

INTERNATIONAL CENTER FOR RESEARCH ON ENVIRONMENTAL ISSUES (ICREI)  
CENTRE D'ANALYSE ÉCONOMIQUE ENVIRONNEMENT (CA2E)

# LES RESSOURCES FONCIÈRES

Droits de propriété, économie  
et environnement

VI<sup>e</sup> Conférence internationale

Aix-en-Provence  
Université Paul Cézanne  
26, 27, 28 juin 2006

*sous la direction de*

Max FALQUE  
Henri LAMOTTE  
Jean-François SAGLIO

---

EXTRAIT

---

**BRUYLANT**  
BRUXELLES  
2 0 0 7

DE LA MULTIPLICITÉ  
DES AYANT DROITS À LA PROPRIÉTÉ PLEINE  
ET ENTIÈRE ET INVERSEMENT.  
DES «COMMONS» AUX SITES  
DE VALEUR MONDIALE

PAR

ERLING BERGE

NORWEGIAN UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY

I. - INTRODUCTION :

QU'EST-CE QU'UNE PROPRIÉTÉ POSSÉDÉ  
EN BIEN COMMUN «COMMONS» ?

Presque tout le monde a entendu parler des «commons» mais la plupart pensent qu'il s'agit du Parlement britannique «House of Commons». Si nous poussons la recherche, on pensera peut-être à la place du village ou à un espace naturel. Même dans les ouvrages relatifs aux droits de propriété, on affirmera que les «commons» sont quelque chose du passé ou en voie de disparition. En un sens cela est vrai : si nous nous arrêtons de penser que les «commons» existent, alors ils ont en réalité disparu. Mais en un autre sens, nous nous trompons de toute évidence. Il existe aujourd'hui plus de «commons» en Europe qu'il y a deux siècles.

Ceux qui pensent que les «commons» comme des lieux où les pauvres peuvent ramasser du bois pour se chauffer et faire paître quelques moutons, et où les petits paysans ont le droit d'élever quelques vaches et prendre du bois pour construire leur ferme, peuvent être pardonnés de croire que ces pratiques sont en cours de disparition. Mais la recherche permet de penser que toutes les terres où des multiples ayant droits (y compris généralement le public) trouvent une source de services ou de biens peuvent être considéré comme des «commons».

Les sociétés traditionnelles ont de nombreuses raisons de conserver certaines ressources en communs :

- Si les ressources sont suffisantes pour tous, il n'y a pas de raison de mettre en place des droits de propriété, opération toujours coûteuse.
- Si l'accès à une ressource est essentiel à la survie d'une famille, il peut sembler injuste d'interdire l'accès à un niveau minimum de ressource.
- Si les sociétés traditionnelles considèrent que le nombre est nécessaire à la sécurité, dès lors l'accès du plus grand nombre à une ressource implique l'accès de chaque membre de la communauté.
- S'il existe des difficultés techniques pour exclure certaines personnes de l'accès à la ressource, son maintien en bien commun peut apparaître comme la seule possibilité pour le gérer.

Ainsi, les biens communs abondent dans l'histoire européenne et dans les sociétés traditionnelles contemporaines.

Les «commons», au cours de l'histoire européenne constituent un moyen de réconcilier la multiplicité d'utilisateurs partiels et les intérêts se portant sur une zone contenant une multiplicité de ressources partiellement indépendantes. En tant que méthode de résolution des conflits d'accès et de distribution en situation d'utilisateurs multiples et de ressources indépendantes, les «commons» ont remarquablement réussi. Non parce que les «commons» sont un phénomène naturel mais parce que les hommes s'ingénièrent à les faire fonctionner. Les «commons» peuvent aujourd'hui être considérés comme une méthode de résolution des problèmes d'utilisation du sol plutôt que comme une solution en elle-même.

Selon Berman (1983) la conception moderne de l'état de droit (rule-of-law) apparaît d'abord au Vatican puis dans le duché de Normandie entre le 10<sup>e</sup> et le 11<sup>e</sup> siècle. Le royaume normand de Sicile et un peu plus tard l'Angleterre, au titre de la dynastie régnante de Normandie, l'adoptèrent. La longue histoire de l'état de droit en Angleterre et les excellentes archives nous apporte une riche information sur la législation médiévale et pré moderne relative aux problèmes de tenure.

La conquête normande de l'Angleterre en 1066 renouvela et affirma le système féodal de structure foncière. Depuis les temps préhistoriques, la structure foncière était plus ou moins centrée sur

l'autosuffisance de la communauté villageoise. Le foncier était divisé entre terres arables où l'on pouvait cultiver et les terrains non fertiles, les landes et les forêts, que l'on pouvait utiliser pour récolte de bois, le fourrage et la pâture. Les terres arables étaient soumises à un contrôle individuel pendant la période agricole mais pouvaient être utilisées pour le pâturage commun le reste de l'année (vaine pâture). Les ressources en terres non cultivables étaient probablement accessibles à tous les villageois ainsi qu'aux étrangers qui pouvaient être en manque de quelques ressources. Mais avec la croissance démographique le nombre de villages augmenta et bientôt apparurent des conflits relatifs à l'utilisation précise et l'accès aux diverses ressources.

