

## **Une gouvernance environnementale dans une perspective patrimoniale : approche d'une écologie foncière**

La gouvernance environnementale se définit par un processus de prise de décision, de mise en œuvre de politiques publiques environnementales<sup>1</sup> (de l'État et des collectivités locales). Son objet est d'assurer la gestion par les acteurs concernés des ressources naturelles et de l'environnement situés dans leur espace territorial d'intervention. Le terme de gouvernance, formé à partir de l'opposition aux formes autoritaires de conduite des comportements, repose sur une régulation résultant de l'action finalisée des politiques publiques.

Dans une perspective patrimoniale, l'objet d'une gouvernance environnementale est de permettre l'expression d'un système juridique se définissant au travers de catégories de droits portant sur le contrôle de l'espace, l'accès aux ressources et aux espèces (éléments naturels renouvelables), l'appropriation de la ressource (élément économique) et la préservation de la biodiversité. Chacun de ces niveaux traduit par un type de droit, a pour vocation de générer un processus de gestion patrimoniale de l'environnement, porteur de la co-viabilité des systèmes d'exploitation et des systèmes écologiques.

Ce processus de gestion conduit à des innovations conceptuelles fondamentales : repenser la plénitude et l'absolutisme des rapports à l'espace et adopter la notion d'intentionnalité, par une forme de « gestion intentionnelle » au moyen de l'impératif conditionnel d'actes incitateurs. Fondée sur un certain nombre de principes dont particulièrement celui de précaution, la gestion dite intentionnelle intègre le souci de préserver les

---

<sup>1</sup> Politique au sens « d'action collective organisée selon un projet de changement » ; l'environnement peut être entendu en partie comme « une nature travaillée par la politique, c'est-à-dire un ensemble d'éléments convertis en ressources » (Pierre Lascoumes 1994 : 10).

<sup>4</sup> libertés de choix des générations futures, en évitant de s'engager dans des perspectives qui mèneraient à des impasses. À cette fin, la prise en compte de l'avenir des sociétés et des milieux dans lesquelles elles vivent conduit à un paradigme<sup>1</sup> patrimonial, entendu dans le processus de développement durable et intrinsèque aux objectifs locaux, nationaux et mondiaux de conservation de la biodiversité et de lutte contre le réchauffement de la planète.

Partant de l'hypothèse que le patrimoine qui doit être géré actuellement constitue le potentiel de subsistance et de survie des générations futures, la protection des écosystèmes n'est ainsi le monopole de personne et doit être prise en charge à tous les niveaux des rouages socio-politiques et des prises de décisions. Par ailleurs, la sécurité alimentaire nécessite une production à un certain niveau qui ne peut être atteinte de façon durable qu'en opérant une exploitation du milieu allant vers cet objectif. Ces préoccupations seraient ici assumées par l'ensemble des centres de décision (centraux, déconcentrés, décentralisés et locaux) qui ont la charge de prendre toutes les mesures et les dispositions pour assurer la conservation du patrimoine biologique et inciter, puis soutenir et développer le processus économique de production alimentaire.

L'objectif est de parvenir à une régulation des pratiques des acteurs en répondant à un souci de responsabilisation, mais également à la nécessité de canaliser leurs comportements en limitant leur marge de manœuvre, afin de circonscrire les stratégies des acteurs dans un cadre.

*La gouvernance environnementale définit et organise la place de chacun des acteurs concernés.* Il semble, de nos jours, impératif de dégager un nouveau type de rapport entre l'État et les citoyens pour aboutir à un partenariat entre le pouvoir central et le pouvoir local. L'État devrait devenir davantage partie prenante dans une gestion raisonnée et intervenir en appui, en accompagnant les populations, au lieu d'entretenir un rôle restreint de police. Dans cet esprit, le but à atteindre serait de parvenir à une intervention reposant sur l'orientation du comportement des acteurs confortés dans leur responsabilité. C'est ainsi l'objectif d'une gestion intentionnelle qui permettrait d'effectuer un lien (de partenariat et de police) entre le pouvoir central, soucieux de développer une politique nationale, et les pouvoirs locaux assurant l'avenir de la gestion de leur territoire.

La gouvernance environnementale se construit sur des préoccupations écologiques du monde et se fonde sur les univers endogènes des sociétés. Cette démarche, partant de terrains africains (cf. biblio), conduit à se pencher

---

<sup>2</sup> «Le paradigme institue les relations primordiales qui constituent les axiomes, déterminent les concepts, commandent les discours et/ou les théories. Il en organise l'organisation et il en génère la génération ou la régénération». (d'après Edgar Morin 1991 : 217)

sur trois nécessités : (1) sortir d'une logique d'appropriation de l'espace pour une perspective patrimoniale afin de (2) développer un régime juridique d'un genre nouveau se définissant par le développement d'un faisceau de prérogatives (ou comment oser le contre-pied d'un régime de droit de propriété de l'espace) dans le but (3) d'entrer dans une gouvernance environnementale fondée sur l'organisation d'une gestion intentionnelle dans les prises de décision.

### **I - Gouvernance de la biodiversité : de la propriété au patrimoine commun**

Penser de nouveaux paradigmes, c'est à la fois une remise en question de vérités que l'on croyait inébranlables et un apport de propositions en osant l'innovation dans l'orthodoxie du monde juridique. Forcé par la perspective écologique de lendemains inquiétants et d'un présent lourd d'actes et de choix irréversibles, il me paraît nécessaire en tant que chercheur de prendre les risques de bouleverser des notions juridiques qui semblent si bien acquises qu'elles répondent à de véritables axiomes, auréolées d'un principe sacré d'intouchabilité. Finalement, avons-nous vraiment le choix de procéder autrement ?

Chaque paradigme correspond à une vision du monde qui lui est propre. Celui de l'Occident repose sur un rapport individuel et matérialiste de la biosphère. Juridiquement, tout ce qui peut être transformé en bien, l'est, c'est-à-dire d'un point de vue économique, tout ce qui peut être commercialisé, l'est<sup>1</sup>. Cependant, si, en 1804, il est encore des choses qui n'appartiennent à personne<sup>2</sup>, les *res communes*, c'est en raison du fait qu'elles échappent entièrement à l'emprise de l'homme. En effet, en raison de leur immense étendue, de leur fécondité inépuisable et de leur abondance, les choses dites « communes », selon la classification du droit romain, « se prêtent constamment à l'usage commun du genre humain, pour lequel elles sont nécessaires »<sup>3</sup>. Mais, ne nous emballons pas. Précisons d'abord que de ces choses, des portions peuvent être détachées pour faire l'objet d'une appropriation : ce n'est donc que dans sa globalité que la *res communis* conserve son caractère commun qui peut rapidement fondre devant une

---

<sup>3</sup> « Le *propriétarisme* repose sur l'individu, rationnel et maximisateur de l'économiste, et sur le marché... » Alain Bernard, 2000, « Le droit comme contenu. Une politique publique de la propriété privée ? » in ( Renard, Caillose et Béchillon dir. : 109.

<sup>2</sup> Cf. art. 714 du Code civil qui dispose : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

<sup>3</sup> On ne peut sur l'analyse de cet article que renvoyer aux passionnants travaux de Benoît Jadot, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir » in François Ost et Serge Gutwirth dir. : 93-143 citation :96

<sup>6</sup> parcellisation du tout. En effet, chacun des éléments singuliers qui composent la chose commune entre dans le champ du commerce. De plus, figurant parmi les dispositions générales du code civil et d'une simple valeur législative, il n'a jamais été à l'abri de lois de circonstance. Enfin, depuis plus de deux siècles, les évolutions technologiques, scientifiques, la pression démographique, le développement de l'économie mondiale, etc. ont réduit notablement la consistance et la portée réelle de cette fiction juridique : le monde se partage avidement le gâteau de notre avenir commun pour n'en laisser peu à peu que des miettes.

Le constat de l'état de notre planète, qui subit une emprise marchande de plus en plus forte et envahissante, est pourtant particulièrement négatif. De Stockholm à Rio et à Johannesburg, jusqu'à la toute récente Conférence internationale sur la biodiversité (Paris, janvier 2005), le modèle propriétaire du monde est à chaque fois interpellé. À Paris, les biologistes et écologues ont souligné de façon unanime la gravité de l'état de la biodiversité allant jusqu'à parler d'holocauste de notre biosphère. Si notre présent est « saturé du passé et en gestation du futur », la réalité d'une planète devenue un Titanic condamne pour l'instant notre futur commun. Le besoin d'un nouveau paradigme de société a été exprimé de façon récurrente tout au long de la conférence. Dans cette sixième crise d'extinction des espèces, « l'homme peut-il s'arroger le droit de détruire la nature dont il est issu et dont il dépend tant ? ». La question est posée à la conscience de tous.

