

Concept économique et concepts juridiques de droits de propriété. Observations comparatives et transdisciplinaires en amont de l'analyse des droits fonciers

Kirat T.

in

Vianey G. (ed.), Requier-Desjardins M. (ed.), Paoli J.C. (ed.). *Accaparement, action publique, stratégies individuelles et ressources naturelles : regards croisés sur la course aux terres et à l'eau en contextes méditerranéens*

Montpellier : CIHEAM

Options Méditerranéennes : Série B. Etudes et Recherches; n. 72

2015

pages 19-28

Article available on line / Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://om.ciheam.org/article.php?IDPDF=00007129>

To cite this article / Pour citer cet article

Kirat T. **Concept économique et concepts juridiques de droits de propriété. Observations comparatives et transdisciplinaires en amont de l'analyse des droits fonciers.** In : Vianey G. (ed.), Requier-Desjardins M. (ed.), Paoli J.C. (ed.). *Accaparement, action publique, stratégies individuelles et ressources naturelles : regards croisés sur la course aux terres et à l'eau en contextes méditerranéens.* Montpellier : CIHEAM, 2015. p. 19-28 (Options Méditerranéennes : Série B. Etudes et Recherches; n. 72)



<http://www.ciheam.org/>

<http://om.ciheam.org/>

Concept économique et concepts juridiques de droits de propriété. Observations comparatives et transdisciplinaires en amont de l'analyse des droits fonciers

Thierry Kirat

Centre National de la Recherche Scientifique (UMR 7170, Institut de Recherche Interdisciplinaire en Sciences Sociales)

Résumé. L'article démontre que le concept économique de droit de propriété n'est pas une catégorie opératoire d'analyse des régimes juridiques fonciers réels. Le droit comparé fait apparaître deux doctrines de la propriété, *in rem* et en termes de « faisceau de droits », qui posent le problème de la nature individuelle ou sociale de la propriété. La théorie économique des droits de propriété n'est pas ajustée à la complexité des droits fonciers. Par contre, son concept de droit de propriété est un opérateur normatif de la réforme des régimes fonciers, porté par les institutions multilatérales, opérateur qui sous couvert d'une pseudo évidence empirique, promeut un modèle de privatisation comme condition de l'efficacité dans l'allocation et la gestion des ressources foncières et la sécurité des droits fonciers.

Mots-clés. Droit de propriété – foncier – droit civil – common law – sécurité des droits.

Title. *Legal and economic concepts of property rights. Comparative and interdisciplinary remarks preceding land rights analysis*

Abstract. *The article argues that the economic concept of property rights cannot provide an operational analytical framework for real-world land rights regimes. Comparative law and legal history agree in distinguishing two doctrines of property: in rem and the bundle of rights approach. Both raise the issue of the individual and absolute nature of property versus its social, relational and obligational nature. The economic theory does not match real-world complexity. However, the property rights economic approach provides a powerful normative framework in favor of individualization through the registration of land rights.*

Keywords. *Property rights – land – civil law – common law – land rights security.*

En dépit de son caractère *a priori* évident, le concept de droits de propriété, issu de la notion anglo-américaine de « *property right* », est une base fragile, voire trompeuse, pour qui cherche à caractériser les formes juridiques positives des rapports qui s'attachent au foncier.

En effet, le concept de « *property right* », a été avant tout un produit de la théorie économique, qui se préoccupe, non pas des effets des formes juridiques de la propriété sur les conditions d'accès au foncier et à ses usages, mais de ceux de différents régimes d'accès et d'usage des ressources. Ces régimes sont caractérisés en termes d'exclusivité, de transférabilité, et de négociabilité. Les trois régimes de droits de propriété ainsi définis (privée, commune, publique) se différencient par le niveau de ces caractéristiques. Ainsi, les droits de propriété privés sont appréhendés comme des droits d'accès, d'usage des ressources exclusifs, transférables, négociables. Les autres régimes sont caractérisés par une exclusion, une transférabilité et une négociabilité limitées ou nulles. Or, la gestion efficiente des ressources non renouvelables devrait passer par un régime de droits de propriété privée ; les deux autres étant disqualifiés au

regard ce que Garrett Hardin a appelé, avec le succès que l'on sait, la « tragédie des communs ».

Sans entrer dans les détails des débats sur l'association entre propriété privée et gestion optimale des ressources, notons qu'Elinor Ostrom a déconstruit cette association à travers un nombre impressionnant d'études empiriques de gestion collective des ressources dans une variété de situations.