Dans cet article, on entend présenter brièvement le développement de la législation sur la structure foncière en Angleterre en insistant sur les «commons». On présentera quelques hypothèses relatives à son développement et à sa persistance. L'abolition des «commons» fit parti du programme politique anglais jusqu'à 1876 et leur disparition fut considérée comme acquise tout au long du 20<sup>e</sup> siècle. Mais 1876 fut aussi un point de départ. Si les «commons» disparaissent du vocabulaire, l'essentiel de la technique juridique utilisé pour réconcilier la multiplicité des intérêts indépendants avec la diversité des ressources indépendantes trouve son origine dans les «commons».

## II. — LES DROITS DE PROPRIÉTÉ FONCIÈRE DE L'ÉPOQUE PRÉMODERNE À NOS JOURS

Traditionnellement, les «commons» étaient considérés comme des terres non cultivées ou les «restes des seigneurs» (Lord's waste) mais ils désignaient aussi les parcs urbains et les espaces verts des villages ouverts à l'usage de tous.

Dans le village médiéval, l'essentiel des terres arables était possédé ou contrôlé privativement tandis que les terres non arables étaient publiques. Cependant, en se déplaçant à mi-parcours vers le prochain village, on pouvait observer un passage progressif de la propriété individuelle clairement affirmée à des espaces en libre accès. On pouvait trouver des espaces intermédiaires où les droits faisaient l'objet de contestation et en cours de définition. On pouvait par exemple trouver un périmètre de terre non arable autour

de terres arables avec une prédominance de la maîtrise individuelle. Mais on pouvait aussi trouver le cas où l'essentiel des terres arables n'étaient pas en totalité sous contrôle individuel. En dehors de la période végétative, on pouvait les utiliser pour le pâturage. Le système anglais agricole d'«open field» a été largement étudié. Il implique normalement à la fois une redistribution régulière des champs et une action coordonnée du travail tels que le labour et la récolte.

Dans le système de tenure féodale toutes les terres sont soumises à l'autorité du seigneur et les conflits relatifs à l'utilisation des terres sont déferés à la justice seigneuriale. Sur les terres non arables les villageois disposent de droits garantis par le droit coutumier mais ce qui restait après leur prélèvement revenait au seigneur. Le désaccord du seigneur avec ce qui était laissé par les villageois apparaît être à l'origine des premiers règlements concernant les biens communs en 1236 qui confirment les droits du seigneur d'enclorre la partie des terres communes dont les villageois n'avaient pas besoin. Ceci fut confirmé par loi, le «Commons Act» de 1285. Cependant, le seigneur était obligé de laisser suffisamment de pâturage à la disposition des villageois. Si ceux-ci n'étaient pas d'accord, ils pouvaient agir en justice pour récupérer leurs droits sur les terres communes.

A l'époque de ces premières lois, il était clairement précisé que le seigneur est le propriétaire du sol de la terre non arable. Les villageois possédaient certains droits sur des ressources spécifiques, tels que pâturage, bois de chauffage, matériaux de construction et pêche. Le souci du Parlement était de permettre au seigneur de récupérer les ressources non utilisées. Il était aussi clairement précisé que les droits des villageois sur les terres non arables étaient de même importance que ceux du seigneur. Le lien entre la possession du sol et le reste des droits sur les «commons» n'était pas explicitement défini mais apparaissait comme tenu pour acquis. Ce lien devint important lorsque plus tard il fut généralisé à toute sorte de nouvelles ressources ou de nouvelles modalités d'utilisation des ressources existantes ou encore ce qui est laissé à la fin d'un contrat. A l'avenir le propriétaire du sol devient propriétaire du surplus, ce qui n'est pas spécifié après que toutes les quantités de ressources spécifiques (y compris les baux d'usage limités à une période) aient été prises en compte.