Dans l'optique de présenter les perspectives d'une approche juridique différente, nous rappellerons dans un premier temps quelques éléments de la théorie du droit de propriété, celle-ci faisant d'ailleurs l'objet de désaccords, au sein même du courant positiviste de la doctrine. Après avoir donc rapidement rappelé notre contexte de droit romaniste nous commencerons à formuler les premiers regards d'une vision tournée vers un autre paradigme qui est d'abord fondé sur la communauté ou la collectivité avant de l'être sur l'individu. Nous verrons que ce paradigme repose sur un lien intergénérationnel responsabilisant l'ensemble des acteurs sociaux, à l'égard des générations présentes et des générations futures vis-à-vis d'une biosphère à laquelle tous appartiennent.

#### ***A - Un droit incorporé à la chose : la propriété***

Le code civil de 1804 considère que la propriété n'est pas immeuble par l'objet auquel elle s'applique parce que la propriété s'est incorporée à la chose. Quand il parle de la chose immobilière ou mobilière, il s'agit en fait du droit de propriété sur la chose (« *Tous les biens sont meubles ou immeubles* », art. 516 C. civ.). Les pouvoirs du propriétaire sont si étendus qu'ils se confondent avec la chose sur laquelle ils portent : le droit est un

bien et la propriété est un droit<sup>1</sup>. Le caractère personnel du droit de propriété évoque « *une imprégnation de la chose par l'homme : la propriété ne se légitimerait que dans la mesure où l'homme peut y mettre l'empreinte de sa création ou de son utilisation personnelle* » (Carbonnier 1988 [1969] : 244-245). Le Doyen Carbonnier voit également une certaine imprégnation de l'homme par la chose, « *la personne ne pouvant être arrachée sans souffrance à ses entours de biens familiers* » (Carbonnier 1988 [1969] : 245).

Le droit romain faisait de la propriété une chose corporelle car il ne la séparait pas de son objet : « la chose est à moi » (*res mea est*). La définition fondant celle de l'art. 544 du code civil<sup>2</sup> attribue au propriétaire une *plena in re potesta*, une maîtrise absolue sur la chose : « la propriété est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle », où l'avoir est le prolongement de l'être. Il s'agit du droit réel par excellence, qui fait que le droit de propriété foncière devient immeuble par nature parce qu'il se fonde dans la chose immobilière. L'immeuble par nature s'identifie ainsi dans le fonds de terre<sup>3</sup>, c'est à dire le sol et ce qui s'incorpore<sup>4</sup> et son assiette intègre à la fois le dessus et le dessous (art. 552 C. civ.).

Le Code civil invente la propriété<sup>5</sup> en la rendant inhérente à la nature

---

<sup>1</sup> « Le rapport juridique existe tel quel, indépendamment de la personne, et telle personne va en tirer profit en se l'appropriant. Une telle indépendance explique qu'un tel droit soit un bien » (Zénati, 1981 : 796).

<sup>2</sup> « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

<sup>3</sup> Article 518 du Code civil

<sup>4</sup> Article 518 du code civil et cf. la règle de l'accessoire pour l'immeuble et de l'accession pour la propriété (art. 551 pour l'accession par incorporation : « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire... » et s. du C. ci, art. 546 pour la définition de l'accessoire : « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement soit artificiellement »).

<sup>5</sup> L'origine de la propriété de l'article 544 est romaine dans l'esprit mais certainement pas dans la lettre. Contrairement à l'analyse de certains auteurs (notamment Armand Piret, 1937 : 22 et 200), il est clairement admis dans la doctrine moderne (André-Jean Arnaud, 1969 : 181) que la Rome classique n'a jamais connu ni « la propriété à la romaine », ni le concept de « droit subjectif » qui associe le pouvoir et le droit. Selon André-Jean Arnaud, la notion de pouvoir de droit n'est qu'une création des romanistes modernes : « La définition de la propriété s'est élaborée très progressivement [...]. Certes, aucun texte proprement romain ne définissait la propriété, ... Mais il y avait là matière suffisante pour permettre aux romanistes de la faire » (ibidem, p. 182). Originellement, le *jus disponendi* correspond à la « disposition » et non au « pouvoir de disposer », c'est-à-dire l'expression d'un rapport plutôt qu'un pouvoir de droit. Ce rapport objectif a été transformé en une relation subjective, car dans le droit romain, l'acte de disposer était une occupation de fait et en plus ne concernait pas les immeubles. La notion de propriété fut

<sup>8</sup> humaine, comme un prolongement de la personnalité humaine<sup>1</sup>. Le rapport de l'homme à la terre n'est donc plus dominé par une obligation religieuse, sociale et politique mais par une utilisation propre. Celle-ci se caractérise par une libre disposition et une exclusivité. La société moderne d'économie de marché supprime l'attache humaine de la terre, en créant une séparation institutionnelle entre l'homme et la terre : « *Elle est un mode nouveau de relation des hommes à la terre, instituée par suppression du lien politique qui liait et le serf et le seigneur à un terroir commun. Elle représente l'éclatement du domaine comme unité humaine et territoriale* » (Ihering cité par Jean Louis Bergel, 1994). En effet, la Révolution de 1789, c'est la reconstitution de l'unité de la propriété (qui était divisée entre domaine utile et domaine éminent), une « destruction de la féodalité » au profit des titulaires du domaine utile. Dans un même temps, c'est aussi une suppression de la diversité des droits d'usage et de jouissance (cf. Maurice Bourjol 1989 : 183 et s.- 220 et.) des résidents (vaine pâture, droit d'affouage (bois de chauffe), maronage (bois d'œuvre), droit de pacage, droit de bandite (droit de pâturage d'hiver), de glandée, de panage, etc.<sup>2</sup>.

La propriété privée ne provient pas de l'évolution du droit coutumier : un acte d'autorité la substitue à une réalité communautaire. Alain Bernard note à ce propos « l'extraordinaire arsenal intellectuel, politique et juridique

---

pervertie par les vues subjectivistes et individualistes de la doctrine française des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. Domat définit le droit de propriété comme « celui qui donne au propriétaire le droit d'avoir en sa jouissance ce qui est à lui, pour s'en servir, en jouir et en disposer » ; cité par André-Jean Arnaud qui précise à ce propos que l'origine de cette définition n'est pas romaine et « Domat, contrairement à son usage, ne s'appuie sur aucun texte de *Digeste* ... et sur lequel s'appuierait-il donc ? Elle fait plutôt partie d'une théorie générale à laquelle adhère Domat, celle de la naissance de la propriété en tant que droit subjectif ». (ibidem, 185). En considérant que les hommes ont naturellement commencé de se rendre les maîtres des choses par la possession, les auteurs sont ainsi parvenus à définir la propriété comme un droit subjectif, un pouvoir de droit.

<sup>1</sup> Conception forgée dans la perspective d'un propriétaire individuel unique. Selon Ihering, « la propriété n'est que la périphérie de ma personne étendue aux choses » (cité par Jean-Louis Bergel, 1994 : 24).

<sup>2</sup> Claude Lévis Strauss, souligne le passage d'une société fondée sur la tradition et les genres de vie à une société dominée par la règle de droit : « La Révolution française a mis en circulation des idées et des valeurs qui ont fasciné l'Europe puis le monde, et qui procurèrent à la France, pendant un demi-siècle, un prestige et un rayonnement exceptionnels. On peut toutefois se demander si les catastrophes qui se sont abattues sur l'Occident n'ont pas aussi là leur origine. On a mis dans la tête des gens que la société relevait de la pensée abstraite alors qu'elle est faite d'habitudes, d'usages, et qu'en broyant ceux-ci sous les meules de la raison, on pulvérise des genres de vie fondés sur une longue tradition, on réduit les individus à l'état d'atomes interchangeable et anonymes. La liberté véritable ne peut avoir qu'un contenu concret: elle est faite d'équilibres entre des petites appartenances, de menues solidarités: ce contre quoi les idées théoriques qu'on proclame rationnelles s'acharnent; quand elles sont parvenues à leurs fins, il ne reste plus qu'à s'entre-détruire. Nous observons aujourd'hui le résultat » (Didier Éribon, 1988).

mobilisé pour éradiquer l'ordre communautaire » (Alain Bernard 2000 : 123).

