la Constitution. La difficulté n'a d'ailleurs pas échappé à M. LENDI, qui indique ceci: «Wegen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsfreiheit muß es sich aber bei der Ordnung des Eigentums im Kern immer um eine Ordnung der Freiheit handeln, da der Gesetzgeber, wann immer er Normen erläßt, die sich auf das Eigentum auswirken – unter dem Vorbehalt der Expropriation und der Eigentumsbindungen sowie der Eigentumsbeeinträchtigungen – eine freiheitliche Regelung treffen muß, die dem Bürger eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft beläßt. Die materielle Ausrichtung auf die Eigentumsfreiheit im Sinne eines echten Freiheitsrechtes darf nicht mit einem unbeschränkten Eigentum verwechselt werden»[61]. En réalité, ce qui est décisif du point de vue de la garantie de la propriété n'est pas que le droit protégé confère une maîtrise illimitée; l'usufruit, par exemple, est visé par la garantie constitutionnelle alors même que la maîtrise qu'il procure n'est que partielle. En revanche, pour que la garantie soit effective, il *est essentiel que l'objet de cette garantie soit défini sans faire appel à des éléments déterminés par celui contre qui la garantie peut être exercée. Il faut ainsi que l'objet de la garantie soit défini abstraitement,* qu'il s'agisse de la propriété ou des autres droits patrimoniaux visés par la norme constitutionnelle. Cette notion, précisément parce qu'elle est abstraite, est la même en droit privé et en droit public. Le droit de superficie, par exemple, est le «droit d'avoir ou de faire des constructions soit

[60] Aménagement, p. 385.
[61] Planungsrecht und Eigentum, p. 141.

sur le fonds grevé, soit au-dessous» (art. 779 CC) et il n'y a pas une notion de droit privé et une notion de droit public du droit de superficie; autre chose est le contenu concret de ce droit dans un cas donné, contenu qui est déterminé aussi bien par le droit privé que par le droit public. Il en va de même pour la propriété, à ceci près que, par définition et abstraitement, elle confère un droit de maîtrise illimité sur une chose; elle offre à ce titre une des nombreuses possibilités d'exercer une maîtrise privée sur des biens.

C. Remarques finales

La notion classique de propriété – droit de maîtrise en principe illimité sur une chose – est, aujourd'hui comme hier et peut-être même plus qu'hier, contestée. Cela s'explique parce que cette notion donne de la réalité juridique une impression de plus en plus fausse, parce qu'elle crée une opposition entre le droit privé et le droit public alors que l'ordre juridique forme un tout, enfin et surtout parce qu'elle cache au propriétaire le fait que son droit est en étroite relation avec la collectivité à laquelle ce propriétaire appartient[62].

Malgré ses défauts, la définition abstraite et classique me paraît être la seule qui soit acceptable *de lege lata;* c'est également la seule définition possible *de lege ferenda* si l'on veut conserver la distinction entre la propriété et les autres droits réels et si l'on veut maintenir une forme de garantie analogue à celle qui existe aujourd'hui. Dans les deux cas, ce sont des *motifs de logique des définitions et de technique juridique,* mais non des motifs philosophiques ou sociaux, qui imposent cette solution. Toutefois, comme on l'a dit et redit, la définition de la propriété ne préjuge en rien du contenu de celle-ci.

[62] D'un autre point de vue, il n'est pas non plus sans intérêt que le propriétaire conserve l'impression d'être titulaire d'un droit de maîtrise exclusif, car il garde alors, malgré l'existence de nombreuses restrictions, l'attitude psychologique positive liée à la propriété. Il faut noter, par ailleurs, que l'impression donnée par la définition abstraite est très loin de la réalité juridique pour certaines catégories de choses (notamment pour les immeubles), mais qu'elle l'est moins pour d'autres biens (en particulier pour la plupart des meubles).

§ 5. Quelques caractéristiques de la réglementation actuelle de la propriété

Il n'est pas sans intérêt de confronter la réglementation actuelle de la propriété à certaines propositions de modification qui ont été formulées ou à certaines institutions étrangères. On peut ainsi mieux saisir non seulement ce qu'est la propriété aujourd'hui, mais aussi ce qu'elle n'est pas (ou n'est pas encore?). La propriété apparaît ainsi comme un droit global de maîtrise (A.), qui peut être exercé par plusieurs personnes (B.), dont l'étendue dans l'espace et dans le temps est définie de façon large (C.) et dont le contenu est précisé par de nombreuses restrictions établies principalement en fonction de l'objet du droit (D.).

A. La propriété comme droit global de maîtrise

La réglementation actuelle, en particulier l'art. 641 CC, fait de la propriété un droit global de maîtrise, qui confère à son titulaire l'*ensemble des facultés de maîtrise*. Il est certes possible que ces facultés soient exercées par plusieurs personnes lorsque la propriété est collective (propriété commune ou copropriété); si tel est le cas, cependant, chacun des titulaires de la propriété exerce sur la chose un droit qui a la même intensité que celui des autres titulaires. Même s'il est «partagé» (dans le sens d'une copropriété ou d'une propriété commune), le droit de propriété, comme droit de maîtrise en principe illimité, regroupe toujours les droits d'usage, de jouissance et de disposition sur l'objet. C'est, on l'a vu[1], la notion romaine de propriété, notion qui a repris force à la suite de la réaction de la bourgeoisie contre la féodalité aux XVIIe et XVIIIe siècles.

Cette caractéristique du droit actuel doit être opposée aux systèmes juridiques qui ne connaissent pas la notion de maîtrise globale, mais seulement des facultés de maîtrise (principalement les droits de jouissance et de disposition) appartenant à des titulaires distincts. Une seule et même chose fait alors l'objet de plusieurs droits de maîtrise simultanés et d'intensités différentes. Une telle situation peut évidemment aussi résulter du droit actuel, mais elle a en général[2] sa source dans la propriété elle-

[1] Cf. supra p. 148s.