Entre le 13<sup>e</sup> et le 19<sup>e</sup> siècle, le mouvement des enclosures pris de l'ampleur. Les principales lois précisant leurs modalités de mise en

œuvre furent passées en 1773, 1801, 1833 et 1836 et concernait la production agricole. Cependant, la plupart des enclosures réalisées concernait des projets fiancés par des intérêts privés, rendus obligatoires par des règlements «d'inclosure» privés et locaux. Au cours du siècle précédant la loi de 1836, quelques 4000 «inclosure acts» furent édictés. La loi de 1836 avait pour objet de supprimer les délais et les dépenses de cette procédure et d'interdire toute enclosure des terres non arables. Après 1845, toutes les enclosures importantes furent rendues obligatoires par l'«Inclosure Act» de 1845 qui mit en évidence une modification des objectifs, à savoir un soucis de remembrement agricole et la non privatisation des terres non arables (1). En 1876, le titre de la nouvelle loi fut changé en «Commons Act 1876» car vers 1870 la plupart des terres communes traditionnelles avait disparu et seuls quelques pâturages demeuraient ici ou là. La loi de 1876 ne visait plus à faciliter les enclosures mais avait pour objet de maintenir et de réglementer l'usage des quelques terres communes résiduelles.

The National Trust for Places of Historical Interest or Natural Beauty fut déclaré d'utilité publique en 1894 mais rencontra rapidement des problèmes car il n'avait pas compétence pour régler l'usage de ses propriétés au profit du public. Par la loi de 1907, le National Trust fut réorganisé et doté de compétences lui permettant de réaliser ses objectifs. Cette loi fut plusieurs fois amendée jusqu'en 1953. Aujourd'hui, le National Trust est un des plus grand propriétaire foncier d'Angleterre. Le public («commoners» on aurait pu le dire autrefois) a un droit d'accès reconnu et peut profiter de l'agrément des lieux.

Les actions du National Trust sont fondées sur les droits de propriété sur les terres et immeubles auxquels il entend autoriser l'accès du public. Mais ceci s'avéra insuffisant et les autres espaces privés proches des aires métropolitaines soulevèrent eux aussi l'intérêt du public. En 1949, la loi sur les parcs nationaux et l'accès à l'espace rural constitua une étape pour garantir au public l'accès

---

(1) The long title of the «Inclosure Act 1845» was «An Act to facilitate the Inclosure and Improvement of Commons and Lands held in common, the Exchange of Lands, and the Division of intermixed Lands; to provide Remedies for defective or incomplete Executions, and for the Non-execution, of the Powers of general and local Inclosure Acts; and to provide for the revival of such Powers in certain Cases.»

aux espaces naturels, qu'ils soient propriété commune ou personnelle.

Il n'y a pas lieu de regretter en soi la diminution ou la disparition des «commons». Mais, en oubliant les anciennes terres communes nous oublions aussi les raisons qui ont conduit à élaborer cette remarquable machinerie juridique. Les très nombreuses enclosures simplifièrent le paysage et démêlèrent les interdépendances et intérêts contraires sur les ressources. Mais le «dominium plenum», c'est-à-dire la propriété pleine et entière, ne durera pas longtemps. Même avant la date charnière de 1850 des groupes importantes d'ayant droits sur le paysage apparurent sur la scène politique et réclamèrent leur participation aux valeurs de la nature. Les enclosures n'avaient pas réussi à démêler à long terme la multiplicité des utilisateurs partiels sur une partie des ressources.

Dans les années 1920, une nouvelle forme de réglementation concernant l'usage de l'espace ouvrit la voie au système moderne de tenure. Depuis cette époque, les moteurs du changement ont été l'émergence de l'intérêt porté par les populations urbaines à l'accès à la nature, la protection de la biodiversité ainsi que les préoccupations de santé publique au regard de la pollution et de la dégradation environnementale. Les «commons» sont réapparus mais sous de nouvelles appellations. Aujourd'hui, il s'agit des terres du National Trust et des Parcs Nationaux, des parcs urbains et ceintures vertes qui sont considérés comme des éléments de valeur mondiale.

Les droits de propriété doivent être renégociés en permanence au fur et à mesure qu'évoluent la société et la culture. L'identification des problèmes permet de mieux les résoudre. Les solutions aux problèmes du passé s'effacent de la mémoire dans la mesure où elles sont tenues pour acquises, tandis que les nouveaux problèmes sont sur le devant de la scène. La propriété pleine et entière, en tant que moyen d'internaliser les externalités, ne pouvait apporter de solution pour le monde complexe des démocraties modernes.

### III. - CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES SUR LES SYSTÈMES DE DROITS DE PROPRIÉTÉ

Dans la culture des démocraties occidentales on a tendance à penser en terme de droits de propriété absolus. Ces concepts sont fondés

sur notre expérience personnelle concernant nos biens personnels. Transférer de telles certitudes dans la sphère publique conduit à penser que le «*dominium plenum*» est la seule forme d'appropriation. Si un seul décideur détient tous les éléments attachés au sol, coulant sur le sol ou se trouvant dans le sous-sol et se voit attribuer tous les droits et libertés de profiter et d'aliéner, alors là se trouvent les droits de propriété véritables. Dans ces conditions, un petit nombre de sociétés jouissent de véritables droits de propriété et seulement quelques droits peuvent être considérés comme des droits de propriété.

