

Cahiers d'Anthropologie du droit
2007-2008

Foncier et environnement en Afrique

Des acteurs au(x) droit(s)

Sous la direction de Olivier Barrière (IRD)
et Alain Rochegude (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne)



Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris

KARTHALA

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT
2007-2008

Avec le concours du CEMAF

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT

Directeur de la publication : Étienne LE ROY
Responsable de la rédaction : Geneviève CHRÉTIEN-VERNICOS

Comité de lecture

ADONON Akuavi, LE ROY Jacqueline, PLANÇON Caroline,
VERSINI-CAMPINCHI Pauline

Les *Cahiers d'anthropologie du droit* sont publiés annuellement
par le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (Paris I),
dirigé par le professeur Étienne Le Roy.

Laboratoire d'anthropologie juridique
Université Paris I
9, rue Mahler, F-75181 Paris Cedex 04

Tél. : 33 (0)1 44 78 33 80
Courriel : lajp@univ-paris1.fr

Les opinions émises n'engagent que leurs auteurs.
La revue n'est pas responsable des manuscrits qui lui sont confiés.

Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris

Foncier et environnement en Afrique

Des acteurs au(x) droit(s)

Sous la direction d'Olivier Barrière (IRD)
et d'Alain Rohegude (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne)

Éditions KARTHALA
22-24, boulevard Arago
75013 Paris

**KARTHALA sur Internet : <http://www.karthala.com>
Paiement sécurisé**

**© Éditions KARTHALA, 2008
ISBN : 978-2-8111-0181-7**

SOMMAIRE

BARRIÈRE Olivier

Introduction générale : Les régulations juridiques foncières et environnementales, clefs de voûte du développement durable 7

Première Partie

L'enjeu de la qualification du droit sur le sol et les ressources naturelles renouvelables

BARRIÈRE Olivier

Introduction 25

BARRIÈRE Olivier

L'intégration du droit dans la dialectique sociétés-écosystèmes, le droit d'une « socio-écologie » 39

LE ROY Étienne

L'homme, la terre, le droit. Quatre lectures de la juridicité du rapport « foncier » 129

NGUIFFO Samuel

De la légalité à la légitimité foncière : pistes pour une meilleure protection de l'environnement 157

BELAÏDI Nadia

Entre terre et eau, la gestion du delta de l'Okavango : un mécanisme d'ordre public écologique ? 189

ROCHEGUDE Alain

La réforme foncière à Madagascar. Relire le droit de propriété sur la terre... 215

PLANÇON Caroline

Bail emphytéotique et fiducie. Voies de la réforme foncière au Sénégal 249

CHASSOT Laurent

Être et mal-être du droit foncier à Vanuatu 279

Deuxième partie

Une régulation juridique associant les acteurs publics et privés

BARRIÈRE Olivier

Introduction : vers une autre forme de droit ? 301

BARRIÈRE Olivier

Le droit sous l'emprise de la concertation et la négociation pour une gouvernance territoriale 311

NÉNÉ BI Séraphin

La formation d'un droit foncier négocié dans le Sud forestier ivoirien 347

SIME Rose Nicole

La législation forestière camerounaise au cœur de l'interaction foncier-environnement l'émergence d'un droit concerté ?375

AKA Aline

Foncier et environnement en Afrique subsaharienne : les conditions d'émergence d'un droit négocié......397

Conclusion générale**ROCHEGUDE Alain**

Gérer la complexité de la propriété comme condition d'un droit foncier durable à inventer ?417

Introduction générale

Les régulations juridiques foncières et environnementales, clefs de voûte du développement durable

La communauté internationale exprime le besoin d'un droit qui soit l'écho des enjeux environnementaux de la planète en adoptant des conventions, en proclamant des principes et en s'engageant dans des objectifs de conservation et de limitation d'émission de gaz à effet de serre. Les préoccupations affichées sur le réchauffement climatique, l'effondrement de la biodiversité, la désertification, la décroissance de la diversité culturelle, nous font entrer de facto dans un processus de temporalité. Celui-ci impose la prise en compte d'un pas de temps élevé qui se décline sous forme de « durabilité », ou plus précisément de « viabilité » simultanée entre systèmes sociaux et systèmes écologiques. Cette « co-viabilité » se définit par un équilibre entre les besoins des sociétés pour leur reproduction et le maintien des processus écologiques, des biotopes et de la biocénose.

Le défi auquel est confrontée la régulation juridique est celui d'être en mesure de s'adapter aux enjeux de la contemporanéité et de se caler dans les mutations et les changements sociaux et écologiques qui préparent la post-modernité. Ces dynamiques sociales et écologiques sollicitent du droit des réponses qui vont se situer aux différentes échelles de gouvernance. Ces niveaux d'intervention réclament des ponts, des liens ou des transitions organisant les transferts d'échelles juridiques. La prise en compte du local s'impose au sein d'une articulation micro local/local/régional/national et supranational. On s'interroge ainsi sur les niveaux de formation du droit, ses caractéristiques intrinsèques et ses modes d'application. Il n'est plus question de cantonner l'analyse juridique au droit national et sur un temps immédiat. Il devient urgent d'inscrire le droit dans une dynamique spatiale et diachronique

l'intégrant sur une longue échelle de temps et sur des interconnexions local/national/international.

Le terrain du droit qui nous intéresse dans la problématique environnementale et foncière est celui du jeu des acteurs où naissent, vivent et se façonnent les règles et les normes, associées aux habitus (manières de penser) et aux coutumes (manières de faire). Nous partons d'une identification des modes de régulation juridiques qui dépasse une approche positiviste du droit pour s'ouvrir sur une endogénéité juridique.

En effet, les réalités du terrain conduisent à souligner que les modes de régulation juridiques se situent au cœur de la gouvernance territoriale de l'environnement dans laquelle la problématique foncière constitue une clef essentielle. Les droits des groupes sociaux ne peuvent se résumer aux règles et aux normes posées par le législateur et le pouvoir exécutif. La manière de prendre en compte et d'associer la diversité des acteurs intervenant sur le territoire va conditionner leur place et leur responsabilisation au sein de la gouvernance locale. La négociation d'un droit constitue le ciment de la mise en œuvre d'une gouvernance d'un genre nouveau, créatrice d'une régulation juridique consensuelle. Cette « gouvernance négociée » autour de l'enjeu écologique (lutte contre la désertification, conservation de la biodiversité, gestion de l'eau, des parcours pastoraux et des ressources forestières, ...), serait susceptible d'être traduite par l'élaboration d'un acte fondateur d'une union sociale et politique portant sur un avenir commun. Il s'agirait en quelque sorte d'intégrer l'idée d'un « pacte écologique » au sein d'une gouvernance territoriale.

Les questions qui en découlent sont nombreuses, notamment : comment organiser l'articulation légitimité/légalité entre les régulations locale, nationale et internationale ? Comment parvenir à générer un ordre régulateur de la diversité des logiques d'acteurs entrant souvent en contradiction avec une gestion écologique durable ? Comment créer, ou recréer, un consensus socio-écologique sur les manières d'être, de faire, de penser et d'agir ? La mise en forme d'un droit négocié répond au besoin d'une mobilisation de l'ensemble des acteurs autour de l'enjeu environnemental pour la survie du groupe.

Cependant, afin de parvenir jusqu'à la construction d'un droit négocié, encore faut-il s'atteler à une question fondamentale récurrente en Afrique : la qualification juridique du sol et des ressources naturelles renouvelables. Partant du fait que le choix du régime foncier touche directement l'avenir de la société concernée, l'option prise dans les rapports juridiques à l'espace dessine celle d'un idéal social. Le poids de cet enjeu est si important qu'il conditionne toutes perspectives du groupe dans sa reproduction même.

Cet ouvrage porte sur deux thèmes principaux : a) la qualification du droit sur le fonds (sol) et les ressources naturelles renouvelables, b) une régulation juridique associant les acteurs publics et privés.

Les thématiques de l'ouvrage réunissent une diversité de contributeurs Nord/Sud dont le point commun est d'aborder le droit d'une façon résolument moderne, bousculant souvent le conformisme du dogmatisme positiviste afin d'entrer pleinement dans le courant d'innovation de ce nouveau siècle pour s'ouvrir sur un nouvel univers juridique construit à partir de multiples sources, nationales comme locales, écrites comme orales, dépassant les frontières des spécialités. Si la mondialisation se situe au cœur de la dynamique de notre transformation planétaire, chaque société à son échelle locale y participe d'une façon ou d'une autre.

L'ère du développement durable s'ouvre sur une modernité à laquelle la science juridique est appelée à une participation de grande ampleur. La jeunesse d'esprit de l'ensemble des contributeurs souligne la volonté d'impliquer la recherche juridique dans le mouvement qui est en cours. Les juristes se doivent de prendre en charge leur part de questionnements en réponse aux interrogations que se posent les décideurs du local au global.

Il est question ici d'ouvrir les cloisonnements, de bousculer les a priori dans le but de confronter les approches différentes et les apports de chacun à l'édifice du chantier du droit de demain.

Pour le lecteur non familier des réalités africaines, la problématique du droit sur l'espace et l'environnement se développe sur des terrains très différents du contexte occidental. On ne peut aborder ce continent sans intégrer dans les démarches les données construites d'ordre culturel, psychologique, politique, économique qui imprègnent et conditionnent le droit. Nous dirions plutôt « les » droits. En effet, l'aspect déroutant pour le non-initié est de se trouver confronté à une pluralité de groupes sociaux disposant chacun de leurs propres régulations juridiques. Et là on touche du doigt un aspect essentiel à une compréhension juridique africaine : les textes posés par les États ne correspondent quasiment jamais aux référents juridiques des acteurs du quotidien. Nous sommes ainsi confrontés à une pluralité de systèmes de droit particulièrement déroutante, parce que toute société s'articule autour de son droit. Face à cette situation, l'anthropologie juridique est la seule discipline qui permette de ne pas tomber irrémédiablement dans le piège de l'ethnocentrisme qui tend à « généraliser », voire « universaliser » notre représentation occidentale du droit. Le cas spécifique des rapports fonciers est symptomatique car le ou les droits de propriété définissent par essence tout statut ou régime foncier.

La dérive de la propriété vue comme un droit naturel (conforme à la nature, inné)

Le juriste tant soit peu rigoureux ne peut que s'interroger pour clarifier son objet de recherche : par exemple, quelle est la qualification juridique d'un périmètre de terre, de pâturage, de forêt, etc. ? Si le champ de culture en question n'est pas perçu comme un bien pour l'exploitant mais plutôt comme une chose dont dépend sa survie, le juriste doit-il de son côté inconditionnellement qualifier le champ comme étant l'objet, le bien, entrant dans le régime de la propriété ? S'il existe bien que rarement ou exceptionnellement, en Afrique, des cas de vente de champ, faut-il pour autant prendre ses désirs pour des réalités et affirmer la présence d'un marché foncier de type occidental ou imposer un droit de disposition sur une réalité qui ne saurait en être l'objet ? (Barrière 2002)

La capacité d'aliénation d'un fonds se situe souvent au sein d'un cadre fixant une marge de manœuvre plus ou moins étendue. Si ce type de transfert est limité au groupe lignager ou conditionné à l'acceptation des autorités traditionnelles villageoises, on ne peut en déduire que le fonds est par nature un bien marchand.

Les économistes institutionnalistes anglophones s'autorisent pourtant à le faire en attribuant systématiquement le qualificatif de « propriété » à tout droit sur le fonds et sur les ressources naturelles renouvelables, en ne raisonnant qu'en termes de « modes d'appropriation ».

L'explication peut être de deux types. La première pourrait être de nature ethnocentrique, qui consisterait à analyser un système qui nous est étranger avec nos propres référents culturels : notre réalité est celle de l'autre. La seconde proviendrait d'une représentation particulière du concept même de propriété qui trouverait son origine dans un état de nature, un droit de propriété « par nature ». Un présupposé qu'il n'est même pas concevable de reconsidérer en raison de son caractère magico religieux et moral. Le droit y serait absent dès lors qu'il devrait s'appliquer au terrain.

Selon Erling Berge, de l'Université norvégienne des sciences et des technologies (Norwegian University of Science and Technology),

« [...] 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 » (Berge 2007 : 385).

Nous avons là, semble-t-il, une explication de l'usage de la notion de « droit de propriété » par tout le courant anglophone travaillant sur les « commons »¹.

L'affirmation d'un droit de propriété « naturel »² sur les ressources, justifiant ainsi de rester dans ce paradigme propriétaire, ne peut que nous interroger sans nous forcer à y adhérer. En effet, dans cette conception, la propriété sur les ressources se définit par le droit naturel « comme résultant de la nature des hommes et de leurs rapports, indépendamment de toute convention ou législation » (Lalande 1993 : 252). S'il semble possible de concevoir l'idée d'une possession « par nature » de choses meubles, on peut s'interroger pour le sol, territorialisé dans le cadre d'un rapport de force.

Nous verrons plus loin (contribution Olivier Barrière) que l'héritage historique participe à des approches idéologiques n'autorisant pas à concevoir d'autres configurations.

L'exportation du régime de la propriété foncière

L'attitude ethnocentrique, associée à des objectifs économiques et politiques, explique plus ou moins consciemment la nécessité d'exporter la propriété ou de trouver une procédure créant un droit de propriété sur la ressource terre, pâturage ou forestière, par l'immatriculation foncière. La présentation du droit de propriété comme un droit naturel dans l'analyse économique conduit à s'interroger sur le déploiement de tant d'ingéniosité de la part de la puissance coloniale pour créer de la propriété dans les territoires colonisés, au départ en Australie par le Torrens Act de 1858.

Dans le contexte colonial français, le rapport à la terre n'est pas perçu comme entrant dans le champ d'un droit naturel : « les indigènes

¹ Le débat sur les communs a été développé par les économistes peu au fait de la question de la propriété en Common Law (cf. bibliographie).

² On considère le droit naturel comme étant « une recherche du juste par une analyse rationnelle et concrète des réalités sociales orientées par la considération de la finalité de l'homme et l'univers » (Lexique de termes juridiques, éd. Dalloz) ; ou bien « des principes immuables, découverts par la raison, permettant d'éprouver la valeur des règles de conduite positives admises par le Droit objectif (*ibidem*). Sur le droit naturel, voir Xavier Dijon, 1998.

qui possèdent aujourd'hui le sol sous le régime de la coutume locale dans les territoires annexés n'ont aucun titre régulier de propriété et il convient pour favoriser l'établissement de la propriété individuelle dans la colonie de leur donner les moyens de régulariser leur possession »¹.

Afin de combler les lacunes en matière d'établissement de la propriété foncière du Code civil², l'avocat Decourdemanche proposa le système de l'immatriculation, véritable état civil des propriétés foncières, consistant dans l'inscription des terres sur des registres, les livres fonciers, après leur bornage public et une vérification de la réalité des droits réels s'y rattachant. Cette procédure fut initiée par le directeur des domaines australiens, Torrens, dans le « Real Property Act » du 2 juillet 1858. C'est plus tard que la France appliqua l'immatriculation dans ses colonies, avant même la fin des travaux de la commission extraparlamentaire du cadastre qui s'achevèrent en 1906.

La mise en oeuvre de la procédure de l'immatriculation en Afrique devait permettre à l'administration coloniale de disposer d'un système de droit (considéré par elle comme « civilisé ») susceptible de légaliser l'attribution des terres aux colons. Cette procédure capitaliste des rapports à la terre opère le passage de l'affectation à un usage à un droit exclusif et absolu sur la terre qui assure la sécurité des investissements fonciers. La terre devait devenir une chose commerciale, un bien susceptible d'appropriation privée ayant une valeur pécuniaire, et offrant par là même une garantie hypothécaire. Dans cette perspective, les terres devaient être « appropriées propriétairement » et les droits enregistrés. Les terres faisant l'objet de droits traditionnels pourraient donc être immatriculées après une procédure de constatation de ces droits dits « coutumiers ».

Le régime foncier colonial comportait une procédure d'immatriculation et une procédure de constatation des droits coutumiers les inféodant au régime du droit des biens. L'objet de l'immatriculation était bien de créer de la propriété là où il n'y en avait pas.

Si ce procédé n'existe pas en France, où la propriété se trouve déjà (cf. éléments historiques déclinés *infra*), le colonisateur, dans le but d'implanter le régime de la propriété en Afrique – que ne pouvait créer le

¹ Arrêté du 11 mars 1865, dit arrêté « Faidherbe » qui manifeste grandement la volonté du colon d'imposer à l'Afrique le régime de la propriété de l'art. 544 du Code civil. L'histoire veut que cet arrêté n'ait jamais été publié.

² Le droit français ne dispose pas d'une procédure de vérification publique des droits de propriétés immobilières, par le moyen d'un titre officiel et inattaquable. Le Code civil ne propose aucune règle spécifique de preuve de la propriété foncière.

Code civil – utilisa la technique de l'immatriculation, définie de la façon suivante :

« L'immatriculation consiste à inscrire sur un registre, appelé livre foncier, le droit de propriété dont jouit une personne physique ou morale sur le fonds de terre qu'elle détient suivant la coutume du pays.

Elle établit et consolide le droit de propriété ou de tenure coutumière sur cet immeuble.

Elle permet de constituer et d'enregistrer le titre de propriété du fonds de terre et d'en suivre constamment l'évolution juridique.

Elle confère à ce bien immobilier un véritable état civil foncier, puisqu'elle facilite d'une part son identification certaine et d'autre part la constatation des faits et des actes qui constituent ou modifient son état.

Elle assure ainsi la garantie des droits réels établis sur le fonds immatriculé » (Feliho 1982 : 134).

Les principes et les procédures de l'immatriculation furent fixés pour la première fois en Afrique noire par le décret du 28 mars 1899¹ relatif au régime de la propriété foncière au Congo français². Ce régime sera, par la suite, étendu, en termes identiques, aux autres territoires coloniaux français, notamment au Sénégal, à la Côte d'Ivoire (décret du 20 juillet 1900), au Dahomey (décret du 5 août 1900) et à la Guinée française (décret du 24 mars 1901)³.

D'autres textes allant dans le même sens seront ensuite promulgués, comme le décret du 24 juillet 1906⁴ portant organisation du régime de la propriété foncière dans les colonies et territoires relevant du

¹ Bulletin officiel des colonies, 1899, p. 346.

² À Madagascar, l'immatriculation est instaurée par la loi du 9 mars 1896 (J.O.M. 20 mars 1896).

³ Ces textes seront modifiés par les décrets des 15 octobre 1904, 12 décembre 1920, 5 juin 1925 et par le décret n°55-580 du 20 mai 1955.

⁴ Ce premier décret pour toute l'AOF signé par A. Fallières fut présenté par le ministre des colonies, G. Leygues, comme une réforme qui s'imposait : « Maintenant, dans un sens plus accentué, les principes essentiels du régime établi par les décrets antérieurs, ce nouveau texte se rapproche davantage de "l'Act Torrens", le modèle-type universellement admis, auquel il emprunte tout ce qui peut être pratiquement et utilement appliqué en pays français et particulièrement dans les régions de l'Afrique occidentale ; il contient en outre, dans celles de ses dispositions qui se rapportent aux procédés d'exécution, toutes les modifications aux adaptations antérieures de la législation australienne dont l'expérience a révélé l'utilité ; enfin, il permet l'accès des livres fonciers aux indigènes qui verront, par le seul fait de l'immatriculation de leurs terres, leurs droits de détenteurs précaires transformés en droits de propriétaires, au sens de la loi française. Cette dernière modification est de nature, incontestablement, à favoriser le développement moral des populations auxquelles elle s'adresse, en attachant l'homme à la terre, en lui faisant concevoir le but donné à l'effort individuel, la sanction offerte au travail » (Bulletin officiel des colonies, 1906, p.681).

gouvernement général de l'Afrique Occidentale Française¹, ou celui du 26 juillet 1932 qui le remplaça sans apporter beaucoup d'innovations². Depuis les indépendances, il semble que cette procédure ait été reprise au moins dans l'ensemble des législations des pays africains francophones.

La réfutation d'une approche ethnocentrique du droit

L'usage de terminologies, l'adoption de concepts et de formes d'analyses, ainsi que les a priori, proviennent souvent des héritages historiques de notre propre expérience. L'histoire féodale, française et anglaise, peut se trouver à l'origine des analyses faites par les économistes institutionnalistes anglophones qui usent d'un vocabulaire peu orthodoxe pour les romanistes. Nous y comprenons l'origine de la façon de donner un sens aux situations contemporaines. Mais près de cinquante ans après les indépendances, le présent et l'avenir de l'Afrique s'analysent, s'expriment et se perçoivent davantage en partant des Africains eux-mêmes dans leurs diversités culturelles et leurs valeurs fondamentales que dans des modèles de référence des anciennes puissances coloniales. À cette fin, la poursuite et le développement d'approches sur le(s) droit(s) des acteurs, partant des réalités psychosociologiques, culturelles et économiques, s'imposent.

Partir des acteurs

Les acteurs locaux se situent au centre du développement durable. Comment donc les intégrer dans la gouvernance, eux qui sont directement au contact des ressources agraires, pastorales, forestières, halieutiques, cynégétiques, etc. ? Faut-il les exclure du processus de prise de décision ou au contraire dépasser le stade d'une « participation », d'une « collaboration », pour atteindre un stade d'implication pleine, entière et engagée ? L'enjeu de la gouvernance locale se trouve à ce niveau : aboutir à une réelle prise en charge par les populations concernées de la gestion de leurs ressources naturelles (pâturages, terre, bois, eau ...). La question qui émerge est par conséquent la suivante : comment le législateur prend-il en compte ceux qui sont en prise directe avec les ressources environnementales ? De quelle marge de manœuvre disposent-ils par rapport à la régulation juridique nationale ?

¹ La Fédération de l'AOF comprenait : le Sénégal, la Mauritanie, le Mali (ex Soudan français), la Guinée, la Haute Volta (Burkina Faso), le Niger, le Dahomey (Bénin), la Côte-d'Ivoire et le Togo.

² Modifié par le décret du 8 août 1941 et le décret n°55-580 du 20 mai 1955.

Ces acteurs-là ce sont les populations, les groupes sociaux organisés en communautés de sang (clans, tribus, lignages) ou de résidence (douars, villages, campements). En liens plus ou moins directs ou plus ou moins fort avec les ressources naturelles renouvelables, les acteurs locaux s'identifient souvent difficilement ou mal. Que deviennent les institutions endogènes ou traditionnelles face au positivisme juridique imposé de l'extérieur ? L'analyse des institutions locales présente souvent une liste qui comprend de nombreux représentants du pouvoir central, ce qui est très symptomatique de la situation : le local est davantage « représenté » qu'acteur de sa propre dynamique. Ces acteurs locaux sont les pasteurs, les agriculteurs, les pêcheurs, les chasseurs, les exploitants forestiers, les guérisseurs, les artisans, les commerçants, etc., des personnes qui dépendent pour leur survie des ressources naturelles renouvelables. Une reconnaissance pleine et entière, un appui et un renforcement aux institutions locales issues de la population semblent particulièrement nécessaires pour opérer le virage d'une gestion concertée de l'espace.

Il est illusoire de pouvoir penser le droit hors de la sphère des acteurs qui se structurent en groupes stratégiques et dont les intérêts divergent plus ou moins jusqu'à pouvoir s'opposer.

Le fonctionnement de la société se traduit par des pratiques qui dépendent des normes explicites et des règles formelles mais aussi des manières de faire (la coutume) et des modes d'agir et de penser (définis par les habitus ou systèmes de dispositions permanentes selon Pierre Bourdieu [1986]). Dans tout cela, le droit prend des allures de règles et de normes bien évidemment mais pas seulement. C'est là toute la subtilité d'une approche en ethnologie juridique qui ne résume pas le droit dans la norme, c'est-à-dire dans une formalisation hiérarchisée, mais considère que le droit s'exprime aussi différemment, sans toutefois tomber dans le juridisme. En effet, les manières de faire et de penser participent pleinement à l'ordonnancement juridique mais pas dans leur totalité : de nombreux éléments demeurent par nature dans le fait social, mais vont servir de soubassement aux faits juridiques. En réalité, le droit ne concerne qu'une partie des coutumes et des habitus qui intéressent la reproduction du groupe. Les principes sociaux qui organisent les pratiques, les façons de penser et d'agir, les représentations, ne constituent pas en soi du droit mais traduisent des cadres de conduite qui sont des modèles de comportement imposés à tous les membres du groupe. Nous rejoignons Pierre Bourdieu dans la notion de conduites sociales engendrées par l'habitus. En effet, les pratiques sociales ne naissent pas toutes de règles expresses et explicites, mais dépendent aussi de logiques culturelles et endogènes aux individus et aux groupes. Là, les

conduites d'ordre juridique n'ont pas forcément la régularité de celles qui sont issues du pouvoir législatif et réglementaire. Elles sortent partiellement d'un cartésianisme institutionnel pour obéir davantage à la logique pragmatique de la pratique « qui définit le rapport ordinaire au monde » susceptible de laisser une part de flou et de vague.

On ne « juridicise » (rend juridique) que ce qui est problématique et ce que la morale ou la religion ne parviennent pas à gérer seules. Le groupe trouve ainsi dans le droit un instrument de protection faisant office de disjoncteur. C'est la raison pour laquelle le droit ne peut que provenir du tréfonds de la société et que le fait juridique est avant tout un fait social. Le droit se définit donc à travers un processus interne aux relations sociales. Mais moins ces relations sont étroites, serrées, plus le droit se formalisera par des discours et s'exprimera au travers de règles et de normes¹. Cependant, ces dernières relèvent de moins en moins de la compétence exclusive de l'État. Le développement des approches participatives et l'émergence de procédures de gouvernances locales territoriales promeuvent la formalisation d'un droit concerté voire négocié (cf. partie 2 de l'ouvrage).

Enfin, dans le sens de la relation acteurs/droit, le droit se situe davantage dans le champ des relations sociales que dans les normes censées l'exprimer, d'où l'attention privilégiée portée aux conflits. En effet, dans la sphère des sociétés traditionnelles, le droit ne se définit pas par rapport à l'existence d'une sanction émanant d'un pouvoir central : c'est sa fonction qui le définit et non les modalités de ses manifestations. Sa fonction est celle de réciprocité : « la force qui lie les individus et les groupes et permet la vie en société résulte de rapports réciproques d'obligations ; c'est la réciprocité de ces obligations qui assure la cohérence de la société, et non une contrainte exercée par une autorité centrale ou l'État » (Rouland 1988 : 72) : le comportement d'un individu est plus modelé par les relations sociales que par les normes et les institutions.

Cependant, l'ouverture des groupes sociaux avec les échanges, la circulation des hommes, des biens et des idées, la migration, fait que le poids des normes et des institutions croît d'autant avec le phénomène de la mondialisation. L'univers du groupe se trouve contraint de s'ouvrir aux réalités du monde, et non plus de rester rivé seulement à ses enjeux internes. La problématique environnementale fait entrer les acteurs, qu'ils le souhaitent ou non, qu'ils en aient conscience ou pas, dans la

¹ On fait ainsi référence à une sorte « d'implosion » du droit traditionnel, cf. Olivier Barrière & Catherine Barrière 1996.

globalité. La pratique de chacun sort de sa logique interne pour avoir des conséquences sur l'ensemble. Chacun participe au tout.

La dynamique du droit ne peut plus se concevoir dans le sens d'une hiérarchie verticale, ou dans une perspective uniquement horizontale. Tout comme l'opposition du local au global ne se justifie plus, nous entrons dans une ère qui impose une forte articulation entre les échelles géographiques dans laquelle la régulation juridique doit se fondre.

Du rapport entre Foncier et Environnement

L'imbrication du foncier et de l'environnement, donnant lieu au néologisme « foncier-environnement », a été énoncée par Bernard Crousse en 1991 à la manière d'une prophétie :

« Travailler sur la prise en compte régulatrice des contraintes environnementales par les systèmes fonciers traditionnels, chercher à en vérifier ou à en infirmer la réalité, analyser les différents facteurs (pour cela, comme pour le foncier, une approche pluridisciplinaire est requise) qui ont exercé et exercent encore un effet sur la prise en compte de l'environnement par ces systèmes, évaluer si, éventuellement, certains éléments traditionnels peuvent aider les sociétés à gérer les nouvelles situations environnementales qui se manifestent, voilà des pistes de recherche qu'il faudrait explorer systématiquement [...] montrer le caractère fondamental de l'imbrication mutuelle du foncier et de l'environnement » (Crousse 1991 : 155).

La limitation des rapports fonciers aux seuls rapports à la terre refléterait insuffisamment et partiellement la réelle portée des actions des hommes sur le milieu, que la recherche d'une gestion environnementale doit nécessairement intégrer. Il semble ainsi nécessaire de considérer en même temps le rapport de l'homme à la ressource et à l'espace. L'étude de la conjonction du fonds, en tant que support, et de la superficie permet d'aboutir à une combinaison de droits portant sur l'espace, la ressource et l'écosystème (naturel ou transformé). Cette forme de lecture permet de faire avancer la réflexion relative à un régime contenant la dualité espace-milieu de vie et ne reposant pas obligatoirement sur l'appropriation du fond.

Nous entendons par-là dépasser une vision de la problématique foncière qui occulte la prise en compte des processus écologiques et de tous les éléments naturels. Le Foncier ne peut plus se définir uniquement en termes de règles afférentes aux ressources renouvelables ou de construction d'espaces, mais doit intégrer une dimension environnementale. Dans ce sens, on peut dire que les rapports fonciers expriment les modes de régulation construits par les hommes pour organiser les espaces, gérer les ressources et façonner les paysages. Ils

se traduisent par des pratiques et des représentations et s'appliquent à différentes échelles d'intervention, se caractérisant par une dynamique spatiale et temporelle. Le foncier traduit ainsi un jeu d'acteurs au sein duquel les relations entre sociétés et nature constituent un enjeu primordial.

Dans cette perception, les rapports fonciers dépassent l'emprise matérielle au sol, où le fonds est une portion d'espace, une aire d'écosystème. On peut ne pas considérer le fonds uniquement comme un objet mais l'envisager aussi, et souvent même, comme une partie prenante de la biosphère, fraction d'un tout, et indissociable de celui-ci. De cette conception, la construction d'un schéma de responsabilité sous-tend un type de contrat social intergénérationnel et bioéthique, entre le présent et l'avenir. Les droits de faire, d'être, de décider, d'agir sont conditionnés par un engagement dans le temps et l'espace vis-à-vis des acteurs du droit à venir. Il revient ainsi de conférer une autre dimension au temps du droit et donc de la responsabilité objective.

La recherche de rapports fonciers adaptés aux contextes africains : sortir d'une logique d'occidentalisation ?

L'identification à l'espace ne se réfère pas toujours à une logique d'appartenance au sein de laquelle le sujet fusionne avec une parcelle du milieu environnemental. Et d'ailleurs, il semble que l'on se retrouve là victime du préjugé selon lequel le milieu où l'on vit est un objet, notre objet. En Afrique faut-il résolument s'obstiner à adopter un regard importé d'une modernité et d'un contexte occidental, ou prendre davantage en compte la diversité culturelle et contextuelle des sociétés sahéennes, berbères et autres ? On peut être porté à croire qu'il serait possible d'articuler une démarche reposant sur le postulat qu'a priori l'espace environnemental (agraire, pastoral, halieutique, forestier, faunistique, ...) n'est pas monnayable en soi. Si les alternatives sont possibles, il va falloir cependant souvent ramer à contre courant, d'autant que la science juridique n'est pas toujours très ouverte à l'innovation. Néanmoins, certains osent se dégager d'une approche technicienne du droit afin d'alimenter une science sollicitée par les enjeux contemporains et la recherche interdisciplinaire.

Si nous admettons la possibilité de partir du postulat selon lequel les rapports à l'espace dépassent le cadre d'une dynamique juridique en termes de modes « d'appropriation »¹, les perspectives d'une régulation ordonnancée peuvent s'ouvrir sur six modes d'intervention dégagés de

¹ En droit et non dans une assertion géographique ou économique de « approprié à », c'est-à-dire une affectation de l'espace à un usage.

toute configuration mimétique, partant d'une clef de lecture pragmatique : l'accès innocent, le viatique, la production, le contrôle des ayants droit, l'aliénation, l'orientation des comportements (cf. l'intervention de Olivier Barrière). Intentionnalité, droits d'agir, maîtrises, sont des façons de développer de nouvelles approches et des concepts tirés des faits et réalités africaines tout en restant sur une perspective de globalisation.

Vers une articulation des échelles de droits ou l'imbrication du local dans le global

L'enjeu du développement durable commence par l'identification de la place et du rôle des acteurs. Elle se poursuit par une répartition des droits et des pouvoirs d'intervention sur le milieu, pour aboutir à l'organisation d'une responsabilité partagée entre les rouages de décision. La notion même de gestion suit ce cheminement et participe à tous les niveaux. Elle dépasse ainsi l'intervention délibérée d'un acteur pour se définir plutôt dans l'action liée à une responsabilité d'ensemble¹.

En effet, dans une perspective de développement durable, l'approche locale ne peut plus faire l'économie d'une dimension mondiale dans laquelle elle est de plus en plus intrinsèquement liée ou dépendante. Dans le droit international, la responsabilité collective conduit au principe d'une gestion « écologiquement rationnelle » qui s'exprime dans les notions « d'utilisation durable » et « d'utilisation rationnelle » (Agenda 21, Convention sur la diversité biologique, 1992, Convention Ramsar, 1971) qui fonde le principe de gestion pour assurer une co-viabilité des systèmes sociaux et écologiques. Dans son intervention, Nadia Belaïdi explicite très bien cet aspect partant du cas du delta de l'Okavango situé au cœur de logiques locales entremêlées à des enjeux transfrontaliers et internationaux.

Tout l'enjeu de la connexion des niveaux de régulation juridique se joue pour partie dans le résultat de compromis de la confrontation des jeux d'intérêts locaux et nationaux. L'émergence d'une conscience collective partagée localement et nationalement se raccroche aux engagements et principes internationaux qui « poussent » à la formation d'un ordre public écologique², mais qui, selon nous, ne sera effectif que par une co-construction entre les acteurs des différentes échelles de prise de décision et de pratiques de terrain.

¹ Cf. en termes d'analyse stratégique de la gestion environnementale, Mermet & al., 2005 :130.

² Cf. la contribution de Nadia Belaïdi *infra* ainsi que Boutelet & Fritz, 2005.

En effet, l'ordre social, en tant que « mise en ordre », émane des groupes sociaux qui se définissent dans une société exprimant des valeurs fondamentales qui vont se traduire par l'expression de prérogatives, principes, modèles de comportement (règles et normes), et habitus (système de disposition à la pratique)¹. L'ordre social évolue et se transforme dans le temps pour s'adapter aux conditions de reproduction sociale. Dans la perspective que cet ordre social intègre une dimension écologique moderne, au sens d'une rationalité scientifique du rapport à la biosphère, les valeurs de survie qu'entretiennent les groupes à leur environnement (dans les besoins vitaux des ressources naturelles renouvelables) nécessitent une mise en forme au sein de leur pratique juridique quotidienne.

Cependant pour parvenir à cette « mise en forme », deux écueils se dressent : celui de ne pas se référer à l'endogénéité juridique en plaquant des logiques exogènes sur des réalités locales et celui d'imposer up-down un « droit du prince ». Ce qui conduit à deux objectifs pour la mise en œuvre d'une gestion impliquée et responsable des acteurs locaux (agissant et interférant sur le local) : a) la nécessité de développer une démarche en « socio-écologie » du droit afin d'éviter les pièges de l'ethnocentrisme et de la pensée unique occidentale en occultant la pluralité des systèmes de droit en vigueur ; b) le besoin de sortir d'une logique par trop imposée du droit pour développer un droit davantage consensuel et négocié pour être appliqué.

On s'autorise à penser que l'accès même d'un ordre public écologique en Afrique réclame une rupture dans la référence trop constante au modèle occidental. « Penser localement pour agir globalement » serait davantage opportun pour intégrer l'ensemble des paramètres nécessaires à la construction d'un droit de l'environnement de nature africaine. Le rapport à la terre est une clef tellement importante qu'il devient impossible d'aborder la problématique environnementale sans l'intégrer. L'objet de cet ouvrage collectif revient justement à établir ce lien incontournable entre les rapports fonciers et l'environnement. Les contributeurs à cet ouvrage apportent leurs expériences, leurs savoirs et leurs expertises sur la question, sans complaisance et dans la diversité de leurs représentations de la problématique posée.

Si le droit est par essence pragmatique, il ne faut pas en conceptualisant perdre de vue cette caractéristique première. En effet, les

¹ Selon Pierre Bourdieu, l'habitus est vu comme « un fondement objectif de conduites régulières » (1986 : 40).

questionnements de terrain auxquels les décideurs nationaux et locaux sont confrontés réclament des réponses... pragmatiques.

La production du droit, même officiel, étant de moins en moins l'apanage de l'État, il en ressort des questions essentielles sur ses procédures de création, de formalisation et d'application. La place et le rôle des acteurs s'ouvrent sur de nouvelles perspectives en réponse aux besoins du présent et d'anticipation du futur.

Le thème du rapport entre Foncier et environnement a conduit le collectif d'auteurs à s'engager sur deux voies principales : celle de la qualification juridique du sol et des ressources environnementales (I) et celle d'un droit négocié (II).

La qualification juridique des ressources naturelles et du fonds reflète la représentation et les valeurs que la société accorde à la chose en question. L'ensemble des prérogatives, des pratiques et des modes d'action sont conditionnés par cette qualification que donne le droit, en l'occurrence au sol et aux ressources naturelles et écosystèmes. Outil essentiel de la pensée juridique, la qualification permet de faire entrer un fait, un acte, une chose ou autre dans une catégorie juridique (préexistante ou sui generis) rattachée à un régime juridique qui lui est applicable.

Cet aspect de la qualification est si déterminant dans le thème du foncier qu'il nous a paru particulièrement opportun que des juristes engagent une analyse de la question. L'étude de la nature juridique du fonds et des ressources qu'il supporte va conduire à s'interroger sur les droits existants, posés par le législateur et ceux réellement mis en œuvre. En cela, la qualification des ressources foncières et naturelles dépend des systèmes de droits en vigueur intrinsèquement dépendant des contextes politiques (par exemple héritage coloniale français ou anglais), des influences exogènes et des réalités locales (représentations socio-culturelles, pratiques endogènes). La pluralité juridique qui s'exprime ainsi dans les contextes africains contribue à une diversité de qualifications prenant l'allure parfois d'un véritable syncrétisme juridique mêlant la légalité nationale aux droits appliqués plus localement.

De cette relative complexité apparente des dynamiques juridiques, se dégage une préoccupation majeure des politiques publiques : à la fois rendre applicable le droit législatif et faire émerger une gouvernance locale. La question qui ressort est celle-ci : quel droit pour quelle gouvernance locale ? Sans préfigurer d'une quelconque réponse, on peut penser que l'entrée dans la post modernité du droit va être celle de

l'éclosion et du développement d'un droit prospectif, dynamique, négocié et anticipatif. Ce thème est abordé dans la seconde partie de l'ouvrage.

Globalement, les contributions de cet ouvrage portant sur les relations du foncier et de l'environnement, posent les bases conceptuelles et méthodologiques d'un droit pour un développement durable à travers l'enjeu de la qualification juridique en première partie et celui d'un droit négocié en deuxième partie.

Bibliographie

BARRIÈRE Olivier & BARRIÈRE Catherine, 1996, « Systèmes fonciers dans le delta intérieur du Niger. De l'implosion du droit traditionnel à la recherche d'un droit propice à la sécurisation foncière » in Le Roy Étienne, Karsenty Alain, et Bertrand Alain (dir.) *La sécurisation foncière en Afrique noire, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 388 p., [pp.127-175].

BARRIÈRE Olivier & Catherine BARRIÈRE, 2002, *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, éditions IRD, collection « À travers champs », 476 p.

BOURDIEU Pierre, 1986, « Habitus, code et codification », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, sept 1986, pp.40-44.

BOUTELET Marguerite & FRITZ Jean-Claude (dir.), 2005, *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 345 pages

CROUSSE Bernard, 1991, « Foncier et environnement » in Le Bris Étienne, Le Roy Étienne et Mathieu Paul (dir.), *L'appropriation de la terre en Afrique noire. Manuel d'analyse, de décision et de gestion foncière*. Paris, Karthala, 359 p., col. Économie et développement, [pp.151-156].

DIJON Xavier, 1998, *Droit naturel*, tome 1 *Les questions du droit*, Paris, PUF, 618 p., col. Thémis droit privé.

FELIHO V. Jean Florentin, 1982, « L'immatriculation et la constatation des droits fonciers coutumiers » in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*. Tome V., Les Nouvelles Éditions Africaines. Abidjan, Dakar, Lomé., pp.133-141.

LALANDE André, 1993, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Quadrige/PUF, 2 tomes, 1280 p.

MERMET Laurent, BILLE Raphaël, LEROY Maya, NARCY Jean-Baptiste, POUX Xavier, 2005, « L'analyse stratégique de la gestion environnementale : un cadre théorique pour penser l'efficacité en matière d'environnement », in *Natures Sciences Sociétés* 13, 127-137.

ROULAND Norbert, 1988, *Anthropologie Juridique*, Paris, PUF, 496 p. col. Droit fondamental.

Première Partie
L'enjeu de la qualification du droit sur le
sol et les ressources naturelles
renouvelables

Introduction

La qualification par le droit des ressources naturelles et foncières induit trois types de questionnements essentiels portant d'une part, sur le mode de lecture du droit africain (a), d'autres part, sur la détermination de la relation légalité/légitimités locales (b) et enfin, sur la prospective d'un droit d'une gouvernance environnementale (c).

A - Comment appréhender la réalité du droit en Afrique, particulièrement du droit portant sur les ressources foncières et naturelles ?

La question peut paraître quelque peu étrange aux positivistes occidentaux. Cependant, elle constitue l'élément fondamental de la compréhension de la vie du droit africain. Déjà durant la période coloniale, les magistrats de l'institution judiciaire française s'interrogeaient sur la connaissance du droit lorsqu'un indigène était partie dans un litige. Dans le but d'éviter un déni de justice ou de prendre une décision incomprise ou décalée du contexte local, le juge s'accompagnait d'assesseurs coutumiers, menait des études sur les régulations juridiques locales, et parfois s'investissait jusqu'à la rédaction de « coutumiers »¹. Les indépendances n'ont pas radicalement changé la donne : les textes adoptés par les législateurs nationaux sont souvent restés le reflet d'une exogénéité et ne parviennent toujours pas à adopter un profil spécifique au pays ou adapté aux réalités concernées. Le référent du Droit posé procède trop souvent encore d'une logique occidentale pour des sociétés qui ne le sont pas. S'en tenir uniquement aux sources de droit classique, législation, jurisprudence et doctrine,

¹ Cf. Coutumiers juridiques de l'Afrique Occidentale française, 1939, t. 1 Sénégal (349 p.), t. 2 Soudan (401 p.), t. 3 Mauritanie, Niger, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinée française (610 p.), Paris, Librairie Larose ; Sur le droit colonial et le rôle du juge, cf. Bernard Durand et Martine Fabre (dir.), 2004 et 2006.

prend davantage l'allure d'un regard ethnocentrique que d'une approche éclairée du droit africain.

L'analyse se complexifie dès que l'on prend en charge de « l'intérieur » le droit des groupes sociaux, comment procéder compte tenu de la superposition des logiques juridiques ? Cette pluralité juridique exprime un syncrétisme pour certains, une superposition de droits pour d'autres ou encore une juxtaposition de systèmes où peuvent s'affronter ou s'ignorer ou entrer en contradiction le légal et l'endogène (qualifié de traditionnel, de coutumier, de local ou autre). La complexité apparente de la juridicité est d'autant plus grande que l'analyse dépend de la représentation du savoir et de l'expérience de son auteur.

Les textes présentés en sont une démonstration. Chaque auteur développe des argumentations qui apportent des éclairages différents de la juridicité, permettant de répondre aux questions posées de la compréhension de la vie du droit africain sous des angles variés.

Ainsi, par une lecture d'emboîtement des dynamiques environnementales et foncières, se décline le principe d'un lien existant entre les espaces socialisés (champs, parcours, pêcheries, terroirs, territoires, points focaux, ...) et les ressources que ces périmètres et réseaux supportent. D'une diversité de terrains africains (Sahel et Maghreb), Olivier Barrière contribue à faire ressortir les caractéristiques d'un droit d'une « socio-écologie », reflet d'une dialectique sociétés/nature sur la base de la fonctionnalisation de l'espace, le territoire. La grille d'analyse de la juridicité adoptée conduit aux développements de concepts, tels que ceux de maîtrise « foncière-environnementale » et de « droit intentionnel », pour tenter une lisibilité endogène, partant des acteurs et de leurs pratiques. Les définitions posées de ces notions sont à mettre en perspective avec celles d'autres auteurs de ce même ouvrage. Selon Olivier Barrière

« l'intérêt de la notion de maîtrise est de dépasser un cadre institutionnel spécifique pour intégrer la pluralité des mondes qui souvent se juxtaposent, entre les praxis locales, les politiques publiques nationales et les engagements internationaux. Cette mise en forme de la diversité et de l'imprécision légitime les actions dépendantes ou conséquentes en définissant une catégorie juridique répondant aux impératifs d'un développement durable. Partant de la pluralité des sources de droit et des systèmes juridiques, l'approche confère un caractère hybride à la maîtrise se définissant comme : la mise en forme d'un pouvoir de droits assortis d'obligations qui confèrent une légitimité sociale à l'exercice de prérogatives sur un espace déterminé ou une ressource naturelle, permettant la prise en charge d'une responsabilité objective dans une logique reproductive sur un long terme. Ainsi, quels que soient le mode de souveraineté en vigueur, les régimes juridiques en

cours sur les espaces et les ressources, la maîtrise se définit à travers les utilités et les fonctionnalités de ceux-ci. Par conséquent, cette approche nous conduit à définir la maîtrise de « foncière – environnementale », compte tenu de sa dimension intégrante et des enjeux écologiques liés à la reproduction sociale » (cf. *infra*).

En termes de gestion durable, d'un point de vue écologique, le même auteur pose le principe d'une régulation intentionnelle, élément clef de l'action publique ou communautaire territoriale :

« Le droit de gestion intentionnelle, ou de régulation intentionnelle, porte sur l'orientation des comportements vis-à-vis des ressources et de l'environnement. Ce droit procède de différentes échelles, nationale et locale, et se traduit au sein de politiques publiques environnementales, de législations foncières et environnementales, de divers modes d'incitations, de négociations sur des réglementations locales et le développement d'engagements contractuels ou consensuels autour de projets communs sur les ressources naturelles et les milieux. L'objectif est d'intervenir sur les droits précédents pour réguler l'accès et contrôler ou orienter les pratiques sur les ressources et sur les écosystèmes. Cette prérogative se répartit entre les rouages et centres de décisions de l'autorité du pouvoir central aux élus, aux représentants des lignages, des villages et autres autorités locales.

L'intention est posée par le surintendant qui en aucun cas ne s'implique matériellement dans l'action. Moyennant telle adoption de telle pratique ou le changement de tel comportement, le service technique de l'État ou le président de la commune rurale ou le chef de village, etc. accordera telle ou telle facilité, avantage, aide ou subvention en guise d'encouragement » (cf. *infra*).

Étienne Le Roy nous ouvre également une lecture de la juridicité, mais du droit foncier africain par un « méta-modèle de la juridicité plurielle du rapport de l'homme à la terre » réunissant quatre modèles spécifiques (représentations d'espaces, statut de la ressource, maîtrise foncière, gouvernance patrimoniale). Partant, lui aussi, de l'homme comme acteur, l'auteur souligne l'intérêt d'une théorie des maîtrises foncières en parallèle aux régimes juridiques du Code civil. La notion de maîtrise qu'Étienne Le Roy développe

« 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 foncières [...] en soulignant qu'à leur intersection des droits et des obligations particulières peuvent naître d'une affectation de l'espace et que cette responsabilité doit être plus ou moins préservée et sécurisée. La maîtrise est donc une catégorie juridico-politique et normativo-pratique : à cheval sur des dichotomies en les subsumant. Elle repose à la fois sur un mode de contrôle de l'espace qui induit des droits d'un type particulier à chaque niveau de

maîtrise identifié et un usage (une « affectation ») reconnu à un groupe ou à une personne » (cf. *infra*).

L'objectif est bien d'opérer une intégration du traditionnel au moderne, ou de réussir le passage de l'endogène à la contemporanéité de l'économie marchande mondialisée. Les auteurs s'arc-boutent ainsi sur des analyses intégratrices de la pluralité des régimes de droit, allant jusqu'à des mixités pragmatiques, comme celles combinant droits de propriété et droits qui n'en sont pas vraiment, car issus d'autres systèmes juridiques, mais qui le deviennent aux yeux du commun (ce qui conduit à « la propriété coutumière »). Cependant, la complexité des situations impose de découvrir de nouveaux concepts pour décrire des situations d'entre-deux en évitant de tomber dans des raccourcis ou des caricatures.

Dans la problématique foncière, il n'est pas certain que ce soit le fonds lui-même qui soit l'enjeu premier. Quand on part des acteurs et de leurs pratiques, l'intérêt se situe moins sur le support que sur la fonction ou les utilités propres à l'espace. L'usage du terme flou « espace » est symptomatique de l'idée de s'appesantir davantage sur ses fonctionnalités que sur sa délimitation même. En soi, l'espace n'est pas un objet, mais un contenant d'actions. En Afrique, l'impossibilité de généraliser la propriété de l'art.544 du code civil provient certainement, en partie, de la confrontation de cette logique cartésienne géométrique et arithmétique à la logique de la multifonctionnalité des enjeux, actes et interventions sur un même support de ressources plus ou moins diverses (terre, pâturage, forêts, ...) (cf. Olivier et Catherine Barrière, 2002). La dynamique de la multifonctionnalité rencontrée dans le delta intérieur du Niger au Mali a conduit le développement d'un « droit à inventer » (*ibidem*) qui repose sur une traduction locale des fonctions et des utilités de l'espace (espace d'usages exprimés en « espace-ressource »).

Confrontée à d'autres terrains, une lecture générique nous est ici présentée en termes de droits de jouissance, d'administration et de surintendance qui s'organisent au sein des régulations locales (cf *infra*). Ces régulations se fondent sur la valeur des utilités et sur les pratiques associées et non sur le fonds qui les supporte. Par conséquent, les acteurs sont titulaires de « droits de » (chasser, cultiver, pâture, pêcher, accéder à un lieu, etc.) qui constituent un « faisceau de prérogatives ». L'objet de l'appropriation entre les groupes et les individus sur les espaces porte sur ces prérogatives, contrairement à la logique inverse occidentale qui consiste à s'approprier l'espace pour y exercer une exclusivité et une disposition quelle que soit l'affectation qui lui est conférée. La territorialisation trouve ainsi en Afrique son fondement dans les modes d'exploitation qui expriment des modalités d'action spatio-temporaires, qu'Alain Rochede identifie comme des biens incorporels (cf *infra*).

Pour cet auteur, l'action juridique (droit de cultiver, droit de pâturer, droit de couper, droit de pêcher, etc.), traduit un « droit d'agir » qui ne peut être confondu avec la chose sur laquelle il s'exerce. La propriété porterait sur ce « droit d'agir » et non sur le fonds lui-même :

« [...] on mesure bien que la pertinence du droit de propriété ne repose sans doute pas dans ce droit sur la « chose », mais [...] sur l'objet du droit. Et il semble apparaître clairement alors que cet objet devrait avoir, en matière foncière au moins, une valeur d'« utilité » sans laquelle il ne pourrait pas devenir « bien » pour le détenteur du droit. Autrement dit, c'est plutôt la question du bien foncier qui devrait être posée [...] ; savoir ce qui peut devenir « bien ». Cette nuance est d'importance car elle pourrait être utilisée pour justifier la question de savoir si la « valeur d'utilité » attachée à la parcelle, autrement dit, la valeur résultant de ce que l'on prétend ou prévoit de faire du terrain parce qu'on est propriétaire du « droit d'agir » qui s'y attache, ne pourrait pas constituer le « bien ». Ce « droit d'agir », objet de la propriété, pourrait alors apparaître comme un droit incorporel, ne se confondant pas avec la chose sur laquelle il s'exerce, celle-ci n'ayant pas d'intérêt juridique en elle-même, sans l'utilité, la valeur d'usage [...]. Autrement dit, si on considère que objet et chose ou bien ne sont pas synonymes juridiquement, la même analyse peut fort bien expliquer que soit un bien incorporel une action de droit, sans pour autant devenir une chose. Une telle analyse qui pourrait paraître étrange, incompréhensible, à des juristes appartenant à des cultures où l'espace est délimité géométriquement en parcelles de divers statuts, peut au contraire, dans d'autres paysages et cultures, permettre de répondre à la question fondamentale de droits de propriété foncière se superposant sur un même espace selon des modalités temporelles et fonctionnelles plus ou moins cycliques » (cf. *infra*)¹.

L'utilité du sol identifié comme un bien incorporel serait, lui, objet de propriétés plutôt que le sol lui-même qui endosse souvent en Afrique la tenue du patrimoine commun à un groupe lignager, clanique ou à une communauté d'habitants (du village à la nation) sous la forme d'un statut d'inaliénabilité, d'incessibilité et d'imprescriptibilité : propriété collective des tribus *amazigh* marocaines du Haut Atlas, domaine national du Sénégal, domanialité public, espaces privatisés de terroirs ne pouvant sortir du lignage, etc. (cf. *infra* contribution de Olivier Barrière). On retrouve ainsi la notion médiévale de la « propriété utile » qui s'oppose à la « propriété directe » (ou éminente) détenue par le seigneur². Dans la contemporanéité africaine, la propriété éminente peut être celle

¹ Sur le droit d'agir voir aussi Alain Rochegude 2005

² cf. *infra*, les développements de Caroline Plançon à propos de l'emphytéose avec les citations de Jean Bart (1998).

d'un régime domanial ou celle d'une « propriété collective » d'une institution déterminée disposant de la personnalité juridique (tribu, collectivités...), ou pourrait s'assimiler au patrimoine commun d'un corps moral passé, présent et à venir.

Les différents travaux de recherche présentés ici se complètent et se rejoignent en fonction des représentations, des compréhensions et des expériences de chacun des auteurs. Poursuivons.

B - Quid de la légalisation du légitime local ?

Nombreux sont dans cette publication les auteurs qui abordent cette question essentielle des rapports entre légitimités locales et légalité nationale voire internationale. Samuel Nguiffo concentre en grande partie son intervention sur cet enjeu en s'interrogeant sur le défi de la construction d'une régulation qui combine à la fois la pluralité et la complexité des systèmes juridiques que rencontrent les pays africains. Le défi consiste selon l'auteur « à améliorer l'ancrage local du droit légiféré [...] en inversant l'acculturation juridique et en renforçant les modalités de la prise en compte des éléments du contexte national » (cf. *infra*). En ce sens, le droit traditionnel devrait être susceptible de servir « de référent obligatoire » (*ibidem*) à la loi dans le but d'ancrer sa légitimité au sein des groupes sociaux. Fort de convictions et de propositions, Samuel Nguiffo insiste sur la nécessité de la mise en œuvre d'un processus législatif qu'il qualifie « d'ouvert et participatif » afin de réduire l'éloignement de la loi des logiques juridiques endogènes. Ce rapprochement permettrait dans un même temps d'apporter une effectivité législative. L'auteur croit en une superposition des normes coutumières à celles de l'État au moyen notamment d'une extension de la notion de propriété aux pratiques locales. Il prône ainsi la reconnaissance de droits collectifs et le recours au concept de patrimoine commun.

À un autre niveau, Nadia Belaïdi argumente dans le cas de la gestion du delta de l'Okavango, pour une « articulation des droits d'origine différente dans sa capacité à produire un droit qui saisisse les problématiques internationalisées tout en étant adapté aux réalités locales » (cf. *infra*). De cette articulation, issue d'une superposition d'une pluralité de normes, un droit de l'environnement se dégage et s'inscrit simultanément dans les légitimités locales et la légalité nationale et internationale. L'auteur décortique les éléments de l'émergence d'un « ordre public écologique », comme fondement d'une régulation orchestrée entre le local et le global.

L'ordre public qualifié d'écologique se définit comme « construit par des hommes en société et exprimant les valeurs fondamentales qu'ils peuvent accorder au respect de leur environnement naturel et aux rapports

qu'ils entretiennent entre eux qui sont susceptibles de l'affecter» (Marguerite Boutelet & Jean-Claude Fritz, 2005 : IX). Nadia Belaïdi le définit plus précisément comme « un ensemble de règles acceptées et reconnues par tous dont le but est de protéger les processus écologiques supports de toute vie dans la perspective d'assurer le développement durable et le bien-être de l'humanité» (*infra*). En fonction de l'importance que le groupe accorde aux ressources naturelles, se développe un niveau de contraintes de conservation de leur substance qui se traduit au sein d'une régulation juridique plus ou moins étoffée et précise. Les valeurs du groupe et le droit qui en découle seront d'autant plus de nature « écologique » que la corrélation entre reproduction sociale (survie du groupe) et pratiques destructrices est faite. Nous pourrions traduire ainsi l'ordre public écologique comme celui d'une régulation juridique associée à la co-viabilité des systèmes sociaux et des systèmes écologiques, ou le droit d'une socio-écologie.

C - Du statut quo aux perspectives en cours : quelles alternatives au régime de la propriété foncière ?

Cette dernière interrogation n'est pas la moindre. Elle découle des deux précédentes : comprendre la nature du droit africain et penser local/global en associant légitimités et légalités. Les éléments d'analyse formulés participent à répondre à la question de la construction d'un droit des ressources naturelles et d'un droit foncier. Les propos précédents sont éclairants sur la nécessité d'innover, d'élaborer des catégories *sui generis* et surtout d'adopter une démarche partant des acteurs et de leurs légitimités. Cependant de nombreux pays se posent la question de la reformulation de leur politique foncière et du droit associé à l'émergence d'une gouvernance environnementale locale.

Si l'expérience coloniale de la tentative de généralisation de la propriété foncière n'a pas été concluante, les alternatives sévissent surtout autour d'un statut quo que les États craignent de perturber. Bien sûr, Madagascar s'est lancé dans une profonde réforme débouchant sur un régime de « propriété non titrée » (Rocheude, *infra*), le Sénégal dispose d'un « domaine national » depuis 1964 qu'il convient de réformer (Plançon *infra*), de nombreux pays ont adopté un code de l'environnement, le Mali s'est doté d'une loi « pasto-environnementale » (Rocheude *infra*), etc. Mais reste-t-il vraiment une alternative à la propriété privée du sol ? Si la question formulée ainsi (en introduction) se veut provocante, elle demeure dans toutes des consciences avec des convictions plus ou moins arrêtées, ou meurtries de doutes et d'incertitudes. Pourtant, l'interprète traduira toujours par « propriétaire »

et « la propriété » (rarement ou jamais « droit de propriété ») sans savoir quel autre terme utiliser même s'il s'agit d'un droit de garde¹, d'une titularité, d'une occupation précaire ou d'un droit d'exploitation dépendant d'une volonté communautaire, etc. Les premiers auteurs de notre réflexion collective n'évitent pas cette interrogation, en argumentant sur les perspectives d'une gouvernance patrimoniale par la reconnaissance d'un régime de patrimoine commun, en ouvrant des orientations conceptuelles novatrices, en dégagant de nouveaux champs de recherche.

Cependant, ne frisent-ils pas l'utopie ? Ne serait-il pas plus sage de se concentrer sur de nouveaux types de propriétés et de rapports d'appropriation en abandonnant toute illusion de régime patrimonial et en maintenant en incantation le droit des générations futures ? Peut-être, mais alors, sans situer le droit sur un temps long, sans entrer dans une perspective de transmission intergénérationnelle, comment traiter le développement durable ?

Les contributions suivantes sont très éclairantes à propos d'alternatives à la propriété foncière. Trois perspectives sont envisagées : celle de la réforme de Madagascar de 2005 définissant une « propriété non titrée », celle de la réforme du domaine national sénégalais avec une orientation envisagée de bail emphytéotique et gestion en fiducie, et celle du cadastrage et de l'immatriculation foncière et de la généralisation du droit de propriété au Vanuatu.

