

Le mystère du droit foncier

Sens et non-sens d'une politique volontariste de généralisation de la propriété privée de la terre dans le décollage des économies des sociétés du « Sud »

Étienne Le Roy

Paru dans Christoph Eberhard (dir.), *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichery, Institut Français de Pondichéry, 2007, 549 p (57-88)

Abstract : *The Mystery of Land Law. Sense and Nonsense of a Voluntaristic Policy of Generalizing the Private Ownership for the Take Off of the 'South's' Economies.*

The generalisation of land ownership (*propriété foncière*) has been an ongoing debate in development policies for over a century. This debate does not concern property in general, but focuses on *propriété privée* (the French equivalent to private ownership) that, according to Article 544 of the French Civil Code, the Code Napoléon, is 'the right to enjoy and to dispose of things in the most absolute manner, provided the laws and regulations in force are respected'¹. Its distinguishing feature is the discretionary character of land alienation, the fact of rendering "one's land" external (*étranger*) to oneself and to a group. And, because the pre-colonial and colonial histories of the societies of the 'South' differ widely, the consequences of this alienation have to be assessed case by case.

This paper considers that land security is only incidentally linked to the detention of land titles and to the more or less absolute character of the conferred right. The real guarantee can only rest in the public authority that represents the general interest. If this authority is weak, absent, corruptible, hesitant or unduly dominated by the interests of a minority, no title can guarantee the security of transactions as long as a minimum consensus does not legitimate the exercise of the invoked rights. This consensus regarding the *puissance publique* ('public power'), the State in its contemporary version, relies fundamentally on the manner according to which the diverse actors of the 'land law game' (*jeu foncier*) imagine this intervention and legitimate its implications. Indeed, there are societies with strong state traditions, and others that disregard it or do not spontaneously trust it.

In the present case, we should remember that *propriété privée* is an invention of and for the market economy and that its generalization is thus linked to the existence of a generalized market. In the absence of a generalized market, *propriété privée* not only lacks efficacy but is even dangerous: a sledgehammer to crack a nut. Any policy of generalisation of *propriété privée* would be a nonsense in all societies where the market is not generalised and where there is thus an incomplete 'marketisation' (*marchandisation imparfaite*) of land. It should be noted that this reality must not be seen as a handicap. It can constitute support for a development model that would respect the new requirements of the world economy.

In order to understand all the implications, this paper revisits classical political economy and the land law history of French and British societies confronted with the requirements of capitalism. This will permit us to identify the double relationship of ownership / *propriété privée* as law of the market and as land law (*foncier*), as markets of ownership rights (*droits de propriété*). Indeed, there is no market without ownership, and there is no ownership without a market.

In situations where the market is not generalised, and cannot be generalised in the mid-term, and where land transactions, when authorised, do not rely on ownership rights (*droit de propriété*), the situation must be managed such as it presents itself, in a complex but nevertheless coherent way. We are facing the coexistence of diverse legal regimes that are necessary in order to secure the modes of living and the activities of the members of the concerned societies. This pluralism has implications that need to be addressed. In order to shed light on the mystery of land law, an approach

¹ « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue à condition de respecter les lois et règlements en vigueur »

is required that is different both in nature and scale from the mimetic policies of the generalisation of private ownership (*propriété privée*).

If the solution stemming from the imagination of the reformer, when confronted with all other imaginations, cannot have the beauty of 'purity', such as proposed in Book 2 of the Civil Code of 1804 dealing with *biens* (goods), it must articulate and render operational legal mechanisms that concur with the stability of exchanges and with the pacification of society. It must be compatible with the demands of modernity, while inscribed in the continuity of endogenous representations of land law (*representations foncières endogènes*). The concepts of *patrimoine* (common heritage) and patrimonial management (*maîtrises patrimoniales*) can constitute a conceptual framework for sustainable development approaches that could offer solutions addressing contemporary issues. Indeed, the contemporary issue does not consist in globalizing absolute and exclusive private ownership (*propriété privée exclusive et absolue*), but rather in mobilizing new forms of 'patrimonial management', the principles of which remain to be translated into day-to-day legal regulation.

INTRODUCTION

L'intitulé de cette communication peut sembler anormalement long, mais son objet pouvant prêter à confusion, il est apparu nécessaire de lever toute ambiguïté quant à son objet et quant au contexte de notre argumentation.

Le titre est la paraphrase de celui d'un ouvrage d'Hernando de Soto, gourou de la Banque mondiale pour ce qui concerne la problématique foncière, *The Mystery of Capital*. Le message de cet auteur, dont on retrouvera les arguments ultérieurement, est ainsi présenté dans la revue *Marchés Tropicaux* : « *(les pays en voie de développement dorment sur un capital considérable, la première des richesses, celle sur laquelle tout pays prospère a jeté les bases de son développement économique : le foncier* ». Si donc leur développement est bloqué c'est « *tout simplement parce qu'ils ne se sont pas dotés d'instruments fiables de protection de la propriété* » (Faux 2004). La généralisation de la propriété privée serait donc « la » clef du déblocage des économies, ce qu'explique Hernando de Soto :

« *En Occident, toute parcelle de terrain, toute construction, toute machine, tout stock est représenté par un titre de propriété qui est le signe visible d'un vaste processus caché reliant tous ces biens au reste de l'économie. (...) Grâce à ce processus, l'Occident confère une vie propre aux biens et leur permet de générer du capital* » (de Soto 2005 : 15)

Pour discuter les arguments de cette thèse, nous avons introduit dans un sous-titre diverses précisions qui devraient permettre de circonscrire le débat.

Ce débat porte non sur la propriété en général mais sur la propriété privée, c'est-à-dire sur « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue à condition de respecter les lois et règlements en vigueur* » (article 544 du Code civil dit Code Napoléon de 1804). Son trait discriminant est le caractère discrétionnaire d'une aliénation dont on devra mesurer les incidences par la suite. On ne conteste pas ici qu'une grande majorité de sociétés du « Sud » connaissent des formes de « propriété » de la terre, même si le terme propriété prêtant à confusion, il serait judicieux d'en limiter l'usage. Mais ces formes de « propriété » connotent des situations d'affectation de la terre à un usage (la terre est **appropriée** à la riziculture ou à l'élevage pastoral, d'où la reconnaissance de maîtrises foncières spécialisées et plus ou moins exclusives) et non de réservation d'un capital foncier à un usager, **approprié par** ce dernier comme un bien avec la faculté d'en disposer « de la manière la plus absolue » (Le Bris, Le Roy, Mathieu 1991).

Deuxièmement, nous traitons ici de politiques foncières, donc de choix que les autorités locales ou nationales peuvent ou doivent réaliser, en se prononçant sur le type de garanties qu'elles acceptent de reconnaître et d'organiser pour assurer la sécurité des transactions. Cette approche concerne également les faits de gouvernance qui en sont la dimension pratique, le mode de concrétisation des choix de politique juridique. La sécurité foncière ne tient que secondairement à la détention de titres et au caractère plus ou moins absolu du droit ainsi reconnu. La véritable garantie ne peut être apportée que par l'autorité publique représentant l'intérêt général. Si cette autorité est faible, absente, corrompible, hésitante ou exagérément dominée par la protection des intérêts d'une minorité, nul titre ne suffit à garantir la sécurité des transactions si un consensus *a minima* ne légitime pas l'exercice des droits invoqués.

Troisièmement et de manière sommaire, ces politiques en ce début du vingt-et-unième siècle, après la dissolution de l'empire soviétique et la disparition du « deuxième monde » organisé selon le principe d'une planification centralisée de l'économie, ont le choix entre une adhésion sans réticences à l'économie de marché et la tentative de composer avec ses implications.

La première voie, souvent caricaturée, est caractérisée par le capitalisme libéral et soutenue par quelques « mastodontes », la Banque mondiale, les Etats-Unis d'Amérique en particulier. Mais même là où la propriété privée est généralisée, une part importante des espaces (« publics » ou « communs ») sont exclus du marché et ce marché ne fonctionne pas en pratique selon les lois de l'économie politique classique. En particulier les échanges ne sont pas transparents et la concurrence peut être biaisée. Quant à la seconde voie, elle est dans la réalité très embouteillée. On y retrouve d'abord des sociétés ayant une longue tradition de l'économie de marché mais des options socialisantes qui en impliquent le contrôle, en particulier du marché foncier pour des zones ou des activités sensibles. À l'autre extrême, les pays les moins avancés (PMA) sont dans une telle situation de pauvreté que l'accumulation primitive de capital ne se réalise pas à une échelle suffisante pour induire la capacité à investir dans un titre de propriété : trop long à obtenir, trop coûteux, offrant plus d'inconvénients que d'avantages, on y reviendra, et inutile tant que les solidarités « traditionnelles » restent opératoires. Enfin, entre ces deux extrêmes, il existe une gamme de sociétés dites à économie émergente dans lesquelles la propriété privée devient un mode d'accès à la terre reconnu, mais minoritaire, et où le problème est celui de sa généralisation comme mode principal, voire exclusif, de sécurisation foncière.