Une autre vision est fondée sur l'hypothèse que dans toutes les sociétés existent des droits que nous devons reconnaître comme des droits de propriété. Dans toute société existent des droits qui jouissent de la protection la plus importante possible, notamment ceux relatifs aux ressources nécessaires à la vie et la survie d'une famille. De tels droits peuvent être qualifiés de droits de propriété.

La croyance en des droits de propriété fixes et immuables fait partie de leur caractère magique. Cela nous rassure et nous confère la liberté d'action. Cependant, dans une perspective historique, les droits de propriété évoluent en même temps que les processus politiques et culturels. Afin de mieux comprendre leur évolution, nous devons recourir à des concepts extérieurs à l'ordre juridique.

Si les droits de propriété définissent l'appropriation d'un flux de biens, on doit se poser les questions suivantes :

- Qui sont les acteurs pouvant légitimement s'approprier les biens ?
- Quels types de biens sont appropriables par ces acteurs ?
- Comment les acteurs procèdent pour l'appropriation ?
- Que sont autorisés à faire les acteurs des biens appropriés ?

A première vue, la question de «*qui*» est celle de la distinction entre les individus, les communautés et l'État. Cette distinction sous-tend la classification des droits de propriété par des personnes privées, par une communauté et par la puissance publics qui ultérieurement correspond à biens privés, biens en commun et biens publics.

Les études en matière de droits de propriété insistent sur leur intégration dans un système politique et leur émergence à partir d'un processus politique. Ainsi, la définition des droits de propriété en termes de privés, en commun ou d'État est en soi intéressante



et on peut s'attendre à ce qu'elle varie selon les sociétés. On tient généralement pour acquis que les droits de propriété incluent tous les titres, privilèges, pouvoirs et immunités (2) reconnus par les systèmes juridiques évolués. Cependant, la discussion relative aux droits de propriété privés est généralement orientée vers le droit d'exclure considéré comme étroitement rattaché aux droits d'aliéner, soit par héritage, soit par vente. Sans droit d'aliéner et d'exclure le faisceau des droits apparaît comme théoriquement sans intérêt pour le paradigme (3) des droits de propriété privés. Cependant, un droit, même inaliénable et sans pouvoir absolu d'exclure, peut permettre l'apparition d'un flux efficace de biens dont certains peuvent être inaliénables. Entre biens aliénables et biens non aliénables existent tous les degrés possibles d'aliénabilité conditionnelle. Ces droits peuvent avoir un caractère privé tout comme ceux totalement cessibles et autorisant l'exclusion. Le problème n'est pas celui de l'aliénabilité mais du contrôle et du caractère exécutoire de ces droits quelle que soit leur nature.

La discussion sur les droits de la puissance publique est centrée sur leur caractère public. Certains les considèrent comme administrés (*held in trust*) au nom du peuple au profit du plus grand bien du plus grand nombre. D'autres soulignent la difficulté inhérente de la définition de règles permettant d'accomplir cette mission en toute

(2) Hohfeld's (1917, 1917) conception of legal relations applied to the relation between owner and non-owner in relation to an object also contains the negation of this relation as seen from the owner's position :

	<i>Relation owner</i>	<i>Non-owner</i>	<i>Its negation</i>
Use aspects	claim-rights	duties	no-rights
	Privilege	no rights	duties
Exchange aspects	Powers	liabilities	no-powers
	Immunity	no-powers	liabilities

Commons (1924) takes the discussion further. He clarifies the meaning of the categories outside the strict legal context as well as the distinction between the directly interested parties (owner/ non-owner) and the «uninterested» third party (such as the «public interest») to which Hohfeld's «jural opposite» (negation) relationship applies if interpreted in the meaning of a limit on the owner/ non-owner relation.

(3) The focus on alienation can probably be explained by the «Coase Theorem» (Coase 1960) stating that in a neo-classical economy «free» trade in assets will always lead to an optimal resource utilisation. Hence, assignment of property rights does not matter for efficient outcomes, while any restriction on trade will be detrimental to it. However, Coase, unlike most of his readers, recognized the limitations of this theorem. The assumptions require that all actors are rational and possess complete information about all other actor's preferences and strategies, and that transaction costs are zero. Recognizing this, the conclusion is that politics, institutions and distribution of rights *do* matter. The detrimental impact of restrictions on alienation is far from obvious.

circonstance et les nombreux exemples d'excès et de fonctionnement corrompus conduisent considérer la propriété publique comme un système de libre accès, voire comme propriété privée des bureaucrates. Ceci doit nous mettre en garde contre toute vision a priori idyllique de la puissance publique.