La propriété est élevée au rang de droit naturel et imprescriptible par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Elle est devenue comme une « thérapeutique universelle » (Alain Bernard 2000 : 113) qui se fonde sur le système du marché et qui s'étend sur tous les secteurs de la vie économique et sociale jusqu'à aller penser privatiser l'environnement (cf. Max Falque & G. Mollière (éd) 1992 ; H. Le page 1985 ; Bramoullé 1992). En effet, la propriété s'inscrit dans le projet plus vaste, celui de la consécration d'un « ordre spontané », (le dogme libéral de l'ordre spontané, selon F. von Hayek 1980-1983). La propriété privée, construit bourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle devenu colonne du temple libéral, ne fait pas l'unanimité dans la doctrine comme un modèle salvateur, en raison du fait qu'il en oublie l'homme. Pour Alain Bernard, « les libéraux réduisent la société au marché oubliant que les agents sociaux sont aussi des citoyens plongés dans des relations locales qui contribuent à la construction de leur identité et influencent leur conduite » (Alain Bernard 2000 : 107-168).

Pour revenir davantage au cœur de notre préoccupation, la propriété se situe dans un rapport direct de la personne à la chose. Nous venons de nous pencher sur le fait que le droit s'incorpore à la chose dans sa définition du code civil traduite par une majorité d'auteurs. Cependant là-dessus, un courant doctrinal s'inscrit en faux : pour Frédéric Zénati, la propriété n'est pas un droit réel, mais un rapport existant entre la personne et les biens pouvant lui appartenir, une relation d'appartenance<sup>1</sup>. La propriété serait ainsi davantage une prérogative attachée à la personne sans être un bien<sup>2</sup>, plus précisément un ensemble de droits exercés par la personne sur ses biens.

Frédéric Zénati revient au fondement de la propriété, en droit romain, où celle-ci s'exprime par le pouvoir qu'une personne a sur ses biens, le *dominium*. C'est justement cette détention matérielle qui est indivisible, contrairement à la propriété du code civil, divisible par ses démembrements (droits de superficie, servitudes, usufruit, et autres droits de jouissance). Car si le droit de propriété s'attache non pas à la personne mais au bien, il peut

---

<sup>1</sup> « Dès lors que la propriété est considérée comme une relation unissant à la personne autant les droits que les biens corporels et partant, qu'elle apparaît distincte de l'objet approprié, on ne peut continuer à l'analyser elle-même comme un bien » (Frédéric Zénati, 1981 : 14).

<sup>2</sup> L'idée que la propriété s'incorpore dans son objet est profondément remise en cause par Frédéric Zénati, qui argumente en posant la question : le droit approprié est-il le droit réel de propriété ou le droit constituant son objet ? par exemple, le propriétaire d'un usufruit est-il titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit d'usufruit ? la doctrine, retenant évidemment la seconde solution, nie donc que cette propriété soit un droit réel (1981 : 13).

<sup>0</sup> être subdivisé (en droit éminent/droit utile, en usufruit/nue-propriété). Mais Frédéric Zénati propose ainsi de revenir sur ce rapport de pouvoir et de faire en sorte par conséquent que le droit de propriété soit un faisceau de prérogatives<sup>1</sup> exercé par la personne sur ses biens (matériels ou non), plutôt qu'une mosaïque de droits isolés dont le droit de propriété sur les choses.

L'auteur souligne la disparition du caractère unitaire du concept de propriété : « *il n'y a plus un seul droit de propriété, mais autant de droits de propriété qu'il existe de catégories particulières de biens* » (Frédéric Zénati, 1981 : 16). Selon Ripert, cité par Zénati, « *Peut-on en présence de tant de formes nouvelles parler encore du Droit de propriété ? N'est-il pas plus juste de dire, en usant du pluriel, les propriétés ?* » (Zénati 1981 : 16). On constate un pluralisme du droit de propriété : le polymorphisme apparent de la propriété résulte de la confusion de ce droit avec son objet : « *le contenu de la propriété varie en fonction du statut du bien sur lequel il porte* » (ibidem : 17), d'où une confusion entre le droit de propriété et le régime de son objet, ce qui remet en cause l'institution. La propriété serait ainsi davantage une relation de pouvoir sur les biens (choses ou droits) qu'un bien.

Bien ou pouvoir, laissons là le débat doctrinal : la propriété privée demeure une appropriation de l'espace, un modelage type du monde qui nous entoure. On ne peut là s'empêcher de reprendre les propos d'Alain Bernard qui dépeint si bien le paysage propriétaire : « *l'ordre de la propriété privée trace des lignes droites au mépris de la courbe naturelle. Il engendre une rationalisation de l'espace, une mise au pas des paysages et, sans doute, de ses habitants sommés de se conformer à un modèle unique* » (2002 : 126).

Si, pour certains, la propriété peut se définir plutôt comme une « relation d'union » entre personnes et bien que comme un droit réel, la patrimonialité

---

<sup>1</sup> Cette notion de faisceau de prérogative peut nous rapprocher de la définition du droit de propriété en droit anglais où il n'existe 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". En effet, dans la common law tous les droits relatifs à un immeuble, *real property* relèvent du droit des biens (*law of property*, statut des biens). Le mot *property* ne signifie pas « propriété », mais il s'analyse par la notion de bien, « ce qui peut être approprié », car la propriété est un droit distinct de la chose sur laquelle porte ce droit. Cela se traduit concrètement par le fait que la propriété porte sur les meubles (*ownership*) mais jamais sur les immeubles, comme la terre. Le principe consiste dans un démembrement de propriété : « on n'aura jamais en Angleterre la propriété d'une terre ; on aura simplement sur une terre un certain intérêt, ou un certain faisceau d'intérêts » (René David, 1982 : 106). Les rapports de l'homme à la terre s'expriment donc dans une relation d'intérêt, ou dans un faisceau d'intérêts, appelé *estate*. Les détenteurs d'intérêts sur la propriété immobilière (*real property*), différents de ceux qu'offre le bail (*personal property*), bénéficient soit d'une concession viagère (*estate for life*), soit d'une concession héréditaire jusqu'à la première lignée de descendants (*estate in fee tail*), soit d'une concession héréditaire éternelle, tant que le lignage se perpétue (*estate in fee simple*).

peut, quant à elle, se définir, elle aussi, comme une forme de relation entre sujet (personne/groupe) et objet (milieu/espace) mais avec une nature bien différente. Nous passons en effet, d'une conception du monde régie par un lien d'appartenance (de possession), à une autre, un lien intergénérationnel d'une humanité qui n'entend pas être privée de son avenir<sup>1</sup>. Ce lien-là va se définir dans une relation sociale de « reproduction », permettant au groupe de se perpétuer, entre les sociétés et leur milieu de vie, la biosphère. Cette relation au milieu constitue une union de type écologique qui repose sur l'ambition de considérer le droit des générations futures à un environnement sain et équilibré<sup>2</sup>.

### ***B -. La juridicisation d'un lien intergénérationnel : le patrimoine commun***

Le lien à établir entre d'une part le sujet de droit – les groupes sociaux et leurs membres – et d'autre part l'objet de droit – l'espace, en tant que milieu écologique – est moins une relation de pouvoir ou une relation d'appartenance (pour F. Zénati, *op.cit.*), qu'un rapport d'obligation de transmission aux générations montantes d'un objet, dont l'état de la substance même conditionne l'avenir du groupe. Cet objet dont le droit doit traiter dans le temps, non plus seulement dans l'instantanée mais dans le lointain, est l'écosystème, la biodiversité, la biosphère (les milieux et les espèces avec qui l'homme vit). Un tout qui ne peut s'encapuchonner de la notion de bien (selon l'expression du doyen Carbonnier), on l'aura compris, le défi est bien là : sortir des ornières civilistes réconfortantes pour le juriste peu enclin à l'innovation afin de trouver de nouvelles perspectives au monde tant réclamées par la communauté internationale<sup>3</sup>. Si le projet d'un nouvel ordre économique est de plus en plus d'actualité pour suggérer de nouvelles façons de consommer et de produire, l'anthropologie du droit notamment propose déjà les perspectives d'un « métissage juridique innovateur » faisant la place à une approche patrimoniale (Étienne le Roy in Max Falque et

---

<sup>1</sup> Cf. la conviction de François Ost dans les perspectives du « scénario patrimoine » qui pour lui apparaît comme une alternative nécessaire : « si on laisse les choses suivre leur cours, c'est le pire qui paraît le plus probable... Dans ces conditions, le « modèle patrimoine » qui, il y a un instant encore, paraissait bien improbable, ne s'impose-t-il pas comme une nécessité ? quand le probable est inacceptable, l'improbable n'est-il pas un devoir ? Loin d'être le fruit d'une rêverie juridique utopique, le « modèle patrimoine » apparaît plutôt comme un sursaut néguentropique, un formidable effort de rationalité d'une humanité qui n'entend pas être privée de son avenir ». in François Ost 1995 : 337.

