

## **Jouer avec le droit Jeu de pistes ou jeu de lois ?**

ALAIN ROCHEGUDE

« *La vocation du droit étant, entre autres, de parvenir à résoudre les contradictions d'une société qui en connaît comme chaque individu a les siennes, il est à l'usage de la nation qui s'en fait loi* »<sup>1</sup>. Cette affirmation, par delà sa relativité, permet de poser la question essentielle : peut-on faire du Droit simplement comme « dire le Droit » ou faut-il, à l'image du cheminement d'Étienne Le Roy, s'appuyer sur un jeu de mots phonétique, « Le jeu des lois », pour se concentrer sur l'exigence de réalité qui s'attache à toute démarche juridique<sup>2</sup>. Nos itinéraires différents, curieusement enracinés dans une même spécialité de droit, celui de la terre, à laquelle ont été progressivement intégrées d'autres préoccupations connexes, les ressources naturelles, la décentralisation, la gouvernance, devaient nécessairement, à un moment ou un autre, se retrouver face au cœur du problème : comment se produit le Droit, question d'autant plus sensible que l'Afrique constituait depuis le début notre terrain privilégié de recherche et de travail.

De ce chemin, Étienne Le Roy a tenté une première cartographie globale à travers l'ouvrage mentionné plus haut, *le Jeu des lois*, aboutissant à un certain nombre de propositions et de conclusions inspirées des travaux menés jusque là, notamment dans le cadre du Laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris fondé par Michel Alliot. Mais comme tout cheminement, celui-ci ne pouvait être qu'un « en cours ». « *Toute recherche qui se clôt s'ouvre nécessairement à de nouveaux questionnements* » (*Le jeu des lois*, p. 393)<sup>3</sup>, ainsi que le faisait remarquer Le Roy dans sa conclusion. C'est dans cette perspective que se situeront les quelques pistes, en quelque sorte un autre jeu, proposées ci-après pour poursuivre autrement le dialogue construit depuis longtemps et amplifié dans le cadre du LAJP depuis quelques années.

---

<sup>1</sup> Beignier Bernard, « Avant propos », in *La codification, Actes du Colloque de Toulouse, 27 et 28 octobre 1995*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996, p. 3.

<sup>2</sup> Le Roy Étienne, *Le jeu des lois ; Une anthropologie « dynamique » du Droit* ; Paris, LGDJ, 1999, 415 p., coll. Droit et Société

<sup>3</sup> Le Roy Étienne, *op. cit.* p. 393.

Parmi ces pistes, autant de sujets de débats, il doit y avoir le droit de Propriété et non pas la propriété comme l'on dit trop souvent ; juriste il faut rester. Ce sujet constitue dans les travaux d'Étienne Le Roy, depuis son séjour sénégalais et sans doute avant, une grande préoccupation, ne serait-ce que parce qu'elle se trouve comme un «nœud de métissage» entre le droit écrit importé dans les colonies françaises et les pratiques locales, ces droits dits coutumiers, qui fondent largement aujourd'hui l'univers juridique informel qui partage les mêmes territoires nationaux que le droit écrit de la loi. Une autre piste, pour l'instant peu explorée, est celle du nombre des citoyens qui doivent appliquer la loi qui est censée être la leur. C'est là une autre manière de s'interroger sur la juridicité, la légitimité juridique, la subsidiarité, et plus largement la gouvernance, autant de concepts dont il est difficile de se passer même pour le juriste positiviste. Enfin, une troisième approche fondamentale paraît être celle de l'espace, du territoire, de la limite, de la borne, bref du « lieu » où se situe l'action juridique.

### **Un objectif essentiel du jeu : la « propriété » foncière**

La propriété, un terme essentiel dans les travaux d'Étienne Le Roy. Pourtant, dans le *Jeu des lois*, le terme ne figure pas dans l'index. Surprenante situation en apparence. D'autant que le Foncier apparaît dans deux chapitres au moins de l'ouvrage, le 24, consacré à «*la fabrique de la sécurité juridique* », et le 32 sur « *la gestion patrimoniale* », renvoyant eux-mêmes à de multiples travaux antérieurs<sup>1</sup>. Et en même temps, cela s'explique aisément si on retient que la propriété est principalement envisagée dans le contexte africain où elle apparaît comme une sorte de «repoussoir», de facteur de blocage pour l'accès à la terre et aux ressources naturelles, en même temps que comme une obstination de certains grands acteurs de l'aide au développement, au premier rang desquels la Banque mondiale et le FMI. Pourtant, dans sa contribution au Colloque ADEF de 1989, Le Roy souligne lui-même l'ambiguïté de la situation à propos de l'introduction du régime de la propriété foncière dans les colonies françaises : «*Peut-on parler d'échec ? D'abord, il y a effectivement échec dans le transfert d'un régime juridique. Mais lorsqu'on examine les réalités sur le terrain et les pratiques, on s'aperçoit en fait que s'il y a échec dans le transfert d'un régime juridique, il n'y a pas échec dans le transfert de l'idée d'appropriation.* ». C'est dire à quel point il faut se méfier des propos tenus par de multiples intervenants dans le Foncier pour lesquels le problème serait celui du droit de Propriété, occupant la place légale aux dépens des « droits délégués ».

Peut-être, à la lumière de l'évolution d'un certain nombre de situations sur le terrain, serait-il pertinent de rouvrir le dossier. Et pour ce faire, il

---

<sup>1</sup> Par exemple, « Le code Napoléon révélé par l'Afrique », in *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, ADEF, 1991, pp. 145-150.

convient de repartir de la définition de la propriété dans le Code civil puisque c'est bien celle-là qui poserait problème. L'article 544 du Code dispose – il faut le rappeler encore une fois – « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Premier constat : la Propriété n'a de sens que comme un droit. Cette évidence est à rapprocher des définitions du dictionnaire Robert ; si on retrouve bien celle de ce droit, on trouve aussi une diversité d'entrées qui confondent celui-ci avec la chose sur laquelle il porte, qui précisent même cette chose pour en faire « *une riche maison d'habitation avec un jardin, un parc* », sans oublier celle qui évoque une qualité intrinsèque d'une chose ou d'un produit laquelle, on le verra plus loin, pourrait aussi nous intéresser en dépit des apparences.