La question dont nous traiterons ici est donc de savoir si les experts de politiques foncières doivent ou non recommander la généralisation de la propriété foncière pour les pays les moins avancés et les pays à économie de marché émergente. Il ne s'agit pas ici de se substituer aux décisions des autorités politiques des pays concernés ou des organismes internationaux et de bailleurs de fonds impliqués : à chacun ses responsabilités. Le rôle de la recherche est de dégager les enjeux, les conditions et les conséquences envisageables des options de développement. Dans le cas qui nous intéresse présentement, nous allons expliquer successivement que la propriété privée, au sens ci-dessus, ayant été inventée par et pour l'économie de marché, la généralisation de la propriété privée passe par l'existence d'un marché généralisé. En l'absence d'une généralisation du marché, la propriété privée est non seulement inefficace mais aussi dangereuse : un marteau-pilon pour écraser une noix. Une politique de généralisation serait un non-sens dans toutes les sociétés dans lesquelles le marché n'est pas généralisé et où, donc, on observe une marchandisation imparfaite de la terre. On y ajoutera que cette réalité, loin d'être un handicap, peut être le support d'un développement durable respectueux des nouvelles exigences de l'économie mondiale dès lors qu'on accepte de prendre en considération les solutions et les outils alternatifs que la recherche foncière met à la disposition des décideurs du « Sud » et de leurs sociétés.

Le droit foncier et le marché

La pensée moderne, scientifique ou politique, fait largement appel à un mode de rationalisation qu'on dénomme idéalisme et qui a trois traits particuliers pour ce qui nous intéresse.

- Il abstrait les données de leur environnement particulier pour les traiter en idées voire, en reprenant le concept kantien, en noumène, défini comme « objet de la raison, réalité intelligible » opposée à la réalité sensible dit le dictionnaire Le Robert. Une des difficultés que pose cet idéalisme est la coupure opérée entre le sensible et l'intelligible au profit du dernier, ce qui est préoccupant quand on travaille sur le statut d'une donnée aussi physique que celle de la terre.
- Deuxièmement, l'idéalisme occulte la dimension historique de principes d'organisation des sociétés, donc l'origine et le développement des solutions retenues, les luttes qui en ont fait l'objet, les consensus et dissensions qui les ont marqués. L'idéalisme inscrit le droit dans l'éternité et ce qui est déjà caricatural pour les sociétés occidentales qui ont expérimenté les premières la généralisation du marché devient inexplicable ailleurs. Comment traiter de manière anhistorique un rapport foncier qui, dans les sociétés du Sud, est au premier plan des conflits sociaux et politiques contemporains ?
- C'est sans doute le troisième trait qui pourra l'éclairer. Le droit est présenté comme étant neutre d'effets sociaux. Le droit est également applicable à tous et à chacun selon des principes d'égalité et de justice sociale qui mobilisent éventuellement les valeurs des droits de l'homme ou de la démocratie

quand, comme le dit la sagesse populaire, « il y a de plus égaux que d'autres » et qu'il faut invoquer des processus de légitimation du droit pour faire accepter l'imposition de la norme juridique et de l'idéalisme qui y est associé.

Abstraction, Anhistorisme et Neutralité sont ainsi trois des traits des modèles de connaissances proposés (le plus souvent imposés) aux sociétés du Sud pour assurer leur croissance ou leur intégration au marché mondial (Ribes et alii 1980).

L'idéalisme sous-jacent à la reconnaissance du droit de propriété

Le droit de propriété et, plus généralement, la théorie foncière sont des illustrations de cette approche. Dans la littérature juridique et dans les consultations internationales, la propriété est considérée comme un fait universel et éternel. Elle est caractéristique d'économies et de sociétés qui ont trouvé les clefs de leur « réussite » dans sa généralisation sans s'interroger sur son origine et sur les conditions de la réalisation de cette généralisation, les enclosures dans l'Angleterre du XVII^e siècle, la révolution industrielle dans les pays européens. On est en face, pour la propriété comme pour les droits de l'homme, le progrès, la gouvernance ou la mondialisation, d'une difficulté épistémique. Ces catégories sont dites universelles, mais, en même temps, doivent être universalisées par une politique volontariste de généralisation. Elles le « sont » selon un point de vue et « ne le sont pas » de l'autre, ce qui ruine leur prétention à l'universalité en tant qu'un acquis. La philosophie politique tente de dépasser cette contradiction en affirmant, à propos des droits de l'homme, qu'il s'agit non « d'attributs » inhérents à l'individu mais des « *déterminations qu'il faut conquérir dans et par l'être-en-commun* » (Kervégan, cité par Policar 2003). Il s'agirait donc de valeurs axiologiques dont les conditions de réalisation sont essentielles, ces conditions étant déterminées par chaque société en tant qu'être-en-commun particulier.

Quand on suit l'histoire de la propriété foncière dans les sociétés anglaise et française, on ne peut manquer d'être frappé par l'usage très marginal réservé, pour traiter du rapport à la terre, des termes d'« *ownership* » anglais ou de la « propriété » française jusqu'à la révolution industrielle. Les emplois privilégiés jusqu'à la fin du XVIII^e siècle sont ceux respectivement de « *tenure* » et de « domaine » (ADEF 1991). L'exemple français est particulièrement significatif puisque la Révolution française de 1789 a autorisé une « refondation » foncière avec une systématisation d'un droit unique dit « de propriété » là où il y avait un faisceau des droits féodaux puis a favorisé une généralisation d'une petite propriété avec la vente des biens du clergé catholique. Mais la principale révolution n'est pas dans la définition du nouveau droit (article 544 CC précité) ou dans la reconnaissance d'une société de petits propriétaires ruraux. Elle est dans l'affirmation de l'article 537 selon lequel les « particuliers » sont les bénéficiaires du nouveau régime des biens. Non plus les collectifs familiaux ou villageois de l'Ancien régime mais l'individu où la majuscule désigne la place prééminente qui est reconnue au binôme individu-propriété dans la nouvelle société, et dans la nouvelle économie. À propos de l'œuvre du philosophe politique anglais John Locke, Louis Dumont note ainsi, « *chez lui, la propriété privée apparaît non pas comme une institution sociale, mais comme une implication logique de la notion de l'individu se suffisant à lui-même (...) Locke transporte la propriété privée dans l'état de nature, se bornant à l'entourer à l'origine de limitations qu'il prend soin de retirer, toujours dans l'état de nature, en relation avec le développement subséquent (...)* » (Dumont 1983 : 90). Tant de précautions illustrent la dangerosité à manier les catégories de la propriété et le soin pris à en développer les attributs idéalistes (en se référant à l'état de nature). Car, derrière la société des individus qui apparaît avec la philosophie des lumières, c'est un nouveau mode de production qui émerge, dans lequel il faut libérer la force de travail afin de la mettre à la disposition du capital dans la constitution duquel le foncier a joué un rôle essentiel dont rendent compte les écrits des physiocrates français et la nouvelle économie politique d'Adam Smith (Madjarian 1991). Karl Marx reste le meilleur analyste de l'économie politique classique, mais son œuvre concerne principalement la place de la force de travail et du salariat (Marx 1993).

La propriété comme droit du Marché et le foncier comme marchés de droits

Distinguons successivement ces deux propositions.

La propriété comme droit du marché

Pour simplifier notre propos, posons, de manière axiomatique, qu'il n'y a pas de capitalisme sans marché généralisé, et pas de généralisation sans propriété exclusive et absolue autorisant à traiter toutes les choses en

biens interchangeables (Madjarian 1991). Et comme le bien par excellence est immobilier (article 517 CC) et que la terre est un immeuble par nature nous dit l'article 518 du Code civil, sans propriété foncière le mécanisme de la généralisation du marché, donc du capitalisme, est enrayé. D'où chez tous les « développeurs » coloniaux et post-coloniaux chargés de « mettre en valeur » puis de « développer » les économies des pays du Sud - en fait de les inscrire dans l'économie-monde selon la logique capitaliste - l'obsession d'introduire puis de généraliser le droit de propriété privée. C'est une ressource encore plus stratégique que des produits miniers ou pétroliers. La littérature francophone en Afrique à la fin du XIX^e siècle fait de la propriété privée le symbole de la « Civilisation », associant ainsi des objectifs économiques, politiques et éthiques pour mieux justifier les investissements institutionnels considérables qui seront consacrés à l'instauration d'un régime de propriété privée par le biais de l'immatriculation. Il aura fallu pas moins de trois « vagues » de réformes, dans les années 1900, 1930 puis 1950, pour aboutir à un résultat somme toute dérisoire. Lors de l'accès aux indépendances des nouveaux États africains, on peut estimer qu'un pour cent (1%) des territoires nationaux des pays sahéliens est immatriculé donc relève pleinement de la propriété privée. Cinquante ans après, la situation a empiré chez certains États africains francophones et n'a pas dépassé les cinq pour cent (5%) chez les mieux lotis. Au début du XXI^e siècle (Le Roy 2001), la politique prônée par la Banque mondiale reste la généralisation de la propriété privée pour mieux lutter contre la pauvreté, mais sans trop se préoccuper des conditions concrètes de réalisation de cette politique.