Notre intention est, dans le présent article, de démontrer que le concept économique de droit de propriété n'est pas une catégorie opératoire d'analyse des régimes juridiques fonciers réels. On entend par là « le rapport, défini par la loi ou la coutume, qui existe entre des individus ou des groupes relativement aux terres » et qui, *in fine*, « détermine qui peut utiliser quelles ressources pendant combien de temps et dans quelles conditions » (FAO, 2003). Par contre, nous voulons également montrer que le concept de droit de propriété est un opérateur normatif de la réforme des régimes fonciers, porté par les institutions multilatérales, opérateur qui sous couvert d'une pseudo évidence empirique, promeut un modèle de privatisation comme condition de l'efficacité dans l'allocation et la gestion des ressources foncières.

I – Pourquoi le concept économique de droit de propriété n'est pas opératoire dans tous les contextes juridiques

Le juriste et anthropologue du droit Matthieu Galey (2007) évoque à juste titre « l'impressionnisme conceptuel » du concept de « *property right* » de la théorie des droits de propriété et de l'analyse économique du droit. Il précise également que le juriste de *common law* n'est pas gêné par un tel impressionnisme, alors que son homologue de la tradition romano-germanique, l'est. Un tel décalage entre juristes de systèmes juridiques différents, peut être imputé aux spécificités des deux traditions juridiques quant à la formalisation juridique de la propriété, qu'Alain Rochegude, juriste spécialiste des droits fonciers dans le monde, spécialement en Afrique sub-saharienne, reconnaît clairement : variant avec les aires culturelles, au-delà même de simples différences linguistiques : « *la 'propriété' des francophones n'est pas l'équivalent de la property des anglo-saxons, ces derniers différenciant par exemple celle-ci de l'ownership* » (Rochegude, 2010).

Ces réflexions appellent un détour par l'histoire du droit puis par les doctrines juridiques de la propriété, qui nous ramèneront à un examen critique enrichi de la théorie des droits de propriété.

1. La propriété dans la tradition romano-germanique et dans la *common law* anglaise

Dans la tradition romano-germanique, le droit positif de la propriété est issu du droit romain qui consacre le *dominium* du propriétaire sur la chose, c'est-à-dire confère au premier une maîtrise absolue de la chose, qui se confond avec sa matérialité. Cette forme de la propriété, dite *in rem*, renvoie à un système de propriété « direct » et « collatéral ». La relation du propriétaire à la chose est directe dans la mesure elle ne passe par aucun intermédiaire ; elle est collatérale parce qu'héritière de la *familiae* romaine, c'est-à-dire de groupes sociaux indépendants, placés sur un pied d'égalité, qui exercent chacun leur *dominium* sur leurs biens. Traduite dans la langue du droit civil post révolutionnaire, cette dimension de collatéralité signifie que chaque propriétaire individuel est maître absolu de sa chose (article 544 du Code civil français), sans rapports d'obligation vis-à-vis de tiers ou d'autres propriétaires. Ce système interdit de reconnaître « *l'enchevêtrement de maîtrises concurrentes sur un même bien* » (Galey, 2007). Certes, le caractère absolutiste de la propriété est amendé par le processus de « démembrement » du droit de propriété : le propriétaire foncier qui loue ses terres à un exploitant agricole dans le cadre d'un bail rural se sépare d'une partie des prérogatives

attachées à la propriété ; il peut être frappé de servitudes privées, comme l'obligation de laisser libre un chemin d'accès à une parcelle voisine enclavée, ou administratives, telle l'obligation de conserver une parcelle non exploitée autour d'un point de captage d'eaux souterraines. Les décompositions du droit de propriété sont nombreuses ; elles ne frappent pas d'obsolescence la théorie absolutiste de la propriété, qui a eu le génie de traiter chacun des démembrements comme un droit de propriété sur le même modèle.¹

A la différence de cette tradition civiliste, le droit de *common law* (essentiellement le droit anglais) constitue un système de droits « dérivés » et « linéaires ». Forgé dans une société féodale, le droit anglais considère la détention du sol comme le résultat d'un droit indépendant et dérivé par des unités successives et hiérarchisés selon des degrés variables d'ascendance. En d'autres termes, la propriété foncière découle de l'organisation sociale féodale, structurée comme un système de « tenures » articulées dans un fief foncier. La tenure signifie qu'aucune terre n'est détenue en pleine propriété et qu'elle suppose des conditions d'obligations personnelles vis-à-vis du supérieur féodal. De ce contexte, est née la conceptualisation juridique de la propriété comme non pas un droit *in rem* mais comme une protection garantie au détenteur d'un fief contre les abus de pouvoirs du supérieur féodal et les interférences des pairs.²

La différence entre les deux traditions juridiques s'exprime aussi sur le plan de la maîtrise foncière : la *common law* autorise une « réinterprétation des règles gouvernant la maîtrise foncière, dans le sens d'une redéfinition de sa nature et de son étendue » (Galey, 2007), alors que la tradition civiliste l'interdit, du moins dans ses principes si ce n'est dans les pratiques de gestion des usages du foncier.