[2] Sous réserve des quelques restrictions légales à la propriété qui permettent à un tiers d'acquérir une servitude, de portée d'ailleurs limitée, sur le fonds d'autrui; voir, par exemple, les art. 674, 691, 694 CC.

même et elle doit être voulue par le propriétaire (qui, pour l'essentiel, accepte la constitution d'un usufruit ou d'un droit de superficie). Au contraire, un système fondé sur la dissociation des facultés de maîtrise connaît des éléments de maîtrise existant indépendamment les uns des autres. C'est sur la base d'une telle conception qu'étaient organisées les peuplades germaniques qui s'installèrent en Suisse au Ve siècle; c'est sur cette base également que se développèrent par la suite la féodalité et les diverses formes de maîtrise multiple des biens qui existèrent dans notre pays jusqu'au début du XIXe siècle[3].

Cette figure de la dissociation des facultés de maîtrise est utilisée dans plusieurs propositions de modification du régime actuel, non pour que ces facultés soient exercées par plusieurs personnes privées – ce qui recréerait une forme de féodalité –, mais afin de reconnaître directement à la collectivité certaines facultés de maîtrise[4]. Ce faisant, on évite en effet les difficultés qui résultent de l'opposition entre un droit de propriété illimité et les restrictions de droit public.

M. H.C. BINSWANGER a développé sur cette base un modèle de maîtrise applicable à l'ensemble des biens qui déterminent l'environnement (*Umweltgüter:* sol, eau, air, ressources alimentaires, minéraux, végétaux et animaux nécessaires au cycle écologique, ainsi que tous les biens qui doivent être contrôlés pour assurer l'harmonie dans la construction des bâtiments, la protection des sites, l'absence de bruits excessifs, etc.)[5]. Ce modèle repose sur l'idée que les biens importants pour l'environnement constituent un patrimoine qui appartient non seulement à l'ensemble des membres de la société actuelle, mais aussi aux générations futures. Les utilisateurs actuels des biens importants pour l'environnement forment en quelque sorte, aux yeux de M. BINSWANGER, une communauté héréditaire, de telle sorte que la disposition des biens doit se faire en commun. (L'image successorale choisie par M. BINSWANGER pourrait être complétée, en ce sens que la «communauté héréditaire» serait en outre grevée d'une substitution fidéicommissaire.) Cette approche amène l'auteur à distinguer deux «parties» dans la propriété des biens importants pour l'environnement: «ein Patrimonium der Umwelt-Eigentü-

[3] Voir supra p. 148ss (notamment la distinction entre dominium directum et dominium utile).

[4] Voir, par exemple, le projet de régime foncier exposé dans KALLENBERGER, p. 354ss (résumé supra p. 165s); voir aussi BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 58 et 102 ss.

[5] Voir Eigentum und Eigentumspolitik, p. 88.

mer, von denen jeder ein Eigentümer, aber nur ein Eigentümer zu ideellen Teilen ist, und ... ein privates Dominium der wirtschaftlichen Umweltnutzung. Dieses Dominium ist aber im Gegensatz zur heute noch geltenden Grundidee des römischen Rechts nicht mehr als absolut zu denken, sondern auf die Nutzung zu beschränken, welche die 'Erbengemeinschaft' der Patrimonialeigentümer im Hinblick auf die Erhaltung der Umwelt zuläßt»[6]. Peu importe ici l'organisation d'un tel système *de lege ferenda,* soit par l'apparition de structures juridiques nouvelles, soit par le développement d'institutions connues comme les régales d'Etat ou les corporations de l'art. 59 al. 3 CC[7]. Intéressante est surtout l'idée que la conciliation entre les intérêts de la collectivité et la maîtrise individuelle pourrait se faire non pas, comme actuellement, au travers de restrictions à une maîtrise privée conçue de façon globale et illimitée, mais en reconnaissant directement à la collectivité certaines facultés de maîtrise.

B. Propriété et maîtrise collective d'une chose

Le droit de propriété ne porte actuellement que sur des choses ou sur des entités assimilées à des choses (voir art. 655 et 713 CC). Les notions de «chose» et d'«entité assimilée» sont précisées et commentées en doctrine[8], sans qu'il y ait à cet égard de difficultés particulières. L'étendue exacte du droit du propriétaire est définie par les règles sur les parties intégrantes et les accessoires (art. 642 ss CC), ainsi que par le principe de l'accession (art. 667 CC). Le droit actuel ne connaît donc pas la propriété sur un ensemble de choses, en particulier sur un patrimoine ou une entreprise[9]: il y a autant de droits de propriété que de choses. Notre droit ne connaît pas non plus la propriété sur une partie d'une chose, mais il aménage des formes de maîtrise collective pour les choses que l'on ne veut (ou que l'on ne peut) diviser, et en particulier pour les immeubles construits. La nécessité de telles maîtrises collectives s'est accrue au cours des dernières décennies (notamment en raison de nouvelles techniques de construction) et c'est dans ce domaine que le droit privé de la

[6] Eigentum und Eigentumspolitik, p. 102–103.
[7] Voir Eigentum und Eigentumspolitik, p. 103 ss, ainsi que KALLENBERGER, p. 359 ss.
[8] Voir, par exemple, MEIER-HAYOZ, S.T., n. 59 ss et LIVER, Das Eigentum, p. 11.
[9] Voir MEIER-HAYOZ, S.T., n. 76 ss; LIVER, Das Eigentum, p. 14; BINSWANGER, Eigentum und Eigentumspolitik, p. 7.

propriété a le plus évolué depuis l'entrée en vigueur du Code civil.

La maîtrise collective d'une chose peut être exercée de différentes manières. Elle peut d'abord résulter de l'exercice simultané de *plusieurs droits réels de nature différente,* par exemple une nue-propriété et un usufruit, ou un droit de propriété et un droit de superficie. Cette dernière solution a d'ailleurs pris une importance croissante, ce qui a conduit à compléter la réglementation légale en la matière en 1965[10]. Ensuite, la maîtrise collective peut être organisée de telle façon que les divers titulaires aient *des droits de même nature* (si ce n'est toujours des droits égaux); il existe à cet égard deux systèmes. Le premier ne confère sur la chose qu'une maîtrise indirecte, qui découle de l'appartenance à une société, notamment une société anonyme; c'est alors la société comme telle qui exerce le droit réel. Les sociétés immobilières ont joué un rôle important après la seconde guerre mondiale[11]. Le second système est la véritable propriété collective; il s'agit, d'une part, de la propriété commune, que le droit privé impose à certaines communautés dès qu'elles ont un patrimoine (voir en particulier les art. 602 s. CC et 530 ss CO); c'est, d'autre part et surtout, la copropriété, dans sa forme ordinaire ou en tant que (co-)propriété par étages. Dans ce dernier domaine également, le besoin s'est fait sentir dans les années cinquante d'une législation plus détaillée[12].