Entre propriété publique et propriété privée les droits de propriété en commun sont considérés par certains comme la combinaison idéale comme d'autres y voient la combinaison des défauts des deux systèmes. Il est probable que ces avantages et inconvénients soient fonction du contexte politique et social.

#### IV. – LES FAISCEAUX DE DROITS

Les droits sont rarement uniques. Ils sont généralement définis et considérés comme des faisceaux en ce sens que leur description générale permettra la spécification de droits élémentaires qui les composent. Les règles de spécification sont cependant variables ce qui conduit à concevoir différents faisceaux de droits.

Les droits et obligations du propriétaire d'une ressource particulière sont définis de différentes façons :

- comportement normal vis à vis de la ressource tel que défini par la culture locale,
- réglementation définissant les droits et les obligations du détenteur d'une ressource spécifique,
- législation sur la protection de l'environnement et la gestion des ressources,
- concepts relatifs à la justice en matière d'intérêt en concurrence pour l'accès à la ressource.

Les droits sont souvent définis à l'intérieur d'une hiérarchie dont chaque élément incluse les droits de catégories inférieures :

1. aliénation,
2. exclusion,
3. gestion,
4. exploitation,
5. accès.

Les droits d'aliénation impliquent les droits de gestion et d'exclusion. Les droits de gestion impliquent les droits d'exclusion, d'accès

et d'exploitation et les droits d'exclusion impliquent les droits de gestion, d'exploitation et d'accès. Théoriquement, on peut combiner les 5 droits en 5 ensembles contenant des droits de plus en plus extensifs correspondant à un rôle particulier au sein du système social gérant la ressource (voir tableau 1). La définition des «propriétaires» dans le tableau 1 correspond au point de vue que seuls les droits d'aliénation et d'exclusion définissent le «vrai» propriétaire privé. Est-ce la meilleure façon pour un système juridique de définir les propriétaires? Jusqu'où la loi interdit, permet ou oblige de s'affranchir de cette hiérarchie?

Ces faisceaux de droits définis au tableau 1 peuvent être considérés comme représentant une spécification orientée vers l'action ou la production. Ils mettent l'accent sur ce qu'un propriétaire peut légitimement faire avec n'importe quelle possession.

TABLEAU 1  
Faisceaux de droits associés aux positions  
dans le système de gestion de la ressource

	<i>Propriétaire</i>	<i>Possesseur</i>	<i>Requérant</i>	<i>Utilisateur autorisé</i>	<i>Utilisateur non autorisé</i>
Aliénation	X1				
Exclusion	X2	X2			
Gestion	X3	X3	X3		
Exploitation	X4	X4	X4	X4	
Accès	X5	X5	X5	X5	X5

Source : Schlager & Ostrom, 1992

A de nombreux égards, il s'agit d'une norme interculturelle. Elle peut être appliquée dans les sociétés subsahariennes de droit coutumier en substituant le terme aliénation à celui de dévolution. Dans les sociétés disposant de grandes étendues de terres vierges comme cela est le cas en Afrique subsaharienne jusqu'à la fin du 20<sup>e</sup> siècle, il n'existe pas d'incitation à développer un marché foncier. Pour autant, dans ces sociétés les gens sont aussi désireux qu'ailleurs de transmettre la terre à leurs héritiers choisis. Or, le droit de transmettre implique le droit d'exclusion, de gestion, d'exploitation et d'accès. Pour plusieurs raisons, il apparaît justifié de parler de propriétaires, y compris dans les cas où l'aliénation est limitée à la dévolution à des héritiers coutumiers.

Dans la tradition du droit romain, ce concept de propriété orientée vers la production était appliqué à la situation idéale type où toutes les ressources de valeur à l'intérieur d'un périmètre sont sous le contrôle d'un seul acteur. Il s'agissait du «dominium plenum».

Mais ceci n'est pas la seule façon de spécifier des droits pertinents pour la gestion de la ressource. Si nous considérons comme un fait la propriété normale, on peut penser à au moins deux autres modalités de droits sur les ressources. D'une part il s'agit de la spécification des droits par la gestion déléguée (trust). Si la hiérarchie de spécification du tableau 1 est désignée comme orientée vers l'action, la spécification du trust peut être désignée comme orientée vers l'utilité dans la mesure où elle puise son origine dans le souci d'assurer l'utilité à long terme d'une ressource au profit d'un groupe de personnes définies.