<sup>2</sup> Cf. le projet français de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement (<http://www.charte.environnement.gouv.fr>)

<sup>3</sup> Cf. les conférences internationales sur l'environnement dont la dernière à Paris (janvier 2005) sur la biodiversité.

<sup>2</sup> Michel Massenet : 326)<sup>1</sup>. Mais que renferme cet idéal ? Loin de l'utopie, nous proposons de sortir d'une pensée unique d'une manière très pragmatique afin de dégager quelques arguments qui puissent alimenter le réquisitoire.

En effet, la planète entière doit maintenant réagir à une crise écologique sans précédent, la disparition progressive de ses espèces (cent fois supérieure au taux naturel moyen) alors que des milliers d'entre elles sont déjà condamnées à l'extinction, en raison de la destruction récente de leur habitat. Il est temps maintenant de redonner du sens au progrès et de se mettre au service du vivant, en resituant les ordres de priorités.

Tout comme la propriété qui, comme nous venons de le voir, est à la fois un droit, un objet ou un type de lien, le concept de patrimoine commun ne doit pas seulement être vu sous une forme d'objet. Il entre dans une relation diachronique qui s'exprime par une obligation de transfert entre générations : un héritage à transmettre au sein du lignage humain. On peut ainsi définir le patrimoine commun comme un droit de transmission entre générations d'un héritage simultanément naturel et culturel.

Sur le fondement d'un rapport d'obligation, le patrimoine commun définit un lien de droit et de devoir (et non pas un lien de pouvoir) qui se traduit par un engagement vis-à-vis du futur. Le temps du droit<sup>2</sup> semble là parvenir à ses confins<sup>3</sup>, lui qui se concentrait essentiellement sur l'immédiat, le viager ou les 99 ans de l'emphytéose. On lui demande maintenant d'aller plus loin dans le temps, afin de garantir le futur. Et un futur qui dépasse la personne en se portant sur le groupe social tout entier, dans la reproduction de son ensemble. L'enjeu du patrimoine commun consiste à dégager les obligations pour le présent, au nom du droit des générations futures ou plus directement entre présent et futur. L'obligation intergénérationnelle qui s'en dégage exprime le lien social du continuum des lignages à travers le temps. Le droit, qui est par essence un rapport d'obligation, définit dans la situation du patrimoine commun une créance des générations futures, l'exigence d'une remise d'un environnement viable (là ce n'est plus une question d'argent) aux générations présentes. Cette créance n'est pas attachée à un acte de volonté de type contractuel, mais à l'effet de droit d'une responsabilité objective ou une responsabilité sans faute<sup>4</sup>. Le débiteur supporte une charge collective

---

<sup>1</sup> Voir aussi les travaux de Jean de Montgolfier, Jean-Marc Natali et H. Ollagnon et notamment : Jean de Montgolfier & Jean-Marc Natali, 1987.

<sup>2</sup> Sur le temps du droit voir François Ost, 1999.

<sup>3</sup> Sur cette idée de confins du droit voir Norbert Rouland, 1991.

<sup>4</sup> En droit de l'environnement, on a dû ne pas en rester à la responsabilité subjective, qui sanctionne une faute, face aux risques techniques et industriels. S'est développée la notion de responsabilité objective : « l'émergence d'une technosphère conduit à l'apparition d'une responsabilité originale fondée sur le risque créé par l'activité qu'on déploie ou les produits que l'on met en circulation et dont il serait inéquitable de faire peser le poids, en

pour un devoir, une responsabilité non coupable d'un passé mais obligé vis-à-vis de l'avenir.

En restant sur l'analogie faite avec la propriété, qui est rattachée à une personne physique ou morale, le patrimoine commun est quant à lui rattaché à un groupe, une identité culturelle, une lignée sociale... On échappe au cartésianisme de notre droit positif<sup>1</sup> davantage construit sur un modèle économique que sur un enjeu de société dans le temps. L'expression de ce rapport intergénérationnel s'affirme dans un lien non pas d'appartenance, mais ombilical dans le but d'assurer la pérennité de l'espèce humaine ou la reproduction des groupes sociaux.

Il est maintenant nécessaire de présenter l'objet et le sujet de ce patrimoine commun.

### *1 - Une nature juridique à construire*

On en vient donc à la question primordiale : quelle peut être la nature juridique du fonds et des éléments qu'il supporte ? Le fonds n'est pas un bien.

Lors d'une enquête au Sahel, un agriculteur rimaïbe que j'interrogeais sur son champ me répondit pour mieux me faire comprendre : « je te donne mon champ, emporte-le dans ta voiture ». La nature romaine de la qualification meuble/immeuble lui échappait en raison du fait essentiel que cet espace cultivé n'entrait pas pour lui dans la catégorie de bien. En effet, le lien foncier reste extérieur à toute logique marchande, car il est comme un lien ombilical entre les générations qui se succèdent. Que va-t-il donc laisser en héritage à ses fils pour leur assurer leur propre survie si ce n'est un espace vital ?<sup>2</sup> En revanche, Il en va autrement des éléments que cet espace supporte.

---

l'absence de faute de l'agent, sur leurs victimes directes ou sur la société toute entière. » François Ost, 2000, « Le droit comme recours ? La régulation juridique de l'environnement et les dichotomies de la rationalité occidentale » in *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit* (Renard D., Caillosse J, Béchillon D. de : 176).

<sup>1</sup> Faut-il le préciser, « positif » ne s'oppose pas ici à négatif mais à théorique. Selon Jacques Dufresne, « l'ensemble des lois dont l'État est l'auteur et le dépositaire, combiné avec l'appareil judiciaire relié lui aussi à l'État, constitue ce qu'on appelle le droit positif. Le recours au mot positif signifiait, d'une part, qu'on renonçait à donner au droit un quelconque fondement métaphysique et, d'autre part, qu'on espérait, en appliquant aux sociétés les méthodes des sciences physiques, lui donner le statut d'une science ». in <http://agora.qc.ca/biblio/droit.html>

<sup>2</sup> Une terre sur laquelle le groupe est dépendant pour assurer sa reproduction. Elle ne peut ainsi faire l'objet d'aucun processus institutionnel d'aliénation en raison du fait, comme l'écrit si bien Grégoire Madjarian, qu'« on n'a pas de pouvoir absolu sur une chose dont on ne peut se séparer absolument » (1991:226).

<sup>4</sup> Les espaces en tant que milieux écologiques sont aux groupes sociaux ce que les champs sont aux agriculteurs rimaïbes.

Par voie de conséquence, il semble bien nécessaire de conférer à l'espace, au fonds, au contenant de la biosphère, une nature juridique qui se rapproche davantage de sa fonction écologique et sociale. Dans le but d'y parvenir s'impose une distance entre la dynamique économique marchande (qui transforme toute chose en bien) et le besoin d'un environnement sain et équilibré. La confusion entre cette dynamique de développement économique et ce besoin d'un habitat qui permette le développement harmonieux et durable des groupes sociaux est à la source de l'incorporation du droit à la chose, qui définit le concept contemporain de propriété (cf. *supra*).

Les éléments identitaires, écologiques et culturels sur lesquels reposent la structure et le fonctionnement du groupe ne sont pas des marchandises (des biens) mais des choses qui n'entrent pas en raison de leur nature dans la classification du droit moderne occidental, par exemple dans celle du droit international dans la notion de patrimoine naturel et culturel de l'Unesco (convention sur le patrimoine, Paris, 1972 ; convention sur la diversité biologique, Rio, 1992 ; déclaration de Paris sur la biodiversité, 28 janvier 2005 ; convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, Montégo Bay, art. 136). L'Unesco en 1972 confère une nature patrimoniale dite « culturelle » à certains monuments, ensembles, sites et une nature patrimoniale dite « naturelle » à certaines formations physiques et biologiques, géologiques et physiographiques, ainsi que pour les habitats d'espèces végétales et animales menacés. La zone et ses ressources (fonds marins et sous-sols) sont qualifiés de « patrimoine commun de l'humanité » en 1982. Cela n'a pas été suffisant pour faire émerger une nouvelle catégorie de droit unanimement reconnue. Cependant, cette terminologie de « patrimoine » est de plus en plus récurrente dans les discours et les déclarations telles que la dernière en date, relative à la biodiversité, en janvier 2005. La biodiversité est énoncée comme « un patrimoine naturel et une ressource vitale pour toute l'humanité ».