Répondant aux besoins de la pratique, la réglementation légale a donc évolué au cours des dernières décennies pour offrir des solutions plus souples et plus efficaces en matière de maîtrise réelle collective. Les dispositions sur la propriété par étages constituent à cet égard un élément important en vue de faciliter l'accès à la propriété individuelle du logement; elles favorisent ainsi l'utilisation de l'objet de la propriété par le propriétaire lui-même[13].

La maîtrise collective par la copropriété s'est développée jusqu'ici en s'accompagnant en général de l'exercice simultané de la

[10] Voir la LF du 19 mars 1965 revisant les dispositions du code civil et du code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles (ROLF 1965, p. 449), ainsi que le Message du Conseil fédéral du 9 avril 1963 (FF 1963 I, p. 993 ss).

[11] Voir le Message du Conseil fédéral sur la copropriété et la propriété par étages, FF 1962 II, p. 1451.

[12] Voir la LF du 19 décembre 1963 modifiant le livre quatrième du Code civil (Copropriété et propriété par étages) (ROLF 1964, p. 989), ainsi que le Message du Conseil fédéral du 7 décembre 1962 (FF 1962 II, p. 1445 ss).

[13] Voir MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 184.

possession (immédiate ou non) de la chose par les copropriétaires. Lorsqu'une répartition de la possession est nécessaire, elle se fait presque toujours dans l'espace (pour la propriété par étages, voir l'art. 712a CC). On peut cependant aussi songer à une répartition dans le temps, chacun des copropriétaires ayant alors la possession exclusive de la chose (surtout de l'immeuble) dans son ensemble, mais seulement pendant un laps de temps déterminé.

Les premières expériences dans ce domaine ont été réalisées en France à la fin des années soixante, sous les noms de «multipropriété», de «propriété saisonnière» ou de «propriété spatio-temporelle» [14]. Le but visé était d'offrir la maîtrise exclusive d'un immeuble, surtout de maisons ou d'appartements de vacances, chaque année pendant une période déterminée. Le développement du tourisme, le coût élevé des séjours en hôtels et l'amélioration de la prévoyance sociale qui permet à des personnes plus nombreuses d'avoir une retraite substantielle, ont favorisé ce type de maîtrise collective. Elle évite en effet de devoir investir le coût total d'un immeuble pour ne l'utiliser que quelques semaines par année. A vrai dire, en droit français, l'expression «multipropriété» ou les dénominations analogues ne sont pas exactes, car les différentes personnes qui utilisent l'immeuble durant l'année n'ont pas de droits réels sur celui-ci. Elles sont simplement membres d'une société (souvent actionnaires d'une société anonyme), qui, elle, est propriétaire de l'immeuble et qui concède à ses membres le droit d'occuper celui-ci (eux-mêmes ou par des tiers) pendant une période bien définie de l'année. Les sociétaires ont ainsi un droit de créance contre la société, non un droit réel sur la chose. Ils supportent les charges et les frais d'entretien de l'immeuble proportionnellement à leurs droits.

Il existe actuellement plus de 40000 multipropriétés en France. Le phénomène a également pris une importance très grande aux Etats-Unis. Quelques expériences ont été réalisées en Suisse, notamment en Valais [15]. Le droit suisse se prête d'ailleurs mieux que le droit français à ce type de maîtrise collective, car il

[14] Voir M. WEISMANN/R. DEBLED, Copropriété, Paris 1978, n. I 6; C. GIVERDON, Pratique et évolution de la copropriété, Gazette du Palais, 1976, p. 533 ss; M. MORAND, La «copropriété saisonnière» ou «multipropriété» depuis dix ans, Gazette du Palais, 1979, p. 245 ss; P. BIASCA, La propriété spatio-temporelle en quête d'un statut, Gazette du Palais, 1979, p. 539 ss; J.P. PELLETIER, Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé («Propriété spatio-temporelle»), Gazette du Palais, 1976, p. 541 ss.

[15] Voir MORAND, p. 245 et 248. Il y a aux Etats-Unis plus de deux millions de propriétaires saisonniers.

permet d'offrir aux différents utilisateurs un véritable droit réel sur l'immeuble. Il est en effet possible d'aménager l'utilisation dans le temps d'un immeuble en copropriété par l'intermédiaire du règlement de copropriété, qui est opposable à tout acquéreur d'une part (art. 649a CC)[16].

En introduisant la répartition de la propriété dans le temps, la copropriété spatio-temporelle fondée sur un véritable droit réel ouvre une nouvelle dimension à la maîtrise collective d'un bien. L'idée d'une propriété périodique, mais répétitive, est évidemment assez éloignée de la notion romaine de propriété. Le succès actuel de la formule à l'étranger montre pourtant qu'elle répond à un besoin; l'expérience dira si les difficultés liées au partage temporel d'un même immeuble peuvent être surmontées pendant une période prolongée.

C. La propriété dans l'espace et dans le temps

1. L'étendue du droit de propriété dans l'espace

La propriété a pour objet une chose (ou une entité assimilée). Lorsque cet objet présente une réalité spatiale, il détermine par là même l'étendue de la propriété dans l'espace (art. 642 ss CC). En matière immobilière, la définition de l'étendue de la propriété est en outre précisée par le Code civil. Les limites horizontales ne créent pas de difficultés particulières; elles résultent directement du titre d'acquisition et les art. 668 ss CC indiquent comment lever les éventuelles incertitudes relatives aux limites. L'analyse de l'étendue verticale de la propriété est beaucoup plus intéressante, car le législateur a lui-même indiqué quelles en étaient les limites. Contrairement au droit commun et aux droits français et autrichien[17], notre Code prévoit que la propriété du sol n'emporte celle du dessus et du dessous que dans la «hauteur et la profondeur utiles à son exercice» (art. 667 al. 1 CC). En limitant ainsi l'extension verticale de la propriété foncière par l'intérêt que présente l'exercice du droit, l'art. 667 ne crée pas une restriction au droit du propriétaire; il précise simplement la dimension spatiale de l'objet de ce droit. Dans le volume faisant l'objet du droit, la maîtrise sera en principe illimitée (mais il existe bien sûr de nombreuses restrictions: hauteur des constructions et des plantations, indice d'utilisation, etc.). La portée de ce critère de

[16] Voir MORAND, p. 248.

