



**HAL**  
open science

# Du droit des biens au droit des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes

Olivier Barrière

## ► To cite this version:

Olivier Barrière. Du droit des biens au droit des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes : Une assiette révisée de la propriété sur les utilités environnementales (dimension anthropo-juridique du droit foncier et des ressources naturelles). Presses Universitaires de Rennes. L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques ?, L'Univers des Normes, Rennes : PUR, pp.127-169, 2019, 978-2-7535-7601-8. hal-04387328

**HAL Id: hal-04387328**

**<https://hal.science/hal-04387328>**

Submitted on 17 Jan 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Public Domain

# DU DROIT DES BIENS AU DROIT DES UTILITÉS : LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES ET ENVIRONNEMENTAUX AU SEIN DE LA RÉGULATION JURIDIQUE DES SOCIO-ÉCOSYSTÈMES

Olivier BARRIERE  
IRD, UMR ESPACE-DEV

## Introduction

La régulation au sein des socio-écosystèmes, qui associent la société aux milieux dans lesquels elle évolue et se reproduit, est d'une nature double dans les représentations et les régimes juridiques. Elle se définit soit à travers la notion de « bien », en tant que chose « marchandisée », soit à travers la notion « d'utilité », entrant par là dans un rapport territorial. Il s'agit pour nous ici de contextualiser les services écosystémiques et environnementaux dans l'espace juridique qui ne répond pas à un seul modèle, compte tenu de la diversité des paradigmes juridiques et des ontologies des rapports homme-nature sous-tendant les socio-écosystèmes dont dépend la notion de service.

En droit civil romano-germaniste<sup>1</sup>, le bien est une chose qui fait l'objet d'appropriation : « les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation<sup>2</sup> » (ou « les choses qui servent à l'usage de l'homme<sup>3</sup> ». Il faut donc une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose<sup>4</sup>. Le rapport d'appropriation définit donc le bien<sup>5</sup> ; le bien est par conséquent une chose, objet de propriété. Et le droit de propriété lui-même, « absorbant toutes les utilités de la chose », « se confond avec celle-ci<sup>6</sup> ». Le droit de propriété serait par conséquent un bien<sup>7</sup> : mais ceci semble invraisemblable, « comment s'approprier un rapport d'appropriation » ? Qui plus est, l'utilité associée à l'exclusivité engendre un droit de propriété permettant à la chose d'être un bien<sup>8</sup>.

Cependant, on est là dans un système juridique qui reflète un rapport occidental au monde (réfèrent culturel et économique). Si ce régime semble dominer de plus en plus la planète par le fait de la mondialisation et par une forme d'impérialisme commercial, une part importante de la population mondiale n'est cependant pas dans l'exercice de ce paradigme-là : les contextes socio-culturels limitent ou interdisent l'appréhension comme des biens de diverses choses<sup>9</sup>. Ces contextes offrent une autre représentation faisant que toute chose n'est pas appropriable en soi. Le rapport au monde se fonde sur d'autres valeurs pour lesquelles la

---

<sup>1</sup> Par opposition à la *common law*.

<sup>2</sup> ZENATI-CASTAING F. & REVET T., *Les biens*, Paris, PUF, 2008, p. 18.

<sup>3</sup> TERRE F. & SIMLER P., *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 1992, p. 11, 636 p.

<sup>4</sup> CARBONNIER J., *Droit civil, Les biens (monnaie, immeubles, meubles)*, t. 3, Paris, PUF, 1995, p. 93, 438 p.

<sup>5</sup> « Les biens sont des objets physiques pour lesquels il existe une demande, sur lesquels des droits de propriété peuvent être établis et dont la propriété peut être transférée d'une unité institutionnelle à une autre au moyen de transactions sur des marchés », INSEE, <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/biens.htm>.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> CARBONNIER J., *Droit civil, Les biens* [...], *op. cit.*, p. 102. Cette assertion ne fait pas l'unanimité dans la doctrine contemporaine, voir ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse université Jean-Moulin Lyon III, 1981, 817 p. ; VANUXEM S., *Les choses saisies par la propriété*, Paris, IRJS éditions, t. 34, 2012, 743 p.

<sup>8</sup> « Constituent donc un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité », ZENATI-CASTAING F. & REVET T., *Les biens, op. cit.*, p. 21.

<sup>9</sup> Même analyse formulée par ZENATI-CASTAING F. & REVET T., *Les biens, op. cit.*, p. 21.

chose (terre, forêt, pâturage, etc.), objet d'utilités (cultiver, couper, cueillir, pâturer, pêcher...), ne peut être un bien mais plutôt un lien générationnel et intergénérationnel. Un lien de cohésion sociale et de perpétuation socio-culturelle du groupe sur lequel se fondent les utilités de la chose. La séparation entre l'utilité et la chose caractérise ce paradigme : la chose « fonds » ne peut être l'objet d'appropriation et prend ainsi le statut de « patrimoine commun », en raison de l'objectif de transmission qui le sous-tend, tandis que les utilités qui sont l'objet de droits incorporels (des prérogatives), sont quant à elles susceptibles d'entrer dans le commerce juridique.

Les bénéfiques que procurent les milieux naturels peuvent être perçus comme des « services » dans une logique de consommation, ou dans une logique patrimoniale (de reproduction). Les concepts de « service écosystémique » et de « service environnemental » dépendent du type de relation que les sociétés entretiennent avec leur environnement (1) et ils se définissent à travers l'objectif de viabilité conjointe des systèmes sociaux et écologiques (2).

Cependant, comme nous venons de le préciser, l'étude de la régulation juridique ne peut se limiter à la considération d'un seul paradigme et nécessite ainsi d'intégrer la pluralité des situations et des modes de représentations sous peine d'ethnocentrisme ou d'occident-centrisme (3). En effet, l'enjeu du droit (de l'environnement) se situe dans le lien que des sociétés entretiennent avec les milieux naturels et se traduit, d'un point de vue holistique, par l'association de la dimension socio-culturelle à sa dimension scientifique.

## 1. De la relation homme/nature

Dans la relation des sociétés à leur environnement, l'enjeu de la régulation se définit dans la viabilité et l'adaptation du socio-écosystème par un niveau de résilience. Le socio-écosystème traduit une notion de « lien<sup>10</sup> » ou de « couple<sup>11</sup> » rattachée à celle de système imbriqué tant l'intégration des systèmes s'impose dans l'analyse de la viabilité<sup>12</sup> : ce qui conduit à la notion d'anthroposystème ou mieux à celle de socio-écosystème<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> BERGE E., « De la multiplicité des ayants droits à la propriété pleine et entière et inversement, des “commons” aux sites de valeur mondiale », in M. FALQUES, H. LAMOTTE & J.-F. SAGLIO (dir.), *Les ressources foncières, Droits de propriété, économie et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 379-395.

<sup>11</sup> LIU J. *et al.*, « Complexity of coupled human and naturel systems », in *Science*, vol. 317, 2007, p. 1513-1516 ; MARTIN S., *La résilience dans les modèles des systèmes écologiques et sociaux*, thèse de mathématiques appliquées, Ecole normale supérieure de Cachan, 2005, 193 p.

<sup>12</sup> BOURGINE P., « Modèles d'agents autonomes et leurs interactions co-évolutionnistes », in RIALLE V. & FISSETTE D. (dir.), *Penser l'esprit : des sciences de la cognition à une philosophie cognitive*, Presses universitaires de Grenoble, 1996. Voir également, AUBIN J.-P., *La mort du devin, l'émergence du démiurge. Essai sur la contingence, la viabilité et l'inertie des systèmes*, Paris, Beauchesne, coll. « Le miroir des savants », 2010.

<sup>13</sup> De nombreux auteurs se sont attachés à comprendre le fonctionnement des systèmes socio-écologiques complexes, notamment : HOLLING C.S., « Resilience and stability of ecological systems », *Annual Review of Ecological Systems*, n° 4, 1973, p. 1-23 ; FUNTOWICZ S.O. & RAVETZ J.R., « Science for the post-normal age », *Futures*, n° 25, 1993, p. 739-755 ; HOLLING C.S., « Understanding the complexity of economic, ecological and social systems », *Ecosystems*, n° 4, 2001, p. 390-405 ; WALKER B., CARPENTER S. *et al.*, « Resilience management in social-ecological systems: a working hypothesis for a participatory approach », *Conservation Ecology*, vol. 6, n° 1, 2002, p. 14 ; FOLKE C., HAHN T. *et al.*, « Adaptive governance of social-ecological systems », *Annu. Rev. Environ. Ressour.*, n° 30, 2005, p. 441-473 ; FOLKE C., « Resilience : the emergence of a perspective for social-ecological systems analyses », in *Global Environmental Change*, n° 16, 2006, p. 253-267 ; FOLKE C., CARPENTER S. *et al.*, « Resilience thinking : integrating resilience, adaptability and transformability », *Ecology and society*, vol. 15, n° 4, 2010, p. 20 ; JANSSEN M.A., BOUSQUET F. & OSTROM E., « A multimethod approach to study the governance of social-ecological systems », *NSS*, n° 19, 2011, p. 382-394.

Si la conviction de l'imbrication de l'homme dans la nature est affirmée notamment dans la Charte mondiale de la nature en 1982, le concept même de biosphère situe l'homme comme membre d'un tout. Cette relation se décline dans les concepts de « socio-écosystème » ou d'« anthroposystème » ; le « socio-écosystème » se définit comme « un système interactif entre deux ensembles constitués par un (ou des) sociosystème(s) et un (ou des) écosystème(s) naturel(s) et/ou artificialisé(s) s'inscrivant dans un espace géographique donné et évoluant dans le temps qui permet le jeu des interactions entre ce qui relève des sociétés humaines et ce qui relève des milieux naturels<sup>14</sup> ». La définition du socio-écosystème converge par conséquent vers le paradigme de la reconnexion avec la biosphère<sup>15</sup>.

Le droit se situe pleinement au sein du processus d'adaptation des sociétés. Par définition, le droit comme fait social contribue à la viabilité sociale, sa fonction étant de réguler et normaliser pour assurer la pérennité du groupe. Dans ce cas, le système juridique participe en premier lieu à la résilience sociale, mais les juristes ne se sont manifestement pas encore vraiment emparés de ce concept<sup>16</sup>.

La résilience des systèmes d'adaptation ne peut se définir simplement dans sa capacité à résister au changement et à la conservation d'un état existant. Généralement, la résilience est entendue comme la capacité d'un système à absorber les perturbations par une restructuration de ses fonctions et de son identité. Mais le concept ne se réduit pas à la notion de résistance à la perturbation ou à un choc. Selon Carl Folke<sup>17</sup>, la résilience se définit dans la reconfiguration des structures et processus qui est provoquée par la perturbation et qui génère de nouvelles trajectoires du système. Dans ce sens, la résilience fournit une capacité d'adaptation. L'important se situe dans la dynamique du système qui suit la perturbation. En effet, celui-ci reste extrêmement dépendant de la capacité propre à son organisation interne. La résilience du socio-écosystème intègre par conséquent l'idée d'adaptation<sup>18</sup>, d'apprentissage et d'organisation endogène qui participent toutes à la capacité d'encaisser la perturbation. Dans sa large acception, le droit se situe à ce niveau-là, au sein de l'aptitude propre au groupe à réagir en transformant ou en innovant sa régulation interne. Mais on peut aller plus loin. En termes de service que procure l'écosystème, la résilience est définie comme « la capacité sous-jacente d'un écosystème à préserver les services écosystémiques souhaités face à un environnement fluctuant et aux utilisations humaines<sup>19</sup> ».

---

<sup>14</sup> LEVEQUE C. *et al.*, « L'anthroposystème : entité structurelle et fonctionnelle des interactions sociétés-milieux » in LEVEQUE C., LEEUW S. (dir.), *Quelles natures voulons-nous ? Pour une approche socio-écologique du champ de l'environnement*, Paris, Elsevier, 2003, p. 110-129, 324 p. ; LEVEQUE C., LEEUW S., « Sociétés – Environnement », *Prospective Surfaces et Interfaces continentales*, synthèse de l'atelier n° 5, INSU, 2002, 6 p.

<sup>15</sup> FOLKE C. *et al.*, « Reconnecting to the biosphere », *Ambio*, vol. 40, n° 7, 2011, p. 719-738.

<sup>16</sup> Voir sur les risques naturels, SANSEVERINO-GODFRIN V., « Risques naturels, vulnérabilité, résilience et droit dans un contexte de développement durable », actes des 20<sup>e</sup> Journées scientifiques de l'environnement, « Environnement entre passé et futur : les risques à l'épreuve des savoirs », Créteil, 2009, <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/59/51/42/PDF/3-JSE-2009-Sanseverino-Godfrin-Manuscrit-2009-02-26.pdf>.

<sup>17</sup> FOLKE C., « Resilience : the emergence of a perspective for social-ecological systems analyses », *Global Environmental Change*, n° 16, 2006, p. 253-267, spéc., p. 259.

<sup>18</sup> « *Adaptability is a part of resilience. Adaptability is the capacity of a SES to adjust its responses to changing external drivers and internal processes and thereby allow for development within the current stability domain, along the current trajectory* », FOLKE C., CARPENTER S. *et al.*, « Resilience thinking [...] », *op. cit.*

<sup>19</sup> En anglais dans le texte : « *the underlying capacity of an ecosystem to maintain desired ecosystem services in the face of a fluctuating environment and human use* » (FOLKE C., « The economic perspective : conservation against development versus conservation for development », *Conservation Biology*, vol. 20, n° 3, 2006, p. 686-688, cité par DEFFUANT G. & GILBERT N. (dir.), *Viability and resilience of complex systems. Concepts, methods and case studies from ecology and society*, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 2011, p. 10, 221 p.

## 2. Services écosystémiques et environnementaux et viabilité socio-écologique

Dans l'objectif attendu de la viabilité conjointe des systèmes sociaux et écologiques<sup>20</sup> se développe la notion de « services écosystémiques et environnementaux ». La définition du « service » la plus largement répandue aujourd'hui concerne les avantages fournis aux sociétés humaines par les écosystèmes naturels<sup>21</sup>. La notion de service se rattache au bénéfice dans une relation partant de la nature à l'homme mais aussi de l'homme à la nature pour l'homme. Le rapport est ainsi double. D'une part, on trouve les services rendus des écosystèmes aux sociétés : apports de ressources naturelles (bois, terre, eau, pâturage, gibier, poisson, plantes médicinales, fruits, etc.) ; et d'autre part, les services rendus des sociétés à l'environnement : pratiques orientées, modes d'accès et d'intervention, etc.

L'apport des écosystèmes aux sociétés humaines (ou service écosystémique, ce que la nature apporte à l'homme) souligne par là que la viabilité de la société humaine se trouve dépendante de la viabilité des écosystèmes. La viabilité de chacun des systèmes, social et écologique, passe par leur interdépendance et la dépendance des écosystèmes aux socio-systèmes s'avère de plus en plus prégnante. L'intervention de l'homme traduit un « service environnemental » (ou service anthroposystémique) afin de maintenir la biodiversité ou d'améliorer le fonctionnement de l'écosystème.

Par conséquent la régulation juridique intervient à la fois sur : 1) la captation des éléments des écosystèmes (bénéfices) et la gestion de ces acquis pour les socio-systèmes ; 2) les impacts sur les écosystèmes (flux de ce qui atteint les écosystèmes par les socio-systèmes).

À titre d'exemple, l'abeille élevée (*Apis mellifera*), offre un service à l'écosystème et au système social par la pollinisation (production agricole) et par la production de miel. Le droit intervient pour la protection du milieu de l'abeille (aires protégées et Natura 2000 par exemple), par des mesures agro-environnementales et l'interdiction européenne récente de l'usage des insecticides néonicotinoïdes sur les cultures attractives pour les abeilles comme le colza, le tournesol et le maïs (règlement d'exécution n° 485/2013 de la Commission européenne du 24 mai 2013 pour l'interdiction de mise sur le marché de semences traitées). La directive 2009/128/CE relative à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable souligne, dans son article 14, qu'à partir de 2014, tous les exploitants agricoles de l'Union devront obligatoirement avoir recours à une gestion intégrée des parasites, et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 sur la santé des abeilles et les défis lancés au secteur apicole (2011/2108(INI)<sup>22</sup>) réclame une attention particulière à l'utilisation des pesticides qui peuvent avoir des effets nocifs sur les abeilles et la santé des colonies. Le plan d'urgence en faveur de la préservation des abeilles prévu par l'article 32 de la loi du 3 août 2009 (de programmation relative à la mise en œuvre du

---

<sup>20</sup> Sur la coviabilité voir BOURGINE P., « Modèles d'agents autonomes et leurs interactions co-évolutionnistes », *op. cit.* ; BARRIERE O., « Legal aspects of the co-viability of social and ecological systems in African arid zones: an anthropological approach to environmental law », in LEE C. et SCHAAF T. (dir.), *The future of drylands*, Springer-Verlag & Man and the biosphere series, Unesco publishing, 2008, p. 583-597, 855 p. ; BARRIERE O., « Changement climatique et droit de l'homme : vers un droit de la coviabilité des systèmes sociaux et écologiques ? », in DORMOY D. & KUYU C. (dir.), *Changements climatiques et droits humains*, Marcq en Baroeul, Espérance, 2012, p. 227-250 ; BARRIERE O., « Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable : prospective d'un "droit de la coviabilité" des systèmes sociaux et écologiques », DAVID C., DAVID V. et BLAISE S. (dir.), *Le développement durable en Océanie : vers une éthique nouvelle ?*, actes du colloque international des 23-26 avril 2013 à Koné, Nouvelle-Calédonie, Marseille, Presses universitaires de Provence & Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 215-242.