#### V. - LA PROPRIÉTÉ EN GESTION DÉLÉGUÉE (TRUST)

Macferlane (1988 :112), citant Stein et Shand (1974), considère la tradition anglaise de common law de parler de faisceau de droits plutôt que de maîtrise absolue sur un bien (comme cela est le cas dans la tradition de droit romain) comme plus ouverte à l'émergence de nouveaux droits nécessaires au développement capitaliste. L'expression la plus élaborée de ce fait réside dans l'institution du trust. Elle se développe en jurisprudence anglaise à partir du droit coutumier amendé par les décisions. L'institution du trust autorise la séparation entre les droits de propriété juridiques, de gestion et d'usufruit d'une façon différente de celle présentée au tableau 1. Dans le trust, le propriétaire selon la loi et l'équité possède un ensemble de droits organisés selon une hiérarchie différente de celle présentée au tableau 1. (voir tableau 2). Pour les conservatoires d'espaces, le propriétaire dénommé curateur (trustee) ne dispose que du pouvoir d'aliéner les terrains et suffisamment d'autres droits pour exercer le droit d'aliéner en conformité avec les pouvoirs qui lui ont été conférés. Le bénéficiaire du trust conservera tous les autres droits et obligations. Mais les droits de gérer peuvent être délégués à certains professionnels, tandis que le bénéficiaire dispose des droits d'accès et de participation à l'utilité nette de la propriété : le flux net de revenu et autre biens qu'il génère. Dès lors, le reste des droits d'exclusion, de gestion, d'exploitation et d'accès

sont partagés en fonction des besoins des gestionnaires et au profit de «cestui-que-trust». La façon de définir le rôle central du bénéficiaire peut être considérée comme orientée vers le consommateur. Les autres faisceaux de droits du système sont réunis au titre de compléments aux droits du bénéficiaire.

TABLEAU 2  
Faisceaux de droits complémentaires  
tels que définis par l'institution du trust

	<i>Curateur (trustee)</i>	<i>Cestui que trust (usufruit)</i>	<i>Gestionnaire</i>	<i>Propriétaire Ordinaire (tableau 1)</i>
Aliénation	$X_1$			$X_1$
Exclusion	$\Delta X_{21}$	$\Delta X_{22}$	$\Delta X_{23}$	$\Sigma \Delta X_{2j} = X_2$
Gestion	$\Delta X_{31}$	$\Delta X_{32}$	$\Delta X_{33}$	$\Sigma \Delta X_{3j} = X_3$
Exploitation	$\Delta X_{41}$	$\Delta X_{42}$	$\Delta X_{43}$	$\Sigma \Delta X_{4j} = X_4$
Accès	$\Delta X_{51}$	$\Delta X_{52}$	$\Delta X_{53}$	$\Sigma \Delta X_{5j} = X_5$

La flexibilité de ce système et sa capacité à résoudre de nouvelles préoccupations pour la gestion de ressources environnementales est évident au regard du développement du trust public tel que le «National Trust for Places of Historical Interest and National Beauty». Au Canada, le trust constitue la base de développement de nouvelles formes de gestion forestière dénommée «eco-forestry land stewardship trust model» (Banighen 1997). Au cours des années 1990, les conservatoires d'espaces environnementaux sont devenus la norme pour mettre en place et gérer les servitudes environnementales conventionnelles. Il s'agit d'une réglementation privée comme alternative à la réglementation publique. Dans les États où la diversité des conditions environnementales et des intérêts en jeu rend difficile la promulgation d'une réglementation publique uniforme, cette institution peut constituer un mode plus efficace pour organiser les communs.

Outre le trust, deux autres éléments du droit anglais doivent retenir notre attention pour comprendre la réglementation moderne des terres non arables : les tribunaux (courts of equity) sans lesquels l'institution du trust n'aurait pu être développée et la forte tradition de la coutume en common law. Neeson (1993) décrit la façon dont les cours seigneuriales furent utilisées pour réglementer et

sanctionner l'usage des droits de propriété : un témoignage fascinant de la souplesse de la tradition du droit coutumier. Il parvient à créer la variété et un usage parfaitement adapté aux conditions locales. Bormann (1983 : 325) observe que dans la société médiévale *«l'élaboration de la loi était considérée comme un processus de délibération et de découverte. Les lois étaient considérées, soit vraies ou fausses, soit justes ou injustes et par conséquent leur élaboration et leur gestion n'étaient pas clairement distinctes de leur application en cas de conflit»*. Cette façon de faire de la common law est la continuation de cette tradition..

#### VI. – LE MODÈLE «DOMINIUM PLENUM» SUR LE FONCIER

La pensée juridique inspirée par le droit romain dans son interprétation justinienne semble avoir abouti à un système foncier où la propriété du sol entraîne automatiquement la propriété de toutes les ressources qui y sont attachées, sauf convention contraire entre le propriétaire et une autre personne (preneur d'un bail rural, par exemple). La qualité de propriétaire entraîne les droits et obligations tels que précisés dans la hiérarchie des faisceaux de droits. Le modèle «dominium plenum» apparaît comme l'idéologie hégémonique des droits de propriété. Les études sur la société moderne mettent souvent l'accent sur la tendance à l'individualisation dont fait partie la propriété individuelle de la terre.