[17] Voir MEIER-HAYOZ, n. 2 ad art. 667, où est rappelé le joli adage «qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum».

l'intérêt du propriétaire a été précisée par la jurisprudence et la doctrine, notamment en relation avec la navigation aérienne[18]. Il est admis en tout cas que l'intérêt est suffisant lorsque le propriétaire entend utiliser le volume pour y placer une construction.

Ce critère de l'intérêt du propriétaire n'est pas entièrement satisfaisant et la jurisprudence a été amenée à en restreindre la portée. C'est ainsi qu'elle a admis que l'art. 667 n'empêche pas les cantons d'introduire la régale des mines[19]. De même, bien que selon les art. 667 al. 2 et 704 les eaux souterraines fassent partie intégrante du fonds, le Tribunal fédéral a estimé que les nappes souterraines de grande dimension et les puissants cours d'eau souterrains sont soustraits à la propriété foncière privée de par le droit fédéral[20]. Il a, en effet, paru excessif de laisser à un particulier la maîtrise de biens qui peuvent influencer l'approvisionnement en eau d'une région entière et qui apparaissent ainsi d'un intérêt vital pour la collectivité. Les principes qui ont guidé la jurisprudence en relation avec l'extension souterraine de la propriété sont extrêmement intéressants et on pourrait imaginer de leur donner une application plus générale. Par exemple, compte tenu des problèmes particuliers posés par l'exiguïté de notre sol et de la surface constructible en particulier, et tout en reconnaissant que la situation n'est pas la même qu'en matière d'eaux souterraines, on pourrait songer à déterminer l'étendue verticale de la propriété foncière de façon plus limitative. Une solution consisterait à limiter en hauteur, d'une façon générale et indépendamment de toute considération d'aménagement du territoire[21], le volume aérien utilisable à titre privé. On peut y voir d'abord un moyen de lutter contre la spéculation foncière; par ailleurs, dans l'optique de l'aménagement du territoire, il y aurait

[18] Pour plus de détails, voir MEIER-HAYOZ, n. 7 ss ad art. 667; LIVER, Das Eigentum, p. 167 et Usque ad sidera, usque ad inferos, in: Mélanges Philippe Meylan, Lausanne 1963, T. II, p. 169 ss; J. THORENS, L'étendue en profondeur de la propriété foncière, RDS 89 I, 1970, p. 254; V. SCHEIWILER, Das Interesse des Grundeigentümers am Untergrund gemäß Art. 667 Abs. 1 ZGB, thèse Zurich, Berne 1974; voir aussi ATF 103 II 96 = JdT 1979 I 227 et ATF 104 II 86 = JdT 1979 I 233.

[19] Voir ATF 44 I 158.

[20] Voir ATF 93 II 170 = JdT 1968 I 229; 68 II 14 = JdT 1942 I 482; 65 II 143 = JdT 1940 I 46; 55 I 397 = JdT 1931 I 571.

[21] Les règles sur les constructions pourraient restreindre le droit de bâtir dans le volume faisant l'objet de la maîtrise privée. Elles pourraient également permettre de construire au-delà de ce volume, mais alors le constructeur devrait en acquérir le droit.

là une possibilité de restreindre les inégalités entre les propriétaires causées par les plans d'affectation[22].

Le droit français donne un exemple d'une telle limitation de la propriété foncière dans l'espace. Par une loi du 31 décembre 1975, le législateur français a en effet déterminé pour toute la France un «plafond légal de densité» de construction; le propriétaire qui veut construire de telle façon que la densité des bâtiments excède cet indice doit acheter à la collectivité le droit de le faire[23]. Il ne m'appartient pas d'apprécier l'opportunité d'un tel

[22] Les montants versés par le propriétaire pour acquérir le droit de construire au-delà du volume utilisable à titre privé pourraient servir à indemniser les propriétaires qui, en raison de mesures d'aménagement du territoire, sont limités dans l'utilisation qu'ils peuvent faire de leur immeuble. Une tentative a d'ailleurs été faite en vue d'introduire un système de ce genre, par une voie un peu différente, au plan fédéral. L'art. 37 de la LF du 14 octobre 1974 sur l'aménagement du territoire prévoyait en effet le prélèvement des plus-values foncières dues à l'aménagement du territoire et la redistribution des montants ainsi perçus au titre de compensation économique en faveur des propriétaires des terrains dont l'utilisation était limitée par les plans d'aménagement (voir l'art. 45 de cette loi ainsi que FF 1974 II, p. 827 et FF 1972 I, p. 1510). La loi de 1974 a cependant été rejetée par le peuple et le système du prélèvement des plus-values n'a pas été repris dans la loi actuelle (voir FF 1978 I, p. 1012); l'art. 5 de la LF du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (NRS 700) oblige néanmoins les cantons à établir «un régime de compensation permettant de tenir compte équitablement des avantages et des inconvénients majeurs qui résultent des mesures d'aménagement» (voir aussi FF 1978 I, p. 1018). Le Tribunal fédéral a admis récemment la constitutionnalité d'un prélèvement des plus-values par voie fiscale (ATF 105 Ia 134 ss); voir à ce sujet le commentaire de P. MOOR, Planification, p. 63–64.