Or, sur ces deux régimes juridiques s'articulent deux visions alternatives de la propriété : comme droit réel ou comme droit personnel. Chacune s'adosse plus ou moins naturellement à une conception respectivement individualiste et sociale de la propriété.

2. Droit *in rem* ou « faisceau de droits »

Comme droit réel, la propriété renvoie à l'assimilation de la chose et des prérogatives exercées sur elle. En d'autres termes, la propriété est la maîtrise de la chose sans rapport d'obligation vis-à-vis d'autrui. Il s'agit en quelque sorte de la « propriété-matière ». Les discours juridiques inspirés par la théorie économique, comme ceux de Merrill et Smith (2001), ne s'y trompent pas : la clé de l'efficacité économique étant l'exclusion, seule la propriété réelle la permet. Ces auteurs soutiennent en effet que le droit d'exclure autrui explique beaucoup mieux le cœur de la propriété, que l'approche ambiguë du « *bundle of rights* » sur laquelle nous reviendrons plus loin.

Comme droit personnel, la propriété est avant tout une série de rapports d'obligations qui relie le bénéficiaire du droit de jouissance exclusive du sol et les tiers. Le lien organique entre la propriété et la chose de la conception *in rem* ne se retrouve pas ici. On peut parler à cet égard de plasticité, de labilité : la propriété est un faisceau de droits qui se cristallisent sur une chose, sans que l'on parle de droit *in rem* mais plutôt de « propriété-jouissance ».

La théorie du « faisceau de droits » (« *bundle of rights* ») a une puissance certaine de séduction pour les analystes des différentes sciences sociales qui cherchent une alternative à la propriété privée, individuelle, et exclusive (Orsi, 2014). Reste cependant à déterminer le contenu exact de ce « *bundle* » qui appelle une interrogation sur son statut de prétendant à être une catégorie opérante du droit foncier positif. Malheureusement, un certain nombre de contenus donnés au « *bundle* » ne sont malheureusement pas convergents. Un premier type d'analyse est similaire à celle du démembrement du droit de propriété dont il a été question précédemment.

Dans une seconde orientation, Elinor Ostrom a elle-même utilisé le concept, pour désigner l'existence de situations où une pluralité d'acteurs dispose d'une partie des droits de propriété sur une ressource : le propriétaire réel (*owner*), le « propriétaire » effectif (*proprietor*),

l'utilisateur (*user*), le prétendant à son usage (*claimant*). Le tableau suivant résume l'approche d'Ostrom : on constate l'importance qu'elle accorde à l'exclusion comme prérogative de l'*owner* et du *proprietor*, ce qui montre encore une fois la force d'attraction de l'exclusion dans les représentations de la propriété.

	<i>Owner</i>	<i>Proprietor</i>	<i>Claimant</i>	<i>Authorized User</i>
<i>Access and Withdrawal</i>	X	X	X	X
<i>Management</i>	X	X	X	
<i>Exclusion</i>	X	X		
<i>Alienation</i>	X			

Source : Schlager et Ostrom 1992, p. 252

Une troisième approche du « *bundle of rights* » consiste à considérer la propriété selon qu'elle s'attache au sol, au sous-sol, ou à l'air à la verticale du terrain ou de l'immeuble. Cette décomposition verticale de la propriété est issue de la jurisprudence américaine, qui a été confrontée très tôt à la question de savoir si la limitation imposée par un pouvoir local à la jouissance de la propriété (*severed property*) est constitutionnelle ou pas, plus précisément si elle constitue un « *taking* » et si elle est compensable.

Une quatrième approche du *bundle* est plus statique. C'est celle que l'inventeur de l'expression, le juriste Wesley Hohfeld, a mis en exergue dans deux écrits marquants du début du 20^{ème} siècle (Hohfeld, 1913 et 1917) : l'attribution de droits de propriété à un détenteur porte en elle une série d'opposés et de corrélats juridiques. Les prérogatives données au titulaire du droit sont corrélativement des contraintes imposées aux tiers non titulaires dudit droit. Tout droit légal, en effet, affecte autrui.