<sup>21</sup> DAILY G. C. *et al.*, « Benefits supplied to human societies by natural ecosystems », *Issues in Ecology*, n° 2, 1997.

<sup>22</sup> JOUE du 31 mai 2013, C153E/43.

Grenelle de l'environnement, n° 2009-967) s'est concrétisé par un plan de développement durable de l'apiculture en février 2013. Enfin, sans pouvoir ici être exhaustif, mentionnons la mesure réglementaire visant à protéger l'abeille par le classement du frelon asiatique (*Vespa velutina*) (introduit accidentellement en France en 2004, qui constitue une espèce invasive nuisible à l'abeille domestique par prédation directe et stress causé à la colonie) dans la liste des dangers sanitaires (article L201-1 du Code rural) pour *Apis Mellifera* (arrêté du 26 décembre 2012 relatif au classement dans la liste des dangers sanitaires du frelon asiatique).

L'exemple de la pollinisation par l'abeille élevée peut conduire à la notion de « paiement » : un outil de conservation consistant en des « versements (financiers ou autres) faits à des utilisateurs d'une ressource naturelle sur une base volontaire afin qu'un service environnemental soit fourni<sup>23</sup> ». En l'occurrence, le service de la pollinisation conduit par manque de pollinisation à conclure des contrats « de pollinisation » ou de « location de ruche » pour la pollinisation des cultures entre apiculteur et agriculteur. Le service procuré par l'écosystème (le processus de pollinisation, la séquestration de carbone, etc.) relève de l'intérêt général, il ne peut ainsi faire l'objet d'appropriation en raison même de son caractère intrinsèque à l'objet (la qualité de l'eau, la capacité de stockage du carbone par une forêt, la diversité biologique d'un site, la reproduction végétale, etc.). Pourtant, la définition de Wunder<sup>24</sup> qui est très reprise dans la littérature adopte résolument le langage marchand : « une transaction volontaire dans laquelle, un service environnemental (SE) bien défini (ou un usage des sols à même de sécuriser ce service) est "acheté" par un (au minimum) acheteur de SE à un (au minimum) fournisseur de SE si et seulement si le fournisseur de SE sécurise la fourniture de ce SE (conditionnalité)<sup>25</sup> ». Le service rendu est par conséquent conditionné soit par une orientation des pratiques (comme un changement de pratiques agricoles), soit par un choix d'opportunité (comme conserver ou supprimer une forêt ou un milieu spécifique) permettant de séquestrer et de stocker le carbone, de conserver la biodiversité, la qualité de l'eau, de limiter l'érosion des bassins versants, de promouvoir la beauté des paysages, d'assurer la pollinisation, etc. Ainsi les bénéficiaires des services environnementaux établissent-ils directement une relation « donnant-donnant » avec les détenteurs de droits fonciers et usagers pour l'adoption de pratiques ne portant pas atteinte ou restaurant les écosystèmes<sup>26</sup>.

Le PSE consiste de ce fait dans « une rémunération d'un "agent" économique pour un service rendu à d'autres agents (où qu'ils soient dans le temps et l'espace) à travers une action intentionnelle visant à préserver, restaurer ou augmenter un service environnemental

---

<sup>23</sup> PIRARD R. et BILLE R., « Paiements pour services environnementaux – de la théorie à la pratique en Indonésie », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 11, n° 1, mai 2011, <http://vertigo.revues.org/10746>.

<sup>24</sup> WUNDER S., *Payments for environmental services : some nuts and bolts*, CIFOR, Occasional paper, n° 42, 2005, p. 3, 32 p. Également : « A PES scheme, simply stated, is a voluntary, conditional agreement between at least one "seller" and one "buyer" over a well-defined environmental service – or a land use presumed to produce that service », (Wunder S., *The Efficiency of Payments for Environmental Services in Tropical Conservation*, *Conservation Biology* 21(1), p.48-58, 2007

<sup>25</sup> En anglais dans le texte : « 1) a voluntary transaction where, 2) a well-defined ES (or a land-use likely to secure that service), 3) is being "bought" by a (minimum one) ES buyer, 4) from a (minimum one) ES provider, 5) if and only if the ES provider secures ES provision (conditionality) », WUNDER S., *Payments for environmental services* [...], *op. cit.*

<sup>26</sup> « The core idea of payments for environmental services (PES) is that external environmental services (ES) beneficiaries make direct, contractual quid pro quo payments to local landholders and land users in return for adopting land and resources uses that secure ecosystem conservation and restoration », WUNDER S., *The Efficiency of Payments for Environmental Services* [...], *op. cit* 2007, 49

convenu<sup>27</sup> ». Selon l'auteur, les PSE relèvent donc d'un rapport contractuel définissant le service attendu (avec son maintien dans la durée convenue) et les paiements correspondants.

La relation juridique demeure prépondérante dans le processus de paiement pour service environnemental en raison de l'importance de sa formalisation et de la reconnaissance sociale, politique et juridique du concept même de « service » faisant office de miroir du rapport sociétés-nature. La définition du « service » est par conséquent susceptible de se trouver dans chacun des paradigmes de la relation des sociétés à leur environnement par une représentation socio-cognitive propre à chacune d'elle et de se traduire dans la grammaire des ordres juridiques (statuts, régimes, processus).

### 3. La dimension anthropo-juridique d'une approche du droit

Il y a trivialement deux manières d'aborder le droit : la première considère que le droit se limite aux textes qui le posent (le droit positif) en y associant la jurisprudence, la seconde reprend la première mais poursuit la quête en sortant des codes et en entrant dans les sociétés avec leurs traits culturels s'intéresse au droit vécu. La sociologie du droit et surtout l'anthropologie juridique situent la place et la fonction du droit entre fiction, « ce qui doit être », et empirisme, « ce qui est ». La prise en compte du pluralisme juridique par la présence de plusieurs espaces de régulations juridiques (supra-étatiques, étatiques, infra-étatiques<sup>28</sup>) ouvre la dimension du droit du « monologique » au « dialogique<sup>29</sup> ». Ainsi, le droit ne peut-il se limiter à une logique pyramidale<sup>30</sup>, à un ordre étatique exogène aux groupes et aux individus sans poser la question de la validité de la norme et de tout ce qui « fait droit ». Le champ de la régulation recouvre à la fois les processus de reproduction socio-culturelle, identitaire et de cohésion sociale dans une perspective vitale d'existence, de devenir du groupe, et les processus d'adaptation aux changements. Par conséquent, la question se concentre sur ce qui conditionne les pratiques, les actions et les décisions relevant d'une « juridicité », issue à la fois d'une relation systémique externe/interne et d'un processus endogène de formation du droit. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur les processus juridiques du socio-écosystème et sur le régime dans lequel va s'insérer la notion de « service » écosystémique et environnemental.

La notion de services rendus par les écosystèmes ou par l'homme à son environnement dépend dans sa formalisation ou dans ses effets de la régulation interne propre au socio-écosystème ; une régulation qui répond d'abord à des représentations socio-cognitives et qui résulte des spécificités culturelles, voire identitaires<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> KARSENTY A., « La forêt tropicale, le mécanisme REDD et les paiements pour services environnementaux : un casse-tête écologique et socio-économique », *Société française d'écologie* (SFE), 2011, <http://www.sfecologie.org/regards/2011/02/21/regards-r12-karsenty/> ; KARSENTY A., VOGEL A., EZZINE DE BLAS D. & FETIVEAU J., « La problématique des “droits sur le carbone” dans REDD+ », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, rubrique « Débats et perspectives », 2012, <http://vertigo.revues.org/12974>.

<sup>28</sup> « fondés sur des solidarités “partielles” ou “locales” », CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 827-846, spéc. p. 835.

<sup>29</sup> Concept forgé par Edgar Morin pour exprimer la fusion en une unité complexe (c'est-à-dire à la fois complémentaire et antagoniste) de deux ou plusieurs logiques différentes, voire contraires, MORIN E., *Introduction à la pensée complexe*, [1990], Paris, Seuil, 2005, p. 99, 158 p.

<sup>30</sup> F. OST et KERCHOVE M. VAN DE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

<sup>31</sup> Ce qui fait dire à Pierre Noreau que « l'univers juridique n'est pas totalement distinct de celui de nos rapports quotidiens » dans son ouvrage sur la relation du droit à la diversité ethnoculturelle, NOREAU P., *Le droit en*

Par conséquent, l'enjeu du droit de l'environnement devrait consister dans la confrontation récurrente au fait de devoir dépasser un rapport scientifique à la nature pour intégrer la relation humaine à la biosphère<sup>32</sup>. Ainsi s'ouvre la nécessité de dépasser le concept de droit et d'opter pour celui de « régulation juridique » afin de sortir du paradigme positiviste et d'intégrer l'ensemble des sources de droit, de ce qui « fait droit » selon les sociétés dans le but d'intégrer la diversité des ontologies de la relation sociétés/nature. Nous partons de l'hypothèse que la régulation juridique du socio-écosystème se formalise dans une relation de « service » ou d'« utilité » selon le niveau d'objectivisation donné à la nature, que celle-ci soit « environnementalisée » dans un rapport naturaliste (anthropocentré), ou qu'elle soit identifiée en terme de « biosphère » dont l'homme fait partie<sup>33</sup>, ce qui donne lieu à la notion de socio-écosystème.

Le statut du service rendu par les écosystèmes à l'homme ou par l'homme à son environnement évolue entre le régime de l'appropriation (droit de propriété) et celui de la patrimonialisation commune, que nous allons développer. Il sera donc nécessaire de sortir de la logique occidentale de l'article 714 du Code civil qui ne confère au statut de chose commune qu'un « angle mort de la propriété<sup>34</sup> » dans un monde où le régime de l'appropriation demeure privilégié<sup>35</sup>.

La présente contribution se propose une mise en parallèle de deux paradigmes correspondant à deux régimes juridiques, le droit des biens et le droit que nous qualifions « des utilités » puisque situé hors du contexte d'appropriation foncière mais ancré dans un schéma social de transmission patrimoniale. L'inappropriation, tout comme l'appropriation, sont toujours organisées par le droit. Selon le paradigme, la rareté génère soit une appropriation de la chose devenant « bien », soit la restriction de l'accès à « l'espace-ressource » (concept n'appartenant pas au monde du droit des biens mais à un autre paradigme juridique).

L'utilité peut être privatisée, ne pas entrer dans la catégorie des choses communes, sans pour autant être appropriée, en raison de son statut non marchand. Nous entrons par conséquent dans la complexité en rassemblant dans l'analyse des paradigmes contraires : le marchand, le non-marchand ; ce dernier inappropriable mais commun « à » ou parfois susceptible d'être privé, comme par exemple la parcelle irriguée d'un finage.

Le Code civil (article 714) définit la notion de « commun » comme ce qui est « commun à tous ». En revanche le régime du droit des utilités considère le commun comme ce qui est rattaché à une affectation précise, en l'occurrence la survie du groupe (sa reproduction, son développement) reliée à une échelle territoriale déterminée (parcelle, quartier, finage, du terroir au territoire de l'ensemble du clan ou de la communauté ethnolignagère). Ainsi, au sein de ce paradigme, l'affectation même justifie et définit le régime, l'intérêt général d'un groupe pour sa pérennisation, structuré autour de la notion d'utilité (qu'elle soit matérielle ou immatérielle).

---

*partage : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Thémis, 2003, p. 10 ; cette question, conduisant au thème du pluralisme juridique, constitue l'objet même de l'anthropologie juridique.

<sup>32</sup> NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; FOLKE C. et al., « Reconnecting to the biosphere », *Ambio*, vol. 40, n° 7, 2011, p. 719-738.

<sup>33</sup> Une position permettant de conférer à la nature le statut de sujet de droits, HERMITTE M.-A., « La nature sujet de droit ? », *Annales. Histoire, sciences sociales*, n° 1, 2011, p. 173-212.

<sup>34</sup> CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2004.

<sup>35</sup> Avec cependant la nuance de « formes d'appropriation plus solidaires », ROCHFELD J., « Entre propriété et accès : la résurgence du commun » in BELLIVIER F. et NOUVILLE C. (dir), *La bioéquité Batailles autour du partage du vivant*, Paris, Autrement, 2009, p. 69-87, spéc. p. 73, 176 p.

Les paradigmes juridiques de la relation sociétés/nature qui coexistent dans le monde se divisent en deux grands ensembles comprenant, d'un côté ceux qui se définissent sur la prévalence d'une logique marchande, et de l'autre ceux qui sont axés sur la prévalence d'une logique territoriale. Les représentations des sociétés et les valeurs qu'elles accordent aux éléments de la biosphère ne sont, bien entendu, que le miroir de la régulation juridique en vigueur. La catégorisation des choses reste finalement délimitée au sein de ces deux ensembles.

L'article 714 du Code civil, encore lui, souligne que l'usage est commun à tous, sous-tendant une vocation à servir à tous. Ce caractère rebelle à l'appropriation, source d'une absence de vocation à l'appropriation, ne constitue cependant pas un obstacle à l'appropriation (par exemple pour la terre). On demeure bien dans l'antre du paradigme de la propriété. Il en va de même pour les choses « sans maître », ayant vocation à être des biens mais qui ne le deviennent pas par manque de propriétaire (*res nullius*), ce qui constitue une situation provisoire en raison de la vocation à trouver un maître pour (re)devenir bien (souvent par l'emprise de la chose). Les choses publiques relèvent du domaine public ou du « domaine national », catégorie juridique propre à des législateurs africains, comme au Sénégal, inaliénable en raison de leur destination. Enfin les choses privées définissent la propriété privée (en associant le domaine privé des personnes publiques).

Mais hors du champ des choses-biens, les choses-fonds sont « territorialisées », constitutives d'un territoire, attachées à celui-ci dont il en constitue une partie à part entière, participant à la définition et à la constitution dudit territoire avec ses occupants. Ce sont les choses communes à un groupe dans son identité culturelle, ses valeurs et sa reproduction qui sortent d'une logique marchande pour exprimer un régime *sui generis*, de patrimonialité commune.

Une conception élargie du droit nous autorise à sortir de la pensée positiviste archiboutée sur une lecture germano-romaniste du rapport au monde à travers le régime du droit des biens. En prenant le contre-pied d'un sentiment d'universalité, on peut affirmer que le régime de la propriété ne peut plus être considéré comme civilisateur et doté d'un caractère incontournable pour la raison qu'il prétendrait être issu du droit naturel<sup>36</sup>. Il est nécessaire de souligner que le prisme du régime de la propriété relève d'un paradigme occidental qui n'est pas partagé par deux tiers de l'humanité<sup>37</sup>.

La carte suivante intègre les points de vue des pays non occidentaux formalisant les régimes juridiques fonciers. Elle s'est construite à partir du rapport statutaire à la terre, issu du concept de « domaine national », catégorie juridique développée par des législateurs du Sud<sup>38</sup>,

---

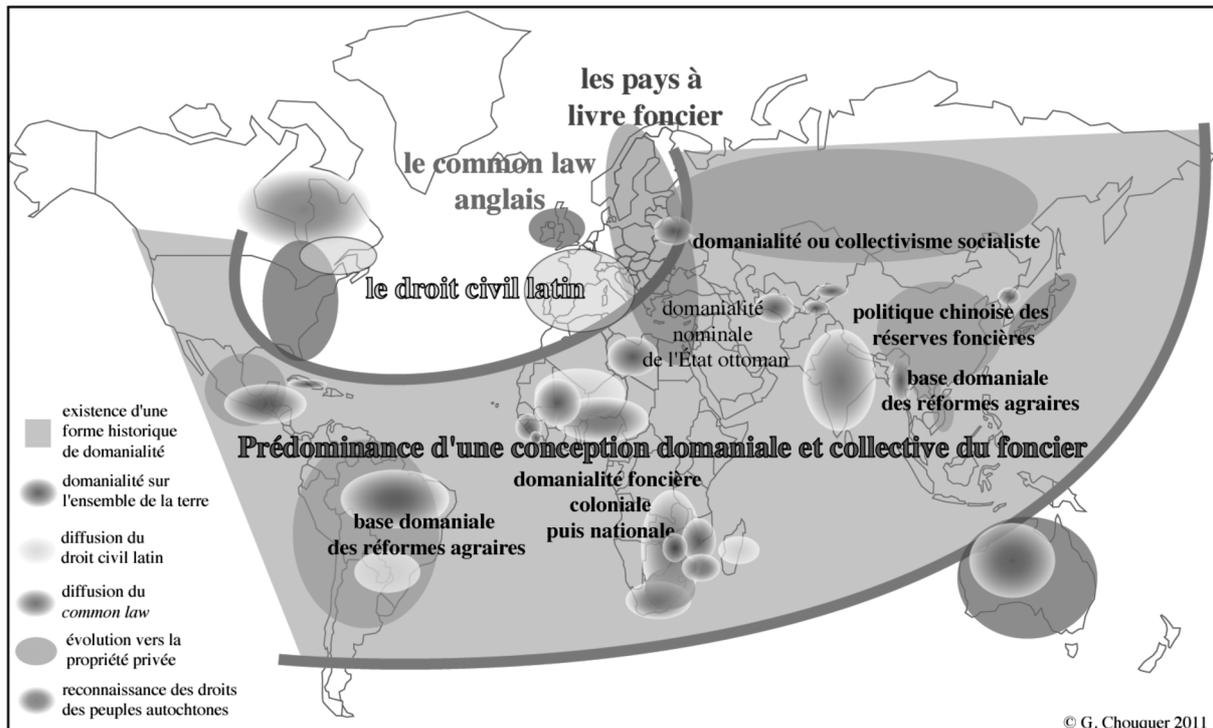
<sup>36</sup> Ce qu'affirment certains auteurs, particulièrement : « [...] dans toutes les sociétés existent des droits que nous devons reconnaître comme des droits de propriété. [...] des droits [...] relatifs aux ressources nécessaires à la vie et la survie d'une famille. De tels droits peuvent être qualifiés de droit de propriété. [...] », BERGE E., « De la multiplicité des ayants droits à la propriété pleine et entière et inversement, des "commons" aux sites de valeur mondiale », in FALQUES M., LAMOTTE H. & SAGLIO J.-F. (dir.), *Les ressources foncières, Droits de propriété, économie et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 379-395, spéc. p. 385.

