

Du droit à la juridiscité, de l'Etat à la gouvernance : une méthodologie d'élargissement des horizons et des perspectives

Le parallélisme de l'approche d'Etienne Leroy sur le droit et de Pierre Calame sur la gouvernance

Pierre Calame

Note de réflexion, FPH, 28 mars 2012, 5 pages (bip 4388)

Résumé

Les réflexions comparatives et historiques sur la gouvernance comme sur le droit sont les moyens par excellence de l'ouverture de nouvelles perspectives théoriques et pratiques. La note met en évidence la similitude d'une démarche entre Etienne Leroy, anthropologue du droit et en particulier du droit foncier et de Pierre Calame.

Mots-clés thématiques : DROIT COUTUMIER; DROIT; DROIT DU SOL; GOUVERNANCE ET DROIT; GOUVERNANCE; RÉGIME DE GOUVERNANCE

Mots-clés géographiques : MONDE; AFRIQUE; EUROPE

Mots-clés acteurs : JURISTES; PAYSANS

Réf. : *intranetfph/bip/4388, G0a_D1j - Sciences de la gouvernance*

1. Du droit à la juridicité : l'exemple du droit foncier en Afrique et en Europe

Etienne Leroy a travaillé pendant des décennies sur le droit coutumier africain, notamment sur le droit foncier, et sur le choc de deux systèmes juridiques résultant de l'introduction d'un « droit colonial de la propriété » qui, sous prétexte de s'inspirer du « droit romain », a absolutisé le concept de propriété, comme support à l'aliénation au profit des colons et de la puissance coloniale des Etats des terres gérées jusque là de façon largement communautaire. Ce choc se prolonge dans la période post coloniale : les nouveaux dirigeants gardent pour l'essentiel le cadre étatique et le système juridique hérités de la période coloniale.

Comme le fait observer l'Alliance pour refonder la gouvernance en Afrique, cette période post coloniale a ainsi perpétué un système de gouvernance – dont le droit est naturellement partie intégrante – profondément étranger à la population. Mais Etat et droit d'origine occidentale ont été souvent été présentés et vécus par les nouveaux dirigeants africains comme les conditions d'accès de l'Afrique à la modernité et les coopérations internationales souvent y ont prêté la main, en particulier en insistant sur l'importance de la création de cadastres enregistrant de manière définitive des droits de propriété et excluant ainsi les modalités plus communautaires de gestion d'un bien foncier commun. D'où l'insistance de l'Alliance sur la nécessité de réintroduire un pluralisme juridique, manière de faire sa place aux modalités traditionnelles de gestion du bien commun mieux appropriées par la population. Mais l'intérêt du travail d'Etienne Leroy ne se limite pas à la défense d'un droit des sociétés à se gérer elles-mêmes selon des modalités qu'elles connaissent et comprennent.

Il montre aussi qu'il y a, dans la diversification des droits afférents à l'usage des sols, du droit de passage au droit de prélèvement et jusqu'au droit d'aliénation, une richesse intrinsèque conduisant à réfléchir, au delà de l'Afrique, aux conditions générales de gestion du bien commun.

Cet enjeu a été, pendant toute la période de révolution néo-conservatrice en Occident, pratiquement nié par les prédicateurs de l'efficacité du marché. Mais cet extrémisme de la marchandisation s'est révélé une impasse. Le prix Nobel attribué, quelques décennies après ses travaux, à Madame Osborn pour ses réflexions sur la supériorité de modalités communautaires de gestion du bien commun, même si une hirondelle ne fait pas le printemps marque, en Occident même, un tournant dans la réflexion sur la gestion de la planète, un coup d'arrêt à la dérive de la transformation du monde entier en marchandise. On en retrouve des équivalents dans d'autres champs de la vie sociale : la critique des droits de propriété intellectuelle et des brevets le mouvement du logiciel libre, la réhabilitation des échanges locaux, le développement de l'économie solidaire, la fleuraison des institutions à but non lucratif.

L'intérêt, plus général encore, des travaux d'Etienne Leroy est d'obliger à élargir, en Occident même, le champ des réflexions sur les modalités de gestion d'un bien comme les sols. C'est ce qu'il appelle « le passage du droit à la juridicité » : la juridicité est une approche générique des régulations dont doit se doter une société pour gérer les biens communs et, pour parler de vocabulaire de la gouvernance, se maintenir dans son domaine de viabilité ; le droit, lui, tel que nous le connaissons, n'est qu'une application particulière, limitée dans le temps et dans l'espace de la juridicité.

En appliquant ce concept de juridicité au droit foncier, Etienne Leroy en vient à construire une matrice, dont les lignes sont des types de questions auxquelles doit répondre toute société à propos du foncier et les colonnes les réponses apportées à ces questions, allant du plus

individuel au plus collectif. Avec une telle approche, notre droit n'est plus qu'une des cases de la matrice et non la matrice toute entière. C'est une invitation à **élargir le champ des possibles**, pour inventer dans toute société, y compris dans la nôtre, des modalités nouvelles de régulation pour répondre à des défis nouveaux. Des dispositifs tels que les espaces de négociation sur l'usage des biens communs entrent de plein pied dans la catégorie de la juridiscité alors que, s'agissant de processus, ils ne font classiquement pas partie du droit.