La grille de lecture des droits de Wesley Hohfeld (1913, 1917)

Jural Opposites: 1. Right/No-Right 2. Privilege/Duty 3. Power/Disability 4. Immunity/Liability

Jural Correlatives: 1. Right/Duty 2. Privilege/No-Right 3. Power/Liability 4. Immunity/Disability

L'encadré précédent illustre le fait que tout détenteur d'un droit légal est connecté à des tiers, qui ne disposent pas de ce droit et sont, de ce fait, « exposés » aux conséquences (négatives) de la jouissance du droit par le premier.

Si la contribution de Hohfeld fut remarquée, c'est parce qu'elle tentait de relier la propriété *in rem* et la dimension sociale du rapport de propriété.

Outre Hohfeld, les réflexions d'un autre juriste, Anthony Honoré, ont approfondi la décomposition du droit de propriété. Il procéda à un recensement des éléments constitutifs de la propriété, éléments pouvant être disjoints ou, au contraire, intégrés. Sans préciser cet ensemble, nous pouvons en mentionner les principaux : 1. Le droit d'exercer un contrôle physique exclusif, qui passe par l'exclusion, 2. Le droit d'user de la chose, 3. Le droit de gérer la chose, c'est-à-dire de décider comment et par qui la chose sera utilisée, 4. Le droit au revenu tiré de la chose, etc.

Les onze éléments constitutifs de la propriété d'Honoré ressemblent, dans le principe, à la décomposition classique du droit civil en termes d'*usus*, d'*abusus* et de *fructus* mais à la

différence de cette dernière, la classification d'Honoré a une portée sociale puisqu'elle met l'accent sur les relations entre les hommes à propos du rapport de propriété. Il est bien évident que le contenu et les frontières entre les droits légaux varient selon leur objet et l'époque.

En définitive, la notion de « *bundle of rights* » a ceci d'intéressant qu'elle met l'accent, en dépit de la variété des contenus qui lui sont donnés, sur la propriété comme rapport social. Toutefois, c'est sur la scène judiciaire (américaine) que l'approche du « *bundle* » a concrétisé ses effets, en terme d'équilibrage entre les différents porteurs d'intérêts mis en jeu dans la mise en œuvre du droit de propriété (Jacobs, 2009 ; Johnson, 2007).

3. Les apories de la théorie des droits de propriété

La théorie économique des droits de propriété est mal à l'aise avec la problématique juridique des droits fonciers ; de philosophie conséquentialiste, elle s'intéresse moins aux formes du droit qu'à l'évaluation des conséquences de régimes de droits de contrôle sur les ressources. En un certain sens, le concept économique, même s'il est compatible intellectuellement avec la doctrine juridique de *common law* de la « propriété-jouissance », n'est pas neutre.

Comme on l'a dit plus haut, la question clé est celle du « contrôle » plutôt que la possession ; il reste cependant à déterminer quel est le fondement, ou la base légitime, du contrôle sur les ressources. Sauf à considérer que le contrôle est une issue de la violence – ce qui reviendrait à penser la propriété dans des états de nature et pas dans des états de droit – les droits de propriété sont, d'une manière ou d'une autre, une question institutionnelle et juridique. Coase lui-même, dans *Le problème du coût social* (1960) n'a pas éludé la nécessaire attribution judiciaire des droits, préalable à l'arrangement privé que le « théorème de Coase » a popularisé (Kirat, 2012).

L'un des pères fondateurs de la théorie des droits de propriété, Harold Demsetz, défendait que « *la question pertinente pour un économiste n'est pas la théorie de la propriété per se, pas plus que les concepts juridiques de la propriété, c'est celle des conséquences d'un régime de droits de propriété sur l'allocation des ressources, l'efficacité et le bien-être* (Demsetz, 1967). *La encore, peut-on envisager de définir un « régime de droits de propriété » sans référence au droit et aux institutions ?*

Dans la même perspective, Hershcel Grossman (2001) considère, à propos de la « *création de droits de propriété effectifs* », que « *l'existence d'un Etat et d'un système juridique est une condition ni nécessaire ni suffisante d'une théorie des droits de propriété effectifs. Selon moi, la littérature existante se concentre excessivement sur l'Etat et le système juridique, et ne donne pas une attention adéquate aux activités d'appropriation des agents individuels* » (Grossman, 2001). Comment des agents individuels procèdent-ils à l'appropriation des ressources ? On cherchera en vain une réponse à cette question dans les écrits de Grossman. Tout se passe comme si les actions des agents se déroulaient dans un vide institutionnel, ce qui est une hypothèse que les théories institutionnelles en économie ont très largement remis en cause au cours des vingt dernières années.