<sup>37</sup> « Les deux tiers de l'humanité ne sont pas encore entièrement déterminés par les régulations d'un marché foncier mondialisé et continuent à interdire ou à ignorer plus ou moins systématiquement la vente des terres », LE ROY E., *La terre de l'autre*, Paris, LGDJ, 2011, p. 348.

<sup>38</sup> L'exemple significatif est la loi sénégalaise n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national qui dispose que « Constituent de plein droit le domaine national, toutes les terres non classées dans le domaine public, non immatriculées [...]. Ne font pas non plus partie de plein droit du domaine national, les terres qui, à cette même date, font l'objet d'une procédure d'immatriculation au nom d'une personne autre que l'État » (art. 1). « L'État détient les terres du domaine national en vue d'assurer leur utilisation et leur mise en valeur rationnelles, conformément aux plans de développement et aux programmes d'aménagement » (art. 2). « Les terres du domaine national ne peuvent être immatriculées qu'au nom de l'État » (art. 3). Le statut est particulièrement original excluant le concept de propriété sur 98 % du sol sénégalais. En effet, « le domaine national n'est pas

traduisant un monopole foncier étatique, où le régime de propriété privée bien que non généralisé se greffe au régime du domaine public (sous-tendu par le critère d'inaliénabilité) et du domaine privé de l'État. La carte « fait également entrer en ligne de compte l'imbrication de cette conception avec d'autres conceptions : le droit musulman, les droits coutumiers, les droits des communautés autochtones, dont on sait qu'ils sont désormais reconnus dans de nombreux pays...<sup>39</sup> ».

Figure 1 : Pluralités des systèmes juridiques relatifs aux rapports fonciers (Chouquer, 2011)



Par voie de conséquence, nous retenons l'existence d'au moins deux paradigmes juridiques, correspondant à deux rapports au monde coexistants sur une même planète : des biens, choses marchandisées (I) et des utilités territoriales (II). Le service écosystémique et plus précisément environnemental s'insère dans cette réalité plurielle de régulation juridique du socio-écosystème.

constitué de biens mais de choses non appropriées. C'est un espace sur lequel l'État exerce sa souveraineté. Toutefois la coexistence du domaine national avec la propriété privée ou la propriété étatique, marginales toutes deux, pose des questions qui seront résolues par la recherche de la logique du système », CAVERIVIERE M., « Incertitudes et devenir du droit foncier sénégalais », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n° 1, 1986, p. 95-115, spéc. p. 95.

<sup>39</sup> CHOUQUER G., « Le nouveau commerce triangulaire ou les isomorphismes du foncier contemporain », *Études rurales*, n° 187, janvier-juin, 2011, p. 95-130 ; CHOUQUER G., *Aspects et particularités de la domanialité en Afrique de l'Ouest*, Rapport du comité technique foncier et développement, 2011, [http://www.agter.asso.fr/IMG/pdf/2011\\_ctf\\_fiche-pedag\\_chouquer\\_domanialite\\_fr.pdf](http://www.agter.asso.fr/IMG/pdf/2011_ctf_fiche-pedag_chouquer_domanialite_fr.pdf).

## I. Le droit des biens : de la liberté absolue des personnes sur les choses, une logique marchande

La socialisation des rapports à la nature en occident s'est formalisée par une catégorisation des choses, principalement à travers une relation d'appropriation. La chose mise en « propriété » constitue un bien. De plus, le droit de propriété est souvent défini comme celui par lequel une personne dispose d'une chose (matérielle ou immatérielle) de manière absolue (*erga omnes*). Mais si la définition paraît trop simpliste<sup>40</sup>, elle fonde néanmoins un paradigme proprement occidental qui repose sur une division des personnes et des choses (la *summa divisio*) dans laquelle se trouvent les biens. Les biens désignant les choses « qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété<sup>41</sup> ». L'objet du droit de propriété est ainsi une chose-objet « bien » qui concentre un faisceau de droits (réels), des attributs constitutifs du démembrement du droit de propriété, tels que l'usufruit, la servitude, l'usage et l'habitation<sup>42</sup>. Cependant, en raison de la toute relativité de l'absolutisme d'une personne sur une chose, les droits peuvent se concevoir en termes de faisceau (*bundle of rights*). Le faisceau de droits, « [...] divisibles et superposables, (et) n'ayant pas nécessairement des choses tangibles pour objet, (... désigne) l'irréductible hétérogénéité des objets appropriés et des régimes juridiques auxquels ceux-ci sont soumis<sup>43</sup> ».

Le bien se caractérise particulièrement par sa capacité à être aliéné, à entrer dans le commerce juridique et économique. Et tous les biens sont susceptibles de l'être, comme la portion d'espace. Dans ce cas, le rapport marchand à la « chose-fonds » résulte de la distanciation de la personne à la chose, le fait qu'il y ait rupture entre l'existence de la personne et la chose. Cette dichotomisation, sujet de la *summa divisio*, définit le paradigme occidental du rapport foncier. Le fonds terre, pâturage, forêt, etc. devient un objet en raison de sa valeur vénale de transfert ou de garantie. Délimité, clos ou non, il est une marchandise.

La naissance de ce paradigme en occident se situe dans la possession, origine du droit de propriété foncière dont l'enjeu fut la constitution d'un fonds approprié dans la totalité de ses utilités (A). L'édification d'un régime de droit de propriété hors de l'occident, que l'histoire n'a pas construit, fait appel au procédé de la purge des droits endogènes (dits coutumiers) qui sont attachés au fonds (B) ; mais le dogme de la propriété trouve ses limites dans le corps social qui l'occupe, disposant de sa propre logique juridique que reconnaissent des législateurs nationaux et depuis peu le droit international (C).

---

<sup>40</sup> « Aucune définition de la propriété ne parvient à décrire correctement l'ensemble du droit actuel » précise Xifaras : XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, 530 p., spéc. p. 8.

<sup>41</sup> XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 36 citant DEMOLOMBE C., *De la distinction des biens ; de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. Cours de code Napoléon*, Paris, Durand/Hachette, 2 tomes, 1854, p. 352.

<sup>42</sup> Mais Sarah Vanuxem prend le contrepied par le développement d'une théorie renouvelée du droit de propriété avec l'idée de chose-milieux (les choses peuvent se concevoir comme des milieux), VANUXEM S., « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1, vol. 64, 2010, p. 123-182.

<sup>43</sup> « La propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose », XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 98 citant DEMOLOMBE C.

## A. L'appropriation du fonds : l'invention de la propriété par la possession

Dans le droit du sol, l'indivisibilité et l'inaliénabilité sont les caractères généraux de la possession<sup>44</sup>. Et la possession héréditaire exclut toute disposition abusive.

La propriété est née de la reconnaissance légale de l'emprise totale du détenteur sur la chose. Le fait de la détention, défendue par la force, s'est commuée en droit de propriété par la garantie sociale d'un droit d'aliénation (transférer ou détruire) d'une chose : « [...] les lois ne protègent pas seulement la propriété, ce sont elles qui la font naître, qui la déterminent, qui lui donnent le rang et l'étendue qu'elle occupe dans les droits du citoyen<sup>45</sup> ». La propriété naît donc de la loi qui reconnaît le droit d'abuser<sup>46</sup>. Sans loi, pas de propriété : « ce qui est contemporain de la première société, c'est l'occupation momentanée, ou la possession en commun : la propriété ne vient que plus tard, par le progrès des libertés et la lente élaboration des lois<sup>47</sup> ».

A l'origine (sic), il n'y avait pas de propriété, mais de « l'occupation »<sup>48</sup>. De l'avoir à l'être, de la possession à la propriété, l'histoire du droit de propriété est celle d'une confusion entre l'avoir et l'être. S'il y a des biens de l'avoir, personnels (*propres*) et marchands (*capitalia*), il y a aussi les biens familiaux « dont la destination est d'être transmis de génération en génération, et qui sont de ce fait frappés de diverses formes d'indisponibilités<sup>49</sup> ». Ce qui fait dire à l'auteur qu'en « faisant basculer les héritages dans la sphère des propres, la théorie moderne du patrimoine opère l'unification de l'être et de l'avoir personnel...<sup>50</sup> ». Alors que les « héritages » sont souvent des portions d'espace, biens familiaux par excellence<sup>51</sup>.

Retournons aux origines du droit de propriété. On trouve quatre grandes phases à travers l'époque romaine, l'époque dite « barbare » (haut Moyen Âge) par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle (1), l'époque médiévale et féodale jusqu'aux grandes monarchies (moitié du XV<sup>e</sup> siècle) (2) et enfin à partir de 1789 (3).

---

<sup>44</sup> PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, [1866], L'Harmattan/Les introuvables, 1997, p. 88, 246 p.

<sup>45</sup> LABOULAYE E., *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, Paris, Durand/Remmelmann, 1839, p. 59, 560 p.

<sup>46</sup> Le droit de propriété n'existe qu'avec le droit d'abuser : « Quand le droit d'abuser n'existe pas, quand la société ne le reconnaît pas aux personnes, il n'y a pas [...] de droit de propriété ; il y a simplement droit de possession », PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, *op. cit.*, p. 16. L'abus sera fortement limité : Joseph Comby souligne le caractère impossible de l'absolutisme pour l'espace foncier, COMBY J., « L'impossible propriété absolue », *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, Paris, ADEF, 1989, p. 9-20, 360 p.

<sup>47</sup> PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>48</sup> LABOULAYE E., *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>49</sup> Il est fait référence à la notion de biens « innés », constitutifs de la personnalité, « droits qui se confondent avec l'existence de la personne, et qui ont pour objet son individualité même », XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 37 citant DEMOLOMBE C. Ces biens ne devraient pas être des biens, mais, selon nous un patrimoine commun intergénérationnel.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Voir le Code civil qui emploie toujours ce terme d'« héritage » pour les propriétés foncières, par exemple l'art. 637 : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire » ou par exemple l'art. 666 : « Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre, prescription ou marque contraire », etc.

## 1. La propriété romaine : quiritaire (entière), publique (concession) et inaliénable (transmission)

L'origine de la propriété serait romaine, d'après Édouard Lefebvre de Laboulaye<sup>52</sup>, (1811-1883), juriste<sup>53</sup>. Elle proviendrait du partage du sol opéré par Romulus (premier roi de Rome, 754-715) en trente portions égales aux trente curies (définissant le peuple par la subdivision des trois premières tribus – groupes ethniques), une part au Culte et une part à l'État. Les patriciens (citoyens romains aristocrates), compagnons d'arme de Romulus, sont des possesseurs terriens subordonnés au roi. Leur affranchissement à la royauté transforme leur possession (*possessio*) en propriété, conférant le *dominium*. Ce droit du patricien<sup>54</sup> définit le droit quiritaire (*jus quiritarium*). Le droit de propriété au sens romain constituait l'objet auquel s'applique le domaine : « *dominium est jus utendi et abutendi re suâ, quatenus juris ratio patitur* » (le domaine [ou la propriété] est le droit d'user et d'abuser de sa chose, autant que la raison du droit le souffre [dans la mesure où la loi le permet]). Le terme de « domaine » vient de *dominus* (le maître) et de *dominium* qui signifie « maîtrise » (la maîtrise sur le domaine). La traduction de « maîtrise du domaine » en « propriété » (*proprietas*, étymologiquement « qualité de ce qui est propre » ou « ce qui est le propre d'une chose »), est évitée par le droit romain<sup>55</sup> mais sera bien celle du Code civil en 1804, opérant la confusion entre le sujet et l'objet, l'être et l'avoir.

La propriété romaine (II avant J.-C. – II après J.-C.) dite « quiritaire » rassemblait donc l'ensemble de tous les pouvoirs que l'on peut avoir sur une chose ; ce pouvoir total sur une chose définissait le *dominium*, comme maîtrise totale. La propriété est différente des autres droits réels en ce qu'elle réunit les trois attributs la définissant : l'usus, le fructus, et l'abusus. Il faut remarquer que l'époque où s'affirme la notion de propriété correspond à une période de prédominance commerciale faisant de l'abusus le critère de la valeur d'un bien : sa valeur vénale, son prix de vente.

Puis le roi Servius fut le premier à concéder quelques terres aux gens du peuple mais toutes ces allocations furent faites à titre de possession (l'homme du peuple ne possédait qu'à titre d'usufruit). Cependant, ce droit *possessio* était protégé : la détention de la possession entraînait dans le commerce pour être transférable. Les terres provenant de l'*ager publicus* conservaient leur attache à l'État (les patriciens en avaient la jouissance, la plèbe ne jouissait que des pâturages communs). Seules les terres provenant du partage premier étaient quiritaires. La possession était la règle, la propriété (foncière), l'exception. Le possesseur relevait de l'État, dont il dépendait pour sa jouissance, alors que le propriétaire ne relevait que de lui-même, puisque disposant du domaine<sup>56</sup>.

Cependant, les historiens soulignent que l'esprit de famille était tellement puissant à Rome que le domaine quiritaire restait indivisible et inaliénable (à l'image d'un fief) car l'État romain n'était qu'une fédération de familles, de petites sociétés indépendantes. Ainsi, dans les faits, la propriété foncière romaine ne s'aliène ni ne se divise, elle sous-entend un devoir de

---

<sup>52</sup> Repris par PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, op. cit., p. 106.

<sup>53</sup> Il est l'auteur de *L'histoire du droit de la propriété foncière en Europe depuis Constantin jusqu'à nos jours* (1839), ouvrage couronné par l'Académie des inscriptions et des belles-lettres. Il fut professeur de législation comparée au Collège de France. LABOULAYE E., *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, Paris, Durand/Rommelmann, 1839, 560 p.

<sup>54</sup> Qui sont admis au partage des terres conquises et plus tard en 376 aux plébiens par la loi des tribuns Licinius Stolon et Lucius Sextius.

<sup>55</sup> PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, op. cit., p. 73.

<sup>56</sup> Ce que souligne bien PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, op. cit., p. 111.

conservation : « le plus grand souci [du patricien] et son premier soin seront toujours de la transmettre entière à sa famille<sup>57</sup> ».

## 2. La propriété féodale : alleu, bénéficiaire et fief (entre liberté et suzeraineté)

La fin de l'empire romain est marquée par l'invasion des « barbares » (peuples migrants) en ce haut Moyen Âge, transformant les données foncières : « les Barbares, maître de l'empire, se contentèrent partout d'une part du sol, laissant le reste aux anciens possesseurs [...] : Bourguignons et Wisigoths prirent les deux-tiers des terres à leur convenance ; les Hérules s'emparèrent d'un tiers de l'Italie ; les Ostrogoths prirent la part des Hérules ; les Lombards, après avoir pris les terres du domaine et tout ce qui fut à leur convenance exigèrent en outre le tiers des fruits des propriétés qu'on laissait aux Romains. Quant aux Francs, qui n'étaient point, comme les Bourguignons et les Goths, des peuplades marchant sous la conduite d'un roi, mais seulement quelques bandes germaniques unies par la conquête sous un nom de guerre, on ne voit point qu'ils aient dépouillé les anciens possesseurs<sup>58</sup> ».

Les cités furent laissées aux romains et le monde rural fut découpé en cantons, en centaines et dizaines. Sans administration centrale, la sécurité publique était assurée à l'échelle du canton par le comte, qui cumulait les fonctions de chef de guerre et de juge de paix, et aux échelles inférieures par le centenier et le dizainier.

L'histoire de l'époque germanique fit prévaloir les relations du sol sur les relations personnelles, car le pouvoir foncier commandait l'état des personnes. Trois types de statuts foncier prévalaient : du noble, du « barbare » et du romain : « l'état des personnes fit la condition des propriétés [...] la terre du noble fut noble, celle du Barbare franche, celle du Romain (dans les cités) soumise à l'impôt. Mais la terre étant la source et le cachet de la puissance, [...] l'état des personnes a été commandé par l'état des terres<sup>59</sup> ». Le paysage campé est celui d'un rapport de vassalité, de liberté et de fiscalité, trois systèmes fonciers simultanés, principalement le fief et l'alleu. Les conditions sociales se voient de plus en plus intégrées à la terre par leur dépendance aux types de propriétés conditionnant les droits et la liberté : « [...] à mesure qu'on s'est éloigné de la conquête, les conditions sociales s'étant toujours de plus en plus incorporées au sol, les variations successives de la propriété ont réglé presque seules la mode et les vicissitudes de toutes les conditions, de tous les droits, de toutes les libertés<sup>60</sup> ».