Entrons dans la définition de la diversité biologique pour en savoir plus. L'élément à retenir réside dans le fait que la biodiversité se rattache à la notion d'écosystème (où l'addition de la biocénose<sup>1</sup> et des biotopes donnent lieu à une unité fonctionnelle). En effet, la Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro en 1992), la définit comme une « *variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes* »

---

<sup>1</sup> La biocénose est l'ensemble des animaux et des végétaux qui occupent le même biotope. Le biotope est le support physique (sol, climat, etc.) et chimique de la biocénose dans une aire géographique bien délimitée. Chaque biotope constitue donc le support physique d'une biocénose. L'écosystème se compose d'une communauté d'organismes vivants sur un substrat inorganique formant un ensemble d'unité fonctionnelle.

*terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes* » (art. 2). Actuellement le droit ne reconnaît l'environnement qu'à travers ses éléments. Le concept de biodiversité permettrait d'aller plus loin pour reconnaître au milieu une nature juridique propre.

Mais sur la base de quel régime juridique ? Quel contenu juridique donner à la « biodiversité » ? Si l'on tire des ressources de cette biodiversité, ce qui provoque une assimilation entre la notion même de biodiversité et de ressource, elle constitue en fait un ensemble d'éléments, une unité fonctionnelle définissant l'écosystème qui n'entre pas dans une catégorie civiliste. La biodiversité n'est pas un bien, mais un ensemble qui génère des ressources, des produits susceptibles d'être appropriés et d'entrer dans le marché juridique des biens.

La notion de patrimoine s'attache à la valeur intrinsèque<sup>1</sup> de l'objet dont il est question. Le patrimoine naturel de la biodiversité comprend les éléments biotiques – communauté de plantes, d'animaux et de micro-organismes et abiotiques (eau, sol, énergie, etc.) – qui par leur interaction forment une unité fonctionnelle (transfert d'énergie, processus biogéochimiques, relations trophiques, etc.) Le patrimoine culturel comprend les éléments matériels et immatériels qui expriment l'identité des groupes, leurs représentations, leurs façons d'agir, de penser et d'être.

De quel patrimoine parlons-nous : est-ce » à chacun son patrimoine ou un patrimoine commun ? »<sup>2</sup>

Si le patrimoine civiliste se définit comme « l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, ayant pour sujet actif ou passif une même personne juridique et étant envisagés comme formant une universalité juridique » (François Terré 1991 : 270), l'idée d'un héritage légué par les générations passées et devant être transmis aux générations qui nous suivent peut, elle aussi, être envisagée. Dans cette seconde acception, il ne s'agit pas de biens et d'obligations appréciables en argent qui ne concernent qu'une personne. Plutôt que de s'attacher à un intérêt privé, le patrimoine commun se rapprocherait davantage de l'intérêt d'un groupe.

À l'inverse de la définition civiliste, nous parlons d'un patrimoine comme d'un ensemble de « choses » non appropriables, non monnayables, situées hors du commerce économique et juridique et dont personne n'est donc

---

<sup>1</sup> Convention de la diversité biologique (1<sup>er</sup> considérant du préambule), Convention de Berne du 19 sept 1979 (3<sup>e</sup> considérant du préambule), Charte mondiale de la nature (3<sup>e</sup> considérant du préambule).

<sup>2</sup> Intitulé de l'article de Geneviève Humbert et Jean-Claude Lefevre in Marcel Jolivet dir. 1992 : 287-296.

<sup>6</sup> « propriétaire ». Ce patrimoine est placé sous la maîtrise d'un groupe, qui a la charge d'en assurer une transmission perpétuelle interne aux membres futurs (déjà nés ou à naître) pour leur propre épanouissement. Le patrimoine commun se définit ainsi par l'ensemble d'éléments matériels et immatériels participant à la reproduction même du groupe, physique ou intellectuel, et le caractérisant dans son identité, à savoir : les modes d'exploitation du milieu (pratiques et savoirs locaux), les espaces territoriaux et espaces ressources construits, les composantes matérielles assurant la survie du groupe, les schémas identitaires, moraux et culturels qui se traduisent par des « modèles de comportements », etc.

L'objet de ce droit de patrimoine commun ne peut donc entrer dans la catégorie des biens. En effet, il se compose d'éléments matériels ou immatériels inappropriables par nature et qui sont également collectifs, communautaires plutôt qu'individuels ou personnels. C'est la raison pour laquelle le fonds naturel et culturel, dans lequel évoluent les sociétés, est autre chose : un objet-lien destiné à une transmission inter-générationnelle.

Le fonds « écologique et culturel » que nous faisons entrer dans la catégorie *sui generis* de patrimoine commun reste le support d'éléments « ressources » qui sont eux réellement appropriables. En effet, le patrimoine commun comprend des fonctions et des utilités donnant lieu à des droits relatifs à une stratification d'intérêts où ce n'est plus le fonds qui fait l'objet d'appropriation mais les différentes fonctions et utilités de l'espace en question. Ces derniers sont sources de droits et font l'objet d'un marché spécifique (vente, échange, prêt, don, gage...). Mais si l'on n'est pas propriétaire d'un droit (qui n'est pas en soi une chose) on en est titulaire. Les fonctions et les utilités peuvent donc faire l'objet d'un marché économique.

Si les contours de l'objet de droit, le fonds patrimonial, viennent d'être dessinés, *quid* de la personnalité juridique du sujet de ce droit, le « commun » ?

## 2 - Des sujets de droit à reconnaître : le corps moral des générations présentes et futures

L'aptitude à être titulaire de droits subjectifs<sup>1</sup> (prérogatives individuelles) définit la fiction de la personnalité juridique. Avoir la personnalité juridique, « *c'est être sujet de droit, c'est-à-dire sujet à l'application du droit objectif qui fixe les prérogatives et les charges individuelles et régleme les situations juridiques* » (Henri Rolland et Laurent Boyer 2002 : 385). La

---

<sup>1</sup> Si le Droit objectif est « l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société », le droit subjectif se situe dans « les prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui » (par exemple, le droit de propriété ou le droit de créance) d'après Gérard Cornu 1998 : 302-303).

notion de personne, sujet de droit, est une notion culturelle, « *une forme particulière parmi d'autres de la représentation de l'être humain* » (Meulders-Klein M.-T. in André-Jean Arnaud dir. 1993 : 437). Cependant, le droit ne reconnaît généralement que la personne physique ou morale existante ou la personne physique au moins biologiquement conçue. Les générations à venir, proches ou lointaines, sont par définition hors-jeu d'un droit limité dans le temps.

L'enjeu environnemental de la planète, et particulièrement des sociétés face à leur devenir, nécessite une prise en compte du droit d'un long terme que revendique le développement durable. Le contenu juridique d'un tel concept, autant pour les pays du Nord que du Sud, transite par une évolution du fondement de la personnalité juridique. Comment une société peut-elle se préoccuper de son avenir et parler des générations futures sans que son droit ne s'adapte à l'enjeu même de son avenir ? La fiction du droit permet tout à fait d'intégrer la virtualité d'un futur qui se prépare dans le présent.

Nous avons défini le patrimoine commun sous la forme d'un rapport d'obligation entre sujets présents et futurs, dans une perspective vitale de reproduction du groupe (une obligation à la fois biologique et éthique). Le sujet ne correspond pas à un individu, ni à une personne physique, mais à un groupe pouvant être familial, lignager, clanique, de résidence – village, campement, collectivité locale... Le sujet de droit du patrimoine commun est donc une personne morale qui se définit dans le corps moral des générations présentes et futures, une entité qui reste à approfondir dans sa définition même. Les échéances sont multiples : elles portent sur le présent, le futur proche et le futur lointain, en raison d'un rapport de droit entre sujets vivants et sujets à venir, que le droit présage. L'anticipation du droit est la caractéristique de cette inéluctable évolution juridique, qui pourtant trouve sa source dans le principe de précaution agissant au nom d'une incertitude pour l'avenir.

Le droit de créance intergénérationnelle, principe de débit/crédit entre présent et futur, va dépendre de la reconnaissance par le droit de personnes morales composées des êtres à venir, non encore conçus. Se pose là en droit la question de l'acte de volonté : peut-on décider à la place d'autrui, présumé « capable » ? En fait, l'acte de volonté est objectivement pris par les vivants dans l'intérêt de ceux qui sont à venir. Il leur reviendra par la suite de décider de leurs comportements vis-à-vis de leurs descendants.