En résumé, la théorie économique des droits de propriété n'est ni une théorie des fondements (historiques, anthropologiques ou juridiques) des droits, ni une théorie du droit foncier ; par contre, elle véhicule un modèle normatif d'individualisation des droits fonciers, qui discrédite par principe toute forme de propriété commune et promeut, via l'enregistrement, la définition de droits de propriété privés.

II – La théorie des droits de propriété est un opérateur normatif d'un modèle de privatisation des droits fonciers

Le concept économique de droits de propriété est en définitive différent de l'appropriation du bien au sens du droit romain ; en outre, il est spécifique et restrictif par rapport à la doctrine et au droit positif de *common law* : en matière de propriété privée, l'exclusion des tiers est une possibilité parmi d'autres de la définition juridique pratique des droits de propriété en *common law*. Gray et Gray (1998) évoquent à cet égard une gradation, une « *sliding scale* » de la propriété foncière, qui ne rentre pas dans le cadre étroit de la dichotomie entre exclusion/non exclusion de l'accès.

1. Enregistrer pour individualiser ?

Par contre, le concept économique de propriété, orienté vers l'efficacité par l'exclusion et l'aliénabilité, a été renforcé et complété par la *doxa* de l'enregistrement foncier. Promue par H. de Soto (2005), relayée par la Banque mondiale, la démarche de l'enregistrement va au-delà d'une simple reconnaissance officielle de droits de propriété qui d'ailleurs peuvent être communs. *In fine*, l'enregistrement suppose l'individualisation, puisque les titres fonciers ne sont pas pensés comme des droits collectifs reconnus à des communautés mais comme des droits reconnus à des individus, personnes physiques ou morales, exploitant les sols. A cet égard, Omar Bessaoud a raison d'affirmer qu' : « *Il faut ... signaler que de nombreuses études traitant de la sécurisation des droits fonciers ou de la relation croissance agricole - statuts fonciers - ceux en particulier de la Banque Mondiale - s'appuient sur les présupposés théoriques des droits de propriété (Furubotn, Pejovich, 1972) ou ceux issus de l'approche de Garrett Hardin (« la tragédie des communaux »), où la question foncière n'est interrogée que pour plaider pour une reconnaissance des droits de propriété privée* » (Bessaoud, 2012).

Le discours de la Banque mondiale (via l'International Development Association, IDA) est à ce propos sans ambiguïté : « *L'expérience acquise à l'échelle mondiale montre que les interventions visant à améliorer la sécurité foncière, l'accès à la terre et la transmissibilité des terres accroissent la valeur des biens des ménages, augmentent les investissements et la productivité agricole et facilitent l'accès au crédit* » (Banque mondiale, 2003).

Certes, dans le rapport de la Banque mondiale de 2003 « Pour des politiques foncières favorables à la croissance et à la réduction de la pauvreté », il est admis que des droits de propriété puissent être reconnus à des communautés ; cependant c'est à titre, en quelque sorte, dérogoire au principe commun de droits individualisés.

En effet, le rapport de 2003 de la Banque mondiale expose une démarche en deux étapes : la première consiste à admettre qu'il peut être approprié d'octroyer des droits de propriété au groupe « *lorsque la gestion des ressources produit des économies d'échelle, ou s'il existe des externalités qui peuvent être gérées au niveau collectif, mais pas au niveau individuel* ». Dès lors, « *l'appropriation collective est souvent retenue lorsque les risques sont élevés et les marchés de l'assurance imparfaits, ou lorsque les ressources en question sont abondantes et que le rendement de tout investissement foncier qu'un individu pourrait effectuer serait faible* ». La deuxième étape durcit les conditions d'une allocation de droits de propriété à des groupes plutôt qu'à des individus : « *Même dans ces cas, les droits collectifs ne représenteront la meilleure solution que si le groupe auquel les droits sont attribués définit clairement sa composition, si les responsabilités des individus qui le composent sont bien identifiées, s'il existe des mécanismes de gestion et d'exécution internes tels que l'imposition de sanctions, et si les décisions prises pour modifier les règles s'appuient sur des modalités clairement établies* » (Banque mondiale, 2003, p. 9).

Il faut cependant admettre que, même en l'absence d'injonctions multilatérales, l'individualisation des terres peut survenir sous l'effet de processus sociaux complexes. L'analyse de Daoudi *et al.* (2011) de régions steppiques du sud algérien montre en effet que s'y déroule un processus régulier, à défaut d'être légal, d'individualisation de terres de parcours pourtant indivisibles (puisque de statut foncier *arch*) dans certaines régions steppiques d'Algérie, processus dont les déterminants résident dans la sédentarisation, la croissance démographique et des changements de pratiques agricoles (Daoudi *et al.*, 2011).