Dans le monde entier on observe une tendance affirmée à organiser la propriété de la terre sur le modèle du «dominium plenum». Les pays en voie de développement, les uns après les autres, s'efforcent de mettre en œuvre des réformes foncières par enclosures des «commons» et l'individualisation des titres de propriété. Chaque fois c'est un échec et les résultats ne sont pas au rendez-vous. Le recours permanent au modèle foncier de «dominium plenum» est à la fois entretenu et renforcé par sa force théorique et culturelle, mais son échec témoigne de l'absence d'un élément fondamental. On peut donc conclure que la connaissance et la compréhension de systèmes foncières plus anciens sont précisément l'élément vital que fait défaut pour concevoir des programmes de réforme foncière.

Dans une certaine mesure, on peut avancer que les progrès au cours de l'histoire décrivent le passage du paradigme de la common law à celui de la propriété privée et de ses réglementations. Mais

cette affirmation n'implique pas la disparition du modèle ancien qui joue un rôle d'information pour l'évolution de nouveaux paradigmes. On s'efforce bien, comme aujourd'hui, à procéder aux enclosures afin de séparer les faisceaux de droits anciens et les intégrer dans un droit de propriété réunissant tous les droits attachés à la possession du sol. Dans ce processus historique, au moment où l'Angleterre achevait les enclosures, on observait une résurgence des «commons» dans de nombreux pays européens. En 1857, date de la loi anglaise sur la «forest enclosure», la Norvège légiféra sur de nouveaux types de «commons» et la confirmation des anciens «commons». Quelques années plus tard, la Finlande et la Suède créèrent de nouveaux «commons» forestiers tandis qu'en 1976 le Portugal s'efforçait de recréer les anciens «commons» villageois, les «baldeos» (Brouwer, 1995).

Même si l'Angleterre n'essaya pas de recréer ses anciens «commons», où que, grâce à une nouvelle technique juridique, d'en créer quelques nouveaux, le Public Trust possédant et gérant la terre, non pas exactement en commun ou conjointement mais au moins au bénéfice des nouveaux «commoners» urbains. L'Angleterre est aussi allé au-delà de cette totale unité des droits en recourant au trust pour la gestion de la terre en accord avec les nouvelles pré-occupations relatives aux paysages culturels et la durabilité des écosystèmes.

On a insisté sur le modèle «trust» de structure foncière. Il s'est avéré très souple en s'adaptant d'une part aux préoccupations capitalistes d'organiser la propriété de la ressource et de distribuer les rentes et d'autre part à l'action collective au regard de l'héritage culturel ou la protection de la nature. Mais le modèle est difficile à mettre en œuvre hors de son contexte historique où il s'est développé. D'autres pays ont besoin d'autres solutions. L'autre voie habituelle est la réglementation publique pour la protection et l'amélioration des biens et services environnementaux.

#### VII. — LA PROPRIÉTÉ PLEINE ET ENTIÈRE ET LES RÉGLEMENTATIONS PUBLIQUES ENVIRONNEMENTALES

Les anciens «commons» du nord-ouest de l'Europe, qu'il s'agisse de terres ou de droits, constituent les vestiges du système foncier pré médiéval où des droits d'usage importants étaient détenus con-

jointement par la population locale et gérés par ses coutumes. L'accès aux «commons» et leur utilisation constituaient des compléments importants aux produits des terres détenues par des personnes différentes procurant souvent des biens qu'il aurait été difficile ou coûteux de procurer sur des terres détenues individuellement. Les paysages qui se forment à partir de la privatisation, les usages particuliers et la diversification du contrôle sont aujourd'hui très appréciés et sont considérés comme à la fois précieuses et devant être protégés. De nos jours, on considère les anciens «commons» comme des formes très évoluées de droits de propriété avec une dynamique sociale et politique très différentes de ce que nous pourrions dénommer la propriété privée individuelle ordinaire.

On a vu que l'on tient pour acquis que de nombreux groupes d'intérêts spécifiques doivent coexister sur le même espace. Dans le système «dominium plenum», la solution est qu'un des ayant droits, le propriétaire du sol, prend l'avantage mais d'autres groupes d'intérêts apparaissent.

Si l'on tient pour acquis que chaque groupe d'intérêts entend sauvegarder ses intérêts particuliers, nous constatons que ceux qui émergent des anciens «commons» et de leurs ressources, à savoir les propriétaires du fond, trouveront protection par le droit de propriété. Les intérêts des urbains concernés par les nouvelles ressources doivent se tourner vers la puissance publique pour obtenir des réglementations protégeant leurs intérêts. Il est remarquable de noter qu'ils ont souvent réussi, au moins partiellement, à obtenir des réglementations spécifiques, sans que soient vraiment prise en compte les interactions et interdépendances potentielles sur les ressources des espaces ainsi soumis aux réglementations.