L'incertitude commence à se construire. Pourtant, nous ne devons ici, en tant que juriste, que nous en tenir à la rédaction du Code, laquelle au demeurant fonde les interprétations les plus communes. Le texte est clair en apparence : « *droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue* », portant sur une « *chose* ». Pour utiliser le vocabulaire approprié, celui qui a le droit peut en exercer trois modalités classiquement nommées en latin : *usus*, *fructus* et *abusus*. Ce ne sont pas trois entrées de même niveau ; la plus fondamentale est évidemment celle de la disposition qui permet de faire ce que l'on veut de la chose, dès lors que les conditions légales et réglementaires sont respectées, y compris de la faire disparaître. En matière foncière, il s'agit évidemment d'une impossibilité absolue, sauf à considérer que la sortie du patrimoine est une forme de disparition ! Jusque-là, on ne voit guère où se pose le problème de la propriété. Même si, dans certaines communautés africaines, il n'était pas possible de disposer de la parcelle de manière définitive, notamment au profit d'un étranger. Après tout, on pourrait considérer qu'il ne s'agissait là que d'une limite prévue par les normes coutumières locales. Il faut donc se concentrer plutôt sur l'objet du droit, et pour ce qui concerne notre propos, sur le sol puisque nous parlons de propriété foncière.

La « chose » foncière serait l'immeuble, qu'il soit bâti ou non bâti. Et c'est là, semble-t-il, que se poserait le véritable problème. Pour le civiliste, la parcelle, même si ce n'est pas écrit dans le Code civil, est une superficie bornée, selon une procédure réglementée, située sur un plan ou un cadastre, susceptible de servir d'assiette dans des conditions variables pour une fiscalité. C'est un objet « fini » ; la chose foncière ne devient bien immeuble, donc susceptible d'être « dans le commerce juridique » que dans la mesure où cette procédure de définition et de situation de sa contenance permet de lui attribuer une valeur juridique. Cela est vrai même lorsque l'on vend sur plans. Et c'est bien cette démarche là qui est singulière, du moins à première vue ; c'est elle aussi qui ferait vraiment la différence avec la perception spatiale plus souple en usage, en Afrique notamment.

Mais même là, il nous semble qu'il devrait y avoir débat. Car la valeur d'un terrain, même dans les pays du Nord où le marché foncier est plus institutionnalisé et plus « géométrique », la valeur de la « chose » comme « bien » ne dépend pas seulement de sa superficie ou de sa situation. On peut même dire qu'elle dépend principalement d'autres paramètres au premier rang desquels on voudrait faire figurer la perception de la valeur ou de l'utilité que l'on prête au dit terrain. Que veut-on en faire ? Que peut-on en faire ? Acheter un terrain boisé interdit de construction dans une station alpestre ne peut avoir d'intérêt que pour espérer y construire après un changement de PLU<sup>1</sup>, ou bien pour en garantir la conservation, la motivation écologique tenant lieu ici de critère de valorisation<sup>2</sup>.

Toutes ces incertitudes sont mises en évidence dans l'ouvrage de Mikhaïl Xifaras, *La Propriété, Etude de philosophie du droit*, dans lequel l'auteur, au terme d'une très longue exploration de la littérature, notamment de la doctrine, propose un certain nombre de conclusions qui ouvrent des horizons :

« Dans son acception la plus large et la plus abstraite, et par conséquent la plus indéterminée, la propriété est un rapport garanti entre une entité juridiquement reconnue et un bien, un chacun et son sien, l'expression juridique de l'avoir. [...] Une telle approche se heurte cependant à une objection dirimante : la propriété réelle, dès qu'elle est considérée dans ses déterminations techniques essentielles, ne renvoie pas à une essence unique, car la pluralité de ses formes juridiques concrètes ou configurations empiriques, manifeste autant de conceptions irréductiblement distinctes de l'institution. Ces conceptions nous sont apparues au nombre de trois : la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale, la réservation de jouissance ».<sup>3</sup>

Chacune de ces propositions nous paraît suffisamment pertinente pour en rappeler l'essentiel.

« Dans la perspective de la maîtrise souveraine, la propriété est l'exercice d'une puissance de gouverner (entreprendre et conduire) les choses matérielles ou tout être réifié par un rapport juridique qui lui impose d'être passif, c'est-à-dire soumis »<sup>4</sup>. On retrouve ici le droit de propriété avec ses caractéristiques classiques : droit réel, droit exclusif, droit perpétuel (tant qu'on n'en dispose pas). Mais en même temps, on mesure bien que l'essentiel n'est sans doute pas le droit sur la chose, mais le droit qui

<sup>1</sup> Plan Local d'Urbanisme.

<sup>2</sup> Sur cette « variabilité » de l'objet foncier devenant bien, on consultera avec intérêt « La propriété à géométrie variable » in *Un droit inviolable et sacré, la Propriété*, ADEF, 1991, pp. 145-150.

<sup>3</sup> Xifaras Mikhaïl, *La Propriété, étude de philosophie du droit* ; Paris, PUF, 2004, p. 479, coll. Fondements de la Politique.

<sup>4</sup> Xifaras M., *op. cit.* p. 480.

s'applique à l' « utilité » de celle-ci, ce qui pose évidemment la question du bien, comme nous le suggérons déjà plus haut.

Mais il faut examiner les autres propositions de Xifaras.

«La configuration qui réalise l'appartenance patrimoniale entremêle les aspects personnels et réels dans la mesure où elle repose entièrement sur un rapport originaire d'appartenance, rapport d'identité entre un être juridique artificiel –une universalité de droit – et son but constitutif qui relève du droit de propriété parce qu'il est pensé dans les termes de l'avoir [...] Les choses sont ici des biens patrimoniaux, c'est-à-dire des éléments dont le statut juridique se déduit de leur appartenance à une universalité juridique, en tant qu'il est fonction de leur degré de participation au but constitutif de cette dernière »<sup>1</sup>.