Si la doctrine de l'enregistrement foncier et la théorie des droits de propriété convergent en faveur de l'individualisation de la propriété foncière, elles ont des préoccupations fonctionnelles légèrement différentes : la seconde se préoccupe de l'efficacité dans l'exploitation des ressources alors que la première a une visée plus dynamique. En effet, les enjeux posés sont ceux de l'horizon temporel des agents et de l'accès au financement bancaire. L'enregistrement est considéré comme la seule voie de la sécurisation foncière, qui à son tour conditionne les incitations à mener des investissements à longue durée de retour. Un agriculteur incertain sur la durée de son accès à la terre sera moins porté à investir dans l'entretien des arbres ou l'amélioration de ses techniques d'exploitation qu'un autre, titulaire d'un titre de propriété officiel, ne serait-ce que sous la forme d'un bail rural. Quant à l'accès au crédit, l'enregistrement de la propriété est censé, pour reprendre les termes de de Soto, transformer des biens en capital : le foncier devient garantie pour le prêteur.

2. Un « *one best way* » pour la sécurité foncière ?

On doit envisager que la sécurité foncière puisse être assurée par d'autres mécanismes que l'enregistrement individualisé. La FAO, dans un guide de la conduite de projets très documenté, met à juste titre l'accent sur la diversité des moyens d'accéder à la sécurité foncière :

« Certains sont d'avis que, vu l'importance de sa durée, une véritable sécurité des droits fonciers n'est possible que quand un bien est détenu en pleine propriété et que la validité des droits n'est pas limitée dans le temps (régime du type « freehold »). Seuls les droits d'un propriétaire offrirait véritablement la sécurité, tandis que les détenteurs de droits plus limités, tel que les fermiers, n'auraient qu'une sécurité des droits fonciers limitée, celle-ci étant dépendante des décisions du propriétaire. Il en découlerait donc que la sécurité des droits fonciers n'est assurée qu'à quiconque détient les droits de transfert tels que le droit de vendre et d'hypothéquer. S'il en est bien ainsi dans certaines parties du monde, cela n'est pas vrai partout. Là où existe un régime foncier communautaire bien établi, la sécurité des droits fonciers est possible, même pour qui ne dispose pas du droit de vendre un terrain ou n'a à cet égard que des droits strictement limités (p. ex. lorsque ces droits ne peuvent être transférés par héritage ou qu'un terrain ne peut être vendu qu'à d'autres membres du groupe) » (FAO, 2003, p. 22).

A cet égard, le modèle de l'enregistrement analysé ci-dessus n'est pas le « *one best way* » de la sécurisation foncière. Les travaux de Rochegude consacrés à l'Afrique sub-saharienne donnent une idée précise de la diversité des moyens d'accéder à l'objectif de sécurité foncière, moyens dont la pertinence et l'efficacité sont contingentes aux contextes locaux. Partant de la pluralité des « enveloppes juridiques » de la propriété foncière (domaine public, domaine privé de l'Etat, droits fonciers étatiques, droits fonciers coutumiers), Rochegude (2002) montre que les conditions de la légalité formelle de la sécurité foncière, dont l'archétype est le « papier » officiel portant propriété de terres cadastrées et bornées ne sont pas toujours réunies, loin de là, en réalité. De plus, l'enregistrement individualisé peut être mené au mépris de revendications de catégories sociales (femmes ou groupes sociaux défavorisés) qui détiennent des droits partiels ou collectifs (FAO, 2003, p. 18).

En outre, la sécurité foncière n'est pas qu'une affaire de légalité formelle ; elle est assurée, notamment dans les situations de coexistence difficile entre le droit étatique et le droit coutumier, lorsque les règles d'attribution et d'usage sont légitimes ; or, la légitimité passe par

la reconnaissance par les voisins de la nécessité du respect des droits fonciers. L'enregistrement individualisé, censé assurer la sécurité des droits fonciers, peut avoir un effet contraire, dès lors qu'il entre en conflit avec les normes sociales et les règles coutumières légitimes (Rochegude, 2002).

Dans de nombreux cas en effet, les statuts fonciers sont définis par des droits non écrits, par la coutume ou des règles informelles. Dans ces cas, il peut être pertinent de sécuriser les occupants en instaurant « *une procédure de reconnaissance de la légitimité de l'occupation* » (Rochegude 2002, p. 38) par exemple via la délivrance de certificats d'occupation.