Comme le fait observer d'ailleurs Joseph Comby, d'Etudes Foncières, l'approche d'Etienne Leroy, est aussi une invitation à décrire la réalité du droit foncier, en France même, en sortant des catégories simplistes propriétaires/non propriétaires. Dans la pratique, notre droit, droit rural ou droit de l'urbanisme par exemple, est infiniment plus subtil que ne laisse penser au premier abord la notion de propriété : dans le monde rural, celle-ci est largement partagée entre le propriétaire et le détenteur du contrat de fermage ; quant au droit de l'urbanisme il limite strictement l'usage possible de son bien par un propriétaire ; de même, la fiscalité du plafond légal de densité transfère à la collectivité une partie de la rente foncière ; on peut inscrire aux hypothèques de nombreuses servitudes d'usage ; la copropriété des logements crée une « propriété en volume », de nombreux propriétaires se partageant finalement la jouissance de l'assiette des bâtiments, etc..

L'on se rend compte alors par différence que le droit colonial n'a pas reproduit la réalité du droit métropolitain : comme le dit Joseph Comby « si le droit français avait été réellement appliqué dans les anciens pays coloniaux, les formes d'appropriation en commun ne seraient pas menacées », tant les formes mixtes de propriété et copropriété ou d'usage des biens fonciers sont répandues en France même.

Autre exemple de simplification du droit colonial, le droit de propriété en France s'est fondé sur « la prescription acquisitive » : la continuité d'usage pendant une certaine période est fondatrice de droits de propriété réels. L'application de ces règles en Afrique aurait empêché l'appropriation des sols communautaires au profit des colons et de l'Etat. De même, souligne Etienne Leroy, le contraste est total entre la construction historique, dans une société donnée, par exemple la France, des catégories qui fondent le droit applicable au foncier -de sorte que par définition les catégories de droit accompagnaient le mouvement de la société elle-même, par un mouvement « de bas en haut »- et le droit colonial qui, comme l'Etat colonial lui-même, a été un placage du haut vers le bas sur la société.

2. Droit et juridiscité, Etat et gouvernance : le parallélisme des intuitions et méthodes

Ce qui est très frappant c'est le parallélisme des réflexions d'Etienne Leroy, tant en termes, de méthodes qu'en termes de conclusions, avec la démarche que j'ai suivie pour la gouvernance et pour l'économie. Dans les deux cas, j'en suis venu à considérer l'Etat comme une des modalités, circonscrite dans le temps et dans l'espace, de la gouvernance de même que Etienne Leroy considère notre droit comme une variété, circonscrite dans le temps et dans l'espace, de la juridiscité.

De même, s'agissant de l'économie, c'est en revenant à la « bifurcation » du XVIIIe siècle, marquée par le changement de graphie -on passe de « oeconomie » à « économie »- que j'en suis venu à interroger les conditions dans lesquelles s'était fondée l'économie classique et, de là, la pertinence de ses hypothèses pour la gestion du système de production et de consommation au XXIe siècle.

Ce parallélisme permet d'énoncer les grandes règles d'une méthode commune.

a) L'objectif : permettre à un système conceptuel et institutionnel de s'adapter et explorer les modalités possibles de la gestion des sociétés au XXIe siècle

Qu'il s'agisse du droit ou de l'Etat, nous devons assumer le fait que notre cadre conceptuel et institutionnel quotidien, celui à partir duquel nous pensons la société et nous la gérons -au point que ce cadre nous apparaît inconsciemment comme une évidence intemporelle- est le produit d'une histoire, d'une culture et des questions concrètes qu'avait à résoudre une société à un moment de son histoire, grâce aux systèmes techniques qui étaient à l'époque à sa disposition (l'exemple le plus simple étant celui du lien entre organisation de la démocratie représentative, circulation écrite de l'information et voyage à cheval).

Face à d'autres sociétés ou pour affronter les questions concrètes qui se posent à nos sociétés au XXIe siècle, nous devons ôter nos oeillères et adopter une approche plus ouverte : c'est la juridiscité dans le cas du droit et la gouvernance dans le cas de l'Etat.

b) Une démarche de déconstruction et de reconstruction

Dans la mesure où l'obstacle majeur à l'adaptation des systèmes de régulation est le fait que nous considérons les formes actuelles comme une évidence, le mouvement de pensée est toujours le même : il faut commencer par **déconstruire les évidences**, montrer que le système actuel n'est pas le fruit intemporel de la raison mais une production sociale et historique particulière ; puis il faut ensuite reconstruire, réagencer des briques élémentaires dans un nouveau système et pour cela nous avons besoin d'un **guide intellectuel**, en quelque sorte d'une notice de montage.

c) L'élargissement du champ des possibles combine une démarche comparative et une analyse historique de la genèse des formes de régulation que nous connaissons aujourd'hui

La société n'est pas un laboratoire où l'on pourrait imaginer et tester un grand nombre de combinaisons possibles. Nous ne disposons pour nous élargir l'esprit que de deux matériaux pour analyser les variabilités possibles des formes : **la comparaison de systèmes différents**, en cherchant à comprendre leurs principes communs, « en amont » des formes particulières que nous observons, et **l'analyse historique** qui nous permet de revenir à la genèse des concepts et institutions que nous connaissons, de façon à nous imprégner du fait qu'ils n'ont pas existé de toute éternité et que leur émergence est liée à des circonstances particulières.