Il serait intéressant d'entreprendre ici le rapprochement entre cette vision de la patrimonialité et celle initiée en matière de droits fonciers coutumiers.

Et pour finir, la conception réservataire.

«Elle se manifeste dans le droit empirique comme l'allocation d'une exclusivité, sous la forme d'une saisine, ou octroi d'un privilège de jouissance exclusive sur une activité productive, au titre de la rémunération du service que cette activité rend à l'autorité qui accorde le privilège. La propriété apparaît ainsi comme inscrite dans un rapport d'échange, ou plus exactement dans un engagement personnel dont l'objet est l'activité productive elle-même, en tant qu'elle est créatrice de valeurs. »<sup>2</sup>

Même si cette approche apparaît moins directement liée aux questions foncières, elle offre cependant des perspectives d'analyse de certaines pratiques.

Toutes ces réflexions ouvrent en fait d'autres points d'interrogation et pourraient même suggérer que soit rouvert le débat sur la question de savoir si finalement l'approche du droit romain, de nature ternaire, incluant non seulement les personnes et les biens, mais aussi les actes, n'était pas plus appropriée pour traiter d'un certain nombre de situations foncières. Rappelons ici les propos de Charles Demolombe :

«Les jurisconsultes romains ajoutaient les actions ; et le droit avait ainsi trois objets : *personnae, res, actiones* (Inst. Lib. 1, tit II, § 12).

[...] S'agit-il des actions considérées comme garanties des droits de la personne, comme mode d'exercice et de réclamation judiciaire de ces droits ? [...] Chez nous, ce troisième objet du droit n'est pas traité dans le Code Napoléon ; il fait l'objet d'un code spécial (le Code de la Procédure). [...] Si au contraire, on emploie le mot action dans le sens où il représente le droit de la personne sur un bien, alors les actions ne forment plus un objet spécial et distinct des biens auxquels elles s'appliquent; elles s'y confondent, ou du

---

<sup>1</sup>Xifaras M., *op.cit.*, p. 480-481.

<sup>2</sup>Xifaras M., *op. cit.*, p. 481.

moins, elles ne constituent elles-mêmes qu'une espèce de biens, les biens incorporels »<sup>1</sup>.

Cette citation pose évidemment un problème de plus : le mot « res » utilisé par Demolombe renvoie à la « chose » et pas forcément au bien car justement, toute la question est de savoir ce qui peut devenir « bien ». L'action ne peut intervenir que lorsque la chose est devenue bien. Cette nuance est d'importance car elle pourrait être utilisée pour se reposer la question de l'action comme bien incorporel et en aucun cas, comme chose incorporelle. Le « droit d'agir » pourrait se situer dans une telle catégorie, droit incorporel, donc bien, sans pour autant être confondu avec la chose sur laquelle il s'exerce. Et l'on pourrait donc avoir une interprétation radicalement opposée de celle de Xifaras qui, comme fondement de la disparition de l'action comme droit, propose : « *la réalité du droit n'est pas dans le droit lui-même, elle est dans son objet* »<sup>2</sup>. En effet, si on considère que objet et chose ou bien ne sont pas synonymes juridiquement, la même analyse peut parfaitement expliquer qu'un bien incorporel soit une action de droit, sans pour autant devenir une chose.

Pour terminer sur le sujet, il faut revenir sur une question fondamentale pour maints pays en développement, celle du titre foncier. Celui-ci, généralement fondé sur le système Torrens ou celui des lois prussiennes, est un mode de gestion de la propriété qui a suscité – et continue de le faire – de multiples controverses. Ici encore, nous reviendrons à Étienne Le Roy. Ce dernier, dans l'article cité précédemment sur le Code Napoléon, laisse entendre que la procédure de l'immatriculation aurait été créée pour pallier un vide juridique dans les territoires coloniaux où l'espace n'était pas encore totalement approprié. « *C'est le système Torrens, qui va donc permettre de créer de la propriété là où il y avait des droits imparfaits et essayer de généraliser notre conception de la propriété.* »<sup>3</sup> Une telle affirmation mérite qu'on s'y arrête car elle nous semble un peu trop péremptoire.

Le système de l'immatriculation, qui devrait être plutôt nommé « du livre foncier » pour couvrir l'ensemble de ses composantes, ne semble pas avoir été créé pour permettre la création de la propriété, même si sa mise en œuvre y aboutit. Il est plutôt un système de gestion qui devait avoir pour finalité principale de permettre un suivi de la gestion foncière, celle des immeubles, de manière certaine, sans avoir sans cesse à faire la preuve de la preuve pendant toute la durée de la prescription légale décomptée de manière rétroactive à compter de la date de l'acte portant sur le droit de propriété (« la preuve en cascade ») ; au demeurant le système en question était déjà, à

---

<sup>1</sup> Demolombe Charles, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris, Durand, 1870, p. 352, cité par Xifaras, *op. cit.*, p. 28.

<sup>2</sup> Xifaras, *op. cit.*, p. 29.