Mais de quel futur parle-t-on et à quelles générations fait-on référence ? Il existe en effet deux types de futur : le premier qui trouve un ancrage dans le présent (un futur très proche) et le second qui se fonde dans des perspectives d'avenir (un futur lointain). Concrètement, on peut comprendre que la notion de générations futures couvre ces deux futurs. Si l'on part des générations (courant chacune sur 25 années) qui disposent d'un pouvoir de décision (de 25 à 75 ans) (n), la première catégorie de génération intéresse les jeunes

<sup>8</sup> jusqu'à 25 ans (n+1) et les êtres déjà conçus dont la naissance est attendue (n+2). La seconde catégorie se constitue des générations qui touchent les « êtres présagés » (n+2+x) que le droit académique ne veut connaître en raison de leur inexistence physique. Cependant, ne pourrait-on pas leur reconnaître une existence morale en raison de la logique de reproduction, moteur de la survie de toute société ?

Un être ou une génération n'existant que potentiellement ne peuvent *a priori* se voir reconnaître de droits, du moins dans notre logique contemporaine. Cependant, si le sujet de droits n'existe pas encore concrètement dans notre esprit cartésien, on peut tout à fait préfigurer de son existence terrestre en raison même du devenir du groupe. En effet, la reproduction d'un groupe social ou d'une société est intégrée dans les gènes de chacun de ses membres et donne lieu à des comportements qui répondent à des *stimuli* de survie biologique (la procréation). Le droit correspond quant à lui à une traduction sociale de cette pérennisation biologique du groupe, dans la mesure où le processus de juridicisation touche l'ensemble de ses aspects vitaux (cf. le régime matrimonial, les droits fondamentaux de la personne, etc.). On peut dès lors essayer d'envisager de prendre en compte, au temps présent, l'existence de sujets de droit à venir (n+2+x), l'avenir faisant partie des perspectives de la reproduction sociale.

Finalement, la notion de « patrimoine commun » se définit moins par un ensemble de choses que par un rapport d'obligation (un droit de créance et une dette corrélative) entre des sujets existants ou à venir à propos des éléments matériels et immatériels indispensables à la reproduction sociale (biodiversité, paysages, territoires, éléments culturels – musiques, chants, contes, traditions/coutumes, façons d'être et représentations, connaissances endogènes, pratiques locales...).

Le patrimoine commun serait ainsi un élément fondateur d'un droit intergénérationnel (cf. Edith Brown Weiss, 1993) et de la reconnaissance du droit des générations futures. L'élaboration de droits pour les générations futures sera conditionnée par l'acceptation d'obligations immédiates, de devoirs à moyen terme et d'un régime de responsabilisation transgénérationnelle sur le long terme. De nombreux travaux en perspective, en espérant que le temps ne nous rattrape pas trop vite.

Le régime de patrimoine commun ne se propose pas d'être futuriste mais contemporain, quoique résolument moderne et perturbateur de l'orthodoxie de la science juridique surtout française. Si l'espace n'est pas appropriable, en revanche ses fonctions et utilités le sont à travers l'organisation d'un faisceau de prérogatives<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Si le concept est innovant pour les juristes français, il devrait pouvoir recevoir un bon accueil de la part des juristes de common law qui ne sont pas totalement étrangers à l'idée

## **B - Un faisceau de prérogatives sur l'espace et les ressources**

L'objectif revient à opérer une séparation entre le pouvoir de droit et les utilités de la chose. On y parvient en procédant par une répartition fonctionnelle des droits qui ne se confondent pas avec la chose. Les personnes physiques et morales disposent de prérogatives sur le milieu dont la nature juridique se décline en patrimoine. L'espace qui n'entre pas dans une relation d'appartenance est soumis à une multitude de prérogatives sur sa structure même, ses composants, les dynamiques qu'il recèle. La relation individuelle, collective ou publique à la biosphère est une relation de nature patrimoniale et non de possession de choses. On dispose donc de droits sur les milieux, les ressources et les espèces qui se traduisent par une distribution d'un faisceau de prérogatives entre les différents acteurs intervenants, selon les échelles. Le lien de droit intergénérationnel traduit par la patrimonialité commune s'exprime ainsi dans une pluralité de droits exercés par les groupes et les individus sur les milieux/écosystèmes.

La prérogative est un droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe, une compétence ou un pouvoir de droit exprimant une faculté d'agir, excluant par là une maîtrise de pure fait. Ce « droit d'agir »<sup>1</sup> correspond à un « droit de la pratique »<sup>2</sup> intéressant les juristes de terrain depuis plusieurs années à titre de perspective d'avenir.

D'une façon très concrète, en se fondant sur les pratiques locales, la situation de base est celle du droit de passage, du simple accès. Puis, vient le droit de cueillette, de prélèvement et de ramassage des branches, du bois mort, des racines, des feuilles et des fruits sauvages, tout comme le droit de faire pâturer et abreuver son bétail en passant. L'emprise sur le milieu s'accroît avec son exploitation par le droit de cultiver, celui de faire pâturer ses animaux, de pêcher, de chasser et d'exploiter la forêt ou les ressources en eaux (de surface ou souterraine) sur un espace bien déterminé. Ce droit d'exploiter la terre et ses ressources renouvelables dépend lui-même du contrôle de l'accès à ces espaces de production. Celui qui contrôle l'espace

---

de faisceau de droits, « bundle of rights » (cf. la note de bas de page *supra* traitant du droit anglosaxon).

<sup>1</sup> Cf. Alain Rochegude qui présente dans ce même ouvrage une contribution portant spécifiquement sur le droit d'agir comme proposition pour la « bonne gouvernance foncière ». Se rejoignant complètement sur le rapport juridique à l'espace qu'il convient de développer, Alain précise très justement : « ... ce qui est en jeu, c'est plus le « droit de ... » que le « droit sur ». C'est ce dernier qui devient le bien et non plus la parcelle sur laquelle on applique un droit. Il faut donc changer de logique, construire ce nouveau « bien », et surtout considérer autrement les règles juridiques qui en découlent ».

<sup>2</sup> « *Le droit de la pratique se réfère à des représentations anthropologiques plus endogènes qu'occidentales faisant appel à un idéal de réduction des différends au sein du groupe qui les a vus naître plutôt que par appel à une instance extérieure (l'État)...* » d'après Gerti Hesseling et Étienne Le Roy 1990 : 11.

0 décide qui va pouvoir cultiver, pâturer, pêcher, chasser, exploiter l'eau, la forêt ou les arbres. Il dispose du droit d'affecter l'espace en question à quelqu'un, qui peut être soit lui-même, soit quelqu'un d'autre par le biais de prêt, de location, d'échange, etc. Celui qui détient le droit d'affecter la terre à quelqu'un dispose donc en retour du droit d'exclure l'accès à l'exploitation de la parcelle ou du lieu déterminé.

Le faisceau d'intérêts (de fonctions et d'utilités) s'exprime ainsi par une série de rapports de droit/obligation sur l'espace ou sur un élément qui s'y trouve. En droit, on distingue le « devoir » qui est éventuel de « l'obligation » qui est actuelle. Le pouvoir traduit une intrusion sur le terrain juridique d'autrui et enfin, l'avantage ne va guère sans la charge. Il n'existe pas plus de droit à l'état de pure prérogative qu'il n'existe de devoir dépourvu de quelque compensation. L'entrecroisement des droits, des devoirs et obligations est quasi constant (cf. Henri Roland et Laurent Boyer, 2002 : 374).

Les prérogatives de chacun de ces quatre types de droits peuvent être présentées de la façon suivante :

- Le **droit de passage** (droit sur l'espace) : il s'agit d'un droit d'accès physique/corporel, d'accéder sur et à travers un espace ; il correspond à la circulation et au stationnement, c'est l'usage d'un espace comme voie d'accès. C'est un parcours, une trajectoire d'un point à un autre, traverser un espace. La prérogative se limite à un passage « innocent » : une prérogative simple, ordinaire, limitée en durée, un droit utilitaire (pas une servitude d'un espace sur un autre mais une prérogative attribuée à des personnes, des groupes ou à tout public). Il s'agit là de maintenir ouvert un espace qui par nature est multifonctionnel.
- Le **droit de prélèvement** (droit sur une ressource) : il s'agit d'un droit ponctuel, rapide, limité dans le temps pour limiter la pression, de prendre sur la substance sans la détruire. On préfère là la notion de ponction plutôt qu'extraction. La ponction est le fait de s'approprier une chose de la nature, un élément du milieu : ponctionner ou prélever dans l'espace, l'écosystème, une ressource naturelle spontanée ou des résidus de récolte, par exemple. C'est le droit de ponction réalisée sur le milieu (cueillette, vaine pâture, pâture forestière, abreuvement, chasse et pêche, affouage, ébranchage, glanage...). La prérogative est ordinaire, limitée en quantité, et se définit dans un droit d'alimentation, vital pour l'individu et sa famille ou le groupe, sans objectif de commercialisation.
- Le **droit d'exploitation** (droit sur une ressource) : consiste dans le droit de tirer un profit économique des produits de la substance par une « artificialisation » ou une modification plus ou moins importante du milieu, en ne portant pas atteinte à sa capacité de régénération : l'objet est d'en tirer avantage au travers d'une production agricole, sylvicole, pastorale, halieutique ou cynégétique. Il donne lieu à une gestion de la

ressource sur un court ou moyen terme. Cette prérogative ordinaire se définit dans le faire valoir d'une ressource (fonds de terre, espèce terrestre, aérienne ou halieutique).