Sans généralisation de la propriété privée de la terre, il n'y a pas de marché foncier. Ceci génère des difficultés considérables dans le fonctionnement du Marché à chacune des échelles considérées, locale, nationale et internationale. L'une d'entre elles est que la relation entre Marché et propriété privée étant bijective, si le marché généralisé exige la propriété privée de la terre, pour être généralisée la propriété privée doit s'inscrire dans des rapports marchands régis par la logique capitaliste (Le Roy 1984). Donc, comme on l'a posé initialement, pas de Marché sans propriété privée, pas de propriété privée sans Marché.

Ajoutons en outre que, comme principe de normativité, la propriété apporte un mode de régulation au Marché qui a besoin de formes, formalités et procédures pour encadrer les pratiques et assurer la confiance des parties afin de réaliser et de reproduire l'échange « marchand ». Or la propriété privée, comme droit réel, est la forme juridique adaptée pour mobiliser les valeurs du marché : l'échange des consentements, la réciprocité (caractère synallagmatique du contrat), l'immédiateté de la transaction dès l'accord conclu. Si, comme Braudel l'a si bien démontré (Braudel, 1979), il y avait depuis le XIII^e siècle en Europe des capitalistes sans capitalisme, il faut attendre la généralisation de la propriété privée pour que des pratiques propriétaires limitées initialement à certains acteurs deviennent la loi fondamentale de l'échange sur le Marché.

Pour ce faire, deux conditions devront être réunies. Tout d'abord, toutes les choses entrant dans l'échange devront être traitées comme des marchandises d'un point de vue économique et comme des biens d'un point de vue juridique. La théorie juridique est, sur ce point, très claire. Seuls les biens entrent dans la vie juridique et ils ne peuvent y entrer qu'à condition de pouvoir faire l'objet d'une aliénation. Tout ce qui est « hors commerce » (au sens de l'échange) est « hors-la-loi » civiliste (mais pas absolument hors du droit). Par ailleurs, les théories juridique et économique ajoutent une seconde condition : il faut que les « choses » soient évaluées selon une monnaie à usage universel, donc selon une valeur pécuniaire en distinguant ainsi l'unité d'échange général des monnaies à usage spécifique que connaissent les économies « primitives » et l'économie solidaire contemporaine.

Résumons le propos. Dès lors que la propriété est la « loi » du marché, toutes les choses qu'on veut y faire entrer doivent être juridiquement des biens, donc avoir une valeur pécuniaire et être aliénables discrétion-nairement. Si la contre-partie de l'échange n'est pas exprimable selon une unité de compte à valeur pécuniaire ou si des restrictions sont apportées à la libre capacité d'aliénation (droit de retrait lignager par exemple ou indivisions non partageables en fait, sanctions surnaturelles frappant l'une ou l'autre des parties, tutelle), le rapport d'échange n'est pas « parfait » et le droit de propriété privée en est affecté : soit il est pratiquement impossible de le réaliser, soit le rapport juridique est imparfait parce que la marchandisation de la terre est, elle-même, imparfaite (Le Roy, 1995). Même si, ce faisant, on prend le risque d'être qualifié d'essentialiste, on doit en conclure qu'il n'est pas possible, les conditions substantielles n'étant pas réunies, de parler de propriété privée.

Le foncier comme marchés de droits

L'existence de marchés spécialisés dans le cadre desquels des droits de propriété circulent est une réalité ancienne qui accompagne en Occident la généralisation du Marché puis son fonctionnement pour traiter de l'échange de biens particuliers tout en restant dans la logique du capitalisme. Le lien entre ces marchés particuliers et le Marché généralisé est établi par une circulation d'informations induisant des coûts de transaction (Le Roy, Karsenty, Bertrand 1996 : 273). Ceux-ci peuvent affecter le fonctionnement du marché et représentent une contrainte réelle tant que les moyens d'information et de communication ne sont pas, eux-mêmes, généralisés. Jusqu'à une date récente, l'existence de marchés spécialisés ne concernait que quelques rares situations dans les pays dits « en transition » vers le capitalisme (voir infra). En Afrique noire, l'immobilier urbain des quartiers « européens » (les plateaux dans les capitales des sociétés francophones), des grandes plantations de produits d'exportation constituaient de tels marchés. Une évolution s'amorçant, il faut en détailler les implications, et les limites.

Il existe plusieurs types de marchés fonciers selon que l'on distingue ce sur quoi ils portent, quels droits ils autorisent ou ce à quoi ils servent.

- Le droit foncier porte non seulement sur le fonds mais sur des fruits. Mais l'équilibre ancien s'est modifié. Alors que le régime des fruits suivait celui du fonds de terre dans le Code civil (article 552), il s'émancipe en fait, les fruits étant considérés comme des ressources dont l'exploitation doit faire l'objet d'une gestion durable et reproductible. Cette autonomisation du traitement des ressources a permis l'apparition puis la multiplication de marchés de droits très spécialisés portant sur le gibier (droits de chasse), un stock halieutique (licences de pêche), des ressources génétiques (droits de propriété intellectuelle), voire même des permis à polluer comme mode de protection de l'environnement dans le cadre du protocole de Kyoto (Karsenty et Weber 2004). Il est évident que cette autonomisation des ressources fruitières et foncières a un impact central sur les enjeux environnementaux, enjeux qui peuvent être saisis, gérés et « gouvernés » chacun d'une manière spécifique, à la hauteur des problèmes qu'ils posent (ainsi pour les quotas).
- La théorie contemporaine du foncier a très largement débordé la conception romaine du cadre juridique de l'exercice d'un droit réel (*ius in re*) sur un fonds de terre (*fundum*) dont l'appropriation entraîne l'exercice de droits sur le dessus (*ad coelos*) et le dessous (*ad infernos*). C'est d'abord l'idée de l'exercice d'un droit « jusqu'aux enfers » qui a été ruinée par la législation sur les mines et carrières qui a réduit les prérogatives du propriétaire sur le tréfonds. Puis le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement ont largement complété les normes civilistes portant sur « le dessus », contrôlant par exemple la hauteur des constructions, introduisant des servitudes de vue et sollicitant de plus en plus, les utilisateurs en milieux ruraux à être également, par le biais d'aides ou d'indemnités, les « jardiniers » de l'espace. Mais la vie économique a exigé d'autres innovations s'ajoutant aux distinctions entre usufruit et nue-propriété. Les baux emphytéotiques, les droits de superficies et, très récemment, les pas-de-porte, droits d'entrer dans un immeuble pour l'utiliser en récompensant l'ancien occupant des investissements réalisés indépendamment du titre de propriété, donc du propriétaire, constituent de nouveaux marchés fonciers spécialisés.
- Enfin, un autre critère de différenciation tient aux usages qui sont donnés aux espaces et aux droits qui y sont associés. L'exemple des vignobles est saisissant. Selon que le terrain est ou n'est pas inscrit sur le cadastre des parcelles à appellations contrôlées son prix peut varier de 1 à n. Inversement, un terrain auprès duquel on installe un centre de traitement des déchets subit une perte de valeur difficile à indemniser. Dans tous les domaines des activités, on voit apparaître une spécialisation toujours plus grande qui distingue par exemple en Île-de-France dans l'immobilier résidentiel le marché des fermettes, celui des chaumières, celui des maisons en pierres meulières, etc.

Les sociétés du Sud connaissent une spécialisation progressive des activités qui peut induire des rapports fonciers de plus en plus particuliers.

En Afrique noire, le jeu combiné des législations étatiques, des modes plus ou moins réguliers d'occupation des terrains, de la faculté de régularisation de ces occupations, du type de destination (résidence personnelle, promotion immobilière informelle sur des fronts pionniers, artisanat, plate-forme industrielle, par exemple), et de la taxation multiplient les situations originales. Mais, on les traite plutôt comme des « champs » fonciers que comme des marchés fonciers. Ce ne sont pas des marchés parce que les terrains n'y

sont pas des biens², que les échanges ne sont pas formellement des contrats et qu'ils reposent sur des pratiques le plus souvent marquées par l'informel, l'irrégulier ou l'illégal. Par contre, ce sont, comme champs fonciers (Durand-Lasserve et Tribillon, 1982 : 333), des espaces de confrontation et de négociation faisant apparaître des tensions, des enjeux et des modes de régulation propres (des systèmes de répression et d'exploitation). Parfois, ce sont des champs de bataille, mais, aussi, le cadre d'expression de rapports fonciers adaptés au contexte de réalisation de la valeur, dans l'entre-deux, entre valeur d'usage et valeur d'échange. Nous y reviendrons.

La conclusion que nous devons en tirer pour ce qui concerne les sociétés du Sud, particulièrement les PMA, est que le Marché n'étant ni généralisé ni généralisable à vue humaine et que les transactions sur la terre, là où elles sont autorisées, ne relèvent pas généralement du droit de propriété, il faut gérer la situation telle qu'elle se présente, complexe sans doute mais cohérente. Nous sommes en face d'une coexistence de divers régimes juridiques nécessaires à la sécurisation des modes de vie et des activités des membres de la société, multiplicité qui suppose d'en respecter les implications. Le mystère du droit foncier exige donc, pour être éclairci, une approche d'une autre nature, et d'une autre ampleur que la politique mimétique de généralisation de la propriété privée. Elle suppose en particulier de repenser la place et le rôle qu'on doit reconnaître, dans chaque société, au droit sur la terre et les ressources qui y sont associées et ceci au moins de deux façons.