La propriété féodale se caractérise par le fief, tenure noble, qui se définit dans une relation de dépendance et de concession entre suzerain et vassal (feudataire) dans un contexte de double domanialité, domaine éminent et domaine utile. Le fief est une propriété souveraine disposant de droits régaliens (justice civile et criminelle, impôt, péages, droit de battre monnaie et de lever le ban). Cette propriété côtoie la propriété allodiale, qui est une propriété individuelle et indépendante, où tous les droits sont réservés au souverain (chasse, pêche, barrage de rivières faisait partie de l'alleu<sup>61</sup>), réminiscence de la propriété quiritaire du droit romain. Les alleux ou franc-alleux sont les terres affranchies de toute redevance, libres de tous devoirs féodaux (ne relevant d'aucun seigneur), y compris de droits de mutation (lods) :

---

<sup>57</sup> PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, op. cit., p. 109.

<sup>58</sup> LABOULAYE E., *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, op. cit., p. 251.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>61</sup> On le vendait toujours "*cum omnibus pertinentiis, pratis, pascuis silvis, venationibus, piscationibus, molendinis*" (avec toutes ses dépendances, prairies, bois, pâturages, chasses, pêche, moulins), *ibid.*, p. 389.

une terre possédée en propriété complète, opposée aux fiefs ou aux censives. Le franc-alleu noble rendait la justice et percevait le cens tandis que le franc-alleu roturier n'avait pas ces pouvoirs et était directement issu de la propriété romaine. Les terres libres (hors lien de vassalité) subirent une pression au sein de rapports de forces : tout propriétaire qui ne pouvait être chef dut être vassal. Une relation qui fit que les terres comme les hommes s'enchaînèrent à un chef, à un seigneur, par un lien mutuel de protection et de fidélité. Cet assujettissement détruisit la petite propriété allodiale pour une propriété appelée bénéficiaire (ou propriété hiérarchique) au profit des plus puissants : « la force pouvait seule garantir la propriété<sup>62</sup> » indépendante. Ainsi, la propriété se concentra en d'immenses domaines : « à chaque instant le petit propriétaire était attaqué, pillé, dépossédé ; il lui fallut donc se réduire à une simple jouissance sous la protection des puissants du jour, qui du moins ne le dépossédait pas tout entier<sup>63</sup> ». Les petits alleux se convertirent en « bénéfices » par une relation d'allégeance fondée sur des engagements réciproques, en se mettant au service du seigneur pour bénéficier de sa protection, en contrepartie de quoi ils recevaient un « bénéfice », c'est-à-dire une portion de terre qui constituait sa seule richesse. Cette voie de la « recommandation » permettait de conserver sa propriété en confiant au seigneur l'éminence pour ne disposer que d'une propriété utile<sup>64</sup> ou usufruit.

La réalité féodale du double domaine (éminent et utile) offrait la capacité de sous-concéder : chaque titulaire de fief possédait le domaine utile sur l'ensemble du fief concédé et également le domaine direct sur les terres sous-inféodées. À la fin de l'Ancien Régime, tous les fonds dépendaient les uns des autres et en dernier lieu du domaine de la couronne.

La propriété médiévale (V<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles) multiple et démembrée (ou divisée) exprime une solidarité familiale et villageoise. Les droits d'usage (vaine pâture, affouage, glanage, chauffage, etc.), distincts de la propriété des communes, sont reconnus par l'ordonnance de 1669 sur le fait des eaux et forêts par Louis XIV. Ils traduisent en quelque sorte un droit « de survie » permettant la satisfaction des besoins élémentaires des riverains avec les communaux et les sectionaux constitutifs d'une propriété collective des communautés d'habitants. La réglementation stricte des droits d'usage a pour objectif la préservation du patrimoine des communautés contre les seigneurs (qui exercent des pressions fiscales en raison des guerres incessantes). À la fin de l'Ancien Régime, l'objectif des propriétaires d'affranchir les forêts des servitudes « dévorantes » génère de nombreux procès entre seigneuries et communautés d'habitants. De nombreux droits d'usage sont convertis en droit de propriété utile et l'hostilité des propriétaires à l'égard des droits d'usage croît<sup>65</sup>.

Le système est très hiérarchisé, bâti sur une relation de dépendance et d'obligations mutuelles dans laquelle la propriété éclatée en « droits de propriété » devient un obstacle pour le développement agricole nécessaire face à la croissance démographique.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>64</sup> « Le propriétaire se dévêtissait de la propriété et transférait la saisine au seigneur par le symbole ordinaire d'une baguette ou d'une touffe de gazon ; puis il recevait immédiatement cette propriété à titre de bénéfice – pour en jouir *absque aliqua diminutione, usufructuatio ordine* (sans aucune diminution, de l'ordre de l'usufruit). Mais comme, en s'assimilant au bénéficiaire, le recommandé se trouvait dans la position d'un usufruitier, il avait grand soin d'assurer à l'avance à ses descendants la succession du bénéfice » qui se faisait automatiquement par présentation au seigneur du successeur, *ibid.*, p. 292.

<sup>65</sup> GAU-CABEE C., *Droit d'usage et Code civil, L'invention d'un hybride juridique*, Paris, LGDJ, 2006, 566 p.

### 3. L'unité de la propriété par l'exclusivité et l'individualisme

Une redéfinition de la propriété comme unitaire et privative voit le jour à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est le passage à l'exclusivité. Avec l'effritement du pouvoir féodal au profit du pouvoir central, l'affirmation de l'individualisme (Renaissance) sous Louis XV voit naître la doctrine physiocrate promouvant la libération des fonds. Le renouveau de l'économie par le progrès agricole justifie l'individualisme : « il fallait donc multiplier la propriété individuelle par la suppression des communaux, libérer la culture des servitudes collectives et des droits féodaux, favoriser la grande propriété seule capable de grandes avances et de cultures savantes, assurer la cherté ou bon prix par la liberté du commerce, multiplier la richesse plus que la population ». Au nom du progrès agricole, les physiocrates clamaient les bienfaits de la propriété individuelle, l'irrationalité du système communautaire fondé sur la tyrannie de l'assolement, de la jachère et des pratiques collectives qui en dépendaient<sup>66</sup>. De 1769 à 1781, le partage des communaux fut autorisé et l'apparition d'édits établissant la liberté de clôture contribua au culte de la propriété individuelle pour qui les droits d'usage sont « indignes d'une agriculture moderne<sup>67</sup> ». Le passage à la propriété exclusive, confondant le droit à la chose, s'effectue par la confrontation de deux conceptions du droit de propriété. L'insurrection des petits paysans et des communautés villageoises aboutit à la mutation du droit de propriété dans un droit de l'individu avec la disparition des propriétés simultanées sur un même fonds, par la formalisation de la Déclaration des droits de l'homme (1789 & 1791<sup>68</sup>), confirmé en 1804 par le Code civil au profit des détenteurs du domaine utile. L'espace comprenant des droits simultanés ou saisonniers devint privatif, en raison du choix politique de la liberté maximale<sup>69</sup>. La propriété devenant « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements » (article 544 du Code civil), donne naissance à un double absolutisme, celui du possesseur devenu propriétaire, et celui de l'État qui conditionne le droit de propriété. On en revient à la propriété romaine, du *jus utendi et abutendi*, avec un *dominium* restreint par l'intérêt général et sa fonction sociale.

En 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît réellement ce droit à la propriété, individuelle ou collective, dans son article 17 qui dispose que « toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ».

La fonction sociale de la propriété dresse les contours de sa légitimité qui répond à la recherche d'un équilibre entre l'intérêt privé et l'intérêt général. La définition même de l'article 544 du Code civil souligne l'opposition de l'intérêt individuel, du propriétaire avec sa capacité d'absolutisme, et l'intérêt général, les lois et règlements. L'aspect social de la propriété réside dans le respect de tous face à l'État, mais ce pourrait être Dieu.

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>68</sup> Son art. 17 dispose que « le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie » ; avec un passage du pluriel « des droits de propriétés », rectifié en 1791, au singulier, SUEL M., « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir », *Revue de droit public*, 1974, p. 1295-1318.

<sup>69</sup> L'art. 544 du Code civil consacre une démarche politique : « [...] c'est parce qu'il faut asseoir, du côté de la personne individuelle, la plus absolue des libertés, qu'il convient de lui reconnaître le droit d'exercer sur les choses la plus absolue des dominations », XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 26.

En définitive, l'histoire du droit de propriété traduit la genèse de la socialisation des rapports à la nature avec l'histoire de la légitimation sociale de l'emprise des hommes sur le milieu. De la possession à la propriété, le Rubicon fut franchi par l'institutionnalisation de l'aliénation des biens fonciers. La portion d'espace, détentrice de multiples ressources (culture, produits forestiers, gibier, poisson, etc.), seule richesse disponible entra dans la catégorie de « bien », objet d'appropriation : d'occupation, d'accaparement, d'échange, de récompense, de don... et de vente. Mais la naissance de la propriété s'est réalisée dans un rapport de pouvoir aux hommes, par le biais de la mise en place d'une relation de dépendance, d'asservissement ou d'inféodation, au moyen du contrôle foncier. La soumission de l'utilité au pouvoir éminent orchestrée au sein d'une cascade de droits de propriétés cède devant l'individualisme économique, une ambition sociétale élevée au rang de dogme de la propriété, pleine et entière. Cependant, l'histoire est en perpétuel mouvement et l'absolutisme de l'exclusivité vole peu à peu en éclat pour se répartir dans un faisceau de droits au sein du processus contemporain de transformation de la régulation juridique<sup>70</sup>.

En droit anglais, il n'existe originellement pas de propriété foncière absolue et unitaire. Procédant du système féodal consacré par Guillaume le Conquérant en 1066, toutes les terres dépendent de la Couronne et les titulaires de droits fonciers ne sont que des détenteurs d'intérêts sur la terre qui se définissent en termes de « tenures » (*real property*). La « *property* » se traduisant par « ce qui peut être approprié ». La population dispose de droits sur les ressources spécifiques sur les utilités du fonds (pâturage, bois de chauffe et d'œuvre, pêche, etc.). Cependant le processus croissant vers la propriété pleine et entière (*dominium plenum*) est bien engagé<sup>71</sup>.

En définitive, l'enjeu de la propriété civiliste, dans l'histoire du droit de propriété, se définit par le rejet des éléments grevant le fonds (droits multiples) dans le but de sa libération pour assurer une souveraineté totale à l'unique propriétaire. Mais là où le régime de la propriété n'a pas émergé d'un processus historique, comme en Occident, les États tentent de l'imposer en limitant ou en annihilant les facteurs endogènes du rapport juridique de l'homme à son environnement (le droit dit « coutumier ») par la création *ex nihilo* d'une propriété foncière. Apparaissent ainsi d'une part un processus de purge dans les législations et d'autre part l'enracinement d'une « domanialisation » de l'espace, souvent en parallèle avec une forme de reconnaissance du droit endogène.

## **B. Substitution et intégration : purge et reconnaissance des droits endogènes ou comment créer de la propriété où elle n'existe pas**

On peut toujours se persuader, par une attitude très ethnocentrique<sup>72</sup> (juricentriste) que le seul régime juridique foncier est celui de la propriété. Cependant, les faits ne corroborent pas cette certitude, comme nous l'avons souligné en introduction et comme l'attestent les

---

<sup>70</sup> Xifaras parle d'un événement considérable de désintégration du dogme propriétaire (XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 13) en devenant un « faisceau de droits » (*ibid.*, p. 18) : « Ce n'est [...] pas la contestation politique de l'ordre propriétaire qui est venue à bout de la propriété classique, mais l'évolution du capitalisme lui-même, emportant dans ses transformations le dogme qui lui a donné naissance, et les idéologies qui – pro ou contra – firent fond sur ce dogme », *ibid.*, p. 12. Sur la transformation de la régulation juridique, voir notamment CLAM J. & MARTIN G. (dir), *Les transformations de la régulation juridique*, 1998, Paris, LGDJ, MSH / Réseau européen Droit et Société, recherches et travaux n° 5, 454 p.

<sup>71</sup> BERGE E., « De la multiplicité des ayants droits à la propriété pleine et entière et inversement, des “commons” aux sites de valeur mondiale », *op. cit.*, p. 379-395.

<sup>72</sup> Terme désignant « une attitude collective consistant à répudier les formes culturelles : morales, religieuses, sociales, esthétiques, qui sont les plus éloignées de celles propres à une société donnée », BONTE P. & IZARD M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991, p. 247.

processus introduits par les puissances coloniales sur les territoires conquis. Se référant au modèle occidental de la « modernité », et par l'adoption du système économique dominant, le régime de la propriété semble s'imposer comme une évidence pour la plupart des législateurs. La pensée évolutionniste raisonne par l'inéluctable aboutissement du rapport foncier sur la propriété individuelle.

La confrontation entre les paradigmes juridiques est une réalité affectant les populations autochtones ou locales des parties du monde non occidentales ou qui subissent une occidentalisation. L'oxymore entre purge et reconnaissance des droits propres aux sociétés locales synthétise la problématique qui se pose face au refus du pluralisme juridique qui entrerait en contradiction avec le principe de l'unité nationale.

Pourtant, dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, le principe de l'adaptation (voir les articles 73 et 74 de la Constitution française) ouvre des perspectives qui semblent cependant se limiter à une « intégration » du droit coutumier kanak au droit positif. La place accordée à la coutume est particulièrement importante, au point de la rendre égale au Code civil<sup>73</sup>. Pour tempérer ce propos, il semblerait que « l'influence de la coutume reste très marginale dans l'ordre juridique local » en Nouvelle-Calédonie<sup>74</sup>. Qui plus est, selon le même auteur, « il n'est jamais question d'intégrer les pratiques coutumières lors de l'élaboration de la règle de droit<sup>75</sup> ». L'interrogation du droit de l'environnement face à la coutume se pose pleinement face au pluralisme juridique. Nadège Meyer et Carine David s'y attellent dans leur ouvrage collectif, par « l'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale<sup>76</sup> ». Le rapport de force semble en apparence jouer : l'inclusion consommée sous forme d'intégration, la coutume est-elle saisie par le droit positif ? Mais faut-il absolument que l'un absorbe l'autre<sup>77</sup> ? Le magistrat Régis Lafargue met en avant la réalité coutumière<sup>78</sup> en tant qu'identité, la coutume en Nouvelle-Calédonie étant « le droit d'être soi-même<sup>79</sup> » (2012) en s'appuyant sur les assesseurs coutumiers (la Nouvelle-Calédonie dispose du régime du statut de droit coutumier spécifique).

Sortant du cadre spécifique de la Nouvelle-Calédonie, l'enjeu de l'introduction du régime de la propriété en Afrique occidentale française et en Afrique équatoriale française, fut

---

<sup>73</sup> En vertu de l'art. 75 de la Constitution française les Kanak peuvent conserver leur statut personnel coutumier. De plus, le « droit d'option » d'origine jurisprudentielle génère un véritable droit commun coutumier en ce que nul ne peut renoncer à l'application de la règle coutumière. La loi organique du 19 mars 1999 conforte cette position en dérogeant au principe de l'application du droit commun : la coutume n'est pas soumise à la primauté du Code civil, les deux statuts étant égaux (art. 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie). LAFARGUE R., *Le droit coutumier en Nouvelle Calédonie*, Maison de la Nouvelle-Calédonie, Paris, 2012, 20 p., [http://www.mncparis.fr/uploads/le-droit-coutumier-en-nouvelle-caledonie\\_2.pdf](http://www.mncparis.fr/uploads/le-droit-coutumier-en-nouvelle-caledonie_2.pdf), conférence « La coutume en Nouvelle-Calédonie, le droit d'être soi-même », 28 juin 2012, <http://www.gitpa.org/web/LASFARGUES%20.pdf> ; LAFARGUE R., *La coutume face à son destin. Réflexion sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, 2010, p. 297, 417 p.

<sup>74</sup> DAVID C., « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle Calédonie », in NADÈGE M. et DAVID C. (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 197-213, spéc. p. 200.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>76</sup> MEYER N. et DAVID C. (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 510 p.

<sup>77</sup> C'est en effet le cas dans l'orthodoxie juridique : un récent appel à projet du GIS recherche droit et justice relatif à « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie », septembre 2013, [http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/01/AO\\_2013\\_Coutume-Nouvelle-Caledonie.pdf](http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/01/AO_2013_Coutume-Nouvelle-Caledonie.pdf).

<sup>78</sup> Voir sur l'attribution de terres coutumières l'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 11 octobre 2012 ; et sur le statut personnel l'arrêt CA du 29 septembre 2011.