- Le **droit d'exclusion** (droit sur l'espace) : il s'agit d'opérer un contrôle sur l'espace, se traduisant par un pouvoir autorisant ou pas l'accès, le prélèvement, l'installation temporaire ou durable à des fins d'exploitation et/ou de résidence, ou le passage simple sur l'espace. Ce droit d'exclusion comprend un droit d'inclure : il conduit à l'exclusion et à l'affectation de l'accès à la ressource. Il se traduit ainsi par une gestion de sa régénération, réhabilitation ou restauration sur le long terme. La prérogative est discrétionnaire ou ordonnée. Ce droit se réfère à la notion de territoire.

Partant de ces prérogatives générales, il semble impératif de faire évoluer ou d'adapter le système de régulation aux critères de validation locale. On peut penser une variété sans limite de types de droits (démembrements de ces prérogatives) du moment que cela participe à une cohérence de l'ensemble légitimé par les acteurs locaux et contribue à la construction d'une légalité fut-elle locale. Pour Alain Rochegude qui ne cesse d'arpenter l'Afrique sur ces questions en tant que consultant, les textes nationaux portant sur la gestion foncière et les ressources naturelles, « *doivent affirmer cette solution juridique comme un prédéterminé ; disposer que le droit d'agir est bel est bien un instrument juridique qui permet de fonder le rapport à la terre ou à la ressource considérée* » (2005).

Enfin, sans pouvoir ici développer, l'intégration dans la légalité de l'organisation de cette pluralité de prérogatives sur le milieu permettrait de promouvoir l'émergence d'un marché de droits (passage, prélèvement, exploitation, exclusion) sur les espaces-ressources (échanges, don, vente, gage, objet de créance, etc.).

L'objectif dans une gouvernance patrimoniale consiste plus à mettre en œuvre une dynamique de droits **sur** l'environnement dans un cadre de droit **de** l'environnement, voir dans un cadre de droit **à un** environnement (sain et écologiquement équilibré), qu'à asseoir une relation de pouvoir, ce qu'est la propriété, sur l'espace et les milieux.

Mais le jeu de la gouvernance va pleinement s'exprimer dans la mise en œuvre d'une gestion intentionnelle qui organise une orientation volontaire des comportements des acteurs en vue de l'élaboration d'un droit négocié.

### **C - Des actes incitateurs pour une gestion intentionnelle : une orientation des comportements sur l'environnement**

La gestion intentionnelle consiste à orienter le comportement des acteurs locaux dans deux sens : celui d'un développement économique (pour

<sup>2</sup> atteindre la sécurité alimentaire) et celui d'une préservation de la capacité de régénération du milieu (pour conserver la biodiversité). L'orientation des comportements ne peut aboutir qu'en associant étroitement les acteurs locaux aux objectifs poursuivis et en procédant par des voies incitatives dans un premier temps, dans le but avoué de parvenir dans un second temps, à une juridicisation de ces actes suivis, approuvés et entérinés par les destinataires.

L'objectif se situe dans la légitimation d'un mode de régulation qui soit davantage négocié, voir construit par les acteurs, qu'imposé par une autorité supérieure. Le propre d'une gouvernance est justement d'orienter, de guider plutôt qu'appliquer une régulation autoritaire. La relation entre régulation et gouvernance est intime en ce qu'elle est le résultat de l'interaction de tous les acteurs en présence<sup>1</sup>. Ce qui fait préciser à J. Kooiman que « *la gouvernance est devenue, à l'époque contemporaine, un phénomène inter-organisationnel et elle se laisse mieux définir par des expressions comme 'co-gestion, co-direction et co-orientation'*. Tous ces termes impliquent l'emploi de systèmes plus coopératifs que ceux qu'on associe habituellement aux méthodes classiques de gouvernance pour créer de l'ordre au sein des systèmes politiques complexes, divers et souvent divisés » (J. Kooiman (dir.) 1993).

Compte tenu de la capacité des systèmes sociaux autonomes à résister aux commandements étatiques (en Afrique spécifiquement à la législation nationale), le développement d'un droit réflexif à l'échelle de la nation serait plus opportun pour favoriser la négociation. Le principe de l'État réflexif tient compte des réactions des destinataires de ses commandements ou cherche à s'adapter à la logique des systèmes qu'il tente d'influencer (Charle-Albert Moran 1999 : 127). Le droit de l'État incitateur dispose d'une panoplie de moyens lui permettant d'orienter les comportements sans édicter de normes obligatoires : « *la persuasion, l'information, la diffusion de connaissances constituent des ressources essentielles de la gouvernance étatique, un ressort majeur des politiques publiques. L'État incitateur renonce à la contrainte pour exercer une influence douce sur les comportements, un pilotage indirect de ceux-ci. Il organise 'l'auto-organisation' de la société. Le recours à ces modes d'action s'explique par la très grande complexité de la société que les pouvoirs publics cherchent à influencer, par l'inadéquation fréquente du contrôle direct des comportements au moyen de règles autoritaires, par l'effritement de la capacité de l'État à assurer, de manière centralisée et autoritaire, la régulation sociale* » (Charle-Albert Moran 1999 : 159). Encore faudrait-il

---

<sup>1</sup> Cf. la définition de J. Kooiman : « *Le modèle, ou la structure, qui émerge dans un système socio-politique en tant que résultat commun de l'interaction de tous les acteurs en présence. Ce modèle ne peut être réduit à un seul acteur ou à un groupe d'acteurs en particulier... Qui dit gouvernance dit guider, orienter. Il s'agit du processus par lequel les organisations humaines, qu'elles soient privées, publiques ou civiques, prennent elles-mêmes la barre pour se gouverner.* » J. Kooiman (dir.) 1993.

pouvoir convaincre l'État africain d'en arriver là. L'héritage de la colonisation et le mimétisme occidental constituent de trop sérieux freins pour adopter rapidement une telle innovation. Cependant, s'il n'est pas possible de brûler des étapes, les politiques de décentralisation permettent de faire émerger les prémises de véritables gestions locales. La préférence de la persuasion à l'action autoritaire peut faire son chemin surtout face à l'inapplication de la législation répressive. La négociation d'une réglementation incite à repenser la légitimité de la légalité pour l'intégrer dans les pratiques locales. La recherche d'un droit négocié, objet d'une régulation locale, voire d'une légalité locale, peut s'envisager à travers l'élaboration d'actes incitateurs et se formaliser ensuite dans une convention locale qui les rendrait obligatoires.

L'incitation ne constitue qu'une étape vers la réalisation d'objectifs d'une politique publique, qu'elle soit d'échelle nationale ou locale (par les élus locaux). Les actes incitateurs sont des actes qui orientent les comportements sans les rendre obligatoires. L'action devient directive c'est-à-dire qu'elle imprime une direction sans l'imposer. Cette façon de procéder prend le contre-pied des formes autoritaires de conduite des comportements. D'un point de vue juridique, ces actes ne sont pas impératifs, et en tant que tels, ils ne sont pas encore des actes de droit : ils invitent à un comportement déterminé. Denys de Béchillon (1997 : 192) les qualifie « d'impératifs conditionnels » qui présupposent le consentement du destinataire. En revanche, ces actes seraient susceptibles de constituer un préliminaire, le « pré-droit » d'un droit négocié ou encore, selon Charles-Albert Morand (1993 : 171), « un avant-dire droit qualifié, c'est-à-dire marqué du sceau de « l'officialité »<sup>1</sup>. En quelque sorte, l'aboutissement d'un droit négocié transiterait pour partie par l'antichambre de l'acte incitatif, première étape dans la voie de la création d'une régulation juridique locale légitimée par les acteurs intéressés et susceptibles d'entrer dans la légalité de la gouvernance locale<sup>2</sup>.