Premièrement, elle conduit à redéfinir ce qu'on pourrait dénommer une « gouvernance foncière » comme politique particulière de mobilisation d'un capital, l'espace, et des potentialités économiques, politiques et symboliques qui y sont associées. Le nouveau type de gouvernance devra, dans les systèmes d'allocation des ressources et de sécurisation des droits, faire une très large place aux choix et aux décisions des acteurs, aux pratiques plutôt qu'aux modèles, ainsi qu'aux divers facteurs interférant à l'échelle locale et dans le cadre de politiques de décentralisation. Dans le domaine du droit, une publication récente propose une relecture du « droit en action » (LAMP 2006) comme condition d'une nouvelle dynamique de gouvernance. Ajoutons qu'il ne faudrait pas, en élaborant les politiques foncières, se tromper de cible et confondre fin et moyen. La finalité d'une politique foncière n'est pas d'assurer la sécurité des personnes et des biens. C'est une condition substantielle mais ce n'est que le moyen d'une autre finalité, nécessairement plus « collective » : contribuer à la reproduction de l'organisation sociale dans le respect des contraintes fondamentales de la vie en société. C'est, doit-on le rappeler, la « bonne » vie qu'il convient de promouvoir avant la conservation des patrimoines ou l'accumulation du capital.

À cet égard, et deuxièmement, la période contemporaine met en exergue l'incidence du développement durable et conduit à associer la gestion du sol et de ses ressources à la reproductibilité, à la durabilité et à l'adaptabilité (*sustainability*) des politiques préconisées. Le fait que la terre et ses ressources doivent être considérées comme des « patrimoines » spécifiques - on dit parfois de manière juridiquement impropre « des biens publics » à l'échelle nationale ou globale - devra être précisé et approfondi pour tenir compte des avancées des recherches en cours sur les conséquences de la généralisation de la théorie des maîtrises foncières.

L'arbre et la forêt : la nécessaire reconnaissance du droit de propriété privée ne doit pas cacher l'extrême diversité des maîtrises foncières et les sécurisations qu'elles assurent

Nous avons observé, dans l'introduction générale, que les choix de politiques économiques se partageaient entre les États optant pour un libéralisme plus ou moins intégral et ceux associant à des doses très différentes les principes du marché et un contrôle des échanges et de la redistribution des revenus. Les premiers se disent réalistes en prenant le capitalisme comme il doit fonctionner comme référence. C'est l'optique d'Hernando de Soto à laquelle il convient de revenir quelque peu. Nous l'avons abandonné au moment où il mettait en évidence « *un processus caché reliant tous ces biens au reste de l'économie* ». Pour l'auteur, il existe un « *potentiel invisible enfermé dans les biens accumulés* » et « *seul l'Occident possède le processus de conversion nécessaire pour rendre visible l'invisible* ». Ce processus « *constitue une infrastructure*

² La valeur monétaire des terrains n'est pas déterminée par le principe de l'offre et de la demande ou par un étalon de référence, tel le m².

juridique implicite cachée au tréfonds des régimes de propriété dans lesquels la possession n'est que la partie émergée de l'iceberg. La partie immergée, elle, est un processus complexe imaginé par l'homme pour transformer les biens et le travail en capital » (de Soto 2005 : 17-18). En perçant le mystère des droits de propriété, c'est celui du capital qui serait éclairé et c'est le problème de la pauvreté qui serait résolu !

Ne glosions pas trop sur le caractère magique du propos « *à la recherche de la poule aux œufs d'or* », dit de Soto (2005 : 21) en paraphrasant Karl Marx, ou de « la pierre philosophale » des alchimistes. Le « mystère du capital » n'est pas dans les biens ni dans le travail mais dans la tête des capitalistes. Il réside dans ce fameux « esprit du capitalisme » dégagé par Max Weber (1994) et dans ce mode particulier de production qui repose sur l'usage du travail comme une marchandise autorisant une exploitation autrement plus raffinée et rationalisée que par le passé de la plus value de l'activité du travailleur, bref dans l'exploitation de l'homme par l'homme (Marx 1993).

Ne cherchons pas non plus à vérifier un argument central de l'ouvrage selon lequel « *même dans les économies les plus misérables les pauvres économisent. En réalité, la valeur de leurs économies est immense : elle s'élève à quarante fois le montant total de l'aide étrangère reçue dans le monde entier depuis 1945* » (de Soto 2005 : 14). Il s'agirait d'un capital mort, en raison de son absence de valorisation. Les chiffres sont impressionnants (destinés à impressionner le lecteur) mais non nécessairement convaincants, car on fait dire aux statistiques tout et son contraire dès lors qu'on n'explique pas les modes de calcul et de comparaison des données.

Évitons enfin une lecture dichotomique faisant du capital une fin en soi source de tous les bienfaits ou le grand démon, source de tous les maux. Ces choix relèvent d'une lecture éthique voire politique, ce qui n'est pas l'objet de cette communication. D'un point de vue scientifique qui doit être le nôtre ici, on se propose de concentrer l'analyse sur une proposition qui transpose à la société la question que se pose l'auteur à propos du capital.

L'organisation contemporaine des sociétés exige-t-elle la généralisation de la propriété privée de la terre ou n'y a-t-il pas une voie, encore non reconnue, qui autoriserait, en raison d'une marchandisation toujours trop imparfait du foncier, à sécuriser les investissements et à autoriser un développement plus durable que celui, strictement capitaliste, envisagé par Hernando de Soto ?

Il ne s'agit pas de choisir entre la peste et le choléra mais de prévenir les excès conduisant à une catastrophe écologique ou humanitaire sans retomber dans la paranoïa.

Le foncier, un marché structurellement imparfait associant aux formes publiques ou communes de régulation et d'appropriation des droits de propriété privée

Hernando de Soto fait, au fil de sa démonstration, une analyse qui nous permettra d'entrer dans notre propos :

« (L) a transition vers les régimes juridiques de propriété intégrés n'a pas grand-chose à voir avec la technologie (...) Le changement crucial réside dans l'adaptation de la loi aux besoins sociaux et économiques de la majorité de la population. Graduellement, les pays occidentaux ont réussi à admettre que les contrats sociaux nés en dehors de la loi sont une source légitime du droit et à trouver les moyens de les absorber. Le droit a ainsi été mis au service de la formation du capital populaire et de la croissance économique. C'est ce qui donne leur vitalité aux institutions de la propriété actuelles en Occident. De plus, cette révolution de la propriété a toujours été une victoire politique. Dans tous les pays, elle a été imposée par un petit nombre d'hommes éclairés, conscients que la loi officielle n'avait aucun sens si une partie importante de la population vivait en dehors d'elle.

L'histoire de la propriété en Europe occidentale, au Japon et aux Etats-Unis contient toujours des enseignements utiles à l'égard des pays en voie de développement et des ex-pays communistes. Partout, le règne apparent du non-droit était dû non à la délinquance, mais à la collision entre des règles nées de la base et du sommet. Dans tous les cas, la révolution a comporté une fusion graduelle des unes et des autres » (de Soto 2005 : 130-131).

Cette approche est globalement justifiée pour le premier paragraphe sous réserve d'une référence à la notion de transition et même si on peut faire remarquer, à la suite de Joseph Comby (ADEF, 1991), que le mouvement de rencontre des règles nées de la base et de celles nées du sommet s'est produit de manière

opposée en Angleterre et en France. En Angleterre, à la suite du mouvement des enclosures, donc de la fermeture de l'*openfield* par des haies pour les besoins de l'élevage, ce sont les grands propriétaires (*landlords*) qui ont bénéficié de l'appropriation privative. Et la constitution d'une grande propriété a eu des conséquences directes sur la révolution industrielle en fournissant aux entrepreneurs la force de travail chassée de l'agriculture, non sans tensions ni misère. En France, c'est au contraire une petite propriété rurale qui est née de la Révolution française. Elle s'est inscrite dans les pratiques foncières antérieures en les simplifiant et en les unifiant dans ce droit de propriété enfin reconnu contre les droits domaniaux seigneuriaux.

Dans les situations foncières d'Afrique noire francophone, c'est toujours du haut de l'État ou de l'étranger que vient l'instigation à privatiser. Même justifiable économiquement, elle est perçue comme une violence externe manquant de légitimité.