<sup>79</sup> MEYER N. et DAVID C. (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*. [...], *op. cit.*

d'imposer un paradigme prétendu « civilisateur » (par le droit public et le droit civil) dans un contexte culturel, très éloigné de l'Europe, sur fond d'intérêts économiques et d'enjeux politiques. Il s'agissait de créer *ex nihilo* de la propriété sur un régime « coutumier<sup>80</sup> ». En effet, dans le contexte colonial français, le rapport à la terre n'est pas perçu comme entrant dans le champ d'un droit naturel : « les indigènes qui possèdent aujourd'hui le sol sous le régime de la coutume locale dans les territoires annexés n'ont aucun titre régulier de propriété et il convient pour favoriser l'établissement de la propriété individuelle dans la colonie de leur donner les moyens de régulariser leur possession<sup>81</sup> ».

Les théories coloniales justificatives visant à s'appropriier les terres ont été de deux ordres. La thèse du début de la colonisation fut celle du domaine éminent donnant lieu à la concession administrative. L'État colonial prenait la place des chefs locaux, considérés comme titulaires du droit éminent. Cette théorie de la subrogation subit une condamnation sévère par la cour d'appel de l'Afrique occidentale française (AOF) dans un arrêt de principe du 10 mars 1933 : « la conquête n'est pas un mode de transmission de droit régulier [...]. L'abus ne crée pas le droit et l'État ne saurait succéder aux souverains indigènes sans violer le droit des gens<sup>82</sup> ». Jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'annexion et l'acquisition étaient les deux voies permettant de revendiquer la maîtrise du sol colonisé. La revendication du sol fut ensuite justifiée selon le critère de la vacance du Code civil (articles 539 et 713), par la théorie des « terres vacantes et sans maître ». De ce fait, le régime foncier endogène était totalement ignoré par la logique des colons blancs. Cependant, le décret de l'AOF du 15 novembre 1935 substitua un critère économique à celui du Code civil : les terres non mises en valeur depuis plus de dix ans appartenaient à l'État. Le décret AOF du 20 mai 1955 supprima la présomption de la domanialité par l'obligation faite à l'État de prouver la vacance... par l'absence de mise en valeur, troisième théorie justificative de l'accaparement des terres par l'État.

Ainsi, l'introduction de la propriété en Afrique se fit en deux phases : autoritaire par la justification d'une souveraineté éminente, puis dans une seconde phase, « libérale », par une procédure de reconnaissance de la tenure endogène (dite « traditionnelle ») avant de la transformer en propriété. La lente évolution des esprits aboutit à la conviction que « rien ne se

---

<sup>80</sup> Cette notion de « droit coutumier » très réductrice ne révèle pas toute la dimension du droit endogène, terme préféré en anthropologie juridique, signifiant « qui prend naissance à l'intérieur » du groupe socio-culturel. En Afrique, dans le contexte pré-colonial les droits fonciers étaient qualifiés de « traditionnels » puis qualifiés de « coutumiers » en période coloniale. Cette distinction entre « droits coutumiers » et « droits traditionnels » montre bien, selon Ouedraogo (OUEDRAOGO H. M. G., « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers endogènes », in *Études rurales*, EHESS, n° 187, 2011, p. 79-93, spéc. p. 80) « que les droits africains tels que compilés par l'administration coloniale n'avaient sans doute plus grand-chose à voir avec les droits originels tels qu'intériorisés et vécus par les populations ». La notion de droit endogène se cale sur les « pratiques foncières locales », des sociétés qui ne reproduisent pas à l'identique les anciennes pratiques, et n'adoptent pas pour autant le droit étatique, mais font œuvre de « capacité d'adaptation et de créativité juridique » (ibid.).

<sup>81</sup> Arrêté du 11 mars 1865, dit arrêté « Faïdherbe » qui manifeste grandement la volonté du colon d'imposer à l'Afrique le régime de la propriété de l'art. 544 du Code civil. L'histoire veut que cet arrêté n'ait jamais été publié.

<sup>82</sup> *État français c/ d'Almeida*, Penant, 1933, t. 1, p. 252 : pour la Cour, la seule théorie admissible est celle des terres vacantes et sans maître. Décision reprise dans un arrêt du 2 novembre 1934, citant le décret du 23 octobre 1905 et du 24 juillet 1906 réglant le domaine de l'État en Afrique, « [...] l'État ne saurait prétendre à aucune autre propriété privée que celle des terres vacantes et sans maître ». Voir VERDIER R., « Civilisations paysannes et traditions juridiques », in VERDIER R. & ROCHEGUDE A. (dir), *Systèmes fonciers à la ville et au village, Afrique noire francophone*, Paris, L'Harmattan, 1986, p. 5-26. ; DURAND B., « Le juge colonial et l'introduction du droit de propriété ou comment accompagner le législateur », in DURAND B. & FABRE M. (dir), *Le juge et l'Outre-Mer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 322.

fera sans les indigènes qu'il faut associer<sup>83</sup> » aux projections économiques de la puissance coloniale. Le décret du 24 juillet 1906 portant organisation du régime de la propriété foncière en AOF puis le décret du 26 juillet 1932 dans la volonté d'imposer la propriété conduisent à la reconnaissance du droit d'usage aux indigènes avant l'accession à la pleine propriété. Cette reconnaissance de « détention indigène » nécessite une procédure dite de « constatation des droits fonciers coutumiers » permettant ensuite de « purger » ces droits afin d'aboutir à la propriété (décret-loi du 20 mai 1955). On assiste ainsi à une création artificielle de la propriété par une procédure inventée spécifiquement pour générer de la propriété où, par l'histoire, l'idéologie, la représentation socio-cognitive, elle n'existait pas : l'immatriculation<sup>84</sup>. Une fois purgée des droits endogènes, la terre subit une procédure pour endosser l'habit de la propriété.

Mais cette forme d'accession à la propriété fut introduite dans le droit civil français pour la constitution du dernier département français, Mayotte<sup>85</sup> (le 31 mars 2011) avec la création d'un livre foncier<sup>86</sup> qu'adoptent les pays pour générer de la propriété dans un contexte généralement non occidental. Cependant, les droits fonciers relevant du système endogène (« les droits collectifs d'usage <sup>87</sup> ») ne sont pas soumis au régime de l'immatriculation. Le passage à la propriété réclame une individualisation du droit sur la terre, condition nécessaire pour parvenir à l'immatriculation (article 2511-4 du Code civil). Cette procédure transite par celle de la constatation d'une « vivification des terres » (mise en valeur, concept clef dans le droit colonial et de nombreuses législations africaines).

L'enjeu des législateurs des États indépendants est d'asseoir la propriété foncière en l'instituant au moyen d'un titre, d'un livre ou d'un registre foncier, d'un cadastre, en reléguant au statut de « droit coutumier » le paradigme local du rapport à la terre. La domanialisation (domaine national, domaine public, domaine forestier de l'État, domaine des

---

<sup>83</sup> DURAND B., « Le juge colonial et l'introduction du droit de propriété ou comment accompagner le législateur », *op. cit.*, p. 325.

<sup>84</sup> Afin de combler les lacunes en matière d'établissement de la propriété foncière du Code civil de 1084, l'avocat Decourdemanche proposa le système de l'immatriculation, véritable état civil des propriétés foncières, consistant dans l'inscription des terres sur des registres, les livres fonciers, après leur bornage public et une vérification de la réalité des droits réels s'y rattachant. Cette procédure fut initiée par le directeur des domaines australiens, Torrens, dans le *Real Property Act* du 2 juillet 1858. C'est plus tard que la France appliqua l'immatriculation dans ses colonies, avant même la fin des travaux de la commission extraparlamentaire du cadastre qui s'achevèrent en 1906.

<sup>85</sup> L'immatriculation est introduite par l'art. 1 de l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relatif aux sûretés, et dans le Code civil : Livre V, titre IV (« dispositions relative à l'immatriculation des immeubles et aux droits sur les immeubles »), art. 2510 : « L'immatriculation d'un immeuble garantit le droit de propriété ainsi que tous les autres droits reconnus dans le titre de propriété établi au terme d'une procédure permettant de révéler l'ensemble des droits déjà constitués sur cet immeuble [...] ». Voir le décret d'application n° 2008-1086 du 23 octobre 2008 relatif à l'immatriculation et à l'inscription des droits en matière immobilière à Mayotte.

<sup>86</sup> Art. 2513 du Code civil et le chap. 2 du décret du 23 octobre 2008, précité. Le livre foncier est introduit en France, pour l'Alsace et la Moselle le 1<sup>er</sup> janvier 1900 par la loi du 18 août 1896. La loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 maintient en vigueur le livre foncier en l'adaptant aux conceptions du droit français. Le décret du 18 novembre 1924, complété par celui du 14 janvier 1927 sont les textes fondamentaux sur la tenue du livre foncier jusqu'à la loi du 4 mars 2002 qui introduit la tenue informatique du livre foncier (art. 36-2, al. 2). Enfin, l'art. 102 de la loi du 25 mars 2009 (modifiant la loi du 4 mars 2002 et la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924) actuellement en vigueur consacre la tenue informatisée du livre foncier.

<sup>87</sup> Ces droits collectifs d'usage « incluent ceux de passage, de pacage et de cueillette, consacrés par la coutume. Ils peuvent toujours être convertis, après la constatation de la vivification de ces terres, en un droit individuel de propriété au profit de la personne qui les a mises en valeur. Celle-ci requiert alors l'immatriculation des terres » (art. 3 du décret du 23 octobre 2008, précité). La transformation d'un droit d'usage par un droit de propriété sur le fonds interroge : on voit mal comment ceux qui bénéficient collectivement d'un droit de passage, de pacage ou de cueillette sur un fonds peuvent s'approprier privativement ce fonds. On touche là aux limites du phagocytage d'un ordre juridique par un autre.

collectivités territoriales ou domaine privé de l'État) dans le droit africain se rapproche du concept de domaine éminent. L'utile se niche dans de la propriété immatriculée (très faiblement), des concessions, du droit endogène. La sécurisation foncière demeure l'objectif des législateurs qui la définissent en termes de propriété inscrite dans un plan foncier<sup>88</sup>, un livre foncier ou immatriculée.

Cette logique cartésienne considérant tout en « bien », cette représentation des rapports fonciers de façon individualiste et matérielle, résulte d'un positivisme bien ancré dans la mondialisation qui n'autorise pas d'alternative. Le champ du foncier est symptomatique de l'idée d'un paradigme unique. Cette vision du monde est gênante en ce qu'elle n'autorise pas de concevoir un rapport foncier intergénérationnel ou défini en terme de lien. Une façon moins radicale, certainement moins simpliste, de la considération de l'altérité, se situe d'abord dans « ce qui se bâtit de l'intérieur » de l'être social.

### C. La reconnaissance d'une « endogénéité juridique »

La posture adoptée dans nos travaux, menés dans des contextes non occidentaux, fut celle de lire et d'analyser la régulation juridique issue du groupe lui-même. La prise en compte de l'endo-régulation fut un choix préféré à celui de ne s'en tenir au droit provenant du pouvoir étatique. L'espace juridique n'aurait été abordé que dans une seule dimension, celle de la norme posée par l'État sans entrer dans le droit vécu, construit et façonné par les acteurs territoriaux. En effet, si l'on se limite au droit législatif, qu'en est-il de ce droit vivant<sup>89</sup> qui naît de l'existence même du corps social ? Alors que normes et habitus élaborés en son sein même<sup>90</sup> sont constitutifs d'une endogénéité juridique indépendante par définition de la légalité nationale, la légitimité socio-culturelle fait face à une légalité normative produite par le haut. Une théorie de l'endogénéité juridique est développée par Lauren Edelman qui suggère que le droit prend sens à partir des arènes sociales qu'il vise à régler<sup>91</sup>. Cette théorie de l'endogénéité juridique articule le processus par lequel les pratiques quotidiennes de l'organisation, des routines et des structures influencent subtilement la pensée juridique, les catégories juridiques et la logique juridique<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Le plan foncier rural intègre un plan parcellaire, genre de cadastre, assorti d'un registre foncier. Il permet de reconnaître par écrit l'étendue des droits de chacun. Il donne lieu à un certificat foncier rural, acte de constatation et de confirmation de droits fonciers établis ou acquis selon la coutume ou les pratiques ou normes locales. Il offre une présomption de droits acquis contestable. Voir par exemple l'art. 111 de la loi n° 2007-03 du 16 octobre 2007 portant régime foncier rural en République du Bénin.

<sup>89</sup> MICHAÏLIDIS-NOUAROS G., *Droit vivant et droit naturel. Introduction à des problèmes cardinaux de la sociologie juridique et de la philosophie du droit*, Athènes, éditions Fres Sakkoulas, 1982, 532 p.

<sup>90</sup> « [...] les communautés africaines ont généré, à travers leur histoire, des systèmes fonciers qui leur sont propres et dont on ne peut comprendre la cohérence et la logique qu'en les regardant pour ce qu'ils sont et non pour ce qui leur manque », OUEDRAOGO H. M. G., « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers endogènes », *op. cit.*, p. 79.

<sup>91</sup> Edelman B. L., "Legality and the Endogeneity of Law" *Legality and Community : on the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, M. Krygier, R. Kagan and K. Winston (dir.), Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 2002 ; Edelman B. L., "The Endogeneity of Law : Civil Rights at Work", *Handbook on Employment Discrimination Research: Rights and Realities*, L. N. Robert and L. Beth Nielsen (dir.), Norwell, MA: Kluwer Academic Press, 2005.

<sup>92</sup> EDELMAN B.L. *et al.*, *When Organizations Rule: Judicial Deference to Institutionalized Employment Structures*, 97 p., 2010.  
[http://www.americanbarfoundation.org/uploads/cms/documents/judicial\\_deference\\_edelman.pdf](http://www.americanbarfoundation.org/uploads/cms/documents/judicial_deference_edelman.pdf).

Enfin, pour Gérard Timsit, l'endogénéité juridique désigne un des phénomènes les plus marquants dans la transformation récente de la normativité partout dans le monde<sup>93</sup>. Le processus est en effet bien amorcé. Le phénomène se révèle dans la reconnaissance du droit des peuples autochtones en droit international (1) et dans celle du droit des populations locales par des législateurs nationaux (2).

## **1. La reconnaissance des droits des populations autochtones par le droit international**

L'article 8J de la Convention internationale de la diversité biologique (CDB, 1992<sup>94</sup>) ouvre une reconnaissance des modes de vie non occidentales (les communautés autochtones et les communautés locales). Les lignes directrices de la convention pour le concept phare de l'utilisation durable de la diversité biologique promeuvent la prise en compte des « coutumes et des traditions locales » et le renforcement des droits locaux (principes pratiques 1 & 2). La septième réunion du groupe de travail sur l'article 8J de la CDB sur l'utilisation coutumière (Montréal, 31 octobre – 4 novembre 2011) aboutit à la promotion d'un nouveau plan d'action sur l'utilisation coutumière durable, dont l'objectif est de protéger, respecter et conserver les savoirs traditionnels, les innovations et pratiques des peuples autochtones et des communautés locales en matière d'utilisation durable et de conservation de la biodiversité<sup>95</sup>. Cependant, d'autres conventions ont préconfigurées la reconnaissance des populations locales comme la Convention sur l'ours polaire en 1973<sup>96</sup>, la Convention de l'Organisation internationale du Travail n° 169 (1989), la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (Unesco, Paris, 17 octobre 2003<sup>97</sup>), la Convention sur la protection et la promotion de la

---

<sup>93</sup> L'auteur donne la définition suivante, très en relation avec notre démarche : « l'apparition d'une auto ou endo-normativité, d'une normativité qui, au lieu d'être, comme c'était jusqu'à présent le cas, organisée autour du pôle et de la notion de puissance publique, s'organise désormais autour du pôle opposé : celui de la société civile et des associations censées la représenter ou en traduire les intentions, les soucis et les préoccupations – une normativité caractérisée par l'élaboration et le respect par les acteurs eux-mêmes de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-mêmes l'application. L'on retrouve là la décentralisation, la non-hiérarchisation que revendiquent les régulateurs et qui permettent de fonder et ancrer la légitimité des règles de fonctionnement à travers des techniques diverses visant en particulier à garantir, mais d'autre manière que dans la normativité traditionnelle, la transparence, la prévisibilité, l'impartialité de leur action – ce qui les met en mesure d'obtenir – ce en quoi s'analyse très exactement la légitimité – la reconnaissance par leurs pairs (les autres régulateurs) et par les acteurs du système eux-mêmes », TIMSIT G., « La cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, XLIII-131, 2005, p. 81-86., spéc. p. 85.

<sup>94</sup> « Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques » (art. 8j, CDB, 1992).

<sup>95</sup> Voir rapport de la 11<sup>e</sup> Conférence des parties de la CDB, Hyderabad, 2012, p. 173 et s.

<sup>96</sup> Agreement on conservation of polar bears, Oslo, 15 novembre 1973 (entre le Canada, le Danemark, le Groenland, la Norvège, l'URSS (Russie) et les États-Unis) : art. 3 : « *Subject to the provisions of Articles II and IV any Contracting Party may allow the taking of polar bears when such taking is carried out: [...] d) by local people using traditional methods in the exercise of their traditional rights and in accordance with the laws of that Party; [...]* ».