<sup>3</sup> Le Roy É., article précité, p. 147.

quelques nuances près, en vigueur dans certains pays germaniques dès le Moyen Âge. Le Gouverneur Torrens, en Australie, connaissait peut-être le système germanique. Mais, intervenant dans un autre contexte, il a mis en place un système spécifiquement administratif, à la différence de celui des lois prussiennes qui requiert une validation de la reconnaissance du droit à inscrire par le juge.<sup>1</sup>

Dans les deux cas, on retrouve le même dispositif en deux phases principales : la première est celle de l'immatriculation ; elle est celle de l'identification de la « chose » foncière, pour en faire un bien immeuble. Il faut, pour se faire, relever les limites physiques de la parcelle, implanter des bornes d'un modèle agréé. Cette opération est réalisée publiquement et le bornage ne peut pas être définitif si une contestation surgit. Celle-ci, par delà les apparences, ne saurait porter en définitive que sur le droit de propriété qui s'applique à la surface revendiquée comme bien. Et il faudra un traitement juridique, permettant de régler le problème de droit, pour que l'immatriculation concrétisée par le bornage, aboutisse, permettant d'affecter à l'immeuble un numéro d'ordre qui est celui mentionné à la page correspondante du registre où est ouvert le compte de l'immeuble. Dès lors, la parcelle est un bien immatriculé. Il reste à régler la question du droit. Ce sont les autres mentions qui vont être portées dans le registre, toujours à la même page, au rythme des actions portant sur l'immeuble. La première de ces inscriptions est évidemment celle du droit de propriété ; on y ajoutera les différents droits réels dérivés de ce droit de propriété. Toutes ces inscriptions ne peuvent être opérées qu'après une procédure comportant une importante publicité, destinée à permettre aux oppositions de se manifester et donc de les purger avant de procéder à l'inscription. Celle-ci peut alors devenir inattaquable. Pour résumer, on immatricule une fois, lorsqu'on crée la chose qui va devenir bien ; on inscrit chaque fois qu'un acte réel intervient.

Bien évidemment, lors de l'immatriculation de l'immeuble, il y a pour la première fois inscription du droit de propriété reconnu par la procédure ad hoc. Et dans les territoires coloniaux, cette démarche peut sembler donner naissance à la propriété. Mais encore une fois, ce dernier droit ne peut être inscrit que si les conditions juridiques de son existence sont préalablement reconnues. Plusieurs textes coloniaux entrouvriront la porte à une validation des droits fonciers coutumiers en permettant la création d'un titre (copie de la page du livre foncier correspondant à l'immeuble), dès lors qu'il y a une emprise évidente et permanente, attestant d'une mise en valeur. Ce peut être une première reconnaissance écrite de la propriété, mais elle restera marginale car comme le rappelle fort justement Le Roy, la procédure est

---

<sup>1</sup> Pour illustrer ce dualisme de l'approche du livre foncier, on rappellera simplement que l'administration française a beaucoup hésité et n'a pas fait le même choix dans tous les territoires coloniaux, utilisant parfois la validation judiciaire ou une juridiction spécialisée et parfois une validation administrative. Cf. Victor Gasse, *Les régimes fonciers africains et malgache ; évolution depuis l'Indépendance*, Paris, LGDJ, 1971, 332 p.

lourde, onéreuse, incompréhensible, et complètement en décalage avec les cultures des populations concernées. Mais dans la plupart des cas, on va passer par la présomption de domanialité qui permet de créer le droit de propriété au profit de l'État, en l'absence de tout autre droit légalement reconnu. L'impact est double : l'État colonial (puis indépendant) demeure le vrai maître de la terre ; le respect du droit est assuré. C'est donc l'effet de cette présomption qui permet d'inscrire le droit qui porte sur le bien foncier immatriculé. Les raccourcis de langage, les détournements de procédures opérés dans nombre de pays par des administrations avant tout désireuses de conserver le contrôle de la terre ont largement contribué à toutes les interprétations discutables du système qui provoquent autant d'équivoques.

Quoiqu'il en soit, et sur ce point, on ne peut être que d'accord avec Le Roy, le grand défaut du système est de s'appuyer de manière quasi exclusive sur la conception de la propriété telle que définie dans la loi relative au régime des biens. Le système du livre foncier ne fait que rajouter des complexités pour valider définitivement, incontestablement, un droit qui ne correspond pas à la perception des acteurs. Les Malgaches mènent aujourd'hui une réforme qui tient compte de cette réalité. Le titre foncier n'est pas abandonné. Il demeure disponible pour certains usagers pour qui il est un instrument juridique pertinent et accessible. Pour les autres, la reconnaissance de la propriété peut être différente, fondée sur des critères de réalité sociale, économique, juridique. Certes, on aurait pu se poser la question de la conservation du titre foncier pour valider cette autre propriété. Mais cela n'aurait pas réglé la deuxième difficulté fondamentale, celle de l'incompréhension des modalités par une grande majorité des acteurs fonciers. Pourquoi planter des bornes pour délimiter des parcelles sur un plan, alors même que les limites sont reconnues socialement ; pourquoi figer ces limites alors que beaucoup d'usages en permettent des variations en fonction de la fonctionnalité ? Pourquoi une publicité si compliquée dans des lieux si éloignés des réalités sociales, ceux-là même où se produisent les conflits ?

Même si le système du livre foncier demeure remarquable conceptuellement, il faut pour qu'il soit pertinent que deux conditions soient réunies : d'une part, qu'il permette de gérer les modalités de l'appropriation telles que les acteurs la reconnaissent ; d'autre part, que la gestion administrative du système ne réserve par l'utilisation de celui-ci à une minorité qui est toute prête à en user et en abuser comme l'ont bien montré un certain nombre de situations nationales en Amérique latine et en Asie. Si l'exigence d'un titre de propriété paraît justifiée, de plus en plus, en particulier dans les zones soumises à de fortes pressions foncières, il ne s'agit pas forcément d'un titre foncier portant sur un terrain immatriculé.

**Prendre en compte la multiplication du nombre des « joueurs »**

C'est sans doute une question fondamentale de l'élaboration et de l'application du droit aujourd'hui. Plus que la question des enjeux juridiques de la globalisation, même si cette dernière n'en manque pas comme l'illustrent bien les débats autour des biens publics mondiaux, objets juridiques sans maître, et ceux sur la justice pénale internationale qui pour l'instant doit construire sa légitimité mondiale.

Depuis l'époque préhistorique, la population mondiale a certes augmenté, passant de petites communautés humaines isolées à plusieurs milliards d'occupants d'un espace limité. Mais surtout, ce qui devrait compter, c'est le fait que ces mêmes occupants sont aujourd'hui organisés en groupes de plus en plus importants, sans aller jusqu'à l'« Humanité », laquelle, jusqu'à mieux informé, demeure sans personnalité juridique. Cette hiérarchie des groupes qui occupe désormais tout l'espace de notre planète, a pour corollaire une diversification en même temps qu'une multiplication des systèmes de droit de ces mêmes différents groupes.