[23] La densité de construction est le rapport entre la surface de plancher d'une construction et la surface du terrain sur laquelle cette construction est implantée. La densité admise est de 1 pour toute la France, à l'exception de la ville de Paris où la densité admise est de 1,5. Pour plus de détails, voir le texte de la loi in: Recueil Dalloz Sirey, Paris 1976, p. 50 ss, ainsi que P. ALBERTINI, Ambitions et certitudes de la nouvelle loi foncière, in: Recueil Dalloz Sirey, Paris 1976, p. 85 ss. D'un point de vue théorique, il est assez difficile de dire si ce plafond légal de densité est une restriction de la propriété (comme semble l'accréditer le fait qu'il ne s'applique qu'aux constructions) ou une limitation de l'étendue de la propriété (ce que paraît indiquer le fait que le droit de construire au-delà du plafond légal peut être acheté à la collectivité). La réglementation de 1975 n'affecte par ailleurs qu'une très petite partie des immeubles (environ 1,5% des permis de construire accordés en 1973 auraient dépassé le plafond légal), essentiellement à Paris et dans les centres de quelques grandes villes de la province. Dans la pratique, le système de la loi de 1975 ne semble pas atteindre les objectifs fixés. Il accroît au contraire la crise du logement et provoque une hausse considérable des prix. Les vendeurs, plutôt que de renoncer à la part du prix de vente qui devrait revenir à la collectivité, préfèrent en effet attendre que les prix montent (voir Le Monde du 17 mai 1980, p. 38).

système, ni les difficultés qu'il peut soulever du point de vue de la garantie actuelle de la propriété. Il montre cependant que le droit en vigueur définit d'une façon large l'étendue de la propriété foncière dans l'espace, même si la jurisprudence y a déjà apporté quelques atténuations. Seule une étude plus approfondie déterminerait si les problèmes du droit foncier sont résolus plus facilement dans un système où l'étendue de la propriété est définie de façon très large, mais où l'exercice du droit est soumis à certaines restrictions, que dans un système qui définit d'emblée l'étendue de la propriété foncière privée d'une façon plus limitée.

2. Le droit de propriété dans le temps

Des remarques analogues peuvent être faites au sujet de l'étendue du droit de propriété dans le temps. Contrairement à certains autres droits réels, dont le Code limite la durée[24], le droit de propriété est en principe illimité dans le temps. Abstraction faite des cas de déréliction, il ne prend fin en général que si l'objet sur lequel il porte vient à disparaître (voir art. 666 CC) ou si, à la suite d'événements déterminés – et souvent anormaux –, la loi met un terme au droit de propriété d'une personne pour conférer ce droit à une autre personne (acquisition par un tiers de bonne foi au sens des art. 933/935 et 973 CC, prescription acquisitive des art. 661/662 et 728 CC, expropriation, adjudication dans les enchères forcées, etc.). Il est vrai qu'il existe quelques cas où la propriété se trouve effectivement limitée dans le temps. Le premier est celui de la propriété sur les constructions qui résulte d'un droit de superficie personnel (art. 779 CC); le droit de propriété est alors limité par la durée du droit de superficie lui-même (art. 779 l CC: cent ans au maximum)[25]. Une situation analogue se produit pour les droits de propriété liés, c'est-à-dire pour les cas où le propriétaire est (ou à tout le moins peut être) tenu à restitution. Il en est ainsi du propriétaire fiduciaire et, surtout, de l'héritier grevé dans le cadre de la substitution fidéicommissaire (art. 491 al. 2 CC)[26]. Ces quelques cas, intéressants dans la mesure où ils montrent que le droit actuel n'a pas hésité à aménager

[24] Voir l'art. 749 CC pour l'usufruit et l'art. 779 l CC pour le droit personnel de superficie.

[25] Voir LIVER, Das Eigentum, p. 23, qui signale encore le cas des bâtiments liés à l'exploitation d'une concession d'eau.

[26] Voir LIVER, Das Eigentum, p. 24. La situation de l'héritier grevé est par ailleurs très différente selon qu'il s'agit d'une substitution fidéicommissaire ordinaire ou seulement d'une substitution pour le solde.

des «propriétés temporaires», sont cependant exceptionnels. Le principe reste que le droit de propriété ne comporte pas de limite de temps; normalement, il se transmet (entre vifs ou à cause de mort), mais ne s'éteint pas.

Cette caractéristique du droit réel de propriété est intéressante si on la rapproche de la durée limitée impartie au droit de propriété immatérielle. La différence de régime juridique entre ces deux types de droits peut en effet surprendre et, si certains auteurs suggèrent de la supprimer en abolissant la limitation de durée des droits de propriété immatérielle (ou de certains d'entre eux)[27], d'autres proposent au contraire d'appliquer à la propriété des choses, ou de certaines choses, des règles analogues à celles qui régissent les biens immatériels. C'est ainsi qu'en Allemagne, M.H. SENDLER[28] suggère que la propriété du sol pourrait être limitée dans le temps, en raison du fait que les surfaces disponibles ne sont pas extensibles, et même qu'elles sont de plus en plus restreintes. Ce serait alors un droit de propriété limité dans le temps qui ferait l'objet de la garantie constitutionnelle[29]. Une telle réglementation reviendrait sans doute en pratique à une transformation de la propriété privée en une sorte d'usufruit et donc à une dissociation des facultés d'utilisation et de disposition, telles qu'elles figurent dans plusieurs modèles actuels de réforme du droit foncier[30].

Dans sa thèse récemment publiée[31], M.F. OTT propose également d'appliquer les principes de la propriété immatérielle dans le domaine réel, mais cette fois en relation avec les moyens de production. Il voit dans cette nouvelle forme de maîtrise des moyens de production une possibilité de dépasser l'opposition entre la propriété privée classique et la maîtrise collective de type marxiste. Pour lui, le véritable fondement de la limitation dans le temps de la propriété immatérielle consiste en ce que les différents biens immatériels (inventions, œuvres artistiques, etc.) ne sont possibles qu'en raison de l'ensemble des connaissances humaines, de telle sorte que l'auteur de l'invention ou de l'œuvre

[27] Voir les auteurs cités par F. OTT, Befristetes Eigentum als Resultat empirischer Rechtsanschauung, thèse Zurich 1977, p. 57 ss.

[28] Voir zum Wandel der Auffassung von Eigentum, Die öffentliche Verwaltung, 27, 1974, p. 75, ainsi que les remarques de REY, p. 72.

[29] Voir REY, p. 73.

[30] Voir REY, p. 73, ainsi que les indications données plus haut sur le modèle de M. BINSWANGER concernant les biens d'environnement (supra p. 230 s.) et sur les propositions de la Société suisse pour le nouveau droit foncier (p. 165 s.).