<sup>97</sup> « Reconnaissant que les communautés, en particulier les communautés autochtones, les groupes et, le cas échéant, les individus, jouent un rôle important dans la production, la sauvegarde, l'entretien et la récréation du patrimoine culturel immatériel, contribuant ainsi à l'enrichissement de la diversité culturelle et de la créativité humaine, [...] », « On entend par "patrimoine culturel immatériel" les pratiques, représentations, expressions,

diversité des expressions culturelles (Unesco, Paris, 20 octobre 2005<sup>98</sup>) jusqu'enfin la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée le 12 septembre 2007<sup>99</sup> qui reconnaît pleinement les droits des populations sur leur territoire. Tout l'enjeu se situe dans leur mise en application<sup>100</sup>.

## **2. La reconnaissance des droits des populations autochtones par le droit national**

La question de la reconnaissance des droits fonciers précoloniaux et endogènes se pose aux législateurs nationaux, que les populations concernées soient qualifiées d'autochtones ou de locales. Malgré les effets de la mondialisation qui porte le modèle du régime de la propriété comme incontournable et inéluctable, si l'on n'est pas dans un rapport d'appropriation à l'environnement, qui fait « propriété » de toute chose<sup>101</sup>, dans quel univers sommes-nous ?

La reconnaissance des droits traditionnels ou coutumiers précoloniaux (voir le décret de 1925 pour l'AOF) entraine dans une stratégie d'installation et de généralisation du droit de propriété, dans le dessein de reconnaître pour transformer. La situation contemporaine ne correspond plus forcément à cet enjeu. Le pluralisme juridique n'est manifestement pas (encore) une solution envisagée dans les constitutions (sous réserve d'une vérification exhaustive), l'argument de l'unité nationale étant mis en avant. L'innovation juridique ou la simple confirmation de l'existence d'un droit endogène, devient nécessaire pour contourner le déni des réalités locales. Par exemple, le législateur burkinabais reconnaît explicitement les conventions foncières locales comme « inspirées des coutumes, usages ou pratiques fonciers

---

connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine » (art. 1).

<sup>98</sup> Aux fins de la Convention, « il est entendu que : “Diversité culturelle” renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et entre eux. La diversité culturelle se manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés » (art. 4). Les objectifs de la Convention sont notamment « (a) de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ; [...] (d) de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples ; (e) de promouvoir le respect de la diversité des expressions culturelles et la prise de conscience de sa valeur aux niveaux local, national et international ; [...] » (art. 1).

<sup>99</sup> Texte essentiel répondant aux revendications des autochtones... sur le papier : « le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion » (considérant), « Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture » (art. 8), « Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures » (art. 25), « reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources » (art. 26 et 27).

<sup>100</sup> BELLIER I. (dir.), *Peuples autochtones dans le monde : les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, coll. « Horizons autochtones », 2013.

<sup>101</sup> Alors qu'en occident, « Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation », ZENATI-CASTAING F. & REVET T., *Les biens*, op. cit., p. 18.

locaux, élaborées au niveau local et visant [...] à prendre en considération la diversité des contextes écologiques, économiques, sociaux et culturels en milieu rural<sup>102</sup> ». Au Bénin, le droit issu des coutumes et pratiques locales reconnues, constatées et enregistrées peut servir de garantie à l'octroi de crédit<sup>103</sup>. Le Code foncier malien du 22 mars 2000 reconnaît, par « confirmation », les « droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur les terres non immatriculées » (article 43). La France reconnaît que la coutume en Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise au Code civil permettant l'émergence d'un véritable statut de « droit coutumier<sup>104</sup> ».

En Australie, l'arrêt Mabo (*Mabo v Queensland* n° 2 1992 (Cth)) renverse la doctrine de la « *terra nullius* » (« territoire sans maître » – « no-one's land ») : l'arrêt reconnaît les droits fonciers traditionnels des populations Meriam à leurs îles de l'est du détroit de Torres, et dispose que le titre autochtone existait pour tous les peuples autochtones en Australie avant les Instructions de James Cook (1768)<sup>105</sup> et la création de la colonie britannique de la Nouvelle-Galles du Sud en 1788. Cette décision a modifié le fondement du régime foncier en Australie<sup>106</sup>. À la suite de l'arrêt Mabo, le Parlement du Commonwealth d'Australie a adopté en 1993 le *Native Title Act* qui reconnaît et protège les droits fonciers autochtones, avec entre autres, la création d'un « droit de négociateur » (article 43).

La reconnaissance d'un ordre juridique qui n'est pas celui de l'État, à travers les droits autochtones et les droits fonciers des premiers occupants, consacre d'un point de vue juridique l'endogénéité juridique.

Nous avons en effet déjà souligné que le rapport juridique à la portion d'espace ne se limite pas à un rapport marchand et nous venons de voir que le régime du droit de propriété naît d'une histoire qui est celle de l'Occident. Cependant, si cette relation d'appropriation foncière se propage dans le monde, le modèle n'a pas atteint l'universalité car il en est un autre qui participe à la régulation juridique au sein des socio-écosystèmes, celui qui se fonde sur une logique territoriale. Hors du champ du système propriétaire, l'analyse portée sur ce qui ne relève pas de ce régime l'est d'ordinaire par référence à celui-ci. La rigueur scientifique, en ce que le droit peut être vu comme une science<sup>107</sup>, contraint à sortir de la catégorie civiliste de « coutumes » ou d'« usages locaux », pour repositionner cette mise en marge de l'endogénéité juridique, soit comme un système, soit comme un ordre juridique<sup>108</sup>. Nous passons ainsi d'un paradigme juridique à l'autre, du fonds « bien » au fonds « utilités ».

Mais juste avant d'opérer ce passage, soulignons que le concept d'utilité définit la notion de bien. Les objets des droits civils en général (corporels et incorporels) sont considérés sous le rapport de leur utilité. Le bien s'affranchissant de son corpus, l'utilité ne

---

<sup>102</sup> Art. 6 définissant les chartes foncières locales de la loi n° 034-2009/AN du 16 juin 2009 portant régime foncier rural (Burkina Faso).

<sup>103</sup> Art. 9 loi n° 2007-03 du 16 octobre 2007 portant régime foncier rural.

<sup>104</sup> Vu précédemment dans le texte *supra*.

<sup>105</sup> « Cook's Secret Instructions », Courtesy National Library of Australia, 1768; Massiani J.-S., « Cook, les Instructions officielles de l'Amirauté et les recommandations de la Royal Society », *E-rea, Revue électronique d'étude sur le monde anglophone*, 11-2, 2014.

<sup>106</sup> Voir MERLE I., « Le Mabo case. L'Australie face à son passé colonial », *Annales. Histoire, sciences sociales*, n° 2, 1998 ; LAFARGUE R., « La révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid », *Journal of legal pluralism and unofficial Law*, n° 43, 1999, p. 89-134 ; LAFARGUE R., « La Fédération australienne à l'épreuve du titre indigène : le *Native Title Act* 1993 », *Droit et Cultures*, n° 32, 1996, p. 85-106 ; LAFARGUE R., « La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 5, 1994, p. 1329-1356.

<sup>107</sup> Voir OST F. & KERCHOVE VAN DE M., « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, vol. 11 n° 2, 1987, p. 183-193.

<sup>108</sup> Voir CHEVALLIER J., « L'ordre juridique », in CHEVALLIER J., & LOSCHAK D. (dir.), *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 7-49 ; SANTI R., *L'ordre juridique*, [1919], Paris, Dalloz, 1975.

devient plus une qualité physique du bien. La définition juridique très large de l'utilité, donnée par Aubry et Rau, comprend « tout ce qui peut contribuer au bien-être moral ou matériel de l'homme, et par conséquent des avantages non appréciables en argent<sup>109</sup> », ce qui étend le domaine du droit de propriété de la sphère des choses appropriables à tous les biens utiles, « y compris les biens innés et les droits réels d'espèce personnelle ». Pour Aubry et Rau, ce qui est utile est un bien et toutes les choses sont des biens<sup>110</sup>.

Ce postulat est celui du paradigme de l'appropriation selon lequel toute chose appropriée devient un bien. La notion de « territoire » réfute cette posture et nous invite à raisonner autrement.

## II. Le droit des utilités : une logique territoriale

L'analyse présentée ici relève de travaux de terrain réalisés en Afrique sahélienne, au Maroc et en Guyane, département français. Confronté aux réalités socio-culturelles de ces régions, il a été nécessaire d'approfondir la régulation juridique appliquée par les populations, compte tenu d'une légalité trop peu ou pas référencée auprès des acteurs locaux.

La logique territoriale relève d'une logique insérée dans une relation à la fois interne/interne et une relation interne/externe au groupe. La terre « territorialisée », à différentes échelles, n'est pas une chose « bien » mais entre dans un rapport de transmission intergénérationnelle reposant sur une maîtrise exclusive. Les modes de transfert de cette maîtrise exclusive sont l'héritage, le prêt, le don, l'échange (parfois), et plus rarement l'achat. Il n'y a pas de « marché foncier ». Les cas d'aliénation ne sont pas significatifs d'une « marchandisation foncière », les portions de terre ou les parcours de pâturage n'étant que soumis à une « possession » et les prix ne dépendant pas d'un rapport offre/demande.

Les éléments constitutifs et caractéristiques d'un droit foncier non occidental reposent sur le principe de l'association du territoire à l'identité socio-culturelle. L'identité territoriale repose sur un système juridique propre au groupe mais avec une genericité dégagée des spécificités monographiques. La grande diversité des situations et des contextes ne s'oppose pas à une modélisation (imparfaite) du régime de droits.

Ce régime que nous qualifions de droit des utilités, nous verrons plus loin pourquoi, s'articule autour de trois principes fondamentaux : a) le statut de patrimoine commun (le fonds n'est pas un bien, mais une chose à transmettre aux générations suivantes définissant ainsi une continuité matérialisée par des liens), b) les rapports fonciers sont définis par le niveau d'utilité des ressources, c) les prérogatives sur les ressources définissent les différentes maîtrises foncières par des droits opérationnels, d'administration et de surintendance.

La maîtrise du fonds se fonde sur des utilités mises en « patrimoine » commun à un groupe, partant de la cellule familiale restreinte au clan ou à la communauté de résidence. Considéré comme un espace territorialisé, c'est-à-dire socialisé par un groupe spécifique, le fonds est un espace défini par ses fonctionnalités. En cela il est rattaché aux ressources donnant lieu à la notion d'« espace-ressource », justifiant la terminologie de « fonds utilités ». Le territoire s'organise autour d'espace-ressources permettant la juridicisation de la relation fonds-ressources qui « fait droit ». Le rapport juridique naît de la répartition et de la délimitation (allocation et affectation) des ressources définissant le support fonds. Les prérogatives portant sur les ressources et l'espace du fonds sont traduites en termes de maîtrises foncières qui s'articulent autour de droits cristallisant le double lien social avec

---

<sup>109</sup> Cité par LABOULAYE E., *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, op. cit., p. 332.

<sup>110</sup> XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 229-232.

l'espace et avec les ressources. Cette relation homme-fonds/ressource se traduit par un faisceau d'intérêts exprimés par une série de rapports de droit que sont les « maîtrises foncières environnementales », distinguant bien le droit de son objet.

Le droit sur les utilités de la chose repose, par nature, sur un rapport « de lien » et non sur un rapport « de bien » en ce que la portion d'espace, le fonds, constitue la matérialisation du lien entre les générations. Par conséquent, l'ensemble d'utilités est ce qui constitue le territoire, qui n'est donc pas forcément un polygone dessiné dans l'espace. Dans ce contexte conceptuel, l'appropriation porte sur les utilités et non sur la chose elle-même, en raison du fait que la chose territorialisée participe à l'existence du groupe ; l'individu n'étant que partie du commun. En quelque sorte, le régime des utilités présenté ici, participe à un véritable droit des générations futures<sup>111</sup>.

Afin de définir ce régime, nous développerons le rapport juridique de l'utilité à la ressource (B), non sans avoir au préalable défini les contours du paradigme de l'utilité (A).

### A. Le paradigme de l'utilité

Ce qui est utile. La notion d'utilité nous conduit à la relation entre une chose, pouvant être qualifiée de bien, et la satisfaction qu'elle procure dans la réponse à des besoins. L'utilité d'une chose quelconque mesure la satisfaction globale que l'individu retire de celle-ci. Le niveau d'utilité totale peut dépendre de la quantité de la chose. L'utile se confond souvent à l'intérêt, au profit, à la notion de service. En effet, la qualité de ce qui est utile se confond dans la capacité à assurer une certaine fonction. Cette dernière est à l'origine d'un désir ou d'un besoin. Loin d'être une propriété physique d'une chose, l'utilité est le reflet de l'importance qu'un sujet attache à cette chose dont il estime que son bien-être subjectif dépend. En économie, l'utilité implique donc une appréciation<sup>112</sup>, le concept est ainsi bien subjectif par nature. De ce fait, on parvient à définir l'utilité par la satisfaction procurée par une chose, exprimée par un avantage. Cet avantage dresse les contours d'un « service », fonction qui aide, qui apporte quelque chose de matériel ou d'immatériel. Nous nous arrêterons à ce terme clef pour la définition de l'utilité ou des utilités. Dans le transect des représentations ontologiques des relations sociétés-nature étudiées, le niveau d'utilité constitue le socle fondamental conditionnant le rapport aux ressources naturelles et foncières et par conséquent le régime de régulation qui en est l'expression. À ce stade, il est nécessaire de faire référence à l'utilitarisme, tant le terme d'utilité est porteur de significations, comme critère d'évaluation du bien-être.

Rattachée à l'utilité, la notion d'utilitarisme est une notion à la fois fondamentale et très ancienne de l'approche économique et philosophique. Il ne s'agit pas ici de développer dans le foisonnement de travaux sur la question de l'utilitarisme fondé par Jérémy Bentham et John Stuart Mill<sup>113</sup>. Cependant, le lien entre valeur et utilité s'impose dans une approche

---

<sup>111</sup> Voir GAILLARD E., *Généralités futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, Paris, LGDJ, 2011, 673 p.

<sup>112</sup> ROMEUF J., *Dictionnaire des sciences économiques*, Paris, PUF, 1958.

<sup>113</sup> L'utilitarisme de Bentham et de Mill défend l'idée qu'un comportement (ou une politique) moralement juste est celui qui produit le plus grand bonheur des membres de la société. MILL J. S. & AUDARD C., *L'utilitarisme, Essai sur Bentham*, Paris, PUF, 2012 ; AUDARD C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, Paris, PUF, 1999 ; Pour Jérémy Bentham, « une action est dite conforme au principe d'utilité [...] lorsque sa séptendance à augmenter le bonheur de la communauté est plus grande que sa tendance à le diminuer », BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789/1823)*, Oxford, Clarendon Press, 1907 ; DERMANGE F., « De l'utilité à l'utilitarisme », *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, n° 54, 1997, p. 39-49.

juridique, même si l'économie s'en est emparée. En effet, « l'utilité fonde les relations économiques, puisqu'il est admis qu'un objet qui n'aurait pas d'utilité n'aurait aucune valeur et ne pourrait entrer dans des relations d'échange. C'est donc que valeur et utilité sont intimement liées et de ce fait ne peuvent être définies dans des champs séparés, individuel pour l'utilité, social pour la valeur » ; la valeur n'étant autre chose que l'utilité mesurée, définissant par là l'espace économique<sup>114</sup>.

L'utilitarisme procède de la philosophie morale du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ce concept se présente comme une science morale au service du bonheur de l'homme. La théorie utilitariste est élaborée à l'origine par Hutcheson (en 1725) et Jeremy Bentham (en 1789). Elle comprend un premier niveau où il s'agit d'évaluer le bien-être individuel caractérisé par l'utilité, et un second niveau, collectif celui-là, dont l'objectif est d'agrèger les évaluations individuelles des différentes situations et d'en déduire la meilleure situation possible pour la société<sup>115</sup>. Sur l'utilitarisme se greffe une théorie éthique qui fonde des principes politiques, celle du welfarisme pour la maximisation du bonheur, introduite par Amartya Sen en 1979, qui réclame qu'une évaluation de l'état social soit fondée exclusivement sur les utilités engendrées par cet état. Pour l'auteur, « l'utilitarisme peut être conçu comme la conjonction du *welfarisme*, du classement par sommation (les utilités individuelles sont agrégées simplement par leur sommation) et du conséquentialisme (qui juge la justesse d'une action, d'une politique ou de tout autre choix exclusivement sur la base de l'état des affaires qui en découle). Le format des fonctions de bien-être social n'est pas nécessairement welfariste même s'il est difficile de le dissocier du conséquentialisme<sup>116</sup> ».

La question qui se pose à ce stade est de savoir comment peut se fonder le droit sur l'utilité.

C'est sur la question de la justice qu'achoppe principalement l'utilitarisme puisqu'il se fonde sur le bonheur collectif comme somme des utilités individuelles sans se préoccuper de la répartition des ressources comme du bien-être. Or, justement, la répartition des ressources fonde le bien-être individuel et collectif autour de l'objectif de la cohésion du groupe nécessaire pour sa pérennisation. Et pour nous, le droit se situe étroitement dans la valeur des éléments utiles à la reproduction sociale, en termes de survie du groupe. On se réfère là d'abord aux ontologies des rapports sociétés-nature sans occulter la promotion du bonheur ou du bien-être, faut-il le préciser, essentiel à l'avenir des membres du groupe et de la société considérée<sup>117</sup>. Dans les sociétés où l'individu dépend absolument du groupe pour son existence, l'utilité se situe dans la sphère de l'intérêt général. Nous situons notre approche dans ce contexte.