3. Un paradoxe pour finir...

Si l'on revient à la théorie des droits de propriété, comme Galey (2007) l'a finement observé, le juriste de *common law* n'est pas gêné par « l'impressionnisme conceptuel » des *property rights*. Peut-on alors en déduire que la *common law* sera naturellement et fatalement, porteur de la privatisation et de l'individualisation des droits fonciers ?

A cet égard, on ne peut manquer de remarquer combien s'avère paradoxal l'écart entre la théorie économique et la complexité du droit de *common law*, qui a un contenu obligationnel et porte la marque de la responsabilité sociale, des intérêts qui s'enchevêtrent sur le foncier. Cette complexité, jointe à l'ouverture du droit foncier de *common law*, s'accommode assez mal de la causalité simple de la propriété privée à l'exclusion et la gestion efficiente des ressources foncières.

Tout bien considéré, la *common law* assure la possibilité d'une conciliation de la propriété privée et de la responsabilité sociale qui atténue l'étréouissement de la gestion privée basée sur des droits fonciers privés. Les spécialistes (Galey, 2007 ; Gray et Gray, 1998) voient l'entrée en scène ou le regain d'intérêt pratique pour la garde ou intendance (*stewardship*) qui marque une interpénétration des droits individuels et des responsabilités sociales (Gray, 1994) ; est significatif de cette réinterprétation la querelle doctrinale entre deux grilles de lecture du droit de la propriété, qui ont à voir avec Dieu : l'une considère que l'homme a reçu mandat de Dieu, mandat pour exercer une domination sans partage qui conduit à une conception absolutiste de la propriété (sur le modèle de l'article 544 du Code civil français) qui protège l'*ownership* contre la nuisance et le *trespass* ; l'autre considère que l'homme est le lieutenant de Dieu sur terre, responsable devant lui de la garde de sa création ; dans cette perspective, le propriétaire foncier est le gardien ou l'intendant du sol, comme le pensent les doctrines de l'*estate* et du *trust* (Galey, 2007 ; Plançon, 2006).

Par conséquent, il n'est pas abusif de considérer que le droit foncier anglais ne pousse pas *per se* à l'individualisation privative de la propriété foncière et à la gestion marchande et du foncier.

Le droit foncier de *common law* est à fois plus ouvert et indéterminé que le droit civil, il est interprétable et labile, ouvert à la fois à la reconnaissance de l'intérêt public qui s'attache à la propriété privée, et à la gestion socialement responsable de la propriété foncière via l'*equitable property*, le *trust* et le *stewardship*.

Conclusion

En conclusion, on insistera sur le fait que le concept économique de « droit de propriété » ne peut rendre compte de la spécificité de la propriété foncière dans les deux traditions juridiques romano-germanique et de *common law*. La déclinaison des « *property rights* » dans la métaphore du « faisceau de droits » (*bundle of rights*) est plus proche de l'acceptation de la propriété de *common law*, c'est-à-dire comme rapports d'obligations, avec des prérogatives du propriétaire qui ne sont jamais fixées définitivement, plutôt de la propriété *in rem* de la tradition civiliste. La texture ouverture de la propriété-jouissance de *common law* est en effet compatible

avec la métaphore du « *bundle of rights* » et, *in fine*, avec une prise en charge de l'équilibrage des intérêts en jeu dans la question des droits fonciers.

La sécurisation des droits fonciers via l'enregistrement est devenue une norme de bonne gouvernance des régimes fonciers, qui n'assume pas la pluralité des formes socialement efficaces de gestion non individuelle du foncier, notamment dans les pays du Sud où de multiples arrangements alternatifs peuvent être reconnus.