On retrouve ici, toutes proportions gardées, une évolution des dispositifs de normes dont la Grèce antique a laissé de multiples témoignages et le débat sur le *nomos*. Jacqueline de Romilly évoque cette période dans des termes assez clairs pour qu'ils doivent être repris ici : « Et d'ailleurs, quand on commença à rédiger des lois, «nomos» n'est point le mot auquel on eut recours. [...] À Athènes, le nom donné d'abord aux lois était «thesmos», le mot se rattachant au verbe signifiant poser, instituer. Et le passage de «thesmos» à «nomos» est des plus révélateur »<sup>1</sup>. Et l'auteur de citer ensuite un certain nombre à la fois de philosophes grecs antiques et de spécialistes pour établir que « l'on passerait de «thesmos» à «nomos» au moment où serait rejetée l'idée de lois imposées du dehors »<sup>2</sup>.

Si, même d'une manière que l'on peut considérer a priori comme excessive, on procède à un rapprochement entre ce discours et les réalités coloniales, on peut estimer qu'au *thesmos* que serait le droit colonial, le *nomos* correspondrait lui au droit coutumier, celui des communautés dites traditionnelles. La cohérence interne du *nomos* villageois, à la fois comme territoire et comme ensemble de normes communautaires applicables dans les limites du territoire, justifierait donc sa résistance face au droit importé, aux lois d'ailleurs qui n'ont pas reçu de validation par la communauté politique concernée. Ce débat n'a pas cessé avec l'Indépendance ; les nouvelles lois nationales sont les nouveaux *thesmoi*. Le problème sur le plan

---

<sup>1</sup> Romilly Jacqueline (de), *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les belles Lettres, 2001, p. 14.

<sup>2</sup> Romilly J. (de), *op. cit.*, p. 18.

juridique a cependant évolué ; là où les indigènes étaient opposés aux citoyens, et donc le *thesmos* au *nomos*, dorénavant, tous sont citoyens d'un autre niveau communautaire, la Nation, qui est censée correspondre au nouvel État indépendant. La loi nationale étatique devrait être le nouveau *nomos* ; mais celui-ci entre en conflit désormais avec les autres *nomoi*, ceux préexistants. Certains y verront une conséquence de l'État importé ; d'autres une des conséquences de la conception même des textes de lois, souvent très largement inspirés de ceux des anciennes métropoles. Tous ces facteurs étaient sans doute vrais dans les années 60, les premières des Indépendances, celles où les mécanismes institutionnels nouveaux devaient se construire. Mais on peut, on doit, s'interroger sur leur pertinence cinquante ans plus tard, alors que différents régimes se sont succédés, que des réformes multiples sont intervenues.

Le constat est le même ; les lois nationales sont peu ou pas appliquées, ou selon des modalités interprétatives diverses. En fait, comme on le voit bien dans différents domaines, à commencer par le droit foncier et celui des ressources naturelles, les droits coutumiers ne sont plus système juridique, du moins au sens du *nomos* ; ils apparaîtraient comme métissés, eux aussi, pour être utilisés dans les pratiques plus ou moins légales, pour argumenter celles-ci. Les exemples sont bien connus : par exemple, on fait, à Madagascar, des «petits papiers», authentifiés par les maires ou autres fonctionnaires locaux, pour valider des transactions effectuées sur la base des pratiques locales, en dehors du cadre légal. Ces «petits papiers» tirent toute leur importance de la validation par l'acteur public et non plus de l'acteur communautaire ; on n'est plus certain de la portée de l'intervention de ce dernier ; on sait que les liens communautaires ont largement évolué, parfois même disparu, même si les pratiques demeurent. Le fondement de la juridicité n'est plus là. Il faut donc la rechercher autrement. Comme le remarque Geneviève Bedoucha à propos du sud de la Tunisie «Dans la seule écriture des faits, les hommes veulent lire une reconnaissance, plus encore une officialisation de leurs actes, dont le caractère répréhensible est alors éludé, comme si l'écrit avait acquis une valeur en soi, tout à fait indépendante du contenu [...] L'État n'ose plus verbaliser ; il est pris au piège de l'écriture à laquelle ont contribué non seulement le religieux, mais aussi le politique, pendant des siècles»<sup>1</sup>.

De cette situation, plusieurs explications mériteraient d'être approfondies. D'abord, le temps a passé et avec lui, les mœurs et les règles sociales ont évolué ; les enjeux sont largement monétaires car dans la vie quotidienne il est devenu absolument obligatoire de trouver les espèces qui vont permettre d'accéder aux biens nécessaires ; mais aussi, et ce n'est sans doute pas le moins important, la taille de la population a considérablement grandi, en

---

<sup>1</sup> Bedoucha Geneviève, «L'irréductible rural ; Prénance du droit coutumier dans l'aire arabe et berbère», in *Prénance du droit coutumier*, Études rurales n° 155 et 156, Paris, EHESS, 2001, p. 23.

particulier dans les zones urbaines mais aussi dans les zones rurales les plus favorables, celles où on peut espérer échapper un peu aux duretés de la vie rurale. À Madagascar, on est passé de 9 112 000 habitants en 1979 à près de 18 millions, estimation actuelle ; Antananarivo, la capitale, est passée de 450 000 habitants en 1975, à 720 000 en 1993, plus de 2 millions aujourd'hui ; Ambatondrazaka, la capitale de la région Alaotra Mangoro, un des greniers à riz de Madagascar a vu sa population augmenter dans les mêmes proportions. Des processus identiques peuvent être mis en évidence dans beaucoup d'autres pays comme le Mali sahélien par exemple. Ces accroissements démographiques ne sont pas le résultat de la seule croissance de la population d'origine. De nombreux migrants sont venus se mêler à cette dernière, et continuent de le faire. Ils sont venus avec leurs propres pratiques, leurs cultures, leur vision du monde. Et, si dans un premier temps, ils se regroupaient spontanément dans des quartiers plus ou moins homogènes, avec le temps, une fusion se produit, une nouvelle société se construit, sans doute plus « nationale », moins communautaire, avec ses interprétations du droit. La situation, au regard de notre point de départ, n'est plus, – ou pas encore – *nomos*, mais elle n'est plus tout à fait non plus *thesmos*.