Par ailleurs, la situation est plus complexe qu'une simple rencontre entre haut et bas. Le « haut » n'est pas seulement celui qui apporte la bonne solution, l'*ownership* anglais ou l'article 544 CC en France ou les mécanismes de garantie du droit de propriété ainsi constitué. Le « haut » est gardien de la souveraineté et détenteur d'attributs régaliens dont il ne peut disposer. Le domaine public est incessible et inaliénable, et le domaine privé, en France, met en évidence des prérogatives des administrations qui soumettent l'exercice du droit de propriété à des limites qui sont celles de l'intérêt général. En outre, l'arme de l'expropriation pour cause d'utilité publique, même encadrée par l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme constitutionnalisée par l'avant-propos de la constitution française de 1946, texte repris par la constitution de 1958, peut être utilisée de façon telle (une déclaration d'urgence par exemple) que le marché foncier en est dérégulé ou plus exactement que le marché comme lieu de confrontation de l'offre et la demande n'existe plus comme régulateur. Rappelons par ailleurs que les solutions propriétaires du « bas » sont plus complexes. Restons pour l'instant en France. Aux droits reconnus par le Code civil sont venus s'ajouter de nouvelles relations juridiques tels ces pas-de-porte dont on a parlé. Le régime des co-propriétés immobilières, les groupements de producteurs en milieux agricoles de type GAEC imposent à leurs membres des normes communes qui limitent l'exercice du droit de propriété, en particulier le caractère « le plus absolu » du droit de disposer de l'article 544 CC, en interdisant la déshérence ou l'abandon. En outre, les communaux que le début du XIX^e siècle tenait pour un archaïsme destiné à disparaître retrouvent une vigueur nouvelle avec le droit de l'environnement et avec des classements de zones humides dans le cadre du plan européen « Natura 2000 », par exemple. Les co-propriétaires, devenus gardiens de l'éco-système, sont des partenaires économiques et écologiques de premier plan du Conservatoire du littoral, un des intervenants du Ministère français de l'environnement. Est-il besoin de souligner l'incidence des enjeux environnementaux qui y sont associés ? La constitution en Afrique de réserves de biosphère, les contraintes d'une protection intégrale du patrimoine naturel, par exemple, vont transformer radicalement la nature des droits exercés. La sanctuarisation de l'espace exigée par l'écologie radicale bouleverse les conditions de vie des populations autochtones en les rendant étrangères à leur propre milieu, voire privée de leur propre histoire, ce qui est manifestement excessif et inacceptable. Le mouvement actuel, tant en Europe qu'en Amérique, tend à faire émerger de nouveaux dispositifs mélangeant les réglementations publiques (interventionnistes) et privées (protectionnistes du droit de propriété) selon des modalités caractéristiques d'une recomposition des régimes de propriété.

D'où notre seconde remarque : la collision entre le « bas » et le « haut » peut-elle trouver une solution en supposant que « *les enseignements* » des pays occidentaux sont effectivement « *utiles à l'égard des pays en voie de développement* » ? Bref, l'histoire de l'Europe est-elle applicable, *mutatis mutandis*, aux actuels pays du Sud ? Non s'il s'agit d'en appliquer aveuglement la thèse propriétaire, oui si on appréhende la réelle complexité des phénomènes en cours.

Remarquons en effet que, en fonction de ce qu'on vient de lire, le message est singulièrement plus « brouillé » que le formule d'Hernando de Soto qui paraît plus intéressé, dans son ouvrage pré-cité, par le *Far West* américain et ses modes « musclés » de sécurisation foncière que par la prise en compte de débats récents dans le milieu des chercheurs américains et européens concernant leurs problèmes fonciers domestiques. Résumons les d'une manière nécessairement rapide.

Pour nombre de spécialistes américains et européens, purs libéraux en économie, l'intervention de l'État, en particulier fédéral aux USA, est toujours apparue comme insupportable et ils ont cherché à promouvoir une privatisation des espaces publics au nom d'arguments économiques. Garrett Hardin publie en

1968 dans la revue américaine *Science* un article « *The tragedy of The Commons* » qui passe presque inaperçu à l'époque. Sa thèse repose sur un exemple, un pâturage ouvert à tous où « on peut s'attendre à ce que chaque berger s'efforce de faire paître le plus possible de bétail sur ces communaux (...) En faisant l'addition du contenu des utilités partielles, le berger rationnel conclut que le seul comportement raisonnable consiste à ajouter un animal supplémentaire à son troupeau, puis encore un autre. Et c'est la tragédie » (...) (Falque 1986 : 44).

Max Falque, traduisant en français et commentant ce texte en 1986 en tire la conclusion suivante : « *Partout où une ressource limitée est traitée comme un bien collectif, c'est-à-dire où l'absence de droit de propriété entraîne une dissociation entre autorité et responsabilité, entre droit et devoir, on retrouvera la tragédie des communs puisque chacun a intérêt à épuiser la ressource immédiatement avant qu'un autre ne le fasse à sa place* » (Falque 1986 : 44). On peut immédiatement relever les limites de cette thèse : il n'existe pas, dans des contextes pré-capitalistes, de lieu susceptible d'être occupé par des populations humaines sur lequel ne s'exercent pas des droits. Ceux-ci sont évidemment imprécis, contradictoires, fluides ou contestés et liés par exemple à un contrôle sur les hommes et non sur le fonds, équivalent, si on veut, à la souveraineté et non à la propriété. L'hypothèse d'une absence de droits est l'expression d'un ethnocentrisme systématique, exprimé par une pensée coloniale depuis le début de la conquête des Amériques (Morin 1997) et produit par la prévalence de la représentation géométrique de l'espace dont on reparlera qui fait d'un terrain non cadastré la « chose de personne », donc de tous. Ainsi, ce qui est décrit par Hardin correspond à un problème théorique et à un modèle analytique qu'affectionnent les économistes anglo-saxons plutôt qu'à un phénomène généralisable. En Afrique noire, ce qu'on a appelé récemment la « tragédie des communs » est liée à un processus de dérégulation (et non d'a-régulation) et à une crise des systèmes fonciers locaux en raison d'une non-gestion de la ressource par suite d'une déresponsabilisation des acteurs. Elle frappe essentiellement les forêts classées par le colonisateur et qui, en raison de la faiblesse de l'État africain contemporain, sont traitées en « *res nullius* » défrichées et incendiées, à la manière du pâturage de Hardin (Le Roy, Karsenti, Bertrand 1996). Malgré son simplisme, mais sans doute grâce au ton mélodramatique qui recoupe le catastrophisme écologique qui commence à imprégner les esprits en Occident, la privatisation comme moyen de prévenir la tragédie des communs s'était imposée à nombre des spécialistes de la gestion du foncier ou des ressources renouvelables. Leur évolution conceptuelle est intéressante à relever. Suivons l'un des groupes qui s'est constitué en « *think tank* » international.

À partir de 1992, un groupe s'est institutionnalisé autour de ces préoccupations en fondant l'*International Center for Research in Environmental Issues* (ICREI) dont Max Falque sera le délégué général. Ce collectif organise bi-annuellement des conférences sur les relations entre Droits de propriété, économie et environnement. De 1998 à 2004 on y a traité les thèmes de l'eau, des ressources marines, des zones côtières, et des déchets. Son dernier rendez-vous avait, en juin 2006 à Aix-en-Provence, pour objet les ressources foncières. Il est intéressant de noter l'évolution conceptuelle de ses animateurs, passant d'une politique de privatisation de la propriété « tous azimuts » à une approche qui réintègre les « communs » à condition qu'ils fassent l'objet d'organisation et de reconnaissance. Significativement, les principaux objectifs de la conférence de 2006 sont :

- « *Examiner les institutions alternatives et outils permettant une meilleure efficacité et la protection des droits de l'homme tels que définis par les États et la Communauté européenne : par exemple, transfert de droits de construire, indemnisations des servitudes réglementaires, associations foncières, réglementation compensable, servitudes conventionnelles, propriété commune (au sens d'E. Ostrom), conservatoires d'espaces (privés, associatifs et publics)..(...)*

- *Imaginer de nouvelles institutions à même de combiner efficacité environnementale et protection de la liberté individuelle en fonction de la nature des ressources environnementales, du type de milieu et des contraintes socio-économiques et théoriques ».*

On relèvera qu'est prise en compte la diversité de marchés fonciers spécialisés selon le type de procédures et d'enjeux et que, malgré une tradition interne à l'ICREI de méfiance déjà relevée à l'égard de l'État, l'ensemble des acteurs, incluant des institutions publiques et pouvant intervenir conjointement, est mobilisé. Enfin la démarche se donne pour objet d'inscrire les solutions tant dans les valeurs des droits de l'homme que dans les exigences économiques, le tout avec le souci de promouvoir un nouveau dispositif institutionnel, donc, inéluctablement, un ordre juridique renouvelé autour d'une notion, la propriété commune, empruntée à Elinor Ostrom (1990, 1999).

Dans une contribution récente au débat, Max Falque, faisant sienne cette démarche, cite Bruce Yandle

:

« Je crains que beaucoup trop longtemps nous (à savoir les tenants des droits de propriété) nous n'ayons brandi très haut le drapeau de la propriété privée, offrant une approche institutionnelle unique qui n'a pas tenu compte des leçons de l'ordre spontané si bien exposé par Hayek, Ostrom et d'autres.

(...) Vous faites remarquer qu'en réalité, il existe trois mondes, privé, commun et public. Je ne peux qu'approuver. » (Falque 2003 : n.9).