Références

- Banque mondiale. 2003.** *Des politiques foncières favorables à la croissance et la réduction de la pauvreté.* Washington : Banque Mondiale. (Rapport de la Banque Mondiale sur les politiques de développement, n. 26384).
- Bessaoud O. 2012.** *La question foncière au Maghreb : la longue marche vers la privatisation.* Communication à l'école-chercheurs EGS, Marrakech, 12-16 octobre 2012.
- Daoudi A, Terranti S., Benterki , N. Bédrani S. 2011.** L'indivision des terres arch dans la steppe algérienne : des conséquences socioéconomiques et environnementales contradictoires. Séminaire FONCIMED : "L'accaparement foncier", Cargèse, 12-15 octobre 2011.
- Depoorter B., Parisi F., Schulz N. 2003.** Fragmentation in property: towards a general model. *Journal of Institutional and Theoretic Economics*, vol. 159, n. 4, p. 594-613.
- De Soto H. 2005.** *Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs.* Paris : Flammarion. 302 p.
- Demsetz H. 1967.** Towards a theory of property rights. *American Economic Review*, vol. 57, n. 2, p. 347-359.
- FAO. 2003.** *Le régime foncier et le développement rural.* Rome : FAO. 58 p. (Etudes sur les régimes fonciers, n. 3). [Consulté en octobre 2014]. <http://www.fao.org/docrep/005/y4307f/y4307f00.htm>
- Galey M. 2007.** La typologie des systèmes de propriété C.R. Noyes. Un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune. In : Eherhard C. (ed.). *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues franco-indiens.* Institut français de Pondichéry. p. 89-125. (Collection Sciences Sociales, n. 13).
- Gray K. 1994.** Equitable Property. *Current Legal Problems*, vol. 47, n. 2, p. 157-214.
- Gray K., Gray S.F. 1998.** The idea of property in land. In : Bright S., Dewar J.K. (eds). *Land law: themes and perspectives.* Oxford University Press. p. 15-51
- Grossman H. 2001.** The creation of effective property right. *American Economic Review*, vol. 91, n. 2, p. 347-352. [Consulté en octobre 2014]. <https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/aer.91.2.347>.
- Hohfeld W. 1913.** Some fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning. *Yale Law Journal*, n. 23, p. 1-59.
- Hohfeld W. 1917.** Fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning. *Yale Law Journal*, n. 26, p. 710-770.
- Honoré A.M. 1961.** Ownership. In : Guest A.G. (ed.), *Oxford essays in jurisprudence : a collaborative work.* Londres : Oxford University Press. p. 107-147.
- Jacobs H. 2009.** U.S. private property rights in international perspective. In : Ingram G.K., Hong Y.-H. (eds.). *Property rights and land policies.* Cambridge : Lincoln Institute of Land Policy. p. 52-69.

- Johnson D.R. 2007.** Reflections on the bundle of rights. *Vermont Law Review*, Winter 2007, vol. 32., n. 2, p. 247-272.
- Kirat T. 2012.** *Economie du droit*. 2 ed. Paris : La Découverte. (Collection Repères, n. 261).
- Merrill T.W., Smith H.E. 2001.** What happened to property in law and economics ? *Yale Law Review*, November 2001, vol. 111, n. 2, pp. 357-398. [Consulté en octobre 2014]. <http://www.yalelawjournal.org/essay/what-happened-to-property-in-law-and-economics>
- Orsi F. 2014.** Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune. *Revue de la Régulation*, Autumn 2013, n.14. [Consulté en octobre 2014]. <http://regulation.revues.org/10471>
- Plançon C. 2006.** La représentation dans la production et l'application du droit. Etude de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal. Thèse de doctorat en droit de l'Université : Paris 1-Panthéon Sorbonne (France). 666 p.
- Plançon C. 2009.** Enjeu des droits fonciers dans la gestion des ressources naturelles. *Vertigo*, novembre 2009, h.s. n. 6, p. 1-7. [Consulté en octobre 2014]. <http://vertigo.revues.org/9040>
- Rochegude A. 2002.** Foncier et décentralisation. Réconcilier la légalité et la légitimité des pouvoirs domaniaux et fonciers. *Cahiers d'Anthropologie du Droit*, 2002. p. 15-43. [Consulté en octobre 2014]. <http://www.foncier-developpement.fr/publication/foncier-et-decentralisation-reconcilier-la-legalite-et-la-legitimite-des-pouvoirs-domaniaux-et-fonciers/>
- Rochegude A. 2010.** *La nouvelle politique de gestion foncière de Madagascar. L'invention de la "propriété gasy"*. Paris : LAJP, Université Paris. 16 p. [Consulté en octobre 2014]. <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201006/20100609ATT75751/20100609ATT75751FR.pdf>
- Schlager E., Ostrom E. 1992.** Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis. *Land Economics*, August 1992, vol. 68, n. 3. p. 249-262.
- Xifaras M. 2004.** *La propriété. Etude de philosophie du droit*. Paris : Presses Universitaires de France. 416 p. (Fondements de la politique).

Notes

¹ Pour l'histoire de la pensée juridique française sur la propriété voir Xifaras (2004) ; pour une critique économique du démembrement, cf. Depoorter, B., Parisi, F., Schulz, N. (2003) qui développent un modèle formel qui montre que la fragmentation des droits de propriété conduit à une « tragédie des anti-communs » dans laquelle les ressources sont sous-exploitées.

² La thèse de Caroline Plançon (2006) est une source très utile pour qui veut comprendre les origines médiévales du droit foncier anglais.