Le choix d'une étude sur une île du Pacifique sud (Mélanésie), ouvre notre débat volontairement hors de l'Afrique car celui-ci ne peut en rien être circonscrit à ce continent. La problématique du droit foncier et de l'environnement se pose partout ailleurs et cet ouvrage ne fait qu'entrouvrir une brèche sur une thématique inépuisable en soi et d'autant plus que l'on se situe sur le registre du développement durable.

Le fondement de la réforme foncière malgache, que nous présente Alain Rochegude, repose sur deux innovations fondamentales : la suppression de la présomption de domanialité et la définition d'une propriété fonctionnelle par « la reconnaissance des droits d'occupation et de jouissance comme des droits de propriété »².

¹ À ce propos, on se référera à l'analyse monographique faite par l'anthropologue Jean-Pierre Jacob sur le *Gouvernement de la nature et des hommes en pays winye (Burkina Faso)*, 2007 : 92.

² Loi n°2005-19 du 17 octobre 2005 fixant le cadre qui détermine les différents statuts des terres et pose les principes qui doivent les présider.

Le législateur pose ainsi, par voie de conséquence, le principe de la reconnaissance des pratiques locales : « Cette nouvelle « propriété non titrée » pour reprendre l'appellation consacrée tant par les textes que par les praticiens, est particulièrement innovante tant dans la nature des droits pris en charge, qu'en ce qui concerne la procédure permettant d'établir la reconnaissance desdits droits. Ces derniers portent sur l'« ensemble des terrains, urbains comme ruraux, sur lesquels sont exercés des modes de détention du sol se traduisant par une emprise personnelle ou collective, réelle, évidente et permanente, selon les usages du moment et du lieu et selon la vocation du terrain, qui sont susceptibles d'être reconnus comme droit de propriété par un acte domanial » (Art. 33 Loi 2005-19). Autrement dit, ce sont les modes de détention, les pratiques des acteurs légitimés par le consensus communautaire local non écrit, qui vont désormais fonder le droit de propriété. Cette approche est d'autant plus importante qu'elle ne se réfère pas à de prétendus droits coutumiers dont la difficulté d'établir le caractère traditionnel est bien connu à la fois historiquement et dans la recherche. La formule « selon les usages du moment et du lieu, et selon la vocation du terrain », détermine des conditions d'appréciation souples et surtout adaptables en fonction des évolutions locales ». L'innovation est en effet de taille. Alain Rohegude souligne les risques d'une telle réforme face aux inquiétudes et aux interrogations qu'elle soulève.

La loi sénégalaise d'orientation agro-sylvo-pastorale du 4 juin 2004 (JO n°6176 du 14 août 2004) devrait conduire, elle aussi, à une refonte globale du système foncier et à un renforcement du cadre de la décentralisation dans un projet de société autour du devenir du domaine national. La loi foncière annoncée est cependant toujours attendue. Dans sa présentation de la réforme foncière au Sénégal, Caroline Plançon part des travaux préparatoires de cette dernière. Le cas d'espèce est pour nous particulièrement intéressant : quelles options le Sénégal est-il susceptible de prendre pour sa gouvernance territoriale, foncière et environnementale ?

Le régime du domaine national réclame une réforme en raison de son inadéquation. Ce qui fait dire à Caroline Plançon que le Sénégal

« pourrait s'orienter vers une disparition du domaine national. La réforme s'inscrit dans le cadre du renforcement des compétences et des moyens attribués aux collectivités locales, seule politique qui peut donner un vrai contenu à la décentralisation. Ainsi, l'option mixte retenue par le Rapport final de l'Atelier national sur le projet de réforme foncière tend à ériger les anciens terrains du domaine national en domaine privé des collectivités locales. Celles-ci auraient compétence pour affecter et désaffecter les terrains. Inspirée par le souci de maintenir le patrimoine national, la réforme préconise de systématiser la

conclusion de baux emphytéotiques avec les particuliers qui s'engageront à mettre en valeur la parcelle. Cette modalité de la réforme si elle était poursuivie, limiterait l'accès à la propriété pleine et absolue, et mettrait l'accent sur les droits d'usage ». (cf. *infra*)

Ici tout comme à Madagascar l'enjeu est de valoriser davantage l'exploitation même de la terre (son « usage »). Cependant, l'option n'est pas directement une reconnaissance des pratiques d'occupation et de jouissance en vigueur et le développement d'une « propriété non titrée », mais les travaux préparatoires envisageraient une généralisation du bail emphytéotique sous une mainmise communale. De la sorte, le Sénégal éviterait d'entrer dans un processus de « propriété privative du sol ». Les prérogatives de jouissance seraient par conséquent réinvesties par la place accordée aux acteurs locaux reconnus, au détriment d'une logique purement capitaliste (marché foncier, spéculations...).

L'objet du bail emphytéotique rural est la mise en valeur des parcelles de culture. Ce bail définit un statut tiré d'une concession à long terme (cf. Gravillon 2003). Véritable droit réel, il permet au preneur de pouvoir retirer les utilités que la terre procure. On en revient à cette dualité propriété éminente et propriété utile. Partant de là, et tirant les leçons de l'expérience de ses travaux au Canada (Plançon 2006), Caroline Plançon effectue une mise en relation entre le projet de bail emphytéotique et le régime de la fiducie dans la perspective sénégalaise de réformer le régime des terres du domaine national.

La fiducie à fins de gestion, est un acte juridique de transfert de propriété (d'un bien corporel ou incorporel) d'une personne, le « fiduciaire », à une autre dénommée « fiduciaire » dans le but de gérer le bien dans l'intérêt du fiduciaire sous l'obligation de le rétrocéder à ce dernier. La définition donnée par l'auteur de la contribution, en citant Belanger-Hardy (1997), est celle du trust dans la common law :

« une fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire, détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes, appelées bénéficiaires (*cestui que trust*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier. Une fiducie donne lieu à un rapport juridique dans le cadre duquel la personne désignée comme fiduciaire, qui peut être une personne physique ou morale, doit exercer ses droits sur les biens en fiducie au profit des bénéficiaires ou en fonction de la fin indiquée. Cette personne est véritablement propriétaire en *common law* des biens, alors que les bénéficiaires en sont propriétaire en *equity* ».

Pour établir un parallèle avec le droit français, le fiduciaire (*trustee*) joue le rôle d'un usufruitier, qui a la jouissance des choses (patrimoine d'affectation) dont un autre a la propriété avec l'obligation (la charge)

d'en conserver la substance. Tandis que le fiduciaire (ou bénéficiaire en droit anglais) serait le nu-propriétaire. Dans ce montage juridique, qui ouvre de réelles perspectives pour une gestion patrimoniale,

« le caractère temporel est une dimension importante dans les montages juridiques de la fiducie, et entre en cohérence avec notre perspective de gestion patrimoniale des ressources naturelles et des sols. Or, ces montages, comme ceux du bail emphytéotique, sont fondés sur des fictions juridiques essentielles pour la compréhension des rapports socio-juridiques sur le sol et ses ressources. Le fait que le bénéficiaire puisse ne pas être encore né ou encore, que le patrimoine appartienne à une personnalité morale, atteste du réel pouvoir normatif de ces fictions juridiques ».

Si la privatisation n'est pas forcément synonyme d'appropriation du fonds, les deux exemples de réforme foncière abordés précédemment démontrent qu'il reste possible de contourner une généralisation privée du caractère exclusif et absolu des rapports à la terre.

Le cas du Vanuatu n'entre pas dans cette logique et dans la contribution de Laurent Chassot il n'est pas envisagé d'autre alternative possible qu'un cadastrage et un enregistrement généralisé de l'ensemble des terres, sous peine d'une spoliation foncière des autochtones vanuatais. Pourtant, la Constitution reconnaît expressément le régime foncier coutumier (art.73 & 74) sous la terminologie de « propriétaires coutumiers ». Le système du Vanuatu abonde dans un syncrétisme énoncé quand l'article 74 de la Constitution dispose que « les règles coutumières constituent le fondement des droits de propriété et d'usage des terres » (Chassot *infra*). Au regard des exemples africains énoncés, cette approche semble peu innovante¹.

En effet, comme nous venons de le voir, ni le Sénégal ni Madagascar ne font référence directement aux « droits coutumiers » dans leurs réformes foncières (en projet ou effective) respectives notamment en raison des multiples problèmes souvent soulevés par la référence au « traditionnel » ou au « coutumier », dont spécifiquement l'émergence de multiples conflits de revendications. En revanche, la prise en compte des pratiques et des usages en cours permet de délimiter un champ temporel accessible et d'entrer dans une logique fonctionnelle beaucoup plus accessible.

Dans la situation du Vanuatu, le pas à franchir vers la formalisation d'un « patrimoine commun » indiqué par Laurent Chassot peut être

¹ Cette référence aux « règles coutumières » nous renvoie à l'esprit des administrateurs coloniaux des décrets AOF du 20 mai 1955 et du 26 juillet 1932 avec une procédure de reconnaissance des « droits coutumiers ».

justement un enjeu mobilisateur autour de la question foncière, mais c'est peut-être sans compter sur une logique économique ne laissant justement aucune place à un quelconque « compromis ». Preuve en est, le fait que la reconnaissance des droits de « propriété coutumière » génère une multiplication de litiges engorgeant le greffe de la Cour suprême. Aussi,

« ne faut-il pas désormais envisager de se tourner vers un système pro-actif, basé sur l'enregistrement programmé de toutes les terres ? On pourrait ainsi envisager à moyen terme – sur 20 ans selon les prévisions de certains experts – de déterminer avec précision les propriétaires coutumiers de toutes les terres, mettant ainsi un terme à toute revendication abusive. La réussite de ce projet s'inscrit en pointillés, mais le microcosme propre à ce micro-État peut peut-être favoriser une solution difficilement inapplicable dans nombre de pays » (cf. *infra*).

Pour l'auteur, la nécessité d'établir un cadastre et de « titriser » l'ensemble des terres, (soit 98 % de la superficie du territoire dont 2% sont actuellement enregistrées) ne fait aucun doute. Cependant, Laurent Chassot souligne les marges d'erreurs possibles dans les enregistrements, les oppositions des chefs coutumiers, la non viabilité financière de l'opération, l'explosion de revendications foncières et constate que finalement « enregistrer les terres reviendrait à supprimer toute flexibilité au droit foncier [...] ». En outre, les enregistrements des terres à des fins de locations de longue durée (jusqu'à 75 ans) pénalisent les autochtones bailleurs qui ne peuvent récupérer leur terrain en raison de l'impossibilité dans laquelle ils sont d'indemniser les preneurs (investisseurs immobiliers), se trouvant ainsi dans l'obligation de renouveler le bail.

Cet exemple du Vanuatu souligne bien la nécessité de sortir de l'ornière du *dominium* du fonds pour s'ouvrir sur des alternatives novatrices. Et précisément, nous entrerons en seconde partie de l'ouvrage, dans la voie des perspectives d'un droit négocié, comme enjeu d'avenir.

Bibliographie

BARRIÈRE Olivier & BARRIÈRE Catherine, 2002, *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, Paris, éditions IRD, 476 p., col. À travers champs.

BART Jean, *Histoire du droit privé de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris : Montchrétien, 1998, 534 p.

BERKES Fikret (edited by), 1989, *Common property resources. Ecology and Community-Based Sustainable Development*, Belhaven Press / Pinter Publishers, London, 302 p.

BERKES Fikret & FOLKE Carl (edited by), 1998, *Linking social and ecological systems. Management practices and social mechanisms for building resilience*, Cambridge University Press, 459 p.

BELAIDI Nadia, 2004 *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Thèse Droit, Université de Bourgogne, 612 p.

BOUTELET Marguerite & FRITZ Jean-Claude (dir.), 2005, *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 345 pages

BROMLEY Daniel W. (edited by), 1992, *Making the commons work. Theory, Practice, and Policy*, ICS Press, San Francisco, California, 339 p.

CROUSSE Bernard, 1986 « L'émergence d'une problématique foncière et ses rationalités » in *Espaces disputés en Afrique noire. Pratiques foncières locales*, Paris, Karthala, pp.327-337.

DURAND Bernard (dir), 2006 *Administration coloniale en Afrique, entre politique centrale et réalité locale*, Annuaire d'histoire administrative européenne n°18 ;

DURAND Bernard et FABRE Martine (dir.), 2006 *Le juge et l'outre-mer*, tome 1, *Phinée le devin ou Les leçons du passé*, Lille, publications du Centre d'Histoire Judiciaire, 306 p. col. Histoire de la Justice.

DURAND Bernard et FABRE Martine (dir.), 2004, *Le juge et l'outre-mer*, tome 2, *Les roches bleues de l'empire colonial*, Lille, publications du Centre d'Histoire Judiciaire 479 p., col. Histoire de la justice.

FALLOUX François & ROCHEGUDE Alain, 1988 « La nécessaire maîtrise des espaces fonciers pour une gestion rationnelle des ressources » in *Lutte contre la désertification et gestion des ressources renouvelables dans les zones sahéniennes et soudanienne de l'Afrique de l'Ouest*, Document technique de la Banque Mondiale, n°70, pp.12-32. Origine : Atelier sur le contrôle de la désertification et la gestion des ressources renouvelables dans les zones sahéniennes et soudanienne de l'Afrique de l'Ouest, le 8-14 juin 1986, Oslo.

FELIHO V. Jean Florentin, 1982 « L'immatriculation et la constatation des droits fonciers coutumiers » in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*. Tome V., Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Éditions Africaines, pp.133-141.

JACOB Jean-Pierre, 2007, *Terres privées, terres communes. Gouvernement de la nature et des hommes en pays winye*, Paris, éd. IRD, 281 p., col. À travers champs.

MADJARIAN Grégoire, 1991 *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 313 p.

OLAWALE Elias T., 1961 *La nature du droit coutumier africain*. Paris, Présence africaine, 321 p.

OSTROM Elinor, 1990, *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*, Political Economy of Institutions and Decisions, Cambridge University Press, 280 p.

OSTROM Elinor, 2001 (a), « Commons », in *Encyclopedia of Global Change : Environment Change and Human Society*, New York, Oxford University Press, 215-218.

OSTROM Elinor, 2001 (b), « The puzzle of counterproductive property rights reforms : a conceptual analysis » in Alain de Janvry, Gustavo Gordillo, Jean-Philippe Plateau, *Access to land, rural property, and public action*, Oxford, New-York, Oxford University press, 451 p., col. WIDER studies in development economics, [pp. 129-150]

PRIEUR Michel, 1991, *Droit de l'environnement*, (2^e éd), Paris, Dalloz, 775 p., col. Précis Dalloz.

PLANCON Caroline, 2006 *La représentation dans la production et l'application du droit. Études de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal*, Thèse Droit, Université Paris 1, 593 p.

ROCHEGUDE Alain, 1976, *Le droit de la terre au Mali. Un aspect juridique du développement économique*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, sous la direction de Xavier Blanc-Jouvan, 645 p., 2 tomes, Ronéo.

ROCHEGUDE Alain, 1982 « La logique foncière de l'État depuis la colonisation: L'expérience malienne » in Le Bris Étienne, Le Roy Étienne et Leimdorfer F., *Enjeux fonciers en Afrique Noire*, Paris, Karthala & ORSTOM, 425 p. [pp.141-148].

ROCHEGUDE Alain, 1986 « De la nécessité d'un droit des terres » in Verdier Raymond et Rochegude Alain (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village, Afrique noire francophone*, Paris, L'Harmattan, 296 p., col. Alternatives paysannes, [pp.53-70].

ROCHEGUDE Alain, 2005, Le « droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière », in *Cahiers d'Anthropologie du droit 2005, Droit, gouvernance et développement durable*, sous la dir. de Christoph Eberhard, pp. 59-72.

ROULAND Norbert, 1988, *Anthropologie Juridique*, Paris, PUF, 496 p., col. droit fondamental.

SCHLAGER Edella and OSTROM Elinor, 1992, "Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis" in *Land Economics*, August, 68 (3), pp. 249-262.

L'intégration du droit dans la dialectique sociétés- écosystèmes, le droit d'une « socio-écologie »

Le droit d'une socio-écologie peut être défini comme le droit des relations entre les individus, les groupes et leurs milieux de vie. Ce lien relationnel est amplement construit par une dimension juridique dont l'objet est une mise en forme de la pacification sociale, s'exprimant dans la notion d'ordre public. Les dynamiques de droit qui se situent au sein des relations sociétés/nature vont dépendre à la fois du jeu des rapports sociaux entre groupes et entre individus et des valeurs environnementales reconnues dans le champ de la reproduction sociale. L'ordre juridique établi prendra en charge d'autant plus une dimension socio-écologique que l'intérêt général englobera des préoccupations environnementales. La reconnaissance d'un principe de préjudice écologique par le tribunal correctionnel de Paris, le 16 janvier 2008, en est un exemple.

Penser un droit de l'environnement pour l'Afrique, c'est d'abord penser un droit africain de l'environnement qui se définit par deux aspects : dialectique et intégré.

L'entrée dans une logique dialectique du droit dépasse une hiérarchie de normes où le droit prétend s'imposer du « haut » sans lien référentiel au « bas ». La nature de cette logique repose et se construit à partir d'une éthique, d'une conscience écologique endogène au groupe social. Le lien et les liants entre les échelles, internationale, régionale, nationale et locale, constituent justement les enjeux du droit moderne. Dans un même temps, le rapport dialectique du droit à l'environnement se définit dans la reconnaissance d'une pluralité juridique fusionnant la légalité aux légitimités.

La notion dualiste de conservation pose un problème sérieux dans les pays du Sud en raison du fait qu'elle conduit à un choix entre l'homme ou la nature en opposant les deux : le comportement « naturel » de

l'homme va être d'exploiter, de prélever, de produire et la conservation va restreindre, empêcher, limiter cette liberté. Les sociétés en Afrique souvent le perçoivent comme une forme de « castration » imposée, amenée par l'extérieur (services forestiers, Occidentaux, projets de développement, ONG internationales...). Cela se traduit par un rejet et de nombreux échecs¹. L'enjeu est d'éviter de présenter un contexte d'opposition mais plutôt de développer une approche intégrative où le groupe reste viable dans un environnement viable. La viabilité des ressources et des familles ne forme qu'un dans le cadre d'une gestion qui s'intègre mutuellement². Il s'agit donc de surfer davantage sur un système juridique qui soit davantage inclusif qu'exclusif.

En fin de compte l'objectif se concentre sur la définition d'un droit africain de l'environnement « collant » aux réalités culturelles et écologiques. Sa nature interculturelle, (une pluralité juridique prononcée), et son action transversale conduisent à s'interroger sur l'isolement d'une telle branche du droit particulièrement dépendante en Afrique des activités rurales. Penser un droit de l'environnement en Afrique c'est par conséquent le fonder sur une éthique d'une nature englobante dont les sociétés font partie plutôt que de s'en séparer et de vouloir se mettre à l'extérieur et raisonner en termes de protection. Ce qui nous conduit à préférer parler de co-viabilité où les systèmes sociaux dépendent pour leur reproduction et leur survie des systèmes écologiques dans lesquels ils vivent et desquels ils restent dépendants.

Comme on l'a dit dans l'introduction, la co-viabilité se définit par un équilibre entre les besoins des sociétés pour leur reproduction et le maintien des processus écologiques, biotiques et abiotiques, et des composants (biotopes et biocénose). En quelque sorte, la co-viabilité définit l'union des mondes culturels (les systèmes sociaux) et naturels (les écosystèmes), en d'autres termes une réconciliation entre l'homme et la biosphère. Les relations entre les sociétés et la nature s'expriment au sein d'une biosphère où les groupes humains ne peuvent se considérer comme extérieurs. La biosphère est appréhendée par le droit d'une façon soit anthropocentrique (le monde vivant est vu sous l'angle des ressources), soit d'une façon « écocentrique » (la prise en compte de la

¹ Les auteurs de certains projets de développement portant sur l'environnement sont priés de renoncer aux plans intégrés de conservation qu'ils envisageaient de réaliser. La notion d'environnement est associée, souvent au Maghreb, au service forestier dont l'attitude répressive discrédite ou génère le rejet de programmes portant sur ce thème.

² En effet, selon Georges Guille-Escuret (1989 : 24), « celui qui prétend que les tabous alimentaires d'un peuple amazonien ne sont finalement que des retranscriptions culturelles de nécessités écologiques, ne défend pas qu'une vision de l'Homme dans la Nature : il exprime aussi les principes fondateurs d'une gestion de l'un dans l'autre ».

valeur intrinsèque des éléments naturels) soit les deux à la fois par la notion de développement durable.

Le système juridique faisant partie du système social, les régimes juridiques portant sur les aspects environnementaux (les milieux, les éléments naturels, les activités humaines liées à ces espaces et ressources) déterminent les comportements (prérogatives et obligations encadrant l'usage des ressources) des différents acteurs impliqués de près ou de loin sur le terrain. Ce qui nous conduit au registre de l'action environnementale du droit : quelle est exactement sa fonction ? S'agit-il de traduire sur l'autel du besoin l'objet environnement ou de l'ériger en sujet de droit ? Si la régulation environnementale n'est pas étrangère aux sociétés africaines, elle repose essentiellement sur une dynamique de relations internes au groupe ou entre groupes sociaux. Ce n'est généralement pas en soi un **droit de** l'environnement mais davantage une organisation du partage de la ressource naturelle renouvelable, afin de gérer les rapports entre les membres ou entre les groupes pour éviter les conflits sur la ressource. Le droit exclusif sur une ressource ne détermine pas pour autant une gestion écologique de celle-ci, mais d'abord une gestion des conflits d'accès. C'est le cas par exemple des pâturages de haute montagne du Haut Atlas marocain, où la mise en défens temporaire avec des jours d'ouverture et de fermeture de l'accès exprime à la fois une exclusivité d'un groupe sur la ressource pastorale et une équité interne pour l'accès à cette ressource. L'idée d'un repos végétal existe bien mais n'est pas l'élément premier, déterminant, dans la définition d'un pâturage commun par les acteurs. C'est également le cas de la récolte de fruits sauvages en pays Bassari dont la période d'accès est régulée en fonction de la maturité des fruits, d'abord pour que l'accès soit équitable entre tous et ensuite pour éviter le gaspillage ou le préjudice à la ressource. La ressource est d'abord une ressource « partagée » qui se définit par l'organisation de la répartition à son accès.

Nous en déduisons que la régulation environnementale passe par trois stades : a) un rapport à une entité géographique, l'espace, puis b) un accès à la ressource vivante avant de se traduire par c) des comportements soumis à une pluralité juridique portant simultanément sur les espaces et les ressources. Nous abordons ainsi les questions centrales du droit de la biodiversité dont l'objet à l'échelle locale porte en priorité sur l'accès aux ressources naturelles renouvelables (espèces, biocénose) et sur la conservation des milieux (biotopes) avant de se

focaliser à d'autres échelles (régionale, internationale) sur les espèces, les aires, les milieux, les gènes et les savoirs¹.

L'analyse du droit intrinsèque aux dynamiques sociales par rapport à l'environnement va nous conduire à nous poser la question de l'implication de la recherche en droit : faut-il se limiter à une approche exégétique ou aller plus loin en développant des éléments de réponse, au moyen d'une recherche proche des réalités des acteurs locaux ? Cette dernière perspective se rapproche davantage de celle d'un artisan du pragmatisme à travers une lecture juridique des enjeux territoriaux quant à l'espace et aux ressources.

Dans notre démarche, le droit dans la dialectique « sociétés-écosystèmes » se pense à travers la notion de territoire qui, à la fois, fonde les rapports environnementaux (I) et les droits sur les ressources naturelles (II). L'approche en anthropologie juridique développée ici situe l'espace au cœur des enjeux de reproduction sociale, comme élément structurant et moteur de la diversité des *praxis*.

I. Les enjeux juridiques sur l'espace : le territoire, fondement des rapports environnementaux

Les sociétés organisent l'espace environnemental en territoires, un partage de l'espace qui conditionne en grande partie les rapports des hommes à la biosphère. Ce partage se traduit par une dynamique foncière qui constitue le socle de la recherche d'une co-viabilité des systèmes sociaux et écologiques. Par la territorialisation, l'espace entre dans la sphère du juridique en associant des dynamiques de pouvoirs sur des fractions d'espaces (A). Les souverainetés qui s'en dégagent organisent les rapports privé/commun/collectif/public autour des enjeux des ressources foncières. Les régimes juridiques et les catégories qui en découlent (B) ne seront pas sans conséquence sur l'édification des droits sur les ressources naturelles renouvelables en raison des destinations et affectations des espaces territorialisés.

A - Le territoire, une construction juridique de l'espace

Nous partons d'une définition de la façon d'identifier et de comprendre le territoire en anthropologie juridique afin de poursuivre sur un examen de la manière dont le législateur investit l'espace dans sa

¹ Que nous n'aborderons pas ici. Cf. en droit international, Sadeleer et Born 2004. Sur les rapports sciences sociales et biodiversité, Geneviève Michon, 2003.

logique foncière et de la façon dont le droit construit les territoires au sein des sociétés en milieu rural.

1. L'espace structuré en territoires

La notion de territoire sert à lier pouvoir de droit(s) et espace délimité : il désigne « l'assise spatiale sur laquelle une autorité dispose de compétences particulières » (Poirat in Alland & Rials dir. 2003 : 1474). La science juridique définit très souvent le territoire en se référant constamment à l'État (ou à un de ses niveaux infra-étatique), c'est le lieu où s'exerce son *dominium* (territoire chose) ou son *imperium* (territoire espace). Dans cette acception limitée, il est fait référence à des portions du territoire national qui sont soumises à des régimes particuliers. L'anthropologie du droit permet de détacher cette définition du territoire du pouvoir étatique qui dispose de la violence légitime. Ce recul est nécessaire dans les contextes africains où les espaces de pouvoirs dépassent largement le cadre étatique.

Nous retiendrons que le territoire est d'abord un espace géographique polymorphe, polygonale ou formé de points focaux ou de parcours (d'un point à un autre) dans le cadre d'échelles spatiales différentes (du micro-local au national et au supra-national). Quelles que soient sa forme et son échelle, le territoire constitue dans l'espace une forme d'accaparement fonctionnel d'éléments bio-physiques par un ou plusieurs centres de pouvoirs qui vont exercer des compétences spécifiques. Les acteurs exercent au sein d'un espace territorialisé des pratiques avec des émotions, des sentiments d'appartenance, d'identité¹ que le droit exprime par des modèles de comportement, des prérogatives, des obligations, des limites orchestrées par une pluralité d'ordres juridiques (non coordonnés et simultanément valides à l'égard des mêmes personnes) où les régimes d'organisation et de gestion s'enchevêtrent jusqu'à se superposer et parfois s'opposer.

La construction sociale de l'espace que traduit le territoire, comme assise et produit culturel, intègre complètement l'analyse juridique en raison de l'enchâssement de la régulation juridique dans les dynamiques sociales. Le territoire est ainsi la projection sur un espace donné des structures spécifiques d'un groupe humain, incluant le mode de découpage, de gestion et d'aménagement de l'espace. À cette définition se rajoute la conception qui présente un caractère vital de l'espace

¹ D'après Chantal Blanc-Pamard & Laurence Quinty-Bourgeois, « *le territoire est bien le ciment d'une construction identitaire* » in Bonnemaïson, Cambrezy & Quinty-Bourgeois, 1999 : 14.

territorialisé, en raison de son enjeu pour la reproduction du groupe¹. Celle-ci de type écologique justifie l'implication du droit dans les rapports à la territorialité dans laquelle les sociétés n'hésitent pas à s'investir pour la défense de leurs pouvoirs sur l'espace et qui s'expriment dans les droits fonciers.

Le territoire se rattache ainsi aux rapports fonciers qui expriment les modes de régulation, construits pour organiser les espaces, les répartir et les exploiter, gérer les ressources et façonner les paysages. Ils se traduisent par des pratiques et des représentations et s'appliquent à différentes échelles d'intervention, se caractérisant par une dynamique spatiale et temporelle. L'approche du territoire vu sous l'angle des rapports au fonds traduit ainsi un jeu social qui fait prendre en compte les stratégies et les rapports de pouvoirs des acteurs réunis au sein d'une même aire.

Enfin, les relations intra-sociétales rattachent le territoire à la notion de réseau qui, lui, est fait de lignes qui vont plus ou moins relier, par l'intermédiaire des acteurs, les aires territoriales ensemble.

2 - *L'espace juridicisé : souveraineté nationale et souveraineté communautaire*

Le territoire fonde les rapports environnementaux tout d'abord par la façon dont le droit définit les espaces à travers la nature juridique qu'il va leur conférer. Cependant, la superposition ou l'imbrication d'ordres juridiques différents va souvent faire se côtoyer un paysage de légalité sur un univers de légitimités. Leur relation va dépendre de la configuration des rapports de souveraineté nationale avec les échelles locales dans le jeu des reconnaissances mutuelles.

a) La présomption de domanialité naturelle au profit de l'État

L'héritage colonial imprime de son sceau la normalisation posée par l'État. Et ce dernier a toujours eu comme priorité d'asseoir un pouvoir

¹ Il nous semble nécessaire de ne pas se départir de la conception naturaliste du territoire vu comme un « espace vital » et ainsi traduit en termes de possession naturelle et nécessaire, exclusive et permanente. Ce qui ne signifie pas pour autant que « *le territoire implique toujours une appropriation de l'espace* » (Brunet Roger, 1992 : 480). En effet, juridiquement la notion d'appropriation renvoie à la notion de « propriété » et c'est un *a priori* que nous souhaitons éviter, car un territoire n'est pas forcément une « propriété » surtout en Afrique où le rapport à l'espace est plus complexe qu'il n'y paraît. Nous souhaitons par là éviter une analyse ethnocentrique : les définitions et les catégories données doivent se rattacher à des références endogènes plus qu'à une vision étrangère supposée universelle.

d'appropriation sur le territoire de la nation. L'expression de ce pouvoir éminent sur l'espace s'est formalisée dans une logique de présomption de domanialité sur les terres et les forêts. En effet, partant du modèle occidental, moderne et civilisateur, le rapport des sociétés au sol qui les supporte ne peut se comprendre qu'en termes d'appartenance. Pour des raisons politiques et économiques, l'appropriation de l'espace selon différentes formes juridiques n'est que la seule façon d'envisager les relations de l'homme à la terre ou au milieu dans lequel il vit. L'étude comparée des différentes législations africaines le démontre : la maîtrise foncière de l'État ne se limite pas au domaine fluvial et maritime¹ constitutif du domaine public. Ce dernier comprend tous les biens et droits mobiliers et immobiliers appartenant à l'État « qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée »². La partie terrestre qui entre dans la composition du domaine privé de l'État est constituée d'espaces non appropriés par la fiction juridique qu'il génère. Ce domaine intègre toutes les parties du territoire nationale qui ne sont pas sous le sceau d'un titre foncier, d'une immatriculation foncière, qui ne sont pas appropriées « selon les règles du code civil »³ ou parfois qui ne supportent pas des « droits traditionnels » reconnus. Le concept de ce qui est « vacant et sans

¹ Les législateurs énoncent bien de façon très explicite par énumération le domaine public naturel comprenant souvent, comme au Sénégal : « *les eaux intérieures, les rivages de la mer, couverts et découverts lors des plus fortes marées, ainsi qu'une zone de 100 mètres de large à partir de la limite atteinte par les plus fortes marées ; les cours d'eau navigables ou flottables dans les limites déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder, ainsi qu'une zone de vingt cinq mètres de large à partir de ces limites sur chaque rive et sur chacun des bords des îles ; les cours d'eau non navigables ni flottables dans les limites déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder ainsi qu'une zone de dix mètres de large à partir de ces limites sur chaque rive ; les lacs, étangs et mares permanents dans les limites atteintes par les plus hautes eaux avant débordement ainsi qu'une zone de vingt-cinq mètres de large à partir de ces limites sur chaque rive et sur chacun des bords des îles* » (art.5 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant code du domaine de l'État). Selon les pays, cette définition législative est plus ou moins étendue, comme au Niger qui intègre les cours d'eau non-flottables et non navigables (Ordonnance n°93-014 du 2 mars 1993 portant régime de l'eau), le Sénégal qui y intègre également les eaux de surface et les nappes aquifères souterraines « quelle que soit leur provenance, leur nature ou leur profondeur », ainsi que le sous-sol et l'espace aérien (art.5 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant code du domaine de l'État).

² Art. L 2 du Code du domaine de l'État français. En fait la définition est jurisprudentielle, outre l'existence de textes particuliers qui rangent certaines catégories de biens dans le domaine public.

³ Pour reprendre là l'expression de l'article 60 de l'Ordonnance n°93-015 du 2 mars 1993 fixant les principes d'orientation du code rural du Niger.

maître » perdue dans les esprits et parfois dans la lettre des législations contemporaines africaines malgré les quarante-cinq années écoulées depuis les Indépendances. Tout l'apport de l'anthropologie du droit a été de démontrer que ce principe reste inopportun en raison de l'existence d'ordres juridiques situés hors du champ de l'entendement de la légalité régaliennne. Ce n'est pas le droit de propriété qui fonde le Droit¹.

La souveraineté nationale se répand ainsi sur le territoire de la nation au moyen d'une emprise juridique qui permet d'assurer un contrôle sur le fonds et sur l'environnement : l'absence de droit de propriété des acteurs locaux génère une présomption d'appropriation par l'État. Les législations sahéliennes consacrent la catégorisation classique du domaine public naturel et artificiel intégré dans tous les codes du domaine de l'État avec son caractère d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité qui le définit et cependant toujours assorti d'une procédure de déclassement.

Les rédacteurs africains conçoivent le droit moderne écrit comme ils l'ont appris ou de la manière dont ils ont été conditionnés pour le comprendre : la vision normative du droit rend caduque toute prise en compte des formes juridiques endogènes entrant dans une catégorie de « droit coutumiers ». Qui plus est, le droit sur la terre est entaché de l'incontournable « mise en valeur » de la nature, une incantation déjà relevée dans une légalité coloniale passée. Le décret mauritanien du 17 juillet 2000 relatif à la réorganisation foncière et domaniale est exemplaire à cet égard : « sont considérées comme faisant partie du domaine des personnes privées et protégées en tant que telles, les terres mises en valeur par ces dernières... » (art.1)². L'accès à la propriété du fonds est la seule légitimation possible d'un rapport juridique à la terre ou plus globalement à une portion d'espace. Le législateur mauritanien va plus loin en établissant le postulat de l'irrégularité des rapports à la terre situés hors de toute relation d'appropriation exprimé par un titre de propriété. La « régularisation foncière » (art.114) s'impose sur un territoire national où règne on ne peut plus explicitement la présomption domaniale³ et où le législateur se refuse à reconnaître tout système

¹ Cette vision existe cependant encore en France attestée par des travaux en histoire du droit où les auteurs parlent de « droit vulgaire » tout en affirmant qu'en dehors tout rapport d'appropriation, il n'y a pas de droit. Louis Assier Andrieu oppose ainsi l'usage et le droit, sans penser l'action du droit hors du pouvoir étatique (1981 : 29 et s.).

² La mise en valeur est définie d'une façon très restrictive dans ce texte comme résultant « de constructions, de plantations, de digues de retenue d'eau, d'ouvrages hydro-agricoles ou de leurs traces évidentes » (art. 2 du décret n° 2000-089 du 17 juillet 2000).

³ « Toutes les terres qui n'ont pas fait l'objet de concession ou de certificat de propriété sont présumées domaniales tant que leur appartenance à des personnes privées n'a pas été

juridique endogène, contrairement à la « constatation des droits fonciers coutumiers » à laquelle était parvenu le Ministère de la France d'Outre mer en 1955¹. Par contre, le rédacteur nigérien, lui, dans son objectif affiché de généraliser la propriété foncière² prend en considération les « droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement ».

Au Maroc, les groupes organisés en communautés claniques structurent l'espace en « terres collectives » rattachées aux « collectivités tribales ». Pour contrôler politiquement ces « collectivité ethniques » et afin de favoriser l'installation de colons européens notamment sur les territoires des tribus, l'Autorité du Protectorat, par le dahir du 27 avril 1919, a soumis les tribus et leurs espaces à une tutelle administrative de l'État, véritable régime de dépendance. Ces terres, rattachées à des groupes sociaux déterminés sont considérées comme des propriétés dans les textes et par le langage courant. Cette forme de « propriété » dite collective se caractérise par son inaliénabilité, son insaisissabilité et son imprescriptibilité. Elle traduit ainsi davantage un type de domanialité qui n'est par ailleurs reconnue qu'aux seules tribus ayant la personnalité morale (sic), et qui est placée sous forte tutelle étatique comme nous l'avons déjà souligné (cf. *supra*).

La domanialité foncière se caractérise par un rapport d'appropriation entre une personne morale de droit public et un fonds, traduction juridique d'une forme de rapport à l'espace. Cette appropriation signifie que les portions des espaces concernés entrent dans la catégorie civiliste de biens immeubles³.

L'unité de la propriété publique n'existe que par le critère commun de l'appropriation et de l'organe titulaire. Au-delà, la distinction entre les deux domaines repose sur l'utilisation de chacun. Le domaine privé correspond à un usage identique à un propriétaire privé. En revanche, les

prouvée conformément à la procédure fixée par le présent décret » (art.115 du décret n°2000-089 du 17 juillet 2000 abrogeant et remplaçant le décret n° 90-020 du 31 janvier 1990 portant application de l'ordonnance 83.127 du 5 juin 1983 portant réorganisation foncière et domaniale).

¹ Décret n°55-580 du 20 mai 1955 portant réorganisation foncière et domaniale en Afrique Occidentale Française et en Afrique Equatoriale française.

² Par exemple, dans l'Ordonnance n° 93-015 du 2 mars 1993 fixant les principes d'orientation du code rural, « Les forêts non appropriées selon les règles du code civil et de l'immatriculation et sur lesquelles, après enquête publique et contradictoire, il n'apparaît pas l'existence de droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement appartiennent à l'État ou aux collectivités territoriales » (art. 60).

³ Au Maroc, les territoires de tribus ont le statut de bien immobilier. Un certain nombre de ces territoires est cartographié.

dépendances du domaine public subissent une affectation d'intérêt général, à l'usage du public ou d'un service public¹. La notion d'aménagement spécial permet de caractériser l'adaptation du bien au service public ou à la satisfaction d'un besoin public.

Le régime de la propriété publique² permet de sauvegarder le « domaine public environnemental », c'est-à-dire les espaces naturels dépendant du domaine public, par trois moyens : la servitude administrative, l'obligation d'entretien et la contravention de grande voirie.

Toutes les servitudes administratives ont pour objet de maintenir, de faciliter ou de garantir l'affectation. Elles ne visent pas à maintenir l'intégrité de la dépendance et elles sont de caractère « d'obligation de s'abstenir » (*in non faciendo*). Ceci se traduit par l'interdiction de clore les propriétés riveraines des cours d'eau domaniaux à moins de 9,75 mètres de la rive³, celle de ne pas planter d'arbre à une certaine distance des routes, dans les obligations de supporter le passage des pêcheurs⁴, etc. de même, les servitudes de passage au profit du domaine public fluvial ou maritime permettent un accès effectif aux espaces naturels affectés à l'usage du public, comme les rivages, plages ou fleuves.

L'obligation d'entretien du domaine public est justifiée par la nécessité de maintenir les dépendances afin d'assurer l'affectation dans sa pérennité, par exemple l'obligation de curage pour maintenir la capacité naturelle d'écoulement des cours d'eaux. L'obligation protège toutes les dépendances du domaine public même sans aménagements particuliers.

La contravention de grande voirie est définie comme « tout fait matériel pouvant soit compromettre la conservation ou l'état du domaine public, soit nuire à l'usage auquel il est légalement destiné » (J. Lannes, cité par Inserguet-Brisset 1994:184)⁵. Le mécanisme de la contravention

¹ En le définissant comme une activité assumée par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général.

² Compte tenu du fait que le législateur africain (en Afrique francophone) adopte grandement le droit public français qu'il adapte plus ou moins dans ses formulations, nous exprimons ici une analyse juridique tirée de l'expérience française afin de souligner l'intérêt et les limites du régime de la domanialité vis-à-vis des objectifs de conservation de l'environnement et plus globalement de développement durable. On peut ainsi s'interroger sur l'opportunité de ne pas inventer des régimes de droits plus africains qu'euro péens.

³ Article 15 du code du domaine public fluvial français.

⁴ Article 424 du Code rural.

⁵ Il n'existe en France aucune définition légale.

de grande voirie est mixte : une action pénale (l'amende) et une remise en état. L'action en réparation, elle, est imprescriptible. Elle implique des mesures de restauration dans le dessein de réparer au plus vite l'atteinte portée au domaine. La procédure de poursuite peut s'engager avant que le préjudice n'ait été causé. Cette exception au principe de l'opportunité des poursuites permet d'intervenir par prévention, ce qui offre une possibilité de très grande efficacité. Tout obstacle à l'utilisation normale du domaine public fluvial peut être enlevé ou détruit avant tout accident ou avant que l'usage destiné du domaine soit compromis. L'intérêt consiste à maintenir la pérennité et la sécurité de l'affectation pour un usage « normal ». En matière d'environnement, cet instrument permet par exemple d'intervenir sur un véhicule qui s'aventure sur une zone interdite à la circulation avant qu'il ne détruise des espèces protégées. Cependant, en France le droit de l'environnement souffrant d'une « pollution réglementaire », la contravention de grande voirie peut faire double emploi sur un élément de l'environnement bénéficiant déjà d'une réglementation spécifique.

La propriété publique n'est pas en réalité une garantie suffisante pour la protection de l'environnement. L'affectation constitue la clef de voûte de la domanialité publique. Elle fonde d'irréductibles principes protecteurs comme l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Cependant, elle fait l'objet d'une flexibilité qui en facilite les atteintes. L'affectation à l'utilité publique justifie en soi la protection des biens. La situation de fait suffit en elle-même. En France, « sur la base de l'aménagement normal, la jurisprudence a permis, d'une manière quasi-systématique, que triomphent les intérêts d'aménagement sur la protection de l'environnement » (Inserguet-Brisset 1994 : 194). Ceci est dû au fait que « l'aménagement normal » consiste davantage dans la destruction d'un milieu fluvial ou d'un écosystème maritime, que dans sa préservation, et ce au bénéfice de l'édification d'un barrage ou d'un port.

La propriété publique se caractérise essentiellement par le fait qu'elle se compose d'une domanialité privée et d'une domanialité publique. Cependant, le principe de l'unité de la propriété publique (étatique) intègre à la fois le domaine public et privé dans le domaine national qui est par définition l'ensemble des biens et droits mobiliers et immobiliers qui appartiennent à l'État. Mais en Afrique ce n'est pas toujours le cas. Certains pays consacrent dans cette dénomination de « domaine national » un type spécifique de régime juridique de l'espace.

Au Cameroun, l'ordonnance du 6 juillet 1974 dispose que « constituent de plein droit le domaine national les terres qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ne sont pas classées dans le domaine public ou privé de l'État ou des autres personnes morales de

droit public. Ne sont pas incluses dans le domaine national les terres faisant l'objet d'un droit de propriété privée » (art.14). Pour le Togo, le domaine national se compose de « toutes les terres n'entrant ni dans la catégorie de celles détenues par les collectivités coutumières et les individus en fonction d'un titre foncier ou en vertu d'un droit coutumier, ni dans celle des terres qui constituent les domaines public et privé de l'État »¹.

Selon la loi sénégalaise relative au domaine national², entrent de plein droit dans le domaine national « toutes les terres non classées dans le domaine public, non immatriculées ou dont la propriété n'a pas été transcrite à la Conservation des hypothèques à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Ne font pas non plus partie de plein droit du domaine national les terres qui, à cette même date, font l'objet d'une procédure d'immatriculation au nom d'une personne autre que l'État » (art.1). 95% du sol sénégalais n'appartient à personne et constitue le domaine national, véritable statut de droit commun des terres. En effet, c'est par élimination que le domaine national est défini dans l'article 1^{er} précédemment cité de la loi de juin 1964. Léopold Sédar Senghor a voulu ainsi introduire une logique foncière africaine pour concilier les exigences du développement avec les spécificités locales, mais sans s'embarasser de la complexité des droits traditionnels, supprimés par la réforme de 1963. Les terres du domaine national sénégalais subissent un classement en quatre zones rattachées à deux logiques différentes : la terre comme outil de travail ou réserve foncière. Les zones des terroirs, représentant 54% du domaine national, comprennent les terres exploitées pour l'habitat rural, la culture ou l'élevage ; ce sont donc les terres de culture, de pâturage, de parcours, les boisements régulièrement utilisés et les friches nécessaires à l'extension des systèmes de production³. Les zones classées, réserves permanentes totalement indisponibles, ont une vocation de protection de l'environnement et se composent elles-mêmes de zones à vocation forestière, soumises aux dispositions du code forestier⁴, et de zones de protection, constituées par les parcs nationaux, créés par décret. Les zones urbaines se fractionnent en terrains à bâtir et en terrains à vocation agricole. Enfin, les zones pionnières sont les terres à coloniser, les « terres neuves », incultes et inexploitées. Elles comprennent également les terres « de réformes », c'est-à-dire les terres disposant de fortes potentialités agricoles inexploitées.

¹ Art.29 de l'Ordonnance du 6 février 1974.

² Loi n°64-46 du 17 juin 1964.

³ Art.2 du décret n°64-573 du 30 juillet 1964.

⁴ Loi n°65-23 du 9 février 1965.

Le domaine national est soumis à un statut foncier particulièrement original. Le législateur sénégalais confère la maîtrise de cette domanialité à l'État, personne morale de droit public chargée d'en assurer la « détention ». La notion de détention peut se définir comme une emprise sur un bien, sans que ce soit une possession ou une propriété. Dans l'esprit africain, l'État ne serait-il pas le gestionnaire d'un domaine non approprié ? Manifestement le rédacteur a souhaité protéger la terre du domaine national contre tout accaparement propriétaire, transcrivant ainsi la perception africaine du sol : l'État serait donc un « maître de terre », gestionnaire de la terre de la communauté nationale. Le contexte sociologique et politique de la réforme foncière de 1964 rend l'analyse du domaine national irréductible à une référence romaniste, qui répond à « la volonté de constituer un cadre de développement moderne sans altérer le rapport ancestral qui lie l'homme et la terre » (Caverivière et Debene 1988 : 90).

Cependant, même dans cette formule heureuse, l'État dispose de la capacité d'immatriculer en son nom des espaces de ce patrimoine foncier national par le biais d'une procédure d'utilité publique. Qui plus est, de nos jours, les immatriculations se poursuivent encore pour les personnes privées, censées n'avoir eu que six mois de délai transitoire après l'adoption de la loi le 17 juin 1964.

Le régime domanial (dans ses différentes formes, privé et public et national) ne semble pas être un régime aussi protecteur de l'environnement qu'il pourrait paraître et nous sommes conduits à nous interroger quant à son opérationnalité en Afrique. Entre l'environnement et les impératifs économiques, les réalités écologiques peuvent difficilement s'imposer face aux impératifs alimentaires et la lutte contre la pauvreté. La logique du marché et la vision cartésienne du développement n'associent pas encore ou pas suffisamment dans les faits l'impérieuse nécessité environnementale. Cependant, dans la perspective d'un développement durable, les législateurs africains y sont souvent sensibles en raison de divers paramètres : pressions des bailleurs de fonds et des institutions internationales ; ratification des conventions internationales sur l'environnement et prise de conscience écologique en raison des réalités de désertification ou de dégradations des terres et milieux auxquels leurs pays sont confrontés ; et bien entendu l'héritage colonial (décret de 1935 entre autres). Les droits nationaux se sont ainsi souvent dotés, de différents outils de protection zonale par la création d'aires ou de périmètres de conservation imposant des contraintes plus ou moins fortes d'accès, de prélèvements et d'exploitations.

Le domaine national sénégalais comprend dans sa définition le classement de zones dans un but de conservation (cf. *supra*). Les précisions de catégories de classement de portions du territoire national sont généralement apportées par la législation forestière, de la chasse et de la protection de la faune, ou rurale¹. Les espaces sont ainsi « réservés », « restaurés » ou « protégés ». Les réserves foncières se définissent en Mauritanie en termes « d'espaces vitaux » pour l'extension des agglomérations rurales². Les terres de « restauration ou de récupération » subissent un classement dans un but de lutte anti-érosive, d'aménagements d'un milieu instable ou de sécurité notamment dans la législation sénégalaise et nigérienne³. Dans la continuité coloniale et du droit international (Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, Alger, 15 septembre 1968), l'objectif de tous les législateurs est de conserver ou de protéger, contre les activités humaines, la forêt (souvent dans des définitions très larges) et les ressources qui s'y trouvent. Le droit étatique structure l'espace de réserves, intégrales, partielles, spéciales, de faune ou sylvo-pastorale, de parc nationaux et de zones d'intérêt cynégétique⁴. Par le classement de ces zones, l'État s'en assure pleinement le contrôle juridique au moyen d'un régime de domanialité « forestière » dérogoire du droit commun limitant la liberté d'agir et de circulation⁵. Toutes ces aires classées

¹ Cas plus particulièrement spécifique au Niger (Ordonnance n°93-015 du 2 mars 1993 fixant les principes d'orientation du code rural).

² Articles 28 & s. du décret n°2000-089 du 17 juillet 2000 relatif à la réorganisation foncière et domaniale.

³ Ordonnance n° 93-015, *op.cit.* Terres anciennement constitutives de « périmètres de restauration » (loi n°74 du 4 mars 1974 fixant le régime forestier). Au Sénégal, les périmètres de reboisement ou de restauration sont « des terrains dénudés ou insuffisamment boisés sur lesquels s'exerce ou risque de s'exercer une érosion grave et dont le reboisement ou la restauration est reconnue nécessaire du point de vue agronomique, économique ou écologique. Ces terrains sont temporairement classés en vue d'en assurer la protection, la reconstitution ou le reboisement » (art. R. 5 du décret n° 98-164 du 20 février 1998 portant code forestier).

⁴ Dans son décret n° 86-844 du 14 juillet 1986 portant code de la chasse et de la protection de la faune, le Sénégal définit un zonage spatial de protection ou d'utilisation de la faune. Le décret n° 98-164 du 20 février 1998 portant code forestier définit quant à lui également des espaces de conservation de formations forestières, des sols et des ressources vivantes des usages et pratiques des hommes.

⁵ On trouve par exemple une définition de ces différentes catégories de classement dans le décret n° 98-164 du 20 février (*op. cit.*) Les forêts sont classées « en vue de leur conservation, de leur enrichissement et de la régénération des sols, par tout moyen approprié de gestion ou de protection » (art. R. 3). Les réserves sylvo-pastorales sont « des formations naturelles où des restrictions sont apportées, notamment sur les cultures industrielles, afin de permettre une exploitation de biomasse compatible avec leur état

s'identifient autour d'un objectif commun : protéger la nature de l'homme. Cependant cette présomption négative des groupes sociaux génère de facto une exclusion de ceux-ci et crée par conséquent une fracture en dissociant l'homme de la biosphère.

Cette logique d'aire protégée par le pouvoir central est profondément remise en question de nos jours et particulièrement depuis l'émergence de la réserve de biosphère. Le concept de réserve de biosphère né en 1974 et lancé depuis 1976, fut mis au point par un groupe de travail du Programme sur « L'homme et la biosphère » (*Man and Biosphere*, MAB) de l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture. Le Réseau de réserves de biosphère comprend actuellement 411 réserves réparties dans 94 pays¹. Elles constituent « des aires portant sur des écosystèmes ou une combinaison d'écosystèmes terrestres et côtiers/marins, reconnus au niveau international dans le cadre du Programme de l'UNESCO sur l'homme et la biosphère (MAB) conformément au [...] cadre statutaire »². L'objectif de la réserve consiste à bâtir un modèle d'harmonisation entre les hommes, leurs besoins et leurs cultures avec la conservation de la diversité biologique³. En d'autres

boisé [...] les éleveurs sont autorisés à établir des campements provisoires nécessaires à une vie de famille » (art. R. 4). Les réserves naturelles intégrales sont définies comme « des zones constituant une collection représentative de formations naturelles, classées pour des raisons écologiques ou scientifiques. Dans ces zones, sont interdites toutes opérations de chasse, de pêche, de culture, d'exploitation, de pâturage ou d'aménagement » (art. R. 6). Les réserves spéciales sont « des zones où pour des raisons scientifiques, touristiques ou écologiques, certaines restrictions, temporaires ou définitives, relatives à la chasse, à la pêche, à la capture des animaux, l'exploitation des végétaux, des produits du sol et du sous-sol, à la réalisation d'infrastructures, sont nécessaires à des fins scientifiques, touristiques ou écologiques » (art. R. 7). Enfin, les parcs nationaux sont « des zones où des restrictions ou des interdictions quant à la chasse, la capture des animaux, l'exploitation des végétaux, des produits du sol ou du sous-sol, sont édictées en vue de la conservation de la nature. Dans la mesure du possible, les parcs nationaux sont mis à la disposition du public pour son éducation et sa récréation » (art. R. 8).

¹ Mars 2001. La surface totale couvre plus de 220 millions ha (sources: UNESCO-MAB).

² Article 1 du Projet de cadre statutaire du réseau mondial de réserves de biosphère adopté par le conseil international de coordination du programme MAB lors de sa treizième session (12-16 juin 1995).

³ La seconde conférence internationale sur les réserves de biosphère de Séville (Espagne) ayant eue lieu le 20-25 mars 1995 et faisant suite à la première de Minsk (Biélarus), donne un nouvel élan au Réseau des réserves de la biosphère en élaborant une stratégie et un cadre statutaire. La stratégie définit le Réseau comme une composante clef pour atteindre l'objectif du MAB: « un équilibre durable entre les nécessités parfois conflictuelles de conserver la diversité biologique, de promouvoir le développement économique, et de sauvegarder les valeurs culturelles qui y sont associées. Les réserves de biosphère sont des

termes, l'établissement des réserves de biosphère a pour objet l'équilibre des relations entre les êtres humains et la biosphère. La raison de l'existence même des réserves de biosphère se fonde sur la reconnaissance actuelle que le facteur-clef dans la gestion de la plupart des aires protégées (parcs nationaux, réserves naturelles, etc.) se trouve dans le lien entre la conservation de la biodiversité et les besoins en développement des communautés locales. Bien plus qu'une aire protégée, la réserve de biosphère se présente comme le théâtre de la réconciliation de l'homme avec la nature, un modèle de société globale afin de promouvoir simultanément la conservation et le développement durable par une prise en compte de « *tous les besoins sociaux, culturels, spirituels et économiques de la société* »¹.

La nouvelle législation française sur les parcs nationaux du 14 avril 2006² reformule cette « réconciliation de l'homme avec la nature » en tentant d'intégrer les sociétés dans leur environnement plutôt que de créer des cloches de nature, au moyen de l'unification du périmètre du parc national. Les zones les plus sensibles et exceptionnelles constituent chacune un centre, appelé cœur, qui fait l'objet d'un rapport réglementaire très contraignant pour assurer le minimum d'artificialisation possible. Ces zones d'autorité régaliennne, où le pouvoir central impose un strict respect de la conservation des milieux, s'étendent sur des espaces peu étendus mais n'excluant pas les hommes. L'intérêt national du noyau central du parc ne s'isole pas de la périphérie. En effet, la zone extérieure constitue un territoire dont va dépendre l'intégrité des noyaux de conservation. Si le principe d'autorité règne dans les cœurs de protection, c'est suivant un principe d'adhésion que va s'organiser une politique contractuelle de développement durable autour de ces derniers. On parle ainsi non plus de périphérie mais « d'aire d'adhésion ». Si le législateur ne décentralise pas le parc national, le pouvoir réglementaire recule devant le concept de droit négocié par l'élaboration d'une « charte de l'environnement et du développement durable », véritable contrat naturel d'engagement écologique volontaire des communes situées plus ou moins loin des pôles de préservation. Cette charte du parc qui « définit

sites où cet objectif est testé, affiné, appliqué et vulgarisé » [Unesco, Conférence générale, 28^e session, Paris le 17 août 1995 (28C/29), point 5.15 de l'ordre du jour provisoire: « Application de la Résolution 27C/2.3: stratégie de Séville pour les réserves de biosphère et cadre statutaire du réseau mondial de réserve de biosphère »].

¹ *Ibidem*. La stratégie de Séville affirme que « les réserves de biosphère devraient contribuer à la préservation et à l'entretien des valeurs naturelles et culturelles, grâce à une gestion durable, s'appuyant sur des bases scientifiques correctes et une créativité culturelle » (sic).

² JO du 15 avril 2006, loi n° 2006-436 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux. Cf. Giran, 2004.

un projet de territoire traduisant la solidarité écologique entre le cœur du parc¹ et ses espaces environnants »², affecte à la régulation juridique un objectif d'effectivité au moyen d'un véritable droit agissant par consentement.

Ces principes de réconciliation et d'adhésion suscitent un écho dans les régimes de droit à l'espace. Les territoires ne sont pas tant un bien géré par l'État qu'un projet d'une société pétrie d'une diversité culturelle, d'acteurs et d'intérêts différents. En Afrique, dans le cadre de la décentralisation, des unités territoriales nouvelles sont créées, celles des collectivités locales. Les États leur affectent les espaces forestiers qui constituent souvent leur domaine privé ou qui entrent dans leurs compétences transférées de gestion³. Cependant, la logique demeure la même, celle d'un droit régalien sur une réalité juridique vivante, qui s'adapte ou se recompose devant un pouvoir central lequel tente de se dérober à ses véritables responsabilités, en refusant de redéfinir les rôles de chacun sur la base d'un autre échiquier, celui de l'interculturalité.

Le régime juridique de la domanialité occulte, plus ou moins complètement, l'existence de systèmes fonciers locaux et l'organisation juridique endogène aux groupes sociaux. À l'emprise du droit étatique sur l'espace national se rajoute souvent la ferme volonté du pouvoir régalien de fragmenter l'espace en portions d'appropriations au détriment de réalités sociales et culturelles et au profit affiché d'un modèle de développement économique capitaliste.

b) Souveraineté économique : l'espace privatisé

L'appropriation privative de l'espace sonne comme un objectif civilisateur chez de nombreux législateurs nationaux africains contemporains. La subdivision du territoire national en parcelles individuelles n'est que le corollaire désiré de l'abolition de toute structure sociale communautaire, réputée comme dépassée, archaïque, inégalitaire, voire « féodale » dans la vision de la modernité. Les tenants de la thèse

¹ Le parc étant défini par le nouveau texte comme un espace « composé d'un ou plusieurs cœurs, définis comme les espaces terrestres et maritimes à protéger, ainsi que d'une aire d'adhésion, définie comme tout ou partie du territoire des communes qui, ayant vocation à faire partie du parc national en raison notamment de leur situation géographique ou de leur solidarité écologique avec le cœur, ont décidé d'adhérer à la charte du parc national et de concourir volontairement à cette protection [...] » (art. L.331-1 du code de l'environnement), art.1 de la loi du 14 avril 2006.

² Article L.331-3 du code de l'environnement.

³ Pour le cas sénégalais, cf. Olivier Barrière 2003.

de Garrett Hardin justifient la propriété privative pour mieux en gérer les ressources. Pour nombre de juristes, africains ou non, la généralisation de la propriété privée constitue le seul paradigme envisageable. L'individualisation des droits fonciers collectifs devient l'enjeu africain.

Faut-il maintenir les régimes communautaires compte tenu de la problématique de leur gestion ? Question posée explicitement tout du moins au Sénégal et au Maroc. D'une façon très généralisée, le désir de tout partager en parcelles de propriétés privées est traduit juridiquement dans les textes émanant du pouvoir étatique. Le législateur mauritanien par un décret portant réorganisation foncière et domaniale du 17 juillet 2000 met en œuvre une véritable « individualisation des droits fonciers collectifs » en procédant au « partage des terres collectives » par répartition entre tous les membres¹. Cette individualisation se retrouve également dans de nombreuses législations comme dans le code rural nigérien qui promeut fortement une généralisation de l'appropriation privative du territoire national. Le processus de « melkinisation » ne semble cependant pas convaincre l'ensemble des acteurs marocains.

Faut-il donc « marchandiser » tout l'espace africain déjà largement approprié par les États, afin notamment de développer un marché foncier ? L'objectif du développement justifie pour beaucoup cette logique économique qui l'emporte sur toute considération sociale, culturelle ou environnementale. Elle reste cependant très souvent inadaptée et une littérature conséquente le démontre. La problématique de l'enjeu d'un paradigme idoine aux contextes africains, souvent caractérisés par une précarité ou une insécurité alimentaire, une forte érosion de la biodiversité et une désertification sévère, nous oblige à nous dégager de cette vision propriétaire de l'espace. Pourquoi ?

