

La révolution des communs et le droit

Étienne Le Roy

**Nouveaux enjeux fonciers
en Afrique, Amérique et Europe**

La révolution des communs et le droit

La révolution des communs et le droit

Nouveaux enjeux fonciers en Afrique, Amérique et Europe

ÉTIENNE LE ROY

QUÉBEC : ÉDITIONS SCIENCE ET BIEN COMMUN



La révolution des communs et le droit de Étienne Le Roy est sous une licence License Creative Commons Attribution - Partage dans les mêmes conditions 4.0 International, sauf indication contraire.

La révolution des communs et le droit. Nouveaux enjeux fonciers en Afrique, Amérique et Europe.

Auteur : Étienne Le Roy

Design de la couverture : Kate McDonnell, photographie de Florence Piron

Édition et révision linguistique : Florence Piron, Élisabeth Arsenault, Érika Nimis

ISBN pour l'impression : 978-2-924661-91-8

ISBN pour le ePub : 978-2-924661-93-2

Dépôt légal – Bibliothèque et Archives nationales du Québec 2021

Dépôt légal – Bibliothèque et Archive nationale Canada

Dépôt légal : dernier trimestre 2021

Ce livre est sous licence Creative Commons CC BY-SA 4.0

Éditions science et bien commun

<http://editionscienceetbiencommun.org>

3-855 avenue Moncton

Québec (Québec) G1S 2Y4

Diffusion : info@editionscienceetbiencommun.org

Ce livre a reçu le soutien de la Fondation Charles Léopold Mayer pour le Progrès de l'Homme.

À Jacqueline, grâce à qui ce qui va suivre a pu advenir

Table des matières

Prélude	ix
Frédéric Sultan et Camille Laurent	
Préface	xi
Frédéric Sultan et Camille Laurent	
Remerciements	xxv
Pour mieux faire connaissance	xxvii
<i>L'itinéraire d'un rebelle discipliné</i>	
Introduction générale	1
<i>Revisiter notre conception du droit</i>	
Partie I. Des communs « hors la loi »	
1. L'originalité juridique des communs	21
2. La logique du « faire » et la contribution d'une iconologie juridique à la juridicité des primo-communs fonciers	49
3. Conclusion. Passer de l'état de l'art aux données de terrains	67

Partie II. Des néo-communs en construction ou
l'apprentissage de la compatibilité des communs
fonciers avec le droit

4. Des communs contestés, un État africain en échec	75
<i>Le chantier avorté de la décolonisation juridique des politiques foncières, exemple du Mali</i>	
5. Des héritages à préserver. Néo-communs aux Comores et chez les Premières Nations du Canada	113
6. Ici et maintenant. Les habitus des Laboureurs du Vermandois à la lumière d'un nouveau droit des communs	129
7. Conclusion. De la procrastination dans les politiques juridiques	153
Conclusion générale	155
Bibliographie générale	159
Autres ouvrages de l'auteur sur le même sujet	171
Liste des tableaux et figure	175
À propos des Éditions science et bien commun	177

Prélude

FRÉDÉRIC SULTAN ET CAMILLE LAURENT

Les chemins d'Étienne Le Roy et de *Remix the Commons* se sont croisés pour la première fois en 2014. Par la suite, diverses publications et l'exploration des mécanismes juridiques propres aux communs urbains nous ont donné plusieurs fois l'occasion de riches échanges et réflexions, à la fois sur le rôle de l'État et de la Justice et sur l'importance de la reconnaissance de la multiplicité et de la diversité des sources du droit. C'est pourquoi, lorsqu'Étienne nous a sollicités en 2019, nous n'avons pas hésité à faire le lien avec les Éditions science et bien commun (Ésbc), maison d'édition alors dirigée par Florence Piron, qui a accepté de publier cet ouvrage. Pour cette raison aussi, nous nous prêtons avec plaisir à la tâche de rédiger la préface de cet ouvrage. Pour toutes ces raisons enfin, suite au décès d'Étienne Le Roy en février 2020, puis à celui de Florence Piron en avril 2021, nous avons mis une attention particulière, avec toute l'équipe des Ésbc et l'aide précieuse de Jacqueline Le Roy, à ce que l'édition de ce texte soit à la hauteur de la richesse des idées et des travaux d'Étienne Le Roy, ainsi que de l'engagement pour les communs que lui et Florence Piron partageaient.

Préface

FRÉDÉRIC SULTAN ET CAMILLE LAURENT

Auteur incontournable dans le champ des communs, Étienne Le Roy nous invite, avec *La révolution des Communs et le droit*, à nous tourner vers l'avenir en regardant ce dont le domaine juridique est porteur. Les problématiques juridiques tiennent une place de premier ordre dans les préoccupations des acteurs et actrices engagé-e-s dans la sphère publique. Pour nombre d'entre eux et elles, choisir des statuts, adopter un règlement ou encore définir une licence ou un label, peut créer l'illusion que cela suffit à mettre sur les rails leurs projets. Pourtant, tous ceux et toutes celles qui se sont frotté-e-s à cette réalité savent par expérience que pour répondre aux premières incertitudes, rien ne vaut de prendre le temps de mettre en lumière les rôles de chacun-e et les modalités de collaboration souhaitées. Cela implique non seulement les mécanismes qu'on désigne sous le terme de gouvernance, mais aussi les relations humaines et les dynamiques qu'on cherche à activer, ou encore les rapports avec l'environnement institutionnel et social et la découverte d'expériences similaires. Pour que cela soit possible et donne du souffle à nos initiatives, nous gagnerions à ce que notre conception du domaine juridique ne réduise pas le droit au seul texte de la loi. C'est précisément cette transformation de notre culture juridique qu'a nourri Étienne Le Roy au cours de nos quelques années de compagnonnage autour des communs. Les concepts et les arguments qu'Étienne Le Roy a apportés dans la grande conversation sur les communs et face aux dilemmes auxquels sont confrontés les mouvements qui se réclament des communs, constituent une perspective radicalement nouvelle. Les travaux d'Étienne le Roy nous permettent de mieux comprendre certains des enjeux qui se nouent dans les dynamiques du faire en commun autour des enjeux juridiques.

Le **pluralisme juridique**, c'est-à-dire la reconnaissance de la diversité des sources du droit, et la **juridicité** définie comme la capacité des acteurs et actrices à produire leurs propres règles, désacralisent le droit en permettant d'en comprendre la nature et les modes de production, tandis que la **maîtrise** et la **médiation** apportent des outils d'interprétation pour mettre en perspective **primo et néo-communs**. Le texte présenté dans cet ouvrage et les apports d'Étienne Le Roy à l'anthropologie du droit invitent à resituer le droit dans une perspective politique et à l'investir comme un terrain de lutte sociale, ce qu'Étienne Le Roy concrétisa à travers son engagement au sein du Comité technique Foncier & développement (CT-F&D).

Il n'y a pas de communs sans pluralisme normatif et juridique

Étienne Le Roy reconnaît dans les pratiques du commun des formes de production du droit. Mieux, il nous explique que ces pratiques et le droit qui en découle sont légitimes et complémentaires du droit positif. À travers l'encadrement de travaux de recherche, le suivi attentif des travaux anthropologiques sur la propriété dans les contextes africains et ses propres recherches au Sénégal en 1969, puis au Congo en 1972 et 1973, Étienne Le Roy a étudié les formes juridiques de gestion communautaire dans le domaine des rapports de l'humain à la terre et plus largement la gestion des litiges à travers les palabres. Ces pratiques communautaires ont été, et sont encore, largement déconsidérées parce qu'elles ne font pas l'objet d'une forme écrite, alors que l'État colonisateur et de nombreux décideurs après lui, ne jurent, eux, que par le droit consacré par le législateur de la nation. Ces pratiques sont aussi jugées trop complexes, instables et spécifiques pour pouvoir prendre place dans un système juridique à vocation universelle.

La similitude avec la situation des communs est frappante. Ces derniers nous apparaissent au premier abord comme des microcosmes où s'élaborent des règles. Règles qui se font à travers des comportements, des formes de négociation entre les acteurs et actrices en présence et

un effort permanent pour les faire accepter à l'extérieur du collectif. L'adaptation est constante et nécessite des espaces et des temps pour la négociation. Les règles qui font et sont faites par les communs tirent leur légitimité de leur logique fonctionnelle. Elles sont souvent discrètes, parfois secrètes. Elles sont mises en œuvre avec pragmatisme. Elles sont établies avec le souci de répondre aux besoins de la communauté de manière efficiente. Elles ne se présentent pas comme une liste de procédures préconçues. Il est rare qu'elles puissent se résumer à une telle liste si bien que les tentatives de les figer sous la forme de règlement montrent rapidement leurs limites. Il faut reconnaître que leur souplesse permet à ces dispositions de « faire système ».

Étienne Le Roy observe notamment que le partage, par opposition à l'échange, est caractéristique des façons de faire en commun. Il unit autant qu'il sépare et donc permet à la communauté de tisser des liens entre les membres qui la composent et de définir les relations, pas forcément justes ou égalitaires, avec ceux et celles qui lui sont extérieures-s. Ces liens sont entretenus dans un travail permanent qui permet à la communauté de se (re)instituer. Comme le rappelle Abdourhamane Seck¹, en wolof l'*en-commun* peut se dire *mbokk* qui désigne « la parenté, le principe de communauté », le « partage, mais aussi [l']inclusion ». Ce principe est politique, car il y a un devoir de cultiver la socialité : « les Wolofs disent que la parenté se travaille ».

Pour Étienne Le Roy, la terre et « les ressources qu'elle porte » se distinguent comme communs parce qu'elles ne peuvent être aliénées discrétionnairement et affectées sans influencer la reproduction sociale et la transmission intergénérationnelle. Cela signifie que le collectif est plus que la simple addition des individus. De fait, le détour par les pratiques des Wolofs nous montre encore que les droits et obligations qui naissent du partage ne sont pas réductibles à leur seule dimension

1. 2017, « Panser l'en-commun, contribution à une anthropologie de la forfaiture au Sénégal », In Achille Mbembé & Felwine Sarr (dir.), *Écrire l'Afrique-Monde*, Jimsaan, Dakar.

juridique telle qu'elle est décrite sous la forme de faisceaux de droits par Edella Schlager et Elinor Ostrom², et introduite en France par Fabienne Orsi³. Ces pratiques sont la base du lien social qui fonde des communautés singulières selon qu'elles sont familiales, amicales, d'intérêt, etc. Elles organisent le partage des ressources, elles participent de l'interprétation des modes de conduite et des comportements de chacun-e des membres et définissent donc *in fine* la composition et les contours de ladite communauté. Nous, du Nord, regardons parfois avec distance les pratiques communautaires africaines; pourtant, nous aussi, nous avons nos coutumes. Au sein de nos communautés d'intérêts, de nos groupes familiaux, territoriaux ou amicaux, nous élaborons des règles non dites, au point qu'elles peuvent être incompréhensibles pour les non initié-e-s. Nous configurons alors des lignes de partage, le plus souvent implicites, entre celles et ceux qui sont intégré-e-s dans la communauté et celles et ceux qui en sont à la marge et n'en ont pas les codes.

Le pluralisme juridique s'affirme donc ici comme le rejet d'une pensée dogmatique du droit qui fait de sa production le monopole de l'État occidental. Les communs n'ont pas attendu ce que nous appelons depuis trois siècles « le droit » en Occident pour inventer ce qui, avant d'être écrit, prenait la forme de gestes posés, de simples regards échangés, poignée de mains, qui ont valeur symbolique d'engagement et obligent, au risque d'une sanction, tous les commoneurs et commoneuses⁴ qui se

2. 1992, "Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis", *Land Economics*, vol.68, n°3, 249-262.

3. 2014, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà? », *Revue internationale de droit économique* 2014/3 (t. XXVIII), 371-385.

4. *Commoneur et commoneuse* est une traduction du mot anglais "commoner". Ce dernier apparaît en Angleterre au IV^e siècle de notre ère pour désigner l'une des trois principales classes sociales, celle des gens du peuple, à côté du clergé et de la noblesse. Le terme comporte une dimension politique : il désigne celui et celle qui défend les communs contre l'accaparement. Progressivement cette dimension politique s'estompée lorsque le mouvement des *enclosures* aura eu raison de la paysannerie anglaise, jusqu'à être réduit à homme du peuple à la fin du XIX^e siècle. Le terme resurgira, porté par le mouvement des communs, au début du XXI^e siècle, pour désigner à la fois celui et celle qui prend soin des biens communs et se reconnaît dans les pratiques, les principes et les valeurs des communs. Différents

reconnaissent dans la finalité des usages poursuivis. Dès le XV^e siècle en France, ce qui fut qualifié de coutume ou de droit coutumier prit une forme juridique qui permettait de résoudre les litiges entre personnes et institutions, et permettait donc finalement de faire société. C'est ce qu'Étienne Le Roy nomme juridicité.

La reconnaissance de la pluralité de ses sources donne une dimension supplémentaire à notre conception du droit. Elle permet aussi de questionner le monopole de l'État au sein même de notre culture juridique. Les normes sociales proviennent « du bas » dès lors qu'elles sont instituées par la répétition des pratiques au sein d'une communauté. En travaillant sur le pluralisme normatif et juridique, Étienne Le Roy poursuit les travaux de Michel Alliot⁵ et remet en cause cette idée profondément ancrée que le droit ne peut être fondé que sur des lois qui résultent d'un pouvoir suprême, omniscient et omnipotent détenu par le seul législateur, qui reproduit ou incarne une conception de l'État de droit divin.

En même temps qu'il nous libère de ce dogme, Étienne Le Roy nous invite à reconsidérer notre connaissance et notre perception du domaine juridique dans une perspective d'émancipation en même temps que décoloniale. C'est sans doute parce que l'intention d'Étienne Le Roy

terme français pourraient valablement être candidats à la traduction de l'anglais *commoner*. *Communist* est un mot ancien, utilisé pour la traduction du livre de J.P. Thompson, *Les usages de la coutume*. *Communiste*, avant d'être capturé par l'expérience historique communiste, était utilisé pour nommer les personnes copropriétaires dans la ville/village. *Ménager* ou *mainagier* est cité par Étienne Le Roy, comme désignant dans le Vermandois au XIII^e siècle et jusqu'à une période récente, l'homme du petit peuple, le journalier, l'habitant. Et contemporain, dans le milieu de Wikipédia (culture libre), on rencontrera couramment *commoniste*. *Commoner* utilisé pour la traduction de *La renaissance des communs* de David Bollier, par le lien qu'il conserve à l'anglais, nous semble le plus à même de refléter la complexité, exprimée par la langue anglaise : les relations de la personne à la ressource et à la communauté et de la personne aux classes sociales. Enfin, il n'occulte pas l'histoire de la disqualification et du renouveau du mot "commoner" en anglais. Cela permet de rendre compte des enjeux à la fois culturels, sociaux et politiques de la traduction.

5. Étienne Le Roy, 2019, « Pourquoi et comment la juridicité des communs s'est-elle imposée dans nos travaux fonciers? Récit d'une initiation », CT-F&D. *Regards sur le foncier*, n°8.

résonne avec le projet d'une école des communs interculturelle qui articule politisation des communs et éducation populaire⁶ qu'au sein de *Remix the Commons*, la rencontre avec ses travaux nous a paru si enrichissante. Avec Étienne Le Roy, nous sommes convaincus qu'il faut ouvrir la boîte noire du droit pour questionner les mécanismes de sa production et de son usage dans le contexte de la culture juridique occidentale, aussi bien que dans celui des autres cultures. Ce que nous disent la pluralité juridique et la juridicité, c'est que le droit n'est pas réductible à une expertise car c'est aussi un terrain de luttes sociales, comme le montre l'usage créatif du droit que nous développerons plus loin.

La cohabitation de primo-communs et néo-communs

Aux côtés des pluralismes normatifs et juridiques et de la juridicité, Étienne Le Roy nous propose les concepts de primo et néo-communs. D'une part, à travers les primo-communs, Étienne Le Roy valorise les pratiques ancestrales et transversales qui sont à la base de façons de faire en-commun (partage, inappropriabilité, transmission intergénérationnelle) qui sont toujours présentes, mais menacées ou en recul, car existant en dehors ou avant le marché et l'État. D'autre part, et c'est l'un des apports originaux du présent livre, l'étude des néo-communs révèle la pertinence de l'approche par les communs pour appréhender des « créations de notre temps », mobilisant les caractéristiques des primo-communs tout en devant se faire une place face à la propriété privée.

6. À titre d'exemple, voir la présentation qu'en a faite Alain Ambrosi en 2012, au moment du *Printemps Érable* au Québec : "Le bien commun est sur toutes les lèvres", *Remix the Commons*. https://wiki.remixthecommons.org/index.php/Le_bien_commun_est_sur_toutes_les_lèvres

Étienne Le Roy explore des notions nouvelles parce qu'il est convaincu que « notre addiction au propriétaire est telle que nous avons beaucoup de mal à nous passer de la terminologie de la propriété pour traiter des communs »⁷. C'est avec la notion de maîtrise qu'il a tenté de dépasser l'usage du terme « droit », en illustrant le rapport d'appropriation qui imprime la marque occidentale sur les rapports de l'humain à la terre. Les maîtrises foncières et fruitières qu'il a étudiées dans les contextes africains sont les pouvoirs et les responsabilités qui découlent des affectations d'un espace dont les usages peuvent être divers. Elles organisent le patrimoine commun d'un groupe et la multiplicité des formes d'usage et de gestion permettant sa durabilité.

Étienne Le Roy étend son analyse au-delà des pratiques caractéristiques des maîtrises des primo-communs et interroge la combinaison entre le faire-commun et l'échange marchand. Il propose une approche pragmatique de la place que peuvent prendre les communs aujourd'hui lorsqu'un collectif produit des biens et services en commun et les échange sur le marché, ou lorsque des modes de gouvernance collective s'appuient sur des espaces protégés par des formes de propriété, qu'elles soient privées ou collectives.

Rejoignant Serge Gutwirth et Isabelle Stengers, Étienne Le Roy reconnaît dans les néo-communs la nécessité « de générer, d'entretenir, et de faire évoluer en cas de besoin, des règles qui organisent leur fonctionnement et les obligations qu'implique le fait de se comporter comme un communer »⁸. Dans une société contemporaine où le lien social tend à se distendre et où les appartenances communautaires sont de plus en plus multiples, les communs font société, car ils obligent à une forme de régulation même si elle est informelle et toujours en mouvement.

7. Étienne Le Roy, 2016, « Des communs à double révolution ». *Droit et Société* 2016/3, n°94, 606.

8. « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *Revue juridique de l'environnement* 2016, 41 (2), 336, cité dans Étienne Le Roy, « Des communs à double révolution », *Droit et Société* 2016/3 n°94, 613.

De notre côté, c'est avec l'exemple de la médiation que nous proposons d'illustrer les néo-communs. Étienne Le Roy se plaisait à raconter qu'il avait aussi conduit des observations en France, c'est-à-dire dans le contexte juridique occidental. Il s'est, entre autres, penché sur le cas des pratiques de la justice des mineur-e-s ou de la justice « restaurative » au Canada. Dans l'observation de ces milieux, il a décelé l'importance des pratiques de médiation qui tiennent lieu, pour les acteurs et actrices, de processus d'arrangement, d'un droit tout à fait effectif, et, pour les observateurs et observatrices tels que lui, d'une forme de néo-communs. Il s'est penché sur ce chantier à travers l'association R.E.G.A.R.D.S. dans une perspective inter-culturelle⁹. La médiation est un moyen de produire des compromis acceptés par toutes les parties d'un différend. Dans le domaine de la justice des mineur-e-s, la médiation a pour objectif de résoudre un problème que ni une condamnation judiciaire ni l'invocation de règles formalisées ne peuvent résoudre à elles seules. Elle permet de prendre en charge le problème à travers des procédures typiques qui cherchent en priorité à apaiser des tensions. Elle intègre les valeurs de solidarité, de partage et de soin au sein de processus institutionnalisés de règlement des différends. Ainsi, la médiation, parce qu'elle n'a pas vocation à seulement appliquer les règles pré-établies, permet de reconstruire un récit partagé et de relier des personnes aux intérêts différents, parfois contradictoires.

L'apaisement des tensions et le règlement des différends par la médiation ne doivent pas être compris comme un rejet par principe de la sanction. Si celle-ci est parfois discutée dans les pratiques contemporaines qui mettent en avant la liberté d'accès, il nous paraît important de souligner avec Étienne Le Roy que l'on trouve dans les primo-communs des formes de sanctions rituelles, sans dimension punitive, par lesquelles la ou les autorités désignées peuvent obliger au respect des règles décidées par le groupe, même si elles ne sont pas

9. Association qu'Étienne Le Roy a co-fondée avec Stéphane Tessier : <http://dautresregards.free.fr>

entérinées par une autorité judiciaire étatique. Les néo-communs, incluant la médiation, n'évitent pas la sanction. Ils la définissent comme une pénalité dont on va s'assurer, en raison de sa nature et de sa forme, qu'elle s'inscrit bien dans un continuum qui fait toute leur place à l'information, au rappel et à l'acceptation collective des responsabilités et à la prise en compte du contexte de l'action et des contrôles réalisés.

Pour autant, l'existence de montages institutionnels mêlant des formes de faire-ensemble propres aux communs et des processus relevant du marché ou des prérogatives de l'État, dans le cadre de la médiation, ne signifie pas que l'on doit faire l'économie de la construction de mécanismes juridiques complexes et propres aux communs. Un usage créatif du droit est plus que jamais indispensable.

Usage créatif et politique du droit

Aujourd'hui, outre le renouvellement de la culture juridique que nous venons d'évoquer, il est nécessaire pour le mouvement des communs de prendre la mesure du défi politique auquel il fait face. Il nous faut imaginer les outils et les mécanismes juridiques qui permettent de déployer l'en-commun et les stratégies qui permettent de les faire évoluer afin qu'ils servent un projet de transformation de la société sans être récupérés. L'une des forces des communs est d'instituer le collectif en action comme un interlocuteur de la puissance publique sur le terrain de la production juridique. Reste à obtenir une véritable reconnaissance de sa part!

À cet égard, le témoignage du réseau italien des biens communs¹⁰ éclaire les enjeux démocratiques des communs. Après plusieurs années passées à soutenir les revendications de collectifs locaux qui le

10. Rete Nazionale Beni Comuni Emergenti e ad Uso Civico, "Proposte per lo sviluppo dei beni comuni "emergenti"", 23 novembre 2020. <https://www.labsus.org/2020/11/proposte-per-lo-sviluppo-dei-beni-comuni-emergenti>

composent, son constat est sans appel : si les collectifs sont parfois parvenus à obtenir des avancées réglementaires concrètes, ils ont fait le plus souvent le constat d'une instrumentalisation politique du discours sur la participation. La réalité des rapports entre puissance publique et citoyen-ne-s relève trop souvent d'un paternalisme politique et administratif qui isole et infantilise des « citoyens actifs », les excluant systématiquement de l'élaboration des projets de réglementation.

Pourtant, les collectifs militants où se croisent l'expérience de la solidarité et les savoirs juridiques démontrent un véritable usage créatif du droit pour produire des réponses aux besoins exprimés à travers les communs de surmonter les inégalités sociales, de partager des responsabilités en impliquant les personnes concernées, et d'inscrire la puissance publique dans une logique vertueuse d'encouragement de la coopération entre les initiateurs et initiatrices d'actions de solidarité. La richesse de la palette des outils et mécanismes juridiques pour les communs n'est plus à démontrer. L'usage civique à Naples, les chartes ou réglementations municipales dans le reste de l'Italie, le programme de patrimoine citoyen d'usage et de gestion communautaire à Barcelone¹¹ ou d'autres dispositifs illustrés dans l'*Atlas des chartes des communs urbains*¹², sont des exemples proches, qui inspirent largement le mouvement des communs.

Le combat dans le domaine juridique est politique dans le sens où il ne vise pas seulement à protéger les expériences d'en-commun, mais aussi et surtout à nourrir une transformation de l'usage du droit, et à introduire des précédents qui permettent de revendiquer une mise en œuvre concrète des droits civils et sociaux, de l'égalité, de la fonction sociale de la propriété, des droits à la participation et de la possibilité

11. Cadre conceptuel et normatif dont s'est doté la Mairie de Barcelone en 2017. <https://ajuntament.barcelona.cat/participaciociudadana/es/patrimonio-ciudadano>

12. https://wiki.remixthecommons.org/index.php/Atlas_des_chartes_des_communs_urbains

pour les usagers et usagères de participer à l'organisation des services essentiels. Principes qui, bien qu'inscrits dans nombre de constitutions, restent trop souvent lettre morte.

Au regard de cette forme de lutte sociale, les commoneurs et commoneuses sont parfois à la recherche de la protection d'un droit positif des communs, d'un droit qui puisse prétendre rivaliser avec le droit de propriété privée exclusive pour instituer une autonomie des communautés. Étienne Le Roy propose quant à lui de penser la juridicité comme une hétéronomie, c'est-à-dire comme le résultat d'un enchâssement des droits générés par les communs et des droits législatifs. La logique fonctionnelle qui, dans les communs, guide l'élaboration des règles et des principes d'action rencontre celle de l'État garant de l'intérêt général. Pour les commoneurs et commoneuses, le défi est de faire vivre la démocratie en donnant à l'État le rôle de garant de la dimension universelle des droits humains (et peut-être bientôt non-humains), à travers des mécanismes qui garantissent la compatibilité des communs avec l'intérêt général.

Dans le même temps, il faut combattre le caractère invasif et destructif du droit occidental propriétaire dont les effets sur les communs se poursuivent sous des formes nouvelles au nom de la rationalisation économique néo-libérale. Aujourd'hui, nous constatons l'instrumentalisation des outils juridiques initialement destinés à permettre l'exercice de la coopération et de la solidarité (chartes en tous genres, conventions, licences, mais aussi statuts associatifs et de coopératives) pour singer les communs. L'économie collaborative nous a donné quelques exemples qui alimentent les discussions¹³. Parfois, ce phénomène résulte d'un désir de l'institution publique d'exercer une hégémonie sur la sphère publique, que ce soit pour exercer un contrôle bureaucratique comme au siècle passé, ou bien pour la marchandiser

13. Voir, par exemple, les débats sur *La ruche qui dit oui* sur la liste Échanges du réseau francophone des biens communs : <https://listes.cfcloud.fr/bienscommuns.org/info/echanges>

comme aujourd'hui, ce qui est parfois servi par des rapports ambivalents des commoneurs et commoneuses aux institutions. Ces procédés sont d'autant plus faciles lorsque les outils juridiques sont essentialisés et que le discours réduit les communs à des choses simplement définies par le mécanisme légal qui les protège, sans leur reconnaître les valeurs sociales, éthiques et politiques déjà soulignées.

L'usage créatif et politique du droit est un travail du quotidien et l'une des dimensions essentielles de l'en-commun. Une conception créative du droit ne se limite ni à la création de nouvelles réglementations, ni au travail des juristes enfermés dans leur expertise. Elle les oblige à se placer dans une perspective d'émancipation des personnes. La maîtrise créative du droit passe par des pratiques collectives de reconnaissance, de partage et de reproduction de la connaissance sur le droit attaché aux communs, à l'image de ce qui, dans un autre temps, a pu prendre la forme de célébrations des communs et de leurs règles telles que nous les rappellent les historiens comme Peter Linebaugh¹⁴ ou Edward P. Thompson¹⁵.

Ce qui fait la beauté des communs, c'est précisément qu'une liste de chartes, de statuts et de licences types ne suffit pas pour en réduire la complexité. Et c'est aussi qu'ils nous enseignent la nécessité de déployer avec les commoneurs et commoneuses un usage créatif et politique du droit, comme une partie indispensable des actions qui protègent et soutiennent notre capacité à faire communauté ensemble. Étienne Le Roy

14. *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for All*. Berkeley: University of California Press, 2008.
15. *La Guerre des forêts. Lutttes sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle [Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act]*, trad. de Christophe Jaquet, Paris, La Découverte, coll. La Découverte Poche/Sciences humaines et sociales, n°460, janvier 2017 (1^{re} éd. 2014) et *Les usages de la coutume. Traditions et résistances populaires en Angleterre, XVIIe-XIXe siècles [Customs in Common]*, trad. de Jean Boutier et Arundhati Virmani, Paris, coll. Hautes Études, Gallimard, Le Seuil, EHESS, 2015.

a consacré une grande partie de son énergie à cette idée afin qu'elle transforme notre société. Son dernier ouvrage en témoigne et nous sommes particulièrement heureux de vous inviter à le découvrir.

Frédéric Sultan est un militant d'éducation populaire engagé dans le mouvement des communs depuis le début des années 2000. Passionné d'éducation et de transformation sociale, il a exercé son activité dans le domaine de la culture scientifique et technique en Seine-Saint-Denis avec F93 Atelier des sciences pendant les années 1990, puis dans celui de la culture numérique au sein de l'association VECAM.

En 2009, il participe avec Alain Ambrosi à la fondation du collectif *Remix the commons* pour contribuer à l'émergence de la culture des communs à travers le développement d'outils pour agir, apprendre et s'organiser en commun. Frédéric Sultan fait connaître le dessous des mécanismes juridiques des communs avec l'*Atlas des Chartes des Communs Urbains* et coordonne le site web politiquesdescommuns.cc. Il propose une définition du terme Commoner dans le *Dictionnaire des biens communs* (La Découverte, 2019).

À partir de 2015, il participe au lancement de l'Assemblée Européenne des Communs (ECA), pour doter le mouvement européen d'une arène politique et défendre et promouvoir les communs en Europe.

Camille Laurent est doctorante en Géographie au Laboratoire PRODIG de l'Université Paris 1. Elle travaille sur les pratiques du commun des groupes ruraux des forêts du *Gran Chaco* argentin, et s'intéresse à la reproduction de ces pratiques au travers des conflits fonciers et des interactions avec les acteurs locaux et internationaux du développement.

Sa curiosité pour les communs est née de son engagement pour la justice environnementale, climatique et sociale. Elle a vécu et travaillé en Afrique de l'Ouest (Burkina Faso, Mali et Sénégal) et en Argentine

et collaboré avec plusieurs collectifs de luttes et résistances écoterritoriales et associations de solidarité internationale. Elle est membre de *Remix The Commons* depuis 2019.

Remerciements

L'auteur remercie très sincèrement

- les chercheurs et chercheuses du laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (LAJP),
- les chercheurs et chercheuses de l'Association pour la promotion des recherches et études foncières en Afrique (APREFA),
- les membres du Comité technique *Foncier & développement* (CT-F&D) du Ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères et de l'Agence française de développement et
- les Sahélien-ne-s, Comorien-ne-s, Canadien-ne-s et Malgaches qui ont contribué, en leur temps, aux avancées de ces travaux.

Pour mieux faire connaissance

L'itinéraire d'un rebelle discipliné



Avant de partager avec le lectorat les découvertes qui ont fait l'objet de cet ouvrage, je dévoile dans ce qui suit quelques arrières-plans d'une vie scientifique qui s'étend sur six décennies et qui ne s'est pas seulement heurtée aux aléas du politique aux échelles nationale et internationale. Les obstacles auxquels cette démarche s'est confrontée ont d'abord, et principalement, émergé dans ma réflexion de chercheur qui, depuis la fin des années 1960, ne voulait plus lâcher une question centrale et sensible, celle de la généralisation de la propriété privée en Afrique. Le matériel conceptuel adéquat pour parler en scientifique et se faire accepter par le milieu universitaire restant à inventer, je dus bricoler pendant des années des réponses provisoires, me positionnant ainsi en rupture avec l'ensemble du monde académique avec lequel il m'a pourtant fallu composer.

Pour caractériser ma position, j'ai employé dans le titre de ce texte l'expression « rebelle discipliné ». Techniquement, il s'agit d'un oxymore, c'est-à-dire d'une formulation dans laquelle deux termes sont contradictoires mais où le second peut avoir pour fonction de corriger, généralement en l'adoucissant, le sens du premier. J'ai emprunté l'expression à l'un de mes collègues, professeur au Collège de France, dont le père, officier supérieur de l'armée française, entendait bien que son fils s'inscrive dans la tradition familiale. Celui-ci se retrouva dès son

plus jeune âge dans une école militaire et ne put s'en échapper qu'à sa majorité, pour pratiquer la littérature. Il dut ainsi, pendant plus de dix ans, discipliner sa rébellion.

J'avais vécu auparavant une aventure semblable, le milieu étant celui des juristes et le cadre de formation un collège de Jésuites. Je ne pouvais y échapper car il n'était pas pensable, durant la décennie 1950 et dans une ville moyenne de province française, qu'une personne de ma famille fréquente l'école publique. C'est ainsi que mon adolescence et le début de ma vie d'adulte furent structurés par une rébellion instinctive, d'abord contre les Jésuites puis, à l'université, contre les juristes, car mon père n'avait accepté de m'aider financièrement dans mes études que si je faisais du droit, « qui donne un métier dont on peut vivre ». Après, m'avait-il dit, « tu feras ce que tu voudras », et ce que je voulais, c'était l'anthropologie, le seul beau cadeau des Jésuites, en dehors d'une formation intellectuelle de qualité, que je devais à mon professeur de philosophie.

Je fus donc engagé durant toute la décennie 1960 dans un double cursus universitaire, d'abord de droit, dont je passai les examens en première session, puis de sociologie-anthropologie en Sorbonne, dont je présentai les examens en seconde session. Ce fut lourd à vivre, car il fallut y ajouter le service militaire et un mai 1968 perturbateur. Il y aurait eu excès de discipline si la tendance à la rébellion n'avait été revigorée par l'arrivée à la Faculté de droit de Paris, en 1963, d'un jeune professeur d'histoire des institutions, Michel Alliot, de retour de Dakar où il avait jeté les bases d'une nouvelle discipline, l'anthropologie juridique, en rompant de manière exceptionnelle avec l'ethnocentrisme habituel de ce type d'enseignement. Au lieu de s'appuyer sur les catégories du droit occidental pour décrire la vie juridique des Africains et Africaines, il partait des pratiques et comportements qu'il avait observés pendant des années dans un village sérère où il avait vécu, à 80 km de Dakar. Il nous présenta ainsi une vision animiste du monde. Je lui emboitai le pas dans mon premier terrain d'anthropologue en pays wolof, toujours au

Sénégal, puis par une thèse d'État en droit sur la réforme foncière dite « du domaine national » qui débuta au Sénégal en 1964 et dont j'allais suivre les péripéties jusqu'à maintenant.

Je crois avoir ainsi dessiné le cadre et les bases d'un parcours scientifique qui peut être résumé par ces quelques options essentielles :

- J'ai tout d'abord été associé à la fondation de l'anthropologie juridique, nouvelle discipline qui prit le nom d'anthropologie du droit durant la décennie 1970. J'ai contribué à lui donner ses bases méthodiques et épistémiques principales. Je devins en 1988 le directeur du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, succédant ainsi à Michel Alliot, et publiai ma synthèse théorique majeure, *Le jeu des lois, une anthropologie « dynamique » du droit*, en 1999 chez LGDJ.
- Dès le début de la décennie 1970, j'ai multiplié les terrains et les pratiques de recherche fondamentale et appliquée, passant du Sahel à l'Afrique centrale puis à l'océan Indien (Madagascar, Comores). J'ai ouvert un gros chantier sur la justice des mineurs en France afin de décoloniser nos analyses sur la justice, ce qui m'a aussi conduit à travailler la négociation dans le droit, puis sur les politiques de médiation, dont je reste un spécialiste. Ce souci de décoloniser le droit a justifié mon invitation au début des années 1980 par le Centre de recherches en droit public de l'Université de Montréal et sa directrice, Andrée Lajoie, à travailler la décolonisation de la question autochtone. J'ai ainsi été mobilisé jusqu'au milieu des années 2010 sur le grand chantier « Peuples autochtones et gouvernance », dans lequel on m'avait confié la question des revendications territoriales. Entre temps, j'ai inséré la question autochtone dans la problématique plus générale de la juridicité.
- Le concept de juridicité, cet englobant de notre droit positif dont je traite à titre principal ici, ne s'est imposé que lentement dans mon travail, tant était grand le risque de rejet venant du monde académique et singulièrement des professeur-e-s de droit attaché-e-s à leurs conceptions monologiques. J'ai attaqué ce dossier en trois

temps, en commençant par la question du droit coutumier, dont j'ai montré dès 1984 à Bruxelles le caractère ethnocentrique, en travaillant en particulier le sens de la coutume. Puis je concentrai mes analyses sur l'invention du droit moderne, montrant qu'il ne s'agit en fait que d'un *folk system*, une création culturelle particulière, propre à l'espace-temps européen de ces derniers siècles, qui ne saurait revendiquer indûment une universalité en tous temps et en tous lieux. Enfin, je décortiquai le droit de propriété privée, lequel constitue l'enjeu de mon livre *La Terre de l'autre* (LGDJ, 2011).

- La propriété privée et les communs représentent le chantier central et le plus fécond de mon travail. C'est par la généralisation de la propriété privée que la soumission des Africains et Africaines au capitalisme a été recherchée. En 1964, le président du Sénégal Léopold Sédar Senghor avait tenté d'en circonscrire l'impact avec sa loi sur le domaine national, mais l'application en a été détournée. L'enjeu de la soumission par la propriété privée reste donc permanent.

Dans ces derniers travaux, j'ai été amené à distinguer deux types de propriété. Premièrement, lorsqu'elle reste exclusive, donc qu'elle coupe les relations avec l'ancien titulaire de la chose tout en ayant un champ d'exercice limité soit à certains objets, soit à certains acteurs, la notion de propriété peut se retrouver dans toutes les sociétés. En Afrique, elle concerne surtout les bijoux, les outils et les armes. Mais si on ajoute l'absolutisme à l'exclusivité, autorisant le détenteur de la chose à en disposer de manière plus discrétionnaire, alors on est face à une propriété privée qui prend un rôle central dans les rapports fonciers, en autorisant l'aliénation des droits sur la terre. Le *Common law* distingue ainsi entre *Property rights*, ou droits d'appropriation inscrits dans un « panier de droits » et consolidant les usages reconnus sur les communs, et *ownership*, dont la racine *own* indique le caractère exclusif et absolu, fondant ainsi le droit de propriété privée.

La seconde distinction porte sur le caractère récent de l'invention de la propriété, malgré les précédents du droit romain, et ce, tant en droit anglais que français. La grande affaire des « enclosures » anglaises, qui s'étire du XVI^e au XVIII^e siècles, l'illustre explicitement. La fermeture des champs en communs par des haies pour privilégier l'élevage ovin en vue de l'exportation de la laine fixe les espaces et les droits, puis favorise les possibles aliénations qui vont donner naissance au principe de l'échange généralisé, donc au capitalisme. Ainsi, la propriété privée a été à l'origine de la disparition des communs fonciers puis, plus généralement, de l'idée de communs fondés sur un partage des utilités. On y préfère l'efficacité apparente et l'immédiateté de l'échange marchand, processus qui ne cesse de se développer devant nous avec la financiarisation du capitalisme contemporain. Au risque du désastre!

Ces analyses nous ouvrent de nouvelles questions et critiques substantielles de la modernité juridique, comme la notion de souveraineté, par exemple. Mais aborder ce thème ici nous éloignerait du principe d'une notice introductive : il faudrait rédiger une biographie dont je ferai l'économie. Lecteurs et lectrices, vous avez sans doute deviné que, malgré bien des difficultés, cette vie de chercheur m'a comblé. Tout en sachant que les jeunes générations de chercheurs et chercheuses ne pourront plus en remplir les multiples conditions, il faut persévérer sinon dans la rébellion, du moins dans la transdisciplinarité.

Introduction générale

Revisiter notre conception du droit

Prolégomènes

En quoi le droit fait-il ici problème?

Avant d'entrer dans l'analyse de la place des communs et des néo-communs dans la vie contemporaine, il est prudent de préparer le lectorat à des remises en question de la place et du rôle du droit que va induire l'anthropologie interculturelle qui a présidé à ces recherches. Commençons par noter que certains juristes nous y ont déjà préparés.

Ainsi, François Ost, dans son dernier ouvrage de synthèse *À quoi sert le droit?* (2016), fait trois observations liminaires :

D'une part, je note que le droit est une institution « seconde », qui nécessairement se greffe sur des relations plus originaires, familiales, religieuses, commerciales, politiques. En ce sens, il est exact de soutenir qu'ont existé, et qu'existent encore, des sociétés sans droit (non pas sans règles, mais sans droit). D'autre part, second constat liminaire, je note que le droit a perdu la place centrale qu'il occupait durant l'âge moderne, et peut-être jusqu'à la Première Guerre mondiale, au sein de ce que j'appelle le « grand tout culturel » (place qu'occupait la religion en des temps plus reculés, et qui est aujourd'hui tenue par le marché et les technologies sur lesquelles il s'appuie). Il ne disparaît pas pour autant, mais la question demeure de savoir dans quelle mesure il conserve l'essentiel de sa spécificité, dès lors que, marginalisé, il gravite autour d'une logique qui lui est étrangère et le détermine plus ou moins profondément [...]. Mais, quelle que soit la réponse

qu'on apportera à cette question, j'observe encore – et c'est ma troisième remarque liminaire – que même marginalisé, notamment en tant que science de l'État, au cœur du modèle bureaucratique « légal rationnel » wébérien, le droit contribue à la diffusion d'une « culture juridique », implicite mais opératoire, qui détermine en profondeur procédures, habitus et valeurs. À la manière d'un langage partagé, cette culture juridique invisible a pour effet que de nombreux acteurs, dans leurs champs d'action respectifs, font du droit sans le savoir, à la manière dont Monsieur Jourdain faisait de la prose (Ost, 2016 : 6).