« On peut définir la propriété commune par rapport aux autres modes d'appropriation (privé, public et libre accès) à partir du nombre d'ayants droit et des coûts de transaction (Coase 1960) associés (notamment pour coordonner les titulaires de droits afin d'arriver à prendre une décision). (...) Une propriété commune est plus coûteuse que la propriété privée mais plus avantageuse que la propriété publique et le libre accès (c'est-à-dire l'absence de droit de propriété) » (Falque 2003 : Ibidem) .

Retenons ici la position mesurée adoptée par Jacques Weber en matière de développement durable sur la base des travaux de terrain réalisés à Madagascar par l'Unité de Recherche GREEN du Centre International de Recherche Agronomique pour le Développement (CIRAD) qu'il dirigeait à l'époque :

« Des régimes d'appropriation correctement définis sont un levier essentiel de toute gestion de l'environnement, ces régimes ne pouvant se réduire à la propriété privée ou à la propriété étatique : une grande diversité de régimes de propriété commune a montré une réelle capacité à gérer des ressources et des écosystèmes dans la longue durée. » (Weber, 2002 : 20)

La crise du droit et comment tenter d'y remédier par des politiques foncières adaptées au XXI^e siècle

- Une crise majeure

Finalement, nous avons relevé au fil des analyses précédentes que le problème principal n'est pas de définir le foncier, ses rapports au capital et la contribution de la propriété privée à la sécurisation des hommes et de leurs activités. La recherche de ces trente dernières années, souvent stimulée par des organismes internationaux ou la coopération bilatérale, a réuni assez de données pour qu'on puisse maîtriser les conséquences des interventions se proposant d'encadrer les investissements ayant la terre et ses ressources pour assise ou pour enjeu. Malgré des propos axés sur la valorisation des technologies (cadastres informatisés, relevés cadastraux par GPS etc.) et inspirés de considérations (Flaux 2004) avant tout financières (car le marché des procédures de régularisation des droits d'occupation est particulièrement prometteur) là n'est ni le problème ni la solution du mystère du droit foncier que nous traquons dans cette communication.

Hernando de Soto dit, dans plusieurs contextes différents, que ce qui pose problème est « invisible » ou dans l'invisible. C'est justifié dans la mesure où le rapport foncier n'est pas matérialisable. C'est une relation « entre » des personnes, inscrite dans un imaginaire qui peut leur être commun ou qui peut diverger. La première contribution à l'éclaircissement du mystère du droit foncier est donc d'accepter que le ***problème est dans l'imaginaire des acteurs en matière de sécurisation foncière et sa solution dans le type de politique ou de gouvernance qui sera mis en œuvre pour en articuler toutes les implications dans une perspective d'intérêt général.*** En quoi ont-ils confiance ? Dans quoi se fient-ils ? L'État comme dans la culture française ? *The Law* dans les approches anglo-saxonnes ? Les ancêtres, ou les parents, ou les voisins, ou un parrain ? Une bande armée ou un groupe d'auto-défense ? La liste n'étant pas exhaustive...

Ceci suppose de savoir d'abord comment ils se représentent l'histoire de l'accès à la ressource, l'usage qui a été le leur, les avantages et les obligations qui y sont associés, les conflits entre utilisateurs et les relations avec la communauté, de plus local au plus mondial. Mais il s'agit aussi de savoir selon quelles représentations collectives les questions seront traitées, représentations d'espaces, de modes de gestion des ressources comme des patrimoines particuliers, dans quels forums politiques et judiciaires ils sont traités et quels sont les types de maîtrises juridiques dans lesquelles des droits fonciers seront reconnus et protégés.

La complexité de l'exercice tient à l'exigence de lier « le haut » et « le bas » dont nous avons parlé. Nous rencontrons au moins deux difficultés.

- La première difficulté tient à la reconnaissance du rôle central du capitalisme et du marché généralisé sans présupposer son universalisation tant à moyen qu'à très long terme. Rien ne permet de penser que le capitalisme, très récent dans l'histoire de l'humanité et très fragile dans ses développements récents, restera le mode de production exclusif voire dominant. On ne peut donc pas traiter la période à venir comme une « transition foncière » puisqu'on ne sait pas où on va (Le Roy, Karsenty, Bertrand 1996). Par ailleurs, on doit éviter de concevoir les « droits de propriété » (de manière générique) comme des droits exclusifs et absolus, l'*ownership* anglais ou le droit de disposer de l'article 544 CC ainsi qu'on l'a déjà expliqué. Gardons à l'esprit la distinction introduite par le *common law* entre *property rights* et *ownership* avec un équivalent français, droit d'exclure et droit de disposer.
- Toutefois, une seconde difficulté apparaît, beaucoup plus redoutable, c'est l'imaginaire des juristes. On met souvent en cause le caractère quasi-réactionnaire du droit dont les lourdeurs, la complexité, l'inintelligibilité pour le commun des mortels sont autant de facteurs bloquants. Hernando de Soto relève que la régularisation d'un atelier de couture à Lima prenait 300 jours à raison de six heures pleines par jour et coûtait 32 fois le salaire minimum mensuel. Une régularisation de propriété à la mairie de la même ville supposait 728 opérations distinctes ! (de Soto 2005 : 234-235). Toutefois, ce n'est pas le droit qui est en cause, mais les juristes. Certes on ne s'improvise pas juriste et il n'y a rien de plus préjudiciable pour la sécurité foncière à moyen terme que l'intervention d'un bricoleur ignorant comment fonctionne l'appareil de l'État, ses administrations (en particulier sa Justice) et le sens des procédures mises en œuvre.

Cependant, et à condition d'en maîtriser parfaitement les arcanes, le droit peut changer. On peut lui faire dire, par l'interprétation (comme la Pythie grecque) ou par la réformation, ce qui est nécessaire à la stabilisation du pacte social sans bloquer les dynamiques en cours.

Hernando de Soto, qui consacre à ce sujet quelques pages bienvenues, note :

« Où sont les juristes ? Pourquoi sont-ils si peu intéressés à la loi et à l'ordre produits par leur propre peuple ? La vérité est que les juristes de ces pays sont en général trop occupés par l'étude et l'adaptation du droit occidental. On leur a dit que les pratiques locales n'étaient pas vraiment du droit mais un champ d'études romantique qu'il valait mieux laisser aux folkloristes. Pourtant, si les juristes veulent jouer un rôle en créant de bonnes lois, ils devront sortir de leurs bibliothèques spécialisées pour découvrir le secteur extra-légal, seule source des informations nécessaires pour bâtir un système juridique formel vraiment légitime »

(de Soto 2005 : 230-231).

Voyons quelle peut être la contribution des supposés « folkloristes » à la solution du problème.

- Une politique foncière à géométrie variable

Le modèle dont on va présenter les grands traits est le résultat, temporaire, d'une recherche qui s'inscrit sur une quarantaine d'années et qui n'a pas dévié de son axe tout en ne cessant de modifier ses cadres, enjeux et limites en fonction de la capacité progressive à mieux discerner les questions pertinentes à prendre en considération et, surtout, la capacité à les prendre en charge. Tout est, effectivement, question d'imagination. Il faut imaginer que ce qui est réputé contradictoire ne l'est pas nécessairement, que les frontières ne sont pas là où on les pose usuellement et que les solutions sont devant nous, pratiquées par les acteurs mais qu'il faut non seulement savoir les lire, comme on déchiffre une partition mais les transcrire dans un registre éminent délicat, on l'a compris, et qui est celui de la réforme juridique.

Au point de départ, il y a une pratique de terrain d'un anthropologue qui s'immerge dans une réalité en mettant entre parenthèses, tant que faire se peut, tout ce qu'il a appris du foncier, du droit et de l'histoire coloniale puisque l'aventure sur le terrain débute au Sénégal, à la fin des années 1960, précisément chez les Wolof, société majoritaire de ce pays mais, curieusement, très largement sous-étudiée. Ce que nous apprennent alors les Wolof est considérable et ne peut qu'être résumé ici.

- *La première* et principale rupture est que le rapport foncier est « *in intellectu* » et non « *in re* », dans leurs têtes, donc dans leurs représentations, et non dans la chose, en particulier inscrit dans le paysage. Ici apparaît une première dimension de notre corpus : les représentations d'espaces. La représentation d'espaces sous-jacente au droit moderne est géométrique. Sa fonction est de mesurer (*metros*) le globe

(*ge/geos*) pour lui donner une valeur d'échange comme nous l'avons relevé. Les représentations endogènes africaines sont topocentrique ou odologique. Le *topos* est le lieu à partir duquel s'exerce une maîtrise sur l'espace et ses ressources, le centre d'une sorte de champ magnétique dont l'influence va décroissant et qui est associé à un type de pouvoir spécialisé (parental, politique, religieux, économique, etc.). Ces pouvoirs sont pensés comme multiples spécialisés et interdépendants. Les maîtrises se complètent donc, s'ajoutent et se superposent les unes aux autres sur une même étendue. Quant à l'*odos*, elle désigne en grec, la route, le chemin. Le terme *odologie* connote la science des cheminements, science privilégiée par les chasseurs-collecteurs, les pasteurs, tous les migrants et autres populations appelées à se déplacer. Ces deux types de représentations sont centrales dans les sociétés pré-capitalistes. On les croyait exclusivement attachées à ce contexte pour s'apercevoir qu'on en trouve la présence dans nos propres sociétés, dans notre quotidien, mais qu'on n'y attache pas d'intérêt. De même trouve-t-on des représentations géométriques à l'œuvre dans les sociétés traditionnelles. Mais, comme l'unité de mesure n'est pas monétaire, mais une durée (la journée de travail) ou une quantité (un sac de semences), sa présence n'est pas apparue comme pertinente selon les critères de l'économie politique.