La question posée oblige à abandonner l'ambiguïté d'un *a priori* handicapant. D'une part, il est peu crédible de prétendre à un modèle juridique universel, le droit se construit davantage en partant des univers socio-culturels, écologiques, politiques et institutionnels des pays et des espaces africains. D'autre part, l'*a priori* consiste plus précisément à placer les rapports des sociétés à leur environnement (espaces et ressources) dans une fonctionnalité de consommation immédiate et individuelle sans se fonder sur une logique de durabilité, d'intérêts pluriels reliés à l'existence présente et future du groupe. L'équité intergénérationnelle ne figure pas dans le Code civil français de 1804, véritable instrument au service d'une économie capitaliste. En effet, le droit civil définit toutes choses (ou presque) par la notion de bien. Ce

¹ Chapitre IV du décret n° 2000-089 et ses articles 36 et 37.

dernier s'exprime dans la valeur pécuniaire qui lui est conférée, une vénalité qui le rend cessible et une consistance juridique qui le rend transmissible. Sa fragilité est celle qui réside dans la capacité d'en détruire ou d'en altérer sa substance. Ainsi qualifiée de bien, la chose devient l'objet de droits réels qui procure à son titulaire le pouvoir d'en retirer les utilités qu'elle offre. L'espace entre dans la catégorie de « bien » dans ses portions qualifiées de « fonds ». Sol et sous-sol définissent ainsi la propriété foncière¹ qui va s'exprimer en termes de droits réels. On peut avoir sur le fonds, tout comme sur l'ensemble des biens, soit un droit de propriété, soit un simple droit de jouissance, soit prétendre seulement à des services fonciers². On retiendra dans la logique du bien, que l'utilité est l'objet du droit sur la chose. Cette utilité s'affuble d'une valeur marchande par la qualification de bien. Elle conditionne ainsi fondamentalement le rapport des groupes, des individus à leur environnement.

Le paysage foncier français se présente comme une véritable mosaïque de portions d'espaces appropriés privativement, publiquement ou plus rarement collectivement. Les divers modes de propriétés se définissent en fonction de la nature de la personne juridique, soit publique (l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics administratifs), soit privée. La propriété privée d'une personne publique ou privée, relève de l'article 544 du code civil. Le domaine privé forestier de l'État est soumis au régime forestier³ dérogatoire du droit commun. Les collectivités territoriales disposent d'un domaine privé et parfois d'une propriété collective, des « communaux » quand il en reste encore. Le régime particulier de cette forme de « propriété » mérite une attention particulière.

La propriété collective est celle d'une communauté d'habitants, qui apparaît historiquement avec la propriété individuelle. L'économie de marché, qui fait de la terre une marchandise aliénable et intégrant le commerce juridique, sera déterminante dans la désintégration de la propriété collective au profit de la propriété individuelle, des personnes physique ou morale⁴. Le communal était conçu comme devant servir aux besoins vitaux de la communauté de résidents, l'exploitation

¹ Art.552 du code civil.

² Art. 543 du code civil.

³ Cf. code forestier. Les principes fondamentaux de la politique forestière sont fixés par la loi n°2002-602 du 9 juillet 2001.

⁴ Pour un voyage au centre de la propriété collective cf. Bourjol 1989. Voir aussi sur l'histoire des communaux en France, Vivier, 1998.

commerciale étant interdite. La première de ces nécessités était le pâturage : « le communal est indispensable à la nourriture des chevaux et bovins, pour le labour et l'engrais »¹. La propriété est bien commun aux habitants depuis l'édit de 1667 : « les biens communaux n'appartenaient pas en propre à chacun des habitants pour sa part, mais à la communauté des habitants considérée dans son ensemble...La communauté n'était propriétaire qu'à la charge de les conserver en nature pour en transmettre la jouissance aux habitants à venir » (Vivier 1998 : 53, citation de Cauchy 1848 : 16) On retient là l'idée d'un territoire villageois véritable patrimoine commun, « facteur de reproduction de la vie » (Bourjol 1989 : 29), qui reste inaliénable et où l'habitant est un « sujet de droit ». Le résident du village, *ut singuli* (séparément), réside ainsi au centre du système communautaire, il bénéficie d'un droit de jouissance perpétuel ; la personnalité juridique appartient à la communauté des habitants (bénéficiant d'un droit de jouissance exclusif) où chacun est considéré comme *ut universi* (en corps) par le Code civil (art.542 & 642), rural et forestier. Mais c'est l'ayant droit qui bénéficie des revenus des biens sectionaux ou communaux². Il se définit par la résidence, l'habitant de l'espace communal. L'exercice de son droit reste ainsi suspendu à sa précarité de qualité d'habitant. Le concept de « propriété collective » est particulier en soi et s'approcherait davantage de celui d'un patrimoine commun en raison du fait que les communaux « ne sont pas la propriété des habitants, mais de la personne morale formée par les générations passées, présentes et futures et leur partage entre habitants n'est interdit qu'afin de ne pas léser les générations futures » (Bourjol 1989 : 67).

L'effet du bien « fonds » commercialisé abouti à un paysage particulièrement émietté, parcellisé en propriétés foncières. La préservation de l'environnement doit fortement tenir compte de cette mosaïque d'appropriations, fermant l'espace, où se côtoient propriétés individuelles, des sociétés privées, de l'État, des collectivités territoriales (communes, départements, régions), des établissements publics comme

¹ Importance révélée par un arrêt du Conseil d'État de 1735 : « Les communaux en pâturage n'ont été établis que pour le seul usage de la nourriture des bestiaux. Il ne doit pas être permis à qui que ce soit d'en altérer et changer la destination, en convertissant le sol en culture, les défrichant, mettant les prés, pâturages et bois même en labourage » (cité par Vivier 1998 : 50).

² La section de commune est une subdivision territoriale de la commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune et dotée de la personnalité juridique. Les biens sectionaux sont les biens et droits de la section (cf. Comu (dir.) 1987 : 800).

par exemple le Conservatoire du littoral¹ dont la mission spécifique est de mener une politique d'acquisition foncière en vue de la préservation des espaces naturels situés sur les rivages maritimes et lacustres. Malgré les mesures normatives environnementales, forestières et rurales pesant sur les propriétaires fonciers², la restriction des prérogatives que ces derniers subissent ne suffit pas à contenir les déprédations environnementales. Ce régime d'appropriation du fonds accule les acteurs à entrer dans le jeu économique du marché en achetant pour protéger. Même si ce n'est pas la seule réponse, l'appropriation demeure cependant une solution radicale facilitant la tâche³... dans un contexte de rapport « propriétaire » à l'espace, où tout est partagé et dont les acquisitions dépendent des lois d'un marché foncier plus ou moins contrôlé ou orienté par une législation contraignant la liberté du propriétaire, sans toutefois la remettre directement en cause⁴. Afin de développer les systèmes d'exploitation

¹ Créé en 1975, le conservatoire est propriétaire au 1^{er} novembre 2003 de 70.000 hectares protégeant ainsi environ 10% du linéaire côtier français.

² Par exemple, les propriétaires de forêts sont soumis à de fortes contraintes dans les textes : « Tout propriétaire exerce sur ses bois, forêts et terrains à boiser tous les droits résultants de la propriété dans les limites spécifiées par le présent code et par la loi, afin de contribuer, par une gestion durable, à l'équilibre biologique du pays et à la satisfaction des besoins en bois et autres produits forestiers » (art.L5 du code forestier).

³ Les incitations, les voies de concertation et d'adhésion sont de plus en plus développées : la concertation locale offre un cadre davantage contractuel et consensuel de protection que réglementaire (réseau européen Natura 2000), cf. l'ordonnance du 11 avril 2001 transposant en droit français les directives « oiseaux » (ZPS – zone de protection spéciale) et « habitats » (directive n°92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages) (ZSC – zone spécial de conservation). L'objectif est de promouvoir une gestion concertée et assumée par tous les acteurs intervenant sur les espaces naturels qui s'inscrit notamment dans la récente loi des parcs nationaux (1^{er} décembre 2005). On peut rappeler aussi l'ensemble des formes de protection d'espace (parc naturel régional, réserves naturelles, sites inscrits et classés, zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager, etc.).

⁴ Un grand nombre d'instruments et d'institutions organisent, structurent le développement et l'aménagement rural avec parfois des préoccupations environnementales clairement affichées pour le moins dans les textes. Sans exhaustivité, on peut citer le « document de gestion de l'espace agricole et forestier » qui comporte un volet relatif à la conservation et la gestion de la qualité des habitats de la faune sauvage (art.L112-1 du code rural) ; le classement en « zones agricoles protégées » sur la base d'un intérêt général (qualité de production, situation géographique) permettant de protéger l'affectation de l'espace agricole et forestier (art.L112-2 du code rural) ; les chartes intercommunales de développement et d'aménagement (art.L5223-1 à L5223-3 et L5822-1 du code général des collectivités territoriales) ; l'aménagement foncier s'organise par l'ensemble des opérations d'amélioration de l'exploitation des fonds dans un souci d'aménagement territorial tout en étant conçu « dans le respect des équilibres environnementaux, du patrimoine rural et des paysages » (cf. la loi n°2005-157 du 23

face au contexte foncier de parcellisation de l'espace en fractions soumises à la dominance d'autant de souverains jaloux de leurs prérogatives, le législateur promeut la création d'associations foncières entre propriétaires. En 1972 la loi n° 72-12 du 3 janvier, appelée « loi pastorale », crée l'association foncière pastorale dans les communes classées en zone de montagne de mise en valeur et dans les zones délimitées par arrêté préfectoral où le maintien d'une activité pastorale extensive est « de nature à contribuer à la protection du milieu naturel, des sols et des paysages ainsi qu'à la sauvegarde de la vie sociale »¹. L'association syndicale foncière pastorale regroupe des propriétaires de terrain à destination agricole ou pastorale ou boisée (ou à boiser)². L'objectif est de rassembler les fonds sans passer par les transferts de propriétés immobilières, afin d'assurer l'aménagement, l'entretien et la gestion des ouvrages collectifs pour une exploitation optimisée des terrains à destination pastorale ou agricole. Fort de cette expérience, le législateur généralise l'association foncière en 1990³ par la création d'une « association foncière agricole » sans restriction géographique. Sa vocation est également de rassembler des propriétaires de terrains à vocation agricole, pastorale ou forestière dans une perspective de mise en valeur et de contribution au développement rural du périmètre concerné par l'association⁴. On remarque que la notion de « droits d'exploitation »

février 2005 relative au développement des territoires ruraux qui intègre la logique du développement durable); les opérations d'aménagement sont conduites par une commission d'aménagement foncier (art.L121 & s. du code rural); la réorganisation foncière a pour objet l'amélioration de la structure des fonds agricoles et forestiers (art.L122 & s. du code rural); le remembrement des propriétés rurales non bâties s'effectue par une nouvelle distribution des parcelles morcelées et dispersées (art. L123-& du code rural). Enfin, les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) ont une mission d'intérêt général d'amélioration des structures foncières par l'installation ou le maintien d'exploitants, l'accroissement de la superficie d'exploitations, la mise en valeur des sols, l'aménagement et le remaniement parcellaires. La préservation de l'environnement entre dans leurs missions dans la mesure du possible compte tenu de la concurrence entre les divers utilisateurs de l'espace rural. Enfin, la Safer doit agir pour assurer une transparence du marché foncier rural (articles L.141-1 & s. du code rural).

¹ Article L.113-2 du code rural.

² Article L.135-1 du code rural.

³ Loi n°90-85 du 23 janvier 1990 qui institue deux formes d'associations foncières agricoles : libres (par des personnes morales de droit privé, propriétaires qui se rassemblent à l'unanimité) et autorisées (qui sont des établissements publics administratifs institués par le préfet avec l'accord d'une majorité qualifiée de propriétaires). L'association foncière agricole autorisée est soumise à enquête publique. Elle permet au préfet la mise en place d'échange de droits d'exploitation des terrains compris dans le périmètre, lorsque nécessaire à la mise en valeur agricole ou pastorale des fonds (art.L.136-12 du code rural).

⁴ Articles L.136-1 & L.136-2 du code rural.

émerge dans une logique de gestion commune d'un espace où le système d'exploitation prime la souveraineté sur le fonds (cas de l'association foncière agricole autorisée, constitutive d'un établissement public administratif, art.L.136-12 du code rural).

Dans l'univers de l'espace « vénalisé » le compartimentage en propriétés entre en opposition avec la nature multifonctionnelle des territoires. Ce qui conduit à l'émergence d'artéfacts permettant de dépasser les contraintes de la souveraineté foncière. L'objectif de conservation des milieux naturels et de l'usage pluriel nécessaire des espaces est source d'une pléthore d'outils (parcours *supra*), restreignant la liberté sacralisée du pouvoir exclusif et absolu sur le fonds. Afin d'illustrer la question, prenons le cas du pastoralisme donnant lieu à un pâturage extensif saisonnier.

Le droit de la transhumance en France trouve son origine dès l'époque romaine à travers un début de réglementation portant sur les chemins de transhumance. Si au commencement, la transhumance s'effectuait librement, rapidement les seigneurs ont instauré une taxation avant même l'apparition d'un droit spécifique transversal à de nombreuses matières. L'objectif était déjà d'un ordre très économique, puisqu'il s'agissait d'établir de véritables « droits de péages », taxe de passage ouvrant un « droit de pulvérisation », consistant dans la formation de nuages de poussières dégagées par le passage des troupeaux. Un arrêt du parlement de Provence commence à réglementer précisément les passages (largeurs, limites, infractions, sanctions, etc.). Il est ensuite repris jusqu'à l'organisation routière (code de la route) et l'imposition de contraintes sanitaires. La disparition progressive des chemins ruraux, notamment en raison de la spoliation par les propriétaires riverains, a fortement perturbé la pratique de la mobilité des troupeaux dans l'espace. En 1996 un arrêt de principe de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence confirme l'existence d'une servitude de passage sur les fonds privés au profit des troupeaux dès lors que le chemin communal n'a pas cessé d'être utilisé depuis trente ans. Cependant, la solution actuelle semble résider dans des arrangements permettant de « ré-ouvrir » les chemins ou bien l'établissement de servitudes conventionnelles entre propriétaires et bergers. Quoi qu'il en soit, sauf intervention expresse du législateur imposant aux fonds privés une servitude légale de passage des troupeaux pour assurer leur parcours, de nombreuses drailles (couloirs de transhumance) ont déjà disparu et souvent les troupeaux sont transportés par camions jusqu'aux estives.

En soi, le régime de la propriété du fonds ne favorise pas les pratiques extensives ou bien conduit à la disparition d'activités traditionnelles ou spécifiques qui nécessitent l'accès à un espace ouvert. Le législateur a

ainsi dû généraliser des structures collectives de gestion de l'espace afin que les limites de propriétés ne soient plus (ou soient moins) un obstacle à la multifonctionnalité des lieux. En réunissant les propriétés foncières par un artifice institutionnel, on en revient à reconsidérer la confusion opérée par le droit de propriété, entre le droit réel et la chose. En effet, la dissociation du bien de ses utilités signifie de séparer la chose du droit réel source d'utilités. Dans les contextes fonciers africains, les pratiques juridiques locales le démontrent bien. Le droit sur l'espace dont dispose le chef d'unité d'exploitation ne porte souvent que sur une partie des utilités que procure le fonds en question, même lorsqu'un espace est placé sous sa maîtrise exclusive. La multifonctionnalité de l'espace limite souvent l'exclusivité temporelle du détenteur. Ce sont ces mêmes utilités qui font l'objet d'un droit de disposition, d'autant plus fort qu'un investissement en capital ou en travail est réalisé. Sur le terrain, il se dégage toujours l'idée que la relation prend appui sur les fonctionnalités et non sur le fonds lui-même qui, par ailleurs, n'a d'intérêt qu'en raison de ses utilités.

Quant au continent du Sud, si l'État africain s'est arrogé un espace éminent, rien n'atteste dans le fonctionnement social que les populations se cantonnent aux simples usages, sans affirmer territorialement leurs propres enjeux fonciers sur leur support de reproduction.

c) Souveraineté locale : les dynamiques sociales imprimées dans l'espace

L'espace reflète les façons dont les groupes sociaux organisent leurs relations d'opposition, d'alliance ou d'allégeance. L'ambition du droit qualifié de « moderne » a toujours été de généraliser et de développer l'appropriation privative là où le rapport à la terre est d'une autre nature, d'une autre culture ou d'un autre regard porté sur le monde. Et pourtant, les qualifications juridiques impriment déjà les territoires d'une genèse qui n'a pas attendu la formation d'un droit général et impersonnel et qui recouvre de sa fiction les réalités nationales. On découvre sous le manteau de la légalité les ondulations de souverainetés collectives au sein de communautés temporelles et spatiales diverses. Entre relations de sang et de résidence se juxtaposent ou s'interposent des pouvoirs lignagers, d'unités d'exploitations et de résidence. La formation des territoires est issue d'histoires d'installation par la violence ou l'alliance, la découverte et l'exploitation. Les souverainetés résidentielles ou lignagères organisent ainsi la structuration foncière de l'espace au-delà de tout contexte étatique.

La notion de terroir villageois fonde l'emprise du pouvoir social sur l'espace. La notion de limite ou de frontière transparait toujours autour du périmètre occupé par une communauté d'habitants pour ses activités

agricoles, pastorales, forestières et halieutiques et peut également comprendre des zones réservées pour son avenir¹. Dans l'ensemble du Sahel les terroirs constituent l'organisation foncière de base. Si bien que cette forme de légitimité locale se trouve légalisée et se retrouve identifiée dans la constitution des collectivités locales décentralisées. Ces dernières n'existent que par la fusion d'un certain nombre de terroirs villageois. Le terroir est ainsi souvent pris en compte jusqu'à être explicitement défini par les textes. Peu après son indépendance, le Sénégal reconnaît le terroir comme un « ensemble homogène de terres du domaine national nécessaire au développement de la population du ou des villages qui y sont implantés y ayant des intérêts ruraux communs »². Le terroir peut contenir plusieurs concentrations de résidents : le village fondateur et les autres issus de ce premier qui sont souvent des quartiers ou hameaux installés plus loin pour se rapprocher de leurs terres de culture. Il peut également ne contenir qu'un habitat dispersé dans l'ensemble de son périmètre³. Nous avons rencontré au Tchad des terroirs comprenant jusqu'à quinze villages. Le terroir constitue l'unité territoriale des populations sédentaires. Il exclut par nature la mobilité des hommes avec leurs bétails qui fait du pastoralisme une activité exclue de toute reconnaissance foncière (sauf dans les cas où la loi reconnaît des droits pastoraux). Le législateur nigérien apporte cependant une exception en conférant aux pasteurs un « terroir d'attache », défini comme une unité territoriale propre à l'activité pastorale faite de migrations, de transhumances ou de nomadismes⁴.

¹ « Le terroir comprend, autant que possible, les terres de culture, de jachère, de pâturage et de parcours et les boisements régulièrement utilisés par le ou les villages qu'il couvre, ainsi que des terres en friche jugées nécessaires à son extension » (article 1 du décret n° 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions d'application de la loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national). Ce même décret précise, pour moderniser l'institution, que le terroir doit « permettre le fonctionnement correct d'une coopérative agricole répondant aux deux critères de rentabilité et d'autogestion optimale » (art.3).

² *Ibidem*, article 1 du décret n° 64-573 du 30 juillet 1964.

³ Tel est le cas au Sénégal dans les terroirs bassari (communauté rurale de Salémata, département de Kédougou) où par exemple au Rwanda dont l'habitat est souvent dispersé dans le paysage collinaire.

⁴ Le terroir d'attache est défini comme « l'unité territoriale déterminée et reconnue par les coutumes et/ou les textes en vigueur à l'intérieur de laquelle vivent habituellement pendant la majeure partie de l'année des pasteurs, unité territoriale à laquelle ils restent attachés lorsqu'ils se déplacent que ce soit à l'occasion de transhumance, du nomadisme ou de migrations » (décret n°97-007/PRN/MAG/EL du 10 janvier 1997, fixant le statut des terroirs d'attache des pasteurs).

Dans le delta intérieur du fleuve Niger, au Mali, on trouve une organisation territoriale reposant sur un découpage de l'espace en provinces pastorales. Le *leydi* (pl. *leyde*) qui signifie terre ou territoire en *fufulde* constitue une entité sous-régionale composante du delta. Ce dernier est partagé actuellement entre trente-trois *leyde* qui sont gérés chacun par un maître de pâturage appelé *jowro*. Le *jowro* est traditionnellement et communément considéré comme le gestionnaire des bourgoutières du lignage (*suudu baaba*). C'est lui qui est chargé de surveiller l'accès aux pâturages, d'autoriser des troupeaux étrangers et de faire sortir les animaux du delta à la saison des pluies (l'hivernage) (cf. Olivier & Catherine Barrière, 2002). La législation malienne sur l'organisation territoriale et sur le pastoralisme n'a pas su intégrer cette réalité locale territoriale dans ses textes (cf. *supra*).

Le Haut Atlas marocain fait l'objet lui aussi d'une répartition territoriale spécifique. L'espace pastoral est défini dans le statut des terres collectives. Il est partagé en territoires claniques dont l'État reconnaît la propriété à chaque tribu qui dispose de la personnalité juridique. Le Protectorat ayant mis fin aux incessantes guerres territoriales entre tribus pour les fixer chacune au sein d'un espace fixe et aujourd'hui cadastré. Les villages, appelés douars, ne disposent pas de « terroir » mais d'un finage dont les parcelles sont réparties entre les résidents. Le finage en lui-même ne relève pas dans les faits du régime des terres collectives, en raison du partage de ces dernières entre familles. Les terres cultivées sont *de facto* privatisées, objets de droits exclusifs et d'une prérogative d'aliénation¹.

Aux terroirs, finages, provinces pastorales, territoires claniques, peut se rajouter une variété supplémentaire de découpages territoriaux endogènes aux groupes et spécifiques aux milieux et aux types d'exploitation. Les pâturages de montagne par exemple font l'objet de statuts particuliers dès lors qu'un groupe s'en arroe la maîtrise et en contrôle l'accès et les pratiques. Dans le Haut Atlas, au Maroc, une

¹ Cinq régimes caractérisent le paysage foncier marocain : a) Le régime « melk » est présenté comme celui de la propriété privée d'une personne juridique (physique ou morale). b) Le régime des « terres collectives » est celui d'une propriété privée d'une collectivité, qui reste en indivision entre ses membres sans aucune possibilité d'appropriation personnelle. Ces terres sont placées sous la tutelle de l'État (ministère de l'intérieur). c) Les terres « guiches » sont la propriété éminente de l'État, qui font partie de son domaine privé, et qui avaient été concédées en jouissance à des tribus en contrepartie d'un service rendu. De nombreuses superficies ont été privatisées ou transformées en terres collectives. d) Les terres « habous » sont celles qui ont été offertes à perpétuité à une œuvre pieuse. e) Les terres domaniales sont la propriété de l'État : les terres non forestières (gérées par les sociétés d'État) et le domaine forestier.

régulation locale organise la gestion d'espaces pastoraux partagés, les *agdals*, estives collectives exclusives à la tribu qui les met en défends quelques mois par an¹. Dans le delta du Saloum (Sénégal), se superposant aux terroirs villageois, les femmes par village disposent de parcours de cueillette de fruits de mer qui se transmet entre générations. La souveraineté régaliennne sur la pêche a fini par supprimer les pêcheries lignagères qui régulaient l'accès de chacun en fonction de son appartenance familiale. Dans le delta intérieur du Niger (Mali), les territoires halieutiques s'imposent, quoi qu'en décrète la législation.

L'espace se superpose dans les régimes qui en organisent les divisions. Aux pouvoirs locaux se superposent les lois nationales qui se succèdent dans le temps sans forcément s'abroger.

Au Sénégal dans la première moitié du XIX^e siècle, le besoin de ravitaillement de Dakar en bois de feu a généré une exploitation massive des mangroves du Sine Saloum et de la Casamance. Afin d'assurer « la pérennité des peuplements de palétuviers et d'organiser l'exploitation », des arrêtés de classement sont pris le 7 janvier 1946 et le 22 janvier 1944 pour les mangroves des îles du Saloum et des îles de Bettenti (Bettendick) par le Gouverneur général de l'AOF. La zone concernée classée est celle de la frange du littoral des îles où se situent les palétuviers. Soumis aux rythmes des marées, cet espace est déjà inclus dans le domaine public maritime. Dans un même temps, cette zone fait partie des terroirs villageois et ainsi des communautés rurales de Toubacouta, Bassoul, Dionowar et Djirnda. Le parc national du delta du Saloum créé en 1974 recouvre une partie du delta et se surajoute à son tour, en 1981, un régime conservateur et sur un plan international l'estuaire du Saloum constitue une réserve de biosphère MAB (Unesco). Puis en 1984 le régime de Ramsar labélise la zone². Se rajoute enfin la récente création d'une aire marine protégée dans le *bolon* de Bamboung,

¹ Dans le Haut Atlas marocain, le régime de « l'*agdal* » se définit dans une mise en défens temporelle par une communauté d'un espace déterminé sur une ressource spécifique. L'*agdal*, signifiant « fermer » en *tamazigh* (berbère), entre dans le jeu d'une gestion communautaire d'une ressource dont on souhaite en réguler l'accès au sein du groupe qui s'en assure une exclusivité. La présence de trois critères définit ainsi le régime de l'*agdal* : un sujet de droit : une communauté lignagère ou de résidents (tribu, douar, fraction...); un objet de droit : un espace-ressource (pâturage, champs, arboriculture (amandiers, noyers...)), forêt, etc.; une prérogative juridique : un droit collectif d'exclusivité.

² Convention internationale sur les zones humides d'importance internationales, Ramsar, 1971.

dont l'accès n'est réservé qu'aux touristes qui sont accueillis dans un gîte construit sur place à cet effet.

L'exemple du delta du Saloum est celui d'une superposition de territoires de différentes échelles, assortis d'autant de modes de régulation d'accès aux ressources et de gestions environnementales. Ce site reflète la réalité courante d'une concentration d'acteurs sur une même entité spatiale située autour d'un passé, d'un présent et d'un avenir commun. Le territoire est formé, créé et conçu par une personne morale, les habitants de lieux formant un corps moral. De ces acteurs locaux va beaucoup dépendre la véritable destination des espaces.

B - De la nature juridique du territoire : destination et affectation

Le territoire d'un groupe lignager ou d'habitants est un territoire collectif. Le critère considéré par le droit est celui de l'affectation d'un espace à un groupe ou à une personne physique. Le rapport sera soit de nature privative (un), soit de nature communautaire (plusieurs), soit de nature publique (tous). Le lien juridique au territoire se construit sur la base de la qualification de la chose fonds, support des activités, des pratiques, des résidences. Si le sol est un bien, il entre dans la catégorie de l'immeuble. Il devient un bien quand on lui assigne une valeur intrinsèque d'ordre économique, une évaluation monétaire. Conférer un prix à l'espace conduit à enfermer dans une logique matérielle un aspect immatériel par essence de la nature. L'espace est délimité par le truchement d'une fonction sociale, l'exclusivité, qui devient droit. La délimitation d'un périmètre en organise son accès ou son nonaccès. La limite d'une portion d'espace le matérialise en lui offrant une formalisation sociale.

Le territoire se caractérise dans un espace délimité par un besoin vital, une fonction économique ou une nécessité culturelle ou cultuelle. Le droit détermine une qualification en fonction des impératifs des relations sociales et intergénérationnelles. Ce sera ainsi une terre ou un sol, support de reproduction du groupe. Selon les relations de la société avec la biosphère et ainsi sa représentation du monde, son identification dans le passé, le présent et surtout sa projection dans l'avenir, ce support intègrera ou n'intègrera pas la catégorie marchandise. Au Sahel rural la terre n'a pas de prix en raison de son caractère indispensable pour la reproduction du groupe. Au Maroc, la terminologie du législateur ne le contredit pas : la fonction retenue est avant tout sociale, par-delà une terminologie qui se veut moderne et civilisatrice. L'aliénation de parcelles voir de lopins existe, mais concerne souvent davantage les utilités, les investissements, que le fonds en lui-même. Preuve en est, la

terre collective, qui – immeuble pour le législateur et qualifiée de « propriété » – demeure inaliénable, insaisissable et imprescriptible¹.

Doit-on penser, comme Émile Durkheim, que la propriété est universelle, que « le groupe fut le premier propriétaire... nous savons en effet que c'est le clan qui possède de manière indivise le territoire qu'il occupe et qu'il exploite par la chasse ou la pêche » (Durkheim 1950 : 192) ? Les législateurs français et marocains en sont convaincus comme on le voit à travers l'exemple même du cas spécifique de la propriété collective (cf. *supra* les biens communaux et les propriétés collectives des tribus). Cependant, rien n'oblige *a priori* à plaquer la qualification de « propriété » sur des espaces collectifs par nature et qui semblent devoir le rester en raison du fait que la survie et le développement du groupe dépendent de cette forme d'occupation sociale et culturelle de l'espace. La construction idéologique de la nature « propriétaire » de la terre ou de l'espace territorialisé, est enraciné dans un lointain passé originel et le débat n'est pas d'aujourd'hui². Il rejaillit néanmoins lorsque l'on aborde la nature juridique du fonds qui est défini *a priori* comme une propriété: il sera question non pas de savoir s'il s'agit ou non de propriété mais plutôt de savoir si l'on est dans le collectif ou l'individuel. Or, s'interroger sur le statut du fonds ne nous situe pas *de facto* dans le corrélat de l'universalité de la propriété. Ce présupposé discriminatoire évite d'appréhender la réelle nature de la chose. Hors de toute idéologie, la rigueur de l'approche juridique impose de se dégager du déterminisme « propriétaire » qui repose sur l'institution de l'aliénation³. Il nous semble indispensable de nous départir de l'immense préjugé qui nous rend prisonnier des représentations de notre propre psychisme culturel ou du postulat pré énoncé ou pré acquis d'un inévitable rapport d'appropriation à l'espace, afin de s'ouvrir sur d'autres paradigmes.

La notion de territoire s'ouvre à l'individuel comme au collectif. En Afrique, l'individu (surtout en zone rurale) s'intègre toujours au sein d'un groupe, lignager, familial ou de résidents. L'individualisation des systèmes de production ne l'isole pas de son groupe social d'appartenance, il en reste toujours dépendant. Cette dépendance lui

¹ Dahir du 27 avril 1919. Ce n'est pas sans nous rappeler la propriété collective des communaux. Cf. *supra*.

² L'ouvrage de Grégoire Madjarian (1991) porte spécifiquement sur la question de l'invention de la propriété.

³ Pour Madjarian, l'institution de la propriété est l'institution de l'aliénation : « le passage à l'aliénation des choses représente une mutation globale du rapport de l'homme à la nature et des rapports des hommes entre eux », 1991 : 31.

permet rarement de disposer librement de la terre qu'il a reçue en héritage ou qu'il a acquise par défrichage ou don. De sa participation au tissu social résultent des contraintes qui ne l'autorisent pas à considérer l'espace de culture comme une chose vénale. La raison s'impose d'elle-même : le groupe en dépend pour sa survie et son développement. Les cas d'aliénation existent çà et là, mais leur caractère exceptionnel (migration, problèmes particuliers) trouve rarement une justification socialement acceptée. L'identité de l'acquéreur compte souvent beaucoup, les étrangers au groupe ou à l'ethnie ne sont généralement pas acceptés. La parcelle n'entre ainsi pas du tout dans une logique d'appropriation même si c'est le terme utilisé ou du moins traduit par la langue française. Le rapport à la terre reste profondément ancré dans un besoin vital de sécurité alimentaire. Par voie de conséquence, la terre transmise par les ancêtres ou acquise dans le présent fait partie d'un patrimoine commun du groupe familial ou plus rarement de résidents (village, hameau, campement). Par nature inaliénable, intransmissible à l'extérieur du groupe et imprescriptible au lien qui la lie aux générations qui se succèdent, la portion d'espace cultivé ou réservé à cette fin, n'entre pas dans une logique individualiste que peut laisser croire la relation à la terre du chef d'unité d'exploitation, réduite à la famille restreinte (un couple et ses enfants avec parfois des parents à charge).

La notion de propriété collective, on l'a vu, n'exprime pas non plus un véritable statut de propriété en raison de l'absence de la prérogative d'aliénation. Au Sénégal, le domaine national est défini comme inappropriable par nature (cf. *supra*) et les affectations sont précaires¹. Au Maroc le législateur définit la propriété foncière collective² comme une terre qui appartient à un groupement d'habitants ayant une même origine et faisant partie d'une même ethnie³. Son caractère inaliénable, en

¹ Les terres de culture et de défrichement sont affectées par délibération du conseil rural et l'affectation prend fin, de plein droit, au décès de la personne physique ou à la dissolution de l'association ou de la coopérative affectataire (art.2 et art.5 du décret n°72-1288 du 27 octobre 1972).

² En couvrant 12 millions d'hectares, le statut collectif est celui qui occupe la superficie la plus importante du Maroc. Il concerne les parcours pastoraux, les douars et couvre également des zones de forêt.

³ Le dahir du 27 avril 1919 dispose que la propriété collective comprend les terres de culture ou de parcours dont les tribus, les fractions de tribus, les douars ou autres groupements ont la jouissance à titre collectif. La jurisprudence a développé des critères caractérisant la propriété collective : une possession de longue durée (plus de dix ans), une longue jouissance (pacage ou culture), des partages successifs de jouissance. L'autorité du protectorat soumet les communautés lignagères et leurs terres à un régime de forte dépendance, une véritable mise en tutelle administrative de l'État (ministère de l'intérieur) sur leur relation foncière : « Le droit de propriété des tribus, fractions, douars

raison de son indivision et de sa vocation, ne se rapproche pas de la définition d'une propriété, mais davantage d'un autre paradigme, de celui de patrimoine commun.

Les réalités du droit sur le terrain, le droit tel qu'il est vécu et tel qu'il agit, conduisent à définir le patrimoine commun à un groupe (l'humanité, la nation, la collectivité locale, le village, le lignage, le clan, la fraction, l'unité d'exploitation, ...) comme un ensemble de « choses » non appropriables, non monnayables, situées hors du commerce économique et juridique. Personne n'en est donc « propriétaire ». Ce patrimoine est placé sous la maîtrise d'un groupe qui a la charge d'en assurer une transmission interne aux membres futurs (à naître) pour leur propre épanouissement. Seul le groupe, à son niveau, est titulaire de son administration dans l'intérêt général de sa propre pérennité. Le patrimoine commun se définit ainsi par l'ensemble d'éléments participant à la reproduction même du groupe, physique ou intellectuelle, et le caractérisant dans son identité : modes d'exploitation du milieu, savoirs et traditions locales, espaces territoriaux, espaces ressources, etc.

La destination du territoire permet ainsi de définir plus justement sa nature juridique. L'objectif fondamental du territoire pour les sociétés consiste à assurer l'existence du groupe, son développement et sa reproduction. L'obligation de transmission aux générations futures qui en découle souligne la continuité dans laquelle se situe le territoire. Elle projette donc le droit dans un pas de temps indéfini.

L'espace territorialisé se présente par conséquent comme un fonds se situant hors du commerce par sa destination, c'est-à-dire l'usage auquel le fonds est affecté. L'affectation à l'intérêt vital du groupe pour sa reproduction, fonde le critère de l'extra commercialité comme critère voûte tout comme pour la domanialité publique (cf. *supra*). L'affectation détermine la finalité particulière en vue de laquelle ici la chose « fonds » est utilisée : à l'usage de personnes physiques ou morales identifiées soit par leur appartenance lignagère (clan, tribu, fraction)¹, soit par leur identité ethnique (bozo, somono, bassari, diahanké, peul, malinké,

ou autres groupements ethniques sur les terres de culture ou de parcours dont ils ont la jouissance à titre collectif, selon les modes traditionnels d'exploitation et d'usage, ne peut s'exercer que sous la tutelle de l'État et dans les conditions fixées par le présent dahir. » (art.1 du dahir du 27 avril 1919 (26 rejev 1337), organisant la tutelle administrative des collectivités indigènes et réglementant la gestion et l'aliénation des biens collectifs, B.O. du 28 avril 1919).

¹ Par exemple dans le Haut Atlas marocain, les territoires des tribus qui interdisent des implantations étrangères aux membres qui ne relèvent pas du même sous clan.

sarankolé, tamacheq, etc.)¹, soit par leur qualité de résident (habitant des lieux)², soit enfin par le système d'exploitation qui structure et justifie la territorialisation de l'espace³. Certaines de ces conditions sont susceptibles de s'additionner. Pour rappel, le domaine public se définit par son affectation à l'usage du public ou à un service public.

De la nature juridique de l'espace vont découler sa fonctionnalité même, l'organisation du paysage et les dynamiques des hommes et des sociétés qui sont dessus. Il va en dépendre la qualification des utilités et la création d'un mode de relation avec la biosphère. La dissociation du fonds et des utilités par le patrimoine commun va permettre d'organiser un meilleur contrôle et un meilleur usage des droits tirés des espaces : en se préoccupant des droits des générations futures, de la façon d'utiliser les utilités va dépendre l'avenir des espaces qui sont des choses patrimoniales, avec une obligation de transmission. Par voie de conséquence se justifie et s'impose l'obligation de conservation, de non destruction, consistant dans le devoir d'en conserver pleinement la substance pour un usage collectif et futur. Portion de biosphère, le territoire identifie par sa nature même la responsabilité du groupe. La notion de patrimoine commun engage simultanément un régime de responsabilité entre les générations d'adultes présentes et à venir.

La particularité importante du territoire réside dans sa complexité d'intégration d'échelles qui s'imbriquent et se superposent, pour exemples : la parcelle agronomique et foncière, l'unité d'exploitation, la pêcherie, le terroir ou le finage, les collectivités territoriales (différentes échelles de la commune à la région), la province pastorale ou tribale, les espaces communautaires protégés, les parcours halieutiques, pastoraux, forestiers... Se rajoutent sur cette territorialisation les unités administratives, le domaine public naturel, les espaces classés et protégés par la puissance publique, etc.

Dégagé de la coque juridique de la fiction de « bien », le territoire « patrimoine commun » promeut et protège une continuité culturelle et religieuse qui l'identifie à l'espace. Le régime « patri-communal » est en effet protecteur en tant que fonds culturel et biologique à la fois, puisque situé hors de la confusion du droit à la chose. Tout va se jouer au niveau des prérogatives sur les utilités du territoire. L'espace devient ainsi le

¹ Le lien étroit entre ethnie et système d'exploitation superpose souvent ces conditions.

² Ce critère-là, parfois rajouté à la référence lignagère, est caractéristique des territoires considérés comme des « propriétés collectives », comme des territoires des tribus marocaines ou les biens communaux en France.

³ Ce peut être un territoire réservé à un type d'exploitation excluant tout autre ou certains autres : par exemple strictement agraire ou pastoral ou halieutique.

support de prérogatives sur son contenu dont la gestion incombe à des responsables identifiés par leur union auprès d'un environnement commun.

II - Les droits sur les ressources naturelles renouvelables

Le droit sur les ressources n'est pas direct, il transite par un droit sur l'espace qui supporte les ressources visées. Nous avons insisté sur la notion de territoire qui est formalisée en fonction de l'intérêt de ses utilités en ressources. Le territoire n'existe qu'en raison des ressources qu'il procure ou tout au moins d'une fonctionnalité dans laquelle apparaît fortement l'existence de ressources. Mais, en termes de droits, l'appréhension physique de l'herbe, la terre, le poisson, le gibier, le bois, le fruit... se traduit par un accès foncier : fonds territorial individuel, collectif, national, étatique auxquels s'appliquent une régulation et une ou des institutions gestionnaires. Une prérogative particulière pour accéder à l'emprise de la ressource et qui va dépendre en partie de la nature juridique de celle-ci se rattache au statut de l'espace. Enfin, le sujet de droit qui entre en action vers la ressource s'identifie en fonction du régime juridique conditionnant l'espace : personne physique ou morale ou bien corps moral d'une communauté de résidents ou lignagère.

L'appropriation de la ressource est ainsi conditionnée par le lieu où elle se trouve, couverte par un champ réglementaire ou une instrumentation juridique locale spécifique. Les ressources renouvelables partagées au sein d'un groupe font l'objet d'un système de régulation qui se traduit en modes d'accès opérationnels et en une gouvernance locale. De nombreux économistes anglophones¹ abordent la question en termes de droits d'appropriation (*property rights*) des ressources communes (*common-pool resources*).

Si la frontière physique apporte une délimitation des pouvoirs sur l'espace, on peut s'interroger sur l'ampleur des droits des groupes et des individus sur les espèces vivantes. La notion même de « ressource », qui qualifie la nature renouvelable de la chose, est le signe incontestable d'une représentation utilitariste, voire économique, très forte : *a priori*, toutes les espèces sont des « ressources naturelles renouvelables ». Pourtant, il n'y a de ressource que lorsque la chose entre dans un commerce d'échange. La distinction entre ce qui relève de la ressource de ce qui n'y relève pas est importante : le souci de conservation va porter

¹ Cf. en bibliographie.

sur ce qui représente une utilité, une notion encore bien subjective. Tout va dépendre des représentations sociales sur l'espèce animale ou végétale en question. La qualification juridique et les prérogatives qui en découlent vont dépendre de ces représentations qui reflètent l'intérêt qui est porté sur l'espèce en question. Cet intérêt relève soit d'un ordre culturel, religieux ou psychologique, soit d'un ordre économique ou purement utilitariste. Le législateur accorde à l'espèce un statut corrélé d'un régime juridique, de protection, de gestion, d'appropriation ou d'utilisation, voir d'élimination¹. Les sociétés locales lui accordent leurs propres référents en fonction de leurs rapports à l'invisible et au quotidien. La relation au monde conditionne la nature juridique qu'elles lui confèrent laquelle dépend du degré d'importance qu'elles lui trouvent. La fonction économique n'est pas toujours prépondérante. De l'intérêt porté à l'espèce animale ou végétale va dépendre son niveau de statut d'objet, voir de sujet, peut être de nature rituel, propitiatoire, usuel, purement alimentaire et utilitaire, sacré ou totémique, nuisible, rarement indifférent et pourra éventuellement parvenir à l'élaboration d'une conscience écologique².

Généralement les ressources naturelles renouvelables sont classées, selon leurs modes d'accès, les pratiques et le droit dont elles font l'objet. Cette forme de réduction s'éloigne d'une biosphère intégrant toutes les dynamiques vivantes. Les systèmes écologiques comprennent une diversité biologique qui se traduit en une globalité de ressources. La biodiversité, définie par la diversité d'espèces, la multitude d'interactions écologiques entre elles et avec leur environnement physique, ainsi que la variété des écosystèmes complexes qu'elles constituent³, pose le défi de la régulation de l'accès à un ensemble de ressources formant un tout.

¹ La faune sauvage ne fait toujours pas l'objet d'une gestion d'ensemble qui permettrait d'abandonner les distinctions trop rigides qui sont faites entre gibier, nuisibles et espèces protégées. La liste des espèces de gibiers que l'on peut chasser sur le territoire européen de la France et dans sa zone maritime se divise en trois catégories : le « gibier sédentaire », le « gibier d'eau » et les « oiseaux de passage » (arrêté du 26 juin 1987). La catégorie d'espèce nuisible existe toujours (arrêté du 21 mars 2002 fixant la liste des espèces d'animaux susceptibles d'être classés nuisibles par le préfet).

² Gibier ou faune sauvage, sédentaire ou migratrice, nous adoptons ici volontairement une définition large et non restrictive de la terminologie de « ressources naturelles renouvelables » qui comprend l'ensemble des éléments de la biocénose susceptible de devenir des utilités ou d'entrer dans une conscience écologique.

³ L'article 2 de la convention internationale sur la diversité biologique définit la biodiversité comme la « variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes » (Rio de Janeiro, 5 juin 1992).

Aucun des régimes juridiques existant n'appréhende cette globalité dans son ensemble malgré l'existence d'une convention internationale spécifique (1992). Nous verrons plus loin que dans la recherche d'un droit de la co-viabilité, le concept de patrimoine commun est susceptible d'ouvrir des perspectives. Cependant, la régulation juridique de l'accès aux ressources, envisagées une par une, participe pleinement à une régulation plus globale d'écosystèmes dans leur ensemble.

Les modes d'exploitation et de conservation des ressources vivantes vont dépendre d'abord de la nature juridique que la société leur accorde en fonction de leur place sur l'échelle de valeur du groupe social concerné. De cette définition juridique découle une régulation qui n'est le plus souvent que le miroir d'enjeux d'accès à la ressource.

De la nature juridique des ressources vivantes

Dans sa logique de tout classifier, le droit appréhende la ressource en premier lieu, comme une chose qui est soit mobile dans l'espace soit rattachée directement à un fonds. L'importance de cette première distinction est de taille : le pâturage, les produits forestiers, la terre sont par nature rattachés à un espace précis, sans nécessairement que leur régime juridique y soit confondu, même s'il apparaît qu'un caractère d'accessoire soit fortement établi. En Afrique, le droit du sol n'empêche pas forcément le droit de la superficie¹. Nous sommes dans un régime de propriété ou du moins qui s'y rapproche dans le cas de parcelles de culture où celui qui dispose de l'exploitation peut aliéner son espace cultivé, où parfois n'aliéner que les arbres qui s'y trouvent.

La mobilité des espèces animales en fait soit une chose sans maître (*res nullius*) en Europe (gibier et poisson), soit une chose publique (*res publica*) en Afrique souvent (de nombreuses législations intègrent la faune dans le domaine privé de l'État qui est dit « propriétaire »), soit une chose qui dans le droit « agissant » est une chose commune (*res communis*) que définit bien le Code civil de 1804 dans son article 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous... ». Dans notre analyse intégrant à la fois des éléments du droit français et des droits africains, le « tous » est relatif et selon les cas peut être plus ou moins étendu en raison de la nature précise de ce « commun ».

¹ Également en France (Marty, 1979).

Les choses qui n'appartiennent à personne sont celles qui se situent hors du commerce¹. Cependant, par leur appréhension, les ressources naturelles peuvent entrer dans la sphère commerciale. Communes au départ, sauf celles qui sont appropriées privativement sur un fonds exclusif, les ressources naturelles passent d'un statut d'extra commercialité à la commercialité. Cette transformation juridique suit une transformation physique : rattachée à un fonds ou vivante ou libre, la ressource subit une modification de son état initial naturel à un état de coupe, de captivité ou de mortalité. L'acte d'extraire une chose de la nature fait entrer cette chose ressource dans le domaine de l'appropriation individuelle ou d'une personne morale. Même l'herbe broutée relève d'un prélèvement d'ordre appropriatif qui profite au propriétaire de l'animal bénéficiant ainsi de son croît biologique.

La potentialité accordée aux ressources naturelles d'entrer dans le champ commercial peut ne pas l'être pour toutes. Les espèces classées protégées, les espèces sises sur une aire protégée, les espèces non chassables etc. restent publiques. Elles pourraient en plus entrer dans une catégorie *sui generis* de patrimoine commun qui leur conférerait une reconnaissance intrinsèque et les élever à un rang d'inappropriabilité.

La substance de la ressource se définit par son potentiel de régénération et de perpétuation. C'est un élément que le droit civil protège dans l'usufruit en apportant une obligation de préserver la substance². La substance d'une ressource permettant la reproduction même de la ressource et ainsi du groupe social se dote d'une nature patrimoniale.

De la qualification juridique des ressources naturelles renouvelables vont dépendre les modes de régulation de l'accès à ces ressources (A) ainsi que leurs modes d'appropriation (B). La régulation traduit une forme de gouvernance qui exprime un choix de société par la mise en œuvre de régimes privilégiant soit l'individu soit l'avenir du groupe. L'organisation de l'appropriation même des ressources souligne le type de rapport au monde choisi.

¹ Pour le code civil français, les choses hors du commerce ne peuvent faire l'objet de convention (art. 1128) ne sont ni susceptibles d'être vendues (art. 1598) ni d'être prêtées (art. 1878) et leur propriété ne peut s'acquérir par prescription (art. 2226).

² Article 578 du C. civ. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

A - L'accès à la ressource : les modalités d'une régulation

Partant des réalités du Nord et du Sud, deux logiques d'accès à la ressource naturelle renouvelable (terre, bois, poisson, gibier, herbe, eau...) se côtoient, chacune largement prépondérante marginalisant l'autre. L'Occident confère une valeur pécuniaire à l'espace devenant par pure fiction un « bien » qui acquiert ainsi une valeur marchande, et devient par conséquent un objet de propriété. L'espace est individualisé en parcelles dont les frontières s'opposent par nature au caractère plurifonctionnel de l'usage des ressources. L'Afrique a hérité cette logique capitaliste, de tout transformer en bien, mais les cultures et les pratiques sociales n'adoptent pas cette idéologie économique du monde : l'espace reste multifonctionnel dans les systèmes juridiques traditionnels. Le droit agissant opère pour une appropriation des utilités de l'espace au moyen d'une régulation reflétant une gestion communautaire.

Les modalités de la régulation de l'accès à la ressource sont ici analysées sous trois angles : celui de son objet (1), du processus qui le légitime (2) et de son régime (3).

1 - L'objet de la régulation : préserver la ressource

Les objectifs d'une régulation de l'accès aux ressources vivantes sont de trois ordres : a) prévenir et éviter leur surexploitation, b) conserver leur substance assurant leur régénération et leur développement, c) éviter ou limiter les conflits portant sur elles afin d'en permettre une gestion plus concertée qu'antagoniste.

La régulation se situe dans un processus de rapport de force entre individus au sein du groupe et entre groupes qui s'organisent autour de l'accès aux ressources par une répartition des prérogatives entre institutions, groupes et individus. Dès ce stade, la combinaison des droits et des statuts sur l'espace et la ressource s'impose en raison des imbrications entre le fonds et les éléments environnementaux qu'il supporte. Les affectations précises de prérogatives sur l'espace ou la ressource conduisent à faire émerger le concept « d'espace-ressources » qui correspond à la combinaison d'un lieu avec un élément naturel renouvelable. L'étendue possible des faisceaux de droits par les démembrements du droit de propriété et les droits fonctionnels et de gestion intentionnelle sur les utilités des espaces public, collectif, communautaire et national (en référence ici au régime spécifique du domaine national sénégalais) offre un paysage où plusieurs logiques se rencontrent.

Le cœur d'une régulation environnementale se situe dans la préservation de la substance des ressources qui se traduit dans un principe de conservation. La société inscrit parmi ses plus hautes valeurs l'intérêt général que représente la préservation de l'environnement (à l'échelle locale : terres agraires, parcours de pâturage, ressources forestières, halieutiques, etc. à l'échelle nationale et internationale : biodiversité, lutte contre la désertification, ...). Dans l'écrit ou dans l'oral, cette inscription existe plus ou moins bien exprimée, souvent cachée par des impératifs viatiques ou économiques immédiats. Les stratégies des acteurs (partant de l'unité d'exploitation au groupe familial plus large à la communauté d'habitants ou du groupe d'un système d'exploitation, jusqu'à la dimension du clan) intègrent la nécessaire préservation de la substance qui pour eux se traduit par un besoin plus ou moins explicite. Au plan local, ce n'est pas la protection de l'environnement d'une façon générique qui porte l'intérêt des individus et des groupes. Mais la sensibilité et la mobilisation se porte davantage sur la problématique de la régénération de la ressource : sa présence, son abondance, sa périodicité vont conditionner son accessibilité et sa forme de gestion.

2 - La régulation située dans un processus de gouvernance

La gouvernance environnementale vise la gestion des ressources naturelles et de l'environnement. Elle se définit par des processus de prise de décision dans le cadre de règles et de pratiques qui posent les limites des acteurs et des institutions, fixant leur marge de manœuvre et de responsabilités¹.

Un régime de gouvernance porte une régulation répondant aux questions suivantes :

- Qui est autorisé à tirer profit des utilités environnementales (inclusion, exclusion) ?
- Comment prélever ou exploiter : la durée, la quantité, les pratiques et les techniques d'exploitation ?
- Qui est soumis à l'obligation de contribuer au maintien de la pérennité de la ressource ?
- Comment surveiller et contrôler les pratiques de prélèvement et d'exploitation ?
- Comment résoudre les conflits d'appropriation de la ressource ?

¹ Cf. sur la gouvernance environnementale, Barrière 2005.

- comment adapter la régulation en fonction de l'état des ressources et l'évolution des stratégies des acteurs ? comment faire évoluer, mettre à jour, les règles d'affectation ?

Les réponses à ces questions vont se situer essentiellement à un niveau local là où le jeu des acteurs dépend de la régulation posée qui évolue en fonction des rapports de force lesquels se transforment dans le temps face à des crises écologiques ou/et économiques, des ruptures politiques et un contexte national plus ou moins interventionniste. Si l'on prend par exemple l'influence d'un système d'exploitation, ce n'est d'abord pas celui qui est censé structurer l'espace qui va forcément prédominer. Les agriculteurs de nature sédentaire dans le cadre d'une stratégie de diversification vont se rapprocher d'activités commerciales, faire davantage fréquenter l'école à leurs enfants, entrer plus facilement en relation avec les projets de développement, etc. que les pasteurs souvent mobiles (transhumants) et subissant de plein fouet les phases de sécheresse. Le rapport de force peut basculer car, de nos jours, il va dépendre, le plus souvent, du facteur économique : celui qui dispose du pouvoir financier bénéficiera plus facilement du pouvoir politique. Cependant, le statut social et la place occupée au sein du groupe seront également des facteurs lourds dans la balance des rapports de force.

Un certain nombre de ces questions qui portent sur la gouvernance locale trouvent ainsi déjà réponses dans l'organisation sociale existante, la position des lignages ou sous-lignages, des ethnies ou des systèmes d'exploitation en raison de leur histoire d'implantation dans la zone. La fonction et la représentation des anciens au sein du groupe va permettre d'assurer une continuité ou au contraire le poids des contraintes économiques peut conférer davantage de place aux plus jeunes générations. La dynamique, voire l'équilibre interne du groupe, restent essentiels pour assurer une cohérence de la gouvernance locale. Une dislocation des référents culturels endogènes, par les chocs ou les remises en cause que peuvent engendrer les apports externes, sont susceptibles de créer un traumatisme d'identité. Qu'est-ce qu'être Niominka, Bassari, Bozo, Amazigh Aït Zekri, Peul ou Tamacheq ? L'identité culturelle a un poids non négligeable dans le rapport à l'environnement parce qu'elle conditionne les pratiques, les représentations, le rapport à l'invisible et la place accordé aux éléments naturels dans les schémas de pensée.

La régulation des ressources est également un héritage, un acquis des générations précédentes. Les contraintes environnementales et économiques, l'effet de la mondialisation remettent souvent en cause ou perturbent des modèles de comportement jusque-là sources de droit.

La régulation juridique au sein d'une gouvernance environnementale construit les modes d'accès aux ressources naturelles d'une façon endogène. Cette endogénéité du droit nous semble un point essentiel dans l'analyse de la compréhension des rapports juridiques société/nature faisant partie intégrante d'une gouvernance environnementale.

Localement, le droit non légiféré définit en Afrique un véritable espace de légitimité. Ce dernier dépasse les manières de faire pour intégrer les modèles cultureux d'être et de faire. C'est dans cet espace-là que se trouve le droit vivant, adapté aux réalités locales pour préserver l'ordonnement, l'identité et la survie même du groupe dans ses spécificités culturelles. De ce droit endogène au groupe dépend sa reproduction dans le temps.

Ce qui est vital pour la société constitue un critère qui caractérise et différencie les faits sociaux relevant du droit des autres faits sociaux¹. Sur le terrain de la juridicité, toute la difficulté consiste à mettre au point un protocole de recherche qui permette au juriste de distinguer le droit des actes et des faits.

La première difficulté se situe dans la définition de ce qui relève du « vital » pour le groupe, c'est-à-dire l'essentiel, l'indispensable, l'ensemble des éléments absolument nécessaires à la reproduction sociale, et particulièrement l'accès aux ressources naturelles. Étant donné qu'ils relèvent de la structure et du fonctionnement dynamique du groupe et qu'ils touchent les individus dans leur identité, les faits considérés comme vitaux ne seront jamais toujours les mêmes d'une société à l'autre. Les particularités sociales expriment ainsi à la fois une objectivation générale des conduites (ce que l'on dénomme classiquement le droit objectif) et une subjectivité juridique qui encadre l'individu en lui fixant sa marge de manœuvre au sein de la société en fonction de nombreux paramètres (qui constitue le droit subjectif). Le « vital » réside dans ces deux niveaux inhérents à la régulation sociale.

La seconde difficulté réside dans l'identification de la régulation juridique propre à chaque groupe. Cette notion de « régulation juridique » dépend nécessairement de celle de « régulation sociale » dans laquelle elle se trouve enchâssée. Mais la régulation est-elle toujours synonyme de « règle » ? L'objet de la régulation est de tendre à assurer et maintenir l'équilibre d'un processus social ou au besoin à le rétablir. C'est justement cet équilibre qui va permettre au groupe de se régénérer, d'évoluer, voir de se transformer afin de répondre au contexte global dans

¹ Les enjeux juridiques « sont ceux qu'une société tient pour vitaux dans la reproduction individuelle et collective » (Le Roy, 1999:159).

lequel il évolue. S'il existe une régulation de type économique liée à l'hypothèse d'un « équilibre économique général », celle de nature juridique intervient au sein de l'édifice de l'équilibre social dans l'objectif de permettre la reproduction du groupe. La procédure de juridicisation consiste à effectuer le passage dans le droit. Ce transfert du « non-droit » au droit repose sur une réaction de la société face à un danger mortel ou mettant en péril son avenir. Par exemple, un accès libre aux pâturages d'estives sans contraintes et ouvert à tous génère un danger qui conduit le groupe à instaurer un système de mise en défens contrôlé et réservé dans le but de réserver aux seuls membres du groupe lignager l'accès à ces pâturages, essentiels l'été pour assurer la pérennité de la transhumance pastorale.

3 - Les régimes de régulation

La régulation juridique de l'accès environnemental se résume au sein de deux régimes qui relèvent de contextes et de rapports au monde différents :

- une appropriation de l'espace au moyen d'un droit de propriété exclusif et absolu sur le sol et les ressources qu'il supporte, sur laquelle (l'appropriation) se plaque une législation environnementale aussi dense que nécessaire pour limiter la tragédie de l'enclosure orchestrée par le souverain foncier disposant d'un plein pouvoir sur son fonds ;

- une appropriation des utilités de l'espace qui reste multifonctionnel par une gestion publique (étatique) ou communautaire (collectivités locales décentralisées, village, lignage) sur laquelle s'applique une politique publique environnementale (sur la lutte contre la désertification, sur la biodiversité, conservation des zones humides, des forêts, ...) assortie d'un cadre national et international de protection de l'environnement.

La régulation juridique environnementale se compose de trois régimes relatifs à l'accès aux ressources naturelles : privé, public et collectif. La prise en compte dans notre recherche des contextes français et africains à la fois nous conduit à tirer parti de ces expériences de terrain pour faire émerger des réalités plurielles qui s'en dégagent, deux régimes foncier et environnementaux¹ à la fois. Le premier issu du morcellement de l'espace en mosaïques de propriétés de fonds est soumis au régime de propriété foncière, qui comporte cependant des disparités en son sein (entre régime de common law et romaniste). Le second régime est fondé sur deux

¹ Sur une approche du foncier-environnement, cf. nos travaux cités en bibliographie.

critères : a) l'« inappropriabilité » et l'imprescriptibilité ; b) l'affectation de la portion d'espace considéré soit à l'usage du public ou d'un service public, soit à la reproduction biologique, culturelle et économique d'un groupe spécifique (de résidents, de lignage, d'exploitants). Ces critères caractérisent le concept de patrimoine commun.