Ces évolutions attestent surtout du caractère sans doute irréversible de l'évolution juridique, phénomène normal dans des sociétés qui elles-mêmes connaissent une profonde mutation. Cela devrait justifier que les réflexions sur la production de leur nouveau droit tiennent compte de l'exigence de légalité, de celle d'égalité devant la loi, et donc de celle de mettre en place des normes juridiques qui traduisent un consensus minimal des usagers. C'est là une responsabilité fondamentale du Politique dont l'importance est incontournable.

Cette responsabilité pourrait sans doute, en matière de production de normes juridiques, se fonder sur un principe simple, que l'on peut rapprocher d'une application du principe de subsidiarité modèle européen, qui consisterait à proposer une approche dans laquelle la loi fixerait les modes procéduraux permettant à chaque niveau collectif institutionnellement reconnu, de produire ses propres normes, en fonction de ses besoins et de ses attentes, soit au niveau le plus approprié. Une telle hypothèse peut paraître saugrenue, voire irréaliste, mais dans le même temps, peut-on vraiment considérer comme plus réaliste, au Nord comme au Sud, l'approche considérée comme modèle dans laquelle toute norme juridique devrait être adoptée par une instance fondée sur la démocratie dite représentative. De nombreuses illustrations en Afrique, mais aussi dans un pays comme la France avec la récente crise du CPE<sup>1</sup>, ou encore l'accumulation croissante et inefficace des textes législatifs et réglementaires, ou encore la multiplication des interrogations et contestations relatives à la décentralisation, montrent bien qu'une autre démarche s'impose.

---

<sup>1</sup> Contrat Première Embauche.

Le droit d'agir est ici omniprésent, comme une voie possible pour donner des suites au Tripode constitutif du Droit du *Jeu des lois*. À travers de telles réflexions, il deviendrait possible de mieux harmoniser, dans un dispositif de droit à base légale, les spécificités des attentes et des cultures, locales, nationales et mondiales. Cela suggère évidemment la remise en cause d'un certain nombre de principes et de concepts qui, un peu comme la propriété évoquée plus haut, devraient être « relus » dans cette nouvelle démarche. C'est un peu la philosophie qui sous-tend aujourd'hui la réforme majeure engagée à Madagascar concernant le droit domanial et foncier, dans laquelle est prise en considération la propriété au sens malgache du terme et pas seulement celle importée par l'univers colonial français qui s'imposait de manière exclusive jusque-là.

### **Le jeu de pistes, un jeu de territoires**

C'est une autre dimension des travaux d'Étienne Le Roy qu'il s'agit ici d'aborder, celle des territoires. Une question sous-jacente à un grand nombre de ses réflexions, qu'il s'agisse du territoire parcellaire, dont nous verrons qu'il tient à sa géométrie variable, au territoire de la communauté coutumière, comme à celui des collectivités décentralisées en cours de mise en place dans les Etats en particulier africains. Question d'actualité aussi pour le même chercheur si l'on en juge par un de ses textes récents, intitulé « Odologie, topocentrisme et géométrie, trois représentations d'espaces générant des modes complémentaires de sécurisation foncière et de maîtrises territoriales ».

Le terme « territoire » est lui aussi absent de l'index du *Jeu des lois*, sans doute au profit du terme « espace » qui lui y est largement référencé. Il convient donc, avant d'aller plus loin, de rappeler certaines définitions liées à notre questionnement. Si l'on considère le vocabulaire juridique, le terme « espace » ne se voit attribuer aucune définition susceptible d'avoir une utilité dans le foncier, à l'exception très marginale de l'espace aérien qui dans certains pays se rattache au domaine public<sup>1</sup>. Le dictionnaire Robert est plus riche de perspectives : « Lieu, plus ou moins bien délimité (où peut se situer quelque chose) », mais aussi, « surface déterminée », au regard par exemple de son occupation ou utilisation. Le Dictionnaire de culture juridique ignore tout autant le terme comme occurrence. Il faut donc s'intéresser au territoire. Le Robert propose plusieurs définitions : « Étendue de la surface terrestre sur laquelle vit un groupe humain et spécialement une collectivité publique nationale » ; « Étendue de pays sur laquelle s'exerce une autorité, une juridiction ». Pour Gérard Cornu, donc pour le juriste, on retrouve sensiblement les mêmes approches : « Élément constitutif de l'État

---

<sup>1</sup> Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 318.

dont il forme l'assise géographique et dont il détermine le champ d'exercice des compétences », mais aussi « espace – dissocié de la surface terrestre – dans lequel une autorité déterminée exerce sa compétence ».

Que retenir de ces diverses approches ? Il nous semble que pour avancer, il faudrait faire le lien avec la démarche de Le Roy. Le Foncier encore une fois sera le champ privilégié des illustrations, mais non exclusivement car la décentralisation permet elle aussi de donner quelques exemples intéressants. Le terme espace apparaît en définitive plus incertain au regard des limites ; on pourrait dire qu'il n'est pas borné. À l'inverse, le territoire serait lui délimité puisque le plus souvent il détermine un champ de compétences, lesquelles appartenant à un acteur, doivent être circonscrites pour éviter les conflits avec les autres acteurs. C'est bel et bien d'une approche géométrique, voire topographique, dont il s'agit. Utiliser le terme territoire aurait donc pour effet d'inviter à fixer des limites plus ou moins exclusives.