Avant de commenter ces trois propositions de François Ost, il est utile de revenir à ce qu'écrivait sur un sujet proche Jean Carbonnier dans *Flexible droit* où il proposait deux théorèmes (1995 : 21-22) :

1. « Le droit est plus grand que les sources formelles du droit ».
2. « Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes ».

À ces deux théorèmes, j'ai proposé d'en ajouter un troisième pour répondre à une demande de François Terré et pour célébrer la mémoire du maître dans *L'Année sociologique*, revenant à ma synthèse d'anthropologie dynamique de 1999, *Le jeu des lois*, et à la notion de juridicité empruntée au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* d'André-Jean Arnaud (1993), avec l'objectif de « proposer un domaine commun de régulation dans lequel chaque tradition doit pouvoir se retrouver sans perdre ses caractères et sa dimension interculturelle » (Le Roy, 2007b : 345-346).

J'ai ainsi formulé ce troisième théorème : « la juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales [modernes] tout en la comprenant » (*ibid.*, 2007b : 345).

En pensant la juridicité comme un englobant des manifestations du juridique propres au droit ou étrangères à ses développements historiques modernes, je prétendais répondre à l'exigence interculturelle

caractéristique de l'anthropologie et que ne partagent pas nécessairement ceux et celles qui restent inscrits, comme Jean Carbonnier, dans la tradition occidentale. Plus de dix ans plus tard, je suis toujours en face d'un choix diacritique qui est fonction de l'expérience d'un décentrement plus ou moins plausible du chercheur ou de la chercheuse dans son rapport à l'autre. Il est évident que mon expérience africaniste et ma vocation anthropologique ont été déterminantes dans ma conversion à la juridicité.

De même qu'il manquait seulement à Jean Carbonnier ce décentrement de l'observation de l'autre dans une logique de la différence plutôt que de la ressemblance pour être dit anthropologue (Le Roy, 2007b : 350), de même en va-t-il de la démarche de François Ost à qui le qualificatif d'anthropologue n'ajouterait rien à la congruence de ces observations liminaires qui inspirent les trois propositions axiomatiques suivantes :

1. Si toutes les sociétés humaines sont régulées, seules certaines – qui ont dû inventer successivement l'État et une science de l'État (au sens wébérien, Weber 1971) – connaissent le droit que l'on dit alors positif. On dénomme juridicité ce mode de régulation des sociétés humaines, entendu comme un phénomène général et englobant la notion du droit, selon la « fenêtre » d'observation de la culture occidentale. Je ne prétends pas que cette définition de la juridicité est universelle, car il pourrait ne pas exister une et une seule conception de la juridicité, ce qui conduit à privilégier le concept de pluriversalité (Mignolo, 2013) qui accepte les différences plutôt que l'uniformisation dont on retrouvera les conséquences ultérieurement.
2. Si le droit positif semble actuellement perdre une part de sa place, de son prestige ou de son efficacité, il n'a jamais pu être étudié indépendamment de ce que François Ost décrit comme « des relations plus originaires, familiales, religieuses, commerciales, politiques », s'inscrivant maintenant dans les technologies du marché. Nous sommes ici face à deux ordres de normativité que l'on peut appeler normativités première et seconde (sans jugement

de valeur). L'anthropologie nord-américaine en particulier a travaillé cette idée que la production juridique relève de régulations secondes. De même que les théories linguistiques parlent de double articulation pour analyser le langage et ses modes d'expression, de même j'invoquerai dans mes analyses le principe d'une double institutionnalisation des pratiques sociales en normes juridiques (Le Roy, 1999). C'est l'un des enjeux de la recherche qu'on retrouvera en fin de première partie de ce livre : identifier ce qui sépare et spécifie les habitus coutumiers du droit positif étatique moderne. Mais, à l'inverse, la science moderne du droit a opéré une césure excessive (que François Ost tente de réduire) entre les régulations premières de la famille ou du commerce et le monde « second » du droit que ses théoriciens présentent comme autonome, voire même comme auto-poïétique, c'est-à-dire capable de se reproduire sans apport ou décision externe. À l'invitation du juriste comparatiste Rodolfo Sacco, deux congrès en Italie (Le Roy, 2007b; 2009) m'ont conduit à proposer de sortir de cette prétention à l'autonomie du droit et, pour ce qui concerne la juridicité, à travailler son hétéronomie, c'est-à-dire son possible enchâssement (*embedding*) dans les relations familiales, économiques ou politiques. Cette hétéronomie est déroutante pour le ou la juriste, car il faut repérer la norme juridique hors de la formulation d'une règle générale et impersonnelle, d'un vocabulaire spécialisé ou de procédures typiques, et plutôt, par exemple, dans des actes ou rituels appropriés, comme je l'ai déjà suggéré. *Ubi societas, ibi ius* peut être interprété comme « là où il y a de la société, il y a du juridique », ce qu'on appelait classiquement mais métaphoriquement « le droit » et que je propose plus largement de tenir pour de « la juridicité ». Comment l'appréhender?

3. Selon François Ost, la science du droit appartient à un ensemble plus vaste et plus flou qui peut être analysé comme « une culture juridique invisible », à la manière d'un langage partagé. On peut cependant aller plus loin. Ce n'est pas seulement une culture du droit positif qui irrigue nos pratiques quotidiennes par ses termes, ses formules plus ou moins ampoulées, ses fictions, ses représentations et ses interdits.

Ce que nous pratiquons comme « la prose de monsieur Jourdain » de Molière, c'est la **juridicité**. Ce terme sans doute technique et peu familier du lectorat vise à rendre compte de régulations peu spécialisées, peu formalisées, peu conscientisées, qui ne sont tenues pour obligatoires que sous certaines conditions et dans certains contextes. Ces contextes, dénommés « les mondes de la juridicité », peuvent être bien particuliers car la solution n'y est tenue pour obligatoire que par quelques-uns, ici et maintenant, mais non ailleurs et plus tard. Ainsi, certaines pratiques sont inconcevables dans certaines familles et attendues dans d'autres, les unes et les autres appartenant pourtant aux mêmes milieux socio-économiques. Il n'est donc pas étonnant que toute théorie de la juridicité repose initialement sur une représentation de la pluralité des mondes (Le Roy, 1999), ce qui est valable dans un monde ne l'étant pas dans les autres, ou au moins pas exactement comme cela – cette exactitude pouvant se révéler cruciale.

Le surcroît de connaissance que j'envisage d'apporter dans cet ouvrage se situe essentiellement à ce troisième niveau d'une culture de la juridicité « en deçà et au-delà du droit », centrée sur le dossier emblématique des communs.

Une dernière précision : cette démarche présente la difficulté de ne pas relever de savoirs constitués, « canoniques », ou de disciplines scientifiques labellisées. Tout en les traversant (par la transdisciplinarité) pour en retenir divers apports ou avancées, ces positionnements, que je qualifie de *topoi* scientifiques, se situent en surplomb, dans le contexte méta-disciplinaire qu'autorise la démarche anthropologique. Il ne s'agit pas ici de quelque prétention à s'affranchir des contraintes de la méthode, mais de la recherche d'un effet de distanciation par rapport aux idées reconnues devenues obsolètes en raison des changements affectant les sociétés qui nous entourent. Cette prise de distance se trouve, par exemple, exprimée par Jean-Jacques Rousseau : « Quand on veut étudier les hommes il faut regarder près de soi; mais pour étudier l'homme il faut

apprendre à porter sa vue au loin; il faut d'abord observer les différences pour découvrir les propriétés » (Lévi-Strauss, 1973 : 47, citant Jean-Jacques Rousseau, *Essais sur l'Origine des langues*).

Prise de conscience de la complexité inhérente à toute société

L'outillage juridique colonial appréhendé dans le contexte africain durant les années 1970 et qualifié de « coutumes », ainsi que les modes de prise en charge des différends, catalogués comme « palabres »¹, ont illustré la richesse de réponses pluralistes derrière l'ethnocentrisme colonial. Mais il restait une question fondamentalement incompréhensible pour un juriste positiviste : comment parler de « droit » en l'absence d'un corpus de règles reconnues par l'État et spécifiquement formulées pour assurer le caractère d'obligation et de sanctionnabilité? On se souvient que, pour François Ost (2016 : 6), il « est exact de soutenir qu'ont existé, et qu'existent encore, des sociétés sans droit (non pas sans règles, mais sans droit) ». Mes premiers travaux de terrain montrent que si ces règles ne relevaient pas du droit parce que non promues ou reconnues par l'État, elles n'appartenaient pas non plus au registre de la morale ou de l'éthique. Il y avait là un domaine original qui a pris une consistance en deux temps.

Premièrement, Pierre Bourdieu dans *Habitus, codes et codification* (1986) met en cause, sur la base de ses premiers travaux en Kabylie des années 1950, cette mauvaise manie des anthropologues d'inventer les règles juridiques sur le modèle de la codification, donc du droit, lorsqu'il n'y a matière qu'à habitus, ces systèmes de dispositions durables qui sont l'enjeu scientifique et politique du *Sens pratique* (1980). Ayant déjà observé chez les Diola de Casamance sénégalaise, en 1979, des modèles de conduites et de comportements comme cadre cognitif de la coutume, j'ai pu, durant les années 1990, mobiliser deux modèles pour expliquer le

1. Voir *Les Africains et l'Institution de la Justice* (Le Roy, 2004).

cadre dans lequel s'expriment les régulations originales de ce qui devient « la juridicité » : les modèles de conduites et de comportements (MCC) et les systèmes de dispositions durables (SDD). Dès 1999, dans *Le jeu des lois*, j'ai montré que la juridicité repose sur trois piliers : 1) les normes générales et impersonnelles (NGI) caractéristiques du « Droit » et que l'on retrouve çà et là dans les expériences pré-modernes, 2) les modèles de conduites et de comportements et 3) les systèmes de dispositions durables. Je supposais déjà que ces trois fondements sont susceptibles d'être trouvés dans toutes les sociétés. À titre d'exemple de la présence, en France, de ces deux derniers fondements, j'avais alors traité de la justice française des mineurs ou des pratiques de médiation.

Il restait cependant une difficulté de taille : comment est saisi par chaque membre du groupe puis transmis aux nouvelles générations le sentiment d'obligation de respecter et d'appliquer telle règle tenue pour juridique mais qui n'est pas sanctionnée à la manière du droit par une autorité étatique ou habilitée par elle? Sans doute l'éducation, les initiations et le contrôle social direct (parfois pesant) propre aux sociétés communautaires (en Afrique, plus collectivistes qu'ailleurs) expliquent qu'on ne puisse que difficilement échapper à l'opprobre de l'acte déviant. Bronislaw Malinowski (1933 [1926]), un des pères fondateurs de l'anthropologie du droit, avait ainsi décrit le suicide, du haut d'un palmier, d'un Mélanésien saisi par la gravité de son acte criminel. L'explication qui paraît actuellement la plus satisfaisante est venue également de terrains océaniques présentés lors d'un congrès organisé par des collègues italiens sur les représentations juridiques des rapports fonciers dans différentes civilisations du globe (Le Roy, 2013). Elle fait l'objet d'une présentation dans le chapitre deux de la première partie du présent ouvrage, sous le label d'icologie juridique.

Il restait aussi à comprendre pourquoi toutes les sociétés sont complexes, mais chacune de manière originale. Ayant observé qu'on retrouvait les mêmes fondements normatifs dans toutes les sociétés selon des montages originaux, l'idée de complexité s'est imposée à moi durant la décennie 1990. Dans *Le jeu des lois* (1999), suivant la piste ouverte par

Edgar Morin, j'ai approfondi « l'itinéraire de l'altérité à la complexité », pour aboutir à quelques observations qui restent critiques pour comprendre la présence « invisible » de la juridicité dans nos sociétés. J'ai été amené plusieurs fois, dans ces travaux, à invoquer l'effet de « boîte noire » (par exemple pour la justice de cabinet en matière d'assistance éducative des mineurs de justice) ou, à propos de juridicité, de « trou noir » dont les astronomes nous disent que l'opacité apparente cache des effets vibrationnaires incroyablement complexes.

Dans *La terre de l'autre* (Le Roy, 2011), je précise ces idées. Edgar Morin, un fondateur des études sur la complexité en sciences humaines, écrivait :

La complexité n'est pas la complication. Ce qui est compliqué peut se réduire à un principe simple comme un écheveau embrouillé en un nœud de marin. Certes, le monde est très compliqué, mais s'il n'était pas compliqué, il suffirait d'opérer des réductions bien connues : jeu entre quelques types de particules pour les atomes, jeu entre quelques types d'atomes dans les molécules, jeu entre etc. Le vrai problème n'est donc pas de ramener la complication des développements à des règles de base simples » (Morin, 1977 : 377, cité dans Le Moigne, 1989 : 4).

Le vrai problème tient, en reprenant quelques expressions de Jean-Louis Le Moigne, à ce que

nos interrogations ne portent pas en effet sur des phénomènes eux-mêmes, mais sur les multiples représentations (les modèles conçus) que s'en construisent les acteurs concernés. L'intelligibilité n'excluant pas l'imprévisibilité, la complexité est alors une propriété attribuée, délibérément, par les acteurs aux modèles par lesquels ils se représentent les phénomènes qu'ils déclarent complexes (Le Moigne, 1989 : 4, cité dans Le Roy, 2011 : 381).

Si ainsi nous considérons comme complexe l'étude des juridicités, ce n'est pas tant en raison des complications qu'induit leur prise en compte que de ce voile d'ignorance qui recouvre leur existence et interdit d'en percevoir la place, le rôle et les fonctions libératrices ou transformatrices. Pour soulever ce voile, je mobiliserai un modèle pluraliste d'interprétation des sources du droit qui nous permettra à la fois d'identifier la place de la juridicité dans nos propres sociétés et le caractère interférentiel et dynamique des constituants de la juridicité.

« Une dynamique de la normativité qui prévaut dans tous les systèmes juridiques »

Roderick Macdonald, trop tôt disparu, était professeur de théorie du droit à l'Université McGill de Montréal. Il était ainsi tout autant *common lawyer* que civiliste. Cette maîtrise des deux grandes traditions juridiques occidentales lui avait permis d'analyser avec talent la commune tendance à enfermer le droit dans ce qu'il nomme le « positivisme institutionnel »², dominé par le culte de la loi. Dans cet article de 1986, il s'interroge sur les sources du droit pour en étendre le champ d'application.

Les auteurs qui ont tenté d'identifier les sources du droit en sont invariablement venus à la conclusion que la législation, la jurisprudence et la coutume sont parmi ces sources. La première est légitimée par une volonté politique, la seconde, par une délégation de pouvoirs de l'État, la troisième, par une pratique sociale. Curieusement, peu d'efforts sont faits pour énumérer ou différencier les propriétés de chacune de ces sources. *On tente de les réduire toutes les trois à une structure logique commune et de les conceptualiser suivant cette structure, c'est-à-dire sous la forme*

2. Je m'inspire ici d'analyses publiées à Cologne dans les *Mélanges en l'honneur du professeur Trutz von Trotha* (Le Roy, 2009b).

explicite et propositionnelle caractéristique de la loi (Macdonald, 1986 : 50, mes italiques pour identifier le rapport entre les sources du droit et les autres expressions de la juridicité).

L'uniformité logique et le modèle de la loi sont les deux variables principales qui vont être retravaillées par l'auteur pour proposer une nouvelle typologie des normes juridiques :

On pourrait établir, par inversion, une typologie plus subtile, en postulant deux axes distincts : l'un figurant le continuum de la loi et de l'usage coutumier, et l'autre le continuum de la loi aux décisions judiciaires. Sur le premier axe, qui est vertical, on établit la distinction entre les normes en ce qu'elles sont explicites ou implicites, c'est-à-dire exposées avec plus ou moins d'autorité. Sur le deuxième axe, qui est horizontal, on distingue les normes codifiées (c'est-à-dire exactes, canoniques et vérifiées) et les normes inférées (c'est-à-dire approximatives, médiates et métaphoriques), selon la transparence de leur signification normative (Macdonald, 1986 : 52).

Tableau 1. Nature du sens normatif (Macdonald, 1986 : 53)

Mode d'élaboration	Transparent	Médiat
Institutionnel	Explicite et formulé (loi)	Explicite et inférentiel (décision juridique)
Interactionnel	Implicite et formulé (coutume/usage)	Implicite et inférentiel (principes et concepts)

Dans ce tableau, j'ai mis entre parenthèses l'équivalent des sources de droit identifiées par l'auteur et en caractères gras la case des normes implicites et inférentielles, pour aider à repérer la logique d'utilisation du

tableau. L'auteur part en effet de cette dernière case pour expliquer les transformations de concepts et de principes normatifs en lois, coutumes ou décisions judiciaires. Sous réserve de ces explications³, allons directement à ses conclusions « portant sur la normativité implicite et inférentielle dans les systèmes juridiques modernes ». Voici les quatre théorèmes qui la présentent :

1) Chaque groupe social comprend un système normatif composé de normes explicites et implicites, ainsi que de normes formulées et inférentielles.

2) Quand surgissent des institutions chargées d'appliquer la loi, le centre d'intérêt pour la recherche normative se déplace des normes inférentielles et implicites vers les normes explicites et formulées, confirmées par ces institutions.

3) À ce moment-là, on n'a plus tendance à reconnaître les normes inférentielles et implicites comme normes, mais plutôt à les redéfinir, soit comme des antécédents de décisions judiciaires, soit comme de simples éléments d'interprétation de textes formulés et explicites.

4) La perte de légitimité des normes inférentielles et implicites entraîne une illégitimité croissante des institutions inférentielles et implicites et renforce l'idée que les systèmes normatifs incapables de produire des normes des institutions formulées et explicites sont pré-juridiques ou non juridiques (Macdonald, 1986 : 57-58).

3. Les contraintes de place et le souci de ne pas abuser de la patience du lectorat me conduisent directement à la conclusion de l'étude, donc ignorent les arguments qui la justifient et auxquels je renvoie chacun. Logiquement, les quatre théorèmes de Roderick Macdonald seront donc par la suite axiomatisés.

L'auteur identifie enfin une « dynamique de la normativité » qui, suppose-t-il, « prévaut dans tous les systèmes normatifs ». À l'inverse de ce que nous posons trop rapidement en Occident,

les normes explicites et formulées ne réglementent pas et ne contrôlent pas la vie sociale, mais, en contribuant à définir des aspects particuliers de l'interaction humaine [...], elles créent des différends qui appellent une solution formelle. Une normativité implicite et inférentielle est inhérente à toutes les communautés; le processus de prise de décision juridique consiste en réalité à retrouver et reconnaître, au-delà de la manière formelle de résoudre des différends, le jeu des normes implicites et inférentielles. Pour cette raison, seules les normes implicites et inférentielles sont réellement normatives (Macdonald, 1986 : 58)⁴.

Les normes implicites et inférentielles sont aussi l'enjeu fondamental de la régulation des communs que nous retrouverons ultérieurement dans ce livre.

Dans une étude de 2009, je poursuivais le développement d'une argumentation qui sera reprise, développée, enrichie dans la suite du présent ouvrage. Je me limiterai donc ici à quelques commentaires :

- Il est évident que lorsque Roderick Macdonald qualifie « les systèmes normatifs incapables de produire des normes des institutions formulées et explicites [de] pré-juridiques ou non juridiques » (*ibid.*, 1986 : 57-58), je les considère quant à moi comme authentiquement juridiques, mais originaux. Sans doute, selon la belle distinction introductive de François Ost, relèvent-ils de dispositifs de « sociétés sans droit, mais pas sans règles ». C'est le domaine d'expression d'une juridicité originale

4. Dans cette citation, la formule « créent des différends » pourrait être associée à une autre définition de Michel Alliot pour qui le droit est « mise en forme des luttes et consensus sur le résultat des luttes ». Si le droit crée occasionnellement des différends par les contradictions qu'il introduit, par exemple, entre catégories de normes juridiques, il est surtout l'exposant des conflits traversant la société, ce dont témoigne l'hyper-judiciarisation de nos sociétés occidentales.

qui contient aussi les trois autres sources qualifiées dans le tableau ci-dessus comme « loi », « décision juridique » ou « coutume ». Mais, il faut bien le reconnaître, ce sont ces « normes implicites et inférentielles » qui sont les plus intéressantes à rechercher parce qu'elles sont généralement ignorées en tant que telles et que, selon l'auteur, elles sont à la base même des comportements et du sentiment d'obligation de respecter le droit, pour ne pas évoquer la conflictualité associée à la mobilisation des normes du droit-loi.

- En résumé, je pose que les quatre régimes normatifs identifiés par Roderick Macdonald appartiennent à un modèle conceptuel unique et cohérent, la juridicité, se déclinant en de multiples applications mais disposant de fondements communs : les normes générales et impersonnelles, les modèles de conduites et de comportements et les systèmes de dispositions durables.

Les différentes applications de ce modèle reposent sur les mêmes principes de structure. Si chaque tradition juridique adopte un mode particulier de valorisation des différents régimes et fondements, en signant ainsi sa propre identité, l'articulation entre ces différents dispositifs et les recompositions des éléments constitutifs d'un « système juridique » sont inhérents à ce qui « fait société ». Nous sommes face à un modèle ouvert où non seulement de nouveaux comportements sont saisis par la juridicité mais où la part prise par les différents régimes a tendance à évoluer. Comme le signalait François Ost, la part du droit-loi tend à se déconsidérer par l'ampleur d'une production législative mal pensée et mal rédigée et, parallèlement, celle de ces normes implicites et inférentielles tend à s'étoffer, par exemple dans la révolution des communs qui sera présentée plus loin.

Depuis *Le jeu des lois* (1999), l'anthropologie de la juridicité s'est donné les moyens méthodiques et conceptuels d'y faire face avec un modèle formel interactionniste (1999, 42-48), qui privilégie dix variables fondamentales et un principe transversal sans doute emprunté à la philosophie taoïste du « tout change, et la seule chose qui ne change pas, c'est que tout change ».

Pourquoi et en quoi les communs posent-ils des difficultés à l'analyse juridique positiviste?

Des caractéristiques exceptionnelles

Dans *Les communs aujourd'hui* (2019), Bruno Delmas nous fait remonter aux origines des sociétés occidentales et Philippe Hugon synthétise les multiples interprétations que les économistes ont donné des communs, plutôt partagés mais cédant généralement aux sirènes du néo-libéralisme. D'un point de vue anthropologique, j'ai relevé les propriétés ou caractéristiques suivantes :

1. Fondamentalement, les communs ne sont pas l'équivalent d'un régime juridique des biens et ne peuvent être lus à partir des articles du livre II du *Code civil*, en particulier pour ce qui concerne les « communaux » de l'article 542. Ce ne sont pas, ou pas seulement, des choses, des ressources ou des richesses. Ce sont des « pratiques instituant » (Dardot et Laval, 2014 : 405 et suivantes) associant d'abord des collectifs. David Bollier (2014 : 27) écrit qu' »un commun c'est une ressource, plus une communauté, plus un ensemble de règles sociales ». Mais il ajoute surtout qu' »(i)l n'est pas de communs sans faire commun » (*commoning*) (*ibid.* : 179). Ceci conduit à revaloriser le concept même de communautarisme.
2. Plutôt que l'échange qui est l'outil principal du marché et donc du capitalisme et de la propriété, c'est le partage qui devient la condition du fonctionnement des communs et en commun(s). Partager, c'est à la fois réunir et séparer. En Occident, on privilégie la séparation, marqueur de nos identités individuelles. Ailleurs, on peut préférer ce qui réunit, même si la vie n'y est pas toujours irénique. Partout, il faut cependant diviser et réunir pour faire société, ce à quoi contribuent les communs.
3. Les communs semblent être une expérience immémoriale et originelle d'organisation des sociétés que pratiquaient les peuples

vivant de chasse et de collecte et les premiers peuples agriculteurs. Nous n'en avons que des preuves indirectes sur les parois des grottes ornées. Mais cette expérience est d'une telle diversité qu'il n'est ni possible, ni sans doute concevable, de suggérer un modèle initial ou même d'accepter l'idée de modèles regroupant l'infinie diversité des montages et des solutions, tout au plus des tendances (*patterns*). Chaque expérience de communs, observée ici et maintenant, doit être tenue irréductiblement pour la production originale de l'imaginaire et doit être analysée comme telle (Godelier, 2015).

4. Une autre conséquence de la valeur du partage, en ce qu'il réunit les membres d'un collectif autour d'une ressource, est la valorisation de ce qui vient du groupe, de l'intérieur même. Les Wolof du Sénégal parlent de ce qui vient du « ventre » de la famille ou du village (*ci bir u keur/deuk*). En revanche, on se méfie de ce qui vient de l'extérieur, source de danger. J'ai ainsi observé le primat de l'endogenèse sur l'exogenèse, ce dont rendent compte les mythes de fondation.
5. L'originalité de chaque expérience et l'impossibilité de concevoir un modèle unique présidant à l'organisation font du pluralisme normatif (et souvent juridique) le mode normal d'organisation de ce qui est tenu pour « la bonne société ». Tout, et en particulier le dispositif des institutions, y est pensé comme multiple, spécialisé et interdépendant. La juridicité ne peut reposer sur des normes générales et impersonnelles visant à l'universalité, comme dans l'expérience occidentale du droit, et mobilise principalement des systèmes de dispositions durables que Pierre Bourdieu qualifiait d'*habitus*. Les normes sont ainsi plus « habituelles » que coutumières, une qualification qui sent trop souvent son ethnocentrisme. Un autre marqueur de cette originalité est la prévalence d'une logique fonctionnelle sur une logique institutionnelle. La première repose sur les services rendus et l'utilité pratique qui y est associée, tandis que la seconde conçoit un être institutionnel indépendant du collectif (l'institution) et justifiant l'exogenèse dont j'ai parlé au point 4.
6. Des régularités peuvent cependant être observées. Tous les auteurs et autrices soulignent, à la suite des travaux fondateurs d'Elinor

Ostrom (2010 [1990]), l'importance des règles de gestion impliquant des choix pour accéder aux ressources et les gérer, ou bien pour prendre les décisions et réguler les différends. On souligne aussi généralement que contribuent au maintien d'une solidarité la stabilité dans les relations interpersonnelles, une coopération reposant sur un volontariat réel et le respect des territoires vécu au quotidien (Bollier et Helfrich, 2015). Le sentiment d'empathie doit être aussi exprimé par diverses manifestations faisant prendre conscience au sein du groupe de la nécessaire interdépendance entre ses membres. C'est le rôle des fêtes, des rituels et sacrifices, et d'un mythe fondateur ou, au moins, d'une histoire emblématique commune (Le Roy, 2019).

Des justifications ethnographiques et des éléments d'analyse théorique peuvent être trouvés dans Le Roy (2011) et Dardot et Laval (2014).

Les points critiques

L'élimination progressive des communs de la scène juridique occidentale s'opéra de manière lente, accompagnée de fortes contradictions, tensions et conflits, dès lors que des communs fonciers se virent soumis à des régimes de propriété privée. Une propriété « privée » (c'est-à-dire exclusive et absolue) ou s'en rapprochant semble avoir existé dans la plupart des sociétés, mais elle était soigneusement cantonnée, dans les sociétés africaines par exemple, à des objets dont l'usage est individualisé (peignes, bijoux, etc.).

Les ressources impliquant la reproduction du groupe, la terre en particulier, sont donc exclues de tels régimes de propriété, dès lors qu'on entend par ce terme un droit que l'on peut aliéner de manière discrétionnaire sans avoir besoin de requérir l'accord du voisinage ou de la communauté élargie ni leur approbation quant aux usages ou utilités qui seront privilégiés et qui étaient jusque là délibérés en commun. Des

utilités nouvelles peuvent faire naître des intérêts particuliers et éveiller des attentes patrimoniales au profit de la maison, de la famille ou de la seigneurie locale, occasionner des transformations de la répartition des surfaces puis la stabilisation des droits sur ces espaces et, enfin, l'exclusion des tiers.

C'est ce qui advint en Angleterre à partir du début du XVII^e siècle et qui est connu comme le mouvement des *enclosures*, l'enfermement des *open fields* qui étaient des champs ouverts à tous les « *commoners* » afin de privilégier l'élevage du mouton à laine, un produit recherché sur les marchés européens. Outre la nouvelle affectation de l'usage des sols, l'*enclosure* permet de mesurer la superficie de chaque terrain et de lui donner une valeur d'usage qui, dans le contexte de l'internationalisation et de l'interconnexion des marchés, va se transformer en valeur d'échange évaluable en argent, comme le décrit si bien Karl Polanyi (1983 [1944]). La propriété foncière moderne est alors disponible. Il ne fallut pas moins de deux siècles, marqués par des luttes d'une particulière gravité parfois, pour généraliser cette conception de la propriété, d'abord emmenée par les *landlords* ou seigneurs de village et qui finalement s'imposa comme règle du jeu tant à la campagne qu'en ville et comme condition de la révolution industrielle. C'est ainsi que naquit le capitalisme!

Du côté français, la transformation des rapports fonciers s'inscrit à la même époque dans une adaptation aux évolutions économiques, donc à de nouveaux besoins et marchés et à un renforcement progressif du domaine utile des exploitants au détriment du domaine éminent dit aussi domaine direct du seigneur local. Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, l'appropriation privative se renforça ainsi dans les campagnes, transformant ce que Anne-Marie Patault (2003) dénomme les « propriétés multiples » en des droits plus exclusifs et individuels. Et on vit ainsi se développer une nouvelle catégorie sociale de propriétaires. Mais la notion même de droit de propriété, dans son univocité et son abstraction, ne naquit que pendant la Révolution française : en 1789, dans l'article 17 de la

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensuite en 1793 avec la création des communaux se substituant aux communs villageois, puis en 1804 avec le fameux article 544 du Code civil des Français.

La seconde transformation, non moins mortifère, fut l'application aux communs d'un droit écrit dit « coutumier », mais en fait inspiré des droits savants et conçu sur leur modèle. Ce phénomène est l'un des enjeux centraux du présent ouvrage qui sera abordé dans la première partie sous le titre « Des communs hors la loi ». Puis, en seconde partie, j'examinerai comment communs et droit de propriété privée, réputés inconciliables, sont en fait amenés, dans les conditions contemporaines du capitalisme en crise profonde, à trouver de nouveaux modes de régulation marqués par une hybridation plus ou moins ferme, stable et récurrente mais apte à répondre aux exigences du développement durable.

PARTIE I

DES COMMUNS « HORS LA LOI »

L'exploration du potentiel juridique original des communs est l'objectif et l'enjeu de cette première partie. Les pages précédentes nous ont préparés à rechercher des dispositifs qui échappent à l'expérience des juristes positivistes et que restitue l'expression « hors la loi », au double sens de ce qui échappe au droit-loi et de ce qui n'est pas reconnu par une culture légale, qui est donc marginalisé, voire contesté et récusé.

Ma démarche doit affronter une difficulté supplémentaire qui concerne les méthodes, concepts et paradigmes susceptibles d'être mobilisés. Une large part des connaissances et compétences acquises sur les bancs de la faculté se révèlent vaines : il convient d'identifier une méthodologie nouvelle à la hauteur des difficultés à maîtriser.

Nous ne sommes pas, en effet, face à un corpus juridique existant de manière autonome (on reviendra sur ce point) et préexistant tant à l'action des humains qu'à la mise en cause de leurs pratiques et à une possible obligation de réparer ce qui contrevient à l'ordre troublé ou contesté. Il n'y a donc pas de *corpus iuris* unifié ou unifiable. Ce qui m'intéresse, ce sont des comportements dont le sens doit être interprété au cas par cas et collectif par collectif : ce qui est vrai pour l'un ne l'est pas pour l'autre, au moins « pas comme cela et pas pour ceux-là ». Ce que le droit suppose comme existant *a priori* – et il y aurait beaucoup à dire sur le jeu de fictions qu'autorise ce type d'approche – doit ici être déduit *a posteriori* de la conduite et des pratiques des membres du collectif, car ce sont des « normes à l'état pratique » qu'il faut identifier puis confronter aux situations et vécus du collectif.

La méthode anthropologique s'impose ainsi à un double titre. Elle favorise tout d'abord un décentrement de l'approche du chercheur ou de la chercheuse en privilégiant spontanément les manifestations d'altérité, donc le jeu des différences plutôt que celui des ressemblances. Elle propose ensuite des techniques d'observation (ethnographie) puis d'interprétation (ethnologie) qui font entrer la recherche au cœur des expériences d'interprétation des différents acteurs et actrices (dont celle de l'anthropologue), mais sans garantie d'offrir, comme par un coup de baguette magique, les solutions recherchées. Mon itinéraire de chercheur, dont je ferai ici l'économie car il a été rapporté dans d'autres publications (Le Roy, 1999; 2011) est parsemé de chausse-trappes et autres impasses liées à un ethnocentrisme dont on ne peut se défaire qu'au prix de renoncements parfois douloureux. Il faut parfois des années pour accepter ce qui est devant nous, mais que nous ne savons pas « dire » parce qu'on ne le voit pas ou qu'on n'a pas les mots scientifiquement reconnus pour l'expliquer.

Les matériaux anthropologiques sur lesquels se base cette partie du livre ont été réunis à l'occasion d'un premier terrain de six mois au Sénégal, en 1969. Cinquante ans après, à la suite de multiples autres terrains africains et non-africains puis à des esquisses intermédiaires et ayant vécu les affres de la méthode expérimentale, je peux oser proposer une interprétation qui rend compte de l'extrême complexité de ces approches. C'est le thème de cette partie.

I. L'originalité juridique des communs

Ce chapitre a pour objectif de mettre en évidence les données constitutives d'un modèle de juridicité susceptible d'être expérimenté puis appliqué et généralisé aux communs selon la dynamique de « la mise-en-commun ». Ce modèle produit, pour la période contemporaine, les « néo-communs » que j'aborde dans la deuxième partie du livre. Il permet ainsi de construire une théorie compréhensive de la juridicité qui, dans ses relations avec le droit, échappe au principe de présentation selon la logique du contraire. La démarche proposée ici reste fidèle aux consignes logiques transmises par André Régnier à l'Université Paris 7 et qui ont été discutées en 1972 (Le Roy, 1972).

Maîtriser la diversité des communs par leur modélisation

La modélisation s'impose au chercheur ou à la chercheuse non point selon la prétention « esthétique » de faire de la science, mais parce que cette méthode permet « soi-même et rigoureusement » d'identifier puis d'interpréter les pratiques sociales en cause dans les communs. Je suis resté fidèle, depuis les années 1970, aux propositions logiques qu'André Régnier, alors professeur à l'Université Paris 7, m'avait transmises. Si j'étais alors encore incapable de conceptualiser l'objet « communs » qui n'émergera que dans les années 1990, c'est bien de cela dont il était question, ou plus exactement de l'expérience sénégalaise de constitution de communs administrés à partir d'une pratique foncière immémoriale mais aussi, à chaque occasion, réajustée.

Les propositions d'André Régnier

I. Un modèle constitue une représentation à la fois simplifiée et globale. [...] On envisage le phénomène d'un certain point de vue. [...] On abstrait certains aspects du concret, ce qui simplifie. Par ailleurs, les aspects retenus le sont d'un certain point de vue mais tous ceux qui importent de ce point de vue sont choisis, ce qui rend globale la représentation fournie par le modèle. Le point de vue est un ensemble de questions et ces questions ne sont pas quelconques; elles sont en nombre restreint, elles ont un sens eu égard aux procédés d'observation. [...] Grâce à son caractère d'objet défini, le modèle laisse beaucoup plus facilement déterminer sa valeur scientifique, c'est-à-dire le champ de questions auxquelles il permet de répondre et quelles réponses il fournit (Régnier, 1968 : 309).

II. En tant qu'objet abstrait, le modèle n'existe que par sa définition et il ne peut valoir mieux qu'elle. [...] Il en résulte qu'on renonce ainsi obligatoirement au langage métaphorique (*ibid.* : 309-310).

III. Lorsqu'elle est possible, la définition axiomatique des termes et des relations permet d'introduire des notions entièrement nouvelles de façon tout à fait rigoureuse et de donner un sens bien déterminé, en les remodelant, à des notions familières ambiguës (*ibid.* : 310).

IV. En tant qu'objet abstrait correctement défini, le modèle nous offre toutes les ressources du raisonnement logique. La logique est formelle, elle prouve en faisant régner une nécessité dans la syntaxe du discours, alors que nos raisonnements usuels créent une évidence par le sens du discours (*ibid.* : 310).

V. Enfin, la construction d'un modèle nous épargne les difficultés relatives à l'induction. Le modèle est posé décisoirement et les hypothèses n'ont pas à être justifiées par des

considérations tirées de l'expérience. Le modèle n'est ni vrai ni faux, il est bon ou mauvais par rapport à un champ de questions et on le juge ainsi (*ibid.* : 312).

Approche d'un modèle de la juridicité applicable aux communs

Je rappelle que l'objectif est de concevoir un modèle qui réponde à trois contraintes. Premièrement, la juridicité étant supposée, par hypothèse, être un englobant du droit, les caractéristiques de ce modèle doivent, d'abord et à la fois, contenir les paramètres qui définissent le droit et s'en différencier de manière notable, significative et originale. On ne doit pas pouvoir supposer que la juridicité est un sous-produit du droit puisqu'on observe historiquement l'inverse, le droit (positif) étant son dérivé particulier depuis le XVII^e siècle européen.

Deuxième contrainte, il n'est pas concevable d'aborder ces différences selon le principe du contraire, car j'ai démontré, à la suite de l'anthropologue Louis Dumont (*Le Roy*, 1999), que la mise en œuvre de ce principe du contraire aboutissait en fait à nier l'originalité du terme de la comparaison qui n'était pas spontanément privilégié dans les référents culturels de l'observateur. Pour récuser le risque de caricature de la juridicité à partir d'une lecture de juriste, j'adopte une présentation basée sur des homéomorphismes. Ils sont définis comme « des bijections qui, à deux éléments voisins d'un ensemble fait correspondre deux éléments également voisins d'un autre » (*Le Petit Robert*, 2012 : 1242). En fait, j'élargis cette notion de bijection non seulement à deux éléments, mais à 'n' éléments, l'apport central étant que la bijection est « une application qui, à tout élément de l'ensemble de départ associe un et un seul élément de l'ensemble d'arrivée » (*ibid.* : 252).

Il existe une troisième contrainte à prendre en considération dans la définition du modèle : le fait qu'une part importante du matériel à mobiliser pour concevoir ce modèle relève de ce que Rodolfo Sacco (2008) désigne comme « le droit muet », c'est à dire basé sur des actes, des comportements, des « faits » non directement nommés par les usagers

et usagères. J'associe au droit des « dits textualisés », le plus souvent fortement théorisés ou abstraits (normes générales et impersonnelles), alors que, pour ce qui concerne la juridicité des communs, ce sont des actes et des comportements qui peuvent ou non être associés à des « dits » – dits qui ne prennent toute leur signification qu'en considérant qu'ils sont énoncés en relation avec ces actes de la pratique. Ils appartiennent à des modèles de conduites et de comportements qui s'inscrivent dans des systèmes de dispositions durables tels que définis par Pierre Bourdieu sous le terme d'« habitus » (Bourdieu, 1980; 1986).

Qualifier les caractéristiques de la juridicité selon les exigences de la méthode scientifique revient à chercher les équivalences notionnelles des concepts du droit sans succomber à l'englobement du contraire dénoncé par Louis Dumont. Cette démarche consistant à confronter une science constituée à des savoirs méta-scientifiques est anthropologiquement périlleuse, car elle comporte le risque de nous faire passer à côté de l'essentiel, du « diacritique » de l'altérité de la juridicité, en sous-estimant sa part d'originalité, voire en nous faisant expérimenter les limites de l'abstraction. Cette démarche reste naturellement soumise à la contre-expertise.

Un modèle de la juridicité de la mise-en-commun

Ma démarche est une application de la théorie des communs afin d'identifier un paradigme original de la juridicité, propre à ce type d'expériences. Cette théorie a émergé progressivement de travaux africanistes, rencontrant un intérêt nouveau ces dernières années tant dans le monde académique que dans celui du développement international (Le Roy, 2011; Delmas et Le Roy, 2019). Deux préoccupations sont alors apparues : privilégier le « faire commun » qui est « mise-en-communs » pour traduire, ainsi que je l'ai dit au départ, le *commoning* anglais, puis privilégier la dimension casuistique pour éviter une dénaturation de l'objet. Le risque est de reproduire intellectuellement le

syndrome des enclosures anglaises qui, par un jeu de disqualifications, peut aboutir à une dissolution des expériences contemporaines dont je traite dans la deuxième partie.