---

<sup>114</sup> BAILLY J.-L., « Macroéconomie, utilité & économie », *Papiers universitaires*, 20 mai 2012, <http://papiersuniversitaires.wordpress.com/2012/05/20/macroeconomie-utilite-economie-par-jean-luc-bailly/>. Sur l'anthologie de l'utilitarisme, voir AUDARD C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, op. cit.* et sur l'utilité relative et absolue, voir CUONG PHAM THI K., « L'hypothèse d'utilité relative dans l'analyse économique : enjeux et conséquences », *Revue d'économie politique*, vol. 118, n° 4, 2008, p. 541-572.

<sup>115</sup> IGRSHEIM H., *Liberté et choix social, contribution à l'analyse de la liberté en économie normative*, thèse, université de Strasbourg 1, 2004, p. 112.

<sup>116</sup> SEN A., 1991, cité par REBOUD V. (dir), *Amartya Sen : un économiste du développement ?*, AFD, 2008, p. 26.

<sup>117</sup> Amartya Sen repense le bien-être par l'approche des « capacités », terme dont il n'existe aucune traduction satisfaisante, mais qui signifie « niveau de satisfaction des besoins humains permettant de se comporter en homme », voir GILARDONE M., *Contexte, sens et portée de l'approche par les capacités de Amartya Sen*, thèse université Lyon 2, Faculté des sciences économiques et de gestion, 2007, 330 p.

## B. De l'utilité à la ressource

Le rapport à la ressource est un rapport d'utilité : l'appropriation traduit une utilité. La notion d'utilité est fortement pragmatique. Nous l'avons vu, l'utilité se définit par la fonction de répondre à des besoins. Ces besoins relèvent de la reproduction du groupe. Des valeurs sociales sur les ressources et leur mode de consommation se traduisent dans la régulation vis-à-vis de l'accès aux ressources et les comportements à adopter vis-à-vis d'elles. La relation valeur/utilité se justifie par la solidarité sociale existante au sein d'un groupe. Ce ciment de lien social permet une cohésion nécessaire au maintien du groupe, le droit l'exprime dans son dessein régulateur. L'utilité sociale résulte donc de la solidarité sociale ou d'un « sentiment de socialité ». Pour Léon Duguit, l'enjeu du droit consiste bien à traduire en concept juridique les valeurs essentielles à la reproduction sociale<sup>118</sup> qui peuvent être déclinées en termes de droits sur les espaces et les ressources.

Le droit « des utilités » ne peut se traduire que par l'immixtion du droit dans la dépendance de la ressource à son support (fonds territorialisé) permettant d'entrer dans la relation « ressource-acteur-droit » nécessaire au décryptage et à la conceptualisation du système juridique.

Nous sommes partis de l'analyse de cinq terrains de recherche approfondis, ayant chacun donné lieu à une matrice des droits sur les ressources<sup>119</sup>. Les cinq sites sont les suivants : le delta intérieur du fleuve Niger au Mali (en 1995), la zone gommère du Tchad (en 1998), le pays Bassari au Sénégal oriental situé en périphérie du parc national du Niokolo Koba (en 1999), le territoire de la tribu Aït Zekri du Haut Atlas marocain, Maroc (en 2007) et le territoire Wayana en Guyane, commune de Maripasoula (en 2009). Une synthèse de ces cinq situations de terrain a été réalisée et elle donne lieu à une matrice, exprimant un régime de « droit des utilités ». Nous allons y parvenir par étapes.

Les relations juridiques des sociétés avec leurs milieux se traduisent par des niveaux d'action et d'intervention qui dépendent à la fois du statut de l'acteur concerné (1) et de la ressource contextualisée dans un espace (de ce fait on parle d'« espace-ressource ») (2). Le droit (3) va intervenir entre l'acteur et l'« espace-ressource », objet de son intérêt.

### 1. Acteurs et gouvernance

Les acteurs sont, bien entendu, plus ou moins spécifiques selon les terrains concernés. À partir des cinq terrains explorés, l'intérêt est de conserver la diversité des situations rencontrées comme reflet de la complexité des systèmes. Vingt acteurs ont été retenus autour de la communauté lignagère, de résidence et des membres ou institutions exogènes. Il aurait été possible de réduire davantage cet effectif, mais nous aurions perdu l'intérêt du critère de la diversité. Les acteurs considérés interviennent dans quatre catégories de mode de gestion, du

---

<sup>118</sup> DUGUIT L., *Le pragmatisme juridique*, [1923], Paris, La Mémoire du Droit, 2008, p. 57, 86, 90, 252 p.

<sup>119</sup> BARRIERE O. & BARRIERE C., *Le foncier-environnement, fondements juridico-institutionnels pour une gestion viable des ressources naturelles renouvelables au Sahel*, Rome, FAO, coll. « Études législatives », n° 60, 1997, 120 p. ; BARRIERE O., « Droit et gestion de l'environnement en pays Bassari (Sénégal oriental) ; réflexions sur un droit de l'environnement au Sénégal », *Revue canadienne Droit et Société / Canadian Journal of Law and Society*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 73-101 ; BARRIERE O., « Nature juridique de l'agdal, de la propriété collective au patrimoine commun », in AUCLAIR L. & ALIFRIQUI M. (dir.), *Agdal Patrimoine socio-écologique de l'Atlas marocain*, Rabat, Marseille, Institut royal de la culture amazighe (IRCAM), IRD éditions, 2012, p. 207-242, 647 p.

privé au public en passant par le collectif et surtout par le communautaire. Les relations entre acteurs construisent une gouvernance locale dans un rapport interne/externe et endogène/exogène. Nous en avons extrait le tableau suivant :

**Tableau 1. Les niveaux de gouvernance locale**

ACTEURS	privé	collectif	intra-communautaire / inter-communautaire	public
Association transhumants			interne lignage	
Chef famille/lignage/clan			interne lignage	
Chef ménage	interne résident			
Chef unité exploitation	interne résident			
Chef village			interne résident	
Comité agdal			interne lignage	
Communauté ethnique/tribu/lignage			interne lignage	
Communauté résidence			interne résident	
Conseil régional		interne-externe lignage/résident		
Conseil rural		interne lignage/résident		
Contrôleur eau			interne lignage	
Etat				externe lignage/résident
Etranger	externe lignage/résident			
Femme mariée	interne résident			
Groupe exploitants			interne-externe lignage/résident	
Maître-Chef terre			interne lignage	
Maître eaux			interne lignage	
Maître pâturages			interne lignage	
Suiviste	externe lignage		interne lignage	
Tous				interne-externe lignage/résident

On trouve une correspondance entre les vingt acteurs et les quatre modes de gestion (communautaire – intra et inter –, collectif, privé, public) à travers le mode de gouvernance qui découle de cette relation : interne ou externe ou les deux entre communautés de lignage et communautés de résidents. La gestion, qu’elle soit de niveau public ou privé, intègre toujours une logique relationnelle inter/externe de gouvernance. Si le chef de village se situe dans un espace interne de résidence, le maître de pâturage agit dans un espace lignager et le conseil régional associe l’interne à l’externe, les territoires concernés dépassant les limites de la communauté de résidence et du lignage. La prise en compte conjointe de collectivités territoriales et de l’État est indiquée dans des terrains où ces institutions constituent un référent, quel que soit le degré effectif d’opérationnalité. Le choix des vingt acteurs retenus constitue la résultante d’une analyse empirique comparée de différentes monographies des dynamiques territoriales. Globalement, la gouvernance intra-communautaire, lignagère ou de résidence, prévaut largement, mais l’ouverture à l’extérieur existe effectivement.

## 2. L’espace-ressource

Les ressources ne sont pas prises en compte hors de leur contexte spatial en tant que support foncier. La notion d’« espace-ressource<sup>120</sup> » a été développée en raison du fait que les acteurs rapprochent la ressource au milieu géographique de leur situation, la territorialisent, lui conférant ainsi une traduction foncière. Les espace-ressources retenus sur les cinq terrains

<sup>120</sup> BARRIERE O. & BARRIERE C., *Le foncier-environnement* [...], *op. cit.* ; BARRIERE O. & BARRIERE C., *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, Marseille, IRD éditions, coll. « À travers champs », 2002, 476 p.

reflètent le territoire, tel qu'il est perçu dans les représentations socio-culturelles des acteurs. La dynamique territoriale dépend des ressources du territoire. La ressource est ainsi vue comme localisée dans l'espace territorialisé. Les pressions exercées sur chacune des ressources sont orchestrées par une « gouvernance juridique » d'accès et de gestion via un rapport au fonds<sup>121</sup>. Cette dichotomie entre « espace », (c'est-à-dire un lieu déterminé) et ressource (un élément naturel biotique ou abiotique) exprime un rapport aux « milieux », en tant que systèmes écologiques structurant le territoire.

Chaque espace-ressource donne lieu à des ressources spécifiques. Le tableau suivant les précise. On y trouve un total de 45 espace-ressources, tels qu'ils sont nommés et utilisés par les acteurs intéressés. Nous avons là aussi tenu à conserver cette diversité, afin de prendre en compte la singularité des situations.

Les ressources en question sont de 14 types et issues des cinq terrains, mais toutes ne se rencontrent pas dans chacun des terrains (par exemple la gomme arabique ne se situe que dans la zone tchadienne). Chaque ressource fait l'objet d'un intérêt suffisant pour que son accès en soit juridicisé. La ressource minière est absente de la liste parce qu'elle n'intègre pas les communautés des territoires concernés. Si le terme même de « biodiversité » est intraduisible dans les langues vernaculaires, il constitue cependant une réalité reconnue pour les collectivités territoriales. De plus, il sollicite l'implication locale de l'État par la constitution d'aires protégées, en l'occurrence un parc national. L'immixtion de cette nouvelle ressource au sein de la gouvernance locale est une réalité plus ou moins, voire jamais exprimée, selon les terrains. En soi, c'est un axe de travail.

**Tableau 2. Les ressources contenues dans les « espace-ressources »**

Espace-ressources	Ressources													
	bois	terre	plantes	herbe	gibier	résidus récolte	fruits	poisson	eau	gomme arabique	biodiversité	sel	fleurs	essaim
abattis ancien	X		X		X		X							
abattis en cours		X			X									
abattis futur	X		X		X		X							
arbre/arbuste parcours	X		X											
bois (feu & oeuvre) : pied/périmètre	X													
brousse	X		X	X			X							
champ bas-fond		X				X								
champ case		X				X								
champ collectif		X				X								
champ décrue et inondation		X												
champ gommiers										X				
champ irrigué		X												
champ lignage		X				X								
champ lignage clos		X				X								
champ Office riz Mopti		X												
champ personnel clos		X				X								
champ pluvial		X				X								
couloir transhumance				X										
cours d'eau & chenaux					X			X	X					
cueillette forestière			X				X							
espace « environnemental »											X			
espace protégé (parc)											X			
faïlle sel												X		
finage douar	X	X		X					X					
fleuve terroir/territoire					X			X						
forêt lignage	X		X		X		X							
forêt primaire	X	X	X		X		X							
forêt village	X		X		X		X					X	X	
gommeraie naturelle	X		X	X			X			X				
jachère lignage	X		X	X										
jachère personnelle	X		X	X										
jachère village	X		X	X										
layon famille					X									
layon village					X									
lieu sacré	X		X	X	X									
mare lignage		X		X	X			X						
mare piscicole								X						
mare village		X		X				X	X					
pâturage d'estive en agdal	X		X	X										
pâturage inondé (burgu)				X										
pâturage territoire	X		X	X										
pâturage village	X		X	X										
piste transhumance				X										
rivière temporaire (oued)								X	X					
terre salée												X		

<sup>121</sup> Si nous sommes ici dans un rapport d'appropriation au sens d'affectation d'un usage, nous n'utilisons pas ici la notion de « régime d'appropriation » trop connotée par son sens de « rendre à soi », assimilant de fait le régime d'appropriation au régime de droits de propriété.

Sur les cinq terrains choisis, la récurrence des ressources met en évidence un ensemble de quatre ressources principales, bois, terre, plante, herbe, qui se dégage clairement. Mais, la valeur de ce résultat est, bien entendu, liée aux spécificités locales des terrains choisis. Il faut garder à l'esprit que l'échelle locale ou micro-locale est non seulement incontournable, mais que la gouvernance locale mérite également de retenir l'attention dans toute régulation environnementale, devant articuler le général au spécifique.

### **3. Droit endogène et juridicité**

Les modes de régulation des communautés locales sont appréhendés sans référence au système juridique occidental ; il s'agit en effet de se débarrasser d'un schéma de lecture ethnocentrique pour mieux décrypter les réalités du droit pratiqué.

La lecture des systèmes endogènes (c'est-à-dire coutumiers) conduit à raisonner en termes de droits réels, d'administration et de surintendance (qui correspond à un droit de garde dans une logique de transmission aux générations futures). Ces droits de niveaux collectif ou individuel se déclinent au sein des régulations locales. Ces dernières se fondent sur la valeur des utilités et non sur la valeur du fonds qui les supporte. Par conséquent, les acteurs sont titulaires de droits fonctions, « droits de », chasser, cultiver, pâturer, pêcher, prélever, couper, passer (etc.) qui constituent un faisceau de prérogatives. L'objet de l'appropriation sur les espaces porte sur ces prérogatives, à la différence de la logique occidentale consistant en une appropriation de l'espace, quelle que soit l'affectation qui lui est conférée, pour y exercer une exclusivité et une disposition. En dehors d'un regard ethnocentrique, la territorialisation trouve ainsi son fondement dans les modes d'exploitation qui expriment des modalités d'action spatio-temporelles, que l'on peut identifier comme des biens incorporels faisant l'objet d'appropriation : je dispose d'un droit d'agir sur tel espace, comme chasser ou cultiver, que je peux céder, échanger, aliéner... mais le fonds lui-même reste inappropriable.

Ce mode de lecture se traduit par une grille qui part d'une classification de droits dans laquelle le droit est pris en compte dans sa plus large acception, la juridicité.

**Tableau 3. Grille de lecture du rapport juridique interne des communautés au foncier et aux ressources naturelles renouvelables<sup>122</sup>**

Régulation	Types	Niveaux
<i>droits subjectifs</i> (prérogatives individuelles)		
<b>Passage</b> accès & stationnement : droit d'entrer, traverser, parfois stationner	<b>opérationnel (réel)</b> (action de présence temporaire sur un lieu)	<b>individuel</b>
<b>Prélèvement</b> obtenir des éléments naturels ressources = extraction de produit gratuit (pas une production humaine) = attraper des poissons, collecter des ressources forestières, ramasser, couper ...	<b>opérationnel (réel)</b> (action de subsistance)	<b>individuel</b>
<b>Exploitation</b> faire valoir : travailler sur des ressources naturelles dont la terre : agricole, forestier, halieutique, ...	<b>opérationnel (réel)</b> (action de production)	<b>individuel</b>
<i>Droit objectif</i> (normes de gouvernance)		
<b>Exclusion</b> détermine qui a la prérogative et la façon dont cette prérogative peut être transféré = contrôle sur les ressources	<b>administration</b> (répartition des prérogatives, allocation des terres et des ressources)	<b>collectif</b>
<b>Disposition</b> transférer un droit (prérogative + exclusion)	<b>administration</b> (transmission des terres et des ressources, transfert des droits sur les utilités)	<b>collectif</b>
<b>Intentionnel</b> orienter le comportement des acteurs : négociations, incitations, formes de contrats ou arrangements, don/contre-don, ...réglementation	<b>surintendance</b> (régulation des pratiques : responsabilité de défense de l'intérêt général)	<b>constitutionnel</b> (comme sources normatives)

Cette grille de lecture a été élaborée en rapport étroit avec les réalités terrain. Elle est, par conséquent, le fruit d'une lecture empirique de la déclinaison du droit, loin de la théorie du droit des biens avec la catégorisation germano-romaniste. Faut-il encore le rappeler, le postulat de départ fut de considérer le Code civil comme inapte à l'analyse des systèmes juridiques endogènes aux groupes étudiés (non occidentaux).

Une matrice est formulée à partir des différentes matrices locales correspondant chacune à un travail de terrain recueillies par nous-mêmes (de 1993 à 2009) en suivant un protocole quasiment similaire sur chaque site. La synthèse effectuée sur les cinq terrains concernés, précédemment cités, aboutit à la matrice présentée ci-dessous. Cette matrice fait ressortir le contrôle du territoire (gouvernance en rouge) et l'accès à la ressource (prérogatives en bleu) par rapport à l'espace-ressource considéré.

<sup>122</sup> Issue de nos travaux auprès de différents groupes socio-culturels. Voir le modèle de Edella Schlager & Elinor Ostrom, datant de 1992, qui décline en économie un modèle de « droits de propriété » ; ce modèle ne peut être repris selon nous, d'une part, pour la zone tropicale sans risques de transposition ethnocentrique et d'autre part, du fait de la confusion opérée entre possession et propriété, SCHLAGER E. & OSTROM E., « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », *Land Economics*, vol. 68, n° 3, 1992, p. 249-262.