L'humanité, la nation, la collectivité locale, le village, le lignage, le clan, la fraction, l'unité d'exploitation, le groupe d'exploitants... se dessinent dans le temps et dans l'espace dans un continuum qui dépend d'un patrimoine permettant à chacun de ces groupes imbriqués de se reproduire et de s'adapter. La définition du patrimoine commun (*infra*) nous sort de la théorie civiliste du patrimoine d'une personne qui se traduit en termes de biens par l'universalité juridique des droits réels et des droits personnels. Cependant, cette aptitude à posséder n'est pas la seule manière de définir le patrimoine en droit civil et l'on peut tout autant prendre en compte la cohésion des éléments de ce dernier par la destination commune qui les unit. Or, si l'on s'autorise à se dégager d'une vision purement matérialiste des rapports de reproduction sociaux, cette idée de « destination commune » permet d'aborder l'inter-temporalité et l'inter-générationnalité (Barrière, 2006).

Les différents régimes de régulation méritent un approfondissement afin d'en dégager les spécificités propres reflétant leurs idéaux et leurs façons de construire le monde. Cette étape permettra de se départir des présupposés d'une pensée unique. Nous partirons de l'appropriation de l'espace (a) puis de celle des utilités de cet espace (b) avant d'entrer dans une logique d'un rapport de droits en termes de faisceaux de prérogatives (c), tirés de la féodalité française et de la gestion des « commons » en Angleterre.

a) Une appropriation de l'espace : la propriété foncière

Le code civil de 1804 considère que la propriété n'est pas immeuble par l'objet auquel elle s'applique parce que la propriété s'est incorporée à la chose. Quand il parle de la chose immobilière ou mobilière, il s'agit en fait du droit de propriété sur la chose (« *tous les biens sont meubles ou immeubles* », art.516 C. civ.). Les pouvoirs du propriétaire sont tellement étendus qu'ils se confondent avec la chose sur laquelle ils portent : le droit est un bien et la propriété est un droit¹. Le caractère personnel du droit de propriété évoque « *une imprégnation de la chose par l'homme : la propriété ne se légitimerait que dans la mesure où l'homme peut y*

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

mettre l'empreinte de sa création ou de son utilisation personnelle» (Carbonnier 1988 [1969]: 244-245). Le Doyen Carbonnier voit également une certaine imprégnation de l'homme par la chose, « la personne ne pouvant être arrachée sans souffrance à ses entours de biens familiers » (*ibidem*).

Le droit romain faisait de la propriété une chose corporelle car il ne la séparait pas de son objet : « la chose est à moi » (*res mea est*). La définition fondant celle de l'art. 544 du code civil¹ attribuée au propriétaire une *plena in re potesta*, une maîtrise absolue sur la chose : « la propriété est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle », où l'avoir est le prolongement de l'être. Il s'agit du droit réel par excellence, qui fait que le droit de propriété foncière devient immeuble par nature parce qu'il se fonde dans la chose immobilière. L'immeuble par nature s'identifie ainsi dans le fonds de terre², c'est-à-dire le sol et ce qui s'incorpore³ et son assiette intègre à la fois le dessus et le dessous (art. 552 C. civ.).

Le Code civil invente la propriété⁴ en la rendant inhérente à la nature humaine, comme un prolongement de la personnalité humaine¹. Le

¹ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

² Article 518 du Code civil.

³ Article 518 du code civil et cf. la règle de l'accessoire pour l'immeuble et de l'accession pour la propriété (art. 551 pour l'accession par incorporation : « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire [...] », art. 546 pour la définition de l'accessoire : « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement soit artificiellement »).

⁴ L'origine de la propriété de l'article 544 est romaine dans l'esprit mais certainement pas dans la lettre. Contrairement à l'analyse de certains auteurs (notamment Armand Piret, 1937 : 22 et 200), il est clairement admis dans la doctrine moderne (André-Jean Arnaud, 1969 : 181) que la Rome classique n'a jamais connu ni « la propriété à la romaine », ni le concept de « droit subjectif » qui associe le pouvoir et le droit. Selon André-Jean Arnaud, la notion de pouvoir de droit n'est qu'une création des romanistes modernes : « La définition de la propriété s'est élaborée très progressivement [...]. Certes, aucun texte proprement romain ne définissait la propriété [...]. Mais il y avait là matière suffisante pour permettre aux romanistes de la faire » (*ibidem* : 182). Originellement, le *jus disponendi* correspond à la « disposition » et non au « pouvoir de disposer », c'est-à-dire l'expression d'un rapport plutôt qu'un pouvoir de droit. Ce rapport objectif a été transformé en une relation subjective, car dans le droit romain, l'acte de disposer était une occupation de fait et en plus ne concernait pas les immeubles. La notion de propriété fut pervertie par les vues subjectivistes et individualistes de la doctrine française des XVII^e et XVIII^e siècles. Domat définit le droit de propriété comme « celui qui donne au propriétaire

rapport de l'homme à la terre n'est donc plus dominé par une obligation religieuse, sociale et politique mais par une utilisation propre. Celle-ci se caractérise par une libre disposition et une exclusivité. La société moderne d'économie de marché supprime l'attache humaine de la terre, en créant une séparation institutionnelle entre l'homme et la terre : « Elle est un mode nouveau de relation des hommes à la terre, instituée par suppression du lien politique qui reliait et le serf et le seigneur à un terroir commun. Elle représente l'éclatement du domaine comme unité humaine et territoriale » (Ihering in Jean Louis Bergel 1994). En effet, la Révolution de 1789, c'est la reconstitution de l'unité de la propriété (qui était divisée entre domaine utile et domaine éminent), une « destruction de la féodalité » au profit des titulaires du domaine utile. Dans un même temps, c'est aussi une suppression de la diversité des droits d'usage et de jouissance (cf. Bourjol 1989 : 183-220) des résidents (vaine pâture, droit d'affouage (bois de chauffe), marronnage (bois d'œuvre), droit de pacage, droit de bandite (droit de pâturage d'hivers), de glandée, de panage, etc.². La propriété privée ne provient pas de l'évolution du droit coutumier : un acte d'autorité la substitue à une réalité communautaire. Alain Bernard note à ce propos « l'extraordinaire arsenal intellectuel, politique et juridique mobilisé pour éradiquer l'ordre communautaire » (Alain Bernard 2000 : 123).

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

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

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

La propriété est élevée au rang de droit naturel et imprescriptible par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, mais demeure cependant un droit secondaire placé derrière l'intérêt général (cf. la procédure d'expropriation). Elle est devenue comme une « thérapeutique universelle » (Alain Bernard 2000 : 113) qui se fonde sur le système du marché et qui s'étend sur tous les secteurs de la vie économique et sociale jusqu'à penser privatiser l'environnement¹. En effet, la propriété s'inscrit dans le projet plus vaste, celui de la consécration d'un « ordre spontané » (le dogme libéral de l'ordre spontané, selon F. von Hayek 1980-1983). La propriété privée, construit bourgeois du XIX^e siècle devenu colonne du temple libéral, ne fait pas l'unanimité dans la doctrine comme un modèle salvateur, en raison du fait qu'il en oublie l'homme. Pour Alain Bernard, « les libéraux réduisent la société au marché oubliant que les agents sociaux sont aussi des citoyens plongés dans des relations locales qui contribuent à la construction de leur identité et influencent leur conduite » (Bernard 2000 : 107-168).

Pour revenir davantage au cœur de notre préoccupation, la propriété se situe dans un rapport direct de la personne à la chose. Nous venons de nous pencher sur le fait que le droit s'incorpore à la chose dans sa définition du code civil traduite par une majorité d'auteurs. Cependant, un courant doctrinal s'inscrit en faux à cet égard : pour Frédéric Zénati, la propriété n'est pas un droit réel, mais un rapport existant entre la personne et les biens pouvant lui appartenir, une relation d'appartenance². La propriété serait ainsi une prérogative attachée à la personne sans être un bien³, plus précisément un ensemble de droits exercés par la personne sur ses biens.

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

¹ Cf. Falque et G. Mollière (éd) 1992 ; Le Page 1985 ; Bramoullé 1992.

² « Dès lors que la propriété est considérée comme une relation unissant à la personne autant les droits que les biens corporels et partant, qu'elle apparaît distincte de l'objet approprié, on ne peut continuer à l'analyser elle-même comme un bien » (Frédéric Zénati, 1981 : 14).

³ L'idée que la propriété s'incorpore dans son objet est profondément remise en cause par Frédéric Zénati, qui argumente en posant la question : le droit approprié est-il le droit réel de propriété ou le droit constituant son objet ? (1981 : 13).

de jouissance). Car si le droit de propriété s'attache non pas à la personne mais au bien, il peut être subdivisé (en droit éminent/droit utile, en usufruit/nue-propriété). Mais Frédéric Zénati propose ainsi de revenir sur ce rapport de pouvoir et de faire en sorte par conséquent que le droit de propriété soit un faisceau de prérogatives exercé par la personne sur ses biens (matériels ou non), plutôt qu'une mosaïque de droits isolés dont le droit de propriété sur les choses.

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

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

Si l'idéalisme français de 1789 se veut universel, les common lawyers appréhendent le droit de propriété en se focalisant moins sur le pouvoir matériel d'un seul et davantage sur les utilités même de la chose. En effet, le droit anglais apporte une vision quelque peu différente de la propriété foncière en réfutant l'idée d'une propriété absolue et unitaire. Procédant du système féodal consacré par Guillaume le Conquérant en 1066, toutes les terres dépendent de la Couronne et les titulaires de droits fonciers ne sont que des détenteurs d'intérêts sur la terre qui se définissent en termes de « tenures » (*real property*) qui relèvent du droit des biens (*law of property*, statut des biens). Le mot *property* ne signifie pas « propriété » au sens de l'article 544 du code civil français, mais il s'analyse par la notion de bien, « ce qui peut être approprié », car la propriété est un droit distinct de la chose sur laquelle porte ce droit. Cela se traduit concrètement par le fait que la propriété porte sur les meubles

(*ownership*) mais jamais sur les immeubles, comme la terre. Le principe consiste dans un démembrement de propriété : on aura simplement sur une terre un certain intérêt, ou un certain faisceau d'intérêts et non une propriété pleine et entière¹. Les rapports de l'homme à la terre s'expriment donc dans une relation d'intérêt (*interest in land*), ou dans un faisceau d'intérêts, qualifié de *estate*. Les détenteurs d'intérêts sur la propriété immobilière (*real property*), différents de ceux qu'offre le bail (*personal property*), bénéficient soit d'une concession viagère (*estate for life*), soit d'une concession héréditaire jusqu'à la première lignée de descendants (*estate in fee tail*), soit d'une concession héréditaire éternelle, tant que le lignage se perpétue (*estate in fee simple*).

Cette approche du droit de propriété ne peut que nous séduire dans sa capacité à participer à la construction d'un droit de la co-viabilité des systèmes sociaux et écologiques.

La propriété peut se définir pour certains davantage au sein d'une « relation d'union » entre personnes et biens qu'en termes de droit réel, la patrimonialité peut, quant à elle, se définir elle aussi comme une forme de relation entre sujet (personne/groupe) et objet (milieu/espace) mais avec une nature bien différente. Nous passons en effet, d'une conception du monde, régie par un lien d'appartenance (de possession), à une autre, un lien intergénérationnel d'une humanité qui n'entend pas être privée de son avenir². Ce lien-là va se définir dans une relation sociale de « reproduction », permettant au groupe de se perpétuer, entre les sociétés et leur milieu de vie, la biosphère. Cette relation au milieu constitue une union de type écologique qui repose sur l'ambition de considérer le droit des générations futures à un environnement sain et équilibré³.

b) Une appropriation des utilités

– un lien intergénérationnel, le patrimoine commun

¹ Cf. René David, 1982 : 106.

² Cf. la conviction de François Ost dans les perspectives du « scénario patrimoine » qui, pour lui, apparaît comme une alternative nécessaire : « si on laisse les choses suivre leur cours, c'est le pire qui paraît le plus probable [...] Dans ces conditions, le « modèle patrimoine » qui, il y a un instant encore, paraissait bien improbable, ne s'impose-t-il pas comme une nécessité ? quand le probable est inacceptable, l'improbable n'est-il pas un devoir ? Loin d'être le fruit d'une rêverie juridique utopique, le « modèle patrimoine » apparaît plutôt comme un sursaut néguentropique, un formidable effort de rationalité d'une humanité qui n'entend pas être privée de son avenir ». in François Ost 1995 : 337.

³ Cf. en France, la Charte de l'environnement
(<http://www.charte.environnement.gouv.fr>)

Le lien à établir entre d'une part le sujet de droit – les groupes sociaux et leurs membres – et d'autre part l'objet de droit - l'espace, en tant que milieu écologique – est moins une relation de pouvoir ou une relation d'appartenance (pour F. Zénati, *op. cit.*), qu'un rapport d'obligation : l'obligation de transmettre aux générations montantes un objet, dont l'état de la substance même conditionne l'avenir du groupe. Cet objet dont le droit doit traiter dans le temps, non plus seulement dans l'instantanée mais dans le lointain, est l'écosystème, la biodiversité, la biosphère (les milieux et les espèces avec qui l'homme vit). Un tout qui ne peut « s'encapuchonner » de la notion de bien (selon l'expression du doyen Carbonnier), on l'aura compris, le défi est bien là : sortir des ornières civilistes réconfortantes pour le juriste peu enclin à l'innovation afin de trouver de nouvelles perspectives au monde tant réclamées par la communauté internationale¹. Si le projet d'un nouvel ordre économique est de plus en plus d'actualité pour suggérer de nouvelles façons de consommer et de produire, l'anthropologie du droit notamment propose déjà les perspectives d'un « métissage juridique innovateur » faisant la place à une approche patrimoniale (Étienne le Roy in Max Falque et Michel Massenet : 326)². Mais que renferme cet idéal ? Loin de l'utopie, nous proposons de sortir d'une pensée unique d'une manière très pragmatique afin de dégager quelques arguments qui puissent alimenter le réquisitoire.

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

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

¹ Cf. les conférences internationales sur l'environnement dont la dernière à Paris (janvier 2005) sur la biodiversité.

² Voir aussi les travaux de Jean de Montgolfier, Jean-Marc Natali et Henri Ollagnon et notamment : Jean de Montgolfier et Jean-Marc Natali 1987.

Sur le fondement d'un rapport d'obligation, le patrimoine commun définit un lien de droit et de devoir (et non pas un lien de pouvoir) qui se traduit par un engagement vis-à-vis du futur. Le temps du droit (François Ost 1999) semble là parvenir à ses confins (Norbert Rouland 1991), lui qui se concentrait essentiellement sur l'immédiat, le viager ou les quatre-vingt dix-neuf ans de l'emphytéose. On lui demande maintenant d'aller plus loin dans le temps, afin de garantir le futur. Et un futur qui dépasse la personne en se portant sur le groupe social tout entier, dans la reproduction de son ensemble. L'enjeu du patrimoine commun consiste à dégager les obligations pour le présent, au nom du droit des générations futures ou plus directement entre présent et futur. L'obligation intergénérationnelle qui s'en dégage exprime le lien social du continuum des lignages à travers le temps. Le droit, qui est par essence un rapport d'obligation, définit dans la situation du patrimoine commun une créance des générations futures, l'exigence d'une remise d'un environnement viable (là ce n'est plus une question d'argent) aux générations présentes. Cette créance n'est pas attachée à un acte de volonté de type contractuel, mais à l'effet de droit d'une responsabilité objective ou une responsabilité sans faute¹. Le débiteur supporte une charge collective pour un devoir, une responsabilité non coupable d'un passé mais obligé vis-à-vis de l'avenir.

En restant sur l'analogie faite avec la propriété, qui est rattachée à une personne physique ou morale, le patrimoine commun est quant à lui rattaché à un groupe, une identité culturelle, une lignée sociale... On échappe au cartésianisme de notre droit positif² davantage construit sur un modèle économique que sur un enjeu de société dans le temps. L'expression de ce rapport intergénérationnel s'affirme dans un lien non

¹ En droit de l'environnement, on a dû ne pas en rester à la responsabilité subjective, qui sanctionne une faute, face aux risques techniques et industriels. S'est développée la notion de responsabilité objective : « l'émergence d'une technosphère conduit à l'apparition d'une responsabilité originale fondée sur le risque créé par l'activité qu'on déploie ou les produits que l'on met en circulation et dont il serait inéquitable de faire peser le poids, en l'absence de faute de l'agent, sur leurs victimes directes ou sur la société toute entière. » (François Ost, 2000 : 176).

² Faut-il le préciser, « positif » ne s'oppose pas ici à négatif mais à théorique. Selon Jacques Dufresne, « l'ensemble des lois dont l'État est l'auteur et le dépositaire, combiné avec l'appareil judiciaire relié lui aussi à l'État, constitue ce qu'on appelle le droit positif. Le recours au mot positif signifiait, d'une part, qu'on renonçait à donner au droit un quelconque fondement métaphysique et, d'autre part, qu'on espérait, en appliquant aux sociétés les méthodes des sciences physiques, lui donner le statut d'une science ». in <http://agora.qc.ca/biblio/droit.html>

pas d'appartenance, mais ombilical dans le but d'assurer la pérennité de l'espèce humaine ou la reproduction des groupes sociaux.

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

Lors d'une enquête au Sahel, un agriculteur *rimaïbe* que j'interrogeais sur son champ me répondit pour mieux me faire comprendre : « je te donne mon champ, emporte-le dans ta voiture ». La nature romaine de la qualification meuble/immeuble lui échappait en raison du fait essentiel que cet espace cultivé n'entraîne pas pour lui dans la catégorie de bien. En effet, le lien foncier reste extérieur à toute logique marchande, car il est comme un lien ombilical entre les générations qui se succèdent. Que va-t-il donc laisser en héritage à ses fils pour leur assurer leur propre survie si ce n'est un espace vital¹ ? En revanche, il en va autrement des éléments que cet espace supporte.

Les espaces en tant que milieux écologiques sont aux groupes sociaux ce que les champs sont aux agriculteurs *rimaïbes*.

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

Les éléments identitaires, écologiques et culturels sur lesquels reposent la structure et le fonctionnement du groupe ne sont pas des marchandises (des biens) mais des choses qui n'entrent pas, en raison de leur nature, dans la classification du droit moderne occidental, par exemple dans celle du droit international dans la notion de patrimoine naturel et culturel de l'Unesco (convention sur le patrimoine, Paris, 1972 ; convention sur la diversité biologique, Rio, 1992 ; déclaration de Paris sur la biodiversité, 28 janvier 2005 ; convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, Montégo Bay art. 136).

¹ Une terre sur laquelle le groupe est dépendant pour assurer sa reproduction. Elle ne peut ainsi faire l'objet d'aucun processus institutionnel d'aliénation en raison du fait, comme l'écrit si bien Grégoire Madjarian : « on n'a pas de pouvoir absolu sur une chose dont on ne peut se séparer absolument » (1991 : 226).

L'Unesco en 1972 confère une nature patrimoniale dite « culturelle » à certains monuments, ensembles, sites et une nature patrimoniale dite « naturelle » à certaines formations physiques et biologiques, géologiques et physiographiques, ainsi que pour les habitats d'espèces végétales et animales menacés. La zone et ses ressources (fonds marins et sous-sols) sont qualifiés de « patrimoine commun de l'humanité » en 1982. Cela n'a pas été suffisant pour faire émerger une nouvelle catégorie de droit unanimement reconnue. Cependant, cette terminologie de « patrimoine » est de plus en plus récurrente dans les discours et les déclarations telles que la dernière en date, relative à la biodiversité, en janvier 2005. La biodiversité est énoncée comme « un patrimoine naturel et une ressource vitale pour toute l'humanité ».

Entrons dans la définition de la diversité biologique pour en savoir plus. L'élément à retenir réside dans le fait que la biodiversité se rattache à la notion d'écosystème (où l'addition de la biocénose¹ et des biotopes donne lieu à une unité fonctionnelle). En effet, la Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro en 1992 la définit comme une « variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes » (art. 2). Actuellement, le droit ne reconnaît l'environnement qu'à travers ses éléments. Le concept de biodiversité permettrait d'aller plus loin pour reconnaître au milieu une nature juridique propre.

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

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

La notion de patrimoine s'attache à la valeur intrinsèque¹ de l'objet dont il est question. Le patrimoine naturel de la biodiversité comprend les éléments biotiques – communauté de plantes, d'animaux et de micro-organismes et abiotiques (eau, sol, énergie, etc.) – qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle (transfert d'énergie, processus biogéochimiques, relations trophiques, etc). Le patrimoine culturel comprend les éléments matériels et immatériels qui expriment l'identité des groupes, leurs représentations, leurs façons d'agir, de penser et d'être.

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

À l'inverse de la définition civiliste, nous parlons d'un patrimoine comme d'un ensemble de « choses » non appropriables, non monnayables, situées hors du commerce économique et juridique et dont personne n'est donc « propriétaire ». Ce patrimoine est placé sous la maîtrise d'un groupe, qui a la charge d'en assurer une transmission perpétuelle interne aux membres futurs (déjà nés ou à naître) pour leur propre épanouissement. Le patrimoine commun se définit ainsi par l'ensemble d'éléments matériels et immatériels participant à la reproduction même du groupe, physique ou intellectuel, et le caractérisant dans son identité, à savoir : les modes d'exploitation du milieu (pratiques et savoirs locaux), les espaces territoriaux et espaces ressources construits, les composantes matérielles assurant la survie du groupe, les schémas identitaires, moraux et culturels qui se traduisent par des « modèles de comportements », etc.

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

¹ Convention de la diversité biologique (1^{er} considérant du préambule), Convention de Berne du 19 sept 1979 (3^e considérant du préambule), Charte mondiale de la nature (3^e considérant du préambule).

autre chose : un objet-lien destiné à une transmission inter-générationnelle.

Le fonds « écologique et culturel » que nous faisons entrer dans la catégorie *sui generis* de patrimoine commun reste le support d'éléments « ressources » qui sont eux réellement appropriables. En effet, le patrimoine commun comprend des fonctions et des utilités donnant lieu à des droits relatifs à une stratification d'intérêts où ce n'est plus le fonds qui fait l'objet d'appropriation mais les différentes fonctions et utilités de l'espace en question. Ces dernières sont par conséquent, sources de droits et font l'objet d'un marché spécifique (vente, échange, prêt, don, gage...). Cette affirmation va pourtant à l'encontre du fondement de la titularité du droit et non de sa propriété. Nous verrons cependant plus loin (*infra*) que ces utilités (cultiver, faire paître, chasser, pêcher, couper etc.) s'expriment en prérogatives (droit de) susceptibles de constituer des biens incorporels

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

– Des sujets de droit à reconnaître : le corps moral des générations présentes et futures

L'aptitude à être titulaire de droits subjectifs¹ (prérogatives individuelles) définit la fiction de la personnalité juridique. Avoir la personnalité juridique, « *c'est être sujet de droit, c'est-à-dire sujet à l'application du droit objectif qui fixe les prérogatives et les charges individuelles et régleme[n]te les situations juridiques* » (Henri Rolland et Laurent Boyer 2002 : 385). La notion de personne, sujet de droit, est une notion culturelle, « *une forme particulière parmi d'autres de la représentation de l'être humain* » (Meulders-Klein M.-T. in André-Jean Arnaud dir. 1993 : 437). Cependant, le droit ne reconnaît généralement que la personne physique ou morale existante ou la personne physique au moins biologiquement conçue. Les générations à venir, proches ou lointaines, sont par définition hors-jeu d'un droit limité dans le temps.

L'enjeu environnemental de la planète, et particulièrement des sociétés face à leur devenir, nécessite une prise en compte du droit d'un

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

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

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

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

Mais de quel futur parle-t-on et à quelles générations fait-on référence ? Il existe en effet deux types de futur : le premier qui trouve un ancrage dans le présent (un futur très proche) et le second qui se fonde dans des perspectives d'avenir (un futur lointain). Concrètement, on peut comprendre que la notion de générations futures couvre ces deux futurs. Si l'on part des générations (courant chacune sur 25 années) qui disposent d'un pouvoir de décision (de 25 à 75 ans) (n), la première catégorie de génération intéresse les jeunes jusqu'à 25 ans (n+1) et les êtres déjà conçus dont la naissance est attendue (n+2). La seconde catégorie se constitue des générations qui touchent les « êtres présagés » (n+2+x) que le droit académique ne veut connaître en raison de leur inexistence physique. Cependant, ne pourrait-on pas leur reconnaître une

existence morale en raison de la logique de reproduction, moteur de la survie de toute société ?

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

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

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

Si, contrairement au régime propriétaire, l'espace n'est pas appropriable dans le régime de patrimoine commun, en revanche ses fonctions et utilités le sont à travers l'organisation d'un faisceau de prérogatives¹.

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

c) Un faisceau de prérogatives sur l'espace et les ressources

Les analyses faites en situations africaines se rapprochent beaucoup plus d'une logique « d'utilités » et de « faisceau de droits » que d'un rapport absolu entre une personne physique ou morale et une ressource naturelle ou foncière. Il nous semble ainsi opportun de s'éclairer d'un contexte historique français ainsi que de l'évolution du régime des « commons » anglais.

α - Les « propriétés d'utilités » du système féodal français

La situation de pluralité de droits sur un même espace n'a rien de particulier au Sahel ou à l'Afrique. Elle a en effet existé en France du Moyen âge jusqu'en 1789¹, où elle constituait une spécificité. Les immeubles faisaient soit l'objet de propriétés collectives comme les communaux, soit l'objet d'une pluralité de propriété différente simultanée ou successive, portant chacune sur une utilité distincte du fonds. Ainsi, plusieurs propriétaires coexistaient sur un même fonds, chacun tirant profit d'un aspect particulier de l'espace-bien : tenure censitaire et tenure servile, droit de ban, droits de glanage, de grappillage, de râtelage, de vaine pâture, d'affouage, de libre passage, etc. Le droit de culture précédait la vaine pâture, le droit de chasse dans la forêt était différent du droit sur les fruits, sur le bois d'oeuvre ou le bois de chauffe... L'accès aux pâturages se traduisait notamment par un droit sur « la première herbe » qui nous rappelle le *tolo* des Peul du delta intérieur du Niger, actuellement en vigueur. Selon Joseph Comby², « il existait une pyramide de droits divers sur le sol, diluant son appropriation en un système complexe de rentes, de revenus et d'usages ». Les droits entraient en interrelation et se combinaient, en s'équilibrant les uns par rapport aux autres pour s'harmoniser sur le même espace³.

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

¹ Depuis le Code civil, on se trouve en présence non plus d'une superposition mais d'une conjugaison de droits réels sur le fondement de la propriété donnant lieu à un propriétaire et des titulaires de droits de jouissance, de servitudes et de superficie. L'on peut par contre parler de superposition entre droit réel et droit personnel (ex: cas de l'hypothèque).

² 1989 : 12.

³ Ce qui fait dire à François OST que « coutumes et usages limitent les droits de chaque catégorie d'usagers en imposant des servitudes destinées à assurer la complémentarité des fonds et l'interdépendance des formes d'utilisation des ressources naturelles. Il s'agira notamment de concilier agriculture, élevage, chasse, pêche et prélèvement du bois » (1995 : 50). Il restait en France encore quelques fragments de complémentarités, notamment entre agriculteurs et pasteurs dans le cadre de contrats de fumures, en Lozère où se pratique encore la transhumance ovine : « La nuit du berger de transhumance n'est pas de tout repos. Il lui faut "tourner le parc", autrement dit déplacer l'enclos à moutons d'un lieu à l'autre, pour fumer la terre du propriétaire du sol, aux termes d'un "contrat de

Chacun était titulaire d'une fonction, s'exprimant en droit d'usufruit, d'usage, de servitude..., et non d'une chose. La propriété était de ce fait une propriété utile dont la diversité correspondait aux différentes manières de jouir d'une terre. D'après Jean-Louis Bergel, le mot propriété désignait « *des maîtrises foncières multiformes, adaptées aux diverses potentialités de la terre* »¹. L'empirisme de la propriété médiévale reposait sur le fait que « *quiconque a un droit est dit propriétaire de son droit* »². Toutes les maîtrises foncières, quel que soit leur objet, étaient des propriétés, confirme l'auteur.

Le système foncier médiéval reposait sur le fait que l'espace faisait l'objet de plusieurs droits simultanés, et non pas d'un droit exclusif. Il reposait également sur un rapport politique de l'homme à l'espace, en marge duquel se situait le rapport utilitaire d'usage des ressources. Le suzerain concédait un domaine soit à un noble par un contrat de fief, soit à un roturier par le contrat de censive. Ainsi se dégageaient une propriété directe, domaine éminent, et une propriété utile dont le bénéficiaire devint à la Révolution le propriétaire unique³.

La conception féodale établie au Moyen Age et encore présente au XVIII^e siècle repose sur la notion de droits réels divisés entre plusieurs personnes. Elle s'oppose à la conception romaine où les éléments de la propriété sont normalement réunis en faisceau dans les mains d'un seul titulaire. Le système féodal divise en effet la propriété en deux attributs : le domaine direct (*dominus directo*) et le domaine utile (*dominus utiliter*). Le domaine direct reste au concédant et le domaine utile est au concessionnaire qui « *à la suite d'une évolution séculaire, est également regardé comme détenant non plus un simple droit de jouissance mais un véritable droit de propriété* » (Chianea, 1969 : 27).

Le rapport à la terre est dominé par l'obligation de donner à autrui, sous la forme de travail, de produits ou de service militaire. Le serf a l'obligation de travailler la terre, en contrepartie de quoi il reçoit une protection et une stabilité de son assise terrienne ; il ne peut être séparé de

nuit de fumature'» (in Draïlles et transhumance à travers la Lozère, Les cahiers de Lozère n°7, 1993, Ed. Gévaudan-Cévenne, p. 13).

¹ 1994 : 5.

² *Ibidem*.

³ L'histoire des droits des habitants de la seigneurie sur les bois et les forêts est marquée d'une évolution : de servitudes, droits grevant le fonds appartenant en propriété au seigneur, jusqu'au milieu du XVI^e siècle, ces droits devinrent de véritables droits de propriétés utile collective. L'ordonnance de 1669 consacre officiellement la distinction entre droits d'usage et propriété des communes (Caroline Gau-Cabée 2006 : 10 & s.).

la terre. La terre est une entité politique : « aucune transaction ne peut porter sur la terre seule, indépendamment des hommes qui la mettent en valeur. Le domaine est unité de la terre et des hommes » (Madjarian 1991 : 187).

La réalité féodale du domaine divisé ou du double domaine se complexifiait par la capacité de sous-concéder. En effet, chaque titulaire de fief possédait le domaine utile sur l'ensemble du fief concédé et également le domaine direct sur les terres sous-inféodées : « tout vassal intermédiaire possédait bien à la fois le domaine direct et le domaine utile sur une même terre, mais on décidait, très artificiellement, que le domaine direct n'existait que par rapport à son concessionnaire et le domaine utile vis-à-vis de son concédant » (Madjarian 1991 : 29). À la fin de l'Ancien Régime, tous les fonds dépendaient les uns des autres et en dernier lieu du domaine de la couronne, ce qui faisait dire à Philippe Sagnac que la propriété féodale conduisait à « une hiérarchie des terres dans la servitude » (*ibidem*).

La féodalité a mis fin progressivement à la propriété allodiale¹, héritière de la conception romaine, en n'admettant que les alleux de concession² et en entretenant la maxime *nulle terre sans seigneur*. L'Ordonnance de 1629 (code Michaud) mit fin aux alleux d'origine en disposant qu'à l'avenir tous les héritages ne relevant d'aucun seigneur seraient présumés relever du roi, sauf preuve contraire. L'alleu exprimait l'universalité du patrimoine dans le sens où il rassemblait sur la même tête droit d'usage et droit de suprématie. Il était « la propriété romaine, entière, absolue, héréditaire (*le dominium plenum, le jus integrum*) affranchie de tout domaine éminent » (Lanery d'Arc 1888 : 9) L'alleutier ne détenait pas ses terres grâce à la libéralité d'un homme, mais de ses propres ancêtres qui lui transmettaient le *jus proprietatis*.

Le passage à la propriété foncière exclusive s'est fait progressivement et notamment avec l'effritement du pouvoir féodal au profit du pouvoir central. L'individualisme s'est affirmé avec la Renaissance, dès lors, le droit de propriété devint un droit de l'individu. Au XVII^e siècle, l'École

¹ L'alleu (écrit aussi aleu) est également appelé par les Francs : *terra salica, terra aviatica, alod*. On lui trouve aussi les noms suivants : aluex, alodus, alaudum, alodium, alodis. Étymologiquement, « aleu » vient de « alod », où « al » signifie *totum* (« intégrer ») et « od » signifie *bonum, possessio* (« ce sur quoi on a la pleine propriété »), d'après Lanery d'Arc 1888 : 26.

² L'alleu est dit de concession lorsque c'est au possesseur de l'alleu à apporter les preuves de sa propriété allodiale en faisant état du titre de son exemption ou d'actes énonciatifs de l'allodialité assortis de possession ancienne et « immémoriale » (cf. Édouard Secrétan 1858 : 413).

du droit naturel (avec Grotius et Pufendorf) abandonna l'idée que les biens appartenaient à Dieu pour reconnaître l'appropriation des choses comme un « droit naturel » essentiel de l'homme. Les propriétés simultanées sur un même fonds, sur les forêts et terres vagues disparurent avec la Déclaration des droits de l'homme en août 1789¹ et leur suppression fut confirmée dans le Code civil en 1804 au profit des détenteurs du domaine utile. L'espace comprenant des droits simultanés ou saisonniers devint privatif.

β. La gestion des *commons* par le droit anglais : de leur disparition à leur renaissance²

Jusqu'au XIII^e siècle, la campagne anglaise se composait d'espaces cultivés, de nature privative pendant la culture, puis ouverts à la vaine pâture (*open field*). Les terres non arables subissaient un régime d'accès libre (*open access*). En 1236, les seigneurs obtiennent le droit d'enclorre l'espace non utilisé par les villageois. Le « Common act » de 1285 confirme ce droit en le restreignant à l'obligation de maintenir suffisamment de pâturages en libre accès pour les villageois. Le seigneur dispose d'une maîtrise foncière des surfaces non arables, tandis que la population détient des droits sur les ressources spécifiques, sur les utilités du fonds (pâturage, bois de chauffe, bois d'œuvre, pêche, ...). Du XIII^e au XIX^e siècle, la pratique de l'enclosure se développe. Le *Common act* de 1876 tente de maintenir des terres communes résiduelles. En 1894 le *National Trust (for places of historical interest or natural beauty)* est déclaré d'utilité publique. Actuellement, cette institution est le plus grand propriétaire foncier du Royaume Uni, avec pour vocation de permettre l'accès du public aux terres dont elle est propriétaire.

¹ Concrétisé par les lois des 12-16 mai et 25-28 août 1792 dont le préambule disposait la fin définitive du régime foncier féodal : « L'assemblée Nationale, considérant que le régime féodal est aboli, que néanmoins il subsiste dans ses effets et que rien n'est plus instant que de faire disparaître du territoire français ces décombres de la servitude qui couvrent et dévorent les propriétés, décrète : tous les effets qui peuvent avoir été produits par la maxime "nulle terre sans seigneur", par celle d'enclave, par les statuts (...) qui tiennent à la féodalité demeurent comme non avenus. Toute propriété est réputée franche et libre de tous droits tant féodaux que censuels si ceux qui les réclament ne prouvent le contraire dans la forme prescrite ». Mais ce n'est pas complètement la victoire de l'alodialité contre la féodalité car l'État-Nation ne manquera pas d'assujettir les terres à des impôts fonciers (comme le roi d'ailleurs).

² Cf. sur ce propos Erling Berge 2007.

Selon Erling Berge (2007), *Les commons* disparus réapparaissent sous de nouvelles formes : les terres du National Trust, les parcs nationaux, les parcs urbains et ceintures vertes.

B - L'appropriation de la ressource naturelle en question

L'attribution des ressources naturelles constitue la pierre angulaire de la gestion environnementale. L'action de « faire sien » n'a rien de neutre et va dépendre des enjeux socio-économiques, culturels, voire écologiques dont elle fait l'objet. Pour éviter des raccourcis ou une vision trop ethnocentrique il nous est apparu nécessaire dans un premier temps, d'élaborer une grille de lecture adaptée aux réalités concernées (1). Dans un second temps, les approches institutionnelles des droits de propriétés de nos confrères économistes ont suscité notre intérêt (2). Ces juxtapositions d'analyses théoriques conduisent à l'interrogation d'une conceptualisation de l'approche des rapports juridiques des ressources naturelles et foncières dans une perspective écologique (3).

1° - Une clef de lecture

Une pluralité d'usages simultanés ou successifs sur un même espace confère à ce dernier un caractère multifonctionnel qui implique que chaque système d'exploitation ou type de prélèvement se réfère à l'espace lié à la ressource visée. On peut ainsi en déduire la notion « d'espace-ressource » qui correspond à la combinaison d'un lieu avec un élément naturel renouvelable, faisant potentiellement ou effectivement l'objet d'un prélèvement, d'une exploitation ou d'une protection. Les espaces se chevauchent donc d'autant plus que les dynamiques naturelles font varier l'abondance et la localisation des ressources selon les saisons. L'espace-ressource s'avère une notion pertinente pour appréhender la multifonctionnalité de l'espace, autorisant en outre de considérer dans un schéma interdisciplinaire l'hétérogénéité et la spatialisation des ressources, les conséquences des activités humaines sur la structuration de l'espace ainsi que le fonctionnement des systèmes écologiques. Mais cette définition de l'espace-ressource a pour préalable celle de l'espace foncier, qui est la traduction sociale d'un milieu naturel, une sorte de parcellisation fonctionnelle en rapport avec un intérêt donné (par exemple, celui d'exploiter du bois, de pêcher, de faire paître son troupeau ou de cultiver).

Dans cette approche, il nous a paru nécessaire de décrire des pratiques avec un regard qui ne relève pas d'une logique étrangère. Cette volonté de ne pas privilégier un système sur un autre découle d'une tentative d'aborder avec neutralité le droit sur les ressources naturelles et ainsi

d'éviter de raisonner en termes propriétaires là où la propriété foncière n'est pas de mise.

L'objectif revient à opérer une séparation entre le pouvoir de droit et les utilités de la chose. On y parvient en procédant à une répartition fonctionnelle des droits sur la chose. Les personnes physiques et morales disposent de prérogatives sur le milieu considéré, lui, comme un élément de reproduction non objectivé. Le fonds, en tant que support du milieu, est soumis à une multitude de prérogatives sur les utilités qu'il offre. On dispose ainsi de droits sur les milieux, les ressources et les espèces qui se traduisent par une distribution d'un faisceau de prérogatives entre les différents acteurs intervenant à différentes échelles. Le lien de droit intergénérationnel traduit par la patrimonialité commune s'exprime ainsi dans une pluralité de droits exercés par les groupes et les individus sur les milieux/écosystèmes. En partant ainsi de l'hypothèse d'un fonds patrimonial (où l'enjeu se situe au niveau de sa conservation et sa transmission intergénérationnelle), les prérogatives qui s'y rattachent constituent eux des objets immatériels, en tant que capacité à mettre en œuvre une action, une activité. Ces objets disposent d'une valeur intellectuelle propre se définissant par un bien incorporel, une chose juridiquement appropriée.

La prérogative est un droit reconnu ou attribué à une personne ou à une institution, une compétence ou un pouvoir de droit exprimant une faculté d'agir. Ce « droit d'agir »¹ correspond à un « droit de la pratique »² intéressant les juristes de terrain depuis plusieurs années à titre de perspectives.

D'une façon très concrète, en se fondant sur les pratiques locales, la situation de base est celle du droit de passage, du simple accès. Puis, vient le droit de cueillette, de prélèvement et de ramassage des branches, du bois mort, des racines, des feuilles et des fruits sauvages, tout comme le droit de faire pâturer et d'abreuver son bétail en passant. L'emprise sur

¹ Cf. Alain Rohegude sur le droit d'agir comme proposition pour la « bonne gouvernance foncière » (Rohegude, 2005). Se rejoignant complètement sur le rapport juridique à l'espace qu'il convient de développer, l'auteur précise très justement : « [...] ce qui est en jeu, c'est plus le « droit de ... » que le « droit sur ». C'est ce dernier qui devient le bien et non plus la parcelle sur laquelle on applique un droit. Il faut donc changer de logique, construire ce nouveau « bien », et surtout considérer autrement les règles juridiques qui en découlent » Rohegude 2005 : 64).

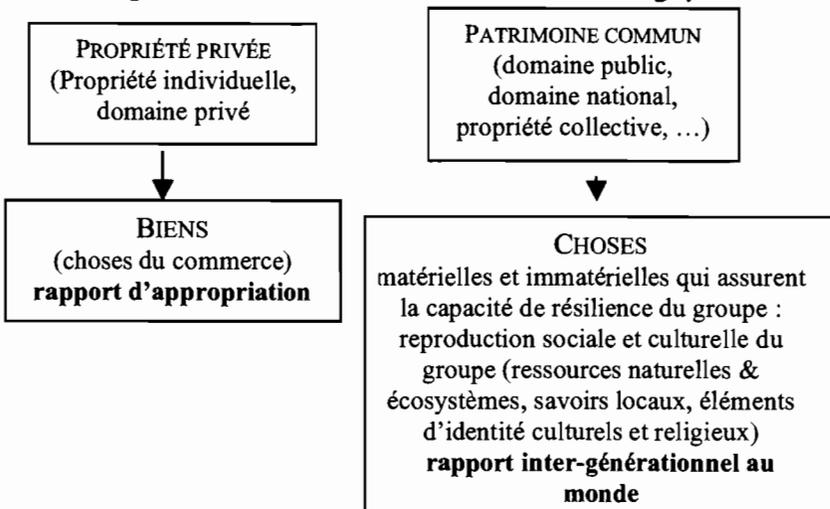
² « Le droit de la pratique se réfère à des représentations anthropologiques plus endogènes qu'occidentales faisant appel à un idéal de réduction des différends au sein du groupe qui les a vus naître plutôt que par appel à une instance extérieure (l'État) [...] » d'après Le Roy et Hesseling 1990 : 11.

le milieu s'accroît avec son exploitation par le droit de cultiver, celui de faire pâturer ses animaux, de pêcher, de chasser et d'exploiter la forêt ou les ressources en eaux (de surface ou souterraine) sur un espace bien déterminé. Ce droit d'exploiter la terre et ses ressources renouvelables dépend lui-même du contrôle de l'accès à ces espaces de production. Celui qui contrôle l'espace décide qui va pouvoir cultiver, faire paître, pêcher, chasser, exploiter l'eau, la forêt ou les arbres. Il dispose du droit d'affecter l'espace en question à quelqu'un, qui peut être soit lui-même, soit quelqu'un d'autre par le biais de prêt, de location, d'échange, etc. Celui qui détient le droit d'affecter la terre à quelqu'un dispose donc en retour du droit d'exclure l'accès à l'exploitation de la parcelle ou du lieu déterminé.

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

Les différents types de droits sur le fonds et les ressources naturelles se plaquent sur des régimes fonciers de natures différentes : domanialité publique, propriété publique, domaine national, communaux... partagés entre une appropriation de l'État, communautaire ou privée ou des formes de domanialités et de maîtrises foncières ne relevant pas forcément d'un rapport d'appropriation mais davantage d'un rapport patrimonial.

Figure 1 : La confrontation de deux logiques



Dans un régime de propriété (privé et public), le droit sur l'utilité se rapporte directement à celui du fonds : on aura ainsi des droits d'usage que sont les droits sur la propriété d'autrui et des servitudes attachées à un fonds. Le droit de l'environnement s'exprime dans un tel régime sous forme de « contraintes environnementales » que subissent les propriétaires fonciers.

Dans un régime de domanialité, où la propriété privée n'est pas généralisée et globalement peu significative, la question du régime foncier se pose (cf. la fiducie au Sénégal, la propriété collective au Maroc...).

La pratique juridique que nous avons rencontrée sur de nombreux terrains africains¹ peut s'analyser selon une grille de lecture susceptible d'être « formalisée » pour faire ressortir les prérogatives de chaque type de droits qui peuvent être présentées d'une façon générique (a). Nous avons pu ensuite dégager un tableau définissant un faisceau de droits (b) avant de nous interroger sur une gestion intentionnelle rattachée à une gouvernance locale (c). En conclusion, une synthèse des régimes de régulation d'accès aux ressources naturelles et foncières est proposée sous forme d'un schéma.

a) Grille de lecture des droits sur les ressources naturelles et foncières

Les droits sur les ressources s'organisent autour de la jouissance même portant sur celle-ci, leur administration et leur surintendance.

α - Des droits de jouissance des utilités des ressources et de l'espace

- Le **droit de passage** (droit sur l'espace) : il s'agit d'un droit d'accès physique/corporel, d'accéder sur et à travers un espace ; il correspond à la circulation et au stationnement, c'est l'usage d'un espace comme voie d'accès. C'est un parcours, une trajectoire d'un point à un autre, il consiste à traverser un espace. La prérogative se limite à un passage « innocent » : une prérogative simple, ordinaire, limitée en durée, un droit utilitaire (pas une servitude d'un espace sur un autre mais une prérogative attribuée à des personnes, des groupes ou à tout public). Il s'agit là de maintenir ouvert un espace qui par nature est multifonctionnel.

¹ Les données et les propos de cette présentation sont issus d'expériences, d'études de terrains variés au Sahel (Mali, Tchad, Sénégal) et au Maghreb (Maroc) par l'auteur, de 1992 à 2007 : delta intérieur du Niger, zone gommère tchadienne, delta du Saloum, périphérie du parc national du Niokolo Koba (pays Bassari), versant sud du Haut Atlas (région de Ouarzazate).

- Le **droit de prélèvement** (droit sur une ressource) : il s'agit d'un droit ponctuel, rapide, limité dans le temps pour limiter la pression, la possibilité de prendre sur la substance sans la détruire. On préfère là la notion de ponction plutôt qu'extraction. La ponction est le fait de s'approprier une chose de la nature, un élément du milieu : ponctionner ou prélever dans l'espace, l'écosystème, une ressource naturelle spontanée ou des résidus de récolte, par exemple. C'est le droit de ponction réalisé sur le milieu (cueillette, vaine pâture, pâture forestière, abreuvement, chasse et pêche, affouage, ébranchage, glanage...). La prérogative est ordinaire, limitée en quantité, et consiste en un droit d'alimentation, vital pour l'individu et sa famille ou le groupe, sans objectif de commercialisation.
- Le **droit d'exploitation** (droit sur une ressource) : il s'agit du droit de tirer un profit économique par une « artificialisation » ou une modification plus ou moins importante du milieu, sans porter atteinte à sa capacité de régénération : l'objet est d'en tirer avantage au travers d'une production agricole, sylvicole, pastorale, halieutique ou cynégétique. Il donne lieu à une gestion de la ressource sur un court ou moyen terme. Cette prérogative ordinaire se définit dans le faire-valoir d'une ressource (fonds de terre, espèce terrestre, aérienne ou halieutique).

Des droits d'administration :

- Le **droit d'exclusion** (droit sur l'espace et la ressource) : permet d'opérer un contrôle consistant en un pouvoir d'autorisation de l'accès aux utilités de la chose. Ce droit d'exclure comprend un droit d'inclure : il conduit à l'exclusion et à l'affectation de l'accès à la ressource et/ou l'espace. Il se traduit ainsi par une gestion de la substance de la chose, sa régénération, réhabilitation ou restauration sur le long terme. La prérogative est discrétionnaire ou ordonnée. Ce droit se réfère à la notion de territoire et de légitimité d'accès à la ressource.
- Le **droit de disposition** consiste dans la capacité d'aliéner, de se départir par voie transactionnelle de la ressource (naturelle dont foncière) en question. Ce droit porte sur l'utilité de la chose ou sa matière même.

- **Un droit de surintendance** : il s'agit d'assurer une garde dans une perspective de conservation et de transmission inter-générationnelle¹

- **Le droit de gestion intentionnelle**, ou de régulation intentionnelle, porte sur l'orientation des comportements vis-à-vis des ressources et de l'environnement. Ce droit procède de différentes échelles, nationale et locale, et se traduit au sein de politiques publiques environnementales, par des législations foncières et environnementales, des modes divers d'incitations, de négociations sur des réglementations locales et le développement d'engagements contractuels ou consensuels autour de projets communs sur les ressources naturelles et les milieux. L'objectif est d'intervenir sur les droits précédents pour réguler l'accès et contrôler ou orienter les pratiques sur les ressources et l'environnement. Cette prérogative se partage entre les rouages et centres de décisions de l'autorité, du pouvoir central aux élus, aux représentants des lignages, des villages et autres autorités locales.

L'intention est posée par le surintendant qui en aucun cas ne s'implique matériellement dans l'action. Moyennant telle adoption de telle pratique ou le changement de tel comportement, le service technique de l'État ou le président de la commune rurale ou le chef de village... accordera telle ou telle facilité, avantage, aide ou subvention en guise d'encouragement.

¹ Pour Maurice Bourjol, « le corps des communautés comprend les habitants futurs et les habitants actuels : ceux-ci n'ont qu'une propriété grevée, c'est-à-dire qu'ils ne possèdent qu'à la charge de conserver et de transmettre à ceux qui viendront après eux. Et leurs élus ne sont que des administrateurs [...] » (1989 : 172). *Land ethics* dans la doctrine anglo-américaine (Galey 2006 : 24).

b) Faisceau de prérogatives (foncières environnementales) dans les rapports juridiques aux ressources et au fonds : fondements d'une régulation locale (tableau n°1)

Prérogatives	Objet	Fonction	Enjeu	Objectif de la régulation	Application
Passage	fonds	relier	accès d'un lieu à un autre	Accès innocent : très peu d'impacts - limitation dans le temps	présence et arrêts sous conditions
Prélèvement	ressource	viatique	subsistance	Faible intervention qui préserve la substance (pratiques adaptées) Impacts faibles	- mobilité spatiale et temporaire des actes - contenir les pratiques sur les espèces (outils, méthodes, rotations, ...)
Exploitation	ressource	produire	production (profit économique)	Artificialisation ne préjudiciant pas la capacité de régénération	- emprise mobile des hommes et des cheptels pour limiter la pression - limitation à la sédentarisation - orienter les pratiques (outils, méthodes, rotations, déplacements, temps de séjours, charge pastorale, ...)
Exclusion	fonds + ressource	stratégie	limiter les ayants droit (la pression sur la ressource)	Maintenir une pression écologiquement acceptable pour la capacité de régénération	Rapports territoriaux (définition des ayants droit)
Disposition	fonds + ressource	capital	économique : éviter l'émission des	Limiter la marge de manœuvre d'aliéner et de détruire	Instauration des conditions de disposition : vente plus ou

<i>Prérogatives</i>	<i>Objet</i>	<i>Fonction</i>	<i>Enjeu</i>	<i>Objectif de la régulation</i>	<i>Application</i>
			exploitations, mobilité de l'accès à la terre, ...		moins restreinte, sous conditions, exigence d'une acceptation sociale
Gestion intentionnelle (droit de régulation)	fonds + ressource	Comportements / pratiques	écologique : instaurer l'obligation de conservation	Développement durable (co-viabilité): conservation de la biodiversité, lutte contre la désertification, reproduction socio-culturelle	- loi, règlements, - conventions internationales - modèles de comportements locaux : actes, conventions, charte - coutumes et habits

Partant de ces prérogatives générales, il semble impératif de faire évoluer ou d'adapter le système de régulation aux critères de validation locale. On peut penser une variété illimitée de types de droits (démembrements de ces prérogatives) du moment que cela participe à une cohérence de l'ensemble, légitimée par les acteurs locaux et que cela contribue à la construction d'une légalité fut-elle locale.

Pour Alain Rochegude, les textes nationaux portant sur la gestion foncière et les ressources naturelles, « doivent affirmer cette solution juridique comme un prédéterminé ; disposer que le droit d'agir est bel et bien un instrument juridique qui permet de fonder le rapport à la terre ou à la ressource considérée » (2005). Ce droit d'agir se définit dans les pratiques, les façons de faire, l'action exercée sur le milieu traduite par l'orchestration de droits opérationnels¹.

L'élément déterminant pour une perspective de développement durable qui ressort de ce faisceau de prérogatives se situe dans le droit de régulation intentionnelle. Ce niveau de prérogative dépasse l'opérationnalité et se positionne par-delà l'administration, dans la sphère de la logique reproductive.

¹ Cf. l'analyse faite par l'auteur même dans cet ouvrage.

c) Gestion intentionnelle et gouvernance locale

La gouvernance environnementale se définit par un processus de prise de décision et de mise en œuvre de politiques publiques environnementales¹ (de l'État et des collectivités locales). Son objet est d'assurer la gestion par les acteurs concernés, des ressources naturelles et de l'environnement situés dans leur espace territorial d'intervention. Le terme de gouvernance, formé à partir de l'opposition aux formes autoritaires de conduite des comportements, repose sur une régulation résultant de l'action des politiques publiques menée à bonne fin.

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

Ce processus de gestion conduit à des innovations conceptuelles fondamentales : repenser la plénitude et l'absolutisme des rapports à l'espace et adopter la notion d'intentionnalité, par une forme de « gestion intentionnelle » au moyen de l'impératif conditionnel d'actes incitateurs. Fondée sur un certain nombre de principes dont particulièrement celui de précaution, la gestion dite intentionnelle intègre le souci de préserver les libertés de choix des générations futures, tout en évitant de s'engager dans des perspectives qui mèneraient à des impasses. À cette fin, la prise en compte de l'avenir des sociétés et des milieux dans lesquelles elles vivent conduit à un paradigme² patrimonial, entendu dans le processus de développement durable et intrinsèque aux objectifs locaux, nationaux et mondiaux de conservation de la biodiversité et de lutte contre le réchauffement de la planète.

Partant de l'hypothèse que le patrimoine qui doit être géré actuellement constitue le potentiel de subsistance et de survie des générations futures, la protection des écosystèmes n'est ainsi le monopole

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

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

de personne et doit donc être prise en charge à tous les niveaux des rouages socio-politiques et des prises de décisions. Par ailleurs, la sécurité alimentaire nécessite une production d'un certain niveau qui ne peut être atteint de façon durable qu'en opérant une exploitation du milieu allant vers cet objectif. Ces préoccupations seraient ici assumées par l'ensemble des centres de décision (centraux, déconcentrés, décentralisés et locaux) qui ont la charge de prendre toutes les mesures et les dispositions pour assurer la conservation du patrimoine biologique et inciter, puis soutenir et développer le processus économique de production alimentaire.

L'objectif est de parvenir à une régulation des pratiques des acteurs en répondant à un souci de responsabilisation, mais également à la nécessité de canaliser leurs comportements en limitant leur marge de manœuvre, afin de circonscrire les stratégies des acteurs dans un cadre. La gestion peut ainsi être vue comme un « exercice de fait, conscient ou non, d'une responsabilité d'ensemble » (Mermet et al., 2005 : 130).

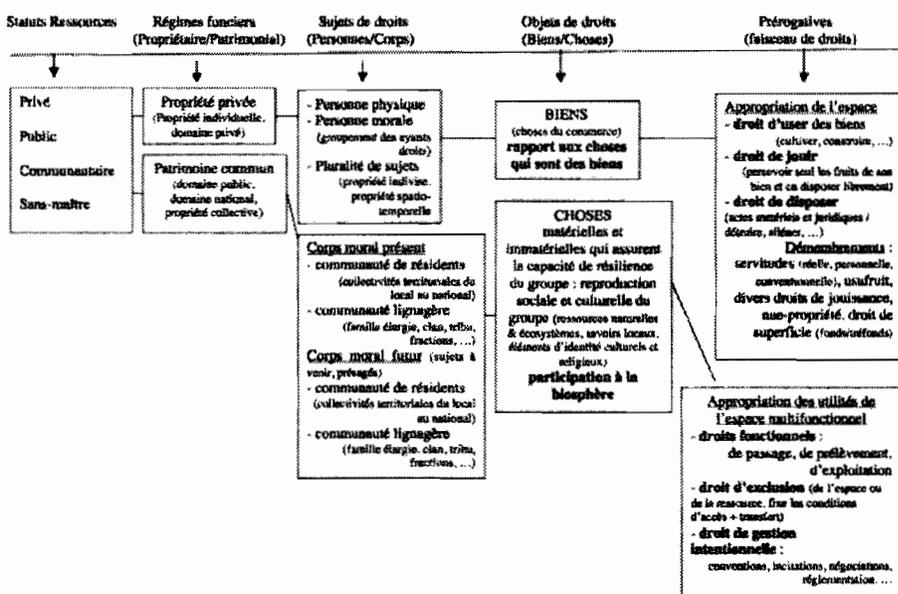
La gouvernance environnementale définit et organise la place de chacun des acteurs concernés. Il semble, de nos jours, impératif de dégager un nouveau type de rapport entre l'État et les citoyens pour aboutir à un partenariat entre le pouvoir central et le pouvoir local. L'État devrait devenir davantage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

Conclusion : Synthèse de la grille de lecture des régimes fonciers et typologie de droits d'accès

La figure récapitulative suivante expose la superposition des deux régimes fonciers (privé, communautaire), partant du statut conféré aux ressources naturelles renouvelables jusqu'aux faisceaux de droits structurant la diversité des prérogatives rencontrées.

Figure n°2 : Régimes fonciers et typologie de droits d'accès

Régimes fonciers et typologie de droits d'accès



Du droit français aux droits africains, la frontière n'est pas toujours nette. La ressource naturelle, avant sa saisie au corps, est perçue tantôt comme une utilité environnementale, tantôt comme un bien. Notre démarche n'est pas de séparer ces logiques en raison du fait qu'elles se retrouvent au Nord comme au Sud avec une très forte dominante de marchandisation en Occident, où les communaux sont résiduels, et un rapport davantage patrimonial dans l'espace rural africain qui méconnaît la généralisation d'un marché foncier et où la gestion des espaces et des ressources est d'ordre communautaire (villages, communautés rurales, territoire de tribus, etc.), derrière les tentatives d'un État défaillant mais s'étant octroyé une domanialité foncière importante (cf. *supra*).

De l'accès à la ressource à son appropriation même, l'enjeu réside dans la faculté de s'emparer physiquement des fruits, produits et profits de la ressource. Mais la relation des sociétés envers leur environnement ne peut se réduire à se cantonner sur cette frange « d'accès-appropriation » à la nature. Nous l'avons déjà souligné, l'accès à la ressource va résulter d'un régime foncier. Ainsi, il dépend d'une dynamique idéologique de la place de l'homme vis-à-vis de la biosphère (hors ou dans) et par conséquent d'un système économique découlant lui-même de la relation socioculturelle des hommes sur l'espace. La saisie concrète de la ressource s'inscrit dans un schéma à la fois juridique, politique et culturel. Sans désirer complexifier l'analyse, nous ne la souhaitons pas pour autant réductrice par une modélisation radicalisant les réalités des terrains. La théorie des modes d'appropriation des économistes se situe dans cette crainte.

2°- D'une tragédie à une théorie

Partant d'un constat de départ sur la régulation de l'accès à la ressource, tout un courant anglophone portant sur les droits de propriété s'est lancé dans une réflexion sur les rapports sociétés/nature.

a) L'absence de régulation conduirait à la tragédie des communaux (selon le généticien Garrett Hardin, 1968)

Pour Garrett Hardin, les ressources communes sont d'un accès libre. Cette affirmation peut surprendre. En effet, rarement les espaces de ressources sont d'un accès libre. Quand ils le sont, c'est qu'il n'y a pas d'enjeux de ressources, elles n'y sont plus en quantité suffisante, ponctuellement ou pour toujours. Les accès libres le sont donc en raison d'absence d'intérêts.

La liberté est tragique pour les ressources communes : pression maximisée et illimitée, jusqu'à la perte irrémédiable de la ressource : le berger gagne en rajoutant des têtes et l'aspect négatif du surpâturage est subit par l'ensemble des bergers (il ne subit au retour qu'une fraction de l'effet négatif du surpâturage). Chaque berger adoptant cette stratégie conduit à la tragédie des communs. Tout le monde perd tout son capital. Cette stratégie ruine tous les bergers. La solution préconisée par l'auteur est soit de diviser (par la vente) en propriétés privées soit de conserver l'ensemble sous forme de propriété publique. En tout état de cause il faut allouer les droits d'accès.

Exemple de l'accès aux pâturages communs : le cas des *agdals* de la tribu Aït Zekri dans le versant Sud du Haut Atlas marocain (Province de Ouarzazate)

L'accès à ces pâturages d'altitude de la tribu est réservé aux membres du groupe. Aucune dérogation ne peut permettre à un étranger au clan lignager d'y pénétrer avec son troupeau. Pour autant, chaque berger va-t-il tirer profit de la situation en rajoutant de plus en plus de têtes sur ces pâturages communautaires ?