Ceci posé, revenons aux observations et propositions d'André Régnier à propos du « point de vue (entendu comme) un ensemble de questions et ces questions ne sont pas quelconques; elles sont en nombre restreint, elles ont un sens eu égard aux procédés d'observation » (Régnier, 1968: 309). Dans les débats contemporains sur les communs, la notion de commun fait l'objet d'une insuffisante rétrospective historique, ce que vient de corriger Bruno Delmas (Delmas et Le Roy, 2019). Sans doute n'oublie-t-on pas la tragédie initiale des enclosures anglaises, entre la fin du XVI^e siècle et le milieu du XVIII^e, puis françaises avec la transformation des communs en communaux en 1793, parce qu'elle a signifié la disparition des communs au moins de la scène publique et des pratiques reconnues et instituées. Mais on néglige les effets délétères des confrontations contemporaines de ces communs avec les deux grands acteurs de la scène contemporaine, l'État et le Marché généralisé, qui ont produit leur affaiblissement et parfois leur perte (Bollier, 2014 [2013]: 179). S'il y a une logique originale et initiale des communs qui doit être soigneusement identifiée et analysée (dénommée dès lors primo-communs), les formes que prennent ou qu'adoptent les pratiques de partage dans les contextes contemporains sous l'impact de l'État et du marché généralisé ne peuvent qu'être spécifiques et doivent trouver une place propre par rapport à l'idéologie de la propriété privée qui sature l'ensemble de nos comportements. J'ai donc été amené, dans des travaux récents (Le Roy, 2019), à distinguer entre **primo-communs** existant avant ou en dehors de l'État et du marché généralisé et **néo-communs** qui tentent de se développer dans le contexte de nos sociétés post-industrielles dominées par la financiarisation des systèmes de production et des conditions de vie. Et ce sont bien ces néo-communs qui posent actuellement les questions les plus cruciales, comme on le verra dans la deuxième partie.

Pour préciser ce modèle de juridicité et avancer dans la compréhension de ses enjeux en retrouvant l'esprit du multijuridisme et les implications méthodiques du *Jeu des lois* (Le Roy, 1999), je présente d'abord l'outillage conceptuel des homéomorphismes entre droit et juridicité. Puis je consacre le deuxième temps de l'argumentation à leur mise en dynamique par un modèle des primo-communs.

Comprendre les différences entre droit et juridicité : quelques homéomorphismes mobilisés par les communs

Je vais analyser successivement l'idée de partage, deux formules de régulation des communs qui permettent de justifier le principe d'un modèle « commun », puis les homéomorphismes qui les distingueront.

L'idée de partage

Nous sommes, de nos jours, plus familiers avec la notion d'échange qu'avec celle de partage. Ce n'est pas nécessairement faute de générosité: l'échange marchand sature notre quotidien. Il peut aussi arriver que nous soyons piégés par un usage inconsideré de ce vocabulaire et qu'on dise « échange » quand on pense « partage ». L'échange a ses mérites, mais il peut avoir pour inconvénient de couper des relations avec la chose ou la ressource alors que, sentimentalement, idéologiquement ou systémiquement, la rupture n'est pas possible ou pas acquise. Cet effet de rupture de l'échange, il est vrai compensé par le retour d'un contre-don ou d'une ressource compensatoire, ne se retrouve pas dans la notion de partage qui recèle cependant des virtualités qu'il convient de dégager puis de maîtriser.

En effet, le partage est *bifrons*, à double visage. Il désigne à la fois ce qui réunit et ce qui divise et commande ainsi deux attitudes qui sont tendanciellement complémentaires mais qui peuvent être pratiquement concurrentes et opposées.

Tableau 2. Homéomorphisme du partage

Réunir avec	Diviser entre
Inclusion	Exclusion

En raison de la part d'exclusion dans le partage (ce qui le fait ressembler à l'échange sur ce point), la reconnaissance de la place que l'inclusion y occupe n'est ni immédiate ni toujours stable ou pérenne. Dans nos sociétés individualistes, la dimension de l'exclusion est explicitement ou implicitement privilégiée. Dans les sociétés communautaristes africaines, la part de l'inclusion prévaut, mais peut être questionnée. En fait, si on associe l'inclusion à la recherche de l'égalité, on sera étonné ou choqué par les discriminations que peuvent supposer tant le partage que les communs. De même, le constat que l'idée de liberté n'est pas naturellement associée aux communs peut poser de gros problèmes en démocratie représentative, en obligeant à recomposer la participation citoyenne et le statut des intermédiaires faiseurs de votes.

Le point de départ partagé : les modes de gestion des ressources et leur croisement

Distinctions de base

Ce qui est utile à l'être humain est traité par lui comme des ressources qui sont, dès lors, appropriées, au sens générique de « on leur donne une destination propre ». De cette proposition découle deux séries de difficultés : peut-on qualifier ces ressources et que doit-on entendre par appropriation?

Pour identifier les ressources, on doit tenir compte de leurs spécificités. Rappelons des distinctions déjà évoquées précédemment. Les ressources peuvent être **matérielles**, naturelles et renouvelables (le

vivant) ou non renouvelables (géomorphologie) et **immatérielles** (artificielles), fondées sur des connaissances, compétences, savoir-faire et savoir-penser. Sans être en nombre infini, ces ressources se révèlent dans toutes les sociétés, incluant les sociétés de chasse et de collecte comme les Aborigènes d'Australie, d'une extrême diversité et d'une grande richesse dès lors qu'on y inclut les ressources immatérielles.

L'appropriation qui nous intéresse plus directement ici, celle des communs fonciers, pose la question du mode de gestion de ces ressources, ouvrant ici aussi à une nouvelle distinction. Leur gestion peut être en effet fondée sur deux logiques que, en l'état de nos connaissances, on peut retrouver dans toutes les sociétés, mais à des degrés si divers qu'on peut poser que chaque société invente son propre équilibre entre les diverses ressources, les bénéficiaires et les formes d'inclusion et d'exclusion de leurs bienfaits.

1. La ressource peut être « **appropriée à** », donc utilisée en rapport avec les services qu'elle peut rendre, selon une approche fonctionnelle, inclusive et pragmatique et selon que ces services sont disponibles ou à créer pour répondre à de nouveaux besoins.
2. La ressource peut être « **appropriée par** », selon une logique d'appartenance adossée à une conception institutionnelle de l'organisation des droits sur la ressource. Ce mode de gestion autorise l'exclusion, inhérente au droit « générique » de propriété en particulier. **Quand ce droit exclusif devient absolu et donc autorise l'exercice d'une aliénation discrétionnaire, on est face à la propriété privée.**

Remarques complémentaires

1. Historiquement, la logique « d'appropriation à » selon les services rendus, à la base des communs, a dominé dans toutes les sociétés qui avaient échappé à ce que l'on appelait dans les années 1970 « le mode de

production asiatique ». Celui-ci était dominé par l'exercice d'un « droit » exclusif et souverain sur les principales ressources nécessaires à la reproduction de la société, au profit du pharaon, du sultan ou de l'empereur et pour gérer les grands ouvrages hydrauliques, par exemple. Cet *imperium* se rapprochait de la conception moderne de la propriété sauf en ce que – et ce trait est déterminant – le droit exclusif n'était pas absolu, n'impliquant pas le droit d'aliénation.

La logique de « l'appropriation à » pouvait s'appliquer à trois grands types de services :

- Les premiers sont **patrimoniaux**, liés à un individu que notre droit traite juridiquement comme une personne physique ou morale, le patrimoine étant le double de la personne juridique;
- Les deuxièmes se caractérisent par le souci d'une **socialisation**, donc sont liés à l'appartenance à un collectif (de la famille à l'ethnie ou la nation) qui induit droits et obligations particuliers;
- Enfin les services **environnementaux**, liés à notre commune appartenance à l'humanité, et qui prennent depuis ces trente dernières années une place de plus en plus essentielle dans notre survie.

La logique de « l'appropriation par » est devenue majoritaire dans les sociétés occidentales depuis ces deux derniers siècles sous l'impact de l'État, du marché généralisé et de la marchandisation de l'ensemble des ressources et des patrimoines. Nous devons cependant distinguer entre trois types de propriétés **selon le degré de liberté et de disponibilité de la ressource dans l'aliénation**.

- La propriété privée, exclusive et absolue des particuliers est organisée en droit français par les articles 537 à 544 du Code civil. Elle est transmissible discrétionnairement et constitue la base des patrimoines.
- La propriété de l'État dont bénéficient tous les citoyens et citoyennes est exclusive mais pas absolue car elle soumise aux règles de la

domanialité publique (inaliénabilité de principe avec des exceptions) ou privée (selon les exigences et besoins des services publics).

- La co-propriété, est un régime intermédiaire entre les deux précédents car il suppose des rapports inclusifs entre co-propriétaires. Leur droit absolu est organisé, donc limité, par une législation particulière et par le droit des sociétés. Les communaux de l'article 542 CC sont maintenant reversés dans le domaine privé des communes et on voit apparaître des types hybrides contemporains de propriétés partagées qui pourraient être traités en néo-communs (voir la deuxième partie de ce livre).

Dans le cadre d'une synthèse des politiques foncières où ces questions avaient déjà été abordées (Le Roy, 2011), j'avais proposé de préférer la notion **d'appropriation** à celle de partage, car elle est moins marquée idéologiquement. J'avais postulé qu'elle était susceptible de s'appliquer dans les deux registres et, en particulier, qu'elle permettait d'éviter les mauvais usages d'une terminologie discutables tels que « propriété partagée », « propriété commune » et autres biens communs (Le Roy, 2018).

Tableau 3. Homéomorphisme de la ressource partagée

La ressource est appropriée	
à :	par :
Destinée à des usages, services ou utilités partagés avec des commoneurs et commoneuses	Réservée à des bénéficiaires pour exercer sur un bien un droit exclusif, voire absolu (cas de la propriété privée)

2. Pour l'époque contemporaine, je fais deux hypothèses. J'accepte tout d'abord l'idée que les **primo-communs** qui se développent en dehors de l'État et du marché généralisé n'ont plus qu'une place « à la marge » des conduites sociales et économiques. Ceci ne veut pas dire qu'ils sont

marginalisés, car leurs contraintes propres continuent d'inspirer tout ce qui prétend relever de pratiques de partage, explicitement et, surtout, implicitement. Leur prise en compte reste donc incontournable.

Mais, dans un monde marqué par la généralisation de la marchandise, les deux modes de gestion de la ressource se trouvent effectivement associés, voire entremêlés, en des **néo-communs**, selon des combinaisons et des montages que nous connaissons encore mal, faute d'études systématiques sur ce problème et sur ces incidences actuelles. On ne peut encore prétendre à des connaissances assez générales pour les systématiser. On peut cependant supposer qu'une bonne compréhension des logiques à l'œuvre permettrait une meilleure régulation des activités et réduirait la conflictualité potentielle de montages juridiques mal appréciés et ainsi caricaturés. Dans les deux tableaux suivants, je privilégie des homéomorphismes qui permettent d'identifier des logiques à la fois originales et archaïques des primo-communs que, par application de mes règles de méthode, j'axiomatise pour pouvoir les réviser si le besoin s'en faisait sentir.

Les homéomorphismes dans la juridicité du droit et des primo-communs

Ces deux tableaux résument des discussions qui n'ont sans doute pas trouvé leur terme, en particulier pour ce qui concerne la sanction comme trait diacritique de la juridicité en général et des communs en particulier.

Tableau 4. La juridicité comme un englobant : critères spécifiques

La juridicité du droit positif	La juridicité des primo-communs
Monopole de l'État	« Libre » décision des commoneurs et commoneuses
Autonomie, voire autopoïétisme	Hétéronomie
Prétention à la neutralité et à l'universalisme (anhistorisme)	Particularismes acceptés, voire revendiqués, mais généralité des pratiques dans l'espace « depuis la nuit des temps »
Monologisme	Multijuridisme/pluralisme normatif
Normes générales et impersonnelles (NGI)	Conduites, comportements (MCC) ou habitus (SDD) propres à ce groupe-là, dans ces conditions-là
Formalisme de l'écriture juridique (codification)	Formalismes de la gestualité et, éventuellement, de l'oralité juridique

Les notions introduites en première colonne renvoient à la culture des juristes du point de vue d'un anthropologue adoptant l'ombre d'une distance critique quant à leur généralité. Je ne commente que ce qui concerne la vaste, imprécise et tumultueuse question de la définition de ce qui est juridique dans les deux domaines d'investigation.

Tableau 5. La sanction comme fondement de la juridicité

du droit	des primo-communs
Le fait d'une autorité spécialement habilitée au sein de l'appareil de l'État pour donner une force opposable et le caractère d'obligation à une norme; la punition qui en résulte éventuellement	Le fait d'autorités habilitées au sein de chaque collectif impliqué pour former ses membres, informer, avertir, décider, condamner et exécuter leurs décisions

À la lecture de l'entrée « Sanction » du *Dictionnaire de la culture juridique*, par Alain Laquière (2003 : 1381-1384), on remarque que la doctrine juridique continue à poser « l'impossible définition du droit par la sanction ». Elle reste attachée à sa dimension punitive alors qu'il me paraît indispensable de lui donner une dimension plus formelle et rituelle, comme **tout acte par lequel une autorité reconnue comme exerçant légitimement sa puissance au sein du groupe et (quelle qu'en soit la taille ou le degré d'institutionnalisation) peut introduire** une obligation d'obéissance à la norme décidée ou appréciée collectivement.

Approche dynamique d'un modèle des primo-communs

Je détaille ci-dessous les traits les plus significatifs du modèle des primo-communs, ainsi que certains attributs de leur juridicité.

Synthèse de l'approche des communs

Une tentative de délimitation de la question

Un commun n'est ni un bien ni une chose mais une pratique sociale et politique de partage, privilégiant l'appropriation inclusive à un usage et les utilités qui y sont associées. La propriété privée, quant à elle, porte sur des choses qui, en entrant dans la vie juridique (c'est-à-dire soumises au droit positif), sont dès lors traitées comme des biens. Il n'y a pas, sous cet angle, de continuité logique et institutionnelle entre communs et propriété privée, laquelle représente un saut qualitatif déterminant (et a d'ailleurs été interprétée comme une rupture positive avec un ordre ancien). Alors que la propriété est un *ius in re*, un droit sur la chose qu'on peut même interpréter comme *ius in rem*, un droit contre la chose lorsqu'il emporte la possible destruction de la chose, le commun autorise l'exercice, entre les commoneurs et commoneuses, de l'usage des utilités des choses. Parler de propriété y est donc impropre. Comme on vient de le noter, cette impropreté peut se révéler avoir des conséquences dramatiques quand on associe le concept de propriété ou ses démembrements (des droits « sur » les choses) à un contexte qui ne reconnaît que « des droits entre » parties prenantes aux communs. N'en déplaise aux thuriféraires de la propriété privée, il est des situations où cette propriété est contreproductive, délétère ou antiéconomique, même s'il n'est pas toujours facile de faire reconnaître la place et l'efficacité des communs dans un monde où la marchandisation est dominante. Déplacer les priorités de la vie sociale et économique de l'objet des droits vers les sujets du droit (et de la juridicité des communs) et leurs intérêts comme membres d'une même humanité puis d'une même planète devient un enjeu politique majeur dans un contexte de crise climatique et écologique et de besoin de réappropriation citoyenne des modes de gouvernance.

J'ai également mis au jour un enjeu de technique juridique en travaillant sur les politiques de réformes foncières. Dans ce champ particulier qui porte sur les ressources naturelles renouvelables gérées en communs, il est impropre de mobiliser les catégories du droit, de la propriété et de ses démembrements. Est pertinente ici la notion ancienne de « maîtrise » en lui redonnant un sens adapté à des usages actuels.

La notion de maîtrise suggère l'exercice d'un pouvoir et d'une puissance, donnant une responsabilité particulière à celui qui, par un acte d'affectation de l'espace, a réservé plus ou moins exclusivement cet espace. La notion de maîtrise permet de relier les références à la souveraineté et à la propriété qui « encadrent » les pratiques [...] Une maîtrise peut ouvrir à plusieurs pratiques différentes (Le Roy, 1995 : 489; 2017g).

Sur cette base et en mobilisant certaines classifications théoriques d'Elinor Ostrom¹, j'ai élaboré la théorie des maîtrises foncières qui avait fait l'objet d'une présentation en 1996 (Le Roy, Karsenty et Bertrand, 2016 [1996]), puis d'un exposé systématique dans le chapitre 7 de la *Terre de l'autre* (Le Roy, 2011 : 341-378).

Il y a enfin une dimension politique : « Comme principe, le commun définit une norme d'*inappropriabilité* » (Dardot et Laval, 2014, 583)². Ces auteurs ajoutent : « Il impose en effet de refonder toutes les relations sociales à partir de cette norme » (*ibid.* : 583). Prise à la lettre, cette affirmation pose des problèmes complexes, mais elle exprime bien un des engagements contemporains les plus moteurs pour les commoneurs et commoneuses engagé-e-s dans la lutte sociale et politique anticapitaliste. Dans cet esprit, ces auteurs proposent dix principes (*ibid.* : 578-583).

1. Voir Elinor Ostrom (2010 [1990]) et, à propos des « *Bundles of rights associated with positions* » (faisceaux de droits associés aux positions), Schlager et Ostrom, 1992 : 252.

2. On peut ne pas adhérer à cette dimension politique et à la radicalité des formulations de ces auteurs, mais leur cohérence logique doit être connue et discutée.

1. Le commun, comme substantif, est un principe, au sens de ce qui est à l'origine des choses.
2. Il n'est pas seulement un principe, mais « le » principe politique fondé sur l'acte de délibération.
3. C'est la « co-activité » qui est au fondement de la « co-obligation » et de l'agir commun.
4. Le commun n'est ni un objet ni une fin. Il est « premier », princeps et pro-jet.
5. Il n'est donc pas non plus une chose (*res*) et la notion de *res communis* devrait, en bonne logique, [et je suis en accord avec ces auteurs] être abandonnée.
6. Par commun, on désignera ce qui est pris en charge par une activité de mise en commun. Seule la pratique « communise la chose en l'inscrivant dans un espace institutionnel par la production de règles spécifiques relatives à sa prise en charge » (*ibid.* : 581).
7. « Le commun est avant tout affaire d'institution et de gouvernement » (donc) « prend en charge les conflits et cherche à les surmonter » (*ibid.* : 581-582).
8. « (L)e commun a vocation à prévaloir tant dans la sphère sociale que dans la sphère politique publique » (*ibid.* : 582).
9. La fédération des communs dans ces deux sphères débouche sur une démocratie des communs.
10. Les relations sociales doivent être repensées à la lumière de l'inappropriabilité.

(L'inappropriable n'est pas ce qu'on ne *peut* pas s'approprier, c'est-à-dire ce dont l'appropriation est impossible en fait, mais ce qu'on ne *doit* pas s'approprier, c'est-à-dire ce qu'il n'est pas *permis* de s'approprier parce qu'il doit être réservé à l'usage commun (Dardot et Laval, 2014 : 583)

Les trois variables clefs du partage par les communs

Dès lors que les communs ne sont pas que des biens, des ressources ou des richesses mais des pratiques sociales partagées, on peut les définir par trois attributs. « Ce sont des ressources, plus une communauté définie et des protocoles, valeurs et normes inventés par cette communauté pour gérer certaines ressources [...] comme des communs » (Bollier, 2014 [2013] : 179). C'est donc un ensemble complexe de rapports communautaires, de catégories d'objets et de fonctions (ressources) et de règles de gestion assurant à la fois les conditions d'accès et les modes de gouvernance.

- Un collectif, dit « communauté ». Le terme « communauté » a actuellement mauvaise presse en France en étant associé à la xénophobie ou au refus de l'ouverture à l'altérité. Cette interprétation repose sur une méconnaissance de la richesse de l'expérience communautaire. Dans notre contexte, il s'agit de la désignation générique d'un collectif d'individus réunis autour d'un intérêt commun à défendre ou à organiser sur la base de la parenté, du voisinage ou de formes plus électives ou contractuelles. Ce collectif a toujours des limites dans la composition et des conditions d'entrée, voire de sortie pour les « *free riders* », les cavaliers et cavalières libres qui ignorent les règles communes, donc des droits et des sanctions.
- Une ou des ressource(s). Elles peuvent être matérielles ou immatérielles. Ces dernières, telles les connaissances techniques, sont de plus en plus valorisées. Chaque ressource a vocation à générer un commun singulier si bien que le collectif peut avoir à gérer un portefeuille de plusieurs communs selon des règles originales et complémentaires.

Ces ressources sont décrites précisément; les malentendus sur les désignations doivent être levés. Par exemple, il ne suffit pas de parler de droits de pâturage en général, mais il faut préciser si les fourrages sont

herbacés ou aériens, quel type de ressource est ou n'est pas exploitable et par quel type de ruminant, à quelle période, selon quel ordre d'accès à la pâture ou au point d'eau, avec quelles contreprestations en lait, en beurre, en viande, en cheptel, en monnaies. La valeur d'échange de ces ressources, suivant une évaluation monétaire, et leurs utilités doivent servir les fins collectives (« à but non lucratif ») tant que les ressources ne sont pas traitées uniquement comme des biens; ces clauses ne sont pas exhaustives. On observe ici le risque de passer d'un « approprié à » à un « approprié par », donc que les communs soient absorbés par une logique de propriété privée si l'hybridation avec le marché est mal négociée.

- Des règles de gestion. Pas de règles, pas de communs. Notons que les formulations implicites et inférentielles de ces règles sont les plus fréquentes. Tous les types de règles sont concevables si elles appliquent l'exigence du partage. Lorsqu'elles sont explicites, elles sont principalement conventionnelles, mais peuvent être issues du droit positif, des usages, coutumes ou pratiques locales. La condition (substantielle) est que la règle soit admise comme légitime par le groupe, soit élaborée par lui ou soit adoptée par intégration volontaire à la suite d'une information libre et contradictoire.

Elinor Ostrom (2010 [1990]) avait proposé huit principes et des méthodes pour élaborer les règles communes. J'en présente une version plus proche d'une politique de régulation³ :

1. Le périmètre du groupe et des rôles (*position rules*) doit être explicite. Il peut concerner le nombre de membres, les types de rôles, leurs modes de mobilisation. Dans les collectifs africains où je travaillais, chaque membre avait un rôle identifié par un statut.

3. Je m'inspire du texte de Elinor Ostrom et Xavier Bassuro (2013), "Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel" et de la synthèse par Eric Battistoni du mot "Règle" dans *Des mots pour vivre en paix au-delà des conflits* dans Morel et al. (à paraître).

2. Ces rôles sont fixés (*boundary rules*) selon des limites qui fournissent à chacun-e la connaissance de l'accès à ce rôle, leur mode de désignation ou d'accession; des compétences en sont déduites.
3. Des normes d'allocation attribuent à chaque rôle ce qui lui revient (*allocation/choice rules*) et précisent les membres concerné-e-s.
4. Des règles ou formules collectives (*aggregations rules*) organisent le pouvoir local et permettent de désigner qui fait quoi, en particulier dans des moments singuliers de la vie du groupe et de transmission de l'autorité.
5. Des règles d'information (*information rules*) permettent de transmettre les connaissances, compétences et consignes selon les acteurs et actrices et leurs hiérarchies.
6. Des règles de contribution ou de rétribution (*payoff rules*) permettent d'affecter les récompenses et les avantages tirés de l'action commune.
7. Les usages possibles des ressources (*scope rules*) permettent également des sanctions graduées en cas de tensions ou de mauvaise application des règles.
8. Des mécanismes locaux peu coûteux sont toujours préférés sans exclure leur intégration dans des structures plus vastes, la justice maintenant.

Commentaire de certains attributs de la juridicité des primo-communs

Parce que plurielle, la juridicité combine quatre ordonnancements sociaux et suppose une combinaison de ces divers ordonnancements.

Depuis une quarantaine d'années, l'anthropologie du droit a été amenée à distinguer entre quatre ordonnancements sociaux, appliquant les énoncés paradigmatiques de Michel Alliot sur les visions du monde et les visées du droit (Alliot, 2003). En plus d'un ordonnancement imposé aux civilisations héritières des cultures abrahamiques, d'un ordonnancement

négocié lié aux cultures animistes et communautaires et d'un ordonnancement accepté dans le confucianisme et ses expansions asiatiques, on a introduit la contestation comme quatrième ordonnancement. Il est possible d'observer des traces de ces quatre ordonnancements dans toutes les sociétés, à des doses naturellement différentes et qui signent leur identité. J'ai déjà écrit que les primo-communs n'impliquaient pas nécessairement d'égalité et que l'idée de liberté pouvait être contrainte. De ce fait, l'idéal de la négociation ouverte et constructive entre libres commoneurs et commoneuses doit être relativisé. Vrai en théorie, il peut être contredit en pratique par de petits despotes qui, en imposant leur autorité discrétionnaire, appellent en retour leur contestation et leur rejet. Les communs ne sont pas un long fleuve tranquille!

Ce que l'hétéronomie de la juridicité peut impliquer

La notion d'hétéronomie nous est peu familière, car nous pensons toujours son antonyme, l'autonomie, comme la base de notre condition de sujet de droits et ce au moins depuis John Locke et la philosophie politique anglaise. Ce fut un autre apport de Louis Dumont, dans son introduction à la traduction française de Karl Polanyi sur la genèse du capitalisme, que d'avoir inversé l'explication classique de l'autonomie de l'économie par rapport à l'organisation sociale. Dans *Le Jeu des lois*, après avoir cité les commentaires de l'anthropologue sur les enjeux scientifiques, je concluais en le citant :

Dans une telle démarche, le comparatisme revient à refuser jusqu'au bout la compartimentation que notre société, et elle seule, propose et, au lieu de chercher dans l'économie le sens de la totalité sociale — ce à quoi Karl Polanyi s'est certes opposé — à chercher dans la totalité sociale le sens de ce qui est chez nous et pour nous économie (cité par Le Roy, 1999 : 32).

Remplaçons « économie » par « juridicité des communs » et nous avons un nouveau programme de recherches où nous postulons que d'autres cultures que la nôtre ne connaissent pas nos divisions et distinctions entre droit, morale, éthique, philosophie et autres modes normatifs concevables. Nos références juridiques doivent donc être trouvées « ailleurs », dans les représentations religieuses ou le culte des ancêtres, voire dans ces « morales de contes » des Diola de Casamance sénégalaise.

La juridicité s'institue par des pratiques reconnues ou réglées (rituels) mais seul le droit s'institutionnalise

J'ai proposé en 2009 une justification de la distinction entre l'institution et l'institutionnalisation dans les *Mélanges au professeur Trutz von Trotha* (Le Roy, 2009b). Dans une notule en incise, je retiens surtout ce qui a trait à « l'institutionnalisation, signe diacritique du droit? » :

Par le suffixe « nalisation », je propose en particulier de rendre compte de cette force singulière et arbitraire, la symbolique, qui ayant, dans le contexte de la justice, transformé une institution en Institution, permet le passage, dans le domaine plus général de la vie juridique, de la juridicité au droit. Autrement dit, je cherche à comprendre le mouvement de transformation d'un phénomène général d'organisation de la normativité et commun à toutes les sociétés (la juridicité dont je vais reparler) en droit, comme mode spécifique d'une domination légale-rationnelle, proprement occidental et judéo-chrétien, de concevoir l'institution juridique de la vie en société, le *vitam instituere* [Legendre, 1999], selon les canons de la modernité et de ce qu'elle cache. Ou ce que nous ne savons plus voir car il n'est pas besoin d'être grand clerc pour aboutir aux observations que nous développerons au sujet des représentations qui sont ici à l'œuvre.

Pour avancer dans l'analyse proposée dans Le Roy 2009b, je me demande comment on est arrivé à associer le droit à l'institutionnalisation. Quelle charge de violence semble recouvrir cette mise en mouvement de l'institution dans le processus de l'institutionnalisation et de sa symbolique? Ce mouvement est suffisamment crédible pour sembler partagé par le plus grand nombre des « enfants de la modernité » et devenir ainsi « symboliquement » légitime, mais il est pourtant en crise.

Formulation initiale du problème

Dans le monde occidental, on s'est longtemps contenté d'associer le droit à la sanction comme une procédure rendant obligatoire ou constatant le caractère obligatoire d'un acte ou d'une norme. Puis, il y a une dizaine d'années, l'hypothèse de la juridicité a cessé d'être « symbolique » au sens d'un signe exprimant une obligation qui pouvait relever de l'infra-droit ou du méta-droit, bref de ces contrées mystérieuses explorées par exemple par Jean Carbonnier dans son *Flexible droit* (1995). Cet au-delà du droit que la langue a tenté de circonscrire en mobilisant les termes « coutumes », « usages », « pratiques », etc., a, chez les Occidentaux, les apparences d'un résidu qui doit céder à toute pensée rationnelle et normative. Tel n'est pas le cas dans les expériences d'autres cultures qui n'ont pas eu à inventer⁴ l'équivalent du droit tout en étant régulées selon des modalités qui peuvent être des rituels : dans l'expérience chinoise confucéenne, le *dharma* dans la vision hindoue, le *fiqh* dans l'Islam ou la tradition familiale ou locale dans les campagnes françaises ou africaines.

Rappelons que nous devons intégrer trois ruptures dans nos raisonnements et dans nos systèmes de croyances.

4. Parce que cette démarche sort de l'épure que propose leur vision du monde et non en raison de quelque infériorité.

- Tout d'abord le droit que nous pratiquons n'est pas une réponse générale et commune à l'ensemble du développement humain, mais un *folk system* propre à un moment particulier de cette histoire humaine.
- Il n'est pas seulement une réponse parmi d'autres. Il a voulu déroger à des principes tenus pour non-négociables durant des millénaires et dans lesquels se retrouvent, au moins, les deux tiers de l'humanité. Ce « reste », ce solde qui n'est pas saisi par le droit, est régulé par ces mécanismes de contrôle social tenus pour obligatoires et dénommés globalement ici la juridicité.
- Le droit est issu de la juridicité et appelé éventuellement à y retourner selon une procédure de qualification, ci-dessus dénommée l'institutionnalisation, ou de disqualification qui reposera sur une procédure parallèle de dés-institutionnalisation.

Surcroît de connaissance actuel

Je voudrais, dans ce livre, expliquer où et comment s'opère ce passage de la juridicité au droit, à la lumière d'expériences en Afrique, en Australie et au Canada. Par quelle magie « blanche » (occidentale) passe-t-on d'un niveau de conscience de pratiques tenues pour obligatoires selon les considérations tirées de la répétition, du recopiage, de la paraphrase, de la reproduction plus ou moins conforme des modèles, de l'éducation, etc., à un autre niveau qui est celui du droit et dans lequel, par une conception prométhéenne constamment mobilisée et revisitée⁵, chacun fait sa vie? Le droit, comme le marché, doit être transparent et immédiatement mobilisable pour concourir à la réussite de la nouvelle société des individus. Donc, il doit reposer sur des normes neutres, abstraites, impersonnelles, universalisables, comme supports aptes à assurer l'échange généralisé et le partage selon les contraintes du marché...

5. Au nom de la démocratie, du développement, de la gouvernance actuellement...

On est en face d'un mouvement incessant, allant dans les deux sens, de la juridicité vers le droit et inversement. Mais juridicité et droit ne changent pas de manière synchronique et il n'y a ni reflet parfait de l'une dans l'autre ni continuités. Les contradictions sont d'autant plus fortes que, comme le remarque Roderick Macdonald (1986), la formalisation de la norme implicite en norme de droit provoque des blocages et des contraintes qui appellent toujours plus d'intervention, donc d'institutionnalisation.

Ce passage d'une sphère à l'autre repose sur une transposition d'un registre à l'autre, équivalant à une véritable traduction recourant à une terminologie et à une grammaire propres à la langue du droit. Seuls les initiés peuvent en décoder les implications. Mais qui dit traduire dit trahir. Entre déperdition de sens, incompréhensions et disqualification de la juridicité en raison de choix éthiques ou politiques, il y a de nombreuses opportunités pour une césure qui peut être aussi censure. L'institutionnalisation n'est donc pas seulement un outil de traduction. Elle se révèle un instrument de domination et d'exclusion, voire d'exploitation.

Par ailleurs, en raison du lien entre l'institutionnalisation et la loi, entre la loi et l'État et entre la souveraineté et les principes d'autorité, l'adage de Thomas Hobbes se vérifie pleinement : *auctoritas non veritas facit ius*. C'est ce qui augmente (*augere*) plutôt que ce qui exprime le réel qui fait le droit. Mais, qu'augmente-t-on dans le processus d'institutionnalisation? La part de bonne régulation des individus, la bonne gouvernance de la société ou le monopole du pouvoir étatique?

Enfin, ce processus suppose une « perte en ligne ». Comme le souligne Roderick Macdonald (1986), le passage des normes implicites et inférentielles à des catégories juridiques positives implique un effet d'occultation ou de disqualification des normes et des institutions inférentielles qui y sont associées. La formalisation rigidifie et introduit des contraintes et des conflits qui appellent toujours plus de droit pour

les résoudre. Paradoxe du mécanisme d'institutionnalisation, trop de droit tue le droit (Le Roy, 1999). Plus on y recourt, plus il est disqualifié aux yeux des sujets de droit, comme on le vérifie actuellement.

Ce n'est pas le lieu de multiplier les commentaires qui sont pourtant d'importance stratégique pour des juristes qui veulent espérer mieux maîtriser ces deux domaines des traits les plus significatifs du modèle de nos expériences normatives, l'un, le droit, fétichisé, l'autre, la juridicité, malmené. Pour leur information, je rappelle aux juristes la définition que donnait en 1993 le *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit* (Arnaud et al., 1993), parlant bien de corpus mystique :

Le terme latin *institutio* [a été inventé par le juriste Sinibaldo de Fieschi] pour désigner un type particulier de *persona ficta* et *repraesentata*, différente de la *persona ficta* de la corporation autant que de la fondation.

L'élément caractéristique (et nouveau) de *l'institutio* est la présence constitutive d'une *auctoritas* supérieure externe qui, par la suite, acquiert le caractère immanent de la structure organisationnelle et performative de *l'institutio* elle-même. Dans *l'institutio*, le donné social et matériel se conjugue inextricablement avec l'aspect spirituel et symbolique : *l'institutio* est un *corpus mysticum* véritable et particulier (*ibid.* : 304).

Universalisme et cosmopolitisme, les deux derniers référentiels en cause

L'universalisme pose au moins deux questions aux pluralistes. D'une part, par sa racine *unus*, il nous impose une axiologie commandée par la réduction de la diversité à une unité qui peut être choisie, mais qui est trop souvent imposée selon des contraintes idéologiques non discutées. D'autre part, la diversité ainsi niée se venge nécessairement par des effets de retour. Or, comme nous l'expérimentons chaque jour en France avec

nos « minorités visibles », une acculturation mal réussie, voire carrément ratée, peut avoir les incidences les plus destructives pour la société toute entière.

À propos de la réception des droits de la personne au Liban, je notais que « les diversités ont pris une telle place et une telle ampleur qu'il convient de les aménager en jouant sur l'association partage/intégration/ségrégation et non de continuer à nier la multiplicité » (Le Roy, 2015 : 13). Je justifiais ainsi l'intérêt de préférer la notion de cosmopolitisme à celle d'universalisme, car elle réunit deux racines pertinentes pour mon propos: le cosmos comme cadre de recherche sur le développement durable et ses éco-systèmes et le politique qui est inhérent à l'anthropologie pratiquée ici.

C'est à cette aune que j'interprète ce qu'écrivait le regretté Bernard Maris avant son assassinat dans les locaux de *Charlie Hebdo* en janvier 2015 :

Voici le paradoxe des paradoxes : cette France de la diversité rêve, depuis fort longtemps, au moins depuis les Lumières, d'un homme universel, d'un homme unique. La nation la moins homogène a dû penser le plus impensable, l'homme qui naît libre et égal. Immensément fière de sa découverte, elle a tenté de l'imposer au monde. [...] S'il existe un « génie national », il est dans la résolution de cet oxymore : un pays anthropologiquement des plus divers [...] mais tout entier tourné vers l'unité (Maris, 2015 : 94).

Conclusion

Nous devons donc adopter avec humilité une attitude d'observation de ces innovations en cours à l'échelle planétaire. Avec la référence à la juridicité (Le Roy, 2015 : 13) et les postulats énoncés, nous disposons d'un concept assez malléable pour qu'il réponde aux besoins contemporains et à la généralisation des néo-communs : reconnaître le rôle de l'État et de son droit, au moins dans le cadre de l'État de droit protecteur des libertés

publiques, réhabiliter celles des solutions du passé qui apportaient des solutions vitales à portée des hommes et des femmes, dans le domaine des communs, et comprendre les nouvelles manières de régler et de sanctionner dans des sociétés complexes, en reprenant l'injonction de Pierre Legendre (1999) « *vitam instituere* », instituer la vie dans toute sa diversité.

2. La logique du « faire » et la contribution d'une iconologie juridique à la juridicité des primo-communs fonciers

Les matériaux fonciers que j'avais observés chez les Wolof en 1969 m'avaient conduit, en l'absence de codes d'identification propres au droit, à innover et à mettre en place une méthode dite « analyse matricielle des systèmes fonciers africains » pour rendre compte des cohérences et concordances (Le Roy, 2011). Au fil de ces explications, j'ai vu apparaître des réalités jusqu'ici inconnues ou mal interprétées, en particulier l'existence « pratique » de trois systèmes d'exploitation des sols, de circulation et distribution des produits et de répartition des terres.

L'absence de réception de ces travaux par les milieux académiques ou par ceux du développement n'a rien d'exceptionnel, car leur portée était si déstabilisante qu'il était plus facile de les ignorer que d'adapter les stratégies en conséquence. Cette méconnaissance ne m'a pas empêché de continuer, les décennies suivantes, à tenter l'approfondir le mystère de cette « juridicité à l'état pratique » en proposant de connaître et de reconnaître dans le champ des communs fonciers un rapport juridique sanctionnable et ouvrant à des droits et obligations (des possibilités de faire ou de ne pas faire) selon les conditions de temps, de lieux, d'acteurs toujours spécifiques, mouvantes et « floues ». Un colloque à Turin en 2011 m'a permis de confronter des lectures africanistes et océanistes de la sécurisation foncière et de proposer le concept d'iconologie juridique pour stabiliser des explications qui restaient encore ambiguës (Le Roy, 2013).

Je rappelle dans les sections suivantes quel était le problème à résoudre puis je présente la catégorie du « faire » comme rectrice de cette juridicité de base et l'icnologie juridique comme une des solutions concevables.

Le problème à résoudre : comprendre une logique à l'état pratique

Nous sommes en face de normes, au sens latin de *norma* : la mesure de quelque chose. L'unité de compte utilisée, ainsi que son outil ou support de référence, la règle, permettent de rendre compte de régulations peu spécialisées formellement mais très précises fonctionnellement, peu conscientisées au quotidien mais reposant sur des procédés mnémotechniques. Conservées de mémoire par certaines autorités et sous des conditions de respect de leur originalité et de leur authenticité qui peuvent varier, ces normes font face à un risque de falsification que la littérature coloniale avait tendance à souligner pour disqualifier les informations et les informateurs et informatrices. Elles ne sont tenues pour obligatoires que sous certaines conditions et dans certains contextes, dits « les mondes de la juridicité », voire des contextes bien particuliers où la solution n'est tenue pour obligatoire que par et pour quelques-uns. Elles ne sont ni générales ni impersonnelles et ne relèvent pas génériquement du domaine de la loi et du droit positif.

Selon le vocabulaire de Roderick Macdonald, ces normes sont dites inférentielles en ce qu'elles sont « inférées (c'est-à-dire approximatives, médiates et métaphoriques), selon la transparence de leur signification normative » (Macdonald, 1986 : 52). À la différence de ce qu'un-e juriste praticien-ne occidental-e ou occidentalisé-e peut supposer, la sécurisation foncière peut être mieux assurée par ces normes inférentielles que par la mobilisation du support typique de droit positif qu'est le titre foncier.

Ce que disait Pierre Bourdieu de l'habitus

Je reprends ici quelques extraits de ce texte de 1986 qui stabilise la notion d'habitus (Bourdieu, 1986 : 40-41) :

Il faut supposer qu'ils (les gens) obéissent à une sorte de « sens du jeu », [...] et que, pour comprendre leurs pratiques, il faut reconstruire le capital de schèmes informationnels qui leur permet de reproduire des pensées et des pratiques sensées et réglées sans intention de sens et sans obéissance consciente à des règles explicitement posées comme telles. [...]

Les conduites engendrées par l'habitus n'ont pas la belle régularité des conduites déduites d'un principe législatif : l'habitus a partie liée avec le flou et le vague. Spontanéité génératrice qui s'affirme dans la confrontation improvisée, avec des situations sans cesse renouvelées, il obéit à une logique pratique, celle du flou, de l'à-peu-près, qui définit le rapport ordinaire au monde. [...]