**Tableau 4. Matrice des relations hommes/ressources dans l'ordre juridique endogène aux communautés locales de cinq sites (Mali, Sénégal, Tchad, Maroc, Guyane) (1993-2009) : ou matrice des systèmes endogènes**

Espace-ressources / Acteurs	Association transhumants	Chef famille/ lignage/clan	Chef ménage	Chef unité exploitation	Chef village	Comité agdal	Communauté ethnique/tribu/ lignage	Communauté résidence	Conseil régional	Conseil rural	Contrôleur eau	Etat	Etranger	Femme mariée	Groupe exploitants	Maître -Chef terre	Maître eaux	Maître pâturages	Suiviste	Tous
abattis ancien		●▲♣	●▲♣				■●▲♣													
abattis en cours		●▲♣	●▲♣				■●▲♣													
abattis futur		●▲♣	●▲♣				■●▲♣													
arbre/arbuste parcours	♣									♣										
bois (feu&oeuvre): pied/périmètre		●▲♣	●▲♣				■●▲♣													
brousse		●▲♣			♣								■●▲			♣				■●
champ bas-fond			●▲♣	●▲♣									■●▲							■●
champ case			●▲♣	●▲♣									▲							■●
champ collectif			●▲♣	●▲♣	♣								■●▲		▲♣					■●
champ décrue et inondation			●▲♣	●▲♣	♣					♣										■●
champ gommiers			●▲♣																	■●
champ irrigué			●▲♣	●▲♣	♣					♣						♣				■●
champ lignage		●▲♣		●▲♣									■●▲	▲	▲♣			♣		■●
champ lignage clos		●▲♣		●▲♣									■●▲	▲	▲♣					■●
champ Office riz Mopti			●▲♣	●▲♣									▲♣	■●▲						■●
champ personnel clos			●▲♣	●▲♣									■●▲	▲	▲♣					■●
champ pluvial			●▲♣	●▲♣	♣					♣			▲♣	■●▲	▲	▲♣	♣			■●
couloir transhumance				●▲♣	♣								▲♣	■●▲						■●
cours d'eau & chenaux		●▲♣		●▲♣	♣						♣		▲♣	■●▲			♣			■●
cueillette forestière							■●▲♣													■●
espace « environnemental »									♣	♣										
espace protégé (parc)												▲♣								
faille sel						●														
finage douar							■●▲♣													
fleuve terroir/territoire		●▲♣	●▲♣				■●▲♣						▲♣	■●▲						
forêt lignage		●▲♣					■●▲♣						▲♣							■●
forêt primaire		●▲♣					■●▲♣						▲♣							■●
forêt village			●▲♣	♣	♣		■●▲♣		♣	♣			▲♣							■●
gommier naturelle		●▲♣																		■●
jachère lignage		●▲♣																		■●
jachère personnelle			●▲♣	●▲♣																■●
jachère village					♣															■●
layon famille		●▲♣																		
layon village			●▲♣				■●▲♣													
lieu sacré					♣															
mare lignage		●▲♣		●▲♣									▲♣	■●▲		▲♣	♣	♣	▲	■●
mare piscicole		●▲♣		●▲♣	♣								▲♣	■●▲		▲♣	♣	♣	▲	■●
mare village		●▲♣		●▲♣	♣								■●▲			♣	♣	♣	▲	■●
pâturage d'estive en agdal						♣														
pâturage inondé (burgu)			●▲♣				●▲						■●▲						▲	■●
pâturage territoire	♣																			■●
pâturage village		●▲♣		●▲♣	♣					♣										■●
piste transhumance													■●▲					♣	▲	■●
terre salée					♣															

Légende : Passage = ■ Prélèvement = ● Exploitation = ▲ Exclusion = ♣ Disposition = ★ Intentionnelle = ☠

Explication: ●ou/et ▲ou/et ♣ou/et ☠...

Légende surlignage : Prérogatives Gouvernance

L'élément saillant de la matrice est la régulation de l'accès à la ressource ; cette information est obtenue en répondant à une question très explicite : qui intervient sur quoi et comment ? Bien entendu, la complexité des situations transforme en gageur la prétention d'aboutir à un modèle. Cependant, la matrice permet de tirer un certain nombre d'enseignements, non-révolutionnaires en soi, mais toutefois démonstratifs. Enfin, soulignons que le droit de disposition situé dans la matrice ne porte pas ou rarement sur la terre, mais sur le transfert de la fonction, des utilités des choses.

La précision et la minutie consacrées au travail d'enquête, à une démarche de connaissance directe des communautés territorialisées ainsi que le fait d'analyser des données de première main justifient la nécessité d'une prise de recul, à un moment donné, pour pouvoir mettre en exergue des éléments d'un ordre juridique endogène. Le décryptage des systèmes endogènes constituant l'objet principal de l'anthropologie du droit, cette matrice nous y conduit directement.

Les éléments structurants qui se dégagent de la matrice des systèmes endogènes sont au nombre de quatre :

1) La détermination d'acteurs concernés et appartenant à un large panel implique de distinguer ceux qui sont directement en relation physique avec la ressource, et les autres participant à leur gestion qui se situent à une autre échelle spatiale ou territoriale. On en déduit que les droits portant sur l'espace ou la ressource se répartissent entre trois catégories d'acteurs :

- Les acteurs lignagers et résidentiels : famille/lignage/clan, communauté ethnique/tribu/lignage, communauté résidence, maître d'eau, maître pâturage, maître-chef terre, contrôleur eau, association transhumants, comité agdal, chef village ;
- Les acteurs exploitants : ménage, unité d'exploitation, femme mariée, groupe d'exploitants, suiviste, étranger, État ;
- Les acteurs élus : conseil rural, conseil régional.

2) L'accès à la ressource est d'autant plus juridicisé (Elinor Ostrom dirait « institutionnalisé ») que la pression sur les ressources est forte. La répartition des droits définit ainsi le mode de gouvernance en vigueur, qui va lui-même dépendre de l'état de la ressource (de son niveau de présence/absence). C'est ce que nous avons précédemment constaté en rapport avec la relation interne/externe et avec les alliances qui en dépendent, notamment par exemple dans le cas du suiviste (dans le delta du Niger) ou l'étranger au groupe (en termes de lignage ou de résidence). Dans le Haut Atlas, la mise en « agdal »<sup>123</sup> d'un pâturage dépend de la pression exercée sur lui, qui, elle-même, est la répercussion du niveau de présence de la ressource et du nombre d'ayants droits.

3) Le droit d'exclusion constitue un rouage central dans le schéma d'accès, en raison de sa situation interstitielle entre prérogative opérationnelle et gouvernance. Comme le tableau suivant le fait apparaître, le nombre d'acteurs qui dispose du droit d'exclusion détient également un droit de gestion intentionnelle et un droit de disposition (bien que rare).

---

<sup>123</sup> L'agdal est un territoire qui fait l'objet d'une gestion communautaire comportant des mises en défens dans un souci de préservation des ressources : BARRIERE O., « Nature juridique de l'*agdal*, de la propriété collective au patrimoine commun », in AUCLAIR L. & ALFRIQUI M. (dir.), *op. cit.*, p. 207-242.

**Tableau 5. De la relation acteurs/droits issue des cinq terrains**

ACTEURS	DROITS					de gestion Intentionnelle
	Passage	Prélèvement	Exploitation	Exclusion	Disposition	
Association transhumants						X
Chef famille/lignage/clan		X	X	X		X
Chef ménage		X	X	X		
Chef unité exploitation		X	X	X	X	
Chef village				X		X
Comité agdal				X		X
Communauté ethnique/tribu/lignage		X	X			
Communauté résidence	X	X	X	X		
Conseil régional						X
Conseil rural				X		X
Contrôleur eau				X		X
Etat			X	X		
Etranger	X	X	X			
Femme mariée			X			
Groupe exploitants			X	X		
Maître-Chef terre				X	X	
Maître eaux				X		
Maître pâturages				X		
Suiviste			X			
Tous	X	X				

L'imbrication entre l'opérationnalité (l'action sur la ressource) et la gestion en termes d'administration et de surintendance est-elle effective ou efficiente ? Globalement, ceux qui exploitent sont en mesure d'exclure puisque le droit opérationnel de prélèvement ou d'exploitation dépend de l'intervention même sur la ressource et non sur le support pour ces acteurs-là. Celui qui dispose de la capacité d'exclure, sans être dans l'opérationnalité, se trouve à un niveau de gouvernance territoriale de la ressource, c'est-à-dire dans un rapport de gestion foncière de la ressource : le droit de la ressource se relie à la fois dans un rapport fonctionnel (que le droit traduit en prérogatives) et dans un rapport de gestion (que le droit traduit en gouvernance). Selon le type d'espace-ressource concerné, les acteurs vont être plus ou moins à cheval ou en superposition, entre fonction et gestion, mêlant un rapport direct à la ressource avec une relation foncière au territoire.

4) L'enjeu de l'appropriation de la ressource : le contrôle de l'espace et l'accès à la ressource par une maîtrise sur l'espace-ressource.

L'objectif est bien celui de s'approprier la ressource, au sens d'acquérir. Le fait même du développement du concept d'espace-ressource démontre la place centrale qu'occupe l'espace, traduit en termes de fonds/foncier, dans l'appréhension physique, d'une part, de la ressource. D'autre part, sa capture, son extraction ou son acquisition par l'acte de « prélèvement » ou d'« exploitation », nécessitent une appréhension « juridique » légitimant au regard du groupe et des étrangers l'accès à la ressource. Dans cette configuration, l'espace foncier traduit un contenant de fonctionnalités « ressources ». L'enjeu de pouvoirs est ainsi

davantage territorial que foncier pour le fonds, car ce dernier n'est pas appropriable, il n'entre pas dans la catégorie civiliste de bien, mais est une chose inaliénable<sup>124</sup> voire insaisissable, incommutable et incessible<sup>125</sup> ; c'est la raison pour laquelle nous avons fait émerger le concept de « foncier-environnement » dès nos premiers travaux de terrain<sup>126</sup>.

Dans l'analyse des rapports des hommes aux ressources naturelles, l'utilisation de la notion de « maîtrise » permet de contourner la nature ethnocentrique de l'utilisation du terme « d'appropriation foncière » qui, en droit, exprime un rapport de propriété (comme vu précédemment). Et il convient de souligner que nous ne sommes pas en présence du régime du droit des biens, mais d'un régime d'un droit des utilités ou des fonctionnalités. Le rapport de pouvoir de droit (signifié par la maîtrise) reste neutre et dégagé de toute connotation romaniste. Rattachées aux droits concernés, les maîtrises sont au nombre de six : minimale, ponctuelle, spécialisée, exclusive, absolue, intentionnelle. Chacune d'elle se rattache à une fonction précise, un « droit de » : passer sur un périmètre (cheminer, traverser, etc.), prélever une ressource (intérêt de consommation personnelle : cueillir, ramasser, couper, etc.), exploiter une ressource (intérêt de production : cultiver, pâturer, pêcher, couper, etc.), exclure du territoire (ne pas permettre l'accès à la ressource naturelle ou foncière), aliéner le fonds (qui n'est souvent que le prix d'un investissement ou d'une rente), orienter le comportement des acteurs intervenant sur la ressource naturelle ou foncière du territoire (une gestion intentionnelle). Le tableau suivant en présente la synthèse.

**Tableau 6. Les maîtrises foncières définies par les fonctionnalités ou utilités des espaces-ressources**

Maîtrises (foncière-environnementales)	Minimale	Ponctuelle	Spécialisée	Exclusive	Absolue	Intentionnelle
	Fonctionnalités (droit de)					
Passer	<b>C</b>	A	A	C	C	A+C
Prélever		<b>A</b>	A	C	C	A+C
Exploiter			<b>A</b>	C	C	A+C
Exclure				<b>C</b>	C	A+C
Aliéner					<b>C</b>	A+C
Gestion intentionnelle						<b>A+C</b>

Légende : C = Contrôle du territoire ; A = Accès à la ressource

Chaque maîtrise dispose d'une à six fonctionnalités ou utilités, correspondant chacune à un « droit de » passage, de prélèvement, d'exploitation, d'exclusion, d'aliénation ou de gestion intentionnelle. Le curseur varie en fonction du niveau de contrôle du territoire ou de l'accès à la ressource définissant ainsi l'espace de gouvernance concernée avec les acteurs associés. En reprenant la matrice des systèmes endogènes (présentée *supra*) nous faisons

<sup>124</sup> Par exemple, les terres coutumières kanak sont reconnues par le législateur comme inaliénables (art. 18 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999) quoique le terme de « propriété » soit employé.

<sup>125</sup> Toujours en Nouvelle-Calédonie, l'arrêté du Gouverneur du 22 janvier 1868 « relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène », dispose que les terrains délimités pour chaque tribu sont constitutifs d'une incommutabilité (art. 2-1), c'est-à-dire d'une impossible dépossession. Les terres des tribus sont également « insaisissables » (art. 2-3). En 1959, la délibération n° 87 du 10 mars 1959 relative au régime des réserves autochtones en Nouvelle-Calédonie et Dépendances (rendue exécutoire par arrêté n° 181 du 16 mars 1959, *JONC*, du 6/13 avril 1959) dispose dans son article unique que « les réserves autochtones sont la propriété incommutable, insaisissable et inaliénable des tribus auxquelles elles ont été affectées ».

<sup>126</sup> BARRIERE O. & BARRIERE C., *Le foncier-environnement* [...], *op. cit.*

ressortir deux catégories de maîtrise correspondant à deux champs de gouvernance, représentés en couleur : l'une est liée au contrôle du territoire, tandis que l'autre concerne l'accès à la ressource.

Cette représentation matricielle des cinq terrains concernés met en exergue l'importance de certains acteurs dans la gouvernance territoriale et des ressources. Leur caractère lignager ou résidentiel ressort nettement, sans que l'étranger qui va bénéficier d'accès souvent par des alliances ne soit totalement exclu.

La représentation matricielle des systèmes de droit effectivement en vigueur sur les terrains choisis permet d'explicitier les modes d'intervention de chacun des groupes d'acteurs. La complexité de chaque situation est respectée, ce qui ne facilite pas la lecture de la matrice. Ceci dit, son intérêt majeur est de dégager un mode d'analyse des systèmes juridiques dissocié du droit des biens civiliste. La terre n'est pas transformée en une chose aliénable, dont le prix fluctue sur un marché économique et juridique. Les situations rencontrées ne correspondaient pas à des marchés fonciers.

Nous avons donc dû extraire une clef de lecture permettant de produire un schéma de compréhension. Cet outil sera par la suite indispensable pour une mise en relation de ce qui est légitimé localement et qui fonctionne avec des politiques publiques nationales et des législations territoriales ou environnementales à mettre en œuvre.

Arriver à décrypter le droit endogène est une première étape, réaliser la connexion avec l'ordre juridique étatique est la seconde étape à atteindre. Là on se confronte à l'enjeu de l'acceptation du pluralisme juridique ou au mur du dogme positiviste. Si l'on prend l'exemple du parc amazonien de Guyane<sup>127</sup>, confronté à la relation du droit positif au droit endogène, le résultat du projet de charte montre que le chemin est encore très long pour sortir d'un ethnocentrisme confirmé<sup>128</sup>. Le droit à construire là se situe au carrefour d'une perspective interculturelle à travers non pas une « intégration » mais une « adéquation » par un compromis négocié, afin de dépasser le cadre d'une démocratie représentative pour une démocratie participative.

## Conclusion

Le concept de service écosystémique et environnemental se meut entre deux paradigmes juridiques qui n'ont pas le même langage : celui du droit des biens, vu en première partie de l'article, et celui du droit des utilités que nous venons de découvrir. La genèse de l'origine du régime de la propriété foncière se confronte à la réalité d'un droit foncier endogène indissociable de l'accès aux ressources naturelles renouvelables.

Quant à l'utilité, cette notion participe à la définition du bien, alors que par ailleurs elle contribue à l'édification d'une patrimonialité commune par les fonctions qu'elle permet. Ici les utilités sont au cœur d'une construction territoriale et là elles sont édifiées en objet de propriété.

Du « droit objet » au « droit fonction », la régulation juridique au sein des socio-écosystèmes restera toujours dépendante de l'ontologie de la relation des sociétés à leur environnement<sup>129</sup>. Dans ce paysage, la question de la légitimité du service environnemental s'effectue ainsi, soit par le « prix » de la préservation dans le droit des biens relevant de

---

<sup>127</sup> BARRIERE O. et FAURE J.-F., « L'enjeu d'un droit négocié pour le Parc amazonien de Guyane », *Natures Sciences Sociétés*, n° 20, 2012, p. 167-180.

<sup>128</sup> Lire la charte adoptée : <http://www.parc-amazonien-guyane.fr/le-parc-amazonien-de-guyane/la-charte-des-territoires/>.

<sup>129</sup> DESCOLA P., *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.

l'ontologie naturaliste pour laquelle la nature est un objet, sous réserve que le service soit effectivement rendu<sup>130</sup> ; soit par une « obligation » conditionnant le droit d'accès ou intervenant par le droit de gestion intentionnelle dans le droit des utilités, relevant d'ontologies où la nature est un enjeu social.

Du droit des biens au droit des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes

**Barrière Olivier**

In Langlais A. (ed.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques ?*

Rennes : PUR, 2019, p. 127-169 (L'Univers des Normes). ISBN 978-2-7535-7601-8

Fonds IRD [F B010075076]

---

<sup>130</sup> LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *Environnement et développement durable*, n° 1, janvier 2013, p. 32-42, spéc. p. 37.