Contrairement à l'approche de Garrett Hardin (1968), la stratégie de chacun n'est pas d'exercer une pression de charge maximale sur les pâturages au détriment des autres (tirer un profit maximal pour lui). En effet, c'est le troupeau lui-même qui va guider le berger par son comportement mobile dans l'espace et l'état physique des têtes qui le composent. Trop nombreux, les moutons ne pourraient rester longtemps au même endroit et accentueraient leur mobilité : le berger ne laissera pas ses animaux maigrir voir mourir et divisera son troupeau en plusieurs s'il le faut, tenant compte de l'état de la ressource dont dépendent la survie et le développement de son cheptel. Le résultat ne sera pas apocalyptique, la mort de faim de l'ensemble des troupeaux, mais davantage une adaptation stratégique à l'état de la ressource : accroissement de la mobilité dans l'espace et fractionnement de son bétail en plusieurs troupeaux pour l'adapter à la capacité de charge du pâturage d'été. Le « commun » intègre ainsi une régulation d'accès et une régulation de gestion intrinsèque : la règle de la mobilité qui évite à chacun de s'approprier (« melkiniser ») une zone particulière comme un abri (*amazigh*) autour duquel le troupeau parcourt la journée. Le droit de pâture est ainsi assorti d'une obligation de ne pas rester trop longtemps sur une même zone.

Les ressources communes ne pourraient donc supporter qu'une population peu nombreuse ? D'après G. Hardin, devant la croissance exponentielle de la population, il faut abandonner l'idée de ressources communes. Le biologiste préconise l'abandon de la liberté de se reproduire pour préserver les ressources (sic).

b) Une théorie économique des modes d'appropriation des ressources communes (property rights of common pool-ressources)

L'approche en économie politique sur la question des ressources communes est développée par Elinor Ostrom, Edella Schlager, Fikret Berkes, Carl Folke, Susan Hanna, Daniel Bromley, Ronald Oakerson, etc., (cf. bibliographie) dans une analyse focalisée sur les modes d'appropriation des ressources communes.

L'analyse ne relève pas de la science juridique mais de la science économique et politique, c'est pourquoi elle peut surprendre et étonner le juriste. Cependant, il est d'un grand intérêt de la prendre en considération compte tenu de l'importance de ce courant de pensée dans la réflexion sur l'accès aux ressources renouvelables. Cette analyse porte sur les ressources naturelles renouvelables communes à un groupe, excluant généralement d'autres situations.

On peut regretter que les juristes ne se soient pas davantage investis dans la réflexion ou en tout cas que trop peu d'analyses juridiques critiques n'émergent du débat sur les « commons ». En effet, la définition du droit de propriété sur laquelle repose l'analyse des droits sur la nature (cf. Hanna S. Susan et alii 1996) suscite chez nous des interrogations. La notion de droit de propriété qui est employée ne correspond pas au droit civiliste de l'absolutisme d'un souverain sur un espace et se rapproche davantage de la common law.

Pour Elinor Ostrom et Edella Schlager, les « droits de propriété » et les « règles » sont interchangeableables pour désigner l'usage fait des ressources naturelles (1996 : 130)¹, en liant le mode d'appropriation à une autorité en charge d'actions relevant de domaines spécifiques (*ibidem*). Vue sous cet angle, la propriété s'identifierait à un rapport d'appropriation des ressources dans un jeu de pouvoirs. La traduction de « *property rights* » ne serait donc pas « droits de propriété » mais plutôt « droits d'appropriation », ce qui est quasiment identique.

Cependant, selon Erling Berge (2007), deux visions de la notion de propriété se distinguent : celle de la propriété pleine et entière, le modèle du « *dominium plenum* » ; et celle de « droits qui jouissent de la protection la plus importante possible, notamment ceux relatifs aux ressources et à la vie et la survie d'une famille. De tels droits peuvent être qualifiés de droit de propriété ». Cette définition d'un droit prétendu « naturel » de propriété, dont le fondement juridique nous échappe, s'exprime ainsi en un faisceau de droits, tous qualifiés de « droits de propriété » (cf. *infra*).

La multitude de développements sur les « commons » génère une littérature très abondante et des colloques internationaux² qui soulignent l'importance de l'intérêt porté sur les modalités d'appropriation des bénéfices tirés de la nature. Et nous y participons. Néanmoins, la façon dont le débat sur les ressources communes est posé dès le départ³ nous

¹ « *The terms "property rights" and "rules" are frequently used interchangeably in referring to uses made of natural resources* » (Elinor Ostrom et Edella Schlager 1996 : 130)

² On peut rajouter à la bibliographie quelques éléments marquants : Hanna Susan and Munasinghe Mohan (ed.) 1995 ; Hanna Susan and Munasinghe Mohan (ed.) 1995a ; Cay Mc J. Bonnie and Achesson James M. (ed.) 1987 ; Andelson V. Robert (ed.), 1991 ; Lane R. Charles (ed.) 1998.

³ H. Scott Gordon pose en 1954 les fondations de la théorie de l'appropriation communautaire (« *common property theory* ») à partir de l'accès à la ressource halieutique : il n'y a pas de limite au nombre de pêcheurs (libre accès), seul l'effort de pêche est contraint par la peur de la baisse du rendement. La ressource elle-même est

pose problème quant à l'idéologie qui l'inspire. La grande majorité des discours développés sur les communs du Sud et du Nord repose sur une analyse très économique¹ (« *a commons is an economic resource or facility subject to individual use* » (Oakerson Ronald J. 1986 : 13) qui se polarise sur l'usage utilitaire de la nature. L'embarras ne cesse dès lors qu'il est postulé comme un acquis, presque jamais remis en cause, que la relation de l'homme et des sociétés envers la nature et les éléments naturels semble ne se concevoir qu'en des termes d'appropriation, de calculs de coûts/bénéfices fondant la plupart des argumentations développées. Le débat reste cependant très ouvert comprenant des remises en cause comme l'atteste la Conférence intitulée « Reinventing commons » en 1995² : « *we need to ask ourselves, what the object of study is ? More than a conceptual confusion, « common property » as an object of study is blurred: is it (a) primarily a behavioural relation between men; (b) a question of agents and choice which can be solved through balancing incentives; (c) a problem of markets and a question of "getting the prices right"; or is it, finally, (d) a question of institutions and how institutions structure human action? It is argued that there is a need for "rethinking the commons" ...* » (Knudsen Are J., 1995).

Dans la compréhension des auteurs, les sociétés sont connectées à leur environnement naturel à travers le système de droits d'appropriation. Les régimes de droits, les liens entre les droits et les ressources, et les règles sous lesquelles les droits sont exercés sont les mécanismes que les acteurs utilisent pour contrôler l'usage qu'ils font de l'environnement ainsi que leur comportement les uns envers les autres. Les droits d'appropriation font partie intégrante des institutions sociales. L'ensemble des interrogations porte sur les droits sur la nature. Mieux ils sont définis, meilleure sera la gouvernance environnementale. L'absence de règles organisant et orchestrant l'appropriation des ressources est source de tragédie des communaux (Hardin 1968) : la liberté d'accès aux ressources communes aboutit à la ruine de tous. Ce qui conduit les éditeurs de

protégée par des règles formelles ou informelles. L'accès est ouvert à tout utilisateur potentiel d'une ressource qui appartient à tous (*res nullius*).

¹ Fortement remise en cause par les anthropologues (« *it is symptomatic that common property theory is regarded as providing a fundamental insight by economists, but, is almost unanimously rejected by anthropologists* » (Knudsen Are J. 1995).

² Cinquième conférence de l'association internationale d'étude de la « common property » intitulée « *reinventing the commons* », Bodo (Norvège) le 24-28 mai 1995, pour qui « *the reinvention of the commons is the academic exploration and search for deeper understanding of how and why institutions of commons ownership can manage resources in an equitable and sustainable way in a changing environment and benefit the local communities depending on them for their survival* » (by Erling Berge «A prolegoma to "reinventing the commons"»).

« Rights to nature » (Hanna, Folke & Mäler 1996) à la conclusion que l'avenir du bien-être de l'humanité passe par l'urgence de faire émerger des institutions de sauvegarde des dynamiques de l'environnement naturel. Les régimes d'appropriation sont particulièrement concernés en raison du fait qu'ils constituent le lien entre sociétés et nature en ce qu'ils ont « *the potential to coordinate human and natural systems in a complementary way for both ecological and human long-term objectives* » (Ostrom and Schlager in Hanna et al. 1996 : 127-156).

Le système d'appropriation des ressources se traduit par un faisceau de droits qui a été conceptualisé par Ostrom et Schlager (in Hanna et al.) les droits (dit de propriétés) déagés sont les suivants :

- le droit d'accès : l'entrée dans un espace physique délimité sans extraire un bénéfice de ressource ;
- Le droit de retrait (d'extraction) : obtenir une unité de ressource ou un produit de ressource (pêcher un poisson, s'approprier de l'eau) ;
- le droit de gestion : réguler les modèles d'usage interne et transformer la ressource par des améliorations ;
- le droit d'exclusion : déterminer qui dispose d'un droit d'accès et comment ce droit peut être transféré ;
- le droit d'aliénation : vendre ou louer un ou plusieurs des droits choisis au-dessus.

Le raisonnement repose sur un *a priori* de logique d'appropriation : tout est focalisé sur l'appréhension de la ressource, donc sur son appropriation. Il projette une représentation du monde en coûts/avantages-bénéfices où l'équation semble récurrente dans l'analyse. Daniel W. Bromley le souligne bien quand il définit indifféremment la propriété et le droit de propriété (confondant ainsi le droit à la chose) : la propriété ou le droit de propriété est une revendication d'un flot de bénéfices¹. La notion même de « *proprietor* » (possesseur en français) l'indique également : il se définit par celui qui tire profit de la ressource, celui qui en perçoit et reçoit les fruits : toute l'approche s'articule autour de ce captage d'unités de ressources. La faculté d'aliénation n'est pas dans les mains de cet « appropriateur » mais dans celui d'un « *owner* » (propriétaire). Il ne s'agit pas ici du droit d'aliéner un fonds (nous sommes sur des territoires collectifs), mais les droits précédents (cf. la

¹ « *property is a claim to a benefit stream, and a property right is a claim to a benefit stream ...* » (Bromley 1992 : 4).

définition même donnée), ce qui dans la science juridique mérite réflexion. En première proposition, les droits se portent sur des choses, corporelles ou incorporelles, mais pas sur des droits qui ne sont pas des choses. Il s'agirait ainsi plutôt d'un transfert de titularités de droits qui conduit à repenser l'identification du droit à son objet. Cependant, cette analyse est discutable notamment confrontée au registre des droits à polluer (cf. les émissions de carbone par exemple). Une assertion préférable serait de poser le droit comme un bien en raison de son caractère objectif (ce par quoi on est lié)¹ : « le rapport juridique existe tel quel, indépendamment de la personne, et telle personne va en tirer profit en se l'appropriant. Une telle indépendance explique qu'un tel droit soit un bien » (Zénati, 1981 : 796).

La thèse de F. Zénati (1981) invite à repenser la nature juridique de la propriété ainsi que les réflexions d'Alain Roche-gude sur le droit d'agir (2005 et dans cet ouvrage) ainsi que notre propre réflexion sur le droit des utilités des espaces et ressources.

On notera que les droits de gestion, d'exclusion et d'aliénation sont présentés comme des « droits de choix collectifs » (« *collective-choice rights* »), tandis que les droits d'accès et d'extraction sont des « droits de niveau opérationnels » (« *rights at an operational level* »). Mais la responsabilisation de la gestion sur un acteur est discutable. Au lieu de considérer que la gestion est le fait délibéré d'une institution qui dispose de ce droit (de gestion), il semble plus opportun de considérer l'approche en science de la gestion qui définit la gestion sous un angle plus large, comme *l'ensemble des actions anthropiques qui, consciemment ou non, intentionnellement ou non, ont une influence déterminante sur ses qualités : c'est cet ensemble que l'on définit comme la « gestion effective*. Vu sous cet angle, le concept de gestion fait référence à l'exercice d'une responsabilité d'ensemble (Mermet et al. 2005 : 130).

Enfin, la notion d'extraction (retrait) se présente comme réductrice. En effet, elle méconnaît les nuances des ponctions d'éléments naturels des systèmes agro, sylvo, pastoral, halieutique ou cynégétique que les notions de prélèvement et d'exploitation permettent de décliner.

Partant de ces éléments d'économie institutionnelle, Étienne Le Roy construit une « théorie des maîtrises foncières » comme équivalent homéomorphe de la théorie civiliste de la propriété (Le Roy 2002 : 139) (cf. sa contribution dans cet ouvrage collectif). De notre côté, sur une base pragmatique, nous avons développé, en nous attelant à nos travaux

¹ Le sens subjectif du droit est contenu dans la relation du sujet, le pouvoir (cf. Zénati 1981 : 796).

de terrain¹, des éléments sur la formulation d'une régulation juridique patrimoniale de l'accès aux ressources naturelles renouvelables par la mise en évidence de maîtrises « foncière-environnementales ».

3° - Du droit à la maîtrise foncière-environnementale

Dans la dialectique sociétés/écosystèmes, la régulation juridique adoptée fait ressortir les représentations les plus partagées, véhiculées par les groupes et les individus. Le droit reflète comme un véritable miroir, les modes de relations qui se jouent entre les sociétés et leur nature, et traduit dans des normes législatives, les règles coutumières et les habits, que sont les conduites régulières fondées objectivement². Mais le droit se définissant de façon plurielle, l'orchestration des différentes sources interfère dans la dialectique des rapports sociétés/nature. Il devient ainsi restrictif de se limiter à l'usage d'un droit monolithique et nécessaire de s'ouvrir sur une relation de pouvoirs plus intégrante que ne l'est la simple prérogative exprimée en droit. La notion de maîtrise se veut englobante, intégratrice à la fois des certitudes des conduites tirées de la régularité des principes législatifs et des irrégularités des logiques de pratiques, davantage floues et évolutives. Ce passage sémantique nous permet une conceptualisation dépassant une vision uniquement technique des liens entre les rapports fonciers et les rapports aux ressources naturelles.

L'intérêt de la notion de maîtrise est de dépasser un cadre institutionnel spécifique pour intégrer la pluralité des mondes qui souvent se juxtaposent, entre les praxis locales, les politiques publiques nationales et les engagements internationaux. Cette mise en forme de la diversité et de l'imprécision légitime les actions dépendantes ou conséquentes en définissant une catégorie juridique répondant aux impératifs d'un développement durable. Partant de la pluralité des sources de droit et des systèmes juridiques, la maîtrise confère un caractère hybride au contenu se définissant comme : **la mise en forme d'un pouvoir de droits assortis d'obligations qui confèrent une légitimité sociale à l'exercice de prérogatives sur un espace déterminé ou une ressource naturelle, permettant la prise en charge d'une responsabilité objective dans une logique reproductive sur un long terme.** Ainsi, quel que soit le mode de

¹ Sénégal, Mali, Tchad, Niger, Maroc.

² Pour Pierre Bourdieu, l'habitus est vu comme un système de dispositions à la pratique. La manière régulière d'agir « ne trouve pas son principe dans une règle ou une loi explicite. C'est ce qui fait que 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 ». Les conduites sont issues de la logique de la pratique, qui en déterminent les contours (Bourdieu 1986 : 40).

souveraineté en vigueur, les régimes juridiques en cours sur les espaces et les ressources, la maîtrise se définit par leurs utilités et leurs fonctionnalités. Par conséquent, cette approche nous conduit à définir la maîtrise de « foncière – environnementale », compte tenu de sa dimension intégrante et des enjeux écologiques liés à la reproduction sociale.

Le droit que l'on peut avoir sur la terre, sur les ressources renouvelables qu'elle supporte ou sur un écosystème, doit être socialement justifié et reconnu comme une fonction permettant d'assurer la pérennité, la reproduction, les changements et mutations des groupes sociaux. Donner une fonction sociale au droit sur le milieu, c'est aussi lui inféoder une contrepartie qu'est l'obligation. Chaque droit sur le milieu se trouve corrélé à un certain nombre d'obligations et/ou de devoirs qui en justifient la détention. Ainsi, la dépendance vitale de l'homme à son milieu ne conduit pas systématiquement à considérer la terre comme une marchandise mais souvent plutôt comme partie d'un patrimoine commun¹, dont des éléments sont susceptibles d'être privatisés au profit d'un individu, d'une famille mononucléaire ou être sous l'autorité d'un lignage, d'un village, d'une association, jusqu'à l'échelle de la nation et de l'humanité.

Les rapports fonciers s'articulent ainsi autour de droits cristallisant le double lien social avec l'espace et avec les ressources produites. Cette relation homme-fonds/ressource se traduit par un faisceau d'intérêts exprimés par une série de rapports de droit (cf. *supra*), que sont les maîtrises foncières environnementales. Celles-ci permettent de distinguer le droit de son objet, alors que la propriété les confond (cf. *supra*). On peut ainsi présenter la maîtrise foncière environnementale comme l'expression générique d'un pouvoir de droit sur le milieu assorti d'obligations de comportement. La maîtrise foncière environnementale rassemble donc le droit et sa contrepartie comme justification sociale ; elle participe de la sorte à une construction permettant aux acteurs d'intervenir sur le milieu d'une façon à la fois responsable et légitime.

Les maîtrises foncières environnementales, issues d'une corrélation avec les différents droits, se définissent ainsi en six catégories :

¹ Patrimoine commun entendu comme l'ensemble d'éléments matériels et immatériels participant à la reproduction même du groupe, physique ou intellectuel, et le caractérisant par son identité : modes d'exploitation du milieu, savoirs locaux, espaces territoriaux, terroirs, systèmes de représentation, etc.

a) le droit de passage s'identifie à une « maîtrise minimale » sur l'espace car la présence en accédant d'un point à un autre constitue une action minimale ;

b) le droit de prélèvement ou de cueillette donne lieu à une « maîtrise ponctuelle » sur la ressource en raison d'une action limitée sur la substance ;

c) le droit d'exploitation (de culture, de pâture, de pêche, de chasse ou forestier) donne lieu à une « maîtrise spécialisée » sur la ressource car elle concerne un système de production spécifique ;

d) le droit d'exclusion, revenant soit à autoriser l'exploitation, soit à la refuser à autrui, soit à transférer ce droit, conduit à la « maîtrise exclusive » sur un espace précis ;

e) le droit de disposition définit une « maîtrise absolue » dans la capacité d'aliénation ;

f) le droit de gestion intentionnelle consiste à orienter le comportement des acteurs locaux dans deux sens : celui d'un développement économique et celui d'une préservation de la capacité de régénération du milieu et de la conservation de la biodiversité. Ce droit se définit dans une « maîtrise intentionnelle » portant sur les espaces et les ressources. Cette maîtrise intentionnelle ne peut donner de résultats qu'en associant étroitement les acteurs locaux aux objectifs poursuivis et en procédant par les différentes voies incitatives, contractuelles et réglementaires.

Ainsi à chaque maîtrise foncière environnementale correspond une obligation de comportement permettant de pérenniser la ressource ou le milieu. Dans cette configuration, la gestion conservatrice n'incombe pas à un seul acteur mais à tous ceux qui ont accès à la ressource et au milieu :

1) La maîtrise minimale implique un droit de circulation et parfois de stationnement susceptible d'être limité dans le temps et délimité dans l'espace ; l'obligation consiste à traverser l'espace intéressé sans exercer aucune autre action sur le milieu, dans un temps imparti et sous autres conditions ;

2) La maîtrise ponctuelle donne lieu à un prélèvement viatique : l'obligation consiste à ne prendre que pour son propre usage ou celui de sa famille, sans porter préjudice à la régénération de la ressource ;

3) La maîtrise spécialisée concerne une exploitation qui doit s'effectuer dans le souci de maintenir la capacité de régénération de la

ressource à court et moyen terme ; l'obligation est ici de deux sortes : d'une part, prendre toutes les mesures conservatoires de protection du sol et de gestion durable du milieu (lutte anti-érosive, reboisement, arborisation, fertilisation du sol, gestion du stock de poisson ou du gibier, gestion de la qualité et de la densité du pâturage, etc.) ; d'autre part, utiliser effectivement l'espace dans un objectif de production alimentaire ou de biens et services domestiques ;

4) La maîtrise exclusive organise une gestion patrimoniale de la ressource sur le long terme ; l'obligation est là aussi de deux ordres ; prendre toutes les mesures conservatoires de protection du sol et de gestion durable du milieu (lutte anti-érosive, reboisement, arborisation, amendement du sol, etc.) pour le long terme et contrôler le mode d'exploitation s'il est conforme à une utilisation durable du milieu ; utiliser effectivement l'espace dans un objectif de production alimentaire et réaliser les investissements nécessaires pour optimiser la production et conserver la capacité de régénération du milieu.

Si ce niveau de maîtrise développe ainsi une utilisation économique du milieu pour des raisons de sécurité alimentaire, elle permet cependant une limitation de la pression sur le milieu, par la désignation des pratiques appropriées, par la fixation des périodes de chasse, de pêche, en organisant l'entrée du bétail dans les pâturages, en décidant le type d'engins cynégétique et halieutique utilisables, par la création d'aires de mise en réserve ou de mise en défens, etc. ; ainsi, la maîtrise exclusive conduit à l'obligation de résultat de transmettre le patrimoine aux générations suivantes, par le titulaire de cette maîtrise, tel un « conservateur patrimonial », gestionnaire du patrimoine commun familial (famille restreinte, lignage, fraction, clan), villageois, ou de l'ensemble de la collectivité locale.

5) La maîtrise absolue permet de disposer des maîtrises précédentes et de contrôler les transferts de l'ensemble des prérogatives ;

6) La maîtrise intentionnelle est celle d'une surintendance dont l'obligation se situe dans la transmission intergénérationnelle du patrimoine.

Tableau n°2 : Système des maîtrises foncières environnementales

Droits (prérogatives)	Types	Maîtrises foncières environnementales
Passage (accès & stationnement)	Opérationnel	Minimale
Prélèvement (ponction)	Opérationnel	Ponctuelle
Exploitation (faire valoir)	Opérationnel	Spécialisée

Droits (prérogatives)	Types	Maîtrises foncières environnementales
Exclusion (contrôle)	Administration	Exclusive
Disposition (aliénation)	Administration	Absolute
Intentionnel (consensus, négociations, incitations, réglementation, ...)	Surintendance	Intentionnelle

Les six niveaux de prérogatives rencontrés (du passage à la gestion intentionnelle) s'appliquent soit sur le fonds soit sur les utilités ou les deux à la fois. Elles donnent lieu à la définition de maîtrises foncières environnementales qui intègrent l'obligation de conservation de la substance, objet de droits. Nos résultats d'enquêtes sur les pratiques locales aboutissent à la conclusion que la mise en œuvre de régulations environnementales repose sur la formulation d'un ordre juridique légitimé à la fois par le contexte socioculturel et économique (systèmes de production) et les impératifs écologiques. Si la prise en compte du futur n'est pas un réflexe automatique chez les acteurs locaux, la prise de conscience que les ressources sont épuisables est certaine. L'ordre juridique sur lequel nous travaillons autant avec les autorités nationales que régionales ou locales s'avère ainsi de nature hybride (propriété/patrimoine) en fonction de la nature des fonds et ressources concernées et surtout des logiques des acteurs et de leurs systèmes d'exploitation.

Conclusion : Le droit d'une socio-écologie pour une résilience sociale

La résilience se définit ainsi par le niveau de perturbation qu'un milieu est capable d'absorber avant de se transformer. Ce niveau d'adaptation face aux changements avant de muer correspond à la capacité du groupe social de s'adapter face à des perturbations comme des crises écologiques : sécheresses, désertification, disparition de la ressource...

Les modes de régulation d'accès aux ressources naturelles et foncières contribuent aux facteurs d'adaptation nécessaires à la survie du groupe social. L'adaptation des types de rapports juridiques aux conditions écologiques est d'autant plus impérative que les milieux sont fragiles et soumis à de forts aléas climatiques. Tout l'enjeu de la gouvernance territoriale consiste à adapter les modes d'intervention et les pratiques sur les milieux en fonction des données environnementales. À cette fin, la participation des acteurs locaux s'impose comme une condition d'élaboration d'un droit négocié localement et reconnu nationalement

(légalisé). La légalisation d'une régulation locale entre dans une démarche juridique d'imbrication d'échelles de gouvernance. L'articulation entre droits opérationnels, d'administration et de surintendance doit permettre d'y parvenir.

BIBLIOGRAPHIE

ALLAND Denis & RIALS Stéphane (dir.), 2003, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 1649 p.

AMIGUES Jean Pierre, LE QUÉAU Dominique, MAZZEGA Pierre et ali (dir.), *Sociétés, environnements, regards croisés*, Paris, L'Harmattan, 306 p.

ANDELSON Robert V. (ed.), 1991, *Commons without tragedy. Protecting the environment from overpopulation, a new approach*, Shephard-Walwyn Publisher – London UK and Barnes & Nobles Books – savage USA, 198 p.

ARNAUD André-Jean, 1998, *Le droit trahi par la sociologie*, Paris, LGDJ, 260 p., col. Droit et société n°4.

ASSIER ANDRIEU Louis (dir.), 1990, *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification*, Paris, éd. du CNRS, 207 p.

BALAND Jean-Marie and PLATTEAU Jean-Philippe, 1996, *Halting degradation of natural resources. Is there a role for rural communities ?*, FAO & Clarendon Press, Oxford, 423 p.

BARRIÈRE Olivier, 1996, *Gestion des ressources naturelles renouvelables et conservation des écosystèmes au Sahel : le Foncier-Environnement*, Thèse soutenue le 5 novembre 1996 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, sous la direction du Professeur Étienne LE ROY, 2 volumes (686 p. & 230 p.).

BARRIÈRE Olivier et BARRIÈRE Catherine, 2002, *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, Paris, IRD, col. « À travers champs », 476 p.

BARRIÈRE Olivier, 2003 « Gestion de l'environnement en pays Bassari (Sénégal oriental) ; réflexion sur un droit de l'environnement au Sénégal » in *Revue canadienne Droit et Société / Canadian Journal of Law and Society*, vol.18, n°1, pp.73-101.

BARRIÈRE Olivier, 2005 « Une gouvernance environnementale dans une perspective patrimoniale : approche d'une écologie foncière », in *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2005*, Droit gouvernance et développement durable dir. Christoph Eberhard, pp. 73-98.

BARRIÈRE Olivier, 2006 « De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique », in Christoph Eberhard & Geneviève Vernicos (éds), 2006, *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche anthropologique d'Étienne Le Roy*, Paris, Karthala, 612 p., [pp.147-172]

BARRIÈRE Olivier, 2006 « Juriste de l'environnement en Afrique : l'anthropologie du droit au service d'un nouveau droit », in *Cahiers d'Anthropologie du Droit*, Juridicités, Hors série, pp.105-116.

BARRIÈRE Olivier, 2007 « Marchés de droits et gestion patrimoniale des ressources foncières et environnementales : une approche en anthropologie juridique de l'environnement » in Max Falque, Henri Lamotte, Jean-François Saglio (dir.), *Les ressources foncières. Droits de propriété, économie et environnement*, pp. 9-28.

BARRIÈRE Olivier, 2007 « Régulation environnementale en Afrique : l'action du droit pour une co-viabilité des systèmes sociaux et écologiques », in *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2006*, Le droit en action, pp.125-174.

BARRIÈRE Catherine et BARRIÈRE Olivier, 2007, « Des approches anthropologiques plurielles à une anthropologie juridique de l'environnement » in Amigues J-P. et ali (dir.), *Sociétés, environnements, regards croisés*, pp. 225-248.

BARRIÈRE Olivier, à paraître 2008 « Aspects juridiques de la co-viabilité des systèmes sociaux et écologiques en zones arides africaines, une approche en anthropologie juridique de l'environnement » in *L'avenir des terres sèches*, UNESCO, Springer, 850 p.

BERGE Erling, 2007, « De la multiplicité des ayant droits à la propriété pleine et entière et inversement. Des « Commons » aux Sites de Valeur Mondiale », in Max Falque, Henri Lamotte, Jean-François Saglio (dir.), *Les ressources foncières. Droits de propriété, économie et environnement*, pp. 379-395.

BERKES Fikret & FOLKE Carl (ed.), 1998, *Linking social and ecological systems. Management practices and social mechanisms for building resilience*, Cambridge University Press, 459 p.

BERKES Fikret (edited by), 1989, *Common property resources. Ecology and Community-Based Sustainable Development*, Belhaven Press / Pinter Publishers, London, 302 p.

BONNEMAISON Joël & CAMBREZY Luc & QUINTY-BOURGEOIS Laurence (sous la direction), 1999, *Les territoires de l'identité, le territoire, lien ou frontière ?* Paris, L'Harmattan, 2 tomes, 315 & 266 p., col. Géographie et cultures.

BOURJOL Maurice, 1989, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 452 p.

BOULETEL Marguerite & FRITZ Jean-Claude (dir.), 2005, *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 345 p

BROMLEY Daniel W. (ed.), 1992, *Making the commons work. Theory, Practice, and Policy*, ICS Press, San Francisco, California, 339 p.

BROMLEY Daniel W. 1992, « The commons, Property, and Common-Property Regimes » in BROMLEY Daniel W. (ed.), 1992, *Making the commons work. Theory, Practice, and Policy*.

BRUNET Roger & al., 1992, *Les mots de la géographie*, Paris, Reclus – La documentation française, 518 p.

CAUCHY E, 1848, *De la propriété communale et de la mise en culture des communaux*, Paris, Hingray, 155 p.

CAY Mc J. Bonnie and ACHESSON James M. (ed.), 1987, *The question of the commons. The culture and ecology of communal resources*, The University of Arizona Press, Tucson, 427 p.

CORNU Gérard, 1998, [1987], *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, (7^e éd.), 899 p.

DAVID René, 1982, *Le droit anglais*, Paris, PUF, 126 p.

DIETZ Thomas, OSTROM Elinor, STERN C. Paul, 2003, « The Struggle to Govern the Commons » in *Science*, vol. 302, 12 december, 1907-1911.

DURKHEIM Émile, 1950, *Leçons de sociologie*, Paris, PUF, 259 p.

FALQUE Max, LAMOTTE Henri, SAGLIO Jean-François (dir.), *Les ressources foncières. Droits de propriété, économie et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 729 p.

GALEY Mathieu, 2007, « La typologie des systèmes de propriété de C.R. Noyes : un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune » in Christoph Eberhard (dir.), *Enjeux fonciers et environnementaux : Dialogues afro-indiens*, Institut français de Pondichéry, XV, Collection Sciences Sociales n°13, pp. 89-125, 549 p.

GAU-CABÉE Caroline, 2006, *Droit d'usage et code civil. L'invention d'un hybride juridique*, Paris, LGDJ, 566 p., col. Bibliothèque de droit privé, t. 450.

GIRAN Jean-Pierre, 2004, *Les parcs nationaux : une référence pour la France, une chance pour ses territoires*, rapport de mission, 104 p.

GUILLE-ESCURRET Georges, 1989, *Les sociétés et leurs natures*, Paris, Armand Colin, 182 p., col. Anthropologie au présent.

HANNA S. Susan & FOLKE Carl & MÄLER Karl-Göran (ed.), 1996, *Rights to Nature. Ecological, Economic, Cultural, and Political Principles of Institutions for the Environment*, BEIJER, Island Press, Washington DC, 298 p.

HANNA Susan, FOLKE Carl and MÄLER Karl-Göran, 1996, "Property rights and the natural environment" in HANNA S. Susan & FOLKE Carl & MÄLER Karl-Göran (ed.), *Rights to Nature. Ecological, Economic, Cultural, and Political Principles of Institutions for the Environment*, pp. 1-10.

HANNA Susan and MUNASINGHE Mohan (ed.), 1995, *Property rights and the environment. Social and economical issues*, The Beijer International Institute of Ecological Economics and The World Bank, 164 p.

HANNA Susan and MUNASINGHE Mohan (ed.), 1995a, *Property rights in a social and ecological context. Case studies and design applications*, The Beijer International Institute of Ecological Economics and The World Bank, 206 p.

HARDIN Garrett, 1968, « The Tragedy of the Commons. The population problem has no technical solution ; it requires a fundamental extension in morality », in *Science*, vol. 162, 13 december, 1243-1248.

HESSELING Gerti, DJIRÉ Moussa & OOMEN Barbara (dir.), 2005, *Le droit en Afrique. Expériences locales et droit étatique au Mali*, Paris, Karthala-Afrika Studiecentrum, 294 p.

INSERGUET-BRISSET Véronique, 1994, *Propriété publique et environnement*, Paris, LGDJ, 315 p.

JACOB Jean-Pierre, 2007, *Terres privées, terres communes. Gouvernement de la nature et des hommes en pays winye*, Paris, éd. IRD, 281 p., col. À travers champs.

KAMTO Maurice, 1995, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, Edicef/Aupelf, 415 p., Col. Universités francophones.

KARSENTY Alain & WEBER Jacques (dir.), 2004, Marchés de droits et environnement, *Revue Tiers Monde n°177*, janvier-mars, t. XLV.

KNUDSEN Are J., 1995, «New metaphor or New methodology ? » in Bodo Conference, 24-28 mai 1995, Bodo/Norvège, The international association for the study of common property, Fifth Common Property Conference, *Reinventing the commons*, ronéo.

LANE R. Charles (ed.), 1998, *Custodians of the Commons. Pastoral land tenure in East & West Africa*, London, Earthcan publications, 233 p.

LANÉRY D'ARC Pierre, 1888, *Du franc Aleu*, Arthur Rousseau, Paris. 455 p.

LARRERE Raphaël, 2005, « Quelle(s) étique(s) pour la nature ? » in *Natures Sciences Sociétés* 13, pp. 194-197.

LASCOUMES Pierre, 1994, *L'éco-pouvoir, environnements et politiques*, Paris, éd. la Découverte, 317 p., col. textes à l'appui, Série Écologie et société.

LE ROY Étienne & HESSELING Gerti, 1990 « Le droit et ses pratiques » in *Politique Africaine*, n°40, pp. 2-11.

LE ROY Étienne, 1996, « La théorie des maîtrises foncières » in LE ROY Étienne, KARSENTY Alain, BERTRAND Alain, *La sécurisation foncière en Afrique. Pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 388 p., col. Économie et société.

LE ROY Étienne, 1999, *Le jeu des lois, une anthropologie « dynamique » du Droit*, Paris, LGDJ, 415 p.

LE ROY Étienne, 2002, « De la propriété aux maîtrises foncières. Contribution d'une anthropologie du droit à la définition de normes d'appropriation de la nature dans un contexte de biodiversité, donc de prise en compte du pluralisme et de la complexité », in VIVIEN Franck-Dominique (ed.), *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Amsterdam, New-York, Paris, Elsevier, pp. 139-162.

LE ROY Étienne, 2004, « Marché de droits et marché du droit », in KARSENTY Alain & WEBER Jacques (dir.), *Marchés de droits et environnement*, *Revue Tiers Monde* n°177, janvier-mars, t. XLV, Paris, PUF, pp. 163-177.

LOISEAU Grégoire, 2000, « Typologie des choses hors du commerce » in *RTD civ.* (1) janv-mars, pp. 47-63.

MADJARIAN Grégoire, 1991, *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 313 p.

MARTY Jean-Pierre, 1979, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, Paris, LGDJ, 389 p. (texte remanié de la thèse, Toulouse 1976).

MERMET Laurent, BILLE Raphaël, LEROY Maya, NARCY Jean-Baptiste, Poux Xavier, 2005, « L'analyse stratégique de la gestion environnementale : un cadre théorique pour penser l'efficacité en matière d'environnement », in *Natures Sciences Sociétés* 13, pp. 127-137.

MICHON Geneviève, 2003, « Sciences sociales et biodiversité : des problématiques nouvelles pour un contexte nouveau » in *Natures Sciences Sociétés* 11, pp. 421-431.

MONTGOLFIER Jean (de), NATALI Jean-Marc, 1987, *Le patrimoine du futur : approches pour une gestion patrimoniale des ressources naturelles*, Paris Economica, 248 p., col. Économie agricole et agro alimentaire.

MOORE Sally Falk (ed.), 2005, *Law and Anthropology. A reader*, Oxford, Blackwell Publishing, 371 p.

MORIN Edgar, 1991, *La méthode IV ; les idées, leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Paris, Le Seuil, 261 p., col. Points, Essais.

OAKERSON Ronald J., 1986, "A model for the analysis of common property problems" in *Proceedings of the conference on common property resource management*, april 21-26 1985, National Academy Press, Washington DC, p. 13.

OST François & KERCHOVE Michel (van de), 2002, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 596 p., col. Publications des Facultés universitaires Saint Louis.

OST François, 1993, « Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature », in *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 681 p. col. Publications des facultés universitaires Saint Louis, [13-73].

OST François, 1995, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, éd. La découverte, 346 p., col. Écologie et société.

OST François, 1999, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, 376 p.

OST François, 2000, « Le droit comme recours ? La régulation juridique de l'environnement et les dichotomies de la rationalité occidentale » in *L'analyse*

des politiques publiques aux prises avec le droit, dir. Renard D., Caillosse J, Béchillon D. (de), p. 176.

OSTROM Elinor, 2001 (a), « Commons », in *Encyclopedia of Global Change : Environment Change and Human Society*, New York, Oxford University Press, pp. 215-218.

OSTROM Elinor, 2001 (b), « The puzzle of counterproductive property rights reforms : a conceptual analysis » in Alain de JANVRY, Gustavo GORDILLO, Jean-Philippe PLATEAU, and Elisabeth SADOULET, *Access to Land, Rural Poverty, and Public Action. A study prepared for the World Institute for Development Economics Research of the United Nations University (UNU/WIDER)*, New York, Oxford University Press, pp. 120-150.

OSTROM Elinor, 2002 (b), « Common-pool Resources and Institutions : toward a Revised Theory », in *Handbook of Agricultural Economics*, vol. 2, edited by B. Gardner and G. Rausser, Elsevier Science B .V., Chapter 24, pp. 1315-1339.

OSTROM Elinor, 2002-03 (a), « Managing resources in the global commons », in *JBAPA*, vol. 30-31, 13 p.

OSTROM Elinor, *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*, Political Economy of Institutions and Decisions, Cambridge University Press, 280 p.

OSTROM Elinor and SCHLAGER Edella, 1996, « The formation of property rights » in HANNA S. Susan & FOLKE Carl & MÄLER Karl-Göran (ed.), 1996, *Rights to Nature. Ecological, Economic, Cultural, and Political Principles of Institutions for the Environment*, pp. 127-156.

PRIEUR Michel, 1991, *Droit de l'environnement*, (2^e éd.), Paris, Dalloz, 775 p.

PRIEUR Michel, 1994, *Évaluation des impacts sur l'environnement pour un développement durable : étude juridique*, FAO, étude législative n° 53, Rome, 143 p.

ROCHEGUDE Alain, 2005, « Le « droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière » » in *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2005*, Droit gouvernance et développement durable, dir. Christoph Eberhard, pp. 59-72.

ROLAND Henri & BOYER Laurent, 2002, *Introduction au droit*, Paris, Litec, éd. du Juris-classeur, 664 p., coll. Jurisclasseur, traités.

ROULAND Norbert, 1991, *Aux confins du droit*, Paris, O. Jacob, 318 p.

SADELEER (de) Nicolas & BORN Charles-Hubert, 2004, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 780 p., col. Études, Thèmes et commentaires.

SCHLAGER Edella and OSTROM Elinor, 1992, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis » in *Land Economics*, August, 68(3), pp. 249-262.

TERRASSON François, 1988, *La peur de la nature*, Paris, Sang de la terre, 192 p.

VIVIEN Franck-Dominique (dir.), 2002, *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Amsterdam, New-York, Paris, Elsevier, 206 p.

VIVIER Nadine, 1998, *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France 1750-1914*, Paris, Publications de la Sorbonne, 352 p.

L'homme, la terre, le droit. Quatre lectures de la juridicité du rapport « foncier »

Pris dans cet ordre de succession, les trois termes retenus dans le titre ne nous invitent pas à inscrire ce propos dans une analyse d'un « droit de la terre » dont l'homme serait un spectateur plus ou moins détaché. La place première reconnue à l'homme dans cet intitulé signe tout d'abord une démarche qui sera celle d'un anthropologue, donc, par définition, spécialiste de la science de l'homme. Elle déplace aussi la recherche non seulement du droit à l'homme, mais aussi, ce que nous indiquons dans le sous-titre, du droit à la juridicité, du « foncier » au rapport de l'homme à la terre.

De la juridicité

Cette contribution présente un cadre théorique reposant sur l'agrégation progressive de connaissances qui se sont développées depuis une quarantaine d'années à travers des opérations de recherche et des publications qui ne relevaient pas toutes de ce domaine de recherche, et selon une démarche qui n'est sans doute pas toujours cartésienne. Il en émerge un méta-modèle qui cherche à saisir la complexité des manifestations de la juridicité dans ce champ spécifique appelé généralement « le droit foncier ». Pourtant, cette appellation est doublement hasardeuse. D'une part, ce champ scientifique (Le Roy 2007) recouvre, en fait, bien d'autres réalités que le « foncier », même si je n'en ai toujours pas pris l'exacte mesure. Dès 1971¹, je préférerais, tant que faire se peut, à « droit foncier » l'expression « rapports de l'homme à la terre » et je m'y tiens de plus en plus, à chaque fois qu'il est

¹ Dans le cadre de l'élaboration des modèles matriciels de l'exploitation des sols, de la circulation des produits ou de la répartition des terres (Le Roy 1971, 1972, 1973). J'use également de la formule « régime juridique des terres » (Le Roy 1976).

possible d'envisager avec le lecteur une approche moins ethnocentrique de ce domaine de recherche. Des guillemets permettent donc d'introduire les réserves mentales que suppose une telle terminologie. D'autre part, est également hasardeuse à mes yeux d'anthropologue l'usage du terme « Droit » pour désigner de manière universaliste cet ensemble complexe de normes et de pratiques, sanctionnées parce que contribuant à assurer la reproduction de la société dans un domaine réputé par celle-ci vital. Si je n'emploie pas ici le terme de droit alors qu'il répond dans notre tradition occidentale à cette définition, c'est pour la simple raison que je vais confronter cette tradition avec d'autres traditions, africaines et amérindiennes. Or, dans ces traditions, la régulation de la société ne se fait pas par l'intermédiaire du « droit » mais à travers ce que la littérature juridique dénomme les usages ou « la coutume », en ne pouvant cependant s'empêcher de les caricaturer. Pour cerner notre objet en réduisant le risque d'ethnocentrisme, je recours donc à la notion de juridicité en tant qu'aptitude de comportements à s'inscrire dans une description transculturelle et transhistorique de la reproduction sociale sanctionnée localement, description acceptable par les principales traditions culturelles sans (trop) de pertes de signifiants essentiels. Cette transposition des registres a déjà été assez explicitée dans des précédents travaux pour qu'on n'ait pas à y revenir ici (CAD 2003, CAD 2004, CAD HS).

Un méta-modèle de la juridicité plurielle du rapport de l'homme à la terre

Ce modèle est la réunion dans une matrice commune dite par la suite méta-modèle de quatre modèles, chacun d'entre eux étant le résultat d'un ensemble antérieur de travaux, de modèles élémentaires, formels ou non, que l'on évoquera dans les pages suivantes sans qu'on puisse prétendre en restituer les développements, faute de place. Dans ce cas, en proposant une relecture du champ scientifique ainsi constitué, on recourt classiquement à l'axiomatisation puisque ce n'est pas le modèle lui-même mais les enseignements qu'on en tire et donc le renouvellement des raisonnements qu'un tel méta-modèle autorise que nous poursuivons.

Les quatre modèles présentés en colonnes sont les suivants :

- un modèle des représentations d'espaces, finalisé en janvier 2007,
- un modèle des statuts de la ressource appropriée, disponible depuis 1970, complété en 1991,

- un modèle des maîtrises foncières dont la première présentation date de 1996,

- un modèle des gouvernances patrimoniales qui n'a encore jamais fait l'objet de présentation et qu'on peut encore envisager comme provisoire, en cours de finalisation, un *work in progress* en anglais.

Tableau N° 1

**Les quatre domaines des rapports de l'homme à la terre
dont la juridicité sera examinée**

Représentations d'espace	Statuts de la ressource appropriée	<u>Maîtrises</u> <u>fonds / fruits</u> <i>droit privilégié</i>	Gouvernances patrimoniales
territoire	Chose	<u>Indifférenciée</u> <i>accès a)</i>	Dieu/Nature/Gaïa développement. durable
odologie	Avoir	<u>Prioritaire</u> <i>prélèvement/ Extraction b)</i>	gisements de ressources matérielles/intellectuelles
topocentrisme	Possession	<i>Spécialisée</i> <i>Gestion c)</i>	héritages des générations passées
sanctuarisation	Propriété/ « Domaine »	<i>Exclusive</i> <i>Interdiction d)</i>	« communs » pour les générations futures
géométrique	Bien	<u>Absolue</u> <i>aliénation e)</i>	Équivalent monétaire de l'actif et du passif de la personne juridique

Ce tableau peut être lu en colonne mais aussi en ligne. C'est le mode de lecture en colonne qui sera privilégié sans exclure des associations « en ligne » entre telle ou telle catégorie, soit que nous suggérons l'analogie ou la correspondance soit que le lecteur soit tenté de les supposer. La systématisation d'une telle lecture « en ligne » correspond à une nouvelle phase de la recherche, à venir.

Comme on peut le supposer à partir des chronologies indiquées, ces modèles se sont progressivement affinés et ont fini chacun par se structurer selon cinq propriétés (au sens logique) qui constituent l'apport le plus récent de la recherche car cette homologie formelle permet de passer à une lecture en lignes qui, à mesure des questions posées, va permettre de continuer à renouveler les domaines de la recherche.

L'ordre de présentation de chacun de ces quatre modèles dans le tableau N° 1 est conçu selon une démarche logique basée sur les travaux de l'Association pour la Recherche et les Études Foncières en Afrique (APREFA) auxquels j'avais contribué, spécialement sur le concept de matrice spatio-temporelle comme moule par lequel sont reproduits les représentations d'espaces et les espaces de représentation qui transforment une étendue (réalité physique) en un construit social, l'espace. Mais, si la matrice spatio-temporelle (M S-T) est une machine à produire de l'espace, c'est la représentation mentale qu'en ont les acteurs et qu'ils transportent avec eux qui façonne l'étendue en un espace. Ainsi, l'accent mis initialement (Crousse, Le Bris, Le Roy, 1986) sur la M S-T lorsque, n'ayant encore identifié que deux représentations d'espaces, on les associait à deux « machines à produire des espaces », l'une archaïque et l'autre moderne, issue de la révolution du capitalisme, doit être réinterprété (voir infra). On a, depuis, dévoilé un jeu plus complexe de représentations d'espaces et de maîtrises foncières.

Il y aurait ainsi une justification théorique à suivre une lecture de gauche à droite, à introduire notre propos par les représentations d'espace puis à appréhender les statuts de la ressource appropriée avant d'en analyser la dynamique dans la théorie des maîtrises foncières. Enfin, les démarches de gestion patrimoniale expérimentées pour assurer une « bonne « gouvernance » des nouvelles politiques foncières se proposant de gérer la complexité contemporaine serait notre quatrième étape.

Mais, ce mode de lecture ne suit pas l'ordre pratique des travaux qui relèvent moins d'un parcours rectiligne *a priori* que de circulations entre différents niveaux de problématiques puis entre les modèles ainsi identifiés pour en saisir les caractéristiques essentielles. Le point de départ étant celui de la généralité du droit de propriété foncière (colonne 2, ligne 5) et la question du mode d'appropriation de la nature ayant structuré l'ensemble de cette recherche – en particulier à travers nos travaux sur la gestion patrimoniale – nous partirons en fait de la colonne 2 comme épïcêtre originel de la recherche pour en suivre les méandres ouvrant progressivement notre restitution aux autres lectures du rapport

de l'homme à la terre et ainsi multipliant nos regards sur la juridicité du rapport de l'homme à la terre. C'est ainsi un objectif essentiellement pédagogique qui présidera à cette synthèse qui, compte tenu de la place qui est allouée, ne peut être envisagée que comme sommaire.

Les statuts de la ressource appropriée

Ma recherche initiale qui conduisit à une thèse de doctorat d'État en Droit en 1970 portait sur une réforme foncière qui avait été adoptée par le Sénégal en 1964 et qui posait (et pose toujours) de redoutables problèmes aux juristes. En constituant 96% du territoire du Sénégal en domaine national, Léopold Sédar Senghor entendait-il faire échapper les terres à tout régime de propriété ou aménageait-il une transition habile en organisant, sous l'autorité de l'État, un régime de propriété commune différencié de la propriété privée civiliste, jugée trop « égoïste » par le Président-poète, et de celle de l'État sur son domaine privé ? (Le Roy, 1984)

Quarante ans après, on ne dispose toujours pas d'une réponse claire parce qu'une telle réponse ne peut être que politique et que son prix électoral est infiniment trop élevé pour que, malgré des effets d'annonce depuis vingt-cinq ans, on ait clarifié les enjeux : doit-on, peut-on généraliser la propriété privée au Sénégal (et, plus largement, dans les pays encore majoritairement non-capitalistes) ? Si la réponse est oui, il faut abroger la loi sur le domaine national et son mode de gestion en commun des ressources foncières, mode jugé par la Banque mondiale anti-productiviste. Si la réponse est non, parce que les Sénégalais n'en ont pas encore majoritairement besoin, il faut gérer ces communs d'une façon plus systématisée qui renforce à la fois la démocratie locale, une des grandes avancées du Sénégal moderne, et la sécurisation des investissements par une mutualisation des ressources et une politique solidaire de gestion locale. C'est cette seconde voie que je me proposais d'explorer en 1968 et 1969 en cherchant à comprendre, par mes travaux sur le terrain en zone arachidière, le sens des dynamiques foncières sur le très long terme pour ensuite proposer un mode de gestion du domaine national qui « s'inscrive dans le sens » des évolutions historiques et sociologiques endogènes et qui donne un statut explicite à une gestion « commune » qu'on dénommera plus tard « patrimoniale ».

Parmi mes matériaux de terrain de 1969, j'avais ramené de ma « pêche aux données » au moins deux informations essentielles. La première était profondément déstabilisatrice car elle supposait que la formulation d'un droit sur la terre ne passe pas par la qualification de la

nature du droit (de propriété, d'usage, d'usufruit) mais par le statut de l'acteur, la dénomination de son support et le mode d'utilisation¹. C'est la corrélation de ces trois données qui assure la juridicité du rapport « foncier ». Le « Droit » n'est donc pas une liste d'énoncés normatifs, mais il se présente comme la somme des solutions actualisées et actualisables pour identifier les corrélations entre statuts, usages et supports.

La seconde leçon est tout aussi paradoxale. La terre ne peut être considérée comme un « bien » et donc comme un immeuble par nature selon la catégorie civiliste parce qu'elle obéit, de manière générique, à un principe d'exo-inaliénabilité. Chez les Wolof, les modes de contrôle des terres distinguent trois types de terres : *momels u bur*, *lèw* et *am-am* termes qu'on pourrait traduire respectivement comme possessions du chef, propriété comme appropriation exclusive et avoir en détention protégée.²

Dans l'expérience wolof, fondée sur une organisation politique centralisée et proto-étatique, c'est cet ordre qui s'impose. Pour reprendre la terminologie du tableau N° 1, sont préférés la **possession** puis en deuxième lieu une **propriété exclusive**, non absolue (**domaniale** au sens moyenâgeux) et enfin l'**avoir**. Il n'est pas concevable de reconnaître le statut de **bien** à la terre par absence d'aliénabilité, ni de **chose** parce qu'à la terre sont associés esprits des lieux, déités et représentations assimilant la terre à la mère nourricière. Durant la décennie 1970, je me satisfais de cette distinction, sans doute bien légère au regard de nos connaissances actuelles. Elle est à la base de mon cours d'histoire du droit des biens à l'École de Droit de l'université de Brazzaville en 1973. Mais, tout en nous interrogeant déjà sur le sens d'une opposition entre la catégorie moderne et civiliste du bien support de la propriété privée et celles de possession, avoir ou propriété exclusive correspondant à des formes spécifiques de rapports « fonciers » liés à l'histoire politique, aux transformations économiques, aux dynamiques sociales etc., ma démarche reste conformiste. Il faudra vingt ans pour aller à son terme en se demandant pourquoi le Code civil n'a pas ouvert le livre II, Les Biens, d'une définition, ce qui me conduira à la théorie des maîtrises foncières (Le Roy, Karsenty, Bertrand, 1996). J'ajouterai seulement que dans les

¹ Dans un tel système, il existe trois hiérarchies de droits tenant aux statuts, aux positions sociales de supports et aux usages. C'est la hiérarchie liée aux statuts, donc aux modes de contrôle de l'espace qui pose les problèmes les plus ardues (Le Roy 1970)

^d Une étude sur l'acte à cause de mort pour la Société Jean Bodin m'a donné l'occasion de comparer les conceptions des Wolof et celles des Tamatchek et des Hausa et de proposer des définitions plus détaillées et plus générales de ces trois catégories (Le Roy 1994).

premiers résultats de 1970, il y avait là, matière à fonder une gestion endogène des communs. Mais, en août 1970, une crise politique majeure au sein du gouvernement sénégalais interdit d'en approfondir les implications. Je suis en particulier interdit de séjour au Sénégal pour « troubles à l'ordre public »¹. Cette dimension de la juridicité ne pourra donc qu'être reprise sous un autre angle, celui de la gestion patrimoniale, et bien plus tard. Fin de la première lecture.

Les représentations d'espaces, matrices de la juridicité

La matrice occidentale, la représentation géométrique

Que les Africains aient eu des conceptions originales de la parenté, de la religion ou du politique a semblé incontestable à tous les observateurs, quitte à en tirer des conclusions fondamentalement différentes. Mais pour l'espace, la question ne semblait pas devoir se poser. La réalité physique paraissait imposer sa marque sur les paysages et l'action des hommes, d'autant que dans les conceptions coloniales, l'Africain était réputé peu inventif dans le domaine des techniques et toute manifestation non conforme à la civilisation du colonisateur était tenue pour une marque de primitivité. La remise en cause de ce présupposé fut, en particulier dans notre domaine, réalisée par un anthropologue américain ayant travaillé chez les Tiv du Nigéria, Paul Bohannan. Dans un texte d'une grande densité (Bohannan 1963), l'auteur attira l'attention de la communauté scientifique sur le fait que les Africains n'avaient pas la même conception de la carte géographique que Nous, les Occidentaux. Nous avons oublié que notre modernité a été en partie fondée sur une révolution dans nos représentations du monde à travers l'invention de la cartographie scientifique à l'occasion des grands voyages de découverte des XV^e et XVI^e siècles. Il en est résulté de nouvelles fictions :

« Les Occidentaux divisent la surface terrestre en utilisant une grille imaginaire, elle-même sujette à des manipulations et à des redéfinitions. Nous transposons [les données] sur le papier ou sur une sphère et notre problème reste à établir la corrélation entre la grille et les particularités physiques de la terre et de la mer. Nous avons perfectionné des instruments de mesure en relation avec la position des astres afin de mieux nous localiser sur la surface du globe. Il existe des règles précises pour symboliser l'information donnée par nos appareils de mesure et

¹ En fait, je risquais de troubler la manœuvre de récupération du ministre d'État Jean Colin désireux de faire de la Loi sur le domaine national de 1964 un instrument de réforme administrative d'essence jacobine. Ce qui fut réalisé en 1972.

pour les appliquer à nos cadastres. Chaque portion mesurée devient de ce fait une 'chose identifiable'. [...] En conséquence, dans notre civilisation, la terre est, entre autres choses, une entité mesurable et divisible en portions grâce à l'application d'un procédé mathématique de relevé et de cartographie. [...] Pour être complet, nous noterons que les droits occidentaux ne sont pas directement exercés sur la terre comprise dans son sens général, mais plutôt sur des portions de carte géographique. La carte pourrait être fautive nous n'en posséderions pas moins une portion de terre [...] Nous possédons, somme toute, une portion de carte avec l'idée que la relation entre le cadastre et la surface terrestre est une donnée permanente » (Bohannan, 1963).

Ce que décrit ici Paul Bohannan est une **représentation géométrique** selon laquelle l'espace peut être mesuré pour lui donner une valeur qui sera valeur d'échange avec la propriété privée ou support du pouvoir politique avec la théorie de la souveraineté de l'État. Dans les deux cas, le droit ainsi désigné est un, exclusif et absolu. Mais ceci est mon commentaire, non celui de P. Bohannan qui ne cherche guère à explorer ces conceptions occidentales qui ne sont abordées par lui qu'en raison du besoin de critiquer un ethnocentrisme qui, en projetant cette géométrie sur les faits africains, interdit de comprendre la logique des comportements qui y préside.

Éléments d'une représentation topocentrique

Pour comprendre ces comportements, il faut adopter un autre point de vue et changer de méthodes. P. Bohannan propose ainsi trois postulats :

- 1) *les peuples ont une représentation propre du pays où ils vivent ;*
- 2) *ils disposent d'une série de concepts pour parler et traiter des rapports entre eux et les choses ;*
- 3) *l'aspect spatial de leur organisation sociale trouve d'une façon ou d'une autre une expression ouverte en parole et en actes.*

Mais, théoriquement, il n'en dit guère plus, décrivant ensuite, à titre d'exemple de ce qu'apportent ces règles de méthode, les expériences des sociétés Tiv pré-citées, Tonga (Zambie) et Kikuyu (Kenya). Ce qu'il décrit, c'est une représentation **topocentrique** où la case de patriarche (Tiv), les autels de pluie (Tonga) et les Unités du feu (Nwacki) chez les Kikuyu sont des points de référence, fixes ou mobiles, à partir desquels des relations spatiales vont être organisées. Et dans le cas des Kikuyu, l'auteur nous décrit une pluralité de fonctions pouvant être associées à des topocentres de nature différente, ainsi en est-il des Mbari unités de gestion foncière différenciées des Nwacki groupements aux fonctions plus politiques.

À partir de 1971, le séminaire sur le foncier que j'anime en doctorat à l'Université Paris 1 va ainsi approfondir parallèlement les manifestations originales de cette nouvelle représentation d'espace (Le Roy, 1974) et ses conséquences dans le développement des relations foncières selon que sont en jeu des relations internes au groupe de référence (exploitation des sols) ou externes (répartition de la terre) (Le Roy, 2002). On observe ainsi un feuilleté plus ou moins riche d'espaces se superposant s'ils répondent à des fonctions différentes ou se concurrençant s'ils répondent à la même fonction entraînant alors un phénomène de confins ou de *no man's land*. Un des traits qu'on peut mettre en évidence est l'analogie de ces représentations avec des champs magnétiques dont la force d'attraction va progressivement en s'étiolant et qui s'arrêtent face à un champ de même nature. Cette représentation topocentrique permet d'expliquer nombre de caractéristiques restées jusque-là mal justifiées : ainsi en est-il du fait que ces sociétés doivent gérer un faisceau de droits (*bundle of rights*), chacun pouvant correspondre à un type de topocentre. Dans des sociétés ayant développé une organisation économique et politique complexe, la conception matricielle de cette représentation topocentrique apparaît bien comme porteuse d'un mode d'appropriation de l'espace d'une radicale originalité.