- *Deuxièmement*, le rapport foncier traduit des principes communautaires d'organisation de la société. Et comme le communautarisme induit des solutions institutionnelles et juridiques n'ayant que très peu de rapports avec ceux, dits modernes, inventés par des sociétés individualistes, les formules des unes étaient réputées ne pas être valables pour les autres. Si ceci reste pertinent, la nature des relations possibles entre les principes communautaires et individualistes d'organisation juridique va évoluer. Toute la littérature postulait que ces principes étaient opposés et contradictoires, selon des modes d'exposition appelés le « référent pré-colonial », les expériences africaines étant présentées comme le contraire du « bon » modèle de la propriété foncière (Chauveau, Dozon et alii, in Le Bris, Le Roy, Leimdorfer : 1982). Il fallait donc imaginer qu'il convenait de changer de postulat et de penser comme complémentaire ce qui était considéré comme contradictoire sur la base d'une expérience simple : puisque les Africains le font de manière reproductible et durable nous devons arriver à en expliquer la cohérence.
- *Troisièmement*, le droit ne se développe pas de la même façon selon la spécialisation progressive du pouvoir politique et selon la diversité des systèmes de production : à chaque activité un registre particulier, plus ou moins autonome selon le développement de l'appareil juridique. Ce point ne sera que partiellement illustré ici, mais il implique une très grande diversité de solutions foncières, certaines pouvant se satisfaire d'un outillage institutionnel rudimentaire et d'autres, tels les Wolof du Sénégal, d'un appareillage beaucoup plus sophistiqué.

Bien que disposant de l'essentiel des données au début des années soixante-dix, ce n'est qu'au début des années quatre-vingt-dix qu'il a été possible **d'imaginer** un modèle dit des maîtrises foncières, modèle susceptible d'intégrer les modes de sécurisation endogènes pré-capitalistes et les catégories du droit moderne, dans le cas du code civil dont la classification rationalisée favorise un tel traitement (Le Roy, Karsenti, Bertrand 1996). Reprenant les catégories de domaine public, domaine privé, propriété privée et communaux, on a montré qu'ils appartenaient à un modèle commun, matriciel, conçu à partir de deux distinctions chose/bien d'un côté, privé/public de l'autre. Puis, on a imaginé pouvoir ouvrir ce modèle à partir de son centre et introduire ainsi d'autres catégories empruntées aux droits endogènes africains : entre chose et bien on a introduit les notions d'avoir, de possession et de propriété exclusive (mais non absolue caractéristique du bien). Sur l'autre axe, en définissant comme public ce qui est commun à tous et par privé ce qui est propre à une personne juridique, nous avons introduit trois autres descripteurs d'origine « communautaire » : ce qui est commun à 'n' groupes (externe), ce qui est commun à deux groupes (interne-externe), ce qui est commun à un groupe (interne). Ainsi redéfinies et mises en ordre, les catégories des droits « traditionnels » et « modernes » sont bien compatibles. Mais il fallait pousser l'analyse pour expliquer comment les acteurs se servaient d'un dispositif qui, sur le plan formel, en associant cinq principes de gestion (axe privé/public) et cinq statuts du rapport foncier (axe chose/bien) proposait vingt-cinq régimes juridiques et la possibilité d'en changer, un peu comme en faisant circuler les pièces sur un échiquier. En effet, les acteurs ne cessent jamais soit en raison de leurs activités ou de l'évolution des modes de sécurisation de changer de dispositif, même quand ils semblent, selon des critères « modernes », parfaitement sécurisés par un titre foncier. Ce jeu autorisant à passer d'un référent pré-capitaliste à la notion de bien, par exemple, ne peut, sauf ethnocentrisme

et simplisme, se référer à la notion de capital foncier qui n'est qu'un des termes du jeu et non la catégorie englobante. Pour aller au bout du modèle, il nous fallait trouver cette catégorie englobante.

On explore depuis une quinzaine d'années la notion de patrimoine comme répondant à cette exigence. Dans le cadre des réformes foncières auxquelles on a été associé durant ces quinze dernières années, on a relevé que juridiquement, politiquement, symboliquement, humainement, la notion de patrimoine est un référent partagé et compatible avec tous les contextes. Il est donc susceptible d'offrir le cadre intellectuel grâce auquel les acteurs fonciers peuvent naviguer et passer des formes non marchandes à la propriété privée (et inversement) en acceptant des formules imparfaites de marchandisation. Il offre un principe non monétaire mais symbolique de conversion en pouvant s'appliquer à l'humanité, à un territoire, au terroir d'une collectivité, aux biens d'une famille et à toutes les ressources valorisées comme richesses à gérer en commun.

N'en négligeons cependant pas les difficultés. Juridiquement, le patrimoine est le double de la personne juridique qui, en droit français, est physique, propre à l'individu, ou morale, reconnue par l'État à quelques collectifs, sociétés, syndicats, associations de la loi de 1901. Cette sélection très restrictive introduit des contraintes qu'il faudra aménager pour que la personnalité juridique soit reconnue plus largement à des collectifs chargés d'une fonction de gestion des ressources et de sécurisation de leur usage. C'est un problème que l'on trouve de manière récurrente dans les contextes africains et malgaches. Sigrid Aubert décrit ainsi la gestion patrimoniale de la biodiversité telle qu'elle peut émerger aux échelles locale, nationale, régionale et internationale :

« L'intérêt de l'étude de ces enjeux de la gestion de la biodiversité à ces différentes échelles permet également d'identifier les priorités de conservation et d'utilisation durable de la biodiversité compte tenu de l'objectif de maintien de la diversité du vivant sur notre planète.

Chaque cas d'étude permet donc de problématiser les données d'observation compte tenu des enjeux de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité sur le territoire concerné et des positions antagonistes qui s'y affrontent. Le jeu des interactions entre acteurs s'effectue selon un système de contraintes et de marges de manœuvre qui, dans une perspective de gestion intégrée de la biodiversité gagne à être explicitée. L'hypothèse est que cette explicitation devrait favoriser l'engagement et la responsabilité des acteurs impliqués dans la gestion intégrée de la biodiversité, notamment au moyen une organisation légale et légitime des droits et des obligations dans leur patrimoine respectif » (Aubert, 2006, 21)

Une autre piste explorée met en évidence la relation entre les cinq types de maîtrises foncières et fruitières et des catégories de patrimoine (Le Roy, à paraître).

Quels avantages tirer de ces approches patrimoniales ?

Ils sont au moins de trois ordres.

- Éviter d'avoir à réaliser des opérations de réforme foncière, lourdes, onéreuses et pleines de risques politiques. C'est ce que les Comores expérimentent depuis 1997 où les îles d'Anjouan et Mohéli ont fait temporairement sécession de la République fédérale. On avait alors proposé une formule *a minima* qui partait des pratiques d'embocagement et de sécurisation foncière communautaire pour développer un mode patrimonial faisant des conseils de village les forums de gestion et usant des « petits papiers » écrit en arabe et du *melk* (droit « musulman » de possession exclusif) comme les bases de la sécurisation tout en reconnaissant les modes d'occupation des terres des grands domaines coloniaux tels que légitimés localement (Saïd, 2000). Malgré la crise politique et économique et une pression démographique impressionnante, la société comorienne n'a pas implosé, l'émigration « sauvage » vers Mayotte servant de soupape de sécurité temporaire. Plus durablement, il s'agira en particulier de relancer l'ouverture économique vers les autres pays de l'Océan indien par une organisation d'un nouveau régime de la propriété. Les formules de gestion patrimoniale proposées se donnaient pour objectif de faire la part entre une propriété privée déstabilisée à la suite de la destruction des cadastres et titres fonciers entre 1975 et 1978 puis l'occupation des domaines coloniaux, une propriété « *melk* » individualisée mais non absolue, des formes de propriété commune et le respect du droit public sur le domaine forestier pour des raisons écologiques (Le Roy, Karsenty, Bertrand 1996 : 239-250).