Une situation avec de multiples ayant droits sur un espace en commun a, depuis le moyen âge jusqu'à la prédominance du «dominium plenum», été gérée comme si une personne ou un groupe de personnes avec l'intérêt le plus important sur une ressource particulière s'est attribué les droits de propriété et accède au moyen juridique pour identifier les points de conflits avec les autres groupes. Le fait que différentes ressources sur un espace ont des propriétaires différents, parfois avec des conflits d'intérêt, nécessite une organisation commune. Le système féodal conférait à l'aspect territorial un avantage qui s'est traduit par la propriété du fond dans l'apparition de l'État moderne. L'avantage de la propriété du fond



fut étendu à son maximum par la privatisation des «commons» (l'enclosure). Unifier les droits de propriété sur les ressources au simple espace défini, a internalisé de nombreux conflits, à l'exception les externalités supportées par les voisins et les questions de justice en relation avec ceux exclus des terres.

Mais la situation simple de propriété pleine et entière était trop favorable pour durer. De nouveaux problèmes apparurent au fur et à mesure que de nouveaux biens et services environnementaux furent découverts. Au lieu de la multiplicité des relations entre droits de propriété des anciens «commons», fut créé une sphère séparée des réglementations environnementales, soit ignorant les anciens droits de propriété où les rejetant ouvertement. Aujourd'hui, le conflit porte sur la portée relative des différentes réglementations. Quelle bureaucratie est la plus à même de promouvoir ses intérêts ?

La dynamique sociale menaçant l'environnement est souvent associée à un régime de propriété «dominium plenum» qui a émergé du droit coutumier. Au fur et à mesure que la société urbaine a évolué et a pris conscience des biens et services fournis par les divers écosystèmes naturels, de nouvelles préoccupations émergent concernant leur gestion. Les biens et services fournis par la nature et appréciés par la société urbaine sont souvent très différents des biens et services tels que perçus par la société rurale et les propriétaires des «commons» ancien style. Mais, en un certain sens, ils sont semblables et la plupart sont interdépendants.

Cette interdépendance des ressources traditionnelles (eau, forêt) et les services de l'écosystème sont d'intérêt général. Le loisir et la biodiversité dépendront largement de la façon dont les ressources traditionnelles sont utilisées. L'interdépendance de nombreux biens et services de différente nature est en un sens évidente mais est rarement prise en compte dans la conception des modalités réglementaires.

Pour les biens et services environnementaux, les efforts et les dépenses nécessaires à leur permanence apparaîtront souvent comme une perte de revenu en raison du renoncement à exploiter des biens telles que la forêt et l'eau. Ces coûts sont répartis inégalement. Selon la distribution des droits de propriété sur les ressources traditionnelles, le niveau de conflit relatif à l'élaboration de nouvelles réglementations sera variable. Par exemple, dans une zone de

loisir privé, l'organisation doit soit inclure les propriétaires et autres ayant droits soit, par un moyen ou un autre, tenir compte de leurs intérêts pour maintenir les incitations à la gestion touristique. Le propriétaire du domaine n'y suffit que rarement et on peut souhaiter que les biens et services environnementaux devraient être de la compétence des pouvoirs publics locaux avec le droit de prélever des taxes sur leurs électeurs.

### VIII. – CONCLUSION

Une société moderne doit faire en sorte d'identifier les ressources et de répartir leurs droits afférents entre plusieurs et différents intérêts des titulaires. Elle doit aussi mettre en place des mécanismes pour le partage et la co-gestion des ressources et des avantages à l'intérieur de groupes divers de différents tailles et intérêts. Les outils les plus flexibles pour y parvenir se trouvent dans le système de common law développé en Angleterre. Sa flexibilité est pour l'essentiel le produit de la lutte entre un système de droit foncier coutumier, tel le norvégien, et l'effort de mettre en œuvre de «dominium plenum» lors de la modernisation du gouvernement britannique au cours du 18<sup>e</sup> siècle.

Les projets contemporains de modernisation imposent une compréhension de l'évolution et du contexte culturel de ses outils de maîtrise foncière. Cependant, les techniques juridiques ne peuvent jamais être transférées d'une culture à une autre sans adaptation aux conceptions et valeurs de la propriété. Il existe un lien étroit entre les droits de propriété en action et les valeurs culturelles et le mode de pensée.

La conclusion simple relative à l'avenir de la propriété en commun est qu'elle sera toujours présente sous une forme ou une autre. Mais au fur et à mesure qu'évolue la pensée et la culture, on observera une évolution parallèle du système des droits de propriété. Pour faire une place aux «commons» de l'avenir, nous devons comprendre leur fondement au cœur les problèmes généraux de l'action collective et des idées relatives à l'équité.