[31] Voir supra note 27.

n'a en définitive que le mérite d'être le premier à l'avoir réalisée. «Diese seine Schöpfung ist zwar seine individuelle geistige Leistung, zugleich ist sie aber von jedem Menschen (Allgemeinheit) potentiell nachvollziehbar.»[32] Il en résulte que les idées et les concepts ne peuvent en réalité appartenir à personne. Il est certes justifié de laisser à l'auteur, en contrepartie de sa prestation, un droit temporaire à exploiter son idée, mais ensuite les biens immatériels doivent être restitués à la collectivité[33].

L'auteur propose ensuite d'appliquer des principes identiques à la personne qui exerce une maîtrise exclusive sur des moyens de production[34]. Ces biens sont en effet également le résultat de l'ensemble des connaissances de la collectivité et ils doivent «retourner» à la collectivité après un certain temps. M. Ott ne donne pas beaucoup de précisions sur la réalisation concrète de cette idée, mais cette réalisation devrait en tout cas être telle que les moyens de production soient toujours gérés par des personnes capables. Même si elle n'est guère concrétisée, la conception de M. Ott, comme celle de M. Sendler, fait ressortir par contraste l'absence de toute dimension temporelle de la propriété réelle dans le système actuel. Elle ouvre également une voie supplémentaire de recherche pour tenter de réaliser une certaine participation des travailleurs aux décisions concernant l'entreprise et aux profits de celle-ci.

D. La définition du contenu de la propriété

Le droit actuel part, à mon sens avec raison[35], d'une notion abstraite de la propriété qui, dans sa généralité même, ne dépend ni de l'objet sur lequel s'exerce ce droit, ni du titulaire de celui-ci. Cette notion abstraite de la propriété – droit de maîtrise en principe illimité sur une chose – ne permet que rarement de saisir le contenu exact du droit, c'est-à-dire la description précise des facultés de maîtrise qu'il autorise. Ce contenu est en effet déterminé par l'ensemble des règles relatives à la propriété, qui, pour l'essentiel, apportent des restrictions à la liberté de maîtrise affir-

[32] Ott, p. 74.
[33] Voir Ott, p. 74.
[34] Par «moyens de production», M. Ott entend tout bien matériel, qui sert lui-même à la production d'autres biens. Cela englobe le ciseau du tailleur et le crayon du comptable, comme les machines automatiques les plus complexes, mais à l'exclusion du sol (op.cit., p. 128).
[35] Voir supra p. 211 ss.

mée dans la définition du droit. Le contenu de la propriété apparaît ainsi, en quelque sorte, comme le résultat d'une soustraction.

Mon propos n'est pas de discuter ici cette technique de définition du contenu du droit, qui s'explique par le contexte historique, philosophique et juridique dans lequel elle s'inscrit, mais de faire quelques remarques sur le type de restrictions retenues. Au-delà des nombreuses distinctions opérées par la doctrine[36], on est frappé par le fait que les restrictions légales sont presque toujours définies par rapport à l'objet du droit. Selon qu'il porte sur un immeuble ou sur un meuble, sur tel type d'immeubles (terrain agricole ou à bâtir, immeuble construit ou non, etc.) ou sur tel type de meubles (véhicule automobile, matériaux de construction, machines, denrées alimentaires, etc.), le droit de propriété a un contenu très différent. Cette situation découle de la conception de la propriété comme droit de maîtrise: pour déterminer la relation entre une personne et une chose, il paraît normal de considérer avant tout de quelle chose il s'agit. D'autres critères pourraient cependant entrer en considération.

Tout d'abord, pour définir le contenu du droit de propriété, le droit actuel ne tient en général pas compte de la *personne du propriétaire*. En particulier, le montant de l'indemnité à verser en cas d'expropriation n'est pas lié à la qualité de l'exproprié (riche ou pauvre, société ou personne physique, etc.). Les auteurs se préoccupent cependant de plus en plus du titulaire du droit de propriété, car la fonction et la justification de ce droit varient selon la personne qui l'exerce[37]. On peut ainsi distinguer parmi les titulaires de droits de propriété, les personnes physiques, les personnes morales de droit privé (association, fondation, société commerciale, société coopérative, allmends, etc.) et les corporations et établissements publics (Confédération, canton, commune, autre corporation de l'art. 59 al. 1 CC, etc.)[38]. Il faut noter

[36] En se fondant sur l'origine de la restriction, on distingue d'abord les restrictions volontaires, qui ne sont que l'un des modes d'exercice de la maîtrise, et les restrictions légales, qui sont les seules véritables restrictions. Parmi ces dernières, on distingue en outre celles qui résultent du droit public et celles qui sont prévues en droit privé, celles qui résultent directement de la loi et celles qui ne sont qu'indirectes, celles qui affectent l'usage et la jouissance et celles qui concernent la disposition. Voir par exemple, LIVER, Das Eigentum, p. 196 ss; MEIER-HAYOZ, n. 1 ss ad art. 680.

[37] Voir KLEINEWEFERS, p. 395; BINSWANGER, p. 21. La liberté qu'autorise la propriété, le pouvoir qu'elle confère, le rôle de l'utilisation de la chose par le propriétaire lui-même, s'apprécient différemment selon que le titulaire du droit est, par exemple, une personne physique ou une société anonyme.

[38] Voir BINSWANGER, p. 31; KLEINEWEFERS, p. 334.

à ce sujet que, en matière immobilière, la tendance actuelle semble aller vers une diminution de la propriété exercée par les personnes physiques au profit, soit de la propriété des personnes morales de droit privé, souvent anonymes, soit de la maîtrise (de droit privé ou de droit public) exercée par des collectivités publiques[39].

L'importance accrue donnée à la personne du titulaire du droit est liée au rôle que l'on reconnaît à la propriété dans l'épanouissement de l'individu. Or, plusieurs auteurs insistent actuellement sur cet élément. J'ai déjà signalé l'approche, fondée sur la «doppelte Persönlichkeitsbezogenheit», de M. MEIER-HAYOZ[40]. En Allemagne, M. W. LEISNER va dans le même sens, en soulignant l'importance de la «petite propriété» («kleineres Eigentum») et en souhaitant une protection accrue de la propriété qui est intimement liée à la personnalité du propriétaire (maison individuelle d'habitation, par exemple)[41]. Cette idée se retrouve également dans le rapport de la Commission d'experts qui a préparé le projet de Constitution de 1977[42]. Actuellement, la qualité du propriétaire n'est certes pas sans importance, notamment du point de vue du droit fiscal, mais elle ne joue pratiquement pas de rôle du point de vue de la définition du contenu du droit.