Le Roy, dans l'article précité, illustre bien à quel point cette dernière vision de l'espace comme territoire est à la fois banale, au sens de «ne justifiant pas d'interrogation» et spécifique à certaines sociétés du Nord en particulier :

« La représentation géométrique, enfin, est si caractéristique de notre mode de vie que nous n'en percevons pas l'originalité. En grec, gé, au génitif geos, désigne le monde, le globe terrestre. L'objet de la géométrie est donc de mesurer le monde en le décomposant en des formes qui puissent faciliter ou sécuriser les opérations de mesure. [...] Dans cette représentation, le monde est constitué d'une part, de territoires jointifs et d'autre part, au sein de chacun d'entre eux, de formes polygonales également jointives. La souveraineté qui s'exerce sur le territoire a pour équivalent la propriété qui s'exerce sur chaque forme polygonale mesurée et inscrite dans un cadastre. La souveraineté est donc à l'autorité publique ce que la propriété est au particulier : une, exclusive et absolue. »

L'assimilation des termes souveraineté et propriété nous paraît plus qu'intéressante ; elle renvoie directement aux interrogations que nous avons plus haut concernant la propriété, à l'issue desquelles nous posons la question de la nature de l'objet de cette dernière. Nous indiquons que celui-ci pourrait consister dans le «droit d'agir» portant sur un objet qui était, dans le domaine du foncier, une parcelle dont la superficie pouvait être avant tout définie au regard de l'intention du propriétaire. Cette manière de percevoir la chose foncière présente pour nous l'intérêt premier d'exclure l'identification trop géométrique, peu compréhensible, d'un territoire borné selon une méthodologie réglementairement établie, et donc, en quelque sorte «gelé »<sup>1</sup> dès l'implantation des bornes. L'approche géométrique, sans doute

---

<sup>1</sup> Il est intéressant de noter ici qu'en Tunisie, le qualificatif « gelé » est utilisé pour qualifier les titres fonciers qui n'ont pas été tenus à jour, provoquant de ce fait une situation de blocage juridique complet des terrains objet de ces mêmes titres.

satisfaisante du point de vue technique, ne répond évidemment pas à un certain nombre de besoins. Qui est mieux, rien n'établit qu'elle soit nécessaire, sauf peut-être dans les zones où la pression sur les terres est telle qu'il n'est plus possible de faire autrement. Et encore. On pourrait a contrario rappeler l'existence et le mode d'organisation des «cours ouvertes» que l'on rencontre par exemple dans le sud ouest ivoirien, où, sans bornes, les habitants savent si bien identifier et respecter les limites des terrains privés, communautaires ou publics.

On retrouve donc là, et ce n'est pas non plus une surprise, la double dimension de la gestion du livre foncier, soit l'immatriculation et l'inscription. La première correspond à la territorialisation géométrique de la parcelle ; elle fixe les limites d'un espace auquel on va appliquer désormais la seconde, l'inscription d'un droit exclusif, celui de propriété, inattaquable de surcroît dès lors qu'il est inscrit. L'ensemble est cohérent. Le législateur malgache ne s'y est pas trompé qui dès 2003, pour échapper à cette contrainte, dans la loi 2003-29<sup>1</sup>, ébauchait une technique permettant de reconnaître les droits de jouissance (droits coutumiers dans l'appellation locale), sans faire intervenir les topographes pour établir un bornage définitif. Celui-ci n'était plus nécessaire que comme troisième niveau de sécurisation possible, celui de l'immatriculation et de l'inscription.

Partant de ces considérations, ces approches micro-territoriales devraient donc logiquement influencer sur l'élaboration des systèmes de sécurisation foncière et sur la conception de titres de propriété dans lesquelles l'identification spatiale serait référencée en fonction de la fonctionnalité de l'utilisation de l'espace par les différents acteurs concernés. Là encore, on retrouve une des orientations fondamentales de la réforme malgache concrétisée par le Plan Local d'Occupation Foncière (PLOF) qui doit permettre de recenser tout aussi bien des parcelles bornées, topographiquement délimitées, que des «espaces» fonctionnels sur lesquels s'exercent des droits de propriété «traditionnels» ou «pratiques», conformes à d'autres perceptions de la propriété, d'autres modes d'appropriation, qui n'interdisent ni l'exclusivité, ni la permanence, ni même la disposition.

Des réflexions identiques pourraient être menées à l'échelon de territorialité publique qui est celui des collectivités à mettre en place dans les politiques de décentralisation. On le sait bien, celles-ci sont trop souvent fondées sur une «relecture» de la carte de l'organisation administrative territoriale de l'État, habillant les circonscriptions administratives d'un nouvel habit institutionnel, celui de collectivité décentralisée. Même les appellations utilisées sur le continent africain pour identifier ces entités

---

<sup>1</sup>Loi n° 2003-29 du 27 août 2003, modifiant certaines dispositions de l'Ordonnance n° 60-146 du 03 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation, et Décret n° 2003-908, du 2 septembre 2003, portant application de la loi n° 2003-29.

nouvelles sont souvent celles de l'ancienne métropole (« District » dans les pays anglophones, « commune » dans les anciennes colonies françaises). Dans la même démarche de « décentralisation », on transfère au local ce qui appartenait au central, notamment ce qui est difficile à gérer, qui coûte cher, mais rarement ce qui est fondamental pour les usagers, en particulier la gestion de la terre et des ressources naturelles. Ce constat, très largement répandu à la fin des années 90<sup>1</sup>, a commencé à évoluer depuis, dans un certain nombre de pays. Par exemple, le Burkina ou le Mali commencent à reconnaître des droits sur la gestion foncière urbaine aux communes, la Tanzanie permet aux *villages* d'assurer la gestion foncière de leur territoire avec leur propre droit local<sup>2</sup>. D'autres vont plus loin, comme le Bénin avec sa nouvelle loi foncière rurale, qui permet la reconnaissance par les communes rurales de droits pratiques. Madagascar a suivi en allant encore plus loin, en répartissant clairement, pour les terres rurales comme les terres urbaines, la gestion foncière entre l'État et les communes, selon le degré de sécurité établi, mais tous les documents utilisés étant juridiquement valables à l'échelle de la République.