Le besoin d'une référence odologique

Cette représentation semblait, globalement, suffire à caractériser l'originalité des rapports fonciers, même si les activités et les pratiques de certains groupes entraient imparfaitement dans nos explications. Il s'agissait des pasteurs et des chasseurs-collecteurs en particulier qui, tout en ayant leur vie familiale organisée selon le principe du topo centre, le puits pour les premiers, le campement pour les seconds étant le point d'ancrage du groupe dans l'étendue, avaient des activités de production qui y échappaient. Leur mobilité interdisait de leur reconnaître des droits « fonciers » puisqu'ils circulaient dans l'étendue d'un territoire dont je reparlerai. Et nous ne savions pas comment traiter les droits qu'ils exerçaient sur les ressources (pâturages, gibier) avec un vocabulaire s'appliquant au statut des fonds de terres. Il en résultait une discrimination plus ou moins globale de ces populations privées d'une sécurisation de leurs activités faute de pouvoir s'inscrire dans une taxinomie qui privilégiait la sédentarité au détriment de la mobilité. Il fallait donc inverser les raisonnements et partir de la mobilité comme un facteur positif et des ressources comme ouvrant des droits spécifiques sur l'étendue selon une représentation d'espace originale. Mon travail au Niger sur le Code rural en 1989 et au Mali sur l'hydraulique pastorale puis sur le programme des Observatoires Fonciers du Mali (OFM) entre

1986 et 1995 avait permis de multiplier les observations des comportements des pasteurs ou d'agro-pasteurs peuls ou tamatchek. Recoupées avec des expériences plus anciennes au Congo, dans le Niari et le Mayombe avec des populations pygmées, ces données mettaient en évidence une connaissance spécifique des conditions de déplacement qui ouvraient aux groupes des droits sur les ressources, droits fondés sur un ordre de circulation ouvert, dynamique, impliquant à partir d'un passage inoffensif la possibilité de se réclamer de droits prioritaires selon une histoire des relations entre les groupes, histoire toujours susceptible d'être contestée mais ouvrant à des droits reconnus, dénommés et organisés. L'organisation foncière du delta intérieur du Niger au Mali depuis le début du XIX^e siècle (Barrière 2002) témoigne de la grande subtilité d'un tel dispositif, en particulier la capacité à différencier statuts, supports ou usages dès que de nouveaux besoins se font sentir.

La participation au comité scientifique de préparation d'un colloque sur les sociétés pastorales sahéniennes qui se tiendra à Niamey en 1997 (Bourgeot 1999) sera l'occasion de théoriser cette science des cheminements ou **odologie**, ouvrant aux groupes des droits sur les étendues traversées selon le principe d'un zonage associé à la piste ou au cheminement, et autorisant ceux qui ont un droit légitime (coutumier ou contractuel) à emprunter un tel cheminement à exercer un droit de prélèvement sur les ressources animales, minérales, végétales¹ traditionnellement, et sur les ressources génétiques actuellement.

Complétés par des droits liés à des topocentres, (puits ou pâturages pour les vaches laitières chez les pasteurs, mares ou arbres fruitiers pour les chasseurs-collecteurs), les avantages ainsi reconnus traditionnellement pouvaient aussi l'être par les institutions modernes même si, il faut le regretter, les codes pastoraux actuels restent marqués par une logique de la sédentarité.

Prise en compte de l'interdit : la sanctuarisation de l'espace

À la fin de la décennie 1990, la mobilisation de trois représentations d'espaces paraissait à nouveau suffire à rendre compte des pratiques « foncières ». Mais on envisageait ainsi des normes qu'on pourrait dénommer positives, celles qui habilent des acteurs à faire appel à des droits ou à en revendiquer l'exercice. Si tous les droits ainsi reconnus ont en contrepartie, en particulier dans les expériences endogènes africaines, des obligations, il y a, en apparence au moins, un balancement entre

¹ On pourrait ici faire des parallèles avec les conceptions et les pratiques odologiques des Aborigènes australiens. Voir par exemple AFAD, à paraître, Schlee 1999 : 219.

avantages et obligations où les premiers sont supposés l'emporter sur les secondes.

Pourtant, dans toutes les expériences juridiques auxquelles j'ai été associé, il y a des normes négatives à côté des précédentes, l'interdit étant une dimension rectrice de la socialisation, donc de la vie en société tant à l'échelle des individus que celle des groupes. J'avais en particulier rencontré ce type de situation très tôt, chez les Wolof puis chez les Diola du Sénégal en travaillant sur les bois sacrés et, chez les Wolof, sur les terres *ngadje*, interdites parce que portant malheur. Quand on cherchait à savoir le pourquoi de ces interdits, on invoquait un génie ou un animal mythique qui rendait par sa présence l'usage dangereux. Mais libre à celui qui voulait en prendre le risque de mettre la terre en culture. S'il survivait à cette mise à l'épreuve, il se trouvait alors dans la position équivalant à celle de chef de terre, au titre d'une nouvelle exploitation analogue à la découverte et à la mise à feu réalisée initialement par les premiers *Laman*. Au moins dans un cas, il y avait eu mort d'homme sur ce lieu et ce décès non élucidé avait abouti, faute d'imputation à 'sanctuariser' la terre. Une autre situation classique de recours à l'interdit comme principe de base d'une politique foncière était le cas des forêts classées, notion introduite par la réglementation coloniale et promise à un avenir inattendu avec le développement d'une législation environnementale à l'échelle nationale et sous l'influence internationale. Les services des Eaux et Forêts qui ont en charge des zones classées ont très mauvaise presse car non seulement ils sont chargés d'appliquer une politique répressive qui exclut des populations de l'accès à des ressources et parfois de son habitat et de son territoire mais qui, en outre, contrôle l'exercice des droits d'usage qui sont reconnus généralement très chichement sur ces zones, l'attribution des licences d'exploitation autorisant corruption et détournements de pouvoir.

Les forêts classées, les parcs et réserves naturelles ou de biosphères constituent maintenant dans tous les États, africains ou non, un enjeu incontournable car, avec une croissance démographique soutenue, l'espace devient rare. Ainsi, les zones non occupées ou non exploitées pour l'agriculture apparaissent d'autant plus tentantes à occuper que les réserves de fertilité y paraissent plus grandes et que le vide apparent de populations (et non de droits) exerce une attirance voire une certaine fascination quand on va jouer non au gendarme et au voleur mais au squatter et au garde des eaux et forêts. François Constantin notait ainsi que « l'histoire récente des sociétés paysannes (celles qui vivent là où des mesures contraignantes sont mises en œuvre) est celle d'une dépossession continue et globale puisqu'à la fois économique, juridique, politique,

culturelle, sinon psychologique » (cité dans Le Roy, Karsenty, Bertrand, 1996).

Le travail réalisé avec le CIRAD-forêt au Mali et au Niger puis à Madagascar (Bertrand, Montagne, Karsenty, 2006) ou en Côte d'Ivoire (Bertrand & Le Roy, 2003) conduit à mettre en cause la responsabilité du service des domaines dans un phénomène de dégradation du patrimoine forestier analogue à la fameuse « tragédie des communs » de Garrett Hardin. (Le Roy, Karsenty, Bertrand, 1996) Cette dégradation est liée non   une absence de droits car ces droits sont constitués et incontestables sur le papier mais de non-droit, au sens sociologique de non-exercice des droits reconnus à l' tat. Par ailleurs, le sort réservé aux populations en matière de dépossession ne remet pas seulement en cause les activités économiques mais bien l'identité même des groupes concernés. C'est ce que j'observais avec Olivier Barrière en mars 1999 sur les pourtours du parc du Niokolo-Koba au Sénégal oriental où les Bassari sont exclus non seulement de leurs territoires de chasse mais, surtout, de leurs lieux de culte.

Ce sont ces diverses expériences qui vont se conforter lors de la préparation d'une postface de l'ouvrage de Moustapaha Diop (Diop 2007 : 413), où cet auteur explique comment les populations guinéennes associent dans une même représentation des lieux sacrés et les forêts classées. L'idée de sacralité, qu'elle soit liée à des croyances religieuses ou à l'exercice de l'autorité de l'état, est un argument qui pourrait conduire à parler, sur le modèle des racines grecques des catégories antérieures, de **hi ronomie** (de *hieros* sacré, et *nomos* l'espace territorial originel). Plus simplement, on peut aussi user du terme **sanctuarisation**, terme relevant de la doctrine militaire, le sanctuaire étant lui-même originellement un espace sacré, interdit et protégé militairement. En présentant ce nouveau concept, j'ajoutais que nous n'étions pas, à l'époque contemporaine, devant un *res nullius* mais bien face à des espaces affectés en fonction d'exigences précises (tourisme, protection environnementale, ...) et faisant l'objet d'une intervention plus ou moins exclusive et répressive de l'état au titre d'une fonction de conservation des droits des générations futures, dans un contexte de développement durable, ce qui m'amène à présenter la cinquième représentation, celle du territoire.

Le territoire comme représentation « première » de l'espace

J'avais songé d'abord, empruntant au vocabulaire de l'édition, à user de l'adjectif princeps, plutôt que première. Finalement, premier paraît bien convenir pour mettre l'accent sur la place d'une cinquième représentation qui est à la fois le point de départ de tout aménagement de

l'étendue et la résultante des actions organisatrices de l'homme dans le cadre d'un espace politiquement maîtrisé. On pourrait aussi, à la suite de Karl Schmitt et des analyses de Caroline Plançon (Plançon 2006), dénommer cette représentation le **nomos de la terre**.

Le **territoire** est ici entendu, au sens premier, comme une *étendue à laquelle on a accès*, aussi loin qu'il est possible d'aller selon des contraintes physiques (ou tenant au danger perçu ou encouru) et au sens second et moderne, comme *l'espace spécifique sur lequel on exerce une autorité*, la nature de cette autorité déterminant, de manière fonctionnelle, la qualification du territoire.

Ces définitions n'ayant été élaborées qu'en 2007, soit plus de quarante ans après le début de la recherche, on peut s'interroger sur les raisons tant d'une si longue absence que sur le double registre de la formulation.

Sur le premier point, on peut avancer pour raison un compartimentage des travaux en faisant du foncier un problème de juriste et du territoire une question de politiste. Des frontières trop rigides faisaient ainsi passer à côté du point d'entrée dans le processus d'utilisation de l'étendue et négligeaient des relations conceptuelles établies par la littérature de l'âge classique mais souvent occultées depuis entre propriété et souveraineté, bien et territoire politique.

Sur le second point, la nécessité d'approfondir la notion de territoire est liée à la participation à un projet canadien « *Peuples autochtones et gouvernance* » dans lequel il est demandé de traiter des revendications territoriales des Premières Nations du Canada. À la différence de situations africaines où le langage est largement dominé par la référence au terroir, voire au finage, dans les contextes des sociétés amérindiennes, le vocabulaire est centré autour des notions de réserves, de territoires et de droits ancestraux. Confrontée aux exigences de la fiducie exercée par l'État fédéral selon la Loi sur les Indiens de 1867, cette terminologie oblige à considérer l'exercice des droits et la mise en œuvre des représentations d'espaces à partir de la notion de territoire, ici alpha et oméga de toute réflexion sur les droits revendiqués. L'espace revendiqué est celui auquel on avait originellement accès dans un contexte d'*habitus* et de coutumes et dont on a été privé suite à une histoire complexe et dans laquelle la juridicisation et la judiciarisation des « droits ancestraux » tient une place centrale (Bissonnette et al. 2005).

On peut ajouter qu'une fois cette nouvelle représentation identifiée, on s'aperçoit que non seulement elle est pertinente dans des contextes africains, asiatiques ou océaniques mais qu'elle est appelée, dans

l'ensemble des cas semble-t-il, à être mobilisée conjointement avec certaines ou avec toutes les autres représentations.

La représentation du territoire est ainsi première à la fois parce que c'est à partir de l'idée de territoire que les autres représentations peuvent apparaître et que c'est à elle qu'on revient toujours au terme de la mise en jeu de ces autres représentations pour en constituer le cadre institutionnel, qu'il soit celui de la communauté, de la commune ou de l'État. Là où il y a autorité sur une étendue, il y a territorialité.

Les maîtrises foncières et fruitières ou le « droit en action »

La théorie des maîtrises foncières et fruitières est emblématique d'une pratique scientifique qui, sous l'égide de l'anthropologie du droit, reconsidère les frontières de la recherche et, en particulier, la supposée opposition entre « tradition » et « modernité » ou entre « le droit » et « la coutume ». Dans la première section, j'avais laissé en panne l'identification de la catégorie chose comme caractérisant la phase initiale de l'appropriation de la terre. Le Code civil ne définissant pas ce qu'est un bien, il faut se tourner vers la doctrine, dans mon cas le répertoire périodique Dalloz (Dalloz 1947, I-370) une vieille institution qui apporte une vision bien positiviste de la vie juridique. « Les choses entrent dans la vie juridique et deviennent des biens lorsqu'elles ont une valeur pécuniaire et sont susceptibles d'appropriation » (au sens de propriété privée doit-on ajouter mais ici les deux termes sont synonymes). On pouvait en déduire deux conséquences. Tout d'abord, lorsque ces deux conditions ne sont pas réunies, il n'y a pas matière à un bien mais à une autre réalité, la chose, non prise en considération par le Code civil, mais pouvant relever, au moins hypothétiquement, de la juridicité même si, au sens de l'introduction de ce chapitre, elle ne relève pas du droit positif. De plus, dès lors qu'on sait que le Code civil est le résultat d'une « purification » progressive de l'ancien droit français après la phase du droit commun coutumier du XVIII^e siècle, on pouvait supposer qu'il y avait derrière la chose et le bien d'autres juridicités, innommées dans notre tradition juridique mais à prendre en considération ailleurs ou avant (voire plus tard).

C'est alors que l'idée d'introduire les catégories dites « de droits traditionnels », entre les catégories de la chose et du bien est intervenue.

J'avais en effet, réalisé à l'occasion du deuxième centenaire de la déclaration des droits de l'homme en 1989, un modèle structural du Code civil (articles 537 à 544) où croisant chose et bien, d'une part, rapport de

droit public et de droit privé de l'autre je mettais en évidence quatre régimes juridiques selon le modèle suivant :

Tableau N° 2
Régimes juridiques du Code civil

	chose	bien
public	Domaine public	Domaine privé
privé	Communaux	Propriété privée

Un tel tableau proposait cependant d'aller plus loin et non seulement d'ouvrir le couple chose/bien à d'autres classifications, mais de faire de même pour la distinction entre rapports de droit public et de droit privé et, dès lors, de traiter d'une réalité nouvelle que je vais dénommer les maîtrises foncières.

Dans un ouvrage consacré au pastoralisme, j'en donne en 1995 une première description.

« 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 foncières pastorales en soulignant qu'à leur intersection des droits et des obligations particulières peuvent naître d'une affectation de l'espace et que cette responsabilité doit être plus ou moins préservée et sécurisée [...] » (in Daget et Godron 1995 : 489).

La maîtrise est donc une catégorie juridico-politique et normativo-pratique : à cheval sur des dichotomies en les subsumant. Elle repose, à la fois sur un mode de contrôle de l'espace qui induit des droits d'un type particulier à chaque niveau de maîtrise identifié (axe chose/bien), et un usage (une « affectation ») reconnu à un groupe ou à une personne (axe public/privé). Deux difficultés restaient à résoudre.

La première difficulté, sur l'axe horizontal, était d'appareiller selon un principe « dialogique », c'est-à-dire respectant les logiques juridiques « traditionnelles » et « modernes » cinq catégories dont je disposais selon un ordre aléatoire. Le déclic a été apporté par Estella Schlager et Elinor Ostrom, traitant de la propriété commune dans la gestion des ressources des pêcheries de Homard et illustrant que le droit de propriété privé est la

somme de cinq droits de base, chacun caractéristique d'un type de régulation (maîtrise dans mon vocabulaire), mais se combinant en changeant d'échelle, du plus simple, l'accès, au plus complexe, le droit de propriété. (voir tableau N° 2 page suivante)

Ainsi, les droits d'accès, de prélèvement, de gestion, d'exclusion et d'aliénation sont-ils caractérisés par des modes de détention des droits offrant une progression logique par complexité croissante de l'accès à l'aliénation, donc de la chose au bien selon la séquence chose//avoir//possession//propriété exclusive (domaine)//bien. Si on représente ces catégories par les lettres a), b), c), d), e), (voir tableau N° 1), la propriété absolue peut être présentée sous la forme de l'égalité suivante : $e) = d) + c) + b) + a)$. La propriété privée est ainsi la somme des autres formes d'appropriation, propriété exclusive, possession, avoir et chose.

Tableau N° 3,
Combinaison du statut du droit et de son détenteur
(Schlager et Ostrom, 1992)

	owner	proprietor	claimant	Authorised user	Un authorised user
Access	X	X	X	X	X
Substraction	X	X	X	X	
Management	X	X	X		
Exclusion	X	X			
Alienation	X				

(reproduit de Le Roy, Karsenty, Bertrand, 1996, 72)

Chaque maîtrise est qualifiée en fonction des conséquences susceptibles d'être tirées du droit ainsi privilégié : **indifférenciée** et accès, **prioritaire** et avoir, **spécialisée** et possession, **exclusive** et propriété/domaine, **absolue** et bien.

Sur l'axe vertical de la distinction rapports de droit public et de droit privé, on ne disposait pas de travaux analogues à ceux de Schlager et Ostrom, en dehors de ceux du LAJP, qui avaient mis en parallèle la nature individualiste et communautariste des expériences juridiques dites respectivement modernes et traditionnelles. Dans ces expériences endogènes, dominées par des principes de communautarisations, on avait

également été amené à distinguer deux, puis trois types de rapports juridiques dits internes (au sein d'un groupe), d'alliance (entre deux groupes) et externes (entre n groupes). Si l'on définit ce qui est public comme le fait de tous (groupes et individus) et ce qui est privé comme le fait d'une personne juridique physique ou morale, on dispose d'un nouveau continuum : **tous les groupes** (public), **n groupes** (externe), **deux groupes** (alliance), **un groupe** (interne) et **une personne** (privé) comme autant de types d'acteurs dotés d'un pouvoir sur l'espace et ses ressources. On dispose dès lors d'une nouvelle matrice qui se présente d'abord comme un échiquier permettant de situer les stratégies des acteurs selon les enjeux identifiables.

Tableau N° 3

Maîtrises foncières

Droits bénéficiaires	Indifférenciée accès	Prioritaire avoir	Spécialisée possession	Exclusive domaine	Absolute bien
Tous les groupes					
N groupes					
Deux groupes					
Un groupe					
Personne juridique					

Au lieu des quatre régimes du Code civil (cases grises), on dispose maintenant de vingt-cinq solutions à la sécurisation des hommes et de leurs ressources, chacune pouvant faire l'objet de développements plus ou moins conséquents selon les législations ou réglementations envisagées.

Les tests faits sur la foresterie, le pastoralisme ou l'agriculture pluviale ont souligné deux phénomènes. Tout d'abord, une propension de chaque mode de production à occuper une zone spécifique de la matrice et, ensuite, la tendance récente à recentrer les droits sur la partie droite et basse, autour d'un régime d'appropriation plus exclusif qu'absolu et plus interne à un groupe que personnel. Ces phénomènes illustrent le besoin de dégager des modes de gestion patrimoniale qui ne soient ni exagérément « traditionnels » ni uniquement basés sur un régime de propriété privée.

Ils sont le reflet d'une modernité africaine originale à prendre en considération.

Avant de les aborder, on signalera l'apport important d'Olivier Barrière à la généralisation de ce modèle sous deux aspects. Tout d'abord, Olivier mit en évidence le rôle nouveau à reconnaître au traitement juridique des ressources en autonomisant cette question dans une perspective de développement durable. Je serai ainsi conduit à proposer en parallèle à la matrice des maîtrises foncières une matrice de même type portant sur les maîtrises fruitières avec adaptation des types de droits selon qu'ils portent sur le fonds ou sur les fruits (Vivien, 2002). D'autre part, dans l'esprit de Schlager et Ostrom puis de Audun Sandberg (Le Roy, Karsenty, Bertrand, 1996-71) distinguant entre un niveau opérationnel (*where things happen*) et un niveau collectif de l'appropriation (*where things are decided*) O. Barrière propose de distinguer deux types de maîtrises :

« les maîtrises que nous développons répondent à une définition émanant d'une approche environnementale qui rompt avec une logique strictement foncière. Elles conduisent à distinguer une gestion effective reliée aux actes de chacun et une gestion intentionnelle donnant lieu à une forme de maîtrise permettant d'orienter le comportement des acteurs. De plus, nous ne situons pas la logique des pratiques sociales dans les 'modes d'appropriation 'de l'espace, mais plutôt dans un rapport de pouvoir de gestion qu'expriment des droits (de passage, de prélèvement, d'exploitation, d'exclusion et de gestion intentionnelle » (O&C Barrière 2002 : 313-314).

Si je reconnais volontiers qu'une lecture des intentionnalités liées à l'exercice des maîtrises est effectivement une nécessité pratique de la recherche, je ne crois pas qu'une maîtrise intentionnelle puisse se substituer à la maîtrise absolue, sauf à gommer l'impact de la révolution du capitalisme et du propriétaireisme. Il conviendrait de découpler la recherche et au lieu d'opposer des modes d'appropriation de l'espace et des rapports de pouvoir de gestion, de lier ce second niveau à la relecture du « droit en action » que nous avons illustré dans la précédente publication (CAD, 2006). Des notions telles que le droit d'agir, le droit de la pratique ou le droit des repères offrent la possibilité de désigner ou de consacrer des intentionnalités et, n'étant pas des ordres juridiques mais des dynamiques normatives processuelles, de répondre au souci de croiser les pratiques d'acteurs et les relations de pouvoirs. Enfin, il est également possible que le débat rebondisse dans le contexte des modes de gestion patrimoniale.

Les gouvernances patrimoniales

Bien que maintenant fortement dévoyée, et toujours susceptible de nouveaux détournements, la notion de gouvernance peut être mobilisable dans ce quatrième registre de la juridicité du rapport de l'homme à la terre, pour rendre compte à la fois des principes de gestion de la terre et de ses ressources et de la place qui leur est reconnue dans la régulation des sociétés. Derrière les choix de régime juridique, ce sont des projets de société qui sont en jeu.

La difficulté à sortir du propriétaireisme

Le point de départ de la recherche nous ramène à la première décennie des Indépendances, dans un contexte qui revendique la modernité et parie sur un décollage des économies, avant le début des années 1970 (le trop fameux *take off*). Sur le mode de l'aphorisme « ce qui est valable pour Ford est valable pour les États-Unis », on voit apparaître une autre affirmation, « ce qui est valable pour les pays développés l'est également pour les pays [dits alors] sous-développés ». Cette foi dans les vertus du mimétisme induit un transfert massif de connaissances tant économiques que juridiques ainsi que d'idéologies politiques, le tout cristallisé dans deux voies de développement reproduisant le clivage issu de la seconde guerre mondiale et de la Guerre froide, entre libéralisme et socialisme.

En continuant ici, à me référer à l'Afrique au sud du Sahara, je ne privilégie pas le rôle du continent dans l'histoire de la décolonisation mais, en reconstituant l'épistémologie d'une pratique scientifique, j'en identifie l'impact réactif. C'est là que des questions sensibles sont nées, et c'est là qu'il faut en comprendre les implications.

En apparence, nous sommes en face de deux modes de gestion aux traits bien (trop bien en fait) typés. D'un côté, le libéralisme suppose, en fonction du fameux « Laisser faire, laisser passer », une non-intervention de l'État, cantonné dans un rôle de gendarme, et la « vérité » du marché, donc le libre jeu de la propriété privée. De l'autre, le socialisme repose sur l'appropriation collective des moyens de production, la disparition de la propriété privée, la redistribution équitable des avantages tirés d'une gestion collective, etc.

Plutôt que des modèles, à reproduire, ce sont des types idéaux qui proposent des références, des objectifs ou des enjeux. Leurs solutions : sont bonnes à rêver, non à appliquer. Aucune société n'a été, n'est ou ne sera totalement libérale ou socialiste. Le poids de l'État comme gardien de l'intérêt général d'une part, celui des individus comme créateurs de la

richesse de l'autre, font que la réalité est plus complexe. Si l'on néglige trop substantiellement tantôt le rôle de l'État, tantôt celui des individus, au moins sur la très longue durée, des correctifs interviennent qui font de la social-démocratie et d'un État-providence aux interventions contrôlées une solution « moyenne » largement pratiquée à l'époque contemporaine, au moins au Nord.

Dans les contextes africains, les États libéraux se sont réclamés d'une gestion du patrimoine, entendu au sens civiliste comme « l'ensemble de l'actif et du passif d'une personne juridique évaluable en argent ». Ici le patrimoine est le double de la personne juridique, sa dimension économique, financière et « marchandisable ». On sait depuis longtemps qu'un droit dit exclusif et absolu n'a jamais existé dans la pratique parce que diverses réglementations vont venues, dès le Code civil, réglementer l'environnement juridique de son exercice pour ce qui concerne en particulier l'*abusus*. On sait aussi, comme en témoigne le tableau N° 2 ci-dessus que le régime de propriété privée est accompagné d'autres réglementations spécifiques, communaux, domaines public et privé.

Dans les réglementations des colonies françaises d'Afrique, c'est plus particulièrement ce domaine privé qui a été le support de la politique foncière du colonisateur et qui continue à poser problème. On y distingue en effet deux situations, le domaine affecté aux services publics que ces derniers gèrent selon les règles du propriétaire privé et le domaine non affecté. Ce dernier domaine, constitué de toutes les terres qui ne relèvent ni du régime de la propriété privée (inscription au cadastre) ni du domaine public, est à l'origine des « grandes manœuvres foncières » qui ont partagé les pays africains en États libéraux et socialistes, au moins apparemment.

Dans l'optique du colonisateur dont un des objectifs était de généraliser la propriété privée, symbole de « la » civilisation, (CAD, HS), le domaine privé non affecté était une sorte de réservoir où plonger pour attribuer des terres aux investisseurs susceptibles de les mettre en valeur puis de se voir reconnaître la pleine propriété au terme d'une période de concession sous contrôle de l'administration. Les États à option libérale ont reproduit ce dispositif en ménageant plus ou moins les droits des premiers occupants.

Du côté des États à option socialiste, la question est plus compliquée, en particulier parce que les élaborations doctrinales relatives aux différentes réformes ont été d'une grande indigence, la motivation des nouveaux dirigeants, dans un contexte généralement révolutionnaire n'étant pas juridique mais politique, voire même, symbolique.

On peut distinguer entre les États ayant opté pour un socialisme scientifique de type marxiste et des formes de socialisme plus « africain », tropicalisé.

Dans le premier cas, le droit de propriété foncière au profit des individus est aboli et transféré au peuple, en fait à l'État (articles 31 des constitutions congolaises de 1973 et 1979). Si la propriété reste reconnue, elle n'a plus qu'un seul bénéficiaire, lequel attribue des droits d'usages différenciés selon que les usagers sont des personnes physiques ou des personnes morales et dans ce cas des structures ayant adopté des modalités collectives d'exploitation des terres (Bénin) et/ou de répartition des fruits du travail commun. Dans ce type de démarche, on tente d'approcher une politique soviétique sans disposer de l'outil politique partisan ni d'une idéologie en phase avec les problèmes de société.

Dans le second cas, un socialisme plus africain tient moins à la constitution d'un domaine original (car l'appellation de domaine national au Sénégal est aussi utilisée par le Cameroun ou le Togo, l'un et l'autre États libéraux dans leurs législations respectives de 1974) qu'à la mise en place d'un mode de gestion à échelle la plus locale, induisant une décentralisation, une participation directe des usagers à la sécurisation à l'échelle locale. C'est ce qui était visé avec l'Udjama en Tanzanie et, en 1964, au Sénégal comme des « **communs** » pour les générations futures et fut perdu de vue en 1972 lorsque que les communautés rurales devinrent des collectivités locales pour lesquelles le foncier n'était qu'une attribution secondaire, essentiellement associée au règlement des conflits locaux par une commission *ad hoc* du conseil rural.

Le paradoxe de ces cinquante dernières années est que des sociétés communautaristes n'ont pu pratiquer un mode de gestion commune des terres et des ressources, soit que cette option ait été ignorée soit qu'elle ait été contestée par une idéologie progressiste ou récusée par la coopération internationale et les bailleurs de fonds, au nom de contraintes que ne partagent que très accessoirement les populations.

L'histoire malgache récente est, sous cet angle, illustrative des difficultés de tous ordres qui, de 1991 à 2007, ont parsemé la tentative d'une réforme en profondeur des rapports de l'homme à la terre, réforme qui a été acquise en 2003 (CAD HS) mais qui reste encore expérimentale quatre ans après tant les habitudes administratives sont difficiles à modifier. Aux Comores, on a abouti également à un mode de gestion en commun malgré le blocage du processus de réforme foncière après l'assassinat du président Abdallah en 1989, grâce à la compétence et à l'efficacité des agents comoriens de l'agriculture qui ont introduit un

dispositif d'enclosure des terres communales qui induisait *de facto* une gestion patrimoniale « en communs » (Saïd 2000).

Des travaux à développer

On constate donc qu'un très gros travail de recherche, tant théorique que pratique, reste nécessaire pour disposer d'une approche pluraliste des gouvernances patrimoniales. Vu la place encore restreinte à reconnaître à la propriété privée pour de nombreuses années en Afrique, et les difficultés de concrétisation d'une gestion « en communs » voire en propriété commune, il reste dans le tableau N° 1 trois cases dont nous n'avons pas parlé. La rubrique une (**Nature/Gaïa/ Environnement**) connote un mode d'approche résolument écologique (au sens littéral) qui substitue à un référent unitaire, l'État, la Nation etc., un autre référent tout aussi unitariste et semblablement sacralisé, la Nature. La prise en compte des transformations écologico-climatiques, du réchauffement, de l'effet de serre etc. renforce cependant le pouvoir d'évocation et d'invocation de ce référent, et divers mouvements écologiques se mobilisent sous sa bannière.

La deuxième case, (**gisement de ressources matérielles et intellectuelles**) intéresse particulièrement la nouvelle démarche qui se soucie de réévaluer l'impact des droits de propriété intellectuelle (DPI) dans le domaine de la gestion patrimoniale. Je me réfère ici aux travaux de Sigrid Aubert (Aubert 2006), la meilleure spécialiste du problème actuellement. Nous avons tenté en commun de concevoir une politique d'application des DPI dans des contextes neufs, ainsi pour trouver des équivalents civilistes ou de *common law* appropriés aux catégories des droits endogènes africains et ainsi en promouvoir la reconnaissance et l'application. Notre démarche n'a pas abouti à publication, mais la piste reste féconde.

La troisième case (**héritages des générations passées**) correspond à la pratique des droits successoraux, domaine de la recherche juridique particulièrement oublié dans les contextes africains car on fait comme si les normes affichées par les droits modernes ou les droits « coutumiers » étaient automatiquement appliquées, comme si les systèmes matrilineaires avaient été abrogés *ipso facto*, dès la promulgation des codes de la famille. Redoutable illusion !. Car il n'en est rien et c'est plutôt le contraire qu'il faut postuler, dans nombre de cas, lorsque la juridicité est organisée dans le cadre d'un droit qui ignore les régulations sociales ou locales, elle est ainsi contournée ou détournée au nom d'habitus reconnus par tous. Au Sénégal, le Code de la famille est ainsi détourné par tous les acteurs, magistrats compris, en inversant l'ordre de reconnaissance des régimes successoraux et en faisant du régime des

successions musulmanes, en principe dérogoire du régime de droit commun, emprunté au Code civil français, le cadre commun des dévolutions.

La bonne gouvernance d'une gestion patrimoniale en ce début du XXI^e siècle...

L'enseignement qui apparaît finalement le plus significatif de cette quarantaine d'années de travaux est celui de l'apprentissage de la complexité. Nous avons déjà relevé, à propos des maîtrises foncières, que les formes historiquement les plus récentes étaient des combinaisons de formes plus anciennes ou plus simples. Nous avons appris ces dernières années à mieux décoder cette complexité dans un contexte contemporain que nous avons qualifié de « transmoderne », au sens où il suppose la capacité à tenir compte à la fois des formules pré-modernes, modernes et post-modernes de régulations (Le Roy, 1999). L'état actuel de nos travaux suggère que si on souhaite que la gestion patrimoniale réponde à un principe de bonne gouvernance, il faut apprendre à gérer, à la fois et en même temps, l'ensemble de ces cinq conceptions du patrimoine. Maîtriser les références passées, présentes et futures, l'accumulation et la conservation, la transmission et la reproduction. C'est là un redoutable pari que nous transmettons aux générations futures !

Conclusion

Il me reste maintenant à répondre à une dernière question que posaient aux auteurs de ce numéro ses éditeurs scientifiques. Comment penser la nécessaire articulation ou imbrication entre droit de l'environnement et droit domanial et foncier ? L'objectif de « *positionner le droit foncier au cœur du droit de l'environnement* » me paraît être en phase avec ce que ces deux dernières décennies nous ont appris. Mais c'est une question de juristes et, ayant choisi dès l'introduction une position d'anthropologue, je pourrais donc décliner l'invitation à trancher pour telle ou telle articulation en raison d'une incompétence disciplinaire et ne pas souhaiter entrer dans le débat.

La vraie raison est pourtant ailleurs. Les pages précédentes ont longuement souligné la complexité des phénomènes sur lesquels nous travaillons et le fait que nous devons maintenant penser en termes de complémentarité ce que nous tenions pour des oppositions plus ou moins irréductibles. Sans tomber dans des arguments rhétoriques, on peut accepter l'idée que non seulement les catégories anciennes (foncier,

domanial, droit de l'environnement) sont dépassables mais que les frontières entre disciplines le sont également.

Dans cette perspective, j'aimerais terminer cette présentation d'un « état de la question » de la juridicité des rapports de l'homme à la terre en rappelant que l'enseignement le plus essentiel que nous avons tiré de ces travaux est que le foncier *lato sensu* est un **fait social total**. De même que pour le don, le rapport à la terre « met en branle » notre connaissance de la société. « Ce sont des touts, des systèmes sociaux entiers (...) C'est en considérant le tout ensemble que nous avons pu percevoir l'essentiel, le mouvement du tout, l'aspect vivant, l'instant fugitif où la société prend, où les hommes prennent conscience sentimentale d'eux-mêmes et de leur situation vis-à-vis d'autrui » (Mauss 1993 : 275).

Bref, et je crois que les éditeurs en seront d'accord, ce qui est important c'est moins la catégorisation de systèmes juridiques que les pratiques qu'on y associe et, ici, c'est le terrain qui doit commander notre interprétation.

Bibliographie

AFAD (Association Francophone d'Anthropologie du Droit), à paraître, *Anthropologies et droits, état des savoirs*, Paris, Dalloz.

AUBERT Sigrid 2006, *Production normative et modalités d'application des normes de gestion intégrée de la biodiversité dans un contexte de recherches interdisciplinaires* Dossier pour l'habilitation à diriger des recherches, Université Paris 1.

BARRIÈRE Olivier et BARRIÈRE Catherine, 2002, *Un droit à inventer, Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger (Mali)* Paris, IRD éd., 474 p. col. À travers champs.

BERTRAND Alain, MONTAGNE Pierre et KARSENTY Alain (eds.), 2006, *L'État et la gestion locale durable des forêts en Afrique francophone et à Madagascar*, Paris, L'Harmattan, 471 p.

BERTRAND Alain, LE ROY Étienne, 2003, *Vers de nouvelles dynamiques loi-coutume*, Rapport final d'une recherche du programme FAC-CODESRIA 2000, Montpellier, CIRAD, Paris, LAJP, 2 volumes.

BISSONNETTE Alain, GENTELET Karine et ROCHER Guy, 2005, « Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et Atikamew du Québec », *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2005*, 'Droit, gouvernance et développement durable', pp. 139-163.

BOHANNAN Paul « Land, Tenure and Land-Tenure », Daniel BIEBUYCK (ed.), *African Agrarian Systems*, IAI-OUP, 1963, p 101-110. Traduction de John LOUZIER, in LE ROY Étienne (ed.), 1971, *Documents complémentaires à une théorie d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains*, Paris, Laboratoire d'Anthropologie Juridiques (LAJ), pp. 29-40.

BOURGEOT André (ed.), 1999, *Horizons nomades en Afrique sahélienne, Sociétés, développement et démocratie* [actes du colloque, 3-7 novembre 1997], Paris, Karthala, 491 p., coll. Hommes et sociétés.

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT 2003, *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, 231 p.

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT 2004 - DROIT ET CULTURES, *Anthropologie et droit, intersections et confrontations*, (ss la dir. de Étienne Le Roy et Charles de Lespinay), Paris, Karthala, 384 p.

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT 2006, *Le droit en action*, Paris, Karthala, 305 p.

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT Hors Série, 2006, *Juridicités, témoignages réunis à l'occasion du quarantième anniversaire du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, Paris, Karthala, 176 p.

CROUSSE Bernard, LE BRIS Émile, LE ROY Étienne, 1986, *Espaces disputés en Afrique noire, pratiques foncières locales*, Paris, Karthala, 426 p., col. Hommes et sociétés.

Dalloz, 1947, *Nouveau répertoire périodique*, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 4 volumes et mise à jour.

DAGET Philippe et GODRON Michel, 1995, *Pastoralisme, troupeaux, espaces et sociétés*, Paris, Hattier, AUPELF-UREF. 510 p., col. Universités francophones.

DIOP Moustapha, 2007, *Réformes foncières et gestion des ressources naturelles en Guinée*, Paris, Karthala, 442 p., col. Hommes et sociétés.

LE ROY Étienne, 1970, *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains*, Paris, LAJP, 115 p.

LE ROY Étienne (éd.) , 1971, *Documents complémentaires à une théorie d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains*, Paris, LAJP.

LE ROY Étienne (éd.), 1972 *Le système de distribution des produits de la terre, modèle particulier d'une analyse matricielle des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire*, Paris, LAJP, (2^e éd. 1975).

LE ROY Étienne (ed), 1973, *Le système de répartition des terres, modèle particulier d'une analyse matricielle des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire*. Paris, LAJP, 143 p.

LE ROY Étienne, 1974, « La terre et le sacré », *Études sur le droit de la terre en Afrique noire*, Paris, LAJP, volume II pp. 2-67.

LE ROY Étienne, NIANG Mamadou, 1976, *Le régime juridique des terres chez les Wolof ruraux du Sénégal*, Paris, LAJP, 3^e éd., (1^{re} éd. 1969), 190 p., col. Systèmes fonciers africains.

LE ROY Étienne, 1985, « La loi sur le domaine national a vingt ans, joyeux anniversaire ? » *Mondes en développement*, (Bruxelles), N^o spécial Sénégal, tome 13, N^o 52, pp. 667-685.

LE ROY Étienne, 1994, « Y a-t-il place pour l'acte à cause de mort dans les droits originellement africains ? », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions*, Tome LXII, *Actes à cause de mort/ Acts of Last Will*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 177-191.

LE ROY Étienne, 1999, *Le jeu des lois, une anthropologie dynamique du Droit*, Paris, LGDJ, 415 p., série anthropologie n^o 28.

LE ROY Étienne, 2002, « Actualité des droits dits 'coutumiers' dans les pratiques et les politiques foncières en Afrique et dans l'Océan indien à l'orée du XXI^e siècle », *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2002, 'Retour au foncier' », pp. 237-265.*

LE ROY Étienne, 2007, « Le champ scientifique, cadre propice aux innovations de la recherche au Sud », GEMDEV, *État des savoirs sur le développement, dix ans après*, (titre provisoire), Paris, Karthala, sous presses.

LE ROY Étienne, KARSENTY Alain, BERTRAND Alain, 1996, *La sécurisation foncière en Afrique, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 388 p., col. Économie et développement.

MAUSS Marcel, 1993, *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, Quadrige.

PLANÇON Caroline, 2006, *La représentation dans la production et l'application du droit, études de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal*, Paris, Université Paris 1, thèse pour le doctorat en droit, (non publiée).

SAÏD Mahamoudou, 2000, *Dynamique séculaire de sécurisation foncière par une approche spontanée de "gestion patrimoniale" aux Comores : étude du phénomène, propositions d'appui et enseignements méthodologiques*, Paris, Université Paris 1, thèse pour le doctorat en anthropologie, (non publiée).

SCHLAGER Estrella et OSTROM Elinor, 1992, « Property Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, august, 68 (3).

SCHLEE Günther, 1999, « Nomades et État au nord du Kenya », in BOURGEOT André (ed.), 1999, *Horizons nomades en Afrique sahélienne*, pp. 219-239.

VIVIEN Franck-Dominique (dir.), 2002, *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Amsterdam, New-York, Paris, Elsevier, 206 p.

De la légalité à la légitimité foncière: pistes pour une meilleure protection de l'environnement

La construction du droit constitue un défi majeur dans les jeunes États d'Afrique, au moins en raison de la diversité ethnique et culturelle qui les caractérisent, de la pluralité et de la complexité des systèmes juridiques qui cohabitent, voire se chevauchent, sur le territoire de l'ensemble des anciennes colonies d'Afrique : droits traditionnels ayant survécu à la colonisation et à l'indépendance, droits anglais, français, portugais, espagnol et belge exportés en Afrique en vertu du mandat et de la tutelle, ou du fait de la possession coloniale, rares survivances du droit allemand dans certains cas au Cameroun, droit des institutions financières internationales applicables au territoire au gré des financements étrangers qui les imposent¹, et normes volontaires auxquelles sont soumises des firmes multinationales actives sur le territoire, et dont l'État tolère la présence². Ce constat sociologique contraste avec l'ambition d'uniformité affirmée par le législateur national, qui semble voir en tout droit parallèle une limitation, voire une contestation de son autorité³.

Le foncier est un champ d'expression privilégié de cette diversité et de cette complexité des normes. Il sera ici perçu comme regroupant « tout ce qui touche à l'appartenance et au contrôle de l'accès à la terre »

¹ Il s'agit par exemple des directives et politiques opérationnelles de la Banque mondiale. Voir Clark 1999, Voir aussi le site du Panel d'Inspection, qui contient toutes les politiques et directives opérationnelles de la Banque mondiale www.inspectionpanel.org

² Les mécanismes de certification ont parfois des exigences allant bien au-delà de exigences légales, et induisent des pratiques susceptibles de susciter des revendications de communautés localisées auprès d'industriels non certifiés.

³ Ainsi au Cameroun par exemple, le régime de la certification du bois, processus volontaire par nature, a fait l'objet d'une suspicion de l'administration, qui a finalement mis en place, à grand coût, un corps de normes « domestiqué » par un texte réglementaire, à la crédibilité problématique.

(Rocheugde 2001) et aux ressources qu'elle abrite. Il a une place et un rôle particuliers dans les stratégies de développement des pays africains. Au niveau local, d'abord, l'attachement des communautés au foncier, de même que leur dépendance vis-à-vis des ressources naturelles pour leur subsistance quotidienne, sont une réalité indéniable, même pour les communautés nomades de chasseurs-cueilleurs et d'éleveurs. D'un point de vue macro-économique ensuite, la création de grandes plantations industrielles et l'exploitation des ressources naturelles (extractives ou non) supposent une maîtrise du foncier par l'État, qui peut en attribuer la gestion aux investisseurs. L'évidente compétition entre ces usages concurrents (locaux et macro) du foncier et des ressources naturelles transforme ce domaine en un champ d'affrontement potentiel de la diversité des logiques juridiques guidant les systèmes en situation de cohabitation au sein des États d'Afrique.

Cette diversité des enjeux et des acteurs de poids inégal a fortement influencé l'encadrement normatif du foncier et des ressources naturelles. Ainsi, à l'époque coloniale, le droit étranger est imposé, comme référent juridique de l'administration, et n'autorise une cohabitation avec les droits traditionnels que dans des conditions définies par le droit écrit : la coutume reste un droit secondaire, dont l'application est réservée aux rapports entre indigènes, et qui s'efface devant le droit écrit¹. Les lendemains de l'indépendance sont marqués par une option nette des pouvoirs publics en faveur de la préservation du statu quo, le fragile édifice juridique existant étant crédité, malgré ses imperfections, de la faculté de prévenir les inévitables conflits qu'aurait suscité une réforme en profondeur de la loi, surtout dans les domaines touchant à des questions aussi sensibles que la propriété foncière et la gestion des ressources naturelles. Malgré les réformes successives qu'il a connues, ce régime juridique semble n'avoir pas réussi à établir un équilibre entre les perceptions contradictoires des différents utilisateurs des ressources. Ici sans doute plus qu'ailleurs, le droit a cristallisé un rapport de forces profondément défavorable aux communautés.

L'analyse des textes permet de dresser un constat : la frénésie législative et réglementaire des États du continent africain en matière de foncier et de gestion des ressources naturelles, notamment depuis le début

¹ Il est significatif de relever que les premiers différends entre l'administration coloniale et les rois de la côte au Cameroun portaient sur le foncier : l'arrestation du roi Douala Manga Bell faisait en effet suite à son opposition à l'entreprise d'annexion des territoires du plateau Joss par l'administration de la couronne germanique (cf. Ngho 1996).

de la décennie quatre-vingt-dix¹ ne s'est pas traduite par une meilleure protection de l'environnement. Et dans ce domaine, les secteurs caractérisés par un foisonnement de textes sont paradoxalement loin d'être les mieux protégés. Il en est ainsi, par exemple, des forêts et de la biodiversité au Cameroun et dans les autres pays du Bassin du Congo², où la traduction dans les faits de la rhétorique de la gestion durable n'a toujours pas conduit à des modifications sensibles des comportements des acteurs de l'exploitation des ressources forestières (cf. World Bank 2000 et Alley et alii 2007). Cette situation exprime, à la fois, une faiblesse de l'efficacité et de l'effectivité du droit : les normes sont en général peu appliquées et, lorsqu'elles le sont, les objectifs assignés par le législateur sont loin d'être atteints.

Le déficit d'effectivité du droit des ressources naturelles n'est pas inhérent au Cameroun, ni aux pays africains (voir Prieur 2003 et Zakane 2008). Il y est cependant potentiellement plus destructeur, du fait des risques de surexploitation auxquels il expose l'environnement de ces pays, caractérisés par une dépendance extrême aux produits de la terre³. Une proportion importante des Africains vit en effet encore dans des zones rurales, et l'utilisation des ressources naturelles est au centre des stratégies de développement de tous les pays du continent. La faiblesse de l'effectivité du droit foncier hypothèque l'intégrité des écosystèmes et des ressources qu'ils contiennent, et pourrait donc compromettre les usages traditionnels et industriels envisagés autour de ces produits. De plus, la fréquence des conflits, parfois violents, liés aux ressources naturelles constitue une interpellation à l'endroit du législateur, pour une invention urgente d'un droit inclusif des divers usages, dans le respect des exigences de la gestion prudente, voire de la durabilité.

La récurrence de l'interrogation sur l'effectivité du droit des espaces et des ressources naturels en Afrique persiste, et les justifications de la mise en œuvre des textes sont nombreuses. On évoque généralement des éléments structurels spécifiques au système juridique considéré (cf. Kamto in Prieur 2001 : 9-10) ou postérieurs à la production

¹ Depuis 1990, dix-neuf pays francophones d'Afrique ont adopté une loi-cadre sur l'environnement, qui organise, entre autres domaines, la gestion des ressources naturelles et des espaces. Voir sur ce point Moutondo 2008 (à paraître).

² Tous les six pays du bassin du Congo (Cameroun, République du Congo, République Démocratique du Congo, Gabon, Guinée Equatoriale) ont procédé à une réforme de leur législation forestière depuis le début de la décennie quatre-vingt dix (Voir Nguiffo 2006 : 12)

³ On peut à cet égard faire remarquer que plus de 60% de la forêt ivoirienne ont disparu en une génération (cf. Myers dir. 1990 et Van de Weghe 2004)

de la norme¹. Pourtant, cette carence s'explique également dans le contexte du droit interne des pays africains, par la conjonction de deux éléments situés en amont de la norme ; d'une part, le processus de construction des normes traditionnellement peu inclusif et accordant une place importante à l'expertise et aux solutions importées, dans des greffes parfois hasardeuses, au détriment de la recherche d'une inclusion optimale des solutions issues des droits traditionnels ; d'autre part, l'entreprise normative qui semble souffrir sur le continent de la double dictature de la spécialisation et de l'urgence, reléguant au second point le souci de la prise en compte des impératifs transversaux, communs aux différents secteurs à régir.

Le droit foncier fournit une illustration éloquent de cette double faiblesse : le droit foncier légiféré est peu inclusif des droits coutumiers et des visions locales de la gestion des terres. Le foncier sert en effet de socle aux ressources naturelles, dont il détermine le régime de la propriété et de l'utilisation. Cet enracinement des ressources naturelles dans le foncier impose une profonde imbrication des deux régimes. Cette exigence de l'intégration horizontale n'est pas aisée, surtout dans le contexte de pays africains marqués du sceau d'un pluralisme juridique ayant trouvé dans le foncier un terreau des plus fertiles (cf. Rouland 1995). L'efficacité des mesures de protection des ressources naturelles est ainsi fortement tributaire de l'habileté du législateur à optimiser la cohésion entre les deux régimes. Les incohérences entre le droit légiféré de l'environnement d'une part, et le régime foncier et domanial d'autre part se traduisent sur le continent par un accroissement de l'inefficacité législative, et soumettent ces deux secteurs à l'effet de rationalités dont les impacts croisés peuvent fortement limiter la portée de chacune des normes².

Bien que l'analyse porte surtout sur le Cameroun méridional forestier, elle vaut, à quelques détails près, pour une bonne partie des pays francophones d'Afrique, qui connaissent des problématiques et des contraintes similaires dans la gestion de leur pluralisme juridique, en relation avec le foncier et le droit des ressources naturelles. On constate

¹ Voir in Prieur 2001 : 107, la conclusion de Boco Kana Gaba où il mentionne la modicité des moyens financiers de l'État, l'inefficacité de son appareil administratif et les incohérences des normes du droit étatique.

² À titre d'illustration de ces incohérences préjudiciables aux objectifs poursuivis par la législation, on peut citer les contradictions entre le droit foncier et le droit de la protection des ressources : au terme du premier, l'appropriation des espaces passe par une mise en valeur de ceux-ci qui signifie, au Cameroun, la destruction des ressources ou l'assèchement des zones humides qui y sont localisées. La course à l'appropriation privée a donc pour conséquence la dégradation de l'environnement naturel.

en effet que les rapports entre le droit légiféré et les droits traditionnels sont, ici, empreints d'ambiguïté : malgré la compétition évidente à laquelle ils se livrent, l'un se nourrit parfois des autres, avec lesquels il entretient des relations oscillant entre l'indifférence et une reconnaissance limitée, voire une opposition formelle.

Dans ce contexte marqué par la pluralité des normes, la complexité des rapports entre elles, et la compétition farouche entre les utilisateurs des ressources, la question qui se pose à l'État est la suivante : comment concilier les enjeux contradictoires autour du foncier et de la gestion des ressources naturelles, tout en préservant l'environnement ? À l'observation, on constate que les réponses actuelles tendent à la mise en place d'un droit imposé. L'absence de résultats probants de cette approche autorise l'exploration de pistes nouvelles. La faiblesse de l'effectivité de la norme serait due aux problèmes d'identité du droit légiféré, dans lequel ne se reconnaîtraient pas les utilisateurs les plus nombreux. La restauration de la légitimité du droit, condition nécessaire à son effectivité, suppose que l'on s'intéresse à l'amont du droit, et que l'on procède à une réforme des mécanismes de production des normes, par un processus inclusif et participatif (I) qui pourrait se traduire par une meilleure intégration aux droits modernes des solutions contenues dans les droits traditionnels (II), notamment en matière de gestion des espaces et des ressources.

I - La protection de l'environnement par une réforme du processus de production des normes régissant le foncier

Le droit légiféré et les droits traditionnels ne coïncident pas toujours. Des similitudes existent, et peuvent autoriser une cohabitation pacifique, voire une réconciliation, parfois assez profonde, entre les deux régimes, notamment sur certains aspects du droit des personnes et de la famille¹, et dans le droit de la propriété. Mais la zone d'intersection de la compétence matérielle des deux systèmes de normes dans le droit des espaces et des ressources révèle de nombreux conflits liés à une cohabitation pour le moins difficile. Le droit foncier écrit a été introduit au Cameroun par le protectorat allemand², et les principes nouveaux ainsi introduits au territoire ont été repris, pour l'essentiel, par les puissances mandataires et tutrices (cf. Van Rees 1928).

¹ En matière de filiation notamment, et sur certaines questions relatives au mariage et au droit successoral.

² Le premier texte régissant le foncier au Cameroun date du 15 juin 1896.

Cette zone d'intersection entre les deux systèmes de normes est également le champ d'expression privilégié des conflits liés à leur cohabitation. Les activités considérées ici sont en effet au cœur des modes de fonctionnement des sociétés traditionnelles africaines, et la colonisation a essayé d'imposer au Cameroun des visions concurrentes aux pratiques locales, par le biais de l'importation d'un droit spécifique, parfois transposé sans effort d'adaptation. Produit d'un contexte social, le droit devrait procéder de processus internes à la société à laquelle il s'applique. À cet égard, Montesquieu avait pu dire : « Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre » (*L'esprit des lois*, cité in Rouland 1995 : 88)¹.

En matière foncière et de gestion des ressources naturelles, la production des normes en Afrique s'est jusqu'ici caractérisée par une prédominance de l'extraversion, qui limite fortement la correspondance entre le contenu des normes et les aspirations sociales des sociétés dont elles sont censées régir le comportement. Le défi consistera, pour les États d'Afrique centrale, à améliorer l'ancrage local du droit légiféré relatif à la gestion de la terre et des ressources naturelles, en inversant l'acculturation juridique (A), et en renforçant les modalités de la prise en compte des éléments du contexte national (B).

A - La nécessaire inversion de la superposition juridique

Par superposition juridique, on entendra l'organisation de la cohabitation des deux systèmes juridiques suivant une structure hiérarchique. Le processus de superposition juridique a été amorcé au Cameroun par l'introduction, à travers la colonisation, d'un droit étranger au territoire des royaumes formant le Cameroun précolonial. C'est l'unification des nombreuses entités politiques traditionnelles sous un pouvoir unique qui marque le point de départ du pluralisme juridique au Cameroun, en même temps qu'elle enclenche la dynamique de la substitution juridique : le droit colonial est imposé comme norme supérieure, prévalant sur toutes ses rivales. Il faut ici relever qu'il n'y a pas à proprement parler d'acculturation juridique, en l'absence d'interpénétrations entre les systèmes juridiques en présence, qui poursuivent un développement parallèle. Chacun des systèmes garde en

¹ Parlant de manière spécifique de la terre, Léopold Sédar Senghor, évoquant la nécessité d'une réforme, déclarait en 1964 : « En Afrique noire traditionnelle, la terre ne peut être l'objet de propriété : elle est seulement l'objet d'usufruit, mais d'usufruit collectif. [...] il faut faire preuve d'imagination et trouver des solutions originales à des situations originales ». (cité par Le Roy in Le Bris, Le Roy, et Mathieu dir. 1991 : 29 et 30)

effet son identité propre, et l'un deux a pour ambition de se substituer aux autres dans l'encadrement des relations sociales sur l'ensemble du territoire du protectorat. Il ne s'agit en effet pas d'un simple emprunt de normes d'un droit à l'autre, mais bien d'un bouleversement en profondeur du système juridique, avec la transplantation de normes fondamentalement différentes dans les domaines de l'organisation et de la gestion du foncier et des ressources naturelles. Le nouveau régime des ressources et des espaces est le reflet de la perception qu'avaient les puissances coloniales de leurs territoires d'outre-mer, considérés comme des possessions à administrer, dans un but de promotion de la rentabilité économique¹. Sous le couvert pacifique des accords passés avec les Rois de la côte, et des dispositions pertinentes du traité de Versailles et des accords de tutelle, la substitution juridique a été particulièrement violente au Cameroun, et s'est imposée dans une démarche de négation de la valeur et parfois de l'existence des droits traditionnels. Les administrations coloniales successives ont ainsi procédé à une extension de fait de la législation métropolitaine aux territoires conquis². Ainsi au Cameroun, la Couronne allemande avait, par un décret impérial du 15 juin 1896, organisé l'appropriation, au profit de l'Empire allemand, de la majeure partie des espaces du territoire. L'article 1^{er} du décret impérial de juin 1896 prévoyait ainsi :

« Toute l'étendue du Cameroun, à l'exception des terrains sur lesquels les particuliers ou les personnes morales, les chefs ou les communautés indigènes, pourront éventuellement prouver des droits de propriété ou d'autres droits réels, ou sur lesquels des tiers auront acquis des droits d'occupation par des contrats passés avec le Gouvernement impérial, est réputée vacante et sans maître et fait partie du domaine de la Couronne. Sa propriété appartient à l'Empire ».

Réputé meilleur garant de la sécurité juridique (Danet 2001), le nouveau droit organise sa cohabitation avec les droits locaux et, insistant sur sa fonction fédératrice, s'arroge une prépondérance définitive sur ces derniers, qui se prolongera après les indépendances. Le décalage ainsi créé entre les normes du droit légiféré et celles traditionnelles explique sans doute le déficit de légitimité des premières, et justifie au moins en partie leur faible effectivité, et la surexploitation des ressources naturelles qui en résulte.

¹ Plusieurs auteurs confirment la prévalence des préoccupations économiques dans l'entreprise coloniale. Voir par exemple Marseille 2005.

² C'est par exemple le cas de la législation allemande aux territoires soumis à son protectorat. Voir Camara et Owona (dir.) 1982.

Le mimétisme juridique au Cameroun a été des plus sélectifs, en ce qui concerne le processus législatif. Les emprunts à l'expérience se sont en effet limités au contenu des normes, et n'ont pas repris les mécanismes de création du droit national. La France médiévale se caractérisait, comme le Cameroun précolonial, par un foisonnement de coutumes diverses, localisées, qui ont servi de socle à la création du droit français. Le processus avait consisté, à l'époque, en une vaste entreprise de rédaction des coutumes, qui eut lieu au XV^e siècle. Les coutumes rédigées faisaient l'objet d'une promulgation par le roi (cf. Thireau 2003 : 240 et ss.). La rédaction avait pour objectif de faciliter la consultation et l'utilisation du droit, et s'est traduite par une réduction sensible du nombre de coutumes, en faisant disparaître celles d'application territoriale plus restreinte. De plus, la rédaction a considérablement facilité l'œuvre d'uniformisation du droit coutumier, par une élimination des dispositions archaïques ou difficilement compatibles avec l'ordre public (cf. Thibeau 2003 : 249). Elle a enfin mis en exergue les silences du droit, accélérant ainsi l'action législative dans ces domaines.

Au Cameroun, loin d'être le fruit de processus internes, le droit colonial a résulté d'une transplantation dans les territoires sous domination, et pas d'une fédération des normes traditionnelles existantes. Cette extraversion originelle était porteuse d'une profonde acculturation juridique qui a affecté le processus de création et le contenu des normes.

La quête d'une plus grande effectivité du droit passera nécessairement par une recherche de sa légitimité. Celle-ci est tributaire d'une correction des erreurs du passé colonial, par l'amorce d'une inversion du processus de substitution. Deux mouvements pourraient ici être envisagés : l'atténuation, voire le renversement du processus de règlement du conflit entre le droit légiféré et les droits traditionnels, et une intégration progressive du droit traditionnel dans le droit légiféré.

1 - L'inversion du processus de règlement des conflits entre la loi et la coutume

L'adoption du droit légiféré n'a pas aboli les droits traditionnels. Les deux droits continuent en effet de coexister, et ont des vocations concurrentes sur le même territoire. Cette cohabitation est parfois conflictuelle et très souvent le conflit est réglé au détriment de la coutume. Très rapidement a en effet été affirmé la suprématie du droit légiféré sur la coutume, le premier constituant le droit commun. L'application de la coutume était alors limitée aux seules relations entre indigènes, à moins que l'un des protagonistes ne souhaite expressément recourir au droit légiféré. Ce processus de mise à l'écart de la coutume sera réaffirmé au Cameroun après l'indépendance, les nouveaux textes

devenant, dès leur entrée en vigueur, supérieurs à la coutume dans la hiérarchie des normes. Ainsi, la Cour Suprême a, dès les lendemains de l'indépendance, affirmé : « ... Dans toutes les matières de la coutume où il a été légiféré, la loi l'emporte sur la coutume »¹. De plus, par atténuation du principe qui prescrit que l'option de juridiction emporte option de législation², la jurisprudence admet que « ... À défaut de dispositions coutumières réglant les difficultés qui leur sont soumises, les tribunaux [coutumiers] doivent se référer à la loi écrite »³.

Enfin, précaution supplémentaire, le juge doit écarter la coutume lorsqu'elle est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ou lorsque la solution à laquelle son application conduit est moins bonne que celle du droit écrit⁴.

Cette jurisprudence exprime une défiance de l'État à l'égard de la coutume, dont il organise la caducité progressive. La disparition des droits traditionnels suivra en effet le rythme de l'action législative et réglementaire de l'État.