Le contenu de la propriété en droit actuel ne dépend pas non plus de l'*origine de celle-ci*[43], même si le titre d'acquisition n'est pas indifférent du point de vue du droit fiscal. Qu'elle soit acquise à titre onéreux ou à titre gratuit, par succession ou en contre-prestation d'un travail, par suite de spéculation ou d'épargne, la

[39] Voir le rapport de M. G. MÜLLER, p. 20. Il montre que, pour la ville de Zurich, les modifications suivantes se sont produites entre 1936 et 1970: le patrimoine immobilier de la Confédération a augmenté de 73%, celui de la ville de Zurich de 56%; les personnes morales de droit privé, de leur côté, ont augmenté leur propriété immobilière de 66%, alors que la propriété immobilière des personnes physiques a diminué de 40%. Le patrimoine foncier du canton de Zurich a également diminué de 37%. Voir aussi CHALLAYE, p. 120; MEIER-HAYOZ, Vom Wesen, p. 183. Il faut cependant se montrer prudent dans l'analyse de ces données. Le fait que la propriété soit de plus en plus en main de sociétés ou de la collectivité publique ne signifie pas encore que les particuliers n'en profitent pas indirectement. Ce phénomène doit notamment être rapproché du développement de la prévoyance collective. Seule une analyse détaillée des faits permettrait de savoir qui est (économiquement) le véritable propriétaire de quoi.

[40] Voir supra p. 218.

[41] Voir O. ISSING/W. LEISNER, Kleineres Eigentum, Göttingen 1976, p. 58 et 87 (cité par REY, p. 78).

[42] Voir Rapport, p. 44, ainsi que supra p. 176s.

[43] Voir WERDER, p. 164.

propriété a toujours le même contenu. Cette réglementation uniforme n'est pas non plus sans soulever certaines critiques et l'on s'est demandé si la propriété acquise par le travail ne devait pas bénéficier d'une protection accrue[44].

E. Remarque finale

Il me paraît ressortir des quelques considérations qui précèdent que la réglementation actuelle de la propriété est encore empreinte d'un certain schématisme. Sans doute, la vision d'un droit de propriété dont le contenu serait la liberté illimitée d'une personne d'utiliser une chose et d'en disposer, n'est plus guère de mise (même en matière mobilière). De nombreuses restrictions et nuances sont apportées à l'exercice de cette maîtrise, qu'elle soit le fait d'un ou de plusieurs titulaires. Il se révèle pourtant que l'on n'a pas encore utilisé toutes les possibilités qu'offre le droit de propriété actuel et que, par ailleurs, certains critères de distinction nouveaux pourraient être employés pour définir l'étendue et le contenu de ce droit. L'opportunité d'un recours à ces moyens juridiques nouveaux dépend des objectifs qu'entend réaliser le régime général de maîtrise des biens. Dans la mesure où l'analyse de ce régime montre à mon sens que des améliorations sont encore nécessaires, il n'est pas sans intérêt de constater que, en ce qui touche la réglementation du droit de propriété[45], les idées et les instruments juridiques ne manquent pas pour les réaliser.

[44] Voir à ce sujet KLEINEWEFERS, p. 359.

[45] Comme indiqué plus haut (p. 186 s.), on peut naturellement aussi influencer la maîtrise des biens en modifiant la réglementation dans d'autres domaines (droit fiscal, droit des successions, droit des assurances sociales, etc.).

Conclusion

Il serait bien imprudent, au terme d'une étude aussi sommaire de la propriété privée, de vouloir tirer des conclusions définitives. Une certaine retenue s'impose d'autant plus que la réalité sociale est encore mal connue et que les connaissances psychologiques et anthropologiques en la matière peuvent sans doute encore progresser. Je me limiterai ainsi aux quelques remarques suivantes:

1. Le but du régime de maîtrise des biens doit être de réaliser l'équilibre le plus juste entre deux séries d'objectifs opposés: garantir à l'individu la liberté la plus grande possible et permettre une bonne rentabilité économique globale, d'une part; assurer une répartition équitable des ressources entre les membres de la communauté et veiller à ce que les exigences du bien commun qui ne relèvent pas de la rentabilité économique soient elles aussi respectées, d'autre part. La recherche de cet équilibre, qui dépend des circonstances du moment, doit être permanente. Il faut prendre en compte non seulement les intérêts de notre collectivité nationale, mais aussi le bien commun international.

2. Le droit suisse actuel part du postulat, manifesté par la garantie de l'institution de la propriété que la doctrine et la jurisprudence déduisent de l'art. 22ter Cst. féd., que le régime de maîtrise des biens doit être celui de la maîtrise privée et (en principe) individuelle. Les résultats d'ensemble de ce régime, qui trouve d'ailleurs souvent dans d'autres institutions de notre ordre juridique un appui ou des correctifs, me paraissent suffisants, aussi bien du point de vue du bien-être individuel que de celui du bien commun, pour affirmer que ce postulat ne devrait pas être remis en cause. Dans l'hypothèse où, comme le proposent certains auteurs ou certains mouvements d'opinion, on voudrait renoncer au principe même de la maîtrise privée, éventuellement pour certaines catégories de biens seulement (par exemple, le sol, les moyens de production ou les biens importants pour l'environnement), il conviendrait en tout cas de s'assurer que les modèles proposés reposent sur des bases économiques et psychologiques

suffisamment étudiées pour que, compte tenu du contexte international, on puisse raisonnablement en attendre des résultats d'ensemble au moins équivalents à ceux du système actuel.