On peut poser en loi générale que plus la situation est dangereuse, plus la pratique tend à être codifiée [...] plus il faudra mettre des formes.

Codifier c'est mettre en forme et mettre des formes. Il y a une vertu propre de la forme.

L'explication proposée dans *La Terre de l'autre* : reconstruire le capital de schèmes informationnels

Selon les définitions ci-dessus proposées par Pierre Bourdieu, c'est la référence à la nécessité d'une *règle explicite* qui doit être examinée et discutée sérieusement dans le cas du juridisme. En effet, nous sommes si « habitués » à associer une régularité à une règle et une règle à une énonciation systématique (tant de forme que de fond) qu'il nous vient difficilement à l'esprit qu'il puisse exister des règles qui se connaissent

seulement par la pratique, c'est-à-dire par la socialisation au quotidien, qui s'identifient par une gestualité spécifique et qui se transmettent par des moyens qui ne relèvent pas de l'explicite mais d'un implicite organisé de sorte qu'à toutes les récurrences associées à des usages correspondent des occurrences relationnelles tenues pour des contraintes et donc sanctionnées. Parmi ces moyens, le principal est la pression sociale, la crainte de perdre la face, de déroger, de ne pas répondre aux obligations liées à son statut, etc.

La juridicité est hétéronome avons-nous déjà écrit. Elle ressemble au bernard-l'ermite, ce crustacé qui se loge dans des coquilles abandonnées, à cette différence près que les règles de la juridicité s'inscrivent dans les régulations bien vivantes de la parenté, de la religion, des rapports au sacré ou aux pouvoirs, de la morale, etc. Le signe diacritique de la juridicité repose sur un rapport de liaison ou de relation entre des champs (la parenté, le politique, la production ou la redistribution des ressources) qui doivent ou ne doivent pas être mis en rapport pour produire certains effets. L'image d'une installation électrique, de ses câblages, interrupteurs, disjoncteurs, etc., peut rendre compte, comme métaphore, d'un montage complexe qui suppose, tant pour la conception que pour la mise en œuvre, des régularités et la connaissance de ces régularités, sous peine de destruction du réseau.

On retiendra donc de ces observations que nous avons à rendre compte de rapports qui sont observés à l'état pratique, à travers des gestes et des manières de faire, mais aussi de dire, supposant une répétition, avec une certaine élasticité dans le dispositif qui, tant par la répétition que l'élasticité, rendent les conduites probables mais pas inéluctables ou imposées, pouvant ouvrir à négociation. Nous sommes dans une problématique de pluralisme juridique dans laquelle les opportunités sont choisies selon des stratégies qui permettent d'optimiser différentes contraintes. Là où le droit exige l'application d'une norme spécifique, l'habitus comme fondement de la juridicité ouvre à divers possibles que chacun-e connaît et auquel il ou elle est préparé-e à adapter ses actions. Ceci ouvre à une sécurité au moins aussi grande

que la mobilisation d'une norme générale et impersonnelle tout en ne profitant – c'est là sa contrainte pour l'étranger – qu'à ceux et celles des membres du groupe (communauté ou société) qui sont socialisé-e-s dans ces habitus.

Comme je l'avais déjà mentionné, ce modèle de sécurisation foncière repose sur un principe d'endogenèse. C'est ce qui vient de l'intérieur du groupe qui est privilégié. La juridicité n'a pour vocation que de s'appliquer aux « mêmes », aux « frères et sœurs », aux « comm[onneurs] et comm[oneuses] » (selon des degrés variables de distinction) et non à tous indifféremment. Au regard des valeurs de la modernité liées à l'exigence d'universalité, le régime « commun » d'appropriation « en communs » est sélectif et inégalitaire, reflétant la réalité de toute société sans tenter de la corriger.

L'outil privilégié : le Faire

Faire, c'est poser un acte selon les exigences ou contraintes des systèmes de dispositions durables pour que prévale une juridicité acceptée par le plus grand nombre.

Poser un acte, c'est donc affirmer que ce qu'on a pratiqué comme geste, mouvement, suite d'opérations techniques ou de schèmes verbaux doit rester mémorisé et être pour soi et pour les autres, témoins ou co-participant-e-s, le point de départ d'un état particulier, à savoir se sentir obligé-e par les conséquences qui peuvent, immédiatement ou à plus long terme, en être tirées. Ici, le formalisme est minimaliste, mais on doit supposer qu'il existe un signe ou un accent qui initie le processus de mémorisation : la paumée des marchands de bestiaux sur nos foirails n'est pas seulement la rencontre de deux mains, c'est l'expression d'un accord de volontés qui rend l'acte d'échange parfait et définitif. C'est s'inscrire, volontairement ou non, à l'origine d'une relation qui va nous lier à autrui et qu'on devra apprendre à gérer, en découvrant que ce geste posé s'ouvre

à un rapport qui nous oblige et qui, par transformations procédurales successives orales ou écrites, sera l'objet d'une sanction, s'inscrivant alors dans un processus juridique.

Ce que je viens de décrire est une sorte de continent perdu, celui des pratiques au quotidien, à l'origine d'une juridicité pratique que j'ai cherché à maîtriser depuis trente ans sous la qualification de « droit de la pratique » (Le Roy et Hesseling, 1990). Je vais en résumer brièvement les enjeux avant de revenir aux travaux de Jacques Vanderlinden qui, dans une étude de 2015, a apporté une contribution décisive à cette question.

Des données anciennes à réinterpréter

Depuis mon travail de terrain de 1969, je supposais l'existence d'un support normatif original sur lequel reposaient ou s'arrimaient les productions juridiques – instituées quand on pratique la norme, institutionnalisées quand on l'enferme dans l'écrit. Dès ce premier terrain, j'avais partagé avec mes interlocuteurs et interlocutrices paysan-ne-wolof des pratiques culturelles qui, avec le recours à des techniques et à des outils, pouvaient avoir des conséquences entre eux et pour eux, et faire naître des obligations. En utilisant un outil, un geste était posé sans qu'un commentaire soit nécessaire pour en apprécier la portée, car cela relevait bien des « systèmes de dispositions durables » propres aux agriculteurs et agricultrices.

L'hilaire est une lame de fer en forme de croissant attachée à un long manche, qui permet de travailler debout, de préserver le sol en coupant les racines des herbacés sous la structure superficielle du sol sableux et de maintenir sa fertilité lors des fortes pluies de l'hivernage (*nawet*), donc d'éviter son lessivage. L'usage de l'hilaire réactualise des droits fonciers après une période de jachères de plusieurs années. Dans des contextes de limites de champs peu ou pas inscrites dans le paysage tout en étant mémorisées par les protagonistes (chefs de terres en particulier), tout dépassement peut être à l'origine de conflits. Ici et là, le vieux proverbe

du Moyen-âge « qui terre a, guerre a » reste d'actualité. Je pouvais aussi méditer sur l'usage de la hache lourde d'abattage (*rock*) qui permet de défricher un espace naturel boisé et non encore approprié, ou sur celui d'un outil plus léger (*ngadyo*) qui permet de couper les rejets et d'entretenir un champ jadis exploité et remis en culture après jachère. Ces deux outils aux fonctionnalités proches entraînent des droits fonciers fort différents que restituent les titulatures (*laman rock, borom ngadyo*). On pourrait multiplier les exemples dans d'autres domaines mais, de façon générale, on peut poser que tout acte est porteur d'incidences ou de conséquences qui seront ou non concrétisées puis explicitées quand il faudra passer du Faire au Dire, de l'implicite à l'explicite, de l'inférentiel au référentiel. Il en va de même en Europe, mais nous l'oublions.

Ce que les Wolof dénomment « *waso* », les usages, sont ainsi abordés selon un critère utilitariste et non selon des références morales, politiques ou religieuses constitutives du *bakh i mam* (le juste des anciens, la coutume). Reste à apprécier en quoi et pourquoi ces « usages » sont à la base d'un processus de juridicité, en quoi ils en sont un élément déterminant sans lequel le processus lui-même ne serait pas fonctionnel. Les apports de Jacques Vanderlinden (2015) et de Rodolfo Sacco (2008) sont ici décisifs pour dégager le domaine du « faire » et son caractère implicite et inférentiel que Rodolfo Sacco qualifie de « droit muet ».

Au-delà de la coutume, le « faire »

Jacques Vanderlinden a proposé en 2015 une nouvelle synthèse de ses travaux sur la coutume dont il était devenu le meilleur spécialiste francophone. Il part ici d'une proposition (qu'on tiendra volontiers pour un postulat) de Roderick Macdonald : « Le droit implique davantage que simplement écrire un texte; en effet exprimer le droit peut être fait par la langue des signes, le geste et uniquement un simple acte » (Macdonald, 2011 : 321-322). L'enjeu est de comprendre la place du « faire » – donc du

geste —, plutôt que du « dire » — donc de l'oralité — dans ce qui précède la production de ce qu'on appelle généralement « le droit ». Vanderlinden dénomme « normativité » ce que je qualifie de « juridicité ».

Si l'intériorisation du « faire » par un individu est déjà le point d'entrée dans la normativité, Vanderlinden considère que « l'imaginaire de l'individu ne (l)'intéresse que dans la seule mesure où il tend à fonder une norme aboutissant à la restauration de l'harmonie sociale [... et avec] comme but la survie de la société à travers la réalisation d'un équilibre entre les aspirations plus ou moins contradictoires de ses membres » (2015 : 26). Ce qui est pour lui déterminant, c'est le « for intérieur » de l'individu. Il convient de le citer *in extenso* :

Le pluralisme normatif radical fournit peut-être un élément de réponse à la question du « pourquoi et du comment le fait ». Celui-ci propose en effet que **l'origine de la norme réside dans le « for intérieur » du sujet, au lieu de rencontre des moi multiples qui composent la personnalité de chacun**. Il remonte ainsi à la racine (*radix* en latin, d'où le recours à l'adjectif radical pour le qualifier). En cela il rejoint le pluralisme juridique critique de Macdonald lorsque celui-ci affirme que : « La revendication de base est que la caractéristique centrale du droit coutumier n'est pas qu'il est implicite, ni même qu'il est non écrit. La revendication est ici que le droit coutumier est inférentiel, (non discursif, relevant de l'idéal, non chirographaire) (*ibid.* : 127.) (*Ma traduction de l'anglais. J'ai souligné les caractères en gras*).

Vanderlinden privilégie dès lors une expérience de la coutume qui « se situe nécessairement en dehors du cadre de l'État, et donc du droit, au sens classique du terme. Nous sommes, à mes yeux, dans un environnement totalement différent au sujet duquel la qualification de « juridique » est une source constante de confusion » (*ibid.* : 130). Il propose ainsi de substituer le « faire » à la notion de coutume. Je ne saurais le critiquer puisque très tôt j'avais défini la coutume observée au Sénégal comme « manières de dire les manières de faire à la lumière de

l'expérience de nos ancêtres ». Il propose également, au lieu de la notion de systèmes de dispositions durables, d'appeler « *pratiques normatives* les manifestations de normativité qui apparaissent de manière autonome dans le cadre étatique, sans y être englobées, directement ou indirectement, ou en dehors de celui-ci, à travers le monde. Dans tous ces cas, nous nous situons en dehors des droits et de leur vocation totalitaire » (*ibid.* : 132).

En ce qui concerne la construction du paradigme de la juridicité (auquel l'auteur n'adhère pas en trouvant le terme trop « brutal »), on retiendra en particulier que Vanderlinden tient ces normes originales pour non juridiques, sans doute pour en préserver l'authenticité et éviter leur contamination conceptuelle avec le droit positif. Il s'en était déjà expliqué lors d'un colloque tenu à l'Université Paris 13 Descartes en 2011 dont le thème était « le pluralisme juridique à l'épreuve de l'histoire ». Il employait en particulier la qualification de pluralisme normatif où, à l'exemple de l'Acadie, « des individus rattachés à de multiples sociétés de toutes natures gouvernent leurs rapports sociaux selon des normes diverses de leur choix en fonction de l'une ou l'autre des personnalités multiples et des circonstances » (Vanderlinden, 2013 : 391).

Le caractère implicite et inférentiel de cette juridicité : l'apport de Rodolfo Sacco et du droit muet

Il y a, dans le travail du juriste comparatiste Rodolfo Sacco, le souci de trouver la meilleure qualification à des comportements qui peuvent être observés dans nos vies quotidiennes en Occident. Ces comportements ont des conséquences juridiques susceptibles de mobiliser le droit positif et des actions judiciaires devant les tribunaux, mais ils ne reposent ni sur des textes écrits, ni sur des paroles prononcées devant témoins : ils reposent sur des gestes, des actes posés. Notre auteur cite, entre autres exemples, l'occupation, l'abandon, la remise, l'acceptation tacite de la succession, la société de fait ou le ménage de fait (Sacco, 2008 : 146).

En outre, cet africaniste fondateur de l'école italienne de droit africain associe à ces comportements la question de la coutume sur laquelle nous nous sommes tous et toutes « faits les dents ». La coutume est bien notre « pont aux ânes » partagé par toutes les nations colonisatrices! C'est aussi la coutume, un objet scientifique mal identifié (OSMI), qui nous conduit, sur le modèle romain, à remonter le temps avec le risque évident de passer de données historiques vérifiables à des suppositions et des simulations. Il faut cependant accepter ce risque parce que l'enjeu n'est pas mince et n'intéresse pas seulement une archéologie du droit ou de la juridicité, mais bien l'interprétation de pratiques communes qui génèrent cette révolution des communs que nous commençons à vivre.

Ce domaine de recherche a déjà été approché sous de multiples catégorisations par les juristes. Rodolfo Sacco énumère « le droit vivant, le droit en action, l'efficacité, la dénotation du droit, le droit spontané, la nature des choses, le réalisme » (2008 : 145). Il note que « l'expression « droit spontané » est préférable. Mais elle a aussi son talon d'Achille » : elle est seulement applicable à ceux et celles qui en décident et non à ceux et celles qui le subissent (les esclaves). Il ajoute avec humour : « On ne sait si quelqu'un trouvera un jour une expression plus heureuse. L'auteur de ces pages (et lui seul, pour l'instant) est favorable à l'expression droit muet » (*ibid.* : 143).

Considérons son apport relatif aux pratiques originelles de ce que l'auteur continue à appeler droit. mais qu'on peut requalifier de « juridicité » quand, précisément, le processus n'est pas « imposé par l'autorité » étatique.

Les cultures des humains dépourvus de langage articulé et les cultures que nous connaissons peuvent ou peuvent établir des rapports juridiques sans avoir recours à la parole. À cette fin, elles mettent en actes le rapport juridique qu'elles veulent créer ou l'interrompent s'il s'agit de l'éteindre. Ces actes non-déclaratifs, donc « muets » sont largement pratiqués, et bien vivants, aussi dans le droit des sociétés plus avancées [...] Droit spontané, acte muet. Les deux phénomènes ont la même nature. Depuis toujours,

l'homme crée la norme en la mettant à exécution. Depuis un temps plus récent, il crée également le rapport juridique au moyen de la parole. Depuis un temps plus récent encore, il crée la règle juridique toujours au moyen de la parole [...]. Hier le droit spontané, muet. À présent le droit imposé par l'autorité, exprimé par la parole, mis par écrit (*ibid.* : 146).

Observations conclusives

Prenant l'exemple de l'expression linguistique, Sacco fait remarquer qu'il n'est pas besoin de connaître les règles de sémiologie, de grammaire ou de variations lexicales pour pratiquer une langue de manière satisfaisante, et ce même à un très jeune âge. Nous observons des règles qui restent implicites, voire parfois inférentielles. Ce n'est pas leur contenu qui importe, mais ce qu'elles mettent en rapport. Ces rapports deviennent ensuite juridiques sous certaines conditions. C'est en faisant l'expérience d'une association à travers un acte posé entre un objectif, une pratique et sa réalisation satisfaisante que cet acte se trouve « réglé » au sens d'ajusté, puis c'est par la répétition que, d'acte en actes, ces réglages deviennent des règles tenues pour pertinentes, donc reproductibles, donc sanctionnables dans l'intérêt du collectif. D'où cette proposition centrale de Rodolfo Sacco : « Ils ne savent pas comment faire, ils ne se rendent pas compte de ce qu'ils font, mais ils savent le faire et ils le font. Savoir mettre une règle en application n'est pas connaître la formulation conceptuelle d'une règle » (*ibid.* : 147).

Il est évident que l'observation des actes et comportements de mes interlocuteurs et interlocutrices au Sénégal en 1969 avait dépassé ce stade premier. Leurs pratiques prenaient un sens quand je mobilisais, par diverses catégorisations de statuts d'acteur, de zonages et de dénominations foncières, une approche conceptuelle sophistiquée. Mais ce que je cherche depuis si longtemps à comprendre puis à expliquer, c'est que **le sens de ces pratiques n'est pas dans le discours que l'on tient,**

mais dans le « faire » qui est la mise en relation nécessaire de trois éléments faisant structurellement sens et assurant toute la sécurité juridique recherchée.

En définissant la coutume au Sénégal comme les « manières de dire les manières de faire », j'avais initialement, dans les années 1970 et 1980, survalorisé le rôle de la parole en utilisant la notion d'oralité juridique (Le Roy, 1974) au détriment du sens de la gestualité. En fait, la juridicité du geste et du comportement qui y est associé ouvre à une réalité originale qui doit être effectivement tenue pour un des invariants d'une normativité démultipliée en trois registres autonomes : le geste comme base de la séquence normative, la parole et enfin le texte dont la variante codifiée est l'expression la plus technique de la juridicité.

Rappelons ce qu'écrivait Pierre Bourdieu : « Codifier c'est mettre en forme et mettre des formes. Il y a une vertu propre de la forme. Et la maîtrise culturelle est toujours une maîtrise des formes. [...] C'est dire que l'analyse du sens pratique vaut bien au-delà des sociétés sans écriture » (Bourdieu, 1986 : 40).

L'iconologie juridique, une solution pour les communs fonciers

Au regard des exigences de pluralisme, de dynamique et de complexité qui caractérisent une lecture anthropologique du phénomène juridique, la formalisation des habitus fonciers non seulement exclut la formulation d'une norme, comme nous venons de l'expliquer, mais suppose aussi, pour être connue et exploitée par « l'autre », par celui ou celle qui n'est pas socialisé-e dans cet habitus, d'être modélisée (Le Roy, 2011 : 128-129) pour faire apparaître formellement la norme restée jusqu'alors implicite et inférentielle.

Quasiment tous les éléments du rébus sont ici posés, en particulier la référence à un dispositif qui repose essentiellement sur des objets et des techniques. Cependant, il manquait encore l'étincelle qui est finalement venue d'un colloque international organisé par nos collègues italiens de

Turin sous le magistère de Rodolfo Sacco, en avril 2011. De manière significative, la solution a émergé en deux temps et sur un terrain inattendu, la Polynésie. Après avoir présenté sa communication sur le foncier des lagons polynésiens et face aux questions que nous lui posions sur le fonctionnement des interdits (*rahui*) de pêche, Tamatoa Bambridge associa à la version révisée de son texte le linguiste Jacques Vernaudon. De leurs réflexions émergea la notion d'icône, décrite dans les conclusions de *La Terre et l'homme* (Le Roy, 2013 : 303-305) comme un des cinq chantiers majeurs de la recherche foncière.

La solution qui émerge dans *La Terre et l'homme* (2013)

L'iconicité est comprise ici comme la fidèle image de quelque chose. Cette notion élargit l'emploi de l'icône comme peinture religieuse dans les Églises orthodoxes à des contextes juridiques et à des objets supports de juridicité. Transposant les analyses de l'art chez Gell (1998) à la juridicité qu'ils approchent comme « un système d'action dont l'intentionnalité est de changer le monde », Tamatoa Bambridge et Jacques Vernaudon considèrent que « **les normes qui s'incarnent dans des objets pris dans des contextes et des rituels particuliers sont constitutives du droit [de la juridicité] d'un groupe social donné [...] Certaines choses sont liées ou perçues comme équivalentes** » (Le Roy, 2013 : 304).

Il suffit donc de désigner par un geste ou de dénommer cette « chose », dotée dès lors d'un **pouvoir d'instanciation**, pour mobiliser le double rapport humain/humain et humain/chose dont j'ai vérifié dans *La Terre de l'autre* — et ce, depuis les travaux initiaux de Paul Bohannan (1968) — qu'ils sont à la base des rapports fonciers, donc de leur juridicité. L'instanciation est un procédé mental consistant à rendre présentes, à un moment et selon un ordre particulier, des données qui sont physiquement ou conceptuellement éloignées et qui doivent continuer à être distinguées et tenues pour telles.

La chose représente par instanciation un droit selon un procédé inférentiel et implicite partagé par l'ensemble de la communauté des usagers et usagères qui sont endoculturé-e-s pour maîtriser toutes les implications de leurs invocations. Le fait qu'on interprète cette chose comme étant d'ordre juridique, ici selon un procédé d'instanciation connu pour son impact sacré, n'est problématique que dans une perception de l'organisation (occidentale) du monde qui ignore les représentations animistes et en particulier les phénomènes de circulation et de mobilisation des énergies tant cosmiques que socio-humaines. J'avais montré que ce même processus analysé sur des terrains casamançais en 1979 était analogue à un cyclotron de physiciens.

Il est évident que de tels montages risquent d'être incompris en dehors de la communauté où ils s'enracinent. Les travaux anciens sur les systèmes coutumiers africains tendaient à montrer que les communautés cherchaient à garder secrètes de telles régulations qui, si elles étaient connues en dehors, offraient à leurs adversaires des armes pour les soumettre ou au moins les influencer.

Le modèle matriciel d'iconologie juridique

Ce qui se passe *in intellectu*, dans la tête des praticien-ne-s, est susceptible d'être transcrit formellement en mobilisant un support matriciel qui intègre à l'horizontal les rapports humain/humain et, à la verticale, les rapports humain/chose. Chacune des cases ainsi identifiées peut recevoir les réponses appropriées, objet ou geste support de l'instanciation.

Tableau 6. Matrice type d'icônes foncières

	A	B	C
1	&		
2		§	*
3	++		

Légende du tableau : les symboles &, §, * et ++ sont des catégories de lieux ou de supports techniques selon les terminologies vernaculaires locales. Ils sont codés sur la base des indications des informateurs : & = A/1, § = B/2, * = C/2, ++ = A/3, etc. Si A est un mode de contrôle par découverte, B un mode de contrôle par conquête, C un mode de contrôle par attribution, si 1 est un mode d'utilisation pour l'agriculture, 2 un mode d'utilisation pour la résidence, 3 un mode d'utilisation pour les activités de chasse, de pêche ou d'élevage, on peut donc définir & comme un droit portant sur la terre agricole au titre de la découverte, § comme un droit portant sur une terre résidentielle au titre de la conquête et * également comme un droit résidentiel mais au titre de l'attribution, etc.

Le support matriciel a pour mérite d'autoriser un comparatisme à la fois dans le temps – puisque les solutions peuvent bouger, s'adapter à des situations nouvelles ou disparaître – et dans l'espace, en tenant compte des spécificités ou subtilités de partages de ressources inhérentes à chaque collectif, quelle que soit sa taille, dès lors que les conditions d'enquête le permettent.

Conclusion

L'intérêt de cette découverte d'une iconologie juridique appliquée à la compréhension des rapports fonciers « en communs » est de matérialiser la possibilité de donner à une notion perçue comme intellectuellement concevable une pertinence pratique, même si, pour ce faire, nous devons nous dérouter et accepter de penser autrement.

En abordant les relations entre le droit et la juridicité sur la base d'homéomorphismes, nous avons d'abord pu vérifier la fonction englobante de cette juridicité qui rend compte tant des continuités que des différences. Ces différences sont-elles aussi radicales que la pensée exégétique des juristes positivistes le suppose? Une fois qu'on a écarté la prétention à la supériorité intellectuelle des structures normatives modernes, on retrouve le champ des pratiques et ce droit de la pratique (Le Roy, 1999) qui ressemble terriblement à de la juridicité, car les habitudes et les habitus y sont dominants.

Puis, dans la deuxième section, en systématisant une logique à l'état pratique à partir de corpus de données récoltées au fil du temps, j'ai pu vérifier que les communs relèvent bien de la juridicité et échapperaient même, pour ce qui concerne les primo-communs, au droit positif.

Enfin, dans la troisième section, j'ai pu apporter une contribution originale à la compréhension de ce qui était tenu pour un « mystère »: comment fabriquer du juridique sans règles explicites? La notion d'iconologie juridique proposée par Tamatoa Bambridge et Jacques Vernaudeau répond à cette attente, même si l'idée d'instanciation peut rester pour le lecteur et la lectrice une spéculation.

Au total, nous avons donc, dans ce chapitre, fait avancer non seulement la théorie des communs en l'éclairant de propositions et de nouvelles conceptualisations, mais aussi celle de la juridicité comme expérience originale de l'humanité. Nous l'avons vue non seulement associée à des pratiques habituelles puis à des habitus, mais aussi cosmopolite, de tous les temps et de tous les lieux, constitutive d'un

champ d'expériences qui traverse nos histoires pour enrichir notre présent et ouvrir à d'autres futurs. La découverte des néo-communs va le préciser et l'explicitier.

3. Conclusion. Passer de l'état de l'art aux données de terrains

Complémentarité des fondements de la juridicité

Le tableau ci-dessous résume les apports de la démarche proposée une fois qu'on a rétabli l'ordre « naturel » ou pragmatique d'ajustement des situations et des procédés ou procédures, partant des actes posés dans le Faire, puis passant à leurs cristallisations orales ou à leurs formalisations écrites lors de la rédaction de la loi.

Mode d'expression normatif	Forme privilégiée	Support	Ordonnement	Autorité	Actualité
Faire	Geste posé	SDD	Accepté	Sachant-e-s	Expert-e-s
Dire	Dialogisme	MCC	Négocié	Coutumière	Médiateurs et médiatrices
Écrire/Rédiger	Légistique	NGI	Imposé	Hommes et femmes de loi	Rédacteurs et rédactrices parlementaires

Tableau 7. Trois juridicités appelées à se compléter

On peut en tirer deux enseignements.

1) Cette séquence normative peut être plus ou moins développée, détaillée et justifiée¹; elle n'est qu'une parmi une multitude d'autres séquences qui seront, ou non, mobilisées selon le contexte de nos pratiques et le type d'autorité qui se prononcera sur sa pertinence et

1. Les questions les plus sensibles étant « de quelle autorité est doté le montage normatif ainsi privilégié? » et « quel en est le gardien ou le garant? ».

ses conséquences dans la vie sociale. L'image de notre système neuronal pourrait sans doute être utilisée pour illustrer ce pluralisme des potentialités normatives.

Il importe surtout de prendre conscience de l'implantation de la production juridique, formalisée par le discours et par l'écrit, dans ce « continent perdu des pratiques » et de sa logique propre, ainsi que, secondairement, des spécificités qu'induisent les formalismes de l'oralité et de l'écriture – tout ce qu'expérimente, au jour le jour, un magistrat ou une magistrate de l'ordre judiciaire. Il ou elle doit peser les faits, dire le droit et écrire un jugement en se souciant d'équilibrer les diverses contraintes de la juridicité. La tâche est ici grande pour tou-te-s les pédagogues soucieux d'une formation juridique et judiciaire pragmatique et réaliste, ce qui nous ramène aux observations de Roderick Macdonald en introduction. D'une part, « seules les normes implicites et inférentielles sont réellement normatives », dit-il. D'autre part on court le risque, chemin faisant et par incidence des procédures judiciaires, d'en perdre la pertinence : « à ce moment-là, on n'a plus tendance à reconnaître les normes inférentielles et implicites comme normes, mais plutôt de les redéfinir, soit comme des antécédents de décisions judiciaires, soit comme de simples éléments d'interprétation de textes formulés et explicites » (MacDonald, 1986 : 57).

2) Ce tableau 7 nous met face à des types idéaux qui, dans la réalité des pratiques institutionnelles contemporaines, vont pouvoir se combiner de manière plus ou moins cohérente ou pragmatique. En 2007, j'avais montré, à propos de la conception française du procès (Le Roy, 2007c), qu'on pouvait distinguer entre, d'une part, le mode classique du procès fondé sur la punition et un ordonnancement imposé et, d'autre part, une expérience plus récente d'un mode négocié de prise en charge des différends observé avec la justice de cabinet des juridictions pour mineurs ou les tribunaux paritaires. La médiation apparaissait alors comme un mode original dont il fallait préserver l'authenticité. Depuis, les pratiques ont évolué et les magistrat-e-s ont renforcé leur emprise sur la médiation judiciaire, de même que les médiateurs et médiatrices, en se

professionnalisant, se sont institutionnalisés-e-s en se rapprochant du modèle judiciaire. J'ai donc proposé aux magistrat-e-s du Groupement européen des magistrats en médiation (GEMME), réuni-e-s à Bordeaux en juillet 2018, d'examiner la possibilité d'une nouvelle réponse associant médiation et judiciarisation².

Le passage par des expérimentations sur le terrain est en effet la principale condition pour trouver des solutions adaptées aux enjeux normatifs du XXI^e siècle.

Prévalence des données de terrain sur les constructions théoriques dans l'identification puis l'évaluation des communs

Dans un monde complexe, marqué par une entrée de nos sociétés en transmodernité, nous sommes appelés à expérimenter la présence conjointe de la pré-modernité et de la modernité dans le cadre d'enjeux post-modernes, ouvrant au libre choix et au pluralisme normatif. Dans le cas présent, la pré-modernité est représentée par les primo-communs, la modernité par le droit positif et les enjeux post-modernes par les crises des modèles de société et l'exigence de développement durable pour répondre aux aléas climatiques. Ces trois séries de variables se rencontrent autour d'un nouveau problème à régler à l'échelle mondiale : les néo-communs. C'est à ce problème, que l'on peut qualifier d'explosif à terme, que je consacre la deuxième partie du livre.

2. Étienne Le Roy. 2018. « Existe-t-il une culture de la médiation ? Comment peut-elle se développer ? », communication lors des 8èmes Assises internationales de la médiation judiciaire, organisées par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME). Texte disponible ici : <https://www.anm-mediation.com/page-newsletter.php?id=121766#article-122357> Et publié dans : Béatrice Blohorn-Brenneur et Claude Czech. 2019. *Développer une culture de la médiation*. Disponible au lien suivant : <https://www.lgdj.fr/developper-une-culture-de-la-mediation-9791091871389.html>

PARTIE II

DES NÉO-COMMUNS EN CONSTRUCTION OU L'APPRENTISSAGE DE LA COMPATIBILITÉ DES COMMUNS FONCIERS AVEC LE DROIT

**Là où, dans les interstices, s'expérimentent de nouvelles juridicités
partagées, entre l'État et le marché généralisé**

Les pages précédentes ont identifié, avec les primo-communs, des différenciations caractéristiques à partir d'une lecture dualiste mettant en opposition le droit que nous pratiquons dans la modernité et les habitus que valorisent les communs. Ces oppositions doivent être dépassées. La publication des actes de la journée d'études organisée par l'Académie des sciences d'outre-mer (Asom) en novembre 2016 (Delmas et Le Roy, 2019) a apporté des propositions nouvelles, en particulier dans le domaine de l'analyse juridique avec les contributions de Sigrid Aubert et de Philippe Karpe.

Une des oppositions les plus notables concerne le caractère inclusif des communs et le caractère exclusif des droits de propriété : c'est l'exclusivisme qui fut le facteur mortifère des communs. Les travaux d'Alain Karsenty (2019) sur la gestion des forêts d'Afrique centrale illustrent comment on tente de réintroduire l'inclusivisme des communs

au centre des modes de gestions forestiers des sociétés capitalistes, au profit tant des populations autochtones que d'une gestion écologiquement raisonnable.

Une autre opposition, peu interrogée, distingue l'endogenèse chez les populations à organisation communautaire et l'exogenèse qui, depuis le mythe fondateur de la création du monde dans la Genèse, est au fondement des conceptions des institutions en Occident. En travaillant sur les nouvelles pratiques foncières en réponse aux stratégies d'accaparement de terres à grande échelle (*Land grabbing*), j'ai mis en évidence de nouvelles approches qui associent le double mouvement intérieur et extérieur à un processus qui a été qualifié, à la suite de certains auteurs, de « glocalisation » (Le Roy, 2013), un barbarisme qui tente d'expliquer les liens nouveaux entre le global et le local.

La relation entre le partage et l'échange a pu être également réévaluée en examinant des pratiques de troc respectant des conditionnalités qui relient l'idée de gratuité supposée du don (Le Roy, 2012) avec les contraintes du marché plus ou moins généralisé, par exemple dans le cas des banques alimentaires. Le rôle des monnaies a été également singulièrement rediscuté et des expériences de monnaies locales se développent partout dans le monde capitaliste.

Un autre niveau d'analyse, sans doute pas le dernier, tient à la place que prennent les communs immatériels à partir et autour de la révolution numérique. Une révolution de la connaissance est en cours sur la simple base d'algorithmes ou de matériel informatique en 3D qui changent les conditions de prévision ou de construction d'objets.

Comme je le soulignais au terme du chapitre précédent, ce sont bien ces néo-communs qui posent actuellement les questions les plus cruciales quant à l'avenir de nos modèles de sociétés. Dans cette partie, j'explore les implications et les enjeux de plusieurs dispositifs de néo-communs qui, dans leur rencontre et leurs tensions avec l'État et le Marché généralisé, s'inscrivent dans ce qu'on dénomme généralement « des communs administrés » et « des communs marchandisés ».

Je commence par un exemple africain, suivi continument depuis le milieu des années 1980. Le chapitre « Des communs contestés, un État en échec. Le chantier avorté de la décolonisation juridique des politiques foncières, exemple du Mali » analyse la finitude d'un droit positif importé, l'échec de l'État en Afrique et la tragédie vécue des commoneurs et commoneuses face à la diffusion non maîtrisée du droit de propriété privée.

L'exemple comorien du chapitre qui suit est aussi associé à une pratique de terrain que je mène depuis 1986. Le chapitre « Les communs et le marché. Exemples d'hybridations en cours » modifie cependant la vue pessimiste du chapitre précédent en expliquant comment des métissages associant échanges sur le marché et partages solidaires permettent de relancer et de pérenniser des solutions endogènes à l'ombre de l'État et en mobilisant le minimum de droit positif. De tels métissages sont également actifs parmi les Premières nations du Canada. Leur ignorance par les institutions étatiques met à mal la construction d'une citoyenneté interculturelle.

Le dernier chapitre propose une ouverture sur des contextes de crise du modèle d'État protecteur ou du capitalisme. Intitulé « Ici et maintenant », il présente des thématiques en débat dans ma région, la Picardie, avec les Laboureurs du Vermandois et la fin d'un modèle productiviste. J'y ajoute quelques remarques sur la mobilisation « implicite et inférentielle » des communs et d'une juridicité du « faire » avec quelques propositions de politique juridique émanant de recherches récentes.

La conclusion, « De la procrastination dans les politiques juridiques », propose quelques lignes critiques et stratégiques pour favoriser une réception de la culture des communs.

4. Des communs contestés, un État africain en échec

Le chantier avorté de la décolonisation juridique des politiques foncières, exemple du Mali

Ce chapitre restitue la chronique de l'évolution de la politique foncière de la République du Mali entre 2014 et 2017, une période cruciale pour l'avenir tant du Mali que de la sous-région. On ne va pas gloser sur les politiques sécuritaires en cause et sur les aléas de l'intervention militaire française, sans doute indispensable et remarquablement efficiente en 2012, puis qui s'est « ensablée » politiquement et idéologiquement au point d'évoquer maintenant les précédents russes et américains en Afghanistan. Une des erreurs principales a été de refuser l'évidence que l'État centralisé, de type jacobin soudé autour de l'idée de nation, n'existe toujours pas au Mali, comme dans d'autres pays voisins. Un chercheur américain parlait justement pour le Mali d'un État « Potemkine », du nom de ce ministre de Catherine II qui, pour illustrer le peuplement et l'adhésion des populations lors de la visite de la Crimée nouvellement conquise par les Russes, utilisait des décors factices en bois de villages posés sur les bords de la Volga pour la plus grande satisfaction de l'impératrice. Nous sommes au Mali devant un théâtre d'ombres, ou de marionnettes, avec des manipulateurs qui font croire que ce qui est bon pour la France, l'Europe ou l'Occident, est bon pour tous, donc directement applicable aux pays sahéliens.

Les arguments de ce chapitre avaient été réunis pour un ouvrage devant illustrer la nécessité d'une décolonisation juridique, préalable à toute stratégie malienne tant constitutionnelle que foncière. Ce projet de livre s'étant également « ensablé », il m'est apparu intéressant de les publier ici, car le panorama des situations foncières autour de quatre zonages critiques (au Nord, au Centre, au Sud et dans la capitale) permet

d'entrer dans une compréhension des enjeux affectant l'avenir des communs au Mali et dans toute la sous-région. On y voit combien il est délicat de développer l'hypothèse de « communs administrés » quand l'idée même de l'État de droit est inaboutie.

Mon point de départ est l'état des questionnements du ministre des Domaines et des Affaires foncières en 2016. Puis je ferai le bilan d'un droit foncier dit de manière paradoxale « positif », alors qu'il est si évidemment négatif, en contradiction avec les attentes et besoins des Maliens et Maliennes. On y mettra en évidence l'incidence de la domanialité et de la vaine tentative de généraliser la propriété privée, dont la très grande majorité des Maliens et Maliennes n'ont que faire. Dans un troisième temps, je ferai retour à des terrains fréquentés durant les décennies 1980 et 1990 en mobilisant les travaux de collègues ou d'amis. Les avancées et les limites de la période contemporaine avec quelques commentaires plus généraux sur le statut de ces néo-communs seront repris au terme de ce chapitre.

Une politique foncière au profit d'intérêts sectoriels

Mohamed Ali Bathily, ministre des Domaines et des Affaires foncières du Mali (Bathily, 2016), déclarait en mai 2016 :

Nous avons trouvé que l'État était totalement désarticulé. Il n'y avait pas d'État. Il y avait des relations et l'argent qui permettaient de gérer les problèmes et les dossiers de l'État. Il s'agit de trouver une solution à ce problème [...]. Nous voulons donner un statut juridique aux terres agricoles et faire en sorte que le paysan puisse dormir tranquille. [...] Nous travaillons à faire en sorte qu'il n'y ait pas de chevauchement ou double attribution sur des terrains. [...] Il faut aussi œuvrer pour que l'administration arrête de produire de faux documents.

De tels propos dans la bouche d'un ministre malien en exercice peuvent étonner¹. Cependant, tout en conservant un ton diplomatique et le respect des formes de son ancienne profession d'avocat, M. Bathily met effectivement le doigt là où cela fait mal : l'illusion de l'État fort s'est dissipée et, avec elle, le sens de l'intérêt général. Ne restent plus que les relations et l'argent pour s'approprier les dépouilles de la domanialité. Dans un entretien ultérieur du 18 juin 2016, ce même ministre précise ses accusations.

Qu'il s'agisse de maires, d'élus en général, beaucoup spéculent sur le foncier. Ils morcellent et vendent des terres dont ils ne disposent pas, au vu et au su de tout le monde. On ne peut prétendre être en démocratie et tolérer de telles pratiques de la part de responsables qui parlent en notre nom, nous citoyens, dans certaines instances, alors qu'ils violent la loi que nous, Maliennes et Maliens, nous nous sommes donnée pour gérer notre pays. Cela est de l'ordre de l'inadmissible. C'est aux citoyens, à chacun d'entre nous, d'exiger et d'obtenir que les lois soient appliquées. Nous devons tous cesser de fonctionner dans un système qui permet à certains de profiter de privilèges qu'ils se sont eux-mêmes arrogés à perpétuité. Ce sont des intérêts mal acquis. [...] Le Mali a du mal à trouver la bonne gouvernance parce que l'élite malienne a manqué, et manque toujours, de loyauté dans l'application des textes. Cette élite a toujours pédalé à côté du vélo Mali, l'empêchant ainsi d'avancer (Wasserfogel, 2016).

On appelait dans les années 1980 ces pratiques « la politique du ventre » s'inscrivant dans la patrimonialisation clientéliste de l'État.

1. Il est pour le moins paradoxal qu'une administration en charge de produire un « titre définitif et inattaquable », comme on le verra plus loin, ait la possibilité de produire de faux documents, mettant en danger tout le système des rapports économiques et financiers à l'échelle nationale et sous-régionale.