Cependant, l'action incitative génère une incertitude sur les frontières du droit, en opérant un mixage entre le droit contraignant et la persuasion, elle place sous un jour nouveau les exigences de la légalité moderne.

---

<sup>1</sup> En droit international, toujours selon Charles-Albert Morand (1993 : 170), ces actes sont qualifiés de « droit vert » en raison de leur contribution à la formalisation de coutumes. Pour la notion de « droit vert » voir G. Abi-Saab, 1997 : 210.

<sup>2</sup> On remarque que bien souvent les textes africains relatifs à la décentralisation confèrent des pouvoirs de réglementation (ou ce qui s'en approche) aux collectivités locales décentralisées. Par exemple, la loi pastorale malienne portant Charte pastorale (loi n°01-004 du 27 février 2001) dans son article 55 qui dispose que : « les collectivités territoriales sont chargées [...] de l'élaboration des règlements locaux relatifs à l'utilisation rationnelle et paisible des ressources pastorales ».

---

#### **4 Conclusion : La construction d'un droit négocié des rapports au milieu pour la mise en œuvre d'une gouvernance environnementale**

L'écologie foncière trouve sa pleine expression dans une gouvernance patrimoniale de l'environnement qui se définit dans une situation juridique objective où dominent les devoirs (d'ordre public, d'intérêt général, d'intérêt de reproduction du groupe, etc.) sur les droits subjectifs (le faisceau de prérogatives). En effet, le rapport d'obligation intergénérationnelle qui justifie et définit le patrimoine commun renverse la tendance à la dilapidation. Cette dernière consiste à tirer profit sans se préoccuper du lendemain, un futur qui se rapproche chaque jour davantage. La gouvernance patrimoniale repose sur un lien ombilical entre générations qui responsabilise particulièrement ceux qui se situent en amont de la transmission.

Le cœur de la problématique se trouve bien au niveau du fonds sur lequel évolue la vie. Le rapport que les sociétés entretiennent à l'espace-milieu, qu'il soit terrestre ou marin, entre inéluctablement dans un rapport foncier.

Les rapports écologiques fonciers ou éco-fonciers définissent des modes de régulation négociés construits par les sociétés pour organiser les espaces, les transformer et en conserver la biodiversité. Ils expriment par des pratiques et des représentations les façons de gérer les ressources et de façonner les paysages, à différentes échelles d'intervention, à travers le temps et l'espace. L'écologie foncière traduit ainsi un jeu d'acteurs, au sein duquel les relations entre sociétés et nature constituent un enjeu vital de reproduction à travers un lien intergénérationnel. La perspective éco-foncière repose sur la gouvernance de la diversité biologique et culturelle, constitutive d'un patrimoine commun placé sous la responsabilité du corps moral des générations présentes et futures. En termes juridiques, l'écologie foncière se définit dans un rapport où les devoirs dominent les droits subjectifs.

## BIBLIOGRAPHIE

- ABI-SAAB G., 1997, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 207
- ARNAUD André-Jean, 1969, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. IX, Paris, 326 p.
- ARNAUD André-Jean (dir.) 1993, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 758 p.
- BARRIERE Olivier, 1996, *Gestion des ressources naturelles renouvelables et conservation des écosystèmes au Sahel : le Foncier-Environnement*, Thèse soutenue le 5 novembre 1996 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, sous la direction du Professeur Etienne LE ROY, Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, 2 volumes (686 p. & 230 p.).
- BARRIERE Olivier et BARRIERE Catherine, 1997, *Le foncier-environnement, fondements juridico-institutionnels pour une gestion viable des ressources naturelles renouvelables au Sahel*, Rome, FAO, coll. « Études Législatives » n° 60, 123 p.
- BARRIERE Olivier et BARRIERE Catherine, 2002 : *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, IRD, collection « A travers champs », 476 p.
- BÉCHILLON Denys (de), 1997, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 302 p.
- BERGEL Jean-Louis, 1994, *La propriété*, Paris, Dalloz, 113 p., coll. Connaissance du droit.
- BERNARD Alain, 2000, « Le droit comme contenu. Une politique publique de la propriété privée ? » in Renard D., Caillose J. et Béchillon D. (de) *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit* Paris, LGDJ. pp. 107-168
- BIRNBACHER Dieter, 1994, *La responsabilité envers les générations futures*, Paris, PUF, 290 p., coll. Philosophie morale.
- BOURJOL Maurice, 1989, *Les biens communaux, voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 452 p.
- BROWN WEISS Edith, 1993, *Justice pour les générations futures*, Paris, ed. Sang de la terre, 356 p.
- CARBONNIER Jean, 1988 [1969], *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 383 p.
- CORNU Gérard, 1998, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 925 p.
- DAVID René, 1982, *Le droit anglais*, PUF, 126 p.
- DUFRESNE Jacques, <http://agora.qc.ca/biblio/droit.html>
- ÉRIBON Didier, 1988, *De près et de loin, Claude Lévi-Strauss*, Paris, Odile Jacob, 254 p.

- <sup>6</sup> FALQUE Max et MASSENET Michel (dir.) 1997, *Droit de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 372 p. coll. Thèmes et commentaires.
- HAYEK (von) F, 1980-1983, t. 1, *Droits, législation et liberté*, Paris, PUF.
- HESSELING Gerti et LE ROY Étienne, 1990, *Le droit et ses pratiques*, Politique africaine, n° 40.
- HUMBERT Geneviève et LEFEUVRE Jean-Claude, 1992, « À chacun son patrimoine ou un patrimoine commun » in *Sciences de la nature, Sciences de la société, Les passeurs de frontières* (dir. Marcel Jollivet), Paris, CNRS, pp. 287-296.
- JOLLIVET Marcel (dir.) 1992, *Sciences de la nature, sciences de la société. Les passeurs de frontières*, Paris, CNRS, 589 p.
- JOURDAIN Patrice, 1995, *Les biens*, Paris, Dalloz, 563 p.
- KOOIMAN Jan (ed.) 1993, *Modern Governance, new government- society interactions*, London, Sage publications, 280 p.
- LASCOUMES Pierre, 1994, *L'éco-pouvoir, environnement et politiques*, Paris, La Découverte, 317 p. coll. textes à l'appui- Série écologie et société.
- LE ROY Étienne, 1997, « Patrimonialité plutôt que propriété » in *Droit de propriété et environnement*, dir. Max Falque et Michel Massenet, Paris, Dalloz, pp. 331-334.
- LEPAGE Henri, 1985, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 469 p., coll.
- MARTY Jean-Pierre, 1979, *La dissociation juridique de l'immeuble, contribution à l'étude de droit de superficie*, Paris, LGDJ, 389 p. coll. Bibliothèque de droit privé.
- FALQUE Max & MOLLIÈRE Guy (dir.) 1992, *Écologie et liberté, une autre approche de l'environnement*, Paris, Litec, 378 p., coll. Liberalia.
- MADJARIAN Grégoire, 1991, *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 313 p.
- MORAND Charles-Albert, 1999, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 224 p., coll. droit et société, 26.
- MONTGOLFIER Jean (de) & NATALI Jean-Marc, 1987, *Le patrimoine du futur. Approches pour une gestion patrimoniale des ressources naturelles*, Paris, Economica, 248 p., coll. Économie agricole & agro-alimentaire.
- MORIN Edgar, 1991, *La méthode IV ; les idées, leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Paris, Le Seuil, 261 p., coll. points, série essais, 303.
- OST François & GUTWIRTH Serge (dir.), 1996, *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Bruxelles, Publications des facultés universitaires St Louis, 487 p.
- Ost François, 1995, *La nature hors la loi*, Paris, La découverte, 346 p., coll. Textes à l'appui, série écologie et société.
- OST François, 1999, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 376 p.
- PIRET Armand, 1937, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Thèse de droit, Paris.

---

RENARD Didier, CAILLOSSE Jacques, BÉCHILLON Denys (de) dir., 2000, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Paris, LGDJ, 303 p., coll. droit et société, série politique n°30.

ROBAYE René, 1996, *Le droit romain*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 175 p., coll. Pédasup.

ROLAND Henri & BOYER Laurent, 2003, *Introduction au droit*, Paris, Litec, éd. du Juris-classeur, 664 p., coll. Jurisclasseur, traités.

ROULAND Norbert, 1991, *Aux confins du droit*, éd. Odile Jacob, 318 p.

TERRÉ François, 1991, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 525 p., coll. précis Dalloz.

ZÉNATI Frédéric, 1981, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse soutenue sous la direction de Mme Rubellin-Devichi J. à l'Université Jean Moulin (Lyon III), 817 p.