3. Même s'il repose sur le postulat de la maîtrise privée, le droit actuel ne part pas du principe que celle-ci sert nécessairement le bien de chacun et l'intérêt général. La maîtrise privée est basée sur des fondements philosophiques et psychologiques qui sont, pour l'essentiel, en relation avec la liberté de la personne et une exploitation économiquement efficace des ressources dont dispose la collectivité; il est dès lors possible (et même probable) que la maîtrise privée ne réalise que partiellement une utilisation des ressources qui soit globalement bonne et équilibrée au sens indiqué ci-dessus. Le droit actuel présume pourtant que la maîtrise privée suffit à elle seule à assurer l'équilibre recherché par le système. Mais cela n'est qu'une présomption et, pour cette raison, l'art. 22ter Cst. féd. aménage une voie juridique pour restreindre la maîtrise privée lorsque l'intérêt général l'exige. Au vu des expériences de ces dernières décennies, cette présomption tend cependant à s'affaiblir, ce qui plaide indiscutablement en faveur d'une intervention étatique plus marquée. Par ailleurs, étant donné l'extrême complexité des mécanismes qui assurent le bon fonctionnement du système (contexte international, développement de l'économie, évolution des mentalités, etc.), l'intervention étatique ne semble avoir des chances de succès que si elle se fait d'une manière progressive et laisse subsister dans la plus grande mesure possible la souplesse du système.

4. Les dispositions constitutionnelles existantes et l'interprétation donnée par la jurisprudence à certaines notions (notamment celles d'intérêt public et d'expropriation matérielle) ont permis de surmonter nombre de difficultés résultant de l'exercice de la maîtrise privée. Cependant, tous les problèmes actuellement posés ne sont pas encore résolus. Il conviendra d'abord de voir si les mesures prises pour assurer l'aménagement du territoire et pour protéger l'environnement auront une efficacité suffisante. Ensuite, il ne fait pas de doute que l'accès de tous à la maîtrise privée doit encore être amélioré. Il faut également trouver une réglementation adéquate de l'intervention de tiers dans la maîtrise des biens qui affectent directement et de manière importante leur mode d'existence (pour l'essentiel, résoudre le problème de la participation dans les entreprises).

5. La propriété joue dans le régime de la maîtrise privée des biens un rôle essentiel, qui lui donne valeur de symbole. Le droit actuel utilise une notion unique de la propriété. Inspirée du droit

romain, cette définition fait de la propriété un droit de maîtrise en principe illimité sur une chose. Malgré ses inconvénients, cette notion est la seule admissible *de lege lata,* pour des raisons qui tiennent autant à la logique de la définition qu'à la nécessité d'insérer la propriété dans le système des droits réels et dans le régime constitutionnel de la maîtrise privée des biens. Cette notion de la propriété ne préjuge en rien du contenu du droit en relation avec une chose donnée. La détermination de ce contenu est effectuée par la réglementation actuelle selon des critères empreints d'un certain schématisme. Il est certainement possible, tout en restant dans le cadre général de la maîtrise privée, de trouver des solutions plus nuancées et plus adaptées au problème spécifique que pose la maîtrise de certains biens.

6. A supposer que soit maintenu le postulat de la maîtrise privée, la question se pose de savoir si les règles constitutionnelles actuelles régissant la maîtrise des biens (principalement celles de l'art. 22ter al. 2 et 3) donnent les moyens juridiques d'atteindre l'équilibre qui doit être l'objectif du système ainsi que d'améliorer la réglementation dans les domaines où cela est nécessaire. Dans l'ensemble, la réponse me paraît affirmative, sous deux réserves cependant. D'abord, la définition de la garantie de valeur de l'art. 22ter al. 3 devrait être affinée, de façon à exclure les abus et à permettre des solutions plus souples, tout en maintenant le principe de la pleine indemnité dans certains cas. Ensuite, la norme constitutionnelle pourrait signaler que, conformément au but que lui assigne la Constitution, l'Etat fédéral devrait jouer un rôle actif dans la recherche de l'équilibre auquel doit tendre le système.

7. Le Projet de Constitution fédérale de 1977 fait appel à deux principes complémentaires pour régir le problème de la maîtrise des biens: celui de la garantie de la maîtrise privée et celui de la politique de la propriété. Ce Projet n'est pas aisé à interpréter dans la mesure où le rapport explicatif n'est pas toujours en accord avec le texte proposé et où la systématique n'apparaît pas toujours très clairement. Dans l'hypothèse où elle doit être interprétée comme un maintien de la garantie actuelle de l'institution de la maîtrise privée et des droits patrimoniaux individuels, la garantie offerte par le Projet peut être approuvée. En revanche, la garantie de valeur me paraît insuffisante, car le texte constitutionnel ne détermine pas le montant de l'indemnité à verser. L'idée d'une politique de la propriété, c'est-à-dire d'une mission confiée à l'Etat dans le domaine de la maîtrise des biens, me paraît juste dans son principe; elle n'est d'ailleurs que la concréti-

sation dans le domaine de la maîtrise des biens des buts assignés à la Confédération d'une façon générale. La relation entre cette politique de la propriété et la garantie de la propriété doit cependant être parfaitement claire, de même que les objectifs à poursuivre et les moyens à mettre en œuvre. Sur ces divers points, le Projet ne me paraît pas présenter la précision requise.

8. Celui qui, aujourd'hui, étudie la propriété privée ne manque pas d'être frappé par le grand nombre de propositions de tous ordres qui visent à modifier aussi bien l'approche de la maîtrise des biens en général que celle de la propriété en particulier. C'est que, confrontés à la vision partielle de l'utilisation des ressources qui est celle de la propriété privée ainsi qu'aux carences qu'il faut encore constater, nombreux sont ceux qui éprouvent le besoin de reconstruire le système sur des bases nouvelles, d'ailleurs plus ou moins sûres. Au-delà du principe constitutionnel de la maîtrise privée, il y a cependant le régime de maîtrise des biens tel qu'il existe aujourd'hui; au-delà de la notion de propriété, il y a le contenu actuel de ce droit. Or cette réalité juridique offre une vision très différente de celle des principes et des notions. L'erreur est peut-être de prendre la propriété privée pour autre chose que ce qu'elle est. La propriété privée n'est pas un but en soi; elle n'est qu'un élément d'ordre méthodologique destiné à permettre une utilisation des ressources qui soit globalement bonne pour le bien-être individuel et collectif. La méthode choisie (affirmation d'une liberté de principe que l'on restreint par la suite) peut paraître curieuse, mais elle s'explique historiquement et philosophiquement. Parce qu'elle privilégie la liberté, c'est peut-être encore la moins mauvaise des méthodes.