Dans les citations précédentes, deux problèmes et une ambition sont mis en évidence. Les problèmes peuvent être analysés, d'une part, comme des dysfonctionnements internes aux services de l'État dans un contexte de détournement des principes de gestion, spécialement pour ce qui concerne l'immatriculation et la délivrance de titres fonciers. D'autre part, on retrouve des abus de pouvoir par des maires et d'autres élus dans l'attribution des droits domaniaux et la constitution de patrimoines fonciers. Quant à l'ambition, elle n'est pas seulement de moraliser le fonctionnement d'une administration corrompue, mais aussi d'assurer enfin aux paysan-ne-s, parce que ce n'était toujours pas privilégié depuis l'Indépendance de 1960, une sécurisation foncière dans la continuité des droits détenus de manière immémoriale et nommés improprement « coutumiers ». Pour ce faire, doit-on passer par la contrainte de la procédure de l'immatriculation foncière? Ou peut-on envisager des stratégies plus économes que le recours à des bureaucraties, avec ses coûts financiers, ses délais et de possibles prévarications? Peut-on, en particulier, faire l'économie de la politique de domanialité, héritage reproduisant le joug colonial et réservant à l'État l'ensemble des terres vacantes et sans maître, c'est-à-dire sur lesquelles ne sont pas exercés des droits de propriété privée résultant d'une inscription sur le livre foncier?

Pour y répondre, je repars des choix de politique coloniale, car la question foncière est une autre illustration d'une impossible décolonisation juridique. Puis nous explorerons le florilège des pratiques foncières contemporaines du nord au sud du pays, nous arrêtant quelque peu au centre, à l'Office du Niger, puis aux problématiques urbaines.

Les origines coloniales des politiques foncières et « l'acharnement thérapeutique » de leur reconduction depuis l'Indépendance

Précisions terminologiques

Quand on aborde la question foncière, le poids des mots est déterminant parce que cette question ne relève pas seulement du droit et des juristes et qu'elle est fondamentalement politique, au sens de l'art des choix. Certains termes ont une définition technique qui s'impose irrésistiblement dès lors qu'il y a conflit dans l'exercice des droits sur la terre et qu'une instance judiciaire est sollicitée pour départager les parties. Le langage commun, celui du quotidien, use de formulations qui sont reconnues, mais qui peuvent être imprécises ou contradictoires et se heurter à la langue du prétoire qui est d'abord celle du texte de loi et de ses décrets d'application. Par exemple, celui ou celle qui se dit propriétaire dans ses rapports avec son voisinage peut ne pas l'être pour un-e magistrat-e ou un agent-e des affaires foncières. De plus, « nul n'est censé ignorer la loi », même si les parties sont analphabètes et s'expriment seulement en *pulaar* ou en *dioula*. Cette fiction fondatrice des politiques de domination depuis la conquête du Soudan reste intangible depuis un siècle et demi. Sont en cause en particulier quelques termes qui semblent d'usage évident et qu'on interrogera donc rarement, tels le mot droit lui-même qui diffère selon qu'on évoque « le » droit, ou « un » droit, qu'on le suppose entièrement rédigé ou resté dans l'oralité. Mais s'est-on demandé si les Maliens et Maliennes n'avaient pas connu avant la colonisation des expériences d'une vie juridique qui n'avait rien de commun avec ce que la colonisation a imposé? Et quand la question a été posée, est-ce que les notions de coutume, de coutumier ou de droit coutumier étaient pertinentes? N'introduisent-elles pas des sacs à malice ou des boîtes de Pandore qui ont favorisé la dénaturation des idées juridiques endogènes, continuant à rendre une majorité de Maliens et Maliennes étrangers au droit officiellement invoqué?

Deux termes sont ici critiques : domaine et propriété. Commençons par le second pour expliquer la place du premier au Mali.

Si l'idée de propriété comme manifestation du droit de réserver l'usage d'une ressource et d'en exclure les autres, puis d'en disposer de manière plus ou moins radicale ou « absolue », est sans doute vieille comme le monde, toutes les sociétés humaines que nous connaissons se sont préoccupées d'en contrôler l'exercice lorsqu'il pouvait mettre en question leur reproduction pérenne. La terre et les ressources qui lui sont associées furent ainsi l'objet de traitements spécifiques où chaque civilisation exprima son génie propre. Toutefois, avec des exceptions ou des parenthèses historiques (comme dans l'Empire romain plus propriétaire), on peut considérer que les régimes fonciers fondés sur des communs dominèrent à l'échelle du globe. Rappelons qu'on entend sous le terme « communs » un mode de gestion des ressources basé sur le partage de leurs usages et utilités au sein d'un collectif organisé en communauté et au sein duquel sont décidées et appliquées les règles de gouvernance que ce collectif s'est données. Si les modalités en sont infinies, il faut, pour constituer un commun, une communauté, des ressources spécifiées et des règles propres de gouvernance, faute de quoi l'expérience ne saurait être reproductible et durable.

Les sociétés africaines où, ne l'oublions jamais, l'idée même de société s'est progressivement ciselée depuis l'origine de l'espèce humaine, ont bien intégré cette exigence de leur durabilité, pour reprendre un langage contemporain. Toutes les sociétés sur lesquelles nous avons des informations pouvaient plus ou moins connaître de la propriété privée dans certains domaines, outillage ou parures par exemple, mais l'excluaient pour ce qui concernait la terre et ses ressources. Quand étaient reconnus des droits exclusifs, ils ne devaient pas être absolus, c'est-à-dire autoriser l'exercice discrétionnaire du droit de vendre, car l'aliénation (de *alienus* en latin), en rendant « étrangère » au groupe la terre des ancêtres, condamnait ce groupe à disparaître. Les sociétés soudaniennes puis maliennes vivaient donc sans connaître un droit de propriété foncière ou immobilière (aux sens juridiques). Elles avaient

expérimenté un autre dispositif qui n'a été vraiment analysé que depuis une trentaine d'années et que la recherche scientifique internationale a désigné sous le qualificatif de « maîtrises foncières et fruitières » (Le Roy, 2011; Le Roy, Karsenty et Bertrand, 2016 [1996]). Rappelons ce qu'on entend ici par maîtrise.

« La notion de maîtrise suggère l'exercice d'un pouvoir et d'une puissance, donnant une responsabilité particulière à celui qui, par un acte d'affectation de l'espace, a réservé plus ou moins exclusivement cet espace [...] [*dans un contexte où*] une maîtrise peut ouvrir à plusieurs prérogatives différentes » (Le Roy, 1995 : 489). Elle s'inscrit donc dans un pluralisme normatif ou juridique. Elle est aussi associée aux notions de patrimoine et de gestion patrimoniale. La combinaison de cinq maîtrises type (accès, prélèvement, co-gestion, exclusion et aliénation) peut couvrir une très grande variété de choix de gouvernance selon les formules patrimoniales reconnues. La propriété privée foncière est envisagée comme une des vingt-cinq solutions actuellement disponibles dans le contexte des choix opérés par les usagers et usagères.

En préférant la notion de maîtrise à celle de droit, donc en mettant en évidence un pouvoir et un magnétisme propre à l'animisme, puis une responsabilité particulière là où le droit ne définit que des attributs de faire ou de ne pas faire, on se donne les moyens scientifiques et politiques de rendre compte autant de l'originalité des idées juridiques endogènes que de leur adaptabilité aux contraintes contemporaines, sans les sacrifier à un occidentalocentrisme injustifié.

Applications politiques coloniales et post-coloniales : l'enjeu de la domanialité

La modernité qu'expérimentent les Africains et Africaines ne saurait en effet recopier des précédents exogènes, quelle que soit l'efficacité des dispositifs politiques et économiques mobilisés. En effet, globalement, les stratégies foncières initiées depuis le début du XX^e siècle par la France

au Soudan devenu Mali ont échoué si bien que la propriété privée de la terre n'est toujours pas le mode majoritaire d'organisation des relations des Maliens et Maliennes à la ressource. Cependant, la tendance, sans doute anarchique, est nettement à l'exercice de droits de plus en plus exclusifs et à des pratiques déguisées de location à long terme et de vente qui indiquent très clairement que des évolutions sont en cours vers une extension des échanges marchands et capitalistes. Mais ces évolutions s'inscrivent dans un pluralisme normatif toujours revendiqué et doivent être accompagnées afin de « faire en sorte que le paysan puisse dormir tranquille », selon la préoccupation et la formule du ministre Mohamed Ali Bathily cité ci-dessus.

Or le paysannat malien ne peut dormir tranquille à cause de la conception de la domanialité qui a présidé aux choix de politique foncière depuis le début de la colonisation française du Soudan. J'ai identifié ci-dessus quelques raisons qui expliquent l'absence au Mali d'une propriété foncière sur le modèle du Code civil des Français de 1804. Ce code, introduit officiellement au Sénégal et dépendances (donc au Soudan) en 1830 mais pratiquement à Saint-Louis dès 1805, ne reconnaît que le seul droit de propriété privée dans le contexte d'une société à État centralisé, de plus en plus bourgeoise et individualiste, inventant le capitalisme. Durant tout le XIX^e siècle, et en particulier durant le dernier quart de siècle après la période de conquête militaire, la question de l'existence ou non d'un droit de propriété au profit des « Indigènes » partage la doctrine juridique et le monde politique métropolitain dans le cadre de l'organisation de la domination coloniale. Au tournant du siècle, cette doctrine juridique se prononce clairement, sous la plume de Pierre Dareste (1908), en relevant que non seulement le droit de propriété n'était pas concevable traditionnellement, mais aussi que les modes endogènes de sécurisation suffisaient largement à répondre aux besoins des Autochtones, même en situation de diffusion des rapports marchands. Cette seconde conclusion sera cependant oubliée au profit de l'idée que les exigences de la « civilisation », celle du pouvoir colonisateur en fait, nécessitent d'introduire la propriété privée de la terre là où il n'existe que des droits jugés vagues et incertains, contraires aux besoins du commerce

et de l'industrie naissante. Pour répondre à cet objectif, on va utiliser deux inventions récentes : l'immatriculation des droits au livre foncier et la théorie de la domanialité de l'État.

L'immatriculation des droits au livre foncier est aussi connue sous le nom de système Torrens, du nom du fonctionnaire britannique d'Australie méridionale qui inventa, en 1850, l'inscription des coordonnées et des superficies puis des droits exercés spatialement sur des registres tenus par l'administration coloniale et assurant une sécurité réputée absolue à toutes les transactions affectant les droits sur le sol et ses ressources. Ignorant les sociétés aborigènes et leurs représentations odologiques de l'espace (représentations qu'on retrouve chez les pasteurs peuls ou tamasheq au Mali), le sol de l'*outback*, immensité désertique de l'intérieur de ce continent, était réputé *res nullius*, la chose de personne, et ainsi appropriable par le premier venu selon la doctrine juridique européenne des XVII^e et XVIII^e siècles. Or, tant pour ces Aborigènes que pour les Soudano-maliens et Soudano-maliennes, le sol n'est ni une chose librement appropriable ni un bien librement négociable et aliénable. C'est un patrimoine communautaire inscrit dans des représentations sociales, politiques et religieuses qui le rendent exo-intransmissible, c'est-à-dire impossible à transmettre discrétionnairement à l'extérieur du groupe.

Mais c'est cela qui, selon le pouvoir colonisateur, était et devait être ignoré par les politiques juridiques et par les opinions publiques de la métropole afin de facilement mobiliser la terre dans des « procès de production » dominés par la loi de la valeur d'échange, donc selon les exigences du capitalisme et du marché généralisé, pour en faire un bien. C'est pourquoi le pouvoir colonial réinterpréta la théorie médiévale européenne du domaine, caractéristique du système féodal, distinguant le domaine éminent, celui du seigneur et le domaine utile, celui des manants.

Certes, la transposition des concepts du féodalisme européen sur le continent africain était hasardeuse d'un point de vue historique et ethnographique. Mais le couple droits-éminents/droits-utiles était commode pour asseoir la prétention de l'État colonial, naturellement

éminent, à contrôler l'affectation des terres pour réaliser au moindre coût les infrastructures territoriales nécessaires et mettre à la disposition des colons les surfaces qu'exigeaient leurs conceptions de la « mise en valeur ». En reconnaissant des droits dits utiles aux occupants immémoriaux, la politique coloniale ne modifiait pas directement le partage des espaces et les modes « traditionnels » de gestion, mais elle se réservait la possibilité de le faire au titre des exigences, faussement vertueuses, de la « civilisation », exigences dont on a déjà dit qu'elles sont associées à un progrès « qu'on-ne-saurait-refuser » et qui pourra couvrir bien des turpitudes.

Dans la perspective, quasi irénique, des thuriféraires de la colonisation, la domanialité s'apparente à une fiducie ou à une curatelle puisque les « Indigènes » sont souvent assimilés à des enfants qu'il faut protéger contre eux-mêmes, ici contre la sous-utilisation supposée de leur patrimoine foncier mal « valorisé ». L'objectif déclaré de la politique domaniale est de protéger les droits des populations à condition qu'elles adhèrent à la politique de mise en valeur qui passe par la généralisation de la propriété privée. De ce fait, dans les montages de politiques juridiques du début du XX^e siècle, l'État colonial n'est pas propriétaire des terres vacantes et sans maître qui ont été intégrées, de manière globale et sans procédure particulière, dans le domaine privé non affecté de la colonie. Il les « détient » (une situation de fait et non de droit) en vue de favoriser la transformation des droits coutumiers en droits de propriété selon une procédure du mieux disant qui peut bénéficier à l'autochtone « évolué » ou acculturé ou au capitaliste colonial qui vise une mise en valeur économique. Ce furent essentiellement les centres urbains et les plateaux administratifs des capitales coloniales qui bénéficièrent de ces pratiques institutionnalisées en deux grandes vagues réformatrices entre 1902 et 1906, puis entre 1932 et 1935, pour s'achever par le décret foncier de mai 1955. Malgré les multiples investissements des services techniques coloniaux, ces politiques furent cependant, comme nous l'avons déjà indiqué, un échec qui n'a cessé depuis de se reproduire, puisque les mêmes causes produisent les mêmes effets. Lors de l'Indépendance des États africains francophones, entre 3% et 5% des territoires étaient

immatriculés. Plus de cinquante ans après, ce taux atteint rarement les 10% malgré le soutien, très manipulateur, de la Banque mondiale à ces programmes d'immatriculation.

Le dispositif contemporain

Je présente ici successivement la vision à long terme proposée en 2014 par la haute administration malienne après une longue période de tâtonnements puis les problèmes cruciaux du quotidien qui ont bien du mal à être abordés.

1) *La vision officielle dans le document de Politique foncière agricole du Mali 2014 (République du Mali, 2014).*

Ce document énonce les deux principes suivants au regard du Code domanial et foncier (CDF) de 1986.

Le CDF qui est le principal texte en la matière, fait de **la domanialité un principe fondamental de la gestion foncière**. Le principe de domanialité, qui fonde la prééminence de l'État dans la gestion foncière, est articulé autour de l'institution d'un domaine national, ainsi que d'un domaine public et privé de l'État et des collectivités territoriales. Le domaine national du Mali englobe l'espace aérien, le sol et le sous-sol du territoire national. Il comprend : les domaines publics et privés de l'État et des collectivités territoriales, ainsi que le patrimoine foncier des autres personnes, physiques ou morales, objet d'un titre foncier.

Tout en faisant de la domanialité une pierre angulaire de la législation foncière, le CDF reconnaît les droits coutumiers. En son article 43, ce texte non seulement confirme les droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur les terres non immatriculées, mais précise également que « nul individu, nulle collectivité, ne peut être contraint de céder ses droits si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation ».

Mais cette reconnaissance des droits coutumiers s'avère incohérente avec le principe de la domanialité tel qu'appliqué dans le CDF. En effet, en vertu de ce principe, le domaine de l'État concerne aussi les terres non immatriculées, c'est-à-dire celles non acquises selon la procédure formelle de l'immatriculation. En d'autres termes, les terres sur lesquelles portent les droits coutumiers sont propriété de l'État². Il en résulte donc une insécurité foncière potentielle pour les titulaires de ces droits.

Un texte très important sur le foncier agricole est la LOA, [*loi d'orientation agricole*] loi-cadre récemment adoptée pour cadrer toutes les activités agricoles et péri-agricoles. Cette loi vise, à long terme, à apporter des solutions aux différents problèmes qui minent le secteur du développement rural parmi lesquels le foncier occupe une place importante. Plusieurs dispositions de la LOA traitent du foncier rural, dimension précédemment négligée par le CDF (République du Mali, 2014 : 13)

2) *Si, en principe, deux modes d'accès à la terre sont reconnus, en droit seule la propriété privée est organisée.*

D'une manière générale, il existe deux modes d'accès à la terre au Mali :

- L'accès à travers les modes mis en place par le CDF;
- L'accès à travers les dispositifs coutumiers (accès intra-lignager, prêt, don, etc.).

Ces deux sources juridiques se côtoient et sont pleinement reconnues au Mali. Le Code domanial et foncier dispose, en son article 35, que les terrains du domaine privé de l'État sont

2. On relève ici cette prétention à l'exercice d'un droit de propriété, ce que l'interprétation de la période coloniale n'autorisait pas mais qui facilite les interventions de l'État car il n'y a pas d'expropriation donc d'indemnisations, en contradiction avec l'article 43 du CDF pré-cité.

attribués selon un certain nombre de modalités, à savoir, la concession rurale, la cession, la location et l'affectation. En fonction des modalités, les documents délivrés peuvent être différents. Ils vont du titre précaire au titre foncier qui est le titre définitif de propriété privée individuelle. Le CDF fait ressortir les différents titres suivants :

- La concession rurale, qui est le droit accordé par l'autorité publique, le concédant, à une personne appelée concessionnaire de jouir à titre provisoire de l'usage d'un terrain pour le mettre en valeur selon des conditions prévues dans l'acte de concession et le cahier des charges.
- Le bail emphytéotique par lequel le bailleur confère au preneur, l'emphytéote, moyennant le versement d'une redevance annuelle, un droit réel immobilier de longue durée appelé emphytéose, susceptible d'être hypothéqué. Il est important de signaler le caractère hypothécable du bail emphytéotique (hypothécabilité). Cela veut dire qu'un détenteur d'un bail emphytéotique peut mettre ce droit en garantie dans une institution financière (notamment une banque) pour avoir accès à un prêt. Au cas où la personne ne rembourse pas le prêt, la terre en garantie peut être saisie et cédée à une autre personne. Le bail emphytéotique est donc hypothécable comme le titre foncier même s'il n'a pas les mêmes valeurs juridiques que ce dernier.
- Le bail avec promesse de vente qui est un contrat par lequel l'État donne en jouissance un terrain, à charge pour le locataire de le mettre en valeur, et s'engage à l'expiration du bail et à la condition que le terrain ait été mis en valeur dans les conditions fixées par le bail, à le vendre au locataire moyennant un prix fixé par décret pris en Conseil des Ministres.
- Le titre foncier qui, en vertu de l'article 169 du Code domanial et foncier, est le titre définitif et inattaquable. Il constitue

devant les juridictions maliennes le point de départ unique de tous les droits réels existant sur un immeuble au moment de l'immatriculation. (*ibid.* : 14)

Je souligne incidemment la qualité juridique de la rédaction de ce texte, même si les catégories utilisées sont aux antipodes de l'expérience quotidienne des Maliens et des Maliennes.

3) *Les perspectives politiques envisagées en 2014*

Dans un document interne au Comité technique Foncier & développement (AFD-MEAE) (Le Roy, 2014), j'ai proposé, sur la base d'une évaluation externe, une interprétation optimiste de la capacité de concrétisation d'adaptations stratégiques, ce que les années suivantes ont infirmé. Quatre innovations étaient ainsi envisagées :

1. L'abandon, en douceur, de la revendication de la domanialité par l'État sur les terres ne relevant pas de la propriété privée, et jusque là introduites dans le domaine privé non affecté de l'État.
2. La reconnaissance des droits coutumiers entraînant l'officialisation d'un document juridique de sécurisation foncière qui est dénommé, dans l'article 27 du projet de loi foncière agricole, « attestation de propriété de terre agricole », délivrée par le maire de la commune à prix coûtant et qui a pour caractéristique d'être (art. 30) cessible entre vifs à titre onéreux, donc constitue un droit de propriété se rapprochant du certificat foncier malgache. La différence avec l'emphytéose et le titre foncier est que l'attestation semble n'avoir de validité qu'à l'échelle locale (de la commune?) et n'est pas hypothécable. Elle ne relève donc pas de la propriété privée.
3. Un meilleur ajustement entre les types d'activités du secteur agricole au sens large, en particulier la reconnaissance d'une place nouvelle aux activités pastorales. L'article 51 de la loi foncière agricole organise la transhumance en inscrivant les pistes de parcours inscrites dans le domaine public, ce qui les rend inaliénables et incessibles; les éleveurs disposent « de droits d'usage prioritaire sur le terroir

d'attache », concept cher à André Marty. En outre, et surtout, « tous les éleveurs disposent de droits d'usage en commun sur des espaces globalement réservés aux pâturages et aux pacages » (art. 52). Ce retour des communs et aux communs est essentiel au Nord-Mali. On notera que si les activités de pêche sont documentées de manière rapide, il faut attendre l'avant-dernière page du projet de loi foncière agricole (pages 43-44) pour qu'on évoque les relations tendues entre activités agricoles et extraction minière, en particulier l'orpaillage clandestin qui ne pose pas seulement un problème de raréfaction de main d'œuvre agricole mais aussi d'occupation de terres agricoles et de pollution de l'environnement.

4. La reconnaissance de la place et du rôle stratégique de la petite exploitation familiale dont les deux textes disent à plusieurs reprises qu'elles doivent être « modernisées » (sans rien dire des conditions de cette modernisation alors qu'il faudrait, entre autres, un texte sur les financements des activités agricoles pour les favoriser, une réforme des fermages et métayages, etc.). Rompant avec la politique antérieure à 2012 qui cherchait à privilégier l'agriculture intensive, donc la grosse agriculture, voire l'agriculture de firme, ces textes mettent toujours en avant la petite agriculture paysanne même s'ils cherchent un équilibre entre les deux modes d'activité, qu'ils voient bien le rôle nouveau du marché local et international et que les solutions avancées semblent circonstancielles. Il faudra veiller à installer des contre-pouvoirs pour contrôler les processus d'accaparement venant de la bourgeoisie locale tant à l'échelle des régions que de la société civile.

Ces avancées observées, il restait des propositions à améliorer lors du vote de la LFA [Loi foncière agricole] par le parlement malien, loi supposée adoptée avant la fin 2014. La réintroduction de la chefferie coutumière est prévue dans les textes, mais on sent encore des réticences qui doivent être levées à propos du règlement des différends et de leurs interventions dans les transactions foncières, en particulier.

Le rôle des commissions foncières communales, avec leurs branchements villageois, sera stratégique tant en raison des conditions de recrutement que de formation technique et de validation des décisions. Autrement stratégique est l'Observatoire foncier du Mali qui reprend ici du service au bénéfice de l'agriculture et dont on devra assurer l'autonomie scientifique et la capacité de veille politique au vu des expériences difficiles des années 1992-1996.

La PFA [Politique foncière agricole] conclut sur la nécessité de disposer de financements réguliers et stables sur la longue durée, ce qui est effectivement indispensable pour le foncier. Il faut récompenser les efforts accomplis, mais rester vigilant sur le passage à l'acte. On a en effet l'impression d'avoir, avec ces deux textes, une revue de détail qui a cherché à ne rien oublier mais qui n'a proposé ni chronologie des mesures ni priorités dans ses actions à financer, ni financements assurés. Comment éviter de se bercer d'illusions sur la base de textes qui ne sont, comme le reconnaît le bilan ministériel cité ci-dessus, jamais appliqués? C'est un des drames du Mali que de se satisfaire de belles épures mais de caler sur la pratique, faute d'une culture étatique et administrative endogène.

Les non-dits et les pratiques occultes, « en attendant Godot »

En pratique, le Mali est toujours en attente d'une politique foncière explicite depuis 2016; le processus est encalminé sous des arguments techniques qu'on retrouvera en conclusion. Reprenons quelques problèmes propres aux domaines public, privé et aux régimes de propriété.

Le domaine public, constitué des fleuves et cours d'eaux navigables et flottables, des routes et chemins de fer et autres infrastructures réalisées sur financements publics est inaliénable et incessible. En fait, au Mali, et en matière de domanialité publique, c'est fondamentalement l'accès à l'eau de surface ou souterraine qui est l'enjeu de grandes manœuvres et

dont on pourra reparler plus loin avec le cas de l'Office du Niger, mettant en cause les attributs de puissance publique et le respect de l'intérêt général.

Le domaine privé est subdivisé en deux ensembles : le domaine affecté aux administrations maliennes qui gèrent ce domaine comme un ensemble de biens soumis à des modes de gestion, d'aliénation et de preuves du droit privé et le domaine privé non affecté correspondant aux terres vacantes et sans maître et susceptibles d'affectations selon des procédures de concession (ou baux) sous condition de mise en valeur dans des délais et selon des contraintes rarement respectés³. En matière de domanialité privée, si les biens affectés aux services publics sont globalement gérés selon les exigences de service public, deux modes originaux de gestion sont utilisés en pratique pour le domaine privé non affecté et les biens appropriés privativement. Les premiers sont des communs qui restent gérés selon les exigences que nous avons rappelées en première partie, mais en innovant comme nous le verrons dans la section suivante. Les seconds, biens appropriés privativement ont, compte tenu de la place et du rôle du capitalisme et des investisseurs nationaux et internationaux au Mali, le statut de « biens de club ». Ils sont valorisés dans les réseaux où ils prennent toute leur incidence économique, mais n'ont pas (ou pas encore) d'effet d'entraînement favorisant la conversion générale des droits locaux en droits de propriété.

Le régime de la propriété privée fondée sur le titre foncier est en principe « de droit commun ». Il reste cependant très minoritaire, même s'il est en expansion rapide depuis une décennie en milieu urbain. Et surtout, les conditions de transformation des droits coutumiers en droits de propriété ou de gestion des droits domaniaux sont d'une telle opacité et induisent de telles inégalités que c'est toute la société malienne qui

3. Ce non respect des procédures rend les droits incertains et généralise une situation de droits fonciers imparfaits, invalidant leur qualité de droit de propriété au regard des normes et induisant l'émergence d'un nouveau sous-domaine, celui des droits patrimoniaux individuels non formalisés, entre droits coutumiers et droits de propriété privée.

est malade d'une politique foncière qui n'a pas achevé sa mue de décolonisation juridique, ce que révèlent les tâtonnements du projet de la feuille de route de la réforme domaniale et foncière en voie d'élaboration puis d'adoption entre 2014 et 2016.

Ainsi la sécurisation de situations complexes que nous allons entrevoir dans la section suivante pourrait être mieux assurée si on allait effectivement au bout des options évoquées ci-dessus. Elle permettrait peut-être « au paysan malien de dormir tranquille ».

Florilège de situations foncières, du nord au sud du Mali

Si toutes les situations foncières maliennes sont dominées par un pluralisme de normes susceptibles d'être invoquées ou appliquées, la diversité des réponses domine localement. La législation foncière ne devrait, dès lors, que poser quelques principes généraux en laissant à des instances locales, et par un principe de subsidiarité, la responsabilité de leur mise en œuvre sous la réserve des recours juridiques et judiciaires prévus par l'État de droit.

À la variété (et la variabilité dans le Nord) des éco-systèmes s'ajoutent des traditions d'organisations politiques précoloniales qui jouent sur les modes de concentration ou de dilution des pouvoirs sur la terre et ses ressources (entre royaumes, grandes chefferies et sociétés acéphales), puis la résilience contemporaine de ces formes d'organisation, très variable d'un point à l'autre du pays (Le Roy, 2017).

On retiendra quatre situations illustratives de ces diversités et des évolutions en cours. Tout d'abord, le Nord du Mali offre, dans un contexte sahélien marqué non seulement par les contraintes d'adaptation des populations aux milieux arides mais aussi par les événements qui ont bouleversé la région depuis 2012-2013, des exemples contrastés de gestions en communs. Puis, l'Office du Niger illustre la permanence des schémas coloniaux car les paysans riziculteurs n'ont toujours pas de droits sur la terre qu'ils cultivent et leur très relative sécurité juridique

est fondée sur leurs droits sur l'eau. Le Sud de la région de Sikasso offre une nature plus luxuriante et généreuse, peu de populations et des opportunités pour des investissements capitalistiques. Ici la marchandisation est en marche et le droit de propriété se développe. Il domine enfin dans la conurbation métropolitaine de Bamako où nos collègues n'hésitent pas à parler de « Monopoly foncier ».

Communs et foncier pastoral au nord du Mali

On emprunte ces analyses à une note rédigée par André Marty en juin 2016, en préalable à une communication à la journée d'études de l'Asom de novembre 2016 (Marty, 2019), avec son aimable autorisation. Cet auteur relève que deux configurations concrètes de « communs » évoluent en sens contraire, l'une, des primo-communs, allant en se dégradant, l'autre, des néo-communs, se construisant.

La première correspond à un processus lent de dislocation, inauguré lors de la conquête coloniale et poursuivi depuis, de ce qui faisait tenir ensemble des groupes sociaux différents mais complémentaires (Touaregs blancs et noirs, Songhay, Arma et Peuls) occupant la vallée du fleuve Niger dans les actuelles régions de Tombouctou et de Gao, au nord du Mali. Si, au sommet, le contrôle politique était assuré par un système complexe pluriethnique liant entre elles les familles aristocratiques avec généralement une suprématie exercée par les guerriers de la noblesse touarègue chargés de la défense territoriale, le système à la base tout le long du fleuve reposait sur une série de terroirs d'attache constitués par des relations de voisinage et d'alliances de nature intercommunautaire entre familles étendues. Cela permettait de valoriser les divers savoir-faire spécifiques en place : l'élevage transhumant entre le bourgou (*Echinocloa stagnina*) du fleuve et les grandes zones pastorales situées de part et d'autre, culture du riz flottant en relation avec la crue, cultures de décrue dans les zones lacustres. De plus, les activités de cueillette en zone inondée et aussi exondée jouaient un rôle important dans l'alimentation. La fourniture de bêtes laitières et l'organisation de caravanes vers les

régions productrices de mil permettaient de nourrir l'ensemble de la population notamment lors des périodes de soudure qui correspondaient aux gros travaux champêtres (labour, confection de digues) auxquels contribuaient grandement les serviteurs et affranchis. Enfin on relève le rôle de la pêche et de la navigation sur le fleuve, l'artisanat, l'élevage de moutons à laine supportant l'humidité permanente, etc. C'est la cohésion sociale et la complémentarité de ces activités sur des espaces à potentiels différents (la vallée apportant des ressources plus sécurisées et pouvant être intensifiées, la brousse disposant de ressources beaucoup plus aléatoires, tantôt abondantes et tantôt rares) qui rendaient viable l'ensemble. La conquête coloniale qui avait pour objectif de détruire la résistance (principalement celle des Touaregs dont la plupart des groupes avaient, à l'époque, une assise foncière dans la vallée et sur les lacs) a engagé toute une série de mesures qui ont détruit peu à peu ce système de mise en valeur des complémentarités et d'intérêts en commun. Citons les premières : constitution d'entités administratives délibérément séparées dès les premières soumissions (d'un côté, création de cantons sédentaires avec des droits d'usage sur les terres « héritées du grand-père », le reste appelé *beytelma* étant géré par la chefferie de village; de l'autre, des tribus nomades vouées à flotter dans un espace au statut flou et précaire); priorité explicite accordée à l'agriculture; souvent les nomades sont incité-e-s à quitter le fleuve, entraînant une véritable séparation spatiale, un éclatement des anciennes structures et une fragilisation accrue de l'ensemble mais particulièrement de ceux voués à se satisfaire désormais des seules parties exondées – les plus aléatoires – lesquelles, de surcroît, sont qualifiées de « terres vacantes et sans maître » relevant du domaine de l'État. Cette dissolution des « communs » et cette perte des complémentarités ont différé selon les groupes et les zones, (elles sont plus accentuées dans la région de Gao que celle de Tombouctou) mais partout l'individualisation des espaces et des biens a pris de l'ampleur et avec elle les inégalités face à la « variabilité structurelle sahélienne ». Et tout cela s'est amplifié après l'indépendance. Malgré tout, une étude récente sur les liens sociaux, après un siècle de transformations considérables et de crises sévères (sécheresses, famines,

exodes, rébellions) a montré que les parties, aujourd'hui éclatées et dispersées, gardent une véritable nostalgie du temps où « chaque sédentaire avait son allié nomade et chaque nomade son vis-à-vis sédentaire » (Grémont *et al.*, 2014, cité par Marty, 2019 : 116). Et les mots dans les langues songhay et tamasheq pour exprimer ce « commun » vécu ensemble relèvent quasiment du serment, cet acte sacré qu'on ne peut trahir sous peine d'être déchu aux yeux des siens.

La deuxième configuration correspond, au contraire, à une volonté de reconstruire « du commun » à l'occasion de projets d'hydraulique pastorale financés par l'AFD (Agence française de développement) dans les régions sahéliennes du Tchad depuis une vingtaine d'années et plus récemment dans le centre-est du Niger. Alors que les tensions montaient entre agriculteurs et éleveurs transhumants ou encore entre ces derniers, une approche proposée par l'IRAM (Institut de recherches et d'applications des méthodes de développement) a mis l'accent sur le préalable de la concertation locale, le souci permanent de la prévention des conflits et un effort de connaissance de plus en plus fine des mouvements des troupeaux ainsi que des visions en place, différentes, par rapport aux droits d'usage des uns et des autres sur les ressources. Un dialogue a pu se créer et déboucher sur le fait de reconnaître que les infrastructures pastorales (puits, mares, pistes à bétail, aires de stationnement) constituaient en fait un véritable « patrimoine commun » à tous les éleveurs, peu importe qu'ils soient transhumants ou agriculteurs (ceux-ci étant de plus en plus nombreux à posséder du bétail qu'ils confient d'ailleurs souvent à ceux-là). Cette démarche a pu contribuer à apaiser la situation, à limiter les difficultés lors des réalisations hydrauliques et du balisage des couloirs de passage, à améliorer la gestion et à sécuriser la mobilité, y compris dans les zones agricoles les plus denses en surfaces cultivées. Au Niger, après un long travail de concertation, le projet a débouché sur de véritables « accords sociaux » entre les parties concernées avant tout nouvel aménagement, tout en mettant en application, avec l'appui des commissions foncières,

les divers textes juridiques dont le pays s'est doté récemment (code rural et ordonnance pastorale, code de l'eau et décentralisation) à la satisfaction des parties prenantes.

Les leçons tirées de ces expériences devraient nous permettre de mieux apprécier l'intérêt des « communs pastoraux et agro-pastoraux » au Sahel. Compte tenu de la variabilité qui caractérise ce dernier, l'activité pastorale a un besoin incompressible de « communs », c'est-à-dire de ressources partagées, soit librement, soit de façon négociée ou/et d'échanges de services rendus dans le cadre de complémentarités basées sur des liens sociaux. L'appropriation exclusive, permanente et continue sur de grands espaces par des individus ou même une communauté est incompatible avec la mobilité et la flexibilité requises pour les mouvements des troupeaux. D'ailleurs, ceux qui procèdent de la sorte sont conduits tôt ou tard à sortir de leurs « enclos » pour se rendre dans les parcours communs, faisant fi des règles de réciprocité. Ou encore les grands propriétaires de bétail envahissant les pâturages et les points d'eau, perturbant de la sorte les usages en vigueur. Bien sûr, les modalités du « faire commun » sont multiples et s'entrecroisent. Nous sommes en présence d'une pluralité de droits avec plusieurs degrés d'appropriation et de gestion (ouverts ou restrictifs, prioritaires avec droits des tiers ouvrant à réciprocité, droit de la soif, de simple passage ou de séjour, vaine pâture après la récolte). Il existe aussi une pluralité d'espaces aux potentialités fort variables selon les années et les saisons (terrains inondés ou exondés, bas-fonds et dunes, plaines et plateaux, vertus différenciées dans la qualité de l'eau, des pâturages et des terres salées), faisant appel à une connaissance extrêmement fine de la part des bergers) et une pluralité d'acteurs et d'activités (avec des logiques de fonctionnement plus ou moins compatibles).

Dans ces conditions, le « faire-commun pastoral » suppose du dialogue, de la régulation, une « maîtrise » des pluralités. Il s'agit de prévenir les conflits mais aussi d'assurer un accès sécurisé aux divers ayants droit. Le faire-commun pastoral est donc de nature intercommunautaire. En raison des circuits de transhumances

pratiquées, il a besoin aussi d'une reconnaissance intercommunale et même parfois transfrontalière. Il est porteur dans la durée d'un rapport à la fois à la nature qu'il convient de protéger et à « l'autre » avec lequel il faut « vivre ensemble » dans la paix et l'équité. Et pour finir, ou mieux, tout réévaluer, il y faudrait le soutien des États.

Des communs (sous) administrés. Les « sans papiers » fonciers de l'Office du Niger dans le delta intérieur du fleuve

Pour l'œil extérieur, ces grandes plaines périodiquement inondées par les crues des fleuves Niger et Bani descendant du Fouta Djallon, avec des habitats réduits de populations de pêcheurs, de chasseurs, d'éleveurs et, plus récemment, de riziculteurs, pouvaient sembler des espaces vides, à l'image de ce *res nullius* australien évoqués ci-dessus. L'administration coloniale n'avait pas totalement ignoré les formes d'organisations politiques précoloniales et particulièrement le royaume peul du Macina au début du XIX^e siècle et son régime juridique (la *dina*) d'exploitation des bas-fonds (*leydi*) dits aussi bourgoutières. Elle avait cependant mobilisé ses principes de domanialité pour réaliser un de ses projets phare de la politique africaine de mise en valeur : l'Office du Niger.

L'Office a été initié en 1932. L'ingénieur Bélime en fut le maître d'œuvre. Il repose sur le barrage-digue de Markala alimentant plusieurs milliers de km de canaux. Il est opérationnel depuis 1947 et son organisation actuelle repose sur la loi N°94-004 du 09 03 1994. L'Office est sous contrat de gérance avec l'État malien par le décret N°96-188 PRM du 1^{er} juillet 1996.

Il est organisé selon le principe de casiers dévolus à des « colons » africain-e-s, allochtones ou allogènes. Du fait d'une très faible population locale composée essentiellement d'éleveurs dans les années 1930, l'Office a cherché sa main d'œuvre dans les territoires voisins, en Haute Volta avec des populations Mossi mais aussi en Mauritanie, au Maroc, voire encore plus loin. Il s'agit d'une petite production familiale sous contrat, la particularité de la relation juridique tenant à ce que le contrat porte non

sur la terre mais sur l'eau disponible pour le casier considéré. L'irrigation se fait par gravitation et l'exo-évaporation concerne entre 25% et 50% des volumes d'eau transportés! Les observateurs et observatrices relèvent que les infrastructures sont vétustes, manquent de réhabilitations et que les nouveaux travaux significatifs sont associés aux accaparements fonciers de la période contemporaine, en particulier la société Malybia ayant fait creuser un canal de l'ordre de 70 km.

Des usagers sans titres fonciers

Joanna De Leener (2011) a consacré une recherche universitaire aux facteurs d'accaparabilité à l'Office du Niger. On en retiendra d'abord une définition. L'accaparabilité est « ce qui rend un capital foncier, agricole le plus souvent, susceptible de se faire accaparer par des tiers, aux dépens de ceux et celles qui l'exploitent et qui souvent en vivent » (De Leener, 2011 : 19). Pour comprendre pourquoi et comment ceux qui exploitent les terres peuvent accepter d'en être dessaisis (car ils n'en sont ni possesseurs ni locataires). De Leener a privilégié les fonctionnements mentaux et sociaux des paysans, leur lien à la terre et les liens qui les connectent entre eux.

Elle remarque tout d'abord qu'il y a dans ce domaine comme dans d'autres registres de la vie institutionnelle malienne (le statut des femmes par exemple, ou la laïcité) une contradiction fondamentale entre les textes et leurs applications sur le terrain car les Maliens et les Maliennes ne s'approprient pas leur droit. « Le Mali organise de bons mécanismes de protection juridique pour le monde paysan. Si la Loi d'Orientation Agricole était respectée et les droits coutumiers efficacement protégés, les petits exploitants agricoles bénéficieraient réellement d'un cadre de protection » (*ibid.* : 31).

Mais à l'Office du Niger (ON), il n'en n'est pas ainsi pour trois raisons principales :

1. On n'observe pas d'appropriation de la terre par le paysan car, selon notre auteure, « le lien d'attachement à la terre est bien directement lié au degré d'accaparabilité de cette terre »; « Les droits coutumiers, très présents dans d'autres contextes, jouent un faible rôle sur ce terrain-ci. La terre appartient à l'ON » (*ibid.* : 82). Cette affirmation est intégrée dans la psyché de chaque colon et ce lien faible à la terre peut s'expliquer par la contractualisation et sa dépendance du droit à l'eau (redevance hydraulique dont on a déjà parlé et qui donne le seul titre juridique à l'occupation d'une parcelle) ainsi que par les modes de résidence en villages de colonisation peuplés d'allogènes.
2. L'engagement communautaire qui reste dominant dans les sociétés rurales africaines est ici limité et s'exerce hors de l'agriculture. « Cette solidarité se limite à la protection des intérêts des membres du réseau solidaire » essentiellement familial (Grémont *et al.*, 2014, cité par Marty, 2019 : 116). La logique qui prédomine est ainsi de minimisation des risques et non de mutualisation des investissements.
3. Enfin, l'information circule mal ou ne circule pas soit parce qu'elle est gardée secrète par ceux qui la détiennent comme une arme de pouvoir, souvent leur seule arme, pour fonder une hiérarchie qui ne peut se réclamer ni d'une origine ni d'une histoire commune. En outre, Joanna De Leener a pu observer la qualité réduite de l'information divulguée, non seulement tronquée mais aussi déstructurée.