Ces évolutions, plus ou moins marquées, devraient être liées à l'idée de territoire. Ce n'est plus celui-ci qui devrait permettre de dire quel est le champ d'application des compétences, du moins de celles reconnues au local, mais à l'inverse, sans doute faudrait-il rechercher les conditions de l'autonomie locale, celle qui conditionne cette libre administration qui est un des principes fondamentaux de la décentralisation, dans la reconnaissance des compétences locales fondamentales pour la légitimité de l'acteur public local. En fonction de cela, on pourrait imaginer des territoires de compétences correspondant à ces acteurs, permettant à ceux-ci de correspondre à des bassins de vie, comme les qualifient si joliment aussi bien Antoine Sawadogo que la Commission Mauroy en France<sup>3</sup>. On rappellera ici que pour Sawadogo, « le bassin de vie est l'univers gérable et contrôlable par une communauté. Les biens d'intérêt collectif et ceux d'intérêt individuel s'organisent à l'intérieur du bassin de vie. C'est à partir de tels confins qu'il devient envisageable de créer les fondements de l'État, entendu comme le plus petit démultiplicateur commun que les bassins de vie peuvent offrir à leurs occupants. »<sup>4</sup> La légitimité politique (l'essence du Politique), et donc la

---

<sup>1</sup> Voir sur ce sujet Rochegude Alain, *Décentralisation, Acteurs locaux et Foncier, Fiches pays et Analyse de synthèse* ; Cotonou, PDM/Ministère français des Affaires étrangères, 2000.

<sup>2</sup> *Land Village Act*, 1999.

<sup>3</sup> Commission pour l'Avenir de la Décentralisation, *Reformuler l'action publique locale, Rapport remis au Premier Ministre le 17 octobre 2000*, p. 15. Les auteurs du Rapport écrivent notamment « *La question centrale, du point de vue de la décentralisation, est l'absence de coïncidence entre bassins de vie et découpages administratifs.* ».

<sup>4</sup> Sawadogo Antoine, *L'État africain et la décentralisation*, Paris, Karthala/CSAO, 2001, p. 239.

légitimité juridique des normes et des actes réalisés en s'appuyant sur celles-ci sont sans doute à ce prix.

Être capable de lire les territoires autrement que géométriquement est donc ici essentiel pour régler des problèmes comme ceux que l'on peut constater dans les pays où agriculture et espaces pastoraux et/ou d'élevage doivent cohabiter. Rappelons à titre d'exemple, qu'au Mali, au début des années 90 ; lorsque la Mission de Décentralisation a commencé ses travaux préparatoires, elle avait posé comme principe de travail d'identifier au niveau local les « communautés d'intérêt » qui devaient permettre de regrouper les villages en communes. La démarche ne devait en aucun cas être « topographique », mais politique. Le résultat a été concrétisé dans une liste de communes qui ont mis en place leurs instances. Puis, au rythme de la prise en charge effective des compétences, il a fallu tracer les limites de ces communes et on s'est aperçu que, dans un certain nombre de cas, il fallait modifier certaines communes pour tenir compte des réalités. La compétence foncière était alors largement absente, pourtant elle conditionne beaucoup d'autres compétences légalement reconnues. Un beau champ de réflexion !

### **Et pour finir : retournez à la case Philosophes grecs**

Prétendre conclure de manière définitive les propos qui précèdent serait évidemment un contresens et à tout le moins contre-productif. L'intention, depuis le début, est de proposer à Étienne Le Roy, alors qu'il doit envisager le terme de sa carrière professionnelle, de ne pas s'arrêter pour autant sur ces itinéraires, peut-être un peu moins africains aujourd'hui, qui sont ceux de sa recherche depuis si longtemps. Les objectifs que nous avons recherchés à travers toutes ces années commencent aujourd'hui à quitter le champ théorique pour rentrer dans celui des réalités. Le Droit africain commence, doucement, à explorer d'autres voies, subtils métissages entre ce qu'il a été, ce qui a été importé, ce qui est nécessaire aujourd'hui dans ces États où la Nation est peut-être en train de construire le citoyen.

Cette cohérence globale de la Cité, l'État au sens politique du terme, à travers les territoires de compétences, les modes de légitimation et donc de juridicité des normes, les modes de gestion du sol et des ressources naturelles, se trouvait déjà dans Platon, sous la forme de la « Cité des Magnètes », mais aussi chez Aristote. Dans l'un et l'autre cas, la cité est évidemment imaginaire. Un point commun entre les deux : la distanciation au regard de l'univers « topographique » ; comme le fait remarquer Jean-Marie Bertrand, « la démarche d'Aristote sera donc tout aussi peu géographique que celle de Platon traitant de la meilleure constitution »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Bertrand Jean-Marie, *Cités et royaumes du monde grec : espace et politique* ; Paris, Hachette coll. Carré d'Histoire, Paris, 1997, p. 57.

Même si une grande différence entre eux peut être relevée, au regard de nos préoccupations, dans le fait que la Cité des Magnètes doit être « fondée en un lieu désert, de sorte que le passé ne puisse peser sur l'organisation du sol » alors qu'Aristote « n'éloigne pas sa fondation dans un monde imaginaire. Il voit la cité comme un organisme qui vit dans son milieu propre, au contact d'autres organismes semblables à elle »<sup>1</sup>.

C'est un peu l'idée que nous recherchions, il y a de longues années, alors que nous commençons au Mali un itinéraire qui allait nous permettre de nous retrouver autour du « Jeu des lois », lorsque nous comparions le système coutumier à celui du théâtre classique ; il fallait pour qu'il soit cohérent que soit respectée la règle des trois unités ; lieu, temps, action<sup>2</sup>. La grande difficulté des États africains à se construire, comme des entités plus vastes comme l'Europe par exemple, à se constituer, réside très probablement dans les complexités de l'élaboration de dispositifs institutionnels qui permettraient de retrouver cette harmonie sociale fondamentale dans laquelle le Droit pourrait trouver pleinement sa place.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Rochegude Alain, *Le droit de la terre au Mali, un instrument du développement économique*, thèse de Doctorat d'État en Droit, Université Paris 1, 1976, p. I.83.