- Éviter la crise sociale comme celle que connaît la Côte d'Ivoire depuis 1998. La réforme foncière adoptée à cette date impliquait sans doute la reconnaissance des droits coutumiers, ce qui était un progrès par rapport à la situation d'ignorance antérieure. Mais la reconnaissance était doublement conditionnelle, les droits coutumiers une fois reconnus devant être convertis en droits de propriété et les procédures de régularisation devant intervenir dans un délai de dix ans pour les procédures de conversion et de cinq ans pour les régularisations. Faute de quoi les terres reviendraient au domaine de l'État, ce qui, compte tenu des délais impartis, et vu les contraintes techniques et financières de la régularisation des droits de propriété aboutissait, *de facto*, à verser une grande partie des terres coutumières dans le patrimoine de l'État. Cette « étatisation » qui ne dit pas son nom a naturellement entretenu les tensions foncières puisqu'elle pourrait autoriser l'État à réaffecter les terres ainsi « purgées » des droits coutumiers. Et la généralisation de droits exclusifs et absolus renforcera la tendance xénophobe d'exclusion de tous les « étrangers », mêmes allochtones de villages voisins. Un auteur n'écrivait-il pas que la propriété privée transforme chaque détenteur en un petit seigneur enfermé dans son bien comme dans un château fort. Comment construire une société sur la base de l'exclusion (Chauveau 2000) ?
- Aménager les passages des formes locales extra-étatiques au droit de propriété privée au rythme des usagers, selon les enjeux perçus et selon des coûts compatibles avec les investissements réalisés. L'exemple malgache qui se déploie depuis 1995 mais qui prend une autre dimension depuis 2004 reconnaît trois situations autonomes avec des procédures propres et des avantages et des obligations bien explicités. À la base, un droit d'occupation est reconnu à l'échelle du *fokoutana* unité de vie et de résidence, sur la base de pratiques pérennes, témoignages oraux des anciens, les « pères et mères » du village, petits papiers écrits relatifs à la circulation de la terre au niveau le plus local. Une procédure nouvelle a vu le jour à l'échelle de la commune, circonscription administrative pouvant regrouper plusieurs dizaines de villages ou hameaux. Un guichet unique délivre un droit de propriété qui peut être caractérisé comme exclusif mais pas absolu. Il permet des mutations foncières à l'échelle communale, peut être nanti. En principe, il peut être utilisé comme caution bancaire, même s'il n'offre pas la même garantie qu'un titre foncier et pourrait rebuter certaines banques. Le titre résultant d'une immatriculation, d'un cadastrage et d'une inscription au livre foncier est la troisième voie dont dispose le Malgache pour sécuriser ses droits. Résultat d'un processus long, complexe, coûteux, a-t-on déjà dit, en raison de la multitude des garanties apportées, donc des procédures de validation, le titre de propriété privée intéresse, outre les citoyens inscrits dans la société moderne, des entrepreneurs intervenant à l'échelle nationale ou internationale. Le nombre de ces derniers est restreint, mais l'impact de leur intervention est essentiel pour la relance de l'économie de l'Île.

L'intérêt de l'expérience malgache est d'avoir un dispositif adapté à des catégories d'utilisateurs ayant des besoins de sécurisation différents et se fiant, pour la garantir, dans les parents et voisins pour le *Foko*, l'administration communale puis l'administration centrale de l'État. Pourquoi imposer aux uns les techniques qui ne sont adaptées qu'à d'autres ? Les premières expériences de nouveaux guichets communaux sont prometteuses. Mais, les pesanteurs des administrations domaniales et foncières à l'échelle centrale et régionale ne le sont pas moins, dans un sens naturellement qui pourrait ne pas être favorable aux innovations institutionnelles recherchées.

En guise de conclusion

Le mystère du droit foncier ne tient finalement qu'à une sorte de renoncement intellectuel qui, en vertu de l'idéalisme qui caractérise trop souvent la démarche de la science juridique, interdit de prendre la mesure des demandes et attentes des opérateurs à la recherche de sécurisation foncière. Sans jouer les mystres, ces prêtres initiant chez les Grecs aux mystères, nous avons relevé que l'alpha et l'oméga de notre problème, donc de sa solution, étaient d'inscrire la démarche dans l'imaginaire de tous ceux qui, à un titre ou à un autre, doivent sécuriser leurs activités, leurs biens et, finalement, leurs conditions de vie. Si la solution retenue, issue de l'imaginaire du réformateur comme confrontation de tous les autres imaginaires, ne peut, en raison de la complexité des situations avoir la beauté d'une épure, comme le proposait le livre II du Code civil de 1804 consacré aux Biens, elle doit rendre conciliables et opérationnels les dispositifs juridiques concourant à la stabilité des échanges et à la pacification de la société. Le concept de patrimoine, de gestion patrimoniale voire de gouvernance patrimoniale (Le Roy, à paraître), tels que brièvement présentés ici, nous proposent un

cadre notionnel pour aborder les problématiques de développement durable. Si, effectivement, l'imagination peut prendre le pouvoir dans ce domaine comme dans bien d'autres.

Bibliographie

- ADEF (Association Des Études Foncières), 1991, *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, Paris, chez l'auteur.
- AUBERT Sigrid, 2006, *Production normative et modalités d'application des normes de gestion intégrée de la biodiversité, dans un contexte de recherches interdisciplinaires*, Université Paris 1, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, dossier d'habilitation à diriger des recherches.
- BRAUDEL Fernand, 1979, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, Paris, Armand Colin, 2 volumes.
- CHAUVEAU Jean-Pierre, 2000, « Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire », *Politique africaine*, n° 78, p. 94-125.
- de SOTO Hernando, 2005, *The mystery of Capital, Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Battam Press, 2000, Traduc.franç. *Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs ?*, Paris, Flammarion.
- DUMONT Louis, 1983, *Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil.
- DURAND-LASSERVE Alain et TRIBILLON Jean-François, 1982, « Objet d'une recherche sur les politiques foncières de l'État dans l'aménagement urbain », LE BRIS Émile, LE ROY Étienne, LEIMDORFER François, (eds), *Enjeux foncier en Afrique noire*, Paris, Karthala, p. 130-134.
- FALQUE Max, 1986, « Libéralisme et environnement », *Futurible*, mars, n° 97.
- FALQUE Mireille et Max, 2003, « La propriété en commun, un outil de protection et de gestion à long terme », *Études foncières*, n° 105, sept.-octobre.
- FLAUX Dominique, 2004, « Le foncier, un obstacle à la croissance des économies émergentes », *Marchés tropicaux*, 12 mars, pp. 541-543.
- HARDIN Garrett, 1968, "The Tragedy of the Commons", *Science*, pp. 1243-1248.
- KARSENTY Alain et WEBER Jacques, (dir.), 2004, « Marchés de droits et environnement », *Revue Tiers Monde*, n° 177, janv.-mars, t. XLV.
- LJAP (Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris), 2006, *Le Droit en Action*, Cahier d'anthropologie du Droit, Paris, Karthala, 307 p.
- LE BRIS Émile, LE ROY Étienne, LEIMDORFER François, 1982, *Enjeux fonciers en Afrique noire*, Paris, Karthala.
- LE BRIS Émile, LE ROY Étienne, MATHIEU Paul, 1991, *L'appropriation de la terre en Afrique noire, manuel, d'analyse, de décision et de gestion foncière*, Paris, Karthala.
- LE ROY Étienne, 1984, « Être ou ne pas être propriétaire foncier », ADEF, *La propriété foncière*, Paris, *Économica*, pp. 121-131.
- LE ROY Étienne, 1995, « La sécurité foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre », Chantal Blanc-Pamard et Luc Cambrésy (coord.), *Terres, terroirs, territoires, les tensions foncières*, Paris, ORSTOM, pp. 455-472.
- LE ROY Étienne, 2001, *La Banque mondiale, la pauvreté et les politiques foncières en Afrique*, commentaire de *Land Institutions, and Land Policy, Creating and Sustaining Synergies Between State, Community and Markets, a Policy research Report*, Washington 2001. Paris, Comité de pilotage foncier et développement, Ministère des Affaires Étrangères.

- LE ROY Étienne, à paraître, « L'homme, la terre, le droit, quatre lectures de la juridicité du rapport 'foncier' », *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2007*, Paris, Karthala.
- LE ROY Étienne, KARSENTY Alain, BERTRAND Alain, 1996, *La sécurisation foncière en Afrique, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala.
- MADJARIAN Grégoire, 1991, *L'invention de la propriété, de la terre sacrée à la société marchande*, Paris, l'Harmattan.
- MARX Karl, 1993, *Le capital*, trad. franç., Paris, PUF, Quadrige.
- MAUSS Marcel, 1993 (1950), *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, Quadrige.
- MORIN Michel, 1997, *L'usurpation de la souveraineté autochtone, le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, s. 1. (Québec ?), Editions du Boréal.
- OSTROM Elinor, 1990, *Governing the commons*, Cambridge, Cambridge University Press.
- OSTROM Elinor, 1999, « Private and common property rights », *Encyclopedia of Law and Economics, s.l.*, Bouckaert and De Gest., pp. 332-339.
- POLICAR Alain, 2003, « Droits de l'homme », Gilles Ferréol et Guy Jucquois (dirs.), *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles*, Paris, Armand Colin, pp. 109-116.
- RIBES Bruno (ed.), 1980, *Domination ou partage, développement endogène et transfert des connaissances*, Paris, UNESCO, actuel N° 5.
- SAÏD Mahamoudou, 2000, « Dynamique séculaire de sécurisation foncière, pour une approche spontanée de gestion patrimoniale aux Comores : étude du phénomène, propositions d'appui et enseignements méthodologiques », thèse d'anthropologie, Université Paris 1.
- WEBER Jacques, 2002, *Enjeux économiques et sociaux du développement durable*, Johannesburg, Sommet mondial du développement durable.
- WEBER Max, 1994 (1947), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, Agora.