L'enjeu de l'appropriation est l'eau devenant rare

Parmi les facteurs de production, l'eau ne retient pas toujours l'intérêt qu'on doit lui accorder. Don du ciel, elle est réputée gratuite dans une agriculture pluviale. Elle ne l'est plus à l'Office du Niger dans la mesure où la redevance hydraulique permet le financement de l'ensemble des infrastructures dans un contexte de libéralisation et de retrait de l'État central des structures de financement.

On savait les enjeux hydrauliques majeurs à l'Office dans un contexte de raréfaction des débits du Niger, en lien avec la déforestation du Fouta Djalon. Joanna De Leener a pu accéder au contrat liant la société Malibya à l'État malien et en extrait quelques informations significatives que nous reproduisons :

La République du Mali s'engage à offrir à la société Malibya agricole tous les permis d'usage de l'eau du canal de Macina ainsi que les eaux souterraines ou les deux selon les besoins du projet déterminés par l'étude de faisabilité économique du projet, de la manière suivante :

1. Permettre à la société Malibya agricole d'utiliser la quantité d'eau nécessaire et sans restriction pour le projet pendant la période entre les mois de juin et décembre chaque année;
2. Pendant la période entre janvier et mai de l'année, en raison de l'étiage du fleuve Niger, le projet entreprendra les cultures les moins consommatrices d'eau, telles que le blé, le mil, le maïs, le soja ainsi que les différentes qualités de légumes;
3. La République du Mali s'engage à assurer la quantité d'eau nécessaire pour lesdites cultures à partir du canal de Macina;
4. La redevance se compose comme suit :
 - A/2 470 FCFA/ha pour l'irrigation annuelle d'un hectare par aspersion;
 - B/67 000 FCFA/ha pour l'irrigation annuelle d'un hectare par gravité;
 - C/Ces taux pourront être révisés annuellement par voie de négociation entre les deux pays. (article 8, convention d'établissement, cité par De Leener, 2011)

Sans doute cette éventualité n'est-elle maintenant plus d'actualité après les événements survenus en Libye. Il n'en est pas moins évident qu'il s'agit d'un précédent préoccupant dans un contexte hydraulique régional pour le moins tendu.

La transition foncière de communs vers une propriété plus ou moins privée en zone cotonnière, région de Sikasso

La zone cotonnière occupe la part méridionale de la République du Mali et a été pendant une trentaine d'années sous la juridiction quasi exclusive de la compagnie malienne de développement des textiles (CMDT), une émanation de la CFDT, compagnie française ayant le même objet. Cet opérateur économique n'était pas seulement la cheville ouvrière de la production cotonnière (une des plus importantes filières d'Afrique de l'Ouest) mais avait bénéficié d'un ensemble de prérogatives de puissance publique pour ordonner et coordonner les actions de développement aux échelles régionale et locale. Là aussi, la gestion administrative et la recherche d'une rentabilité financière l'avaient emporté sur la fonction déléguée de service public et, en 1990-1991, la chute de la deuxième République avait failli emporter également la CMDT et j'avais alors contribué à corriger l'excès d'exogénéité (d'occidentalocentrisme) dans la gestion des rapports des cadres (maliens) et des paysans et paysannes. J'avais démontré que les Associations villageoises (AV), responsables locales des procès de production de coton, n'étaient pas des associations de type français Loi 1901, mais en réalité des communs villageois s'inscrivant donc encore dans la logique communautaire adaptée aux nouveaux enjeux du développement. De ce fait, si des droits de plus en plus exclusifs fondaient les droits fonciers des exploitants, ils n'avaient que faire de droits absolus (ou droits de propriété privée) et les formules de titres fonciers que tentait d'imposer le Code domanial et foncier de 1984 restaient lettre morte alors qu'un

marché foncier occulte ou clandestin favorisait l'adaptation réciproque des disponibilités entre la force de travail familiale et les patrimoines fonciers lignagers.

Vingt-cinq ans après, une étude de terrain réalisée dans le cadre d'un appel à contribution par le Comité technique Foncier & développement (CT-F&D) permet de saisir des continuités mais aussi des évolutions notables, surtout si elles sont rapportées aux localisations et conditions de cette étude. Cette étude porte sur les cercles de Bougouni et de Yanfolila, à la frontière entre le Mali et la Côte d'Ivoire, peu peuplés mais qui ont reçu depuis trente ans trois vagues de réfugié-e-s venant du nord ou de Côte d'Ivoire. C'est ainsi un lieu d'échanges commerciaux pour les troupeaux du nord partant vers Abidjan ou pour des produits forestiers. En outre, le développement d'un orpaillage très souvent informel ou clandestin déstabilise tant l'organisation foncière locale que la mobilisation de la force de travail dans l'agriculture. L'argent de l'or circule, la spéculation foncière immobilière urbaine se développe et la propriété privée cesse d'être le fait de quelques « gros messieurs » pour se diffuser un peu partout chez les « cadets sociaux », bien que de manière très sélective et inégalitaire. Amandine Hertzog-Adamczewski (2015) a réalisé cette recherche durant la saison des pluies 2014.

Trois types de conclusions nous intéressent particulièrement.

1. La résilience des modes endogènes d'accès à la terre dans un contexte de marchandisation croissante de la terre. « Débutée dans les années 1970 pour les principales vagues migratoires, l'installation des migrants sur les terres villageoises locales s'est faite dans le respect des règles foncières coutumières qui attribuent le pouvoir foncier local aux lignages fondateurs du village ». (Hertzog-Adamczewski, 2015 : 63)
2. Le paradoxe d'une pression foncière urbaine et de nouveaux acteurs, spécialement des intermédiaires (dits *go-between* en anglais) dans un contexte de faible peuplement (20 à 30 hts au km²) et de résilience des modes endogènes, en particulier de l'institution des logeurs,

membres de la communauté accueillant le nouveau ou la nouvelle venu-e et se portant fort de son intégration. « Le phénomène de spéculation du foncier urbain et péri-urbain tend à se développer à certaines communes rurales. L'espace rural lui aussi a connu des mutations récentes. Les liens migrants-autochtones fondés sur des prêts de terres par les lignages fondateurs, tendent à se transformer en relation financière actée par des petits papiers, des ventes qui permettent aux autochtones de devancer une marchandisation de l'espace rural orchestrée par l'administration locale ». (*ibid.*)

3. L'affirmation d'une capacité et d'un pouvoir de la nouvelle élite administrative, politique et financière à l'échelle régionale tant à régler les nouveaux conflits entre autochtones et migrants et migrantes qu'à faire profiter certains des migrants et migrantes ou certain-e-s de leurs client-e-s des opportunités qu'offrent les incertitudes du droit foncier ou les mauvaises habitudes des administrations concernées, pouvant aboutir aux détournements et turpitudes dénoncées par M. Bathily ci-dessus.⁴ « Des hommes politiques ou des administratifs influents prennent le relais dans ces processus de résolution des conflits. Suite au développement de la marchandisation de l'espace foncier, les arènes politiques et foncières sont aujourd'hui en pleine mutation. Elles s'adaptent et répondent à une évolution du phénomène de la migration qui passe d'une migration exclusivement agricole et rurale à une migration économique rurale (nouveaux investisseurs, orpailleurs) et économique urbaine et péri-urbaine ». (*ibid.*).

4. On se rappelle ce qu'il déclarait en juin 2016 « Nous devons tous cesser de fonctionner dans un système qui permet à certains de profiter de privilèges qu'ils se sont eux-mêmes arrogés à perpétuité. Ce sont des intérêts mal acquis ».

Évitons cependant toute généralisation intempestive car l'arbre ne doit pas cacher la forêt : des pratiques marchandes ne supposent pas la généralisation de la marchandisation et l'absolue obligation de se convertir à la propriété privée et à toutes ses contraintes de forme et de fond. Ce n'est plus le cas autour de la capitale du Mali.

Le monopoly foncier de Bamako

Le monopoly est un jeu dit « de société » qui apprend aux jeunes les règles de base et les comportements du capitaliste investissant dans le foncier immobilier. *Sciences au Sud* qui fait connaître les programmes de recherche de l'IRD mobilise ce jeu, sous le titre « Monopoly foncier au Mali » pour rendre compte de travaux sous la direction de Moussa Djiré et de Monique Bertrand (Djiré et Bertrand, 2016 : 5) qui « éclairent les spécificités de la dynamique foncière au Mali. Ils dévoilent la prédominance de l'initiative privée et révèlent des pratiques en passe de vulnérabiliser l'aménagement urbain et la cohésion sociale autour de la capitale ». L'article souligne en particulier le « grignotage rapide des zones périurbaines par des acteurs privés locaux à la faveur d'une dynamique effrénée d'immatriculations des terres » (*ibid.*). Le nombre de titres fonciers, explique Monique Bertrand, « a bondi de 73.000 à 188.000 entre 2006 et 2014⁵. Et cette explosion se concentre essentiellement sur le pourtour de Bamako où l'on compte par exemple 22.000 nouveaux titres pour la seule année 2014 » (*ibid.*). La présentation de ces travaux met en évidence le rôle de trois types d'acteurs : les fonctionnaires mal armés pour faire face à cet afflux de demandes en raison de concurrences entre services et une technologie obsolète, les commerçants, petits ou gros, mais réalisant une facile accumulation primitive de capital qui servira en particulier à garantir leurs autres investissements et les banques qui reçoivent les titres fonciers en garantie et craignent l'effet de bulle

5. On a donc plus que multiplié en huit ans ce qui avait été accumulé en cent dix ans.

immobilière. Monique Bertrand dénonce ainsi l'illusion du cadastre : « L'outil fait certes défaut mais son élaboration est vue comme la panacée susceptible de résoudre quasi-miraculeusement tous les problèmes, comme transformer les pratiques bureaucratiques, moraliser la gestion publique, engranger des recettes et réduire l'embaras de la justice face à de très nombreux litiges fonciers ». (*ibid.*)

L'article donne, entre autres, un exemple de spéculation foncière et de ses conséquences.

À partir d'un hectare immatriculé à 40 francs CFA le mètre carré (soit 0,6 €), ces opérateurs peuvent créer jusqu'à 22 parcelles revendues à 5.000 CFA (soit 7,62 €) le mètre carré. Et dans la course spéculative, les acquéreurs des nouveaux titres générés par ce morcellement sont bien souvent eux-mêmes des commerçants déjà propriétaires d'autres terrains, étoffant leur patrimoine par le biais de prête-noms. Cette titrisation des terres aux marges de l'agglomération pose de sérieux problèmes, explique Moussa Djiré. [...] Elle se fait au détriment des communautés villageoises qui souvent découvrent la dépossession au moment où leur terroir traditionnel se trouve couvert de bornes et de murs. Concrètement, ce changement d'usage du sol affecte la cohésion sociale, l'agriculture périurbaine et le ravitaillement alimentaire de la capitale. Mais il menace aussi le projet de ville car la puissance publique, en cédant la main à des opérateurs privés dans cette dynamique de parcellisation a perdu ses prérogatives sur la gestion et l'aménagement de l'espace. Tout porte à s'interroger sur la viabilisation effective de terrains destinés au logement et sur leur vente en l'état. (*ibid.*)

Plus récemment, M. Boubacar Sow (2016), notaire à Bamako, a contribué à la recherche des conditions d'une meilleure sécurisation des transactions foncières en reprenant et précisant les critiques de son collègue Mohamed Ali Bathily, ministre des affaires foncières, à propos de la corruption et des négligences et faiblesses de l'administration foncière.

M. Boubacar Sow développe une longue argumentation sur la nécessité de refonder l'État et son administration des domaines selon des exigences de service public et en reprenant les antennes classiques. Lui aussi ose se poser la question de l'existence d'un État au Mali pour succomber finalement à la très mauvaise habitude de prétendre solutionner un problème aussi grave en recourant à toujours plus de dépenses publiques, avec et sur la base de financements internationaux et selon une évaluation partielle, voire partielle, de la réalité. Non seulement tout attendre d'une solution financière externe est retrouver les mauvaises habitudes qui ont conduit à la chute d'Amadou Toumani Touré en 2012, mais, en outre, c'est refuser de penser la question foncière dans sa globalité, au Mali comme en Afrique de l'Ouest. Sa principale préconisation serait « d'introduire une bonne dose de simplification et de rationalisation, tant de la norme foncière elle-même que des procédures qu'elle implique. Cette simplification consisterait essentiellement à mettre fin purement et simplement à ce qui a été jusqu'alors l'épine dorsale du système foncier à la fois colonial et post-colonial : la notion de mise en valeur et ses effets induits » (2016 : 284).

Présentée comme telle, c'est une fausse bonne solution. Simplifier, voire rationaliser, peut être l'objectif à poursuivre mais s'arrêter à mi-chemin et ne mettre en cause qu'une contrainte, la vérification de la mise en valeur antérieurement à la délivrance du titre foncier, c'est favoriser la spéculation (dont profitent les notaires) en ne régulant qu'à la marge la corruption, autre mal infiniment plus grave. Pour vider l'abcès, il faut que le fantôme qui tient lieu d'État renonce au privilège de domanialité qui, par les manœuvres qu'il favorise, ouvre à toutes les pratiques corruptives. Si l'État est défaillant et ne peut être réformé sans des moyens dignes du nettoyage des écuries d'Augias, retirons lui ce qui est à la racine du mal (le domaine privé non affecté aux administrations) et laissons la régulation des comportements fonciers d'une part au marché, même balbutiant, d'autre part et surtout aux édiles locales, dans le cadre d'une réelle décentralisation et avec les moyens techniques et financiers nécessaires à la poursuite de leur mission de service public. Cela ne peut être pire!

Questions en discussion

L'objectif général d'une intervention dans le foncier au Mali devrait être d'accompagner les évolutions en cours pour sécuriser l'ensemble des opérateurs économiques et non de jouer aux apprentis-sorciers en ne cherchant qu'à favoriser, par le biais de la seule propriété privée, l'émergence d'une classe bourgeoise. Pour traiter cette complexité, deux propositions peuvent être rappelées et seront formulées sous forme de conclusions, appréciées au regard des projets en cours.

Deux conclusions

Une première conclusion pourrait porter sur le modèle de politique foncière que le Mali devrait adopter, fondée sur un pluralisme des modes de sécurisation et, vu leur résilience, introduisant ainsi les communs (plutôt que les droits coutumiers) comme une des principales modalités d'organisation des rapports de l'homme à la terre. L'État devrait reconnaître et légitimer les politiques et pratiques de gestions en communs et favoriser la reconnaissance de procédures de protection des droits et maîtrises fondées sur le partage des ressources au sein de collectifs. Actuellement, comme on vient de le voir, les droits coutumiers sont formellement reconnus mais leur protection n'est pas assurée en raison du principe de domanialité. Ce nouveau régime de sécurisation pourrait favoriser la reconnaissance de deux types de droits de propriété. Comme dans d'autres pays (Madagascar, Bénin), on pourrait distinguer entre droits exclusifs fondés sur une procédure de certification et droits absolus reposant sur un titre foncier, puis mettre en place des forums et procédures de gestion foncière à l'échelle communale autrement efficaces. Mais c'est toute la politique de décentralisation qu'il conviendrait également de revoir.

Une seconde conclusion pourrait porter sur l'extrême complexité des processus de généralisation de la propriété privée, si les Maliens et les Maliennes s'attachent effectivement à un tel défi, en remplaçant les principes inscrits dans le Code domanial et foncier de 1984⁶ :

- L'État devrait renoncer au privilège de la domanialité privée et laisser jouer publiquement et dans la transparence les pratiques d'échanges fonciers relevant actuellement de l'économie souterraine. Reconnaître le jeu du marché quand il existe et qu'il y est légitime, ou les mécanismes endogènes de régulation basés sur les communs partout ailleurs.
- La propriété privée ne devrait plus être qu'une forme exceptionnelle de sécurisation quand les exigences de la marchandisation supposent effectivement des titres fonciers librement mobilisables sur le marché national et international.

Dès lors que l'État n'est plus le garant de la sécurité foncière comme le reconnaît le ministre des domaines, il doit associer les autres acteurs aux conditions de cette sécurisation et ajuster les formules foncières aux attentes, besoins et demandes de chacun. Ces attentes et demandes semblaient commencer à être prises en compte en 2016. La politique politicienne a inversé la tendance depuis.

Une nouvelle politique, pas si nouvelle

La nouvelle politique domaniale et foncière (Rép. du Mali, 2016 : 6), finalisée en avril 2016 et adoptée en conseil des ministres en octobre de la même année traduit partiellement ces objectifs de la manière suivante :

6. Ce texte adopté sous la présidence de Moussa Traoré a été suspendu à ma demande de 1992 à 1998 puis réintroduit sous la pression du Ministère des Finances et de tous les intérêts patrimoniaux sectoriels visés par le ministre Mohamed Ali Bathily ci-dessus. Son remplacement est en discussion depuis plusieurs années mais achoppe sur le principe de la domanialité.

La réforme domaniale et foncière englobe l'élaboration et la mise en œuvre de la politique domaniale et foncière et d'un plan de communication, ainsi que la mise en place d'un système de suivi-évaluation.

L'adhésion de toutes les parties prenantes est une condition du succès de la réforme. À cet effet, il est prévu de développer une démarche inclusive, informée et équilibrée, articulée autour de trois phases :

- une phase de préparation qui permettra de réunir les conditions techniques, institutionnelles, financières et humaines nécessaires à la bonne marche du processus;
- une phase d'élaboration de la politique domaniale et foncière qui permettra successivement :
 - d'identifier l'ensemble des enjeux que doit prendre en compte la politique, à la lumière des grandes caractéristiques structurelles du système foncier malien et des éléments conjoncturels qui se sont développés ces derniers temps;
 - d'élaborer un projet de politique;
 - de placer ce projet au cœur d'un dialogue politique, multi-acteurs et itératif, pour faire émerger des consensus entre les parties prenantes sur un maximum de sujets;
 - de procéder aux arbitrages finaux, de valider et d'adopter la politique;
- une phase de mise en œuvre de la politique dans ses dimensions juridiques, institutionnelles, opérationnelles et financières, assortie d'un système de suivi-évaluation.

Cette démarche sera sous-tendue par un plan de communication destiné à faciliter l'adhésion des parties prenantes, à consolider les consensus émergents et, à véhiculer une image juste, claire et positive de la réforme. (Rép. du Mali, 2016 : 6)

Malgré l'usage de la langue de bois, ce document (*ibid.* : 11) contient les avancées, les plus récentes et les plus notables, qu'on doit saluer, concernant les éléments suivants :

L'avant-projet de LFA [Loi foncière agricole] traduit sur le plan juridique les principales orientations de la PFA [Politique foncière agricole] et donne à certaines d'entre elles une consistance plus concrète. On peut notamment citer les éléments ci-après :

- la reconnaissance en tant que droits réels des droits fonciers coutumiers individuels ou collectifs, à travers une attestation de détention coutumière délivrée par le chef de village et authentifiée par le maire de la commune, et à travers une attestation de possession foncière délivrée par le maire de la commune;
- la reconnaissance d'un panel large de transactions foncières et leur sécurisation à travers des attestations délivrées par le chef de village ou de fraction;
- la création de registres communaux des possessions foncières et de registres communaux des transactions foncières;
- l'établissement de premiers éléments sur le rôle des commissions foncières villageoises et de fraction, notamment dans le cadre de la délivrance des attestations de détention et de possession foncière et dans le cadre du règlement à l'amiable des litiges fonciers agricoles, cette forme de conciliation devenant obligatoire avant la saisine des juridictions compétentes.

Mais la question du monopole foncier exercé par l'État sur le domaine n'est toujours pas posée par ce document et la sortie du modèle colonial ne paraît donc toujours pas envisagée. L'avenir est ainsi toujours problématique, à la manière de ce proverbe nigérian (haoussa) :

Ils demandèrent au cheval « Où vas-tu? » Il répondit « Seuls les guides le savent ».

Poursuivant l'exploitation de travaux de terrains, on va mobiliser dans les deux chapitres suivants, des monographies qui illustrent les problèmes que rencontrent des « communs marchandisés », c'est-à-dire soumis aux conditions du marché capitaliste et obligés de s'adapter à des contraintes qui pourraient être mortifères mais qui sont aussi l'occasion d'un grand rebond sur la base d'une pérennisation d'un mode de vie et d'une vision de l'organisation de la société.

5. Des héritages à préserver. Néo-communs aux Comores et chez les Premières Nations du Canada

Les deux monographies originales que je présente ici reposent sur des travaux de terrains réalisés entre 1986 et 1998 aux Comores et entre 1984 à 2014 pour les recherches sur les populations autochtones du Canada, en particulier dans le cadre du programme *fédéral* « Peuples autochtones et gouvernance » sur la thématique des revendications territoriales des Premières Nations. Dans les deux cas, les liens continus avec le terrain ont permis d'approcher les évolutions actuelles, tout en ayant le sentiment que ces évolutions sont d'une telle complexité qu'on ne peut seulement prétendre que les effleurer. Mais au moins aurons-nous contribué à réhabiliter la place et le rôle des communs, tout en rendant compte de la diversité du statut des communs dans les sociétés contemporaines : ils sont la « règle du jeu » du quotidien aux Comores alors qu'ils sont occultés en relevant peut-être d'un impensable au Canada.

Résilience et adaptations de communs aux Comores

La monographie sur les Comores doit beaucoup, dans son actualisation, aux travaux de Mahamoudou Saïd qui se prolongent actuellement, avec le soutien de l'Agence française de développement, par des travaux sur le parc marin de Mohéli, un commun administré, typique des nouvelles configurations du développement durable.

L'archipel des Comores dont trois des quatre îles ont accédé à l'indépendance en 1975, sous la forme d'une fédération, devenue ensuite l'Union des Comores, ne répond nullement à la description des espaces sahéliens du Mali. Au pied du volcan, le Mont Karthala, en Grande

Comore, il pleut jusqu'à deux mètres par an avec des paysages luxuriants à la « Douanier Rousseau » dans un contexte politique qui s'est calmé ces dernières années mais dont la vie économique n'a pas rompu avec une pauvreté plutôt digne, mais endémique. Situé au centre de la partie occidentale de l'océan Indien, environné au nord par l'Arabie, à l'ouest par la Corne de l'Afrique, au sud par la grande île malgache qui peine elle-même à trouver son équilibre, l'archipel est inscrit, selon une métaphore commode, dans l'œil du cyclone. Il est environné par le déchaînement des conflits affectant le monde arabo-musulman et la péninsule arabique, les ressources énergétiques et la reconstitution des alliances mondiales, mais a retrouvé depuis dix ans un semblant de paix civile qui tranche avantageusement avec certains voisins, Madagascar en particulier. L'archipel est surtout un paradoxe, voire un oxymore ou un rébus. Pourquoi, malgré son inscription dans le capitalisme depuis le milieu du XIX^e siècle et les sollicitations d'une marchandisation généralisée du fait de l'économie internationale, son expérience millénaire de la gestion des ressources en communs perdure-t-elle encore de manière générale et comment les Comoriens et les Comoriennes ont-ils et elles trouvé des réponses minimalistes appropriées aux défis de ce siècle?

Une résilience paradoxale des communs

L'archipel a été, à partir des années 1840, un protectorat puis une colonie française qui a donc connu l'importation d'un modèle administratif centralisé « à la française » et a subi une inscription dans le marché capitaliste international par de grands domaines coloniaux. Pourtant, en pratique, le modèle administratif n'a été « reçu » que comme un prolongement de la colonisation malgache dont les Comores étaient une dépendance (Saïd, 2016). Les solutions juridiques, ainsi dans le foncier, sont pensées pour Madagascar et, en réalité, peu appliquées aux Comores. Économiquement, le modèle mis en œuvre relève d'un

capitalisme de comptoirs¹ pour l'exportation d'un certain nombre de produits agricoles ou agro-forestiers dont la vanille, la noix de coco, certaines essences forestières et l'exploitation des plantes à parfum, dont l'ylang-ylang. Seuls quelques colons français et les grands commerçants importateurs en ont profité, ces derniers contrôlant la notabilité et la représentation politique localement et en métropole. La production locale a vu son sort peu modifié en l'absence d'investissements significatifs. Le mode de production dominant est une exploitation « en communs » à l'échelle familiale élargie avec une entraide villageoise coordonnée de manière volontaire dans le contexte de la mosquée, en particulier après la prière du vendredi. Mais une part de ces producteurs a été prolétarisée, au sens de condamnés à assurer la subsistance de leurs familles par la force de leurs bras, en s'engageant comme ouvriers agricoles sur les grands domaines coloniaux. Ce sont eux qui, entre 1975 et 1978, mirent à bas le système colonial en occupant les domaines et contribuèrent, avec l'encadrement agricole des CADER et CEFADER, à partir des années 1980, à la révolution des enclosures communautaires et des communs (Le Roy, 2011; Saïd, 2013). Cette révolution par l'embocagement de l'*openfield* permet de stabiliser les limites d'exploitation, de maintenir sur place humidité et nutriments, de lutter contre l'érosion, de nourrir le cheptel au piquet tout en reposant sur des principes de gestion patrimoniale déterminés collectivement et où la parcelle devient un espace-ressource (Barrière, 2002; Saïd, 2016) et non un bien. Elle échappe ainsi au droit de propriété au nom de la logique des communs.

La résilience des communs dont on commence à deviner l'impact a aussi un fondement culturel au sens du « précipité » d'expériences historiques qui se sont cumulées plus qu'elles ne se sont contredites

1. On peut entendre par là un mode de production fondé sur le marché généralisé à l'échelle mondiale mais où la transformation de la valeur d'usage des ressources locales en valeur d'échange s'opère au moment de leur commercialisation dans le comptoir d'exportation et n'affecte donc pas les conditions endogènes/indigènes de production qui ne sont qu'imparfaitement monétarisées et éloignées d'une appropriation privée des moyens de production, dont la terre.

et annulées. Quand on examine les institutions de la société civile comorienne, on peut les caractériser comme un feuilleté, une superposition de solutions qui sont liées ensemble et rendues complémentaires par le partage d'un Islam chaféite influencé par l'Arabie mais non rigoriste, doublé d'un maillage de confréries à l'échelle locale et par le *swahili*, révélateur des recompositions et des identités communes et multiples. Le swahili est une langue pratiquée dans tous les comptoirs commerciaux d'Afrique de l'Est, de la Corne au Mozambique, et qui s'est diffusée jusqu'en République démocratique du Congo. Composé à partir de l'arabe et de langues africaines locales, le swahili n'est pas seulement un langage mais une vision métisse du monde, un monde de marins et de marchands ouvert aux échanges les plus lointains et aux techniques nouvelles. Cet archipel actuellement dans « l'œil du cyclone » fut de tous temps une plaque tournante des commerces, légitimes ou non, comme la traite des Africains et Africaines vers l'Arabie. De nombreuses civilisations, orientales comme occidentales, s'y sont côtoyées en particulier depuis l'ouverture de la route des Indes qu'empruntèrent Portugais, Britanniques, Hollandais et Français. L'interculturalité y est donc la norme dominante, même en matière religieuse avec l'influence du soufisme.

L'histoire récente des Comores que retrace, par exemple, Jean Martin (1983) « entre pirates et planteurs », permet d'imaginer au XVII^e siècle des îles organisées en sultanats se partageant des territoires terrestres et marins structurés à partir et autour d'un port selon un modèle topocentrique à rayonnement décroissant en allant de la côte vers les « hauts » de l'intérieur. Ce port serait organisé selon le modèle urbain des villes et oasis d'Arabie, ce qu'on retrouve à Moroni, la capitale actuelle de l'Union des Comores, ou à Domoni et Mutsamudu à Anjouan. On peut observer une triple couronne, urbaine et marchande autour du port, rurale pour les petites plaines côtières fertiles à activités horticoles et les hauts dévolus au pastoralisme et maintenant à l'arboriculture. Si les deux premières couronnes voient les droits fonciers organisés selon les principes du droit musulman, en particulier l'exercice d'une propriété exclusive (mais non absolue) dite *milk* en swahili sur toutes les terres vivifiées par des constructions, des amendements, des plantations ou

des irrigations, la troisième couronne semble plus africaine. Elle l'est soit par l'origine des populations soit par la permanence de modes de dévolution de la terre à l'intérieur des matrilineages, selon un modèle qu'on dénomme *manyahule* (Saïd, 2016) et qui est d'autant plus étonnant qu'il est bien vivant et légitimé dans un contexte musulman très patriarcal. On notera, dans les deux premières couronnes, l'incidence des « biens de main-morte », dits *waqf*, ces immobilisations pieuses qui favoriseront aussi une gestion en communs².

L'enrichissement continu d'une expérience pragmatique de recours aux communs

Dans l'organisation sultanesque (XVII^e-XIX^e siècles), les communs concernent d'abord et principalement les « hauts » avec deux situations générant des droits particuliers sur les ressources (Saïd, 2013; 2013b). Certaines terres dites *Nabi* étaient en déshérence, on dira « sans maître » dans le droit colonial. Elles passent sous la responsabilité directe du sultan ou de son représentant local, à charge pour lui de les réaffecter selon des critères de mérite appréciés à l'échelle locale. Les autres terres, dont la vocation est d'abord le parcours ou le pâturage sont dites *uswayezi*. Elles sont ouvertes à tous les sujets du sultan à condition qu'ils répondent aux appels à la mobilisation contre des envahisseurs. Les collectifs et les organisations villageoises sont, entre eux, très autonomes. Les petites guerres étaient fréquentes et une solidarité à l'échelle du sultanat devait être sollicitée à partir du centre. Le communautarisme est très localement déterminé et les gestions en communs sont privilégiées à l'échelle de chaque famille inscrite dans une communauté villageoise. Les

2. Les fondations pieuses, dites ici *waqf*, sont inaliénables, rattachées à une mosquée ou à une medersa et gérées par baux, les loyers servant à assurer l'entretien des lieux de culte et des cimetières. Ces immobilisations pieuses dites généralement *habus* en droit musulman peuvent cependant recouvrir des pratiques aux objectifs moins désintéressés (Gast, 1987) et, de ce fait, leur mode réel de gestion peut se rapprocher fortement de la catégorie des communs.

uswayezi concernaient en outre la majorité des surfaces des territoires sultanesques et les ressources forestières qui vont devenir des enjeux coloniaux.

La colonisation française introduira des principes d'organisation foncière si fondamentalement étrangers à ces réalités locales qu'ils n'arriveront jamais à se substituer aux montages des droits dits coutumier et musulman. Par contre, ces principes continuent à imposer leurs normes en devenant le cadre de la législation moderne de l'Union des Comores. Rappelons que la législation coloniale repose sur deux axes fondamentaux : la reconnaissance et la généralisation de la propriété privée par voie d'immatriculation au livre foncier et une stratégie domaniale garante des grandes fonctions de souveraineté avec un domaine public et un domaine privé. Le domaine public est défini, au plus simple, par l'article 538 du Code civil : « Les chemins, les routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et, généralement, toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme des dépendances du domaine public ». Le domaine public comprend ainsi, aux Comores, la zone des cinquante pas géométriques, soit 81 mètres à partir des plus hautes eaux, des terres en principe inappropriables mais très recherchées. Quant au domaine privé, il est aux colonies, comme on l'a vu à propos du Mali, dédoublé en un domaine affecté aux services administratifs et où les biens relèvent d'une gestion de droit privé et un domaine non affecté réunissant toutes les terres vacantes et sans maître selon le critère de l'absence d'un titre de propriété privée, donc incluant même les terres appropriées dites « *milk* » en droit musulman (cf. *infra*). L'État possède ces terres mais n'en est pas propriétaire. Il assure en théorie une fonction de gardiennage en vue d'en promouvoir la mise en valeur par la procédure de la concession sous conditions d'investissements, donc en vue de généraliser l'immatriculation foncière et la propriété privée. Dans ce cadre avaient été mises en place des « réserves villageoises » pour contenir les populations dites indigènes sur quelques terres et ouvrir les autres espaces à la colonisation lors de la

constitution des grands domaines agricoles. L'échec de ces politiques était cependant évident et l'État contemporain a été incapable d'inverser la tendance. 1412 titres fonciers relevant de la pleine propriété « absolue » étaient régularisés sur les trois îles de l'Union, au 8 février 2012 (Saïd, 2013).

Le régime foncier des Comores est ainsi affecté, comme en Polynésie française (Le Roy, 2009c), par un principe de dédoublement fonctionnel.

Il existe un régime officiel reproduisant le droit colonial complété par quelques textes récents, en particulier en droit forestier (Saïd, 2016). Globalement propriétaire, ce régime n'a de réalité qu'en milieux urbains, là où l'impact de la propriété foncière devient sensible et dans le contexte d'enjeux environnementaux, ainsi pour le parc marin de l'île de Mohéli qui fait l'objet de travaux actuellement avec un soutien de l'AFD et des investissements internationaux notables.

À côté, ou plutôt en superposition, on peut observer un système métisse essentiellement dominé tant par une logique que par des pratiques de communs. Chaque situation locale étant un cas particulier, il faut une place dont on ne dispose pas ici pour entrer dans le détail de ces organisations. Les différents ouvrages de Saïd y répondent amplement. La force de ces réponses réside dans le fait que la logique fonctionnelle des communs peut, si les consensus locaux l'autorisent, ne pas entrer en concurrence avec la logique institutionnelle qui préside au droit moderne. Saïd (2016 : 33-38) recense les situations suivantes, en reprenant la formule de Anne-Marie Patault de « propriétés simultanées » et, à condition de prendre quelque liberté, avec la définition de la propriété de l'article 544 CC :

- Superposition de deux propriétés, l'une sur les arbres l'autre sur le sol, en contradiction avec l'article 552 CC.
- Réactualisation par vivification d'anciens droits patrimoniaux dans des domaines coloniaux dont les titres fonciers n'ont pas été abrogés (la propriété n'est plus alors absolue, donc privée).
- Superposition de propriétés communautaires sur des terrains

domaniaux, en particulier pour les *uswayezi* des hauts sultanesques. Par exemple, une partie des terrains de l'aéroport international de Hahaya en Grande Comore serait concernée. Certains droits de pêche dans l'atoll de Mayotte avant sa départementalisation pourraient être également concernés.

- Superposition de droits communautaires de vaine pâture sur des terres d'appropriation communautaire à usage agricole (*uswayezi*, *nabi*, réserves villageoises).
- Superposition de droits de cultures sur des terres en propriété non immatriculée (*milk*).

Et comme le remarque l'auteur (Saïd, 2016 : 37), le « caractère flou et élastique des limites, lié au fait qu'on y applique des représentations d'espaces topocentrique ou odologique (pour les cheminements) et non géométrique » (Le Roy, 2011) ne facilite pas le repérage des services techniques, puis les traitements judiciaires des conflits fonciers.

Pratiquement, les règles peuvent ainsi recourir à des formulations locales en *swahili* comorien d'habitus villageois dits « droit coutumier » ou des réglementations issues du droit colonial français, en particulier pour l'immatriculation des terres et la délivrance de titres fonciers. Elles sont toutefois dominées par l'usage de l'écriture en langue arabe³ et par les concepts et procédures du droit musulman, ici de rite chaféite.

L'analyse faite montre qu'en matière de transfert de propriété, excepté pour la propriété *manyahouli*, les droits traditionnel et moderne cèdent la place au droit musulman. En matière de donation, le droit musulman s'applique exclusivement. L'application des deux autres régimes est parfois possible dans les autres domaines. Mais la cohabitation des droits ne pose pas de problèmes particuliers dans la pratique. En ce qui concerne

3. Avec, récemment, une influence croissante du recours à la langue française selon des observations de Mahamoudou Saïd (communication personnelle). Dans la citation suivante et depuis 2016, l'auteur écrit *manyahoule*.

l'héritage, les Comoriens ont habituellement recours au droit musulman, sauf dans le cas du manyahoule. [...]. Dans la pratique, la justice cadiale, comme la justice moderne, applique les règles coutumières quand il s'agit de transférer le manyahoule. [...] En ce qui concerne la vente, les contractants ont la faculté de soumettre le contrat au régime juridique qu'ils veulent. Dans la quasi-totalité des cas, le choix porte sur le droit musulman. [...] L'acquisition de fait de terrain est reconnue par les trois droits en présence. Ces trois droits se basent sur la mise en valeur de la terre pour établir le transfert de propriété. Pour le droit moderne, ce transfert se fait par la prescription acquisitive autorisée par les textes en vigueur [...]. Pour les droits musulman et coutumier, le transfert se fait par la vivification, principe musulman selon lequel la terre appartient à celui qui la vivifie (qui la met en valeur). (Saïd, 2013 : 54)

Et Saïd de conclure :

Il n'y a pas de véritables oppositions entre les différents droits qui régissent le transfert de propriété. Leur mise en complémentarité est tout à fait possible sur le plan théorique. Cette possibilité de mise en complémentarité des trois droits est d'ailleurs prouvée par les pratiques observées sur le terrain. Tout en privilégiant largement le droit musulman (sauf lorsqu'il s'agit d'un transfert de propriété de type manyahoule), les acteurs ont recours aussi aux autres régimes (*ibid.*).

La problématique contemporaine : des communs entre l'État, le marché et l'individualisme

Résumons la problématique comorienne : le titre foncier qui devrait être généralisé est supposé garantir une sécurité foncière maximale. En pratique, il n'en est pas ainsi⁴. Une part importante de terres immatriculées ou domaniales font l'objet, dans un cadre tout à fait informel et dans un contexte caractérisé par l'incapacité de l'État à garantir l'inattaquabilité du droit de propriété, d'une gestion en communs. Récemment, des exemples de la gestion en commun des terres ont été relevés à Fumbani et Hajoho dans l'île d'Anjouan (Saïd, 2016) et celle des terres et des habitats se pérennise également dans la ville de Moroni, capitale des Comores (Saïd, 2013b). Ces cas nous semblent caractériser un régime de néo-communs qui émerge dans des situations « d'entre deux » (deux visions de l'État comme du marché et de la propriété) et comme une réponse à une pression institutionnelle qui n'a pu déboucher sur l'application d'un droit moderne de propriété privée généralisée. Nous avons ainsi à analyser la cohabitation entre la permanence de pratiques spontanées liées à des habitus ou systèmes de dispositions durables face à la pression réformatrice et leur impact sur les communs. Resteront-ils épargnés par la propriété privée (on parlera alors de « primo-communs ») ou trouveront-ils des accommodements avec le marché et le capitalisme?

Communs spontanés et communs institutionnalisés

L'efficacité et donc l'existence des communs dépendent d'une action collective qui doit être portée par un mouvement interne au groupe et une volonté manifeste de faire « ainsi, avec et longtemps ». On parlera alors de communs spontanés dès lors qu'ils ne dépendent pas d'une

4. Communication personnelle de Mahamoudou Saïd confirmant mes observations des années 1990.

instance extérieure ou supérieure pour exister, choisir des modes de gestion, ajuster et appliquer les règles et en tirer des profits. L'intervention d'une telle instance est positive si elle n'est qu'un facteur d'incitation, qu'elle génère de la solidarité. On en observe actuellement l'impact dans le parc marin de Mohéli aux Comores. Mais la conception de l'institution qui préside au droit moderne en Occident a l'ambition bien plus grande d'un « commun administré » où l'administration tend à substituer sa responsabilité à celle des commoneurs et commoneuses selon des explications et des représentations trop complexes pour qu'on puisse les détailler, faute de place (Le Roy, 2009; 2016). Notre modèle de l'institution, avec sa sacralisation et sa logique propre (Le Roy, 2009b), fait problème quand il s'agit de mobiliser l'institution de la propriété privée car la logique des communs est attaquée à sa base. Que peut-il en sortir?

Des néo-communs en voie de généralisation?

Les néo-communs seraient une création originale de notre temps, fondamentalement métisses et associant, au mieux (ou au moindre mal), les exigences typiques des primo-communs (collectif, ressource, règles propres de gestion) mais en les réinterprétant, voire en les réinventant, pour faire une place plus ou moins décisive à la marchandisation. Ici, la place de la propriété privée est critique car elle doit servir, par des modèles originaux, les fins collectives poursuivies. Dans des situations concurrentielles, l'option pour un régime juridique de copropriété permet de se protéger, à plusieurs, de l'extérieur par les avantages de l'exclusivisme. Mais si on veut « faire commun », donc faire en communs, la démarche doit conduire à renoncer à une part d'individualisme dans la relation entre parties prenantes qui cessent de se considérer dans la gestion immobilière comme des copropriétaires classiques pour faire émerger une propriété partagée qu'on peut nommer néo-propriété commune et qui reste à détailler et à stabiliser.