Le propre de la recherche clinique, comme on le voit aisément dans les démarches d'échange d'expériences, est que l'analyse d'un cas isolé, par exemple une étude de cas sur la gouvernance urbaine, ne permet en aucun cas de faire la part entre ce que l'on pourrait appeler les « constantes structurelles » du système et les « circonstances particulières » à un contexte donné. C'est justement ce qui fonde l'idée que seul l'échange d'expériences est de nature à dégager des principes généraux d'action.

d) Le travail de déconstruction reconstruction fait éclater les représentations dualistes qui ne peuvent conduire qu'à la confrontation politique

Les réflexions d'Etienne Leroy et les miennes, qui s'ignoraient mutuellement, arrivent aux mêmes conclusions : la pensée occidentale se fonde sur des dualismes, privé/public, gestion marchande/gestion publique, propriétaire/non propriétaire, qui ne peuvent aboutir qu'à la confrontation : par exemple la confrontation historique entre « capitalisme » et « communisme » excluait en théorie toutes les formes métissées, alors que ce sont elles qui se sont imposées dans la pratique en Europe.

Etienne Leroy réintroduit de la mobilité dans la pensée et de la souplesse potentielle dans la négociation en montrant qu'il existe quantité de formes intermédiaires. J'ai suivi, sans connaître ses travaux, un raisonnement tout à fait parallèle dans l'« Essai sur l'oeconomie », en montrant que l'opposition entre biens privés et biens publics ne faisait pas justice à la diversité réelle des biens et services et en introduisant, par le test du partage, quatre catégories et non deux. En outre, l'analyse des caractéristiques concrètes des biens et services à l'intérieur de chacune des catégories permet de concevoir **une très grande diversité de régimes de gouvernance** s'appliquant à chacun d'eux en fonction de ces caractéristiques propres.

e) Principes communs et modalités concrètes d'application de ces principes communs à chaque société : le coeur des relations entre unité et diversité

J'ai résumé ma réflexion sur la gouvernance en disant : « c'est une question éternelle, dont les objectifs et principes sont constants mais l'application de ces objectifs et de ces principes est infiniment variée d'une société à l'autre et d'une époque à l'autre ».

L'hypothèse anthropologique que nous énonçons, aussi bien Etienne Leroy que moi, est que les sociétés, pour se doter de régulations leur permettant de se maintenir dans leur domaine de viabilité, ont à résoudre des questions profondément semblables. Je les ai résumées en disant que les trois objectifs généraux et constants de la gouvernance -simple traduction de l'idée de « maintien dans le domaine de viabilité »- étaient : la préservation face à l'agression extérieure ; la cohésion sociale à l'intérieur ; l'équilibre à long terme entre la société et son environnement.

Cette hypothèse anthropologique justifie que l'on recherche, au-delà des formes concrètes prises par la juridicité et la gouvernance dans chaque société particulière, une axiomatique générale. Ce faisant, on suit exactement la même démarche qu'ont suivie les mathématiciens du XIXe siècle en passant du constat des propriétés concrètes des nombres au concept générique de « groupe » et de « corps » et en reconnaissant que les quelques axiomes définissant les propriétés des groupes et des corps permettaient de rendre compte de l'ensemble des propriétés des nombres. Et c'est le fait de passer de **l'observation** des nombres – l'ensemble des nombres entiers était d'ailleurs appelé de manière significative « les nombres naturels », tant il semblait découler de la nature des choses – à une axiomatique qui a permis d'élargir de manière formidable le champ des possibles.

La mise en évidence des caractéristiques structurelles, de cette axiomatique des régulations sociales, est essentielle car c'est en quelque sorte **le résumé et le fruit de l'expérience commune** : on passe de « la manière dont on a résolu ici et maintenant un problème » aux « principes généraux pour proposer des solutions à tout problème de même nature ». C'est la fonction de la matrice d'Etienne Leroy, qui permet d'explorer les principales questions à résoudre dans toute société à propos de la gestion des sols et des biens communs, pour permettre dans chaque société particulière de trouver des réponses conformes tout à la fois à la nature des défis concrets qui sont rencontrés, aux systèmes techniques à disposition et aux apprentissages qui se sont développés au sein de chaque société. Le **principe de subsidiarité active**, que j'ai mis au coeur de la gouvernance, ne dit pas autre chose : pour concilier unité et diversité, pour en faire un jeu à somme positive et non un jeu à somme nulle, il est indispensable de commencer par découvrir les constantes structurelles d'un problème, qui sont les principes à respecter pour toute solution que l'on inventerait localement, pour ensuite donner toute liberté à cette invention locale.