L'idéal serait d'aboutir à une inversion prudente de cette méthode de règlement du conflit, pour remettre progressivement le droit traditionnel au cœur de la régulation de la gestion des espaces et des ressources. De manière concrète, l'inversion des rapports entre la loi et la coutume pourrait se traduire par une obligation, pesant sur les utilisateurs des ressources naturelles, de trouver des compromis avec les communautés locales, à travers un processus de consultation qui révélerait les usages traditionnels des espaces et ressources considérés, et imposerait la prise en compte des intérêts des populations riveraines dans toute activité susceptible de les affecter. Une telle proposition est loin d'être utopique, et ne rencontre pas d'objection de principe des institutions étatiques : dans le cadre des projets qu'elle finance sur le continent, la Banque Mondiale exige en effet l'application de ses politiques et directives opérationnelles, dont au moins une, celle sur les populations autochtones,

¹ Voir l'affaire Bessalla Awona c/ Bidzogo Geneviève, Cor. A N° 445 du 3 Avril 1962.

² Le droit légiféré reconnaît l'existence des tribunaux coutumiers et des tribunaux de l'ordre judiciaire. Dans les premiers, le droit applicable est le droit coutumier. Dans les seconds, érigées en tribunaux de droit commun, le droit légiféré prévaut. Voir Sockeng 1995.

³ Voir l'affaire Menamae c/ Eyene, J. CS COR. Arrêt du 4 Janvier 1996, *Penant*, Avril-Mai-Juin 1967.

⁴ Voir l'affaire Ateba Victor C/ Dame Ateba Marie, CSA N° 70/L du 8 Juillet 1976.

prévoit une prise en compte des droits fonciers coutumiers largement en avance sur le régime des espaces dans les pays du continent¹.

À côté de cette introduction du droit coutumier dans les procédures prescrites par le droit légiféré, on pourrait imaginer une atténuation du processus de règlement des conflits entre la coutume et la loi qui prévoirait, le cas échéant, une liberté du juge dans le choix de la meilleure solution, sur la base d'objectifs de durabilité économique, écologique et sociale. Il pourrait ainsi être fait recours à l'une ou l'autre des normes, ou à une synthèse des deux. Cette formule serait transitoire, et s'appliquerait parallèlement avec la révision en profondeur des mécanismes de préparation et d'adoption des normes.

2 - Une intégration progressive du droit traditionnel dans le droit légiféré

Sur l'inspiration de l'histoire de la construction du droit français, le Cameroun et les autres pays expérimentant le pluralisme juridique pourraient procéder à une réforme en profondeur des modalités de construction de la norme, destinée à assurer la symbiose avec le milieu social qu'il est censé régir. Il s'agirait de mettre en place des mécanismes susceptibles d'assurer l'identification et l'évaluation de solutions existantes en droit traditionnel, à l'aune des contraintes internes et des engagements internationaux du pouvoir central. Il s'agit de tenter une réconciliation entre les droits traditionnels et le droit étatique, qui ne doit pas forcément être perçu comme « l'ennemi naturel et héréditaire » des premiers cités. Avec Norbert Rouland (1995), on peut en effet penser qu'« il est possible d'utiliser (le droit traditionnel) pour construire un droit prospectif », en bénéficiant des apports qu'il peut fournir au droit étatique, tels le pluralisme et le caractère flexible des normes (Rouland 1990 : 121 et ss.). La loi devrait à cet égard avoir pour objectif de la recherche d'un équilibre entre les deux types de normes.

¹ Il s'agit de la Politique Opérationnelle PO 4.10 qui remplace, depuis 2005, la Directive Opérationnelle 4.2, adoptée en 1990. Cette politique applicable aux projets affectant les communautés autochtones, impose à l'emprunteur de la Banque mondiale de préparer un plan de développement des peuples autochtones, dans le but de sécuriser l'accès à la terre et à ses ressources aux populations visées. De nombreux États africains, par ailleurs opposés à toute reconnaissance de la singularité des peuples autochtones, se sont pliés à cette exigence. 2 % des projets financés par la Banque mondiale en Afrique subsaharienne activent cette politique. Le Cameroun l'a fait dans trois projets différents depuis 2000. Voir Djachechi 2007.

a - L'identification des solutions offertes par les droits traditionnels

Elle pourrait consister en la rédaction des coutumes des différentes régions écologiques du pays, dans des domaines faisant l'objet d'un encadrement concurrent du droit légiféré et des droits traditionnels, tel le régime des espaces et des ressources naturelles. La rédaction pourrait se doubler d'un exercice de synthèse des solutions offertes par les droits traditionnels, et impliquerait les autorités traditionnelles et les élus locaux.

b - L'évaluation des coutumes locales

L'évaluation du contenu du droit traditionnel consisterait en une analyse de compatibilité avec le droit légiféré, et son applicabilité. Le législateur rechercherait alors la meilleure solution pour parvenir à l'objectif visé. Dans le cas de la plupart des pays africains, les objectifs proclamés des politiques de gestion des ressources naturelles s'articulent autour de la quête de la durabilité, du renforcement des moyens de production au niveau local, et de l'attraction des investisseurs. La diversité des sources d'inspiration des droits africains devrait alors être reflétée dans les normes issues de ce processus d'évaluation et de synthèse.

On pourrait ainsi envisager que l'évaluation des solutions coutumières soit érigée en préalable obligatoire de toute entreprise législative dans les pays en situation de pluralisme juridique, et que le rejet des normes de droit traditionnel fasse l'objet d'une motivation. Cet exercice pourrait être conduit par les parlementaires, individuellement ou collectivement réunis par aires culturelles. La commission parlementaire compétente serait alors tenue de fournir, en plus de ses commentaires habituels, une appréciation de la prise en compte des solutions traditionnelles de son terroir. Les éventuels décalages devraient alors être identifiés, et les auteurs du projet de texte devraient être amenés à en expliquer les propositions. Le droit traditionnel servirait alors de référent obligatoire au droit légiféré, qui pourrait renforcer sa légitimité en profitant de l'ancrage local de la coutume.

B - L'indispensable amélioration du contrôle du processus législatif

Si le constat de l'inadaptation des normes du droit légiféré n'est pas nouveau, sa persistance étonne, et conduit à s'interroger sur les mécanismes de sa perpétuation. L'une des justifications de l'adoption de solutions juridiques en net déphasage avec les contextes locaux en Afrique réside dans la prépondérance des acteurs extérieurs au continent dans l'initiative de la création des normes et de la détermination des

objectifs législatifs. La réappropriation du contrôle du processus législatif, par un meilleur encadrement de l'expertise étrangère, et de l'initiative législative nous semble une piste à explorer.

1 - Le contrôle de l'initiative législative

Le contrôle de l'initiative législative comporte généralement comme corollaire une influence décisive sur les objectifs de la loi, et sur le choix des solutions que la norme véhicule et impose. Ce constat est d'autant plus vrai que dans les pays francophones d'Afrique les parlementaires, voire les partis politiques, ne disposent pas toujours d'équipes d'experts susceptibles d'éclairer leur opinion sur les textes soumis à leur approbation.

Le droit des espaces et des ressources s'est jusqu'ici caractérisé sur le continent par une impulsion étrangère, suscitée à coup d'incitations financières, à défaut d'être imposée. Amorcée sous la colonisation, cette tendance semble se poursuivre aujourd'hui de manière plus subtile. Les agences de coopération continuent de contrôler l'initiative et le contenu des réformes des lois relatives au foncier et à la gestion des ressources naturelles. Il s'agit des conditionnalités et des incitations financières.

Les conditionnalités constituent l'outil le plus efficace, et s'appliquent surtout dans le contexte de l'ajustement structurel. Les pays d'Afrique centrale en ont fait l'expérience au cours de la décennie écoulée, et les réformes dans les secteurs minier et forestier ont souvent résulté de leur dialogue avec la Banque mondiale et le Fonds Monétaire International. Loin de se contenter d'inscrire la réforme de la législation parmi les conditionnalités de leurs décaissements en faveur d'un pays, les institutions financières internationales imposent également des éléments du contenu des textes. Un rapport récent résume bien les objectifs de ces interventions, qui ont pour finalité de « confronter l'économie libérale dominante, la privatisation des ressources naturelles, et des terres en particulier, (étant) de plus en plus souvent considérée comme par les bailleurs de fonds, guidés en cela par la Banque mondiale et le Fonds Monétaire International, comme une condition préalable pour une allocation efficiente des ressources et pour donner une chance de succès au développement »¹. Dans le cas de la loi forestière au Cameroun par exemple, il s'agissait, entre autres exigences, de renforcer la sécurité des investissements par un allongement de la durée des concessions (de 5 ans à 15 ans renouvelables), et un accroissement de leur taille (à au moins

¹ FAO, Aménagement des forêts naturelles des zones tropicales sèches, Archives de la FAO, www.fao.org/docrep/W442F/w442f0u.htm, consulté le 09 février 2007.

200 000 ha)¹. Ainsi, au Cameroun, la réforme du secteur forestier faisait partie des exigences du troisième crédit à l'ajustement structurel, dans le cadre duquel la Banque mondiale avait demandé au gouvernement d'en rationaliser la gestion, par la sécurisation des investissements (grâce à des concessions plus vastes, portant sur des durées plus longues), le renforcement de la conservation des espaces et des espèces, l'instauration d'une plus grande association des communautés à la gestion des ressources, et l'augmentation de la rentabilité du secteur pour le trésor public (par une revalorisation de l'assiette et du taux des taxes forestières)². Il est à cet égard intéressant de relever qu'à l'occasion de l'adoption de la loi forestière en 1993, les parlementaires camerounais, à la lecture du projet présenté par le gouvernement, s'étaient inquiétés de « la véritable nature des accords entre le gouvernement et les institutions de Bretton Woods qui semblent avoir conditionné leur aide financière à notre programme d'ajustement structurel à l'adoption de ce projet de loi portant régime des forêts »³

La subtilité des incitations peut conduire à se méprendre sur leur efficacité. Le processus de Rio, qui a débouché sur un mouvement de création de normes relatives au foncier et à la gestion des ressources naturelles, d'une ampleur sans précédent dans les pays africains, en fournit sans doute le meilleur exemple. Sur la base des engagements politiques et juridiques des États africains (Rio et textes juridiques subséquents), des agences de coopération offrent leur appui aux gouvernements pour la préparation de documents de planification en matière de gestion de l'environnement, et de textes juridiques. Les pays d'Afrique francophone ont ainsi fait l'expérience d'une planification inédite dans ce domaine à partir du début de la décennie quatre-vingt-dix⁴, préparée sous les auspices ou avec le financement du PNUD, du PNUE et de la Banque Mondiale, avec l'appui de quelques agences de

¹ Le projet initial du gouvernement prévoyait des concessions d'une durée de 25 ans, et d'une taille maximale de 500 000 hectares. Les parlementaires s'en sont émus, et ont exprimé des inquiétudes quant à la comptabilité d'un tel régime avec les exigences de la souveraineté nationale. Voir Assemblée Nationale, Rapport de la Commission des Lois constitutionnelles, Doc. 2075/AN, 1993, p. 5.

² Voir Banque mondiale, Mission de préparation/pré-évaluation des projets « Protection écologique » et « forêts », février 1992, p. 2.

³ Voir Assemblée Nationale, 5^e législature, Doc. N°2076/AN, p. 7.

⁴ Il s'agissait des plans nationaux de gestion de l'environnement (PNGE) et des plans nationaux d'action environnementale (PNAE).

coopération bilatérale¹. Il est important de relever que les législations issues de ces nouveaux processus ne modifient pas fondamentalement les systèmes issus de la colonisation, et ont contribué au renforcement de l'uniformisation du régime des espaces et des ressources sur le continent.

À l'analyse des fins de ce droit d'importation, on constate qu'il véhicule une perception de la terre et des ressources qui s'inscrit en contradiction nette des acceptions locales de la nature, et s'appuie bien souvent sur des prémisses erronées, résultant d'une transposition hasardeuse de catégories juridiques étrangères à l'analyse des réalités des pays « bénéficiaires ». À titre d'exemple, on pourrait citer la notion de « terres vacantes et sans maître », qui n'existe pas dans les droits traditionnels du Cameroun méridional.

De plus, ils diffusent une vision libérale des espaces et des ressources, par une exaltation de la propriété privée comme mode de gestion, sans considération pour la complexité des rapports de l'homme à la nature organisés par les droits traditionnels (avec des éléments comme la notion de maîtrise (Le Roy 1996), notion sans équivalent en droit français).

Enfin, ils imposent le contrôle étatique de la terre et des ressources naturelles, en contradiction avec les modes de gestion locale en vigueur.

Les solutions héritées de la colonisation restent donc largement en vigueur sur le continent, notamment dans le régime foncier et la gestion des ressources naturelles dans les pays francophones. Il est de ce point de vue intéressant de relever que les Parlements prennent traditionnellement peu d'initiatives législatives, et vont parfois jusqu'à adopter des textes pour lesquels ils formulent des objections fondamentales. C'est le cas par exemple de la réforme du secteur forestier au Cameroun, avec la loi de janvier 1994. Le rapport de la session plénière de l'Assemblée Nationale est sans équivoque en ce qui concerne l'opinion des parlementaires. Une majorité de membres de la commission des lois constitutionnelles demandait un vote sur le report de l'examen du projet de loi. Une suspension de séance fort opportune n'avait pas permis le passage au vote. Et à la reprise des travaux, la commission était passée à l'examen des articles, sans aucune évocation du vote sollicité². Parmi les préoccupations essentielles des commissaires, on retrouvait la demande

¹ Avant 1990, seuls deux pays africains (dont un au sud du Sahara) disposaient de lois spécifiques à la gestion de l'environnement. Depuis 1990, 21 pays du continent (dont 18 au Sud du Sahara) ont adopté une loi-cadre sur l'environnement, cf. Moutondo 2008, à paraître.

² *Rapport de la commission des lois constitutionnelles*, Document 2075/AN, Décembre 1993, p. 8.

qu'une « attention particulière soit apportée lors de l'élaboration des décrets d'application de la présente loi au respect des traditions et coutumes de nos communautés villageoises¹ ». Malgré cette opposition, le texte avait été adopté.

S'il est difficile de résister au pouvoir de suggestion des agences étrangères de coopération, rien ne semble s'opposer à ce que le législateur national considère ses demandes comme un déterminant, parmi d'autres, du choix de l'opportunité de légiférer, et du contenu des normes à créer. Les impératifs de l'efficacité économique justifient en effet la conduite d'une vaste entreprise de codification et de révision des droits nationaux, dont aucun État du continent ne pourra faire l'économie. Et l'assistance de la coopération internationale ne serait pas superflue.

2 – Le nécessaire encadrement de l'expertise

Depuis les indépendances, le rôle des experts, généralement étrangers, a été prépondérant dans la préparation des textes destinés à régir des questions aussi sensibles que le régime des espaces et des ressources naturelles. Le recours aux experts intervient en effet quel que soit l'outil utilisé pour promouvoir la réforme : conditionnalité, incitation, et même dans le cas de processus résultant d'une initiative endogène.

L'extraversion n'est pas forcément négative, l'ouverture à l'extérieur étant inévitable pour des jeunes États, dotés d'un système normatif en construction. L'anticipation législative peut en effet passer par l'observation de l'ingéniosité de législateurs étrangers dans la résolution de problèmes non encore connus, mais dont l'inéluçabilité est établie². Et le recours aux experts étrangers peut présenter de nombreux avantages. En effet, au-delà de leur qualification et de leur expérience d'une grande variété de contextes nationaux, ils peuvent être crédités d'une neutralité du point de vue des enjeux nationaux. Cette indépendance peut être garante d'objectivité. La faiblesse de leur connaissance du contexte local pourrait également constituer un atout, en les obligeant à s'associer à des experts nationaux.

Et il appartient en définitive à l'État de définir le rôle assigné aux experts. Ceux-ci devraient rester cantonnés dans la sphère technique, l'État gardant le contrôle exclusif de la sphère politique de l'entreprise de

¹ *Rapport de la commission des lois constitutionnelles*, Document 2075/AN, Décembre 1993, p. 8.

² C'est par exemple le cas des législations africaines relatives aux organismes génétiquement modifiés, ou à la protection des ressources génétiques.

réforme (définition des objectifs, calendrier de la mise en œuvre). Les États pourraient assigner aux experts la responsabilité de la mise en place d'un processus débouchant sur l'adoption d'un texte, et pas la responsabilité de la rédaction du texte lui-même, qui devrait être une tâche collective, conduite en étroite association avec des experts locaux, et en consultation avec des communautés et des élus locaux. Il doit s'assurer que les solutions locales, lorsqu'elles existent, soient identifiées et évaluées à la lumière des objectifs assignés au texte en projet, et rechercher, avec des experts locaux et par une consultation adéquate, des solutions de synthèse qui combinent des normes connues des communautés et des normes issues des engagements internationaux des États. Cette étape constituerait un préalable à la réflexion. Lorsque cela est possible, l'adaptation des normes traditionnelles devrait être envisagée.

II - La protection de l'environnement par la refonte du contenu des normes foncières

La réforme souhaitée du processus législatif rejaillirait nécessairement sur le contenu des normes, par une amélioration de la prise en compte du contexte social, et la recherche d'une osmose avec les impératifs de gestion durable des espaces et ressources. Elle améliorerait la connaissance du droit et son acceptation par les utilisateurs, du fait de la négociation qu'elle impliquerait nécessaire entre les différents acteurs (Administration et communautés, notamment). Un processus législatif ouvert et participatif pourrait déboucher sur la réduction du décalage existant entre le droit étatique et les droits traditionnels en matière d'appropriation (A) et d'utilisation (B) des espaces et ressources. De plus, il en résulterait un renforcement de la connaissance du droit légiféré et de son acceptation par les utilisateurs, lequel aurait des incidences sur l'effectivité du régime de la gestion durable des espaces et des ressources naturelles.

A - Par une reconnaissance des modes d'appropriation traditionnelle du foncier

C'est sans doute en matière d'appropriation foncière et des ressources naturelles que les divergences sont les plus évidentes entre le droit légiféré et les droits traditionnels. L'un place en effet la propriété privée au cœur de son dispositif, tandis que les autres se caractérisent par la complexité du rapport à la terre et aux ressources des individus et communautés (cf. Le Roy 1996) La superposition, sur les mêmes espaces et ressources, de deux régimes aux finalités contradictoires pourrait

exacerber les impacts négatifs sur l'environnement, par un encouragement des pratiques destructrices. S'agissant par exemple de prélèvement de ressources (halieutiques et forestières par exemple), la présence d'industriels n'incite pas les communautés au respect des pratiques traditionnelles, réputées moins destructrices. La concurrence dans l'accès à la ressource érode en effet les tentatives de gestion durable, en plaçant les communautés dans un dilemme : leur gestion prudente peut les priver de ressources dont l'État attribuera les droits d'exploitation à un industriel. Il en résulte ainsi une course vers les prélèvements, due aux incertitudes autour de la propriété des ressources naturelles. La cohabitation du droit légiféré et des normes traditionnelles entraîne en effet une superposition des prétentions, des usages et des impacts environnementaux. Pourtant, en dépit de l'apparente irréductibilité des contradictions, une réconciliation reste possible entre ces deux régimes. Il suppose une révision de l'acception légale de la notion de propriété, par une extension aux pratiques traditionnelles relatives à la terre et aux ressources naturelles.

1 - Une évolution du concept d'appropriation de la terre ?

La propriété est la clé de voûte du droit légiféré. Ce constat vaut aussi bien pour les espaces que pour les ressources. Le régime foncier et domanial¹ en vigueur au Cameroun érige en effet la notion de propriété en critère distinctif des espaces, établit une différenciation entre les terres soumises à un régime de propriété matérialisé par un titre foncier (terres de personnes privées ou publiques, morales ou individuelles), et celles relevant du contrôle étatique, parce qu'exclues d'une appropriation privée (terres du domaine national, dont certaines peuvent être transférées, par l'immatriculation, dans des patrimoines privés)². Ce régime a fort peu évolué depuis l'époque du protectorat allemand, où la couronne germanique avait introduit la notion de propriété privée de la terre au sens du code civil, qui consacrait la reconnaissance étatique des droits des propriétaires. Le mandat et la tutelle n'ont pas modifié ce dispositif, qui a été renforcé sous l'État indépendant (voir sur ce point Ke, fack, Nguiffo et Mballa 2008 à paraître).

On constate en effet que les textes organisant l'appropriation de la terre érigent l'immatriculation en mode exclusif de matérialisation de la

¹ Ordonnance N° 74/1 du 6 juillet 1994 fixant le régime foncier au Cameroun, et l'ordonnance N° 74/2 du 6 juillet 1994 fixant le régime domanial au Cameroun.

² cf. Ordonnance du 6 juillet 1994 fixant le régime domanial.

propriété foncière¹. Ce faisant, elles excluent la majorité de la population rurale de l'accès à la propriété de la terre, du fait de l'inadaptation des modalités d'établissement du titre foncier au contexte et aux conditions de vie des populations rurales. Les textes en vigueur procèdent à une gradation des droits sur le foncier :

- Au sommet de la pyramide se retrouvent les terres immatriculées, faisant l'objet d'un titre foncier, « *seule certification officielle de la propriété immobilière* », « *inattaquable, intangible et définitif* »^A. Ces terres représentent une proportion infime du territoire national, surtout en dehors des centres urbains. L'État est le premier titulaire de terres immatriculées, et la loi prévoit que les concessions forestières et les aires protégées font l'objet de l'établissement d'un titre foncier au bénéfice de l'État. De plus, les forêts communales sont également transférées par l'État au patrimoine des communes, qui en assurent la gestion. Enfin, si la possibilité de la création de forêts privées est prévue par la loi, celles-ci sont soumises à des conditions particulièrement restrictives : les bénéficiaires doivent en effet justifier de la plantation des arbres sur des espaces faisant l'objet d'un titre foncier en leur faveur.

- À la base de la pyramide, des terres soumises à un faisceau de normes juridiques concurrentes :

- Ce sont les terres du domaine national, du point de vue du droit légiféré. Cette catégorie est en effet constituée de terres ne faisant l'objet d'aucun titre foncier. Il s'agit de terres réputées vacantes et sans maître, sur lesquelles l'État assure une responsabilité de gardien. La loi ne fournit qu'une définition négative des terres du domaine national : en font ainsi partie tous les espaces ne rentrant dans aucune autre catégories juridique décrite par la législation. Le domaine national est le régime de droit commun des forêts au Cameroun, et dans la plupart des pays d'Afrique francophone.
- Du point de vue des communautés, il s'agit de terres relevant de leur propriété coutumière. La plus grande partie du territoire national abrite des communautés rurales, précarisées dans leurs droits fonciers par le droit légiféré qui ne leur reconnaît qu'un simple usufruit sur les terres.

La mainmise étatique sur les terres du domaine national est guidée par un souci d'assurer le contrôle et la gestion de la réserve foncière

¹ Voir l'article 1^{er} du décret N° 76/165 du 27 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier.

nationale, afin d'en garantir « un usage rationnel, ou de tenir compte des impératifs de la défense nationale ou des options économiques de la nation »¹. La prise en compte de ces préoccupations par l'administration ne nécessite pas, dans le domaine national, de compensation financière pour la valeur de la terre en cas d'expropriation des utilisateurs. La formulation généreuse de cet objectif dissimule mal les fonctions patrimoniales associées à la propriété du foncier et des ressources naturelles. Un auteur attire ainsi l'attention sur la fonction latente de la terre et des ressources qu'elle abrite, considérée comme une source d'accumulation privée rapide, dont le contrôle justifie les résistances à la réforme foncière sur le continent, et explique la persistance du modèle colonial dans le droit légiféré (cf. Okoth-Ogendo 2007).

Pourtant, à l'analyse, les préoccupations étatiques relatives à la rationalisation de la gestion de la terre et de ses ressources n'est pas totalement incompatible avec le contenu des normes du droit traditionnel. On pourrait en effet parvenir à une meilleure sécurisation des droits fonciers des communautés, tout en préservant la faculté de l'État à garder un droit de regard sur le régime de l'utilisation, et sur les transferts de propriété. Cette réconciliation passerait par une évolution de la notion de possession, et par le recours au concept de patrimoine. Le droit positif offre de nombreuses opportunités, qui pourraient être mises à contribution dans la construction de cette solution nouvelle. On remarquera d'emblée qu'au Cameroun, l'État est simplement le gardien des terres sans maître, dont le droit prévoit la possibilité d'une incorporation au patrimoine de personnes privées. Ces espaces du domaine national constituent une réserve foncière ouverte, dont le transfert aux communautés n'hypothèque pas forcément la vocation.

Il existe au moins trois obstacles majeurs au recours des paysans à la procédure de l'immatriculation. La première objection est d'ordre culturel : il n'est en effet pas courant, dans les villages, de déterminer de manière définitive les limites de ses prétentions foncières, au moins parce qu'elle exclurait les bénéficiaires de l'accès aux espaces relevant de la propriété commune. De plus, la notion de propriété pleine et exclusive est étrangère au droit coutumier des communautés semi-nomades des forêts du bassin du Congo. La deuxième difficulté est matérielle, et est liée au coût élevé de la procédure d'immatriculation, et à la fiscalité afférente à la propriété foncière. Enfin, la condition de la mise en valeur préalable des terres à immatriculer est inadaptée aux communautés locales et

¹ Voir l'article 1^{er} de l'ordonnance N°74/1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun.

autochtones¹. La mise en valeur se traduit en effet par une substitution des ouvrages artificiels aux écosystèmes naturels. Cette matérialisation de la présence par destruction de l'existant est contraire aux modes de vie des communautés semi-nomades de la forêt, dont l'empreinte écologique est particulièrement limitée, au moins en ce qui concerne la biodiversité végétale. Il ne leur est donc pas possible de « prouver » leur présence et leur emprise sur la terre. Et s'agissant des agriculteurs, si le défrichage des espaces naturels est suffisant pour ouvrir droit à la procédure d'établissement d'un titre foncier, la diversité de leurs usages sur les espaces ne peut se résumer aux surfaces plantées.

Cette inadaptation des règles d'appropriation de la terre avait conduit le législateur colonial à imaginer un mécanisme plus inclusif des droits fonciers coutumiers. Il faut dire que par le Traité Germano-Douala de juillet 1884, l'Empire allemand s'engageait à respecter la propriété des Rois de la côte sur leurs terres, et l'application du droit coutumier pour toutes les questions foncières. Bien que le décret du 15 juin 1896 soit une violation des obligations conventionnelles de l'État protecteur, il présentait le mérite de poser le principe de la reconnaissance des droits fonciers coutumiers. La reconnaissance de la propriété coutumière apparaît en effet dans l'article 1^{er} du décret de 1896, qui considère comme terres « vacantes et sans maître » toutes celles sur lesquelles « les particuliers ou les personnes morales, les chefs ou les communautés indigènes, ne pourront éventuellement prouver des droits de propriété ou d'autres droits réels... ». Cet article renseigne sur l'étendue de cette reconnaissance originelle des droits fonciers antérieurs. Il faut d'abord admettre qu'en l'absence de texte antérieur de droit écrit, ces droits ne peuvent exister qu'en vertu du droit coutumier en vigueur dans les communautés considérées.

Cette reconnaissance des droits fonciers coutumiers est restée constante dans le droit colonial au Cameroun, et a été confirmée par la loi du 17 juin 1959 portant organisation domaniale et foncière, dont l'article 3 est ainsi libellé :

« Sont confirmés les droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur toutes les terres à l'exception de celles qui font partie des domaines public et privé [...] et de celles qui sont appropriées selon les règles du code civil ou du régime de l'immatriculation [...]. Nulle collectivité, nul individu ne peut être contraint de céder ses droits si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste compensation ».

¹ Voir, sur l'exigence de la mise en valeur préalable, Cour Suprême du Cameroun/Assemblée Plénière, Arrêt N°6/A du 27 août 1992, Eyango Martin c/État du Cameroun.

Paradoxalement, c'est avec l'indépendance que les communautés ont vu la disparition de la reconnaissance étatique de leurs droits de propriété coutumière, qui ont été remplacés par des droits de possesseurs, accentuant le décalage entre le droit écrit et les pratiques traditionnelles (cf. Kenfack, Nguiffo et Mballa 2008 à paraître).

L'État pourrait tenter le pari du retour aux sources historiques du droit foncier, en aménageant à nouveau un régime de la propriété coutumière des espaces, construit autour de la chefferie traditionnelle. Institution communautaire la mieux structurée, la chefferie traditionnelle est reconnue par le décret N°77/249 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun¹, qui prévoit qu'elles regroupent des « collectivités traditionnelles »², « organisées sur une base territoriale »³, et accordant une place importante à la tradition locale dans son organisation et son fonctionnement internes.⁴ Ce texte fournit deux éléments indispensables à la réflexion : la reconnaissance étatique, la base territoriale abritant des communautés, dont le pouvoir normatif coutumier est reconnu sur leur territoire.

La situation spécifique des communautés autochtones nomades ou semi-nomades (chasseurs-cueilleurs et éleveurs) est de ce point de vue plus délicate, leur mode de vie s'accommodant mal des dispositions du décret de 1977, et leur aire d'influence dépassant parfois largement les limites du territoire de plusieurs chefferies traditionnelles. Il est toutefois important de relever l'existence d'initiatives prometteuses dans les arrondissements de Bipindi et d'Akom II, dans le sud du Cameroun, où des négociations ont permis à des communautés autochtones de chasseurs-cueilleurs en cours de sédentarisation de bénéficier de droits fonciers coutumiers, voire de chefferies traditionnelles autonomes⁵.

Le territoire des communautés ainsi délimité pourrait leur être effectivement octroyé, dans le cadre d'un régime de possession collective matérialisée par un titre foncier établi au nom de la communauté⁶. Le titre

¹ Modifié et complété par le décret N°82/241 du 24 juin 1982.

² Article 1^{er} du décret de 1977.

³ Article 2^{er} du décret de 1977.

⁴ Voir l'article 6 du décret de 1977.

⁵ cf. Nelson 2007 et Centre pour l'environnement et le développement 2007.

⁶ Cette formule serait calquée sur le modèle cambodgien : article 26, chapitre 3 de la loi foncière cambodgienne de 2001 selon lequel : « Collective ownership includes all of the rights and protections of ownership as enjoyed by private owners. But the community does have the right to dispose of any collective ownership that is State public property to any person or group » (cf. Brown, Seidel and Sigaty 2005 : 76).

foncier communautaire aurait les mêmes attributs que les autres, à deux différences près :

- L'application, sur le territoire de la chefferie, du droit traditionnel en matière de gestion des ressources et des espaces. Ici, l'inversion de la règle de résolution des conflits entre le droit légiféré et la coutume s'appliquerait, sauf dans le cas de menaces à l'ordre public. Les communautés seraient donc propriétaires, collectivement, du foncier et les modalités d'utilisation par les membres de la communauté obéiraient au droit traditionnel dans toute sa complexité, suivant le régime des ressources communes. Ce système n'est pas utopique, il s'applique déjà en matière foncière au Ghana, où le droit coutumier régit la gestion des espaces dans les zones rurales. Les incertitudes autour des contours du droit coutumier sont tranchées par un recours à l'autorité traditionnelle¹
- L'aliénation de tout ou partie ne serait possible qu'à une double condition : un consensus communautaire à la fois sur la décision de céder des droits, et sur l'étendue de ceux-ci, et un accord de l'administration foncière, qui se réserverait un droit de préemption en cas de vente de la terre ou des ressources non exploitées.

On aurait donc, sur le territoire des chefferies, deux catégories de terres, suivant leur régime en droit traditionnel :

- Des terres relevant de la propriété privée coutumière d'individus ou de familles. La propriété initiale s'acquiert, dans les zones de forêt, par le défrichage d'une portion de la zone commune, qui permet le transfert des terres du patrimoine commun du village vers le patrimoine privé d'individus, qui peuvent dès lors en disposer, par vente, don, ou succession.
- Des terres relevant de la propriété commune, qui constituent une réserve foncière traditionnelle, obéissant au régime des ressources communes².

¹ Voir sur ce point Ubink 2008. Il faut toutefois noter que l'auteur relève une faiblesse de ce dispositif : usant de leur position privilégiée, certains chefs véreux s'approprient la terre par une interprétation particulièrement généreuse des dispositions du droit coutumier. Cette faiblesse pourrait cependant être contournée, en associant des notables, anciens ou chefs de famille au processus de détermination de la coutume.

² Il s'agit de ressources ne relevant pas de la propriété privée individuelle, mais appartenant à un groupe dont les membres sont identifiables suivant des règles connues.

Il resterait alors à régler la question spécifique des communautés autochtones de la forêt qui ne connaissent pas la propriété privée du foncier ou des ressources naturelles (cf. Diaw et Djomkap 1998), et dont le rapport au foncier et à la forêt pourrait difficilement relever du régime des ressources communes, en ce sens qu'ils n'envisagent pas l'exclusion des non-autochtones de l'utilisation de la forêt. On pourrait ainsi valablement envisager de procéder à l'identification de leurs droits sur la terre, en s'intéressant à la démarcation de leur itinéraire de collecte, et en leur attribuant, à la fois, des droits d'usage sur le domaine national et des droits localisés sur des espaces, suivant le modèle des chefferies traditionnelles, dans sa composante relative aux terres communautaires.

Les terres du domaine national seraient alors réparties en deux catégories :

- Le domaine foncier coutumier, qui serait constitué du territoire de la chefferie traditionnelle. Il rassemblerait les terres relevant de la propriété privée suivant le droit traditionnel, et celles de la réserve foncière communautaire. L'obligation faite à l'État de payer une compensation (pécuniaire ou en nature) en cas d'expropriation du domaine foncier traditionnel contribuerait à la rationalisation des usages fonciers de l'administration.
- Le domaine foncier national, qui serait une fraction résiduelle du domaine national dans sa forme actuelle. Il continuerait d'être soumis au régime actuel, suivant le droit légiféré.

La sécurisation des droits fonciers des communautés n'entraînerait donc pas un affaiblissement de l'État, lequel garderait un droit de regard sur la gestion des terres ainsi transférées, et en contrôlerait les éventuelles aliénations. Dans le cas des ressources naturelles, les mécanismes pourraient être plus complexes.

2 - Une évolution des contours de l'appropriation des ressources

Le régime de la terre rejaillit sur celui des ressources du sol et du sous-sol. Suivant le droit légiféré, la propriété étatique est le principe, et s'étend à l'ensemble des ressources naturelles. L'article 6 de la loi du 16

avril 2001 portant code minier dispose à cet égard : « La propriété des mines est distincte de celle du sol. Les mines sont et demeurent propriété de l'État. Aux fins des activités minières, l'État exerce sur l'ensemble du territoire camerounais des droits souverains »¹.

Disposer d'un titre foncier ne peut donc octroyer la propriété des ressources naturelles. Même dans le cas des forêts, le titulaire de droits de propriété sur la terre doit, en plus fournir la preuve de la plantation des arbres pour en justifier la propriété².

La loi a toutefois atténué ce principe, en matière de forêts, en prévoyant la possibilité de la création de forêts communales, par transfert de la propriété étatique sur l'ensemble des terres et des produits naturels³. Les communautés quant à elles continuent de bénéficier de droits d'usage limités⁴, finalisés⁵ et essentiellement révocables, suivant la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique⁶. On pourrait, ici également, considérer une extension de droits d'usages, par un transfert à la communauté de la propriété des ressources situées sur le territoire de la chefferie. Il s'agirait de coupler la sécurisation des droits fonciers des communautés à la reconnaissance de la propriété des ressources forestières situées sur leur terroir traditionnel. Les ressources extractives seraient exclues de cette session, et continueraient de faire l'objet d'un contrôle exclusif de l'État.

Les ressources ainsi appropriées seraient, elles aussi, soumises au droit traditionnel de la chefferie considérée. L'attribution de droits d'exploitation à des fins commerciales serait réglementée par l'État.

Si la reconnaissance et la sécurisation des droits sur le foncier et ses servitudes constituent des préalables indispensables à l'amélioration de la

¹ La loi forestière du 19 janvier 1994 contient des dispositions similaires pour ce qui est des forêts (art.25.1), des produits forestiers (art.35.2), et des ressources génétiques (art. 12.1). De nombreuses constitutions de pays d'Afrique centrale consacrent le même principe. À titre d'illustration, on peut citer la constitution de la République Démocratique du Congo, dont l'article 9 dispose : « L'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais et sur le plateau continental ».

² Art. 30 de la loi du 19 janvier 1994.

³ Art. 23 de la loi du 19 janvier 1994.

⁴ Ils n'ont pas la même étendue dans les aires protégées (voir article 23 de la loi forestière), et certains produits, dits spéciaux, en sont exclus, même en dehors des aires protégées.

⁵ Les produits récoltés sont essentiellement destinés à un usage personnel, à l'exclusion de toute forme de commercialisation. Voir l'art. 8 de la loi du 19 janvier 1994 précitée.

⁶ Art. 8 (2) de la loi du 19 janvier 1994.

protection de l'environnement dans le contexte des États forestiers d'Afrique centrale, elles doivent être associées à une révision des règles encadrant l'utilisation des ressources.

B - Par une modification des modes d'utilisation des terres et des ressources

L'État est généralement tiraillé entre les contradictions de ses rationalités multiples : le souci de la compétitivité économique et de la promotion des investissements suggère une indulgence dont les exigences de la protection de l'environnement peuvent difficilement s'accommoder. De plus, la faiblesse des mécanismes de contrôle, couplée à la modestie du poids des ministères de l'environnement face aux ministères à vocation économique, limite toute possibilité d'atténuation efficace des impacts environnementaux de l'exploitation des ressources naturelles. L'attribution de droits fonciers en faveur des communautés pourrait s'accompagner de devoirs accrus en matière de gestion durable des ressources, et par une nette amélioration de l'efficacité du contrôle.

1 - La patrimonialisation comme instrument de protection de l'environnement

La reconnaissance de droits de propriété aux communautés sur le foncier et les ressources contribuera à une clarification des rôles en matière d'organisation de la protection de l'environnement. L'État tire des revenus important des activités d'exploitation des ressources naturelles, et continue de cumuler les fonctions de régulation, d'attribution de droits d'exploitation, de contrôle du respect des normes environnementales. Dans certains cas, il participe, comme actionnaire, à des opérations d'exploitation des ressources naturelles potentiellement dangereuses pour l'environnement (pétrole notamment). Il peut en résulter une lenteur dans les sanctions en cas d'infractions, ou une indulgence préjudiciable à l'environnement.

La notion de patrimoine semble offrir, dans son contenu, une finalité aux droits reconnus aux communautés. Son inscription intrinsèque dans la durée (cf. Frier in Alland et Rials dir. 2003 : 1132-1136), par une transmission aux générations futures de l'intégralité au moins de ce qui a été reçu en héritage (voir Thomas cité in Ost 1995 : 312) comporte une obligation de bonne gestion. L'administration pourrait concevoir des principes et des normes susceptibles de préserver le patrimoine commun communautaire. Les règles construites autour du principe de précaution, d'incitations diverses (extension de droits dans l'espace ou sur des ressources, en récompense de bonne gestion, par exemple), de

l'obligation de restaurer la terre et les ressources renouvelables, de la nécessité de la régénération, pourraient d'autant mieux contribuer à une meilleure gestion des ressources naturelles que les communautés le feraient dans leur intérêt de propriétaires et d'utilisatrices. L'attribution par l'État de droits d'exploitation des ressources ou des espaces dans les zones communautaires serait proscrite pour les ressources en appartenant aux communautés, et soumise au consensus de la collectivité pour les autres ressources (pétrole et mines). En cas de désaccord, l'administration disposerait de la prérogative de l'expropriation, avec le paiement des compensations afférentes.

L'obligation de préservation qui rencontrerait l'intérêt de la chefferie à protéger ses ressources par une utilisation prudente se traduirait par un contrôle accru du respect des dispositions du droit de l'environnement.

2 - Une amélioration du contrôle du respect des normes environnementales

Une sociologie rapide des moyens de l'État révèle l'utopisme de sa volonté de tout contrôler, notamment dans le domaine sensible de la gestion du foncier et de l'exploitation des ressources naturelles. On note en effet en Afrique francophone une difficulté, voire une incapacité de l'État à assurer la maîtrise de son territoire, en raison d'une absence d'infrastructures de communications et de moyens matériels, humains et financiers. À titre d'illustration, le service forestier de la principale province forestière de la République Démocratique du Congo ne dispose pas de véhicule pour ses missions de suivi et de contrôle des opérations d'exploitation forestière industrielle (Voir Greenpeace, 2006). De plus, aucun ingénieur forestier n'a été formé dans le pays depuis une décennie, et la direction nationale des forêts compte tout au plus une cinquantaine d'ingénieurs forestiers (voir CIFOR, World Bank, CIRAD 2007)¹, pour le contrôle de plus de 100 millions d'hectares de forêts.

Face à cette défaillance de l'État, l'association des communautés à la gestion, au suivi et au contrôle de l'action des autres intervenants sur l'espace et les ressources constitue une option sérieuse de suppléance, et permet à l'État de se cantonner dans son rôle régalien de régulation et d'arbitrage.

L'attribution aux communautés de droits élargis sur la terre et les ressources naturelles les dotera d'un intérêt et de la qualité pour agir, qui

¹ La situation n'est guère reluisante dans les autres pays d'Afrique centrale. Voir sur la situation du ratio personnel : superficie à couvrir au sein du ministère en charge de la gestion des forêts, Global Forest Watch 2000.

ont jusqu'ici fait défaut dans les velléités de contrôle de quelques activités destructrices de l'environnement par des industriels¹. Et cette capacité nouvelle des communautés contribuera à prévenir d'éventuelles tentations de collusion entre l'administration et des industriels, dans l'exploitation irrationnelle des ressources.

Jusqu'ici réticent à réprimer les atteintes à l'environnement, le juge s'est montré particulièrement protecteur des investissements étrangers, contre la préservation de l'intégrité des écosystèmes. Ainsi, dans l'affaire Société Forestière Hazim et Compagnie contre État du Cameroun (MINEF)², saisie d'un recours de la Compagnie Hazim aux fins d'annulation d'une décision du ministère de l'environnement et des forêts portant suspension à titre conservatoire de ses activités, pour suspicion d'exploitation forestière industrielle illégale à grande échelle, la Cour Suprême avait donné raison à l'industriel, estimant que « *la décision querellée ne concerne ni l'ordre public, ni la sécurité ou la tranquillité publiques* ». Il poursuivait : « *l'exécution de cette décision est de nature à causer un préjudice irréparable à la requérante en ce que la décision querellée a pour objectif d'empêcher les activités de la société forestière précitée, qui a effectué de lourds investissements et emploie bon nombre d'ouvriers, qui seraient ainsi privés de leurs emplois* ». Aucun argument relatif à la protection de l'environnement n'était évoqué par le juge, qui semblait se soucier de seules considérations économiques.

On peut valablement penser que la décision du juge aurait été différente s'il était saisi d'un recours de populations propriétaires de la terre et des ressources qui sollicitaient, en cette qualité, à la fois l'arrêt d'opérations grevant leur patrimoine et le paiement d'une compensation.

Conclusion

En définitive, l'importance de l'amont est cruciale dans la compréhension du déficit de légitimité et d'effectivité du droit foncier et de l'environnement sur le continent. Elle éclaire en effet le déséquilibre

¹ Tribunal d'Ebolowa, Ordonnance de référé N° 06/REF du 19/02/1999, dans l'affaire opposant les populations des villages Bileossi, Akam Bitam, Nkolekon, Mengana, Messi-Messi aux sociétés COKE et SDG (inédit). Dans cette affaire, les populations avaient été déboutées de leur demande d'arrêt d'opérations illégales, leur portant un préjudice important du fait de la destruction de leurs cultures, sous le motif qu'elles n'avaient ni qualité ni intérêt pour agir, en l'absence de droits sur la terre et la forêt.

² Société Forestière Hazim et Compagnie contre État du Cameroun (MINEF), Cour Suprême, Chambre Administrative, ordonnance N°019/OSE/CAB/PCA/CS/02-03 du 9 mai 2003.

du pluralisme juridique, et renseigne sur les conditions de la réforme, indispensable si l'on veut parvenir à une régulation de l'accès et de l'utilisation de la terre et des ressources qui tienne compte des besoins de chacun des acteurs, présents et futurs. L'échec des modes de régulation autoritaire incline à penser que la solution réside dans une synthèse objective des différents déterminants du droit camerounais, et vers un retour aux sources, par une revalorisation des droits traditionnels. Ce changement de perspective, et le recours à la négociation qu'il suppose, impliqueraient de profondes modifications dans le contenu du droit légiféré, en renforçant son ancrage local et son acceptation par les usagers. Cette solution présente de nombreux avantages, parmi lesquels sa capacité à restituer aux communautés locales le contrôle des ressources dont ils sont riverains. L'État se cantonnerait alors dans un rôle de régulation et de contrôle, plus conforme à la modicité de ses ressources matérielles et humaines. Les dispositions constitutionnelles érigeant la protection de l'environnement en devoir de chaque citoyen s'exprimeraient alors par l'intéressement de tous au bénéfice de la gestion des ressources et des espaces, et par la démocratisation du contrôle du respect des normes environnementales.

Bibliographie

- ALLEY Patrick and al., 2007, *Natural Resources Governance in Africa in the 21st Century*, Berlin, Berlin, Heinrich Böll Stiftung, 48 p.
- ASSEMBLÉE NATIONALE DU CAMEROUN, 1993, *Rapport de la Commission des Lois constitutionnelles*, Doc. 2075/AN.
- BROWN Susie, SEIDEL Katrin and SIGATY Todd, 2005, *Legal Issues Related to Registration of Lands of indigenous Communities in Cambodia*, GTZ Cambodia, Eschborn, 110 p.
- CAMARA Sikhe, OWONA Joseph et GONIDEC Pierre-François (dir.), 1982, *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Tome II, Droit international et relations internationales, Abidjan, Dakar etc., Nouvelles Éditions Africaines.
- CENTRE POUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, 2007, *Rapports sur le processus de cartographie participative*, Yaoundé.
- CIFOR, WORLD BANK, CIRAD, 2007, *Forests in Post-Conflict Democratic Republic of Congo*, Analysis of the Priority Agenda, 396 p.
- CLARK Dana, 1999, *A Citizen's Guide to the Inspection Panel*, Washington, Center for International Environmental Law, 2nd edition, 396 p.
- DANET Didier, 2001, « Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation », *Revue de l'Institut d'Économie Publique*, N°7, Bruxelles, 2001-1, pp. 83-101.
- DIAW Chimère et DJOMKAP Jean-Claude, 1998, *La terre et droit. Une anthropologie institutionnelle de la tenure coutumière, de la jurisprudence et du droit fonciers chez les peuples bantou et pygmées du Cameroun méridional forestier*, Yaoundé, ronéo, 89 p.
- DJACHECHI Yvette, 2007, *World Bank Operations in Africa and Indigenous People. A Portfolio Review*, présentation à l'atelier d'orientation de la Banque mondiale sur la politique relative aux peuples autochtones, Yaoundé, Juin 2007
- FAO, 2007, *Aménagement des forêts naturelles des zones tropicales sèches*, Archives de la FAO, www.fao.org/docrep/W442F/w442f0u.htm, consulté le 09 février 2007
- FRIER Pierre Laurent, 2003, « Patrimoine », in Alland Denis et Rials Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 1649 p. [pp. 1132-1136]
- GABA Boco Kana, 2003, « Rapport national du Bénin », in Prieur Michel (dir.), *La mise en oeuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, pp. 93-108.
- GLOBAL FOREST WATCH, 2000, *An Overview of Logging in Cameroon*, Washington, D.C.

- KAMTO Maurice, 2003, « Rapport introductif général », in Prieur Michel, (dir), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement en Afrique francophone*, pp. 9-42.
- KENFACK Pierre-Étienne, NGUIFFO Samuel et MBALLA Nadine, 2008 (à paraître), *L'influence des lois foncières sur les droits des communautés locales et autochtones du Cameroun*, Forest People Programme, Oxford.
- LE ROY Étienne, 1991, « L'appropriation et les systèmes de production », in Le Bris Émile, Le Roy Étienne, Mathieu Paul (dir), *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, Paris, Karthala, 359 p., col. Économie et développement.
- LE ROY Étienne, 1996 « La théorie des maîtrises foncières », in Le Roy Étienne, Karsenty Alain, et Bertrand Alain (éds.), *La sécurisation foncière en Afrique. Pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 388 p., col. Économie et développement
- MARSEILLE Jacques, 2005, *Empire Colonial et capitalisme français. L'histoire d'un divorce*, Paris, Albin Michel, 638 p.
- MOUTONDO Emmanuel, 2008 (à paraître) « Les lois cadres relatives à l'environnement en Afrique francophone », in Granier Laurent (dir.) *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique*, Bonn, UICN.
- MYERS Norman (dir.), 1990 ; *L'homme et la Terre. État et avenir des ressources de notre planète*, Paris, Fixot/compagnie 12, TF1 éd., 271 p., traduction de « The Gaia Atlas of Planet Management ».
- NELSON John, 2007, « Sauvegarder les droits fonciers autochtones dans la zone de l'oléoduc au Cameroun », *Forest People Programme*, Oxford,
- NGOH V. Julius, 1996, *History of Cameroon since 1800*, Limbe, Presbook. 367 p.
- NGUIFFO Samuel, 2006, *Aperçu de la législation forestière en Afrique centrale, rapport préparé pour la première conférence internationale des parlementaires sur la gestion durable des écosystèmes des forêts denses et humides d'Afrique centrale*, Yaoundé, p. 12.
- NYAMA Jean Marie, 2001, *Régime foncier et domanialité publique au Cameroun*, Yaoundé, Presses de l'UCAC.
- OKOTH-OGENDO H.W.O., 2007, *The Last Colonial Question. An Essay in the Pathology of Land Administration Systems in Africa*, Keynote presentation at the workshop on Norwegian Land Tools Relevant to Africa, Oslo, Norway, 3-4 May 2007.
- OST François, 1995, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, la Découverte, 346 p.
- PRIEUR Michel (dir.), 2003, *La mise en oeuvre nationale du droit de international de l'environnement dans les pays francophones*, Limoges, PULIM, 579 p. [actes de la 3^e journée scientifique du réseau Droit de l'environnement, Yaoundé (Cameroun) 14-15 juin 2001].
- ROCHEGUDE Alain, 2001, « Foncier et décentralisation. Réconcilier la légalité et la légitimité des pouvoirs domaniaux et fonciers », Retour au foncier, *Bulletin de*

liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, N° 26, pp.13-33, *Cahiers d'anthropologie du droit 2002*, pp. 15-44.

ROULAND Norbert, 1995, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, 2^e édition, 127 p., coll. Que sais-je ?

SOCKENG Roger, 1995, *Les institutions judiciaires au Cameroun*, Douala, Groupe Saint François, 249 p.

THIREAU Jean-Louis, 2003, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2^e édition, 386 p., col. Champs, Université, Droit.

THOMAS Yann, 1995, « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain, cité par François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La découverte, 1995, p. 312.

UBINK Janine M., 2008, *In the Hands of the Chiefs. Customary Laws, Land Conflicts and the Role of the Chiefs in Peri-Urban Ghana*, Leiden University Press, 256 p.

Van de WEGHE Jean Pierre, 2004, *Forests of Central Africa, Nature and Man*, Tielt, Bruxelles, éditions Lannoo, 365 p.

VAN REES Daniel François Willem, 1928, *Les mandats internationaux. Les principes généraux du régime des mandats*, Paris, Rousseau, 259 p.

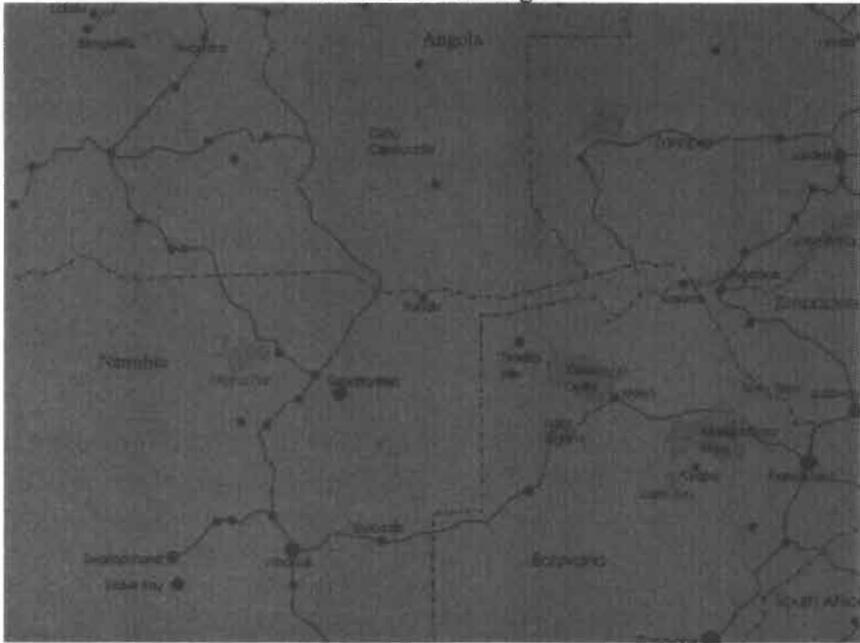
WORLD BANK, 2000, *A Review of the World Bank's 1991 Forest Strategy and its Implementation. Main Report*, Operations Evaluation Department.- Washington, D.C.,

ZAKANE, Vincent, 2008 (à paraître) « L'effectivité du droit de l'environnement au Burkina Faso » in GRANIER Laurent (dir.), *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique francophone*, Bonn, UICN.

Entre terre et eau, la gestion du delta de l'Okavango : un mécanisme d'ordre public écologique ?

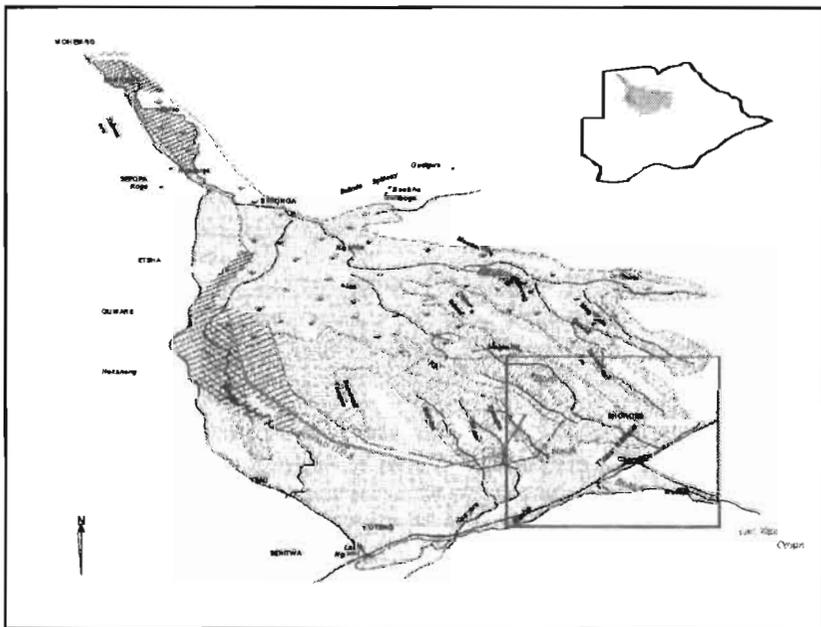
Parmi les cours d'eau qui traverse le Botswana, le fleuve Okavango a la particularité d'alimenter un delta dont les terres fertiles constituent les seules véritables terres agricoles du pays et sont un véritable enjeu de développement. Mais le fleuve Okavango est l'objet de nombreuses pressions à différents niveaux – local, national, régional, international. Aussi, plusieurs niveaux de réglementation relative à l'utilisation de l'eau et des terres s'appliquent. Plus spécifiquement encore, afin de discuter des droits sur l'eau du fleuve, une coopération multilatérale, susceptible de protéger *in fine* le delta, s'appuie sur la combinaison de ces droits d'origine différente et pose la question de la création d'un droit capable de saisir ces enjeux.

le fleuve Okavango



(d'après *Presentation on Every River Project*)

Le delta de l'Okavango



(d'après Snowy Mountains Engineering Corporation, 1987)

Les pressions dont est l'objet le fleuve Okavango illustrent les grandes questions relatives au manque d'eau que connaissent les États – épuisement des aquifères, précarité des ressources durables, poids des populations – tout en les situant concrètement dans leur contexte transfrontalier et supranational.

Au plan local, les eaux poissonneuses du delta qu'alimente le fleuve Okavango font vivre les pêcheurs. Les chasseurs locaux y trouvent une densité exceptionnelle d'animaux sauvages. Les éleveurs utilisent les terres qui sont d'excellents pâturages et peuvent ainsi exporter leur viande jusqu'en Europe. On cultive maïs et sorgho sur ces terres fertiles. Les communautés traditionnelles – Basarwa (San, cueilleurs-chasseurs), BaHerero (éleveurs), BaTawana (peuple Tsuana), Hambukushu (faiseurs de pluie) – en retirent tous leurs moyens d'existence. Les eaux du delta entretiennent aussi une faune riche et diversifiée : 40 espèces de grands mammifères, 400 espèces d'oiseaux, 95 de reptiles et d'amphibiens, 70 de poissons et 1060 de végétaux. À son extrémité orientale, s'étendent les paysages de la Moremi, que beaucoup considèrent comme la plus belle réserve d'Afrique australe et qui attirent de nombreux touristes.

Ainsi, sans le delta et l'eau qui l'alimente, le tourisme, l'utilisation de la faune, l'élevage du bétail, la pêche et l'agriculture n'existeraient pas sous leurs formes actuelles. Ces activités, jusqu'à l'avènement du diamant, font vivre les 1,2 millions d'habitants du Botswana.

Ce cours d'eau est aussi un cours d'eau international. Il prend sa source en Angola, traverse brièvement la Namibie avant de se jeter dans son delta au Botswana. En vertu de la réglementation internationale, la Namibie, le Botswana et l'Angola peuvent utiliser tout cours d'eau traversant leur territoire, aussi chacun des trois États a-t-il des revendications sur l'eau de l'Okavango. L'Angola ravive, notamment avec la fin de la guerre, ses projets de créer des réservoirs pour répondre aux besoins de sa population. La Namibie projette de détourner l'Okavango jusqu'à sa capitale Windhoek afin d'augmenter ses ressources en eau et ainsi d'alimenter la population de la zone centrale. Quant au Botswana, il envisage de draguer la Boro afin d'approvisionner en eau la population de Maun et de satisfaire les besoins des mines de diamants. Or tous ces projets d'extraction d'eau menacent la valeur écologique et par suite économique, sociale et culturelle du delta de l'Okavango.

De même, au niveau mondial, la disparition des zones humides entraîne des perturbations des systèmes naturels, lesquelles auront de lourdes répercussions sur la future disponibilité des ressources en eau

(Daily 1997 : 3). La disparition des zones humides porte ainsi atteinte au droit à l'eau et à ses implications : droit à la vie, à la santé, à l'alimentation... lesquels sont érigés en tant que droits fondamentaux de la personne.

À l'instar de l'imbrication des enjeux sur des échelles différentes, des droits d'origines et de natures différentes (occidental, non-occidental / écrit, coutumier / local, national, international) interviennent par superposition pour traiter ces questions.

Au Botswana, la réglementation nationale de l'utilisation de l'eau est intimement liée à l'utilisation des terres, laquelle connaît différents statuts : terres tribales, terres d'État ou terres franches. Aussi le droit national cohabite-t-il avec les pratiques locales notamment sur les terres tribales.

De plus, en tant que fleuve partagé, l'Okavango est pour partie soumis au droit national des deux autres États : l'Angola et la Namibie.

En tant que cours d'eau international, le fleuve Okavango est soumis à la réglementation internationale sur les cours d'eau. Quant à son delta, il est protégé par la Convention de Ramsar sur les zones humides d'importance internationale. Le modèle de gestion proposé par cette inscription contribue à mettre en œuvre une stratégie de développement durable organisée au niveau international.

La superposition de ces réglementations évolue aujourd'hui vers une tentative d'articulation. Cette mise en articulation des réglementations se trouve au cœur d'un processus de coopération, en cours de réalisation, auquel participe la population. Une commission de bassin – l'OKACOM – a été créée pour assurer l'approvisionnement en eau des États frontaliers tout en préservant la ressource, le delta, la faune et la flore qu'il abrite. En soutien à cette commission, la population est invitée à participer à la protection du fleuve et du delta *via* le projet *Every river has its people*.