De ce fait une des grandes questions à traiter dans l'avenir est de savoir si une formule originale de droit d'appropriation des commoneurs et commoneuses peut exister dans l'entre deux des primo-communs et de la propriété privée individuelle et correspond à une transition stable, à l'image de l'économie collaborative et solidaire. Il ne fait pas de doute que de telles réponses existent aux Comores et ont la fonctionnalité, la faisabilité et la fiabilité des communs. On sait aussi qu'on ne doit pas leur demander la permanence et la propension à une sécurité absolue car « tout change et la seule chose qui ne change pas est que tout change ». Cependant, si on veut, par exemple, voir des collectifs profiter de services écosystémiques, ils doivent s'organiser pour se voir reconnaître la personnalité juridique, donc entrer dans la logique de l'institution de droit moderne. Et une fois l'hameçon appâté puis avalé, la pente savonneuse du formalisme juridique et institutionnel peut produire des effets délétères.

La mobilisation de communs dans de nouvelles revendications territoriales des Premières Nations du Canada

Retour en arrière

Deux publications (Le Roy *et al.*, 2010; Le Roy, 2016) ont traité des premiers résultats du chantier ouvert par le Programme « Peuples autochtones et gouvernance » au Canada. L'objectif est ici de réintroduire la question des communs dans les revendications territoriales de Premières Nations et la manière selon laquelle les juristes autochtones poursuivent cette démarche restant ouverte à bien des incertitudes. En effet, toutes les références normatives étaient empruntées au *Common law* donc liées à la généralisation de la propriété privée, elle-même reposant sur une représentation géométrique de l'espace, les droits sur l'étendue d'un territoire n'étant appréciés que pour leur valeur d'usage puis d'échange. Comme tout avocat d'une cause difficile, on avait cherché à « changer de pied », donc tenté de proposer des bases d'analyse qui

obligent des interlocuteurs et interlocutrices potentiel-le-s, administrateurs et administratrices et magistrat-e-s canadien-ne-s, à considérer une version moins ethnocentrique de leurs mises en pratiques de la gestion des revendications territoriales des Autochtones. Pour cela, on proposait de sortir de la représentation dominante de l'espace, de nature géométrique et à la base du régime de propriété privée (Le Roy, 2011), et de tester l'impact d'une autre représentation d'espace déjà bien connue chez d'autres populations de chasseurs collecteurs, en Australie et en Afrique, mais qui semblait ignorée ou oubliée en Amérique du Nord en matière de « question indienne ». La présence de cette représentation « odologique » (comme science des cheminements et de l'acheminement) avait été attestée par les pères jésuites au Québec au XVII^e siècle et les observations de terrains de mes collègues anthropologues, Sylvie Vincent et Jacques Leroux, avaient confirmé non seulement la réelle présence de pratiques de cheminements avec des régularités ouvrant à la reconnaissance possible de droits sur les ressources mais à des formules d'organisation répondant aux exigences d'une reconnaissance de communs : un collectif, même temporaire, une ou des ressources et des règles qui sont plus souvent des *habitus* que des standards normatifs généraux mais qui sont tenus par les Autochtones pour obligatoires, donc relèvent de la juridicité.

Les communs représentent donc pour les Premières Nations du Canada un gisement de potentialités qui ne sauraient sans doute être mises en œuvre qu'à la condition de trouver des « solutions raisonnablement accommodantes » entre le droit sur la terre qui reste fondamentalement propriétaire et le droit sur les fruits liés aux droits immémoriaux sur les espaces exploités par les Autochtones et qui relèvent d'une logique de communs.

La question sensible de la visibilité/invisibilité des Autochtones sur la scène juridique canadienne

Encore faudrait-il que la question soit susceptible d'être posée et là on se heurte à un impensé majeur, l'existence d'une question autochtone et d'une légitimité de revendications territoriales pour la très grande majorité des acteurs euro-canadiens, tant politiques qu'intellectuels ou financiers. Les Autochtones sont en fait rendus invisibles non seulement pour avoir été confinés dans les réserves mais par cet effet de recherche de ressemblance et d'homogénéisation qui implique de s'inscrire dans les pratiques ordinaires des Euro-Canadien-ne-s pour être des citoyens et citoyennes canadien-ne-s, donc de renoncer à tout ce qui les particularise. Ce processus a déjà été observé devant les juridictions françaises concernant les couples sénégal-maliens divorçant. Pour leurs avocats, d'origine africaine, la règle d'or est de se couler dans le modèle dominant pour ne pas se faire remarquer, car cette différence possible pourrait rappeler leur origine étrangère et ouvrir à des effets seconds non-désirés. Mais tel n'est pas le cas ici. Par définition les Autochtones n'auraient pas à craindre une discrimination basée sur une origine étrangère puisque ce sont les Euro-Canadien-ne-s qui peuvent souffrir de ce jugement. Pourtant, ils se soumettent à un processus de naturalisation exogène, d'infériorisation selon des schèmes culturels qui restent coloniaux. Ils et elles restent donc les grands absent-e-s des politiques les concernant. Un exemple : sollicité par la revue *Relations* de Montréal pour rendre compte des problématiques d'acquisition de terres à grande échelle à l'échelle mondiale, en 2015, et, au terme de l'entrevue, j'avais profité de l'opportunité pour ouvrir la question de la reconnaissance des droits fonciers et territoriaux autochtones (Le Roy, 2016d : 26). La publication finale, au titre explicite, « À qui la terre, accaparements, dépossession, résistances », comprend neuf contributions de qualité mais, en dehors de mon propos, pas une seule référence à la question autochtone au Québec ou au Canada. *Relations* est une des revues francophones les plus réputées, qui fait autorité très largement au-delà de l'internationale Jésuite qui l'anime et qui paraît donc

mettre le doigt sur un problème de société et sur une absence. À quoi tient cette absence? Un impensé, posant la question de la légitimité de revendications de droits territoriaux, ou un impensable, celui de l'égale citoyenneté des Autochtones ouvrant à de possibles compensations pour tous les torts qu'ils ont subis depuis le début des contacts avec les migrant-e-s européen-ne-s?

Ici aussi, il n'est pas concevable de décoloniser les esprits et le système juridique.

6. Ici et maintenant. Les habitus des Laboureurs du Vermandois à la lumière d'un nouveau droit des communs

Ce dernier chapitre propose de faire le point de nos connaissances concernant les communs dans les sociétés européennes et singulièrement la société française, en reprenant une monographie publiée dans *La Terre de l'autre* (Le Roy, 2011) tout en lui donnant une inflexion nouvelle selon les avancées théoriques récentes. À ce premier texte, j'associe une proposition compréhensive d'une politique de gouvernance des communs, puis le commentaire de propositions de jeunes juristes pour relancer la recherche.

Les Laboureurs du Vermandois, entre loi et coutume communautaire, l'État, la ferme et le marché

La longueur de l'intitulé est révélatrice de la complexité des problèmes que nous aurons à prendre en considération, malgré la brièveté de la notice, pour lever une part du voile de ce « mystère des communs face à la propriété ».

Les Laboureurs du Vermandois ne sont pas choisis pour une exemplarité propre ou une spécificité. Ils ne représentent rien de particulier en dehors de mille petites choses qu'ils partagent, ou non, avec leurs voisins d'autres pays picards, ou d'autres régions de France (ou d'Europe) où la propriété foncière a pris son essor à partir d'une accumulation primitive du capital dans l'agriculture depuis le XIII^e siècle.

Le contexte d'une ruralité en mouvement

Je relirai ici, puis relierai, les enseignements de trois études consacrées aux laboureurs, entendus ici comme la classe sociale réunissant les propriétaires fonciers s'employant directement dans l'agriculture. Si le terme n'avait été galvaudé, on pourrait parler aussi de paysans, comme hommes ou femmes du pays arc-bouté-e-s à leurs terres. Mais le terme « laboureurs » est préférable. Outre qu'il est d'emploi ancien, il correspond bien à la dimension active, à l'exigence de mise en valeur qui réunit sur une dizaine de générations, des individus, héritiers depuis trois siècles au moins de ceux qui ont investi leur force de travail pour transformer la nature, d'abord par essartage et sans doute par brûlis aux temps gallo-romains, avant de stabiliser les champs et d'améliorer de manière remarquable au XIX^e siècle les conditions techniques et agronomiques de la production.

La localisation spatio-temporelle

Le Vermandois fut d'abord un puissant comté carolingien qui n'est plus maintenant qu'un « pays » picard à cheval sur les départements de la Somme et de l'Aisne et dont l'épicentre est le riche canton de Vermand. Réputé pour ses terres à céréales et à betterave, il s'inscrit au centre d'un triangle dont les sommets sont les villes de Saint-Quentin, Ham et Péronne, chacune chargée d'histoire, en particulier d'une histoire militaire qui fit trop souvent de ces parcelles de blé, des champs de bataille, puis des cimetières. Frontière naturelle du royaume de France durant plusieurs siècles, la Somme le borde par le sud s'exposant donc au nord-est à toutes les incursions et invasions qui se sont succédé depuis l'éclatement de l'Empire romain. Tant d'adversité forge le caractère et a concouru à faire émerger un sens du « commun » et de la communauté comme réponse au besoin d'une reconstruction périodique qui s'est encore manifestée après le premier conflit mondial et la si meurtrière

bataille de la Somme de 1916, le retrait stratégique allemand sur la ligne Siegfried de 1917, puis la dernière offensive allemande de mars 1918, avant la reconquête finale.

Le fait que la coutume picarde fut communautaire avait été une des premières variables parmi celles qui paraissaient devoir être prises en considération pour en faire l'histoire foncière. Une deuxième variable en était sa persistance dans un contexte d'économie capitaliste avancée qui avait expérimenté la généralisation de la culture de la pomme de terre et de la betterave à sucre dès le début du XIX^e siècle, avec une modification des assolements et un renforcement subséquent des régimes de moyenne et grande propriété foncière.

La documentation

La documentation originale a fait l'objet de présentations successives, en particulier dans les trois textes suivants :

Parenté et communautés dans le Vermandois, de 1570 à l'époque contemporaine, Paris, LAJ, 1973, 96 p. Cité par la suite **PCV 1973**.

« Stratégies familiales de transmission des exploitations agricoles dans le canton de Vermand (Aisne). Anthropologie des pratiques juridiques et idéologiques des « laboureurs » à l'époque moderne et contemporaine ». Communication au colloque *Appropriation et utilisation de l'espace rural : loi et coutume*. Tours, Association des ruralistes français, 18-19 novembre 1982. Cité par la suite **SFTEA 1982**.

« Être ou ne pas être propriétaire foncier. Confrontation des logiques capitalistes et archaïques chez les agriculteurs du canton de Vermand (Aisne), en situation de crise économique et sociale », dans ADEF, *La propriété foncière, Economica*, Paris, 1984, p. 121-131. Cité **LPF 1984**.

Le premier document, de loin le plus informé de données généalogiques et historiques, privilégie les rapports de parenté en renouvelant ses conditions d'analyse par l'usage d'un modèle

anthropologique dit de « parentalisation communautaire » qui était testé, à la même époque, sur des corpus africains et sur l'Illiade d'Homère (Le Roy, 1999 : 224-233). Les deux autres textes sont des contributions à des colloques, celui des ruralistes français n'ayant finalement pas été publié pour des raisons opaques. On y transpose les catégories analytiques qui ont été identifiées et commencent à être utilisées à l'époque dans les contextes africains, telles les représentations d'espaces et espaces de représentations coulés dans des matrices spatio-temporelles (MST) (Le Roy, 2011). On définit ici la MST comme « un filtre dans lequel se transforment les relations sociales en catégories spatiales et comme le lieu, au sens logique, où les hommes fabriquent les éléments concrets de la trame spatiale [...] en tenant compte des invariants culturels de l'ordre spatial et des exigences quotidiennes de leurs pratiques spatiales » (LFP 1984 : 123). À l'époque, on suppose que le rapport de propriété foncière est le résultat d'un investissement constant des acteurs pour traduire les multiples enjeux qu'ils doivent maîtriser selon les contraintes d'un jeu foncier qui, localement, est le produit dialectique de deux modèles, de deux manières de penser l'espace et les rapports sociaux.

Dans la mesure où l'organisation du régime de la propriété renvoie nécessairement à un certain mode de penser l'espace dans une culture déterminée, l'existence de deux systèmes culturels référentiels, l'un paysan, communautaire et archaïque (au sens de très ancien), l'autre rural, individualiste et capitaliste, conduit à supposer que la « matrice spatio-temporelle » utilisée par les agriculteurs exploitants pour concrétiser ou justifier leurs pratiques spatiales et leur occupation des terroirs s'organisera en fonction de ces deux « modèles » et selon des configurations (LFP 1984 : 125) qui seront précisées au cas par cas.

On avait également relevé une trame spatiale composite avec, selon la variable des représentations d'espace, l'implication de l'organisation topocentrique à partir de la ferme pour l'exploitation agricole, de l'église pour le village, des marchés locaux et des chefs-lieux exerçant une attraction économique ou administrative sur un voisinage de villages. Et

on avait également relevé que le tout avait progressivement été dominé par la représentation géométrique et la mise en place d'un cadastre villageois dans les années 1840 (révisé dans les années 1950-1960) sans que l'ancienne représentation topocentrique s'efface totalement, en dépit de la guerre des tranchées (bataille de la Somme) et de l'abominable reconstruction des villes et villages des années 1920.

Nous avons en particulier un ordre capitaliste qui doit trouver des accommodements avec un ordre antérieur, communautariste, basé sur le partage « à pots et à feux » qui ne s'est pas évanoui tout en devenant dans certains contextes plutôt fantomatique.

C'est cet ordre « communautaire » qui paraît devoir être analysé d'abord parce qu'il contient sans doute les explications à la fois du passage au capitalisme et de ses limites. Car si on doit relever l'existence, obsédante, d'un ordre parallèle et concurrent, caractéristique de la modernité, la marchandisation de la nature n'est pas totale

Un ordre local communautaire

Dans **SFEA 1982**, on distinguait une stratification socio-familiale en trois groupes, laboureurs, ménagers et valets de ferme et, enfin, mendiants.

Les Laboureurs émergent des documents d'archives du XVI^e siècle en tant que la classe dirigeante s'étant substituée à une noblesse qui a très largement disparu de ces villages, soit qu'elle ait été décimée lors de la guerre de Cent Ans ou que les seigneuries aient été rachetées par ces nouveaux entrepreneurs villageois moins pour accéder à de nouvelles positions sociales que pour protéger l'autonomie locale. Le seigneur n'est alors que le premier parmi ses pairs. Une fois qu'une famille est arrivée en position de notoriété sur le plan du foncier à l'échelle du village, l'excédent d'énergie ou de force de travail doit s'exercer à l'extérieur du village ou du pays du Vermandois dans l'armée, le clergé, l'administration ou le commerce. On constate ainsi, aux XVIII^e et XIX^e siècles, que chaque

village est dominé foncièrement donc économiquement et politiquement par une famille, tout en étant structuré autour de trois à cinq familles (ou fermes) et que le pays du Vermandois est « tenu » par un maillage d'intermariages entre ces familles de laboureurs déterminant, pour une part que nous allons apprécier, la dynamique foncière.

Les ménagers et valets de ferme correspondent donc à une catégorie intermédiaire de petits propriétaires de moyens de production constitués de terres (plutôt en ares qu'en hectares), d'outillage et en têtes de bétail (là aussi plutôt une vache qu'un cheval, des poules qu'un cochon). Le *mainagier* désigne au XIII^e siècle, selon le dictionnaire Le Petit Robert (1989 : 1180), « l'homme du petit peuple, le journalier, l'habitant », ces désignations se retrouvant dans le Vermandois jusqu'à la période moderne. Doté de moyens de production insuffisants pour nourrir sa famille et faire face à la reproduction sociale élargie, il doit louer des terres, une araire/charrue ou un attelage et surtout vendre sa force de travail lors des grands travaux (labours, moisson, battage). Les ménagers se trouvent alors en relation de dépendance à l'égard de certaines familles, entre clientélisme et contractualisme selon les opportunités. Ils peuvent occuper la position de valet de charrue si elle n'est pas tenue par le fils de famille en « apprentissage » et ils se distinguent des valets de ferme qui n'ont que leur force de travail à vendre et un jardin potager pour se nourrir souvent mis à disposition par le patron, avec le logement.

Les mendiants représentent la classe dangereuse de la société lorsqu'ils ne sont pas fixés et contrôlés localement. Ils vivent de petits travaux agricoles et artisanaux ainsi que, bien sûr, de mendicité. Ils sont constitués d'autochtones (les « Livres de raison » -mémoires- des laboureurs parlent d'ivrognes de pères en fils sur des générations) et d'allochtones chassés de la ville par les disettes, militaires à la retraite, ouvriers des fabriques accidentés du travail. Ils peuvent représenter jusqu'à 20% de la population de certains villages à la fin du XVIII^e siècle. Ce sont les successions de révolutions techniques dans l'agriculture qui les chasseront progressivement sans qu'ils disparaissent totalement car

on note la présence dans ces campagnes comme ailleurs de « nouveaux pauvres » avec les RMistes (bénéficiaires du revenu minimum d'insertion) de la fin du XX^e siècle.

Des bases foncières stabilisées depuis plus de deux siècles

Durant le XX^e siècle, cette classe mendiante aura été en concurrence avec la force de travail immigrée, payée à la tâche pour démarier les betteraves ou ramasser les pommes de terre : polonaise dans les années 1920, puis italienne, espagnole et portugaise jusque dans les années 1970.

Comme dans d'autres régions, la structure foncière des terroirs s'est fixée au moment de la Révolution française et à l'occasion des ventes des biens du clergé et des redistributions de pouvoirs locaux. On distingue trois ensembles jusqu'à la période contemporaine, de 200 à 600 hectares (et plus) pour les plus grosses fermes, de 20 à 100 pour les intermédiaires et de moins de 20 pour les petites. Selon des observations de 1984, la catégorie des 100 à 200 hectares est moins représentée, la tendance allant vers une ferme stabilisée autour de 200 hectares, ou un éclatement entre superficies d'une cinquantaine d'hectares, mais c'est selon une observation tenue ici pour subjective car non fondée sur des statistiques.

Jusqu'à la Révolution française, la gestion « en communs » des utilités du terroir du village se décide essentiellement avec le conseil de la fabrique qui réunit les notables autour du curé. Le conseil municipal n'a pas totalement pris le dessus depuis et il existait nombre de villages au XX^e siècle où les principales décisions étaient pensées sinon prises à la « grande maison », demeure du maire de père en fils.

Le grand jeu des politiques matrimoniales et des stratégies patrimoniales

L'objectif plus ou moins avoué des comportements des laboureurs est d'être maître chez soi en assurant la pérennité des conditions de la reproduction technique de l'exploitation et de la reproduction physique des producteurs. L'idéal cartésien de l'homme « maître et possesseur du monde » (Le Roy, 2011) est vécu de manière si évidente et naturelle, à l'échelle du pouvoir de chacun, qu'il n'a pas besoin de s'exprimer explicitement. S'il y a une première réponse à apporter à la question du mystère de la propriété c'est bien là qu'on peut la trouver, dans cette appropriation individuelle d'une représentation d'une maîtrise souveraine d'une nature exceptionnellement généreuse : le plateau du Santerre (*sana terra*, terre saine), c'est douze mètres de limons recouvrant un socle calcaire qui assure un bon équilibre hydrique.

Avant d'aller plus loin dans la présentation des matériaux picards, faisons un détour par un travail d'ethnographie bourguignonne de Dominique Pierzo (1984) croisé au colloque de l'ADEF pour des résultats comparables. Traitant du cas de 120 agriculteurs propriétaires en Côte d'Or, Dominique Pierzo met en évidence deux conclusions :

1. D'une part, la recherche confirme le poids de l'histoire familiale sur les stratégies foncières mais « infirme l'hypothèse de l'existence d'une formule de transmission immuable qui serait appliquée avec rigueur à chaque génération au profit d'une *tradition familiale* » (Pierzo, 1984 : 90-91).
2. D'autre part, « les récits oraux ne sont pas porteurs d'une règle transmise à travers les générations mais opèrent un réagencement lié à la situation concrète de chaque individu sous forme d'une structure logique de type passionnelle qui lui est propre » (*ibid*). Ce que cet auteur dénomme « passions » sont les structures logiques d'organisation des récits, un peu l'équivalent de myèmes des anthropologues structuralistes servant à identifier un système de

transformation à l'œuvre dans les récits mythiques considérés.

L'auteur propose deux ensembles explicatifs, l'un tournant autour de la problématique de la cohésion, l'autre de l'organisation sociale.

À partir de deux variables, la continuité du patrimoine et la cohésion de la famille, l'auteur propose quatre réponses restituées comme suit :

Tableau 8. Les réponses à l'exigence de continuité patrimoniale

Patrimoine \ Famille	Cohésion	Dispersion
Continuité	Attitude « tribale »	Transmission égalitaire sexiste
Dispersion	Transmission égalitaire	Échec à la continuité

Le second ensemble de variables est la distinction famille/groupe (dite ici Unités sociales) et les critères de Localisation/Délocalisation (critère d'agrégation) :

Tableau 9. Les réponses à l'exigence de continuité sociale

Agrégation \ Unités sociales	Famille	Groupe
Localisation	Famille lignagère localisée	Groupe hétérogène localisé
Délocalisation	Famille lignagère délocalisée	Groupe homogène délocalisé

Outre l'intérêt de proposer diverses solutions aux conceptions présidant aux attitudes des propriétaires, cette recherche a eu le mérite de mettre en évidence la relation entre stratégie patrimoniale et

comportements familiaux et la part que peuvent prendre ces « passions » dans la concrétisation des choix des acteurs, l'auteur parlant d'un « asservissement des individus aux *passions* qu'ils s'efforcent de mettre en œuvre (et du) caractère dominant des *passions* d'asservissement à la continuité de la lignée jouée sur le patrimoine » (Pierzo, 1984 : 94).

Stratégies patrimoniales

Revenant maintenant aux Picards du Vermandois, je m'étais attaché, dès **PCV 1973**, à lier ces différents paramètres en introduisant la variable « lourde » des choix matrimoniaux. Je postulais, sur la base de tableaux généalogiques portant sur l'aire considérée et de tables de transmission des unités d'exploitation, que les choix matrimoniaux étaient orientés soit par une politique de création de lignée selon une optique hypergamique pour l'homme (épouser une héritière d'un statut social supérieur) ou de maintien du niveau social et patrimonial (isogamie). Tout mariage hypogamique, donc réalisé avec une épouse de condition sociale et patrimoniale inférieure, est tenu pour une raison majeure du délitement ultérieur (sur une à trois générations) de la famille et de la ferme, faute de transmission par les mères des valeurs sociales qui sont associées au « maintien », disait-on, de la ferme dans la famille.

Quant aux stratégies patrimoniales, je les postulais également de trois types : développement patrimonial initial, prolongement dans la lignée, restauration par recours à des branches collatérales ou alliées. Et en bonne logique, s'y ajoute le quatrième type de l'absence de stratégie patrimoniale, souvent associé à l'hypogamie et également identifié par Dominique Pierzo ci-dessus.

Sur ces bases, on peut établir un nouveau tableau matriciel dans lequel chaque case, ici numérotée, correspond à une situation identifiable dans les situations de terrain.

Tableau 10. Politiques matrimoniales et stratégies patrimoniales

Mariage/ patrimoine	Développement	Prolongement	Restauration	Néant
Hypergamie	1	2	3	4
Isogamie	5	6	7	8
Hypogamie	9	10	11	12

Chaque famille est susceptible d'avoir connu plusieurs de ces situations. En principe, c'est la mère qui « faisait » (au sens de tenter d'influencer) le mariage de son fils héritier. C'était, comme disent les Wolof du Sénégal, le *ndey ligey* (le travail de la mère) que de trouver la bonne épouse et de préparer psychologiquement son fils à endosser les responsabilités de laboureur, la formation intellectuelle et technique et le choix formel étant du ressort du père. Ce père n'est pas tenu par un principe de primogéniture en ligne masculine, qui reste souhaitable, mais c'est le plus apte à la conduite des travaux agricoles qui sera sélectionné, d'où le choix possible d'un gendre au détriment d'un fils autrement récompensé. Il est évident qu'à chaque génération depuis le code civil, le nouveau laboureur doit reconstituer sa base foncière pour disposer en pleine propriété d'une proportion de terres suffisant à la bonne direction de son exploitation. Il semble, d'après ces observations, que chaque unité d'exploitation intègre une part variable de terres en locations, si possible selon des baux à très long terme et en restant entre parents ou entre voisins. Les valeurs ou « passions » -au sens de Dominique Pierzo ci-dessus- privilégient la pleine propriété des moyens de production et, quand cela est indispensable, une endo-aliénation dans le cercle des apparentés.

La séquence classique de l'appropriation commence à la case 1 puis se déplace en 6 où tous les choix sont possibles. Mais, en l'absence d'héritiers, les options 3, 7 ou 11 s'offrent et ont été effectivement utilisées dans les exemples dont on dispose¹. L'hypogamie a mauvaise réputation mais intègre la variable du sentiment, voire de la passion (amoureuse dans le cas), et ne conduit pas nécessairement à un échec patrimonial. La stratégie de restauration est naturellement la plus intéressante à étudier car elle fait appel à des modalités de transmission du patrimoine typiques. À côté de la classique transmission de père en fils caractéristique des pratiques de prolongement, nous voyons apparaître régulièrement les transferts de beau-père à gendre, d'oncle à neveu ou à neveu par alliance, ainsi qu'un cas de transfert du gendre au cousin. La vente hors de la famille est évidemment le stigmate de l'échec pour la famille et ses alliés. Il est de ce fait normal d'acheter de la terre dès qu'une occasion se présente mais c'est un déshonneur que de devoir en vendre. La terre doit rester aux enfants et, en leur absence, dans la famille. De ce fait, la vente a une portée asymétrique et la marchandisation de la terre est restée imparfaite tant que la réprobation sociale a pesé sur les héritiers qui soldaient le patrimoine rural pour le réinvestir dans les affaires ou qui, ayant fait de mauvaises affaires, étaient tenus d'apurer le passif ou de mettre la clef sous la porte. Et ce n'est, semble-t-il, que dans les dernières années du XX^e siècle que ces obstacles psychologiques ont été levés.

1. Dans *Parenté et communauté dans le Vermandois* (PCV 1973), p. 44-50, je présente ainsi les généalogies de cinq familles (F, M, V, P et D) mettant en cause cinq grandes « fermes » du canton de Vermand sur huit générations.

Le côté « droit » de la transmission des fermes et l'idéologie de la propriété

Pour expliquer ce fameux « mystère de la propriété », j'ai déjà identifié le partage par le laboureur picard du mythe cartésien de l'homme maître et possesseur du monde, même si ce monde ne fait que quelques dizaines d'hectares. Mais évitons l'interprétation de la seule recherche de l'enrichissement, argument trouvé chez Philippe Ariès, généralement mieux inspiré, décrivant l'ouverture intellectuelle et technique des paysans entre 1850 et 1870, et écrivant :

(d)ésormais, son petit lopin de terre n'est plus un simple moyen d'exister, c'est quelque chose de plus : un instrument d'enrichissement et d'ascension sociale, qui devient très vite un but en lui-même, l'objet et la fin d'une ambition indéfinie, indéfinie parce qu'elle acquiert une autre dimension, auparavant inconnue. L'ancien bien qui n'enracinait pas, à proprement parler, qu'on échangeait ou qu'on abandonnait, est devenu un patrimoine essentiel, qu'il s'est agi d'arrondir, afin de parvenir à une aisance supérieure. C'est la mentalité bourgeoise, celle du « laboureur » de l'Ancien régime (Ariès, 1948 : 412).

Il y a des préjugés ici qui sentent la ville comme on dit dans le Vermandois, car l'attachement du paysan picard à la terre est bien plus ancien et n'a pas eu besoin de la révolution industrielle, de l'essor des féculeries et des sucreries pour se manifester.

En utilisant l'expression « le côté « droit » de la transmission », on met en évidence une production mythologique particulière qui ne s'exprime pas de manière explicite et doit être saisie dans divers contextes d'expression que l'on découvre autant à un repas de chasse ou de noce qu'à un enterrement. Qu'est-ce qu'une bonne transmission foncière? La réponse ne peut être trouvée dans le droit, par la simple lecture du Code civil (lequel fait partie de toute bibliothèque de

laboureur) car ce droit qui est une machine à diviser la propriété selon l'exigence égalitariste des règles de successions doit être, tant que faire se peut, contourné, voire détourné.

Une tension entre deux ordres de gestion foncière

Ce qui est en cause relève non de la coutume mais des habitus locaux et il a fallu une longue immersion dans les sociétés africaines puis picardes pour en comprendre le ressort. La solution adoptée doit être conforme à l'attente du groupe de référence, lequel agit toujours à plusieurs niveaux, des parents proches et bénéficiaires à l'opinion publique du village ou de la classe sociale correspondante. C'est cette conformité à l'ordre local qui est tenue pour « droite » et qui va faire sens. Dans *La Terre de l'autre* (Le Roy, 2011) à propos des Australes en Polynésie, j'avais découvert un mécanisme analogue associé au principe « anthropologique » de l'accommodation. Il en va de même ici dès lors que nos laboureurs rencontrent des obstacles semblables à ceux rencontrés par les Polynésiens : des principes juridiques de « partageux » qui vont à l'encontre de l'exigence de continuité de la transmission foncière. Mais il y a une différence, qui est de taille, c'est que cette continuité doit se concrétiser selon un principe de régulation et de gestion de la ferme qui préfère l'unité du patrimoine. Et c'est là où nos acteurs ont besoin de produire du mythe à l'état pratique pour résoudre une contradiction, plus vécue et ressentie que pensée, entre le pluralisme qui conduisait la pensée coutumière communautaire picarde et l'unitarisme de la modernité. Cet unitarisme n'est pas seulement lié à un mode de gestion de l'exploitation qui fait qu'il ne peut y avoir qu'un patron. Plus substantiellement, c'est toute la modernité qui est pensée en terme unitaire, avec une occurrence significative d'association des divers registres d'organisation sociale qui font sens dans la vie en société. Le laboureur est propriétaire parce qu'il est **mon**'arque sur **sa** terre.

On voit bien ce que cette dernière représentation est structurante pour nos laboureurs qui se doivent d'être des hommes modernes mais qui n'en sont pas moins des héritiers des coutumiers. Or, si la propriété distingue (entre grands et petits propriétaires), elle rapproche aussi au sein de chaque catégorie et la propriété reste certainement un marqueur fondamental des différenciations sociales et de la hiérarchie locale par lequel un groupe social continue à se reconnaître et à prétendre à des actions de représentation sociale ou politique. C'est donc bien l'interface dont nos acteurs ont besoin pour conjuguer continuité et changements, tradition et modernité. Aborder le régime de la propriété foncière rurale comme un lieu de divergences et de convergences, sous forme de compromis ou de transactions entre des intérêts divergents, c'est déjà éclaircir le « mystère du capital » sur lequel s'interrogeait Hernando de Soto (2005). La propriété privée met en consonance les représentations diverses des acteurs, en accordant les divers registres de la vie en société selon le régime de l'unité du droit de propriété. Comme mythe unitaire, la propriété est aussi pour ces laboureurs du Vermandois, et plus généralement pour nos sociétés modernes et occidentales, un « fait social total » « mettant en branle » l'ensemble des dimensions de la régulation sociale et donnant à voir la société dans sa complexité. Là où, comme le soulignait brillamment Marcel Mauss (Le Roy, 2012), les sociétés traditionnelles voyaient dans le don, c'est-à-dire dans le partage dominé par la triple obligation de donner, de recevoir et de rendre, le fondement des mécanismes de socialisation, la société moderne a imaginé (en complément du travail et du contrat) un principe de partage autrement sélectif mais tout aussi opérant dès lors qu'il agrège les uns tout en ségréguant les autres. Est-il plus juste ou plus opérationnel? Cela est une autre histoire qui relève de la philosophie plus que d'une anthropologie qui, en se voulant politique et juridique, se doit toujours de rapporter les comportements des acteurs aux logiques qui les fondent. Sous cet angle, les pratiques propriétairestes des laboureurs sont cohérentes et fondées, mais rien n'interdit de penser qu'elles peuvent ou doivent changer à terme.

Relevons enfin que ce qui est généralisé ici comme la règle du jeu foncier ne l'est pas ailleurs comme nous l'avons déjà aperçu dans les chapitres précédents. Comment expliquer ce qu'on pourrait dénommer, par paraphrase de l'expression marchandisation imparfaite de la terre, une généralisation imparfaite de la propriété foncière?

Comment mobiliser les néo-communs dans nos sociétés contemporaines?

Le grand enjeu de ce début de XXI^e siècle est de savoir comment on va pouvoir, dans une bonne partie des pays du Sud, contrôler l'extension et la généralisation de la propriété privée exclusive et absolue et, parallèlement, au Nord, réintroduire des communs dans des régimes fonciers trop propriétaires. Il faut que la propriété privée soit utilisée à bon escient pour faire évoluer le capitalisme vers plus de solidarité. Les approches trop dogmatiques ne font en fait que favoriser des intérêts privés très spécifiques et la généralisation non contrôlée de la propriété emporterait des risques insupportables pour une bonne partie des pays des « Suds » qui les affrontent.

Un commun peut être une manière d'introduire de la diversité, d'introduire des principes, pas forcément alternatifs mais des principes qui permettraient, par une combinaison intelligente, de proposer des cadres en fonction desquels les différents acteurs peuvent utiliser les opportunités qui leur sont offertes. C'est la base d'une politique dite intelligente parce que chacun peut retrouver ses propres intérêts dans le cadre de négociations qui sont nécessairement à grande échelle et extrêmement complexes à opérer. Mais c'est vraiment l'enjeu de la période contemporaine. Et cet enjeu passe par une nouvelle gouvernance.

La gouvernance devrait permettre de réintroduire un principe de prise en compte des intérêts respectifs dit « *bottom up* » (base/sommet) là où quasiment tout le monde pense en sens contraire, c'est-à-dire, détermine des approches où tout est pensé à partir de l'État, selon des

politiques qui sont beaucoup trop uniformes, centralistes et réductrices. Donc cette vertu fondamentale, c'est de réintroduire du mouvement et surtout, d'écouter ce que les populations attendent, souhaitent et peuvent supporter en termes de transformation et d'innovations. C'est, par exemple, le débat qui traverse la société sénégalaise depuis une quarantaine d'années et qui conduisait, au début de 2018, à céder à nouveau aux mirages de l'étatisme néo-colonial de la haute administration, des mirages auxquels semble se laisser prendre l'actuel chef de l'État.

Dès lors, et comme on l'avait déjà souligné en 1996 (Le Roy, Karsenty et Bertrand, 2016 [1996]) une bonne politique juridique de gestion foncière doit être consacrée aux forums, aux lieux dans lesquels les questions doivent être débattues et les décisions prises dans une perspective de démocratie participative. Il apparaît donc absolument crucial de travailler ce que l'on entend par « forum foncier ».

Il faut ajouter que les politiques de communs fonciers sont des politiques de territoires : et, dès lors qu'à la notion de communs est associée la notion de pluralisme juridique, le concept de pluralisme territorial est absolument fondamental comme la base de politiques de décentralisation « à façon ». Ces politiques autorisent des découpages et des modes de gouvernance s'adaptant aux contraintes géographiques, économiques et idéologiques locales. Nous avons, dans nos têtes, une idée beaucoup trop schématique selon laquelle la notion de territoire est associée à l'État, et donc à une représentation très géométrique de l'espace, où l'unification joue là aussi un rôle déterminant, mais asphyxiant.

Les communs permettent d'avoir une approche selon laquelle la pluralité est constamment invoquée et où les réponses multiples sont susceptibles d'être coordonnées, d'être rendues « complémentaires ». Il y a donc un pari sur les acteurs et leur capacité d'assumer des responsabilités qu'on leur a toujours refusées en les supposant d'éternels mineurs. Ceci suppose de multiplier les opportunités pour que les acteurs, ceux de la base bien sûr, puissent se situer, se déterminer,

prendre des initiatives, se construire des avenir qui soient à la hauteur de leurs ambitions, de leurs intérêts, de leurs vocations. Passer mutuellement de la défiance à la confiance peut être une véritable opportunité de création d'avenir dans lesquels les gens de la base et de la terre pourront se reconnaître.

Pour aller le plus loin possible dans les propositions de politiques pluralistes. Il ne faut pas opposer les communs à la propriété. Ce serait une erreur tactique car non seulement on heurterait les propriétaires directement, mais aussi parce que la réalité du monde va vers une combinaison de formes « en communs » et « en propriétés privées et publiques ». C'est ce que disait déjà Elinor Ostrom dans les années 1990 (Le Roy, 2011) : nous sommes dans un monde complexe qui s'interroge sur l'avenir du capitalisme. Jusqu'où devra aller le changement alors que notre monde a déjà connu plusieurs mondialisations qu'il faut rendre complémentaires dans une perspective trans-moderne.

Encore faut-il des politiques publiques dignes de ce nom alors qu'elles sont en crise, plus ou moins profonde, mais en crise. Le problème n'est pas nouveau et il est même associé aux origines du projet colonial en cherchant à imposer un mode de gouvernement et de gouvernance fondé sur une vision du monde qui était et reste étrangère à la grande majorité des Africaines et des Africains.

Repartir des communs, c'est-à-dire repartir des modalités de partage telles qu'elles se réalisent au quotidien, c'est une occasion de reconstruire une société de la base vers le haut, et non pas d'imposer un modèle du haut vers le bas. C'est une question de survie même pour l'avenir de ces sociétés évidées de leurs responsabilités propres par des notions telles que le service public, l'intérêt général, l'État de droit. Ces grandes notions (auxquelles on continue à croire chez nous) sont inopérantes là-bas où on les invoque sans regarder la réalité qu'il y a derrière... Or c'est de la fiction, le théâtre d'ombres, sauf qu'elles ouvrent à la corruption, au népotisme et autres maladies du développement.

Partir des communs, c'est la possibilité de relancer quelque chose, de reconstruire, de repartir de fondations plus saines parce qu'endogènes et plus sûres parce que mieux acceptables. Mais, comme nous le soulignons depuis le début de cette partie, les communs sont confrontés à deux problèmes fondamentaux : le marché et l'État. Ce sont les deux facteurs qui ont très largement altéré la place et le rôle des communs dans nos sociétés et qui continuent encore à avoir un rôle moteur ailleurs. Mais, en même temps, ces deux cadres, ces deux principes d'organisation sont en crise, et un certain nombre d'acteurs sentent qu'ils peuvent utiliser les communs pour s'inscrire dans des réponses qui vont soit corriger les faiblesses du marché et de l'État, soit, pour quelques-uns, se substituer au marché et à l'État (Dardot et Laval, 2014).

Nous devons, en tant que scientifiques, surtout si nous avons la liberté de pratiquer la recherche fondamentale où nous pouvons formuler toutes les hypothèses, dès lors qu'elles sont argumentables, accepter de regarder toutes les opportunités possibles. Pour un décideur, c'est bien entendu un autre type de réalité, voire même pour la recherche appliquée. C'est un principe en recherche fondamentale, toutes les questions et toutes les réponses sont possibles. Ce n'est pas le cas dans la recherche appliquée où une partie des questions et des réponses sont données, posées, par le commanditaire.

Les pistes que propose la jeune recherche

Sigrid Aubert et Philippe Karpe sont deux chercheurs du Centre international de recherche agronomique pour le développement (CIRAD) dont on a suivi l'éclosion scientifique. Ils ont été intégrés dans la publication des travaux d'une journée d'études sur les communs à l'Académie des sciences d'outre-mer (Asom), tenue en novembre 2016 (Delmas et Le Roy, 2019), où ils ont pu compléter dans le registre du droit les présentations d'« états de la question » que plusieurs académicien-nes avaient faites dans les domaines de l'histoire, du politique, de l'économie ou de l'anthropologie. Leurs propos s'appuient sur les matériaux d'un

chantier organisé à l'initiative du Comité technique Foncier et développement (CT-F&D) dans le cadre de l'AFD et du MEAE, sur le thème des communs durant l'année 2016 et publiés sur le site du comité.

Dernière remarque enfin, ils ne prennent en considération que ces rapports particuliers qui sont ceux « tissés autour de la terre et des ressources qu'elle porte » et l'objet de leur contribution est d'examiner « s'il est possible d'introduire dans les ordres juridiques existants de nouveaux régimes adaptés aux communs tissés autour de la terre et des ressources qu'elle porte et comment la juridicité peut contribuer à cet objectif ».

De la communication qu'ils présentent, j'extrais d'abord un schéma que je juge particulièrement pédagogique, synthétisant des explications présentées dans le chapitre deux de la première partie. Cette figure est tirée du document de synthèse diffusé par le CT-F&D en 2017.

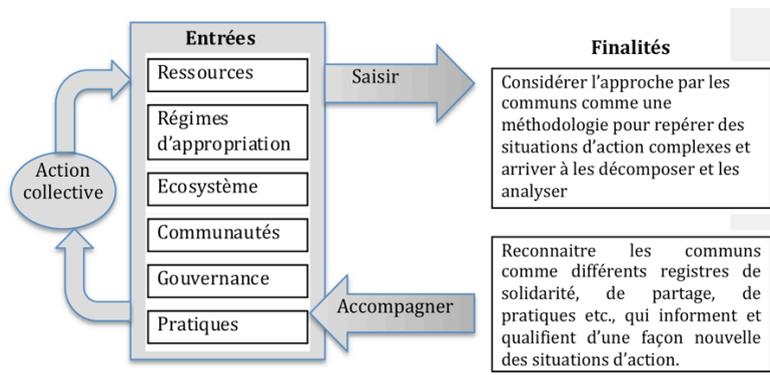


Figure 1. Communs. Source : CT-F&D, 2017

Selon Sigrid Aubert,

(l)es relations entre les communs et le droit semblent être appréhendées de trois manières distinctes par les juristes : au travers de l'analyse du droit de l'État, en restituant le lien tenu entre droit et politique (1.1.); dans le prolongement juridique des travaux fondateurs d'Elinor Ostrom sur la notion économique de biens communs (1.2.); ou bien encore au travers d'une relecture du processus social de construction des normes juridiques, la juridicité (1.3.).

Pour certains auteurs, les communs justifient une lecture alternative des textes de droit et de leur mise en œuvre au service de la justice sociale. Dans ce contexte, le juriste, après avoir analysé les risques liés à une application stricte du cadre légal et réglementaire, accompagne l'évolution du droit qui doit cependant être commencée par les usagers eux-mêmes (...). (Aubert et Karpe, 2019 : 82)

Olivier Barrière formalise des manières de faire et de penser le droit qui permettent d'appréhender, en fonction de la diversité des contextes, le régime juridique des communs. Le « droit négocié » est ainsi co-construit avec les parties prenantes dans une perspective inclusive (Barrière *et al.*, 2012). Il s'intègre dans ce qu'il appelle le « droit de la coviabilité », « afin de prendre en compte la diversité des paradigmes de représentations existants que le droit peut intégrer en termes de *juridicité* par réflexivité. Une façon d'apporter une dimension anthropologique au droit de l'environnement. » (Barrière, 2015 : 1).

Revenant ensuite à la définition de la juridicité, puis à la place qu'y occupent la modélisation et la théorie des maîtrises foncières, Sigrid Aubert observe :

Mais au-delà de la théorie des maîtrises foncières, il y a la théorie du jeu des lois, c'est-à-dire identifier la manière selon laquelle tous les paramètres fondamentaux d'organisation d'une vie en société se trouvent ajustables et adaptables, constamment, en

fonction de l'évolution, de la transformation des enjeux qui font la vie en société. C'est naturellement d'une grande complexité, mais on ne peut faire que comme cela (Le Roy, 1999).

Elle précise ensuite :

Pour appréhender cette complexité, certains chercheurs recourent à la modélisation et à la simulation informatique pour organiser les ontologies mobilisées par les acteurs qui traitent des communs, en étudier les modalités d'utilisation par une pluralité d'acteurs, et mettre en débat les règles de fonctionnement des communs (...) En effet, « fondamentalement, un mode d'appropriation définit l'état d'un système de relations nature-société. Mais il n'en livre pas la dynamique [...] [ce sont] les processus de décision qui en livrent la dynamique » (Weber, 1995). Le régime juridique, restitué dans son ou ses ordres juridiques de référence, investit ces deux dimensions. Reste que « la définition des règles d'équité, comme des objectifs de très long terme, ressort du débat politique, non des définitions analytiques » (Weber, 1995). (Aubert et Karpe, 2019 : 83)

Puis de conclure :

Dans tous les cas, c'est la dynamique du droit qui est questionnée par les communs. La vision sclérosée de l'immutabilité, de l'omniscience et de l'omnipotence de la norme juridique doit être abandonnée pour saisir et accompagner les communs tissés autour de la terre et des ressources qu'elle porte. (*ibid.*, 84)

Philippe Karpe cherche à « promouvoir, par les communs, une politique originale et endogène d'espaces de développement ». Selon notre auteur,

Il semble en effet possible de révéler le lien fondamental et indissoluble qui s'établit entre les communs et l'objectif poursuivi, à savoir un développement humain respectueux de

l'environnement particulier dans lequel il s'inscrit. De par sa description (non abordée ici), ce lien entre les communs et l'objectif poursuivi redonne un vrai contenu, un plein contenu et un juste contenu aux différentes configurations juridiques envisagées. Avec plus ou moins de difficultés, l'existence de communs peut être déjà concrètement discernée. (Aubert et Karpe, 2019 : 84)

Puis il indique :

L'idéal ici n'est pas de produire et d'assurer le maximum de rentabilité, mais de réunir les conditions d'une « bonne vie », d'exercice viable d'un droit d'existence, de vie, de subsistance, selon des critères localement institués (...).

C'est dans cette perspective que Bollier et Helfrich (2015) ont rassemblé différents « modèles/patterns » de communs permettant de mieux saisir les relations complexes qui s'établissent autour du « faire commun » et d'articuler avec plus de transparence la recherche théorique et les pratiques. Ainsi, le socle du droit des communs qui reste à construire, via des chemins de traverse qui complètent (voire dépassent) les approches liées à la formalisation d'une nouvelle forme de propriété, nous semble, en l'état actuel de nos recherches, reposer sur (1) un réaménagement du rôle du politique et de l'État, (2) la reconnaissance d'un droit à l'usage, entendu comme un droit d'insertion sociale dans les territoires, et (3) une relecture des droits humains permettant de restituer l'humanité dans ses relations avec l'écosphère. (Aubert et Karpe, 2019 : 92)

Sur ce dernier point, relevons l'apport de cette philosophie politique dite « Earth Jurisprudence ».

Les communs sont fondamentalement liés aux droits humains de par leur finalité : la justice sociale. Et pourtant, ils sont encore peu présents, y compris en droit international, essentiel en la matière pour officialiser et généraliser ce lien de solidarité face à la souveraineté des États et du marché.

La déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) en 1948 pose le principe d'une égalité de droits entre les individus. Elle répond à l'urgence historique de créer une obligation juridique au respect des droits humains imposée jusqu'alors par la seule obligation morale, et bafouée durant la seconde guerre mondiale. Les droits humains adoptés placent cependant l'individu au centre du raisonnement, laissant le projet politique du « vivre ensemble » à la discrétion d'une régulation donnant un rôle central aux États et au marché. « Avec le mythe du passage de l'état de nature au contrat social, il est devenu de plus en plus difficile de penser que le bien véritable de chacun se réalise dans l'appartenance à la société considérée comme milieu de vie naturel des humains. S'est progressivement imposé, au contraire, l'idée selon laquelle l'organisation politique de la société se justifie par le fait qu'elle garantit à ses membres les droits individuels dont ils sont censés être dotés antérieurement à leur existence sociale » (Flahault, 2011 : 224).

Reste que deux éléments introduits par la DUDH permettraient de restituer les individus dans leur environnement écologique, économique et social : la dignité de l'homme et les droits sociaux et économiques, dans la mesure où les modalités d'exercice de ceux-ci pourraient être transcendés par la troisième génération de droits, dits « de solidarité », sur la base d'un projet politique du « vivre ensemble » articulé à différents niveaux d'organisation, du local au global.

7. Conclusion. De la procrastination dans les politiques juridiques

Il est paradoxal, alors que les communs continuent à être pratiqués, surtout implicitement, c'est-à-dire dans les pays du Sud, que les discours tenus à l'échelle des instances étatiques et internationales soient encore actuellement quasi ignorants de la notion de communs.

Une réticence à surmonter

Il y a là une réticence paradoxale mais explicable car tous les discours sont des discours propriétaires, en particulier lorsque l'on aborde la question du foncier. Il y a un raidissement idéologique, comme s'il y avait une crainte, en entrant dans une période d'incertitude, d'accepter cette évidence que ce sur quoi on a basé en Afrique les stratégies pendant 50 ans (mais en fait depuis près de deux siècles) étaient fondées sur un certain nombre de mauvaises appréciations, voire d'erreurs, et que donc il faut changer.

Certain-e-s comprennent qu'il faut changer, mais au bord du précipice, on ne sait pas très bien quelle stratégie adopter. En tous cas, il y a un raidissement très grave, mais en même temps plein d'espoir, car ce raidissement indique que certain-e-s commencent à prendre conscience, à l'Agence française de développement actuellement, à la Banque mondiale, parfois, mais avec réticence. Comment va se faire la transition-adaptation à de nouveaux enjeux à la fois climatiques et stratégiques? Il semble évident que, dans les pays du Sud, il y a un raidissement idéologique considérable, comme si les riches, les puissant-e-s et les élites commençaient à avoir peur.

Par contre chez nous, dans les pays du Nord, on voit se développer des formes de recours à des communs hors institution... Ce sont des manifestations du souci de notre société de gérer autrement notre rapport aux ressources sans remettre en question le droit de propriété, et en le ménageant par des procédures qui sont généralement celles de la location, ou de l'utilisation de services (payants plus que gratuits d'ailleurs).

Conclusion générale

Sans rechercher à être exhaustif de la diversité et de l'originalité de ces solutions, je relève finalement les situations suivantes de montages institutionnels inédits et parfois risqués.

Se revendiquent de la logique et de la pratique des communs les modes de gestion d'espaces naturels ou de ressources sur lesquels se superposent des formes anciennes d'organisation relevant des primo-communs et des cadres institutionnels relevant du droit positif et reconnus par les droits nationaux ou internationaux. Les parcs et réserves en sont les applications emblématiques, ainsi pour le parc marin de Mohéli aux Comores (Saïd et Le Roy, 2017) ou le *rahui* polynésien (Bambridge, 2018).

Sont aussi passibles de néo-communs les formes de production et d'échange relevant de l'économie dite collaborative ou solidaire où, en particulier, des collectifs adoptent la forme juridique de sociétés coopératives (SCOOP) ou d'associations selon la loi française de 1901, pour s'inscrire dans les rapports marchands et accepter les contraintes du marché en visant non l'accumulation des bénéfices au profit d'investisseurs (capitalistes), mais le partage des revenus selon des modalités privilégiant la justice sociale, la lutte contre l'exclusion ou contre la pauvreté, la réinsertion des personnes marginales, le recyclage des chômeurs et chômeuses, etc.

Restent encore dans l'orbite des néo-communs les pratiques préférant les rapports de location à l'accession à la propriété et le recours à des services temporaires plutôt qu'à un cadre contractuel et institutionnel permanent mais perçu comme trop lourd ou trop contraignant (Audier, 2014). On évoque parfois une « co » civilisation en émergence autour de la co-location qui s'est étendue des résidences de vacances aux véhicules de déplacement, bicyclettes, voitures électriques, au matériel de bricolage, etc. (Baudet, 2014). La location d'emplacements

de travail et de bureau, dite « co-working » (Rollot, 2015) prend une place significative chez les cols blancs trentenaires condamnés aux stages ou à l'expertise à répétition. Et on n'oubliera pas la tendance, au-delà du co-voiturage, à l'uberisation où, sur le modèle concurrentiel, des voitures de location venant se substituer aux taxis, l'usage d'application sur les téléphones mobiles permet de faire l'économie de frais intermédiaires dont profitent usagers et usagères et néo-chauffeurs ou producteurs (pour les plats cuisinés). Ces pratiques remettent en question, non seulement les revenus puis l'existence de catégories d'entrepreneurs ou de salariés, mais aussi l'idée selon laquelle certains types d'activités doivent être réglementées pour assurer la santé, la sécurité, et le principe de libre concurrence. Ici la confusion entre les avantages de la plus totale déréglementation néolibérale et ceux des communs peut conduire d'incidents à répétition à de vraies crises de société.

On parle assez peu des expériences de partage de propriétés immobilières (Falque et Falque, 2003) qui ne se limitent pas à la gestion de parties communes par un organe syndical mais poussent beaucoup plus loin la mise en commun d'outillages, comme les machines à laver le linge ou la vaisselle, les aspirateurs, voire des véhicules collectifs à usage individuel. On peut aussi, sur le mode des anciens appartements moscovites de l'époque soviétique, partager les cuisines et salles de séjour, organiser ensemble les distractions des jeunes et moins jeunes hors d'une logique marchande. Il ne s'agit plus de co-propriétés mais, en Belgique, de néo-communs immobiliers, des pratiques pas toujours reconnues explicitement par le droit, mais justifiées par la liberté des engagements contractuels.

Enfin, mais naturellement « pas à la fin », le droit et la justice font quelques efforts pour intégrer les valeurs de solidarité, d'empathie et d'altérité dans le fonctionnement des institutions. Du côté de la justice, et outre les tentatives d'introduire ou de valoriser les pratiques de médiation, les idées de justice « restaurative », expérimentées au Canada, se développent dans des situations privilégiant les mesures éducatives, ainsi en matière d'assistance éducative ou d'éducation surveillée pour

les mineurs de justice (Le Roy, 2014b). On n'oublie pas non plus qu'en prétendant faire une certaine place aux droits des animaux et aux droits de la nature, on étend, au nom de valeurs de partage, la notion de sujets de droits à des situations inattendues.

Bibliographie générale

- Alliot Michel, 2003, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, textes choisis et édités par Camille Kuyu.
- Ariès Philippe, 1948, *Histoire des populations françaises et de leurs attitudes devant la vie depuis le XVIII^e siècle*, Paris, Éditions Self.
- Arnaud André-Jean (et al.), 1993, *Dictionnaire de théorie et de sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd.
- Aubert Sigrid, Karpe Philippe, 2019, « Comment envisager le droit des communs tissés autour de la terre et des ressources qu'elle porte? », Delmas Bruno, Le Roy Étienne (éds), *Les communs, aujourd'hui! Enjeux planétaires d'une gestion locale de ressources renouvelables*, Paris, Karthala, p. 73-99.
- Audier Sylvie, 2014, « Les biens communs sont parmi nous », *Le Monde*, 16 mai, p. 9.
- Bambridge Tamatoa, Vernaudon Jacques, 2013, « Espace, histoire et territoire en Polynésie, une appropriation foncière de l'espace marin », Le Roy Étienne (éd.), *La Terre et l'homme*, Paris, Karthala, p. 33-71.
- Bambridge Tamatoa, 2019, « Le rahui : un commun foncier en Polynésie », Delmas Bruno, Le Roy Étienne (éds), *Les communs, aujourd'hui! Enjeux planétaires d'une gestion locale de ressources renouvelables*, Paris, Karthala, p. 159-164.
- Barrière Catherine et Olivier, 2002, *Un droit à inventer, foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, Paris, IRD-éditions.
- Barrière Olivier, 2015, « Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable. Prospective d'un 'droit de la coviabilité' des systèmes sociaux et écologiques », Blaise S., David C., David Victor (éds), *Le développement durable en Océanie : vers une éthique nouvelle?*, Aix-en-Provence, PUP, PUAM, p. 215-242.

- Bathily Mohamed Ali, 2016, « Les spéculateurs fonciers ne craignent plus l'État ». Entretien avec *L'Essor* du 3 mai 2016, diffusé sur maliactu.net du 8 juin 2016.
- Battistoni Éric, 2018, « Règles », Morel Dominique *et al.* (éds), *Des mots pour vivre en paix au-delà des conflits*, à paraître.
- Baudet Mari-Béatrice, 2014, « Le pari du partage », *Le Monde*, 4 avril, Suppl. Développement durable, p. 1.
- Bohannon Paul, 1968, *Justice and Judgement Among the Tiv*, International African Institute, Oxford University Press.
- Bollier David, 2013, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, traduit de l'américain par Olivier Petitjean.
- Bollier David, Helfrich Silke (éds), 2015, *Patterns of Commoning*, Amherst, MA, Off the Common Books.
- Bourdieu Pierre, 1980, *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit.
- 1986, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre, vol. 64, p. 40-44.
- Carbonnier Jean, 1995, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 5^e éd.
- Dardot Pierre, Laval Christian, 2014, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte.
- Daresté Pierre, 1908, « Le régime de la propriété foncière en Afrique Occidentale Française », *Le Daresté*, p. 1-24.
- De Leener Joanna, 2011, *L'accaparabilité des terres. Une investigation dans le Macina, Office du Niger, Mali*, Louvain, UCL, ESPS.
- De Soto Hernando, 2005, *Le Mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs?* Paris, Flammarion.
- Delmas Bruno, Le Roy Étienne (éds), 2019, *Les communs, aujourd'hui! Enjeux planétaires d'une gestion locale de ressources renouvelables*, Paris, Karthala.

- Djiré Moussa, Bertrand Monique, 2016, « Monopoly foncier au Mali », *Sciences au Sud, le journal de l'IRD*, N°83, juin-oct., p. 5.
- Falque Max et Mireille, 2003, « La propriété en commun, un outil de protection et de gestion à long terme », *Études foncières*, N°105, sept.-oct., p. 11.
- Gast Marceau (éd.), 1987, *Hériter en pays musulman. Habus, lait vivant, manyahuli*, Marseille, Éd. du CNRS.
- Godelier Maurice (éd.), 2014, *La mort et ses au-delà*, Paris, CNRS Éditions, Bibliothèque de l'anthropologie.
- Hertzog-Adamczewski Amandine, 2015, « Crise politique et mouvements migratoires au Sud du Mali : complexification des enjeux et des instances de régulation de l'accès à la terre », Paris, CTF&D. En ligne : <https://www.foncier-developpement.fr>.
- Karsenty Alain, 2018, « Les forêts tropicales, des communs? Les différentes dimensions d'un dualisme ressources-services et la possibilité de nouveaux communs forestiers africains », Delmas Bruno, Le Roy Étienne (éds), 2019, *Les communs, aujourd'hui! Enjeux planétaires d'une gestion locale de ressources renouvelables*, Paris, Karthala, p. 123-133.
- Laquière Alain, 2003, « Sanction », Alland Denis et Rial Stéphane (éds), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, p. 1381-1384.
- Legendre Pierre, 1999, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard.
- Le Moigne Jean-Louis, 1989, *La modélisation des systèmes complexes*, Paris, Dunod.
- Le Petit Robert, 1989, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert.
- Le Roy Étienne, 1972, *Éléments d'une théorie des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire*, thèse de troisième cycle sur documents (ès lettres, mention ethnologie), Université de Paris VII.

- 1973, *Parenté et communautés dans le Vermandois, de 1570 à l'époque contemporaine*, Paris, LAJ.
- 1974, « Justice africaine et oralité juridique », *Bulletin de l'IFAN*, série B, Tome XXXVI, N°3, p. 559-581.
- 1982, « Stratégies familiales de transmission des exploitations agricoles dans le canton de Vermand (Aisne). Anthropologie des pratiques juridiques et idéologiques des 'Laboureurs' à l'époque moderne et contemporaine », communication au colloque *Appropriation et utilisation de l'espace rural : loi et coutume*, Tours, Association des ruralistes français, 18-19 novembre 1982. Cité par la suite SFTEA 1982.
- 1984, « Être ou ne pas être propriétaire foncier. Confrontation des logiques capitalistes et archaïques chez les agriculteurs du canton de Vermand (Aisne) en situation de crise économique et sociale », *La propriété foncière*, Paris, Economica, p. 121-131.
- 1990, en association avec Gerti Hesseling, « Le droit et ses pratiques. Avant-propos », *Politique africaine*, N°40, déc., p. 2-11.
- 1995, « Le pastoralisme africain face aux problèmes fonciers », Daget Philippe, Godron Michel (éds), *Pastoralisme; Troupeaux, espaces, sociétés*, Paris, Hatier AUPELF-UREF, p. 487-510.
- 1999, *Le jeu des lois. Une anthropologie 'dynamique' du Droit. Avec des consignes et des conseils au 'jeune joueur juriste'*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, série anthropologie.
- 2004, *Les Africains et l'Institution de la Justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz.
- 2007, « L'horizon de la juridicité : comparer les différences dans leurs complémentarités pour repenser les droits dans une perspective globale de régulation des sociétés contemporaines », communication au congrès *Les frontières avancées du savoir du juriste*, Academia delle Scienze di Torino, 25-27 avril 2007, placé sous l'égide de *L'istituto subalpino per l'analisi del diritto delle attività transnazionali* et de *L'Associazione italiana di diritto comparato*, non publié.

- 2007b, « Le tripode juridique, variations anthropologiques sur un thème de 'Flexible droit' », *L'année sociologique*, 'Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier', Vol. 57, N°2, p. 341-351.
- 2007c, « Le dédoublement de la figure du procès, cérémonie de reconstitution du champ social », Rude-Antoine Edwige (éd.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF-CURAPP, p. 13-30.
- 2009, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité », Sacco Rodolfo (éd.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista : antropologica giuridica e traducttologia giuridica*, Rome, Academia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni Lincei 253, p. 99-133.
- 2009b, « Violence de la fonction symbolique et institutionnalisation du droit. Contribution à une anthropologie de la juridicité et du pluralisme normatif », *Begegnungen und Auseinandersetzungen, Festschrift für Trutz von Trotha*, Inhentveen Katharina et Klute Georg, Köln, Rüdiger Köppe Verlag, p. 12-30.
- 2009c, « Le foncier et le principe du dédoublement fonctionnel du Droit dans les post-colonies », postface à l'ouvrage de Tamatoa Bambridge, *La terre dans l'archipel des Îles australes, étude de pluralisme juridique et culturel en matière foncière*, Tahiti, Au vent des îles & IRD, p. 343-352.
- 2010, en association avec Sylvie Vincent, Caroline Plançon et Jacques Leroux, « Représentations de l'espace et de la territorialité dans les régimes juridiques autochtones, nouveaux modèles, nouvelles approches », Noreau Pierre (éd.), *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif*, Montréal, Éd. Thémis, p. 59-143.
- 2011, *La terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, série anthropologie.
- 2012, « La juridicité du don, approche anthropologique », Jacquinet Nathalie (éd.), *Le don en droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2013, p. 9-39.
- 2013 (éd.), *La Terre et l'homme, espaces et ressources convoités, entre le local et le global*, Paris, Karthala.

- 2014, *Commentaires des projets de Politique foncière agricole et de Loi foncière agricole en discussion au Mali en octobre 2014*, Paris, CTF&D, (AFD-MAEE), 29/10/2014, 3 p.
- 2014b, « Le juge des mineurs et l'intérêt de l'enfant en contexte interculturel. Pratiques d'intermédiations et anthropologie du droit », *Mélanges Lazerges. Politique(s) criminelle(s)*, Paris, Dalloz, p. 383-400.
- 2015, « L'appropriation des droits de l'homme en contextes multiculturels. Vers un cosmopolitisme? », Contribution au colloque organisé par la faculté de droit de l'Université Saint Joseph, Beyrouth, 1er et 2 octobre 2015, sur le thème *Le droit face aux sociétés multiculturelles*, non publié.
- 2016, « Représentations d'espaces et droits territoriaux autochtones chez les Premières Nations du Canada », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XLVI, N°2-3, p. 79-90.
- 2016b, « La redécouverte du partage des communs en Afrique », *Relations* (Montréal), dossier « À qui la terre », N°785, août, p. 24-26.
- 2017, « De la chefferie à la polycratie, réhabiliter la gouvernance communautaire des sociétés locales africaines », Leclerc-Olive Michèle (éd.), *Anthropologie des prédatons foncières, entreprises minières et pouvoirs locaux*, Paris, Éditions des archives contemporaines, p. 73-84.
- 2017b, « Maîtrises foncières et fruitières (approche anthropologique du droit) », Cornu Marie, Orsi Fabienne, Rochfeld Judith (éds), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, p. 781-785.
- 2018, « Existe-t-il une culture de la médiation? Comment peut-elle se développer? », communication lors des 8^e Assises internationales de la médiation judiciaire, organisées par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), publié dans Béatrice Blohorn-Brenneur et Claude Czech, 2019, *Développer une culture de la médiation*.

-2018b, « Le bien commun, un oxymore juridiquement récusable, axiologiquement mobilisable dans des pratiques citoyennes », Boyancé Michel (éd.), *Le bien commun à la croisée des disciplines : Philosophie, droit, économie et sciences de gestion*, Paris, Presses universitaires de l'IPC.

-2019, « Les communs, une question vieille comme le monde mais en redéploiements contemporains », Delmas Bruno, Le Roy Étienne (éds), *Les communs, aujourd'hui! Enjeux planétaires d'une gestion locale de ressources renouvelables*, Paris, Karthala, p. 49-60.

Le Roy Étienne, Karsenty Alain et Bertrand Alain (éds), 2016 [1996], *La sécurisation foncière en Afrique, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala.

Lévi-Strauss, Claude, 1973, « Jean-Jacques Rousseau, fondateur des sciences de l'homme », *Anthropologie structurale deux*, Paris, Plon, p. 44-56.

Macdonald Roderick A., 1986, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, p. 47-58.

-2011, « Custom Made-For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism », *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 26, N°2, p. 301-327.

Malinowski Bronislaw, 1933 [1926], *Moeurs et coutumes des Mélanésiens : [trois essais sur la vie sociale des indigènes trobriandais] : le crime et la coutume dans les sociétés sauvages, le mythe dans la psychologie primitive, la chasse aux esprits dans les mers du sud*. Paris, Payot, traduit de l'angl. par S. Jankélévitch.

Maris Bernard, 2015, *Et si on aimait la France*, Paris, Grasset, Essais.

Martin Jean, 1983, *Comores, quatre îles entre pirates et planteurs*, Paris, L'Harmattan.

- Marty André, 2019, « Les communs pastoraux et agro-pastoraux. Une nouvelle approche pour le Sahel africain », Delmas Bruno, Le Roy Étienne (éds), *Les communs, aujourd'hui! Enjeux planétaires d'une gestion locale de ressources renouvelables*, Paris, Karthala, p. 107-122.
- Mignolo Walter, 2013. "On Pluriversity." Site de Walter Mignolo.
<http://waltermignolo.com/on-pluriversity/>
- Ost François, 2016, *À quoi sert le droit. Usages, fonctions, finalité*, Bruxelles, Bruylant.
- Ostrom Elinor, 2010 [1990], *La Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck éditeur. Trad. de *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ostrom Elinor, Basurto Xavier et Chanteau Jean-Pierre, Trad. Agnès Labrousse, Trad. 2013, « Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, Association Recherche et régulation, 26 p.
- Patault Anne-Marie, 2003, « Propriété, droit de », Denis Alland et Stéphane Rial (éds), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, p. 1253-1259.
- Pierzo Dominique, 1984, « L'échange de la terre, une approche ethnologique », ADEF, *La propriété foncière*, Paris, Economica, p. 89-97.
- Polanyi Karl, 1983 [1944], *La grande transformation, aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, coll. NRF Bibliothèque des sciences humaines.
- Régnier André, 1968, « Mathématiser les sciences de l'homme ? », *Revue française de sociologie*, 9-3, p. 307-319.
- Relations*, 2016, « À qui la terre, accaparements, dépossession, résistances », N° 785, août.

- République du Mali, 1986, loi N°86-91AN-RM portant code domanial et foncier en République du Mali (1^{er} août 1986). En ligne : https://www.globalprotectioncluster.org/_assets/files/field_protection_clusters/Mali/files/HLP%20AoR/Mali_Land_Tenure_Code_1986_FR.pdf
- 1994, loi N°94-004 AN-RM portant création, organisation et fonctionnement de l'EPIC de l'Office du Niger (9 mars 1994).
- 1996, décret N°96-188 PRM, décret de gérance de l'Office du Niger (1^{er} juillet 1996).
- République du Mali, Ministère du développement rural, 2014, *Politique foncière agricole du Mali*, Bamako, version finale, avril. En ligne : <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/mli173848.pdf>
- 2016, *Projet de feuille de route de la réforme domaniale et foncière du Mali*, avril (adoptée en octobre 2016).
- Rollot Catherine, 2015, *La vie en boîte*, Paris, Seuil, coll. Raconter la vie.
- Sacco Rodolfo, 2008, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, collection l'esprit du droit.
- 2015, *Il Diritto muto, neuroscienze, conoscenza tacita, vamorì condivisi*, Bologna, Il Mulino.
- Saïd Mahamoudou, 2009, *Foncier et société aux Comores, le temps des refondations*, Paris, Karthala.
- 2013, *Pour le développement durable, l'exigence d'une refondation du droit : éclairage à partir d'une recherche sur le foncier*, Moroni, mémoire d'habilitation pour diriger des recherches, Université Paris 13.
- 2013b, « Là où la gestion en commun des terres et des habitats contribue au développement durable. Cas de la ville de Moroni, capitale de l'Union des Comores », communication au colloque international *Alternatives de propriété pour l'habitat*, Tours, 28-29 octobre 2013, 13 pages, non publié.

- 2016, Comores. *À qui la terre? Par-dessus les conflits de propriété, les réalités de la gestion en commun*, Paris, Karthala.
- Saïd Mahamoudou, Le Roy Étienne, 2017, « D'un commun halieutique au parc marin de Mohéli (Comores) : privilégier les pratiques pour identifier les conditions d'une décentralisation efficace », Paris, CTF&D, Chantiers Communs.
- Schlager Edella, Ostrom Elinor, 1992, "Property Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptuel Analysis", *Land Economics*, vol. 63/3, August, p. 249-262.
- Sow Me Boubacar A.-S., 2016, *Droits fonciers urbains au Mali, de son évaluation à sa réforme, propositions pour une meilleure sécurisation des transactions foncières*, Brinon-sur-Sauldre, Éditions Grandvaux.
- Union des Comores, 1975, *Code civil*. En ligne : <https://www.droit-afrique.com/upload/doc/comores/Comores-Code-civil.pdf>
- Vanderlinden Jacques, 2013, « D'une notion l'autre. Mes pluralismes juridiques parmi d'autres... », *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, p. 383-392.
- 2015, « Ultimes égarements à propos de la coutume », Albarian Alexis et Moreteau Olivier (éds), *Le droit comparé et ... Comparative Law and...*, *Actes de la conférence annuelle de Juris diversitas*, Aix-Marseille, PUAM, p. 117-135.
- Wasservogel Françoise, 2016, « Mohamed Ali Bathily à Paris : Comme un parfum de campagne électorale dans l'air », *Le Reporter (Mali)* du 22 juin 2016, diffusé sur africone.com et maliactu.net.
- Weber Jacques, 2013, « Gestion des ressources renouvelables : fondements théoriques d'un programme de recherche », Bouamrane M., Antona M., Barbault R. et Cormier-Salem M.C. (éds), *Rendre possible. Jacques Weber, itinéraire d'un économiste passe-frontières*, Coll. Indisciplines, Éditions Quæ, p. 35-52.

Weber Max, 1971, *Économie et société*, tome 2. *L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris, Plon-Presses Pocket (trad. fse), original allemand 1956 et 1967.

Autres ouvrages de l'auteur sur le même sujet

- 1970, *Système foncier et développement rural : essai d'anthropologie juridique sur la répartition des terres chez les Wolof ruraux de la zone arachidière nord du Sénégal*, thèse de doctorat d'état en Droit, Paris, F.D.S.E., 283 p., tableaux, cartes et biblio.
- 1974, *Structure de l'organisation judiciaire en droit traditionnel africain et transformation institutionnelle dans un processus de développement*, communication présentée au colloque de l'Association canadienne d'études africaines, Halifax, N.-É., Canada.
- 1975, « L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone », *Revue canadienne des études africaines*, p. 75-97.
- 1982, « Introduction à l'étude des Droits non étatiques » – « La formation du Droit coutumier » – « La formation du Droit coutumier islamisé » – contribution au chapitre XVI du volume 'l'État et le Droit' de *l'Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Dakar, Nouvelles Éditions Africaines. p. 353-391.
- 1984 [1981], « Local Law in Black Africa: contemporary experiences of Folk Law facing State and Capital in Senegal and some other countries », A. Allot et W. Woodman (éds), *People Laws and State Law. The Bellagio Papers*, Utrecht, Foris, p. 253-262.
- 1984b, « L'introduction du modèle européen de l'État en Afrique francophone : logiques et mythologiques du discours juridique », Catherine Coquery-Vidrovitch et Alain Forest (éds), *Décolonisation et nouvelles dépendances*, Lille, Presses universitaires de Lille, p. 81-122.
- 1985, « La loi sur le domaine national (du Sénégal) a vingt ans. Joyeux anniversaire? », *Mondes en développement*, Bruxelles, numéro spécial Sénégal, N°52, tome 13, p. 667-685.

- 1990, « La coutume et la réception des droits romanistes en Afrique noire », rapport préparé pour la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Congrès de Bruxelles, septembre 1984, in *La coutume. Bulletin de la société Jean Bodin*, tome 51, p. 117-150.
- 1991, « Les usages politiques du droit. De l'ambition civilisatrice coloniale à la gestion au jour le jour de la dépendance », Denis C. Martin, *Les Afriques politiques. Introduction pluridisciplinaire à la politique en Afrique du sud du Sahara*. Paris, La Découverte, p. 109-122.
- 1991b, « La propriété foncière du Code Napoléon en Afrique : l'échec logique de la raison écrite », communication au colloque '*La propriété foncière deux siècles après 1789*', Paris, ADEF, nov. 1989. *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, Paris, ADEF, p. 145-150.
- 1994 [1990], « L'élaboration de la culture commune comme réponse à la crise de l'État et des économies en Afrique francophone », G. Rist (éd.), *La culture, otage du développement?* Paris, L'Harmattan, p. 99-118.
- 1994b, « Le code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare », Vanderlinden Jacques et Doucet Michel (éds), *La réception des systèmes juridiques; implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, p. 291-330.
- 1995, « La sécurité foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre », Ch. Blanc-Pamard et L. Cambrésy (éds), *Terre, Terroir, Territoire, les tensions foncières*, Paris, ORSTOM, p. 455-472.
- 1997, « Patrimonialité plutôt que propriété, approches de politiques foncières en Afrique et dans l'océan Indien dans une perspective de gestion patrimoniale et environnementale », Max Falque et Michel Massenet (éds), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, p. 321-334.
- 1999 [1997], « À la recherche d'un paradigme perdu : le foncier pastoral dans les sociétés sahéniennes », Colloque *Les sociétés pastorales en Afrique sahénienne : environnement, développement et démocratie*, Niamey, novembre 1997. Édité par André Bourgeot, *Horizons nomades en Afrique sahénienne*, Paris, Karthala, p. 397-412.

- 1999b, « Au-delà de la relation public-privé, l'apparition de la notion de 'communs' dans les expériences actuelles de décentralisation administrative en Afrique francophone », Jacob Rösel et Trutz von Trotha (éds), *Dezentralisierung, Demokratisierung und die lokale Repräsentation des Staates*, Köln, Rüdiger Köppe Verlag, p. 69-78.
- 2003, « La démarche d'intermédiation culturelle, une expérience au Tribunal pour enfants de Paris, 1996-2002 », DERPAD, *Protection de l'enfance et diversités européennes*, Paris, Éditions petite capitale, p. 299-310.
- 2006 (éd.), *Juridicités, approches du droit au Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, témoignages réunis à l'occasion de son quarantième anniversaire, le 16 octobre 2004*, Paris, Karthala (Cahiers d'anthropologie du droit, hors-série).
- 2011, « L'émergence de pratiques communes trans-modernes. À propos d'une démarche sérendypique de déroutement en anthropologie du droit », Danièle Bourcier et Pek van Andel (éds), *La sérendipité, le hasard heureux*, Paris, Hermann, p. 299-310.
- 2013, « La place de la juridicité dans la médiation », *Jurisprudence, revue critique*, La médiation, entre renouvellement de l'offre de justice et droit, p. 199-208. Traduction en portugais (Brésil) "O lugar da juridicidade na mediação", *Meritum* (Universitad Fumec, Belo Horizonte), vol. 7, N°2, p. 289-327.
- 2015, « How I Have Been Conducting Research on the Commons for Thirty Years Without Knowing It », in David Bollier et Silke Helfrich (éds.), *Patterns of Commoning*, Amherst, MA: Off the Common Books, p. 277-296.
- 2015b, « Les appropriations de terres à grande échelle et les politiques foncières au regard de la mondialisation d'un droit en crise. À propos de Chouquer Gérard, *Terres porteuses, entre faim de terres et appétit d'espace*, Arles, Actes-Sud & Paris, Errance, 2012, 247 p. », *Droit et société*, vol. 89, p. 193-206.

2016, « La révolution de la juridicité, une réponse à la mondialisation », Jeuland Emmanuel et Picavet Emmanuel (éds), *Interactionnisme et norme, approche transdisciplinaire*, Paris, IRJS Éditions, p. 143-170.

2016b, « Des Communs <à double révolution> », *Droit et Société, Études*, vol.94, p. 603-624.

2017, *Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle. Une approche anthropologique d'une propédeutique juridique*, Sarrebruck, Éditions européennes universitaires.

2017b, « Coutume », in Cornu Marie, Orsi Fabienne, Rochfeld Judith (éds), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, p. 326-329.

Liste des tableaux et figure

- Tableau N°1 (Macdonald, 1986, 53), **Nature du sens normatif** – p.10
- Tableau N°2, **Homéomorphisme du partage** – p.27
- Tableau N°3, **Homéomorphisme de la ressource partagée** – p.30
- Tableau N°4, **La juridicité comme un englobant : critères spécifiques** – p.32
- Tableau N°5, **La sanction comme fondement de la juridicité** – p.33
- Tableau N°6, **Matrice type d'icônes foncières** – p.63
- Tableau N°7, **Trois juridicités appelées à se compléter** – p.67
- Tableau N°8, **Les réponses à l'exigence de continuité patrimoniale** – p.137
- Tableau N°9, **Les réponses à l'exigence de continuité sociale** – p.137
- Tableau N°10, **Politiques matrimoniales et stratégies patrimoniales** – p.139
- Figure N°1, **Communs** – p.148

À propos des Éditions science et bien commun

Les Éditions science et bien commun sont une branche de l'Association science et bien commun (ASBC), un organisme sans but lucratif enregistré au Québec depuis juillet 2011.

L'Association science et bien commun

L'Association science et bien commun se donne comme mission d'appuyer et de diffuser des travaux de recherche transuniversitaire favorisant l'essor d'une science pluriverselle, ouverte, juste, plurilingue, non sexiste, non raciste, socialement responsable, au service du bien commun.

Pour plus d'information, écrire à info@scienceetbiencommun.org, s'abonner à son compte Twitter [@ScienceBienComm](https://twitter.com/ScienceBienComm) ou à sa page Facebook <https://www.facebook.com/scienceetbiencommun>

Les Éditions science et bien commun

Un projet éditorial novateur dont les principales valeurs sont les suivantes.

- la publication numérique en libre accès, en plus des autres formats
- la pluridisciplinarité, dans la mesure du possible
- le plurilinguisme qui encourage à publier en plusieurs langues, notamment dans des langues nationales africaines ou en créole, en plus du français
- l'internationalisation, qui conduit à vouloir rassembler des auteurs et autrices de différents pays ou à écrire en ayant à l'esprit un public

issu de différents pays, de différentes cultures

- mais surtout la justice cognitive :
 - chaque livre collectif, même s'il s'agit des actes d'un colloque, devrait aspirer à la parité entre femmes et hommes, entre juniors et seniors, entre auteurs et autrices issues du Nord et issues du Sud (des Suds); en tout cas, tous les livres devront éviter un déséquilibre flagrant entre ces points de vue;
 - chaque livre, même rédigé par une seule personne, devrait s'efforcer d'inclure des références à la fois aux pays du Nord et aux pays des Suds, dans ses thèmes ou dans sa bibliographie;
 - chaque livre devrait viser l'accessibilité et la « lisibilité », réduisant au maximum le jargon, même s'il est à vocation scientifique et évalué par les pairs.

Le catalogue

Le catalogue des Éditions science et bien commun (ESBC) est composé de livres qui respectent les valeurs et principes des ÉSBC énoncés ci-dessus.

- Des ouvrages scientifiques (livres collectifs de toutes sortes ou monographies) qui peuvent être des manuscrits inédits originaux, issus de thèses, de mémoires, de colloques, de séminaires ou de projets de recherche, des rééditions numériques ou des manuels universitaires. Les manuscrits inédits seront évalués par les pairs de manière ouverte, sauf si les auteurs ne le souhaitent pas (voir le point de l'évaluation ci-dessus).
- Des ouvrages de science citoyenne ou participative, de vulgarisation scientifique ou qui présentent des savoirs locaux et patrimoniaux, dont le but est de rendre des savoirs accessibles au plus grand nombre.
- Des essais portant sur les sciences et les politiques scientifiques (en études sociales des sciences ou en éthique des sciences, par exemple).
- Des anthologies de textes déjà publiés, mais non accessibles sur le

web, dans une langue autre que le français ou qui ne sont pas en libre accès, mais d'un intérêt scientifique, intellectuel ou patrimonial démontré.

- Des manuels scolaires ou des livres éducatifs pour enfants

Pour l'accès libre et universel, par le biais du numérique, à des livres scientifiques publiés par des autrices et auteurs de pays des Suds et du Nord

Pour plus d'information : écrire à info@editionscienceetbiencommun.org