Ainsi, lorsque le *Water Act* botswanais est accompagné des plans de gestion issus de l'OKACOM ou des principes de la Convention de Ramsar, la superposition d'instruments qui s'opère tend à montrer que l'Okavango est un enjeu majeur tant au plan national, régional (Angola-Namibie-Botswana) que mondial. Cela marque un phénomène qui ne concerne plus seulement l'État mais également une région de l'Afrique et à certains égards, la planète entière. Cette configuration positionne les États dans un rapport d'interaction susceptible de faire émerger une certaine coordination entre les normes juridiques produites au niveau international et multilatéral et le niveau national. À cela s'ajoute, qu'en

organisant la participation des populations aux décisions relatives à l'utilisation du fleuve et de son delta, ces décisions peuvent être ajustées aux réalités et aux besoins locaux.

Or, cette mise en articulation des niveaux international, régional, national et local nous apparaît comme une illustration du processus de création normative nécessaire à l'émergence d'un « ordre public écologique » que nous avons défini comme *un ensemble de règles acceptées et reconnues par tous dont le but est de protéger les processus écologiques supports de toute vie dans la perspective d'assurer le développement durable et le bien-être de l'humanité* (Belaïdi 2004 : 494).

Finalement, l'analyse du système de gestion établi autour du fleuve Okavango et de son delta pose la question de l'articulation des droits d'origine différente dans sa capacité à produire un droit qui saisisse les problématiques internationalisées tout en étant adapté aux réalités locales.

C'est en explicitant les règles et mécanismes de gestion qui entourent le fleuve Okavango et son delta (I) que nous pourrions repérer les critères d'émergence d'un *ordre public écologique* et qualifier le système qui s'établit (II). Ainsi, nous pourrions déterminer s'il est susceptible, à terme, de donner naissance à un droit de l'environnement qui s'inscrit dans les légitimités locales et la légalité nationale et internationale.

I - Cadre institutionnel et social de la gestion d'une ressource partagée

La gestion du bassin de l'Okavango, tant des terres que de l'eau, est vitale pour les populations du Botswana. Aussi, applique-t-on une pluralité de textes qui s'articulent entre eux au niveau national (A) et collaborent avec d'autres instruments issus d'institutions internationales (B). Ces combinaisons sont susceptibles de faire émerger une gestion du delta qui, tout en saisissant ces préoccupations internationales, réponde aux impératifs des populations (C).

A - L'eau au Botswana : entre droit de la pratique et loi formelle

Au Botswana, pratique et loi se combinent pour créer une réglementation où l'utilisation de l'eau est intimement liée à l'utilisation des terres (1). Or, au nom du développement économique, l'utilisation des terres autour du delta – par exemple pour les usages agricoles – repose sur des mécanismes qui omettent que le delta fait partie et a besoin

de son environnement pour exister et assurer la subsistance des populations (2).

1 - Entre terre et eau : de la pratique à la loi

Au Botswana, selon le *Water Act* (CAP.34:01 of 1968), l'accès à l'eau est libre. Toute personne a le droit d'utiliser l'eau pour arroser les cultures, faire boire le bétail et pour ses usages domestiques. Le *Water Act* autorise, par exemple, à extraire de l'eau à l'aide de puits de forage, de barrages, de canaux et d'autres travaux pour l'usage domestique et agricole.

Ainsi, dans les franges de l'Okavango et le long de la rivière Boteti, par exemple, les fermiers inondent une partie de leurs champs – un peu plus de 4600 ha par an. C'est une méthode qui donne de plus hauts rendements et offre un potentiel significatif alors que les rendements dans l'agriculture traditionnelle sont généralement bas et lourdement dépendants du climat.

Le fleuve Okavango est donc considéré et utilisé comme une réserve d'eau de surface. Or, un certain nombre de découvertes, dans le *sandveld* et le *hardveld*, suggèrent que l'abus et la destruction des terres marécageuses environnantes conduisent à l'assèchement des ressources de surface. Aussi, alors que l'approvisionnement en eau suffisante est une priorité de développement pour le Botswana, l'utilisation faite des terres autour du delta est déterminante.

D'ailleurs, sur les terres tribales, même si des accords sont passés avec ceux qui bénéficient des infrastructures, l'utilisation de l'eau doit se faire conformément au droit de la pratique.

Les terres tribales (*Tribal Land*) représentent 71% des terres du Botswana (terres d'État 23 % ; terres franches 6 %). La majorité des communautés rurales réside sur les terres tribales. Ces territoires sont possédés par la communauté dans son ensemble. Elles sont allouées gratuitement à tous les membres d'une tribu. On y fait paître les troupeaux, on la cultive, on y réside. Le système d'occupation des terres suit le modèle traditionnel : les ménages individuels possèdent un terrain délimité pour leur résidence et les terres de culture et de pâturage sont communautaires.

L'autorité sur la terre (autrefois détenue par les chefs de tribu) est détenue par les Conseils des Terres Tribales (*Tribal Land Boards*). Aussi le *Tribal Land Act* (Cap.32:02 of 1970 & 1993), qui organise l'utilisation de la terre dans les terres tribales, prévoit-il, en sus du *Water Act* qui définit et régit l'usage et les droits sur la ressource en eau, qu'une

autorisation doit être obtenue pour effectuer des puits de forage et qu'une séparation de 8 km au moins entre les points d'eau est nécessaire pour assurer la pérennité des zones de pâturage.

Avec ce simple exemple, on perçoit que le morcellement des responsabilités et la combinaison de deux droits d'origine différente permet d'allier l'utilisation de la terre et la disponibilité de la ressource en eau. Or, cette dépendance est mise à rude épreuve avec les pratiques actuelles.

2 - Le delta, son environnement et les usages agricoles

Après le diamant très prédominant, l'élevage du bétail est une source de revenus non négligeable pour le Botswana : elle représente une grande partie des exportations du pays. L'accord préférentiel passé avec l'Union Européenne sur les exportations de bœuf garantit que 55 % de la production de la *Botswana Meat Commission* (BMC) sera achetée à un prix jusqu'à 32 % supérieur au niveau du marché mondial. En contrepartie, l'UE impose un contrôle sanitaire strict du bétail.

C'est à cet effet que la *Veterinary Cordon Fence* – barrière électrifiée longue de 3 000 kilomètres et haute de 1,5 mètre qui traverse le delta oriental de l'Okavango – a été érigée en 1954. Elle sépare les troupeaux de buffles sauvages du bétail domestique pour empêcher la propagation de la fièvre aphteuse.

Si l'effet anti-contaminant est probant, il a été démontré que ces cordons vétérinaires ont des effets nuisibles sur la faune (Patterson, 1987). Les troupeaux de gnous, de zèbres, de girafes et d'autres animaux sont arrêtés net dans leur migration. Coupés des pâturages saisonniers et des points d'eau du nord, certains animaux s'empêtrent dans la clôture, d'autres meurent d'épuisement en cherchant à la contourner. La population de gnous a ainsi chuté de 99 % au cours de la dernière décennie, les buffles et les zèbres sont bloqués au nord des barrières. Or, en empêchant les animaux sauvages d'emprunter les itinéraires de migration vers les points d'eau, ces barrières nuisent au bon fonctionnement du delta.

Ce type de mesure oublie, en effet, que la faune contribue au fonctionnement global des marais de l'Okavango. La perte de biodiversité, opérée par l'ouverture du delta au bétail domestique, peut entraîner le déclin de la faune par la suite la dégénération progressive du système hydrologique. Cette destruction de la faune contribuerait, par ailleurs, à diminuer l'attrait de la région pour le tourisme et tarirait ainsi

un des pôles de développement économique du pays alors même que l'activité domestique vise ce même développement.

Aussi, des propositions de création de couloirs de migration ont-elles été avancées mais elles sont restées à l'état de projets. Des groupes internationaux tentent d'amener le Botswana à reconsidérer sa position et les autorités botswanaises et namibiennes étudient aujourd'hui la possibilité de retirer les barrières non indispensables pendant les périodes de migration. La Namibie s'est également engagée à éloigner le bétail des régions frontalières. Autre solution à l'étude : la création de parcs transnationaux qui permettraient aux animaux sauvages de passer facilement d'un pays à l'autre lors de leurs migrations.

On s'aperçoit alors que le passage à un autre niveau est nécessaire pour faire évoluer le débat. Mieux, c'est en considérant les principes et instruments juridiques érigés au niveau international que se dessinent des moyens pour lier la terre et l'eau dans leur utilisation au niveau local.

B - Apport des échelles internationales pour lier terre et eau

Les principes érigés au niveau international relèvent principalement de deux régimes : celui de la gestion des fleuves transfrontaliers (1) et celui de la gestion d'une zone humide d'importance internationale (2).

1 - Les principes de gestion d'un fleuve transfrontalier

La gestion d'un cours d'eau transfrontalier repose sur trois principes fondamentaux émis au niveau international :

- la souveraineté de chaque État sur le cours d'eau ;
- l'utilisation non dommageable du territoire (CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, 1949) et la « communauté d'intérêts » (CPIJ, *Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, série A, n° 23, p. 27).
- l'utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau, laquelle vise l'utilisation équitable du fleuve afin de garantir son utilisation optimale et durable.

Ces principes seront définitivement consolidés lorsque la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptée le 21 mai 1997 par la résolution 51/229 de l'Assemblée générale des Nations Unies, entrera en vigueur (par la réunion de 35 instruments de ratification).

Le respect de ces principes ne peut pas être contrôlé par les États eux-mêmes et un conflit ne peut être réglé par un tiers qu'à la condition que toutes les parties concernées en soient d'accord. Le respect de ces

principes se situe donc dans la prévention des conflits, laquelle nécessite le développement de mécanismes institutionnels facilitant un dialogue entre les États partageant le cours d'eau. Or la responsabilité de l'Angola – pays ascendant – envers la Namibie et le Botswana pour l'approvisionnement en eau du fleuve Okavango, les besoins en eau de la Namibie et sa responsabilité envers le Botswana pour l'approvisionnement en eau du fleuve Okavango et son delta, la responsabilité du Botswana quant à la conservation du delta de l'Okavango montrent combien de conflits pourraient se déclencher entre les trois États. Aussi, une commission de bassin – l'OKACOM – a-t-elle été établie par l'Angola, la Namibie et le Botswana afin de palier toute situation de conflit.

L'OKACOM a été fondée sur la base des établissements de bassin existant. Peu après l'indépendance de la Namibie en 1990, le nouveau gouvernement namibien a établi un certain nombre d'établissements de bassin sur les fleuves qu'il partage avec d'autres états. Les objectifs de ces commissions étaient de conseiller les gouvernements respectifs en matière de développement durable, d'utilisation rationnelle, de gestion intégrée et de conservation de la ressource en eau. En septembre 1990, les gouvernements de la République populaire de l'Angola et la République de la Namibie ont approuvé et réaffirmé les vieux accords sur le fleuve Cunene (qui débouche sur l'Atlantique) pris entre les puissances coloniales (le Portugal et l'Afrique du Sud) et rétabli une Commission technique permanente commune. En novembre 1990, les gouvernements des républiques du Botswana et la Namibie ont établi une autre commission technique permanente commune, pour discuter de la gestion de leurs ressources en eau commune. Chacun des trois États étant représenté bilatéralement par les deux commissions techniques pour évoquer la question du fleuve Okavango, le gouvernement namibien a suggéré d'en réunir les commissaires lors d'une réunion conjointe à Windhoek afin de discuter des futurs développements du bassin de l'Okavango et de la possibilité d'établir une commission tripartite du bassin de l'Okavango. Cette réunion a eu lieu à Windhoek en juin 1991 et a abouti à l'établissement entre l'Angola, le Botswana et la Namibie de la Commission permanente du bassin du fleuve Okavango (OKACOM) le 15 septembre 1994 à Windhoek.

L'accord OKACOM a pour seule ambition d'amener les États à envisager ensemble la gestion du bassin. Son but est de promouvoir une gestion durable du bassin par le développement et la mise en oeuvre d'un plan de gestion. La commission a donc proposé, en juin 1995 (OKACOM 1995), qu'une évaluation environnementale du bassin de l'Okavango soit

effectuée afin précisément de développer une stratégie intégrée de gestion de la ressource en eau. L'objectif est de rassembler un maximum de données sur l'état du cours d'eau afin de déterminer la quantité d'eau que chaque État pourrait prélever de l'Okavango pour atteindre ses objectifs de développement tout en assurant sa pérennité. Dans ce cadre, un diagnostic sur l'environnement physique, social et économique du Bassin de l'Okavango a été réalisé. Le plan de gestion est en cours de réalisation, il doit encore être approuvé par les trois États.

Cette initiative marque la volonté d'instaurer une collaboration effective entre plusieurs États frontaliers dans l'objectif de réaliser un but commun. Cette logique semble devoir se poursuivre avec le projet de coopération entre les États riverains sur le bassin du Zambèze – Zambie, Zimbabwe, Botswana, Namibie – et auquel l'Angola pourrait adhérer. Avec ce projet, le Botswana serait partie à deux accords internationaux, la Namibie et l'Angola à trois (en comptant l'accord qui le lie pour la gestion du Cunene). On voit ici se profiler non plus une simple logique de gestion de l'eau mais une logique de gestion des écosystèmes, situant ainsi véritablement l'eau dans son milieu, liant terre et eau.

Parallèlement, sous la pression de la population locale et des différentes ONG investies dans la protection du delta, le gouvernement du Botswana a signé, le 4 avril 1997, la convention **relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau adoptée à Ramsar (Iran), le 2 février 1971, amendée par le protocole du 3 décembre 1982 et les amendements de Regina du 28 mai 1987** (www.ramsar.org/key_conv_f.htm). Cette adhésion inscrit le système du delta de l'Okavango – c'est-à-dire le fleuve Okavango, son delta en entier, le lac Ngami et les parties des rivières Kwando et Linyanti qui coulent à l'ouest de la frontière occidentale du Parc national de Chobe – comme une zone humide d'importance internationale.

2 - Les principes de gestion d'une zone humide d'importance internationale

La convention de Ramsar prend en compte l'idée que l'habitat des espèces à conserver doit être protégé tout autant que les espèces elles-mêmes. Conformément à l'article 3 de la convention, le Botswana doit œuvrer dans le sens d'une utilisation rationnelle du delta, dont une définition implicite et **très générale** semble apparaître lorsque le préambule de la Déclaration de Stockholm en 1972 fait référence à « ce pouvoir qu'a l'homme de transformer le milieu dans lequel il vit » et précise que « s'il est utilisé avec discernement, [il] peut apporter à tous les peuples les bienfaits du développement et la possibilité d'améliorer la

qualité de vie. Utilisé abusivement ou inconsidérément, ce même pouvoir peut causer un mal incalculable aux êtres humains et à l'environnement ».

La *gestion écologiquement rationnelle* vise à combattre les comportements potentiellement générateurs d'irréversibilités. Elle postule, en effet, une approche complète de la relation homme-nature en tenant compte non seulement des capacités de destruction de l'homme mais aussi de ses moyens d'action en faveur de la conservation. Le terme *gestion* peut s'appliquer à des activités d'exploitation économique des ressources comme à tout autre forme d'utilisation en intégrant des mesures de protection. Gérer implique, par conséquent, la conscience pour l'homme de son pouvoir sur l'équilibre des milieux naturels et désigne une participation active de l'homme à la conservation de la nature. L'activité de gestion permet, notamment, d'appréhender une certaine responsabilité morale qui s'accompagne de la possibilité d'une mise en jeu de la responsabilité juridique des différents acteurs (et donc des différents niveaux de participation à la gestion).

Ainsi, le principe de *gestion écologiquement rationnelle* sous-tend une approche patrimoniale d'un point de vue écologique (et non financier) qui permet d'envisager l'avenir dans une logique de transmission, ce qui implique une responsabilité vis-à-vis des générations futures. Dépassant le concept de ressource utilisable immédiatement et de manière illimitée, l'approche patrimoniale appliquée à l'environnement ou aux éléments de la nature (écosystèmes, espèces animales ou végétales...) inscrit les actions humaines dans une continuité temporelle. Ceci paraît constituer une bonne approche pour lutter contre toutes les formes de dépassement de la limite au-delà de laquelle la « reconstitution » de l'environnement n'est plus possible. Le lien temporel qui lie l'irréversibilité et le patrimoine impose, en effet, au gestionnaire du patrimoine la conscience de sa responsabilité à l'égard des générations présentes et futures. Sous l'angle de la logique juridique, cette approche se traduit par le respect de deux principes essentiels : l'équité et la responsabilité.

La Conférence de Rio semble, d'ailleurs, attribuer à ce mode de gestion un statut de « principe d'action » dans le cadre de l'Agenda 21 (vol. II, art. 14.55, p. 183) où, avec l'« utilisation rationnelle », il y prend le sens d'une conservation mise au service de l'utilisation dans une perspective de long terme. De même, l'article 2 de la Convention de Rio sur la diversité biologique (*RGDIP*, 1992, pp. 952-975 ; www.biodiv.org/doc/legal/cbd-fr.pdf) recourt à la notion d'*utilisation durable* qu'elle définit comme « l'utilisation des éléments constitutifs de la diversité biologique d'une manière et à un rythme qui n'entraînent pas leur appauvrissement dans le long terme, et sauvegarde ainsi leur

potentiel pour satisfaire les besoins et les aspirations des générations présentes et futures ».

Mise en place en lien avec le concept de « développement durable », l'*utilisation durable* apparaît comme un principe destiné à guider les politiques de développement auxquelles la protection de l'environnement participe. En ce sens, l'*utilisation durable* constitue l'un des principes visant à une exploitation maîtrisée des ressources naturelles en respectant des exigences de conservation.

Le concept d'*utilisation durable* est d'ailleurs souvent employé conjointement avec le concept d'*utilisation rationnelle*. Dans l'Agenda 21, on trouve l'idée d'un « développement durable et écologiquement rationnel » (art. 11-1), d'une « gestion rationnelle à long terme » ou encore « d'harmonisation du développement durable avec des politiques compatibles avec une utilisation écologiquement rationnelle des ressources » (art. 11-22-k). Ainsi, une *utilisation durable*, c'est-à-dire qui puisse perdurer sans compromettre le potentiel de la ressource, repose sur une *utilisation rationnelle*.

La juridicisation de la notion d'*utilisation rationnelle* semble démontrer les efforts du droit pour s'adapter aux réalités écologiques et économiques et intégrer des concepts suffisamment souples pour concilier les deux. Chacun des deux termes renvoie, en effet, à une logique particulière. Alors que l'utilisation implique une action pour le bénéfice de l'homme, de son association à la rationalité écologique émane un objectif sous-jacent : celui d'aboutir à une action respectant un équilibre dynamique. L'utilisation a été régulée afin de ne plus seulement avoir pour enjeu la répartition d'avantages ou le développement économique ; il s'agit de parvenir à protéger les ressources en imposant un cadre, des limites aux activités humaines et à leur impact sur les éléments naturels. Il s'agit d'organiser le respect du milieu de vie.

Le critère est donc déterminé : la relation au temps est susceptible de conditionner les activités humaines en leur fixant des limites elles-mêmes établies sur la base de la capacité de renouvellement de la ressource. L'utilisation présente ne doit pas entraîner une perte de potentiel pour une utilisation future. Par conséquent, le concept a pour finalité le maintien d'une continuité dans l'utilisation et prend en compte la valeur d'option des éléments naturels pour les générations à venir.

À cet égard, le Botswana doit mettre en oeuvre un plan de gestion sur le delta entier. Le but à long terme du plan de gestion est de fournir un plan intégré de gestion des ressources pour le delta de l'Okavango qui assurera sa conservation à long terme et fournira des avantages pour le **bien-être présent et futur des populations** par l'utilisation durable de

ses ressources naturelles. D'ailleurs, les populations et les ONG se sont vues reconnaître un rôle important par l'OKACOM.

C - Une gestion du bassin adaptée aux réalités locales

L'accroissement démographique, les intérêts miniers et l'augmentation du tourisme mettent les ressources du delta à rude épreuve. Aussi, l'OKACOM a prévu la participation des différentes catégories de personnes intéressées à la gestion du bassin de l'Okavango : ceux qui tirent leurs moyens de subsistance directement du fleuve ; les fonctionnaires des gouvernements local et national qui contrôlent les ressources naturelles ; les ONG qui travaillent avec les communautés locales ; les entreprises locales qui utilisent l'eau et ses ressources ; les touristes qui visitent le bassin ; la communauté scientifique qui étudie les écosystèmes du bassin. Pour ce faire, la commission a établi le BWF (*Basin Wide Forum*).

Le BWF a été créé par l'intermédiaire du projet *Every river has its people*, lequel est dû à l'initiative d'un réseau d'ONG – *Okavango Liaison Group* (groupe de liaison de l'Okavango - OLG). Il est mis en application par un certain nombre d'ONG, dont l'IUCN (organisation à statut spécial composée d'États et d'ONG), en Namibie et au Botswana, et il est en cours en Angola. Alors que le fleuve Okavango est au cœur d'une polémique où s'affrontent les différentes « populations », l'objectif est de favoriser leur participation afin d'en permettre une gestion durable.

Les organisateurs de safaris refusent de voir l'image du delta se détériorer.

Les éleveurs tablent sur une réduction du delta pour accroître leurs pâturages.

Les petits fermiers craignent que le cycle du flux, qui apporte des substances nutritives à leurs terres, ne soit perturbé.

Pour les communautés traditionnelles – Basarwa (San, cueilleurs-chasseurs), BaHerero (éleveurs), BaTawana (peuple Tsuana), Hambukushu (faiseurs de pluie), tout ce qui représente une menace pour l'eau, représente une menace pour elles car elles vivent des ressources du delta, en exploitant et utilisant les ressources naturelles. Presque toutes les activités exercées par ces groupes dépendent directement de la présence de l'eau dans le delta de l'Okavango. Cette revendication prend encore plus d'importance alors que la protection des droits des peuples autochtones est l'objet d'une protection spécifique non seulement par la Convention sur la diversité culturelle de l'UNESCO mais aussi par la

Déclaration sur les droits des peuples autochtones adoptée récemment par les Nations Unies.

Dans le cadre du BWF, les revendications des différentes populations et groupes d'intérêt – détenteurs traditionnels, pêcheurs, industriels, fermiers, femmes, jeunes... – des trois États parties sont formulées par 30 représentants. Ils se réunissent au moins deux fois par an dans le cadre de chaque pays et au moins une fois par an dans le cadre du bassin.

La coopération entre les autorités publiques, les communautés locales et les entreprises qu'implique cette institution vise à établir un processus de co-gestion par lequel on accroît la capacité des populations locales à participer à la co-gestion de l'Okavango et l'on en crée les mécanismes. L'objectif du projet est d'étudier les expériences vécues par les populations dans le bassin, afin de formuler des plans d'action valables pour l'ensemble des populations du bassin.

Le BWF a plusieurs missions. Par l'intermédiaire des représentants présents sur le terrain, il fournit des informations aux populations locales sur la conservation du bassin, constate les abus ou la mauvaise gestion qui peut être faite dans le bassin, aide à gérer les zones de conservation (*conservancies*), facilite l'éducation environnementale.

Le dialogue ainsi établi permet au BWF de travailler avec les structures du gouvernement local pour la mise en œuvre de la politique nationale. Il peut aussi mobiliser et consulter la communauté sur des questions relatives à la conservation, la gestion et l'utilisation durable des ressources du bassin. Il peut encore formuler et ainsi sauvegarder le mode d'utilisation traditionnelle des ressources naturelles de certaines communautés.

Ce projet est fondé sur une information précise apportée aux populations et communautés locales mais aussi sur une éducation à l'environnement afin d'être en mesure de saisir cette information. Il repose aussi sur le vécu, les expériences des populations et communautés locales. Or, cette zone compte de nombreux groupes de peuples autochtones qui, en raison de leur antériorité d'occupation du territoire et de leur vision particulière du monde (*Cosmovision* – Belaidi 2006), détiennent un savoir traditionnel sur la gestion du bassin qui s'avère très précieux au vu de l'objectif poursuivi.

Par exemple, les *Khoisans* – reconnus comme les plus anciens habitants de toute une partie de l'Afrique australe – que l'on trouve principalement dans les *Conservancies* (les zones de conservation particulière dans les terres communautaires) viennent de voir leur bonne intendance du milieu consacrée par une décision de justice. Alors que le

gouvernement botswanais expulsait les *Khoisan* de la Réserve naturelle du Kalahari Central – notamment en les privant de tout accès à l'eau – au motif que leur présence et leur mode de vie interfèrent avec les stratégies de conservation, la décision de la Haute Cour de Gaborone, rendue le 13 décembre 2006 à Lobatse, s'appuie sur la gestion et l'utilisation des ressources naturelles exercées par ces communautés pour rétablir leur droit à vivre sur ces terres. La décision de justice n'est toujours pas appliquée par le gouvernement du Botswana, sans pour autant qu'il en ait été fait appel. Cette position déclenche une vive polémique au niveau international, notamment au vue de l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones.

On aperçoit alors, que le processus de co-gestion amorcé, en donnant une voix aux réclamations des populations et communautés locales sur l'eau et ses ressources est susceptible de mettre en balance les objectifs nationaux mais aussi de renouveler ou de renforcer les principes internationaux. Le projet *Every river has its people* sert, alors, une coopération régionale coordonnée et efficace des ONG et des communautés et populations de l'Okavango, laquelle peut à terme renforcer les liens entre les différents niveaux de décisions et, par là, promouvoir un modèle régional de participation à la gestion d'une ressource partagée.

Ces perspectives permettent d'envisager un mécanisme qui puisse répondre aux problématiques internationalisées tout en étant adapté aux réalités locales. Cette construction situe l'eau et son utilisation dans une perspective temporelle qui renvoie soit à la maîtrise immédiate soit à la gestion durable dans une problématique mettant en coordination le droit international, le droit régional, le droit national, le droit local (province), le droit de la pratique. Pour nous, cette configuration et le modèle de gestion établi est alors susceptible d'illustrer la création d'un mécanisme particulier : *l'ordre public écologique*

II - Vers un processus d'ordre public écologique ?

Nous commencerons par expliciter les mécanismes (A) qui, selon nos travaux, peuvent donner naissance à un processus d'ordre public écologique qui conduit à *accepter et reconnaître un ensemble de règles dont le but est de protéger les processus écologiques supports de toute vie dans la perspective d'assurer le développement durable et le bien-être de l'humanité* (Belaïdi 2004). Pour ensuite, évaluer les potentialités du

mécanisme de gestion établi autour de l'Okavango de faire émerger un « ordre public écologique » en Afrique australe (B).

A - Les mécanismes de l'ordre public écologique

Le XX^e siècle a été témoin de *l'internationalisation* – la mise en rapport de ce qui appartient aux entités souveraines – des questions les plus importantes qui faisaient auparavant partie du domaine réservé des États. D'après sa théorisation, l'internationalisation suppose l'existence d'un rapport dialectique entre les droits nationaux et le droit international. Ainsi, *l'internationalisme* n'est pas le rejet de l'idée de Nation, mais l'ouverture à l'humanité toute entière et à la solidarité entre les peuples. De là, une *universalisation* du droit international peut s'accomplir, c'est le cas avec l'adoption de la Charte des Nations Unies (et le processus de décolonisation). Son produit final, c'est *l'universalité* : l'existence de valeurs communes à tous les États et à tous les peuples. L'universalité est alors la transformation des biens entre les mains de quelques-uns, en biens accessibles à tous.

Mais ce n'est pas le cas en matière de protection de l'environnement. Actuellement, l'emboîtement référentiel mondial qui se superpose à l'échelle nationale, elle-même chapeautant le niveau local est insuffisant pour saisir les problématiques internationalisées tout en répondant aux réalités locales.

Pourtant, la volonté de transférer ce qui relevait exclusivement de la compétence nationale à la compétence internationale montre que les États et les peuples visent à converger vers la promotion et la protection des valeurs sociales communes essentielles tout en conservant leur diversité. Ce mouvement d'intensification des relations et d'ouverture des systèmes juridiques tend à amener les hommes à raisonner ou à être conduits à raisonner, quant aux valeurs sociales essentielles, à peu près avec les mêmes schémas de pensée. Des dispositions peuvent être intériorisées par les acteurs, véhiculées et imposées au travers des différentes échelles spatiales. La mise en place de normes mondiales trouve alors toute sa signification : la **recherche d'un état souhaitable qui n'existe pas encore**. On s'aperçoit, en effet, que l'articulation des différentes échelles produit des conséquences juridiques que l'on peut appeler phénomène de *mondialisation du droit*, lequel permettrait de saisir la relation homme-environnement.

Ce phénomène repose sur la prise de conscience par les États de leur interdépendance. En effet, la volonté de se donner des « lois communes » a découlé des conventions multilatérales. La société internationale a alors progressivement regroupé et dépassé les sociétés dans leur cadre étatique,

dans la mesure où les États se sont imbriqués dans une communauté constituée des États et de leurs ressortissants créant la Communauté internationale. Cela signifie que la société internationale est, aujourd'hui, tenue par un lien de solidarité spécifique qui dérive des rapports internationaux, c'est-à-dire des échanges de tout genre entre individus appartenant à des sociétés politiques différentes. Ce lien de solidarité, en tant que fait, rejoint la norme juridique par l'intermédiaire de la « conscience sociale », qui permet à la solidarité de se transformer en règle de droit (ROMANO 1975). Ce mouvement exprime alors une philosophie qui consiste principalement à envisager la Société internationale comme une collectivité humaine. Il est la preuve d'une évolution significative : le passage de la Société internationale, celle que forme l'ensemble des États et des organisations internationales qu'ils créent, à la Communauté internationale qui marque l'existence d'intérêts communs et à laquelle participe la « société civile ». C'est finalement en fonction des vues de la société actuelle que le système juridique est ordonné et qu'il impose le respect de cet « ordre juridique » à tous les acteurs de la vie sociale.

La « société civile » détermine donc les valeurs sociales qui structurent les ordres juridiques. De manière générale, rappelons-le, les règles de droit – destinées à régir les actes d'hommes vivant en société – poursuivent des buts qui ont pour objet la protection des valeurs sociales. La consécration de ces valeurs est une des fonctions les plus importantes du droit dans tout système social.

Dans ce cadre précis, nous retenons *les groupes sociaux, mouvements, organisations et associations non-étatiques et non-économiques* comme auteurs principaux de la détermination des valeurs sociales. Plus précisément, c'est leur participation à la vie sociale et l'expression de ce que ces acteurs considèrent comme étant les éléments essentiels au fonctionnement de la société qui permet de les déterminer.

La participation permet, en effet, de relever l'expression de la « Société civile ». Celle-ci peut exprimer soit certaines valeurs soit une certaine manière d'envisager l'ordre social donnant ainsi naissance à une opinion publique internationale susceptible de donner corps à de nouvelles règles. Le droit enseigne que si cette expression prend un caractère collectif, constant et inscrit dans une certaine durée, elle peut constituer le vecteur de la diffusion dans la société interétatique de représentations communes.

Cette « fonction » de la participation peut s'avérer très intéressante alors que les concepts du droit de l'environnement se diffusent

effectivement à travers les différentes échelles, du fait du phénomène de mondialisation du droit, mais que la dimension écologique reste quant à elle encore mal perçue. Le recours à la « mobilisation » et à la participation de la « société civile » – qu’elles soient organisées comme les organisations non gouvernementales et associations ou non organisées comme l’individu – ne pourrait-il être vu comme un moyen de prescrire la production juridique soit en l’impulsant soit en la fortifiant, donnant ainsi potentiellement naissance à des normes de comportements adaptées aux problèmes environnementaux ?

Nous avons montré (Belaïdi 2004) que ce « mécanisme » pourrait faire émerger l’outil « ordre public », offert par le droit, qui permet de désigner les valeurs les plus importantes pour la société, dans sa composante écologique. L’action synergique de la « mondialisation » du droit de l’environnement et de la participation des populations (organisées ou non) permet d’associer, en matière écologique, l’ordre public matériel qui retient les valeurs auxquelles nul ne peut déroger à l’ordre public fonctionnel destiné à sanctionner les comportements attentatoires à ces valeurs.

Cette possibilité de voir émerger un « ordre public écologique », un impératif social de protection du milieu de vie contre les atteintes qu’il subit, fournirait au système de protection de l’environnement les moyens de surmonter les contradictions qui le traversent.

La construction d’un tel « ordre public écologique » permettrait d’ordonner le système juridique, à travers l’activité des institutions productrices de norme, en fonction des nécessités de la société, lesquelles sont énoncées par la Communauté internationale donc y compris la « Société civile ». La production juridique – y compris privée – est, en effet, déterminée par les normes d’ordre public. Dans la conception héritée du droit privé, l’ordre public protège certains domaines par des normes auxquelles on ne peut déroger, pas même les acteurs privés par convention spéciale.

La construction d’un « ordre public écologique » est alors susceptible de faire admettre que les hommes vivent en société, qu’ils accordent une valeur fondamentale au respect de leur environnement naturel et comprennent que les rapports qu’ils entretiennent entre eux peuvent l’affecter. Le qualificatif « écologique » retenu met justement en relief que l’homme est un élément particulier mais pas extérieur à la biosphère et à l’ensemble des écosystèmes qu’elle abrite. Cela signifierait aussi que le renforcement d’une vision globale et des valeurs mondiales, qui s’opérerait par cette voie, pourrait réduire les asymétries de la puissance

et de la responsabilité dans les rapports des hommes avec la nature et des sociétés entre elles.

Ainsi, la distinction entre société internationale et communauté internationale ne relève pas de la simple nuance, elle peut être le pivot du renforcement de la valeur sociale que représente un environnement de qualité. Cette évolution est, alors, susceptible de donner naissance à de nouvelles formes de création juridique, de raviver la discussion sur l'organisation de la vie internationale et de fournir les moyens de répondre aux finalités de la protection de l'environnement.

L'articulation entre les différents niveaux – international, national, local – permet de saisir les valeurs sociales partagées et ainsi de les renforcer. De là, d'une part, la norme internationale peut perdre son caractère dogmatique pour devenir une pratique identifiable au plan local et d'autre part, la participation des individus, associations, ONG peut devenir créatrice de politique mondiale. Or, en Europe, certaines évolutions attestent déjà de cette potentialité. Est-ce aussi le cas du système établi autour de l'Okavango ?

B - Des indices d'émergence d'un ordre public écologique en Afrique australe?

En Europe, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme accrédite l'idée qu'un « ordre public écologique » pourrait émerger de l'appropriation du droit international par les individus (1). Peut-on discerner la même évolution pour le système établi autour de l'Okavango ? (2)

1 - L'exemple européen

Dans le domaine européen, grâce au recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme¹, un droit à la qualité de la vie qui n'est pas inscrit dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, a été créé de toutes pièces par les juges et doit être mis en œuvre par les États membres.

¹ Une action devant les organes de la Convention est recevable à la condition que la violation de ce texte ait été préalablement dénoncée devant le juge national par l'invocation de règles internes équivalentes et qu'il y ait eu épuisement des voies de recours internes.

C'est d'abord dans le cadre l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹, qui protège la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance des justiciables des États membres du Conseil de l'Europe, puis avec la reconnaissance des implications environnementales du droit à la vie (article 2 paragraphe 1 de la Convention) que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait émerger depuis quelques années un véritable droit à la qualité de la vie. Ainsi, aujourd'hui, dès lors que des activités humaines sont de nature à créer un risque sérieux pour la vie ou les différents aspects du droit à la vie, l'obligation positive qui découle du droit à la vie rend les autorités nationales compétentes pour le contrôle des sites responsables des carences et/ou négligences qui pourraient leur être imputées et ainsi prévenir la matérialisation des risques encourus. Les parties contractantes à la Convention doivent donc prendre des mesures pour protéger la vie de victimes, réelles ou potentielles, contre des risques environnementaux.

Lorsque les dispositions d'un arrêt de la Cour déclarent qu'il y a violation de la Convention, l'État en cause doit, en effet, agir afin qu'il soit mis fin à la violation pour l'avenir et que les conséquences de celle-ci soient autant que possible effacées. Même si seul l'État peut décider d'abroger ou de modifier sa législation afin de la rendre conforme à la Convention (dans le cadre des mesures générales), l'État n'a pas intérêt à différer trop longtemps cette adaptation législative au risque de s'exposer à une nouvelle condamnation. D'ailleurs, dans un arrêt, la Cour a semblé vouloir conférer à ses propres décisions un effet direct à l'égard du juge national : elle signifie à ce dernier qu'il doit écarter la loi interne jugée contraire à la Convention, dès lors que la solution dégagée par la Cour n'est « ni imprécise ni incomplète » (CEDH, *Vermeire*, 29 novembre 1991, série A, n° 214-C, § 25). De plus, la Cour a, par deux fois, clairement affirmé vouloir condamner l'État qui laisse subsister dans son droit interne des dispositions législatives similaires à celles qui ont valu à un autre État partie un constat de violation de la Convention (CEDH, *Modinos c/ Chypre*, 22 avril 1993, série A, n° 259, § 20-24). Ainsi, la Cour semblerait ne plus entendre limiter les effets d'un arrêt, constatant une violation du fait d'une norme générale contraire à la Convention, au seul cas d'espèce et au seul État condamné (et cela en dépassant les termes de l'article 46 de la Convention).

¹ Signée à Rome le 4 novembre 1950 par les États membres du Conseil de l'Europe, est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

Nous suggérons, dans des travaux récents (Belaïdi 2005 : 57-80), que cette évolution est fondée sur des mécanismes propres à l'émergence d'un ordre public écologique au niveau européen.

Aussi, proposons-nous de suivre le même raisonnement et de rechercher si l'organisation de la gestion établie autour de l'Okavango évoque cette construction en Afrique Australe.

2 - Vers un mécanisme d'« ordre public écologique » en Afrique australe ?

Il existe plusieurs niveaux de gestion sur le bassin de l'Okavango :

- un niveau international : les principes de gestion de la Convention de Ramsar et la stratégie de Développement durable, relayés par le droit international et les ONG, orientent la gestion du bassin ;

- un niveau régional : l'OKACOM qui conduit le processus de gestion durable du bassin entier ;

- un niveau national : les gouvernements engagés dans la planification des activités. La Namibie conduit une analyse de la ressource en eau et le Botswana met en œuvre un plan de conservation des zones humides en vertu de la Convention de Ramsar et de sa politique nationale ;

- un niveau provincial : les institutions mettent en œuvre les projets sur l'eau (le Conseil de district du Ngamiland construit des canalisations d'eau le long du Delta de l'Okavango) ;

- un niveau local : les autorités des villes et villages assurent l'approvisionnement quotidien en eau pour les populations et les besoins de l'agriculture ;

- un niveau de « proximité » (pour affiner encore le niveau local) : les populations et communautés qui vivent dans le bassin.

Cette structuration suit le schéma de l'emboîtement des différentes échelles propres à la mise en œuvre classique de la règle. Pour autant, on sait qu'en matière de protection de l'environnement, cette technique n'est pas pertinente et qu'elle doit être dépassée au profit d'un processus d'articulation entre ces échelles.

Or, si l'Okacom avait pour objectif premier de discuter des droits des trois États sur l'eau de l'Okavango, elle est aujourd'hui investie dans la protection de la biodiversité du bassin, assurant ainsi la pérennité de l'écosystème du fleuve et de son Delta. Les trois États mettent, en effet, en œuvre conjointement les obligations de la Convention sur la diversité

biologique dans le cadre d'une stratégie et d'un plan d'action sur la biodiversité (Okaflo, n° 3, July 2006). D'autant que la question est amenée à rebondir avec les perspectives de création de parcs transnationaux envisagées pour permettre aux animaux sauvages de passer facilement d'un pays à l'autre lors de leurs migrations. Ces zones de conservation transfrontières s'appuient sur une coopération entre États et sur des collaborations public-privé.

Cette démarche peut permettre d'évoluer d'une logique élémentaire vers une logique d'ensemble, valorisant la notion d'écosystème et de biosphère, et non plus seulement un certain nombre d'espaces et d'espèces. La constitution de grandes zones protégées représente au niveau des espèces et des écosystèmes un cadre très favorable à la diversité biologique car elle permet l'amélioration de la connaissance des processus naturels et assure une meilleure gestion humaine de la nature en fonction des divers objectifs poursuivis dans les ranchs de chasses, les réserves privées, les sanctuaires locaux...

Cette configuration semble illustrer, à une échelle locale, la logique de l'« ordre public écologique ».

Le passage de la stricte maîtrise de l'eau par les États à l'adoption de plans de gestion écologique de la ressource tend, en effet, à montrer que les échelles mentionnées sont non seulement superposées mais qu'elles interagissent entre elles. La reconnaissance de la nécessité de sauvegarder l'intégralité de l'écosystème dans l'intérêt des populations – pérennité de la ressource, tourisme, activités agricoles, sauvegarde de la culture – et pour l'importance internationale du bassin a permis de dépasser les intérêts immédiats des États. La collaboration des différentes échelles dans une logique de conservation patrimoniale, héritée en partie d'institutions internationales, permet de dégager un consensus autour de valeurs communes servant une vision écologiquement durable susceptible de voir émerger une gestion différenciée et intégrée des écosystèmes. Cette évolution présente la protection de l'environnement dans sa complexité comme une valeur sociale prioritaire, parce que les conditions de vie reposent sur la qualité du milieu. En remplaçant l'eau du fleuve Okavango dans son écosystème, les autorités tendent ainsi à éviter la disparition du Delta et les conséquences écologiques, économiques, sociales et culturelles qu'elle engendrerait.

Toutefois, cette construction est aujourd'hui soumise à un défi de taille. Des études récentes montrent que le changement climatique, en modifiant le régime des pluies, participe au déplacement des écosystèmes. Les conséquences peuvent en être dramatiques pour les populations en modifiant les activités susceptibles d'être exercées ou en

les obligeant à migrer vers d'autres territoires. L'observation de la réactivité des institutions à ce changement permettra en clarifiant le fonctionnement du mécanisme et en évaluant la nature du droit ainsi élaboré de vérifier qu'il s'agit d'un mécanisme d'« ordre public écologique ».

Le mécanisme d'ordre public écologique repose sur les études des ONG et/ou de la communauté scientifique, ainsi que sur les connaissances, informations et observations des populations et communautés locales pour évaluer le changement. Plus précisément, si l'articulation des échelles internationale et de « proximité » avec les niveaux régional – l'Okacom – et national (ainsi que leur déclinaison) s'effectue, elle doit conduire à la prise en compte du changement et à l'élaboration de mesures anticipatrices afin d'éviter les désagréments du changement considéré. Seule, la réunion de ces éléments – articulation des échelles, prise en compte du changement et élaboration de mesures – permet de considérer qu'un mécanisme d'ordre public écologique apparaît. C'est ici la substance du mécanisme de « l'ordre public écologique » : permettre au système juridique de prévenir les atteintes graves à l'environnement afin d'éviter d'altérer les conditions de vie.

Les éléments rapportés dans cette contribution sont en cours de mise en place et l'analyse ne dispose pas du recul suffisant pour établir des conclusions. On ne peut ici émettre que certaines hypothèses que l'expérimentation renforcera. Aussi, cette zone reste-t-elle un site d'observation et d'études pour nos recherches sur les potentialités des nouveaux processus de création normative en matière de protection de l'environnement compris en tant que « milieu de vie ».

Bibliographie

- ABDELGAWAD W., 2003, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *RIDE*, 2003-2, pp. 197-232.
- BELAÏDI Nadia, 2005, « Droits de l'homme, environnement et ordre public : la garantie du bien-être » in Boutelet-Rocaille M., Fritz J.-C. (dir.) *L'ordre public écologique*, pp. 57-80.
- BELAÏDI Nadia, 2004, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Thèse, Université de Bourgogne, Dijon, 612 p., à paraître, Bruxelles, Bruylant 2008.
- BELAÏDI Nadia, 2006, « Apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique » in Fritz J.-C. Deroche F. & Fritz G. (dir.), *La nouvelle question indigène*, pp. 401-424.
- BOCK J., 1998, "Economic Development and Cultural Change among the Okavango Delta Peoples of Botswana", *Botswana Notes and Records*, vol. 30, pp. 27-44.
- BOUTELET-ROCAILLE Marguerite, FRITZ, Jean-Claude (dir.), 2005, *L'ordre public économique*, Bruxelles, Bruylant, 345 p.
- Carrier. Volume 1: Summary report*. Windhoek: DWA.
- COLCLOUGH Christopher et Mc CARTHY Stephen, 1980, *The Political Economy of Botswana. A Study of Growth and Distribution*, Oxford, Oxford University Press, 298 p.
- DAILY Gretchen C., 1997, *Nature's Services: Societal Dependence on Natural Ecosystems*, Washington D. C., Island Press, 392 p.
- Department of Water Affairs, South-West Africa Branch. 1969. *Popa Falls Hydro-Power Scheme: Preliminary Feasibility Investigation*. Windhoek: DWA.
- Department of Water Affairs, South-West Africa Branch. 1974. *Waterbronontwikkeling met spesiale verwysing na die benutting van binnelandse surplus watervoorrade as alternatief tot die benutting van die water van die noordelike grensriviere*. (Water resource development in South-West Africa with special reference to the utilisation of surplus water sources within the country as an alternative to the utilisation of the northern border rivers). Windhoek: DWA.
- Department of Water Affairs, 1984. *Preliminary Reconnaissance Report on the Irrigation Possibilities along the Okavango River in the Kavango*, Windhoek, DWA.
- FAO, 1977, *Investigation of the Okavango Delta as a Primary Water Resource for Botswana*, Rome, Food and Agriculture Organisation.
- FRITZ Jean-Claude, DEROCHE Frédéric & FRITZ Gérard, 2006, *La nouvelle question indigène, peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, L'Harmattan. 506 p.

HASLER R., 2000, "The Hydro-Politics of the Okavango Delta: Property Rights and the Management Implications of Completing Land and Water Use Strategies", *Botswana Notes and Records*, vol. 32, pp. 73-83.

HEYNS, P., 1995, The Namibian Perspective on Regional Collaboration in the Joint Development of International Water Resources, *International Journal of Water Resources Development* 11(4).

HEYNS, P., 1999, *Water Resources Management in Namibia with Regards to the Implementation of the Protocol on Shared Watercourse Systems of the Southern African Development Community*, Windhoek, DWA.

IUCN, 1992, *The IUCN Review of the Southern Okavango Integrated Water Development Project*, Gland, Switzerland, IUCN, 543 p.

MAIN Michael, 1987, *Kalahari, Life's Variety in Dune & Delta*, Johannesburg, Southern Book Publishers, 265 p.

MATIZA T. & CHABWELA H.N., 1992, *Wetlands Conservation Conference for Southern Africa. Proceedings of the SADCC Wetlands Conference*, Gland, Switzerland, IUCN, 224 p.

Ministry of Agriculture, Water and Rural Development, Department of Water Affairs, 1993. *Central area water master plan. Volume 1: Summary report*. Windhoek, DWA.

Ministry of Agriculture, Water and Rural Development, Department of Water Affairs, 1997, *Feasibility Study on the Okavango River to Grootfontein Link of the Eastern National Water*.

Ministry of Agriculture, Water and Rural Development, Department of Water Affairs 1997.

MOYO Sam, O'KEEFE Phil & SILL Michael, 1993, *The Southern African Environment. Profiles of the SADC Countries*, London, Earthscan, 354 p.

OKACOM, 1995, *Project Proposal for an Environmental Assessment of the Okavango River Basin and the Development of an Integrated Water Resource Management Strategy*, Windhoek, Permanent Okavango River Basin Water Commission.

OKACOM, 1999, *Final Draft Transboundary Diagnostic Analysis*, Windhoek, Permanent Okavango River Basin Water Commission.

PALLETT John (ed.), 1997, *Sharing Water in Southern Africa*, Windhoek, Namibia, Desert Research Foundation of Namibia, 121 p.

PINHEIRO I., GABAAGE G. & HEYNS P., 2003, "Cooperation in the Okavango River Basin: the OKACOM Perspective" in TURTON A., ASHTON P. & CLOETE E. (eds), *Transboundary Rivers, Sovereignty and Development : Hydropolitical Drivers in the Okavango River Basin*, pp. 108-114.

ROMANO Santi, 1975, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 174 p., col. Bibliothèque Dalloz.

- ROSS Karen, 1987, *Okavango, Jewel of the Kalahari*, London, BBC Books, 256 p.
- SADC, 1995, *The Southern African Development Community Protocol on Shared Watercourse Systems*, Botswana, 'Southern African Development Community.
- Snowy Mountains Engineering Corporation, 1987, *Southern Okavango Integrated Water Development Phase I: Government of Botswana*.
- UN, 1997, *Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, New York, United Nations.
- PATTERSON L., 1987. « Cordon Fences », *Kalahari Conservation Society Newsletter*, n° 18, pp. 10-11.
- TEVERA Daniel & MOYO Sam (eds), 2000, *Environmental Security in Southern Africa*. Harare, Sapes Books, 256 p.
- TURTON A., ASHTON P. & CLOETE E. (eds), *Transboundary Rivers, Sovereignty and Development: Hydropolitical Drivers in the Okavango River Basin*, African Water Issues Research Unit (AWIRU) University of Pretoria & Green Cross International, Pretoria and Geneva.

La réforme foncière à Madagascar Relire le droit de propriété sur la terre

Depuis 2005, la République de Madagascar a entrepris une vaste réforme foncière, en grande partie fondée sur la reconnaissance, non plus des droits coutumiers, mais d'une propriété foncière non titrée, permettant de valider les droits issus des règles coutumières, mais aussi de manière générale tous ceux établis selon les usages du moment et du lieu. Cette réforme s'appuie sur un document essentiel, condition théorique de toute réforme foncière pertinente et efficace, une Lettre de Politique foncière, document traduisant le résultat de très nombreuses consultations dans les régions, ayant mobilisé une extrême diversité d'acteurs y compris les multiples ONGs dont le Foncier est une dimension opérationnelle (regroupées en Plate Forme nationale pour mieux se faire entendre), et confirmé par décision gouvernementale pour lui donner toute sa valeur politique et opérationnelle.

Le fondement d'une telle réforme est généralement partagé selon les acteurs concernés : pour les uns, il s'agissait de régler un problème chronique de la sécurisation des détentions foncières, en zone rurale d'abord mais aussi en zone urbaine, ce qui correspondait à l'attente de la plus grande partie des occupants et utilisateurs fonciers ; pour les autres, inspirés par une logique capitaliste décrite de manière limpide – au moins sur le plan théorique et macro-économique – par H. De Soto (2005), l'objectif était d'abord sinon exclusivement de permettre une mobilisation maximale des droits fonciers établis légalement pour fonder des actions d'investissements, à tous les niveaux d'acteurs. Cette dernière approche rejoint évidemment celle chère à un certain nombre d'acteurs internationaux, visant à la « titrisation » des terres, autrement dit, à l'établissement systématique de titres de propriété, idéalement des titres fonciers portant sur des terrains immatriculés de manière à lever toutes contestations possibles. On connaît bien les limites de ces approches, non pas au stade de leur réalisation mais dans la suite, lorsqu'il s'agit

d'assurer la « maintenance » juridique des titres, ou encore d'évaluer l'utilisation qui a pu en être faite. Ce qui est certain, c'est que pour les auteurs de la Réforme, l'enjeu était de mettre en place un nouveau dispositif de gestion foncière, partagé entre l'État (gestion de la propriété titrée), et les collectivités décentralisées appelées à prendre en charge une nouvelle approche de la propriété, dite « non titrée », fondée exclusivement sur la validation des normes locales de maîtrise du sol et de ses modalités d'exploitation.

Ces différentes considérations expliquent le dispositif de la réforme foncière lancée à partir de la validation de la Lettre de politique foncière :

- maintien et modernisation du dispositif de gestion domaniale et foncière déconcentrée, relevant de la responsabilité de l'État, et incluant toutes les tâches liées à la conservation et à la gestion des domaines publics et privés de l'État, ainsi qu'à la conservation de la propriété foncière inscrite au Livre foncier après immatriculation du terrain ;
- suppression de la présomption de domanialité au profit de l'État, portant sur tous les terrains ne faisant pas l'objet d'un titre foncier ou d'un document administratif établi selon les modalités légales en vigueur ;
- innovation radicale sous la forme de la reconnaissance par un certificat foncier d'une propriété fondée sur les usages et pratiques locaux, par une procédure menée sous la responsabilité des collectivités décentralisées, actuellement les communes, lesquelles mettent en place à cette fin un nouveau service administratif spécialisé, le guichet foncier communal.

Pour mieux comprendre le caractère d'une réforme que l'on peut considérer comme « exceptionnelle », il est nécessaire de rappeler d'abord quelle était la situation foncière malgache jusqu'à cette année 2005 qui a vu l'adoption de la Lettre de politique foncière (1), avant d'en examiner les caractéristiques fondamentales (2), et d'essayer d'en mesurer les enjeux indirects et les limites (3). Et surtout, il ne faut pas oublier cette formule du Doyen Carbonnier :

« Sous nos yeux, des faits pourront devenir droit et ils sont reconnus par le droit comme portant en eux ce pouvoir de métamorphose. Ces faits-droits, nous les découvrons dans la coutume, où la règle de droit naît d'une pratique de fait ; dans la prescription acquisitive (l'usucapion) où le droit de propriété sort d'un fait de possession » (2004a).

1 - Le droit domanial et foncier de Madagascar jusqu'à la réforme de 2005

L'histoire du droit de la terre à Madagascar a commencé avant l'époque coloniale, avec des règles coutumières orales comme dans beaucoup d'autres pays, mais aussi et surtout avec un droit écrit codifié, celui « des 305 articles » de 1881. Le droit actuel est donc, dans une certaine mesure, le résultat de cet héritage où se mêlent encore les racines culturelles de l'univers coutumier, de la codification royale, de l'implantation du droit de propriété civiliste et du système du livre foncier, puis des multiples textes qui se sont stratifiés depuis l'Indépendance, au rythme des évolutions politiques et économiques.

A - Le dispositif juridique colonial

Dès 1896, avec l'intervention coloniale, une nouvelle administration a imposé de nouvelles règles de droit, fondées sur la culture juridique métropolitaine, avec deux fondements essentiels : la condition du titre écrit pour qu'un droit de propriété sur une terre puisse être établi ; la présomption de propriété de l'État, justifiée par le concept de domaine éminent, interprété au profit de l'administration coloniale, et s'appliquant à tous les terrains dont les détenteurs ne disposaient pas de titres de propriété établis selon la loi civile.

Le tout premier de ces textes coloniaux est la loi du 9 mars 1896 sur la propriété foncière indigène (JO du 20 mars 1896), promulguée par la Reine Ranavalona Manjaka III « sous la puissance de la République française ». Ce texte rendait obligatoire l'immatriculation des terrains comme condition de l'établissement d'un droit de propriété *inviolable* (Art. VI de la Loi). Certains auteurs ont voulu y lire une obligation de l'immatriculation ce qui eût été, évidemment, une ambition démesurée : « La réalisation de ce projet gigantesque aurait clarifié une fois pour toutes les structures foncières de l'Île ; mais elle était irréalisable dans les conditions économiques et sociales de l'époque et même de nos jours elle le serait encore » (Raharinarivonirina et Bertone 1983 : 129) ; cette citation, datée de 1983, demeure d'actualité. Pourtant, l'article II du texte permettait une interprétation différente : *les habitants continueront à jouir des parcelles sur lesquelles ils ont bâti et de celles qu'ils ont eu l'habitude de cultiver jusqu'à ce jour*, au moins tant que les détenteurs en question ne prétendaient pas se comporter en propriétaires, vendre ou louer pour plus de trois ans, auquel cas l'immatriculation était une condition obligatoire (alinéa 2 de l'article V). Ce dispositif restrictif a été abrogé par un arrêté du 25 septembre 1896 et l'alinéa remplacé par un

autre disposant que « L'immatriculation des propriétés bâties et non bâties reste facultative », ce qui était plus réaliste.

De 1896 à 1926, l'immatriculation et l'inscription du droit de propriété sont largement fondées sur les témoignages, ce qui ouvre la porte, assez positivement, à une certaine reconnaissance des droits traditionnels. L'article V de la loi de 1896 permet en effet que « les habitants qui voudront acquérir des titres de propriété réguliers sur les parcelles qu'ils ont bâties ou qu'ils auront eu jusqu'à ce jour l'habitude de cultiver, pourront le faire sans autre dépense que les frais de constitution du plan par le service topographique et des titres par la conservation de la propriété foncière ». La rédaction des circonstances de fait susceptibles de fonder la reconnaissance de la propriété renvoie en effet directement aux pratiques, y compris coutumières.

En 1926, un décret, celui du 28 septembre, réglementant le Domaine à Madagascar (JO du 16 avril 1927), fut promulgué pour renforcer le dispositif juridique applicable à la terre. Il apparaissait en effet que les demandes d'immatriculations dans le cadre de la loi de 1896 venaient souvent bloquer l'attribution des terres aux colons sous la forme juridique des concessions. Ce décret reprenait de manière affirmée la logique de la présomption de domanialité la plus large, susceptible de s'appliquer à tous les terrains qui n'étaient pas placés sous le régime de la propriété de droit écrit, ainsi qu'en dispose l'article 29 : « L'État est présumé propriétaire de tous les terrains non bâtis ni enclos qui, au jour de la promulgation dans la colonie du présent décret, ne sont pas possédés par des tiers en vertu de titres fonciers d'immatriculation ou de titres réguliers de concession. – Cette présomption pourra toutefois être combattue par la preuve contraire établissant, en ce qui concerne les indigènes, que leur droit de propriété est antérieur à la loi du 9 mars 1896. Le témoignage ne sera pas, en cette matière, admis comme moyen de preuve susceptible d'être opposée à la présomption ci-dessus établie » ; la preuve par témoins des situations de fait évoquées ci-haut devenait donc impossible et par voie de conséquences, le décret écartait la possibilité pour les propriétaires coutumiers de faire la preuve de leur droit, donc d'obtenir un titre opposable à une demande de concession coloniale.

Les dispositions de ce texte étaient sans doute un peu excessives au regard des attentes et des besoins puisqu'une circulaire du 13 juillet 1928 vint en atténuer les conditions d'application en précisant certaines modalités d'interprétation notamment pour les éléments susceptibles de servir de preuve de l'existence de la propriété indigène, par exemple la présence de tombeaux familiaux. Mais il restait impératif, même en 1928, d'établir que le droit existait bien quel qu'en soit le mode de preuve, en

1896 (date de la loi), soit plus de trente ans auparavant. Cela revenait donc un peu à reprendre d'une main ce que l'on donnait de l'autre.

Le décret du 25 août 1929 relatif à la constatation et à la constitution de la propriété indigène à Madagascar (JO du 22 mars 1930), ne devait pas sensiblement améliorer les choses. Pourtant le dispositif antérieur avait fait les preuves de son impuissance à régulariser la situation de ces mêmes droits indigènes ainsi que cela est précisé dans le Rapport de présentation du texte du Ministre des Colonies au Président de la République française :

« les droits réels immobiliers appartenant aux indigènes de Madagascar, en vertu de la loi locale du 9 mars 1896, ne pouvaient jusqu'à ce jour se voir définitivement consacrés que par la procédure de l'immatriculation, facultative d'ailleurs quant à ces titres ancestraux et dont, pratiquement, il n'a pas été fait l'usage généralisé qui eût été nécessaire pour définir et arrêter dans l'ensemble de la Colonie les droits des premiers occupants du sol. – Cette situation n'a pas été sans créer de graves difficultés tant à l'administration qu'à la colonisation, ni sans entraîner de sérieux inconvénients pour les indigènes eux-mêmes »
Pour remédier à la situation, le texte mit en place un nouveau dispositif, celui du « cadastre indigène, destiné à fixer de manière inattaquable la propriété individuelle considérée. » (Rapport précité).

L'article 1 décrit de manière précise l'esprit de la nouvelle législation :

« La procédure de constatation et de constitution de la propriété individuelle indigène, [...] a pour but de définir cette propriété et d'assurer la jouissance des droits réels y afférents à l'occupant indigène qui, en tenant ces droits, soit de lui-même, soit de ses ancêtres, a détenu ou cultivé un fonds d'une manière directe ou indirecte. – Elle s'applique à tous les immeubles actuellement placés sous le statut de la propriété indigène ; elle maintient sous ce statut les immeubles qui font l'objet de ladite procédure, sous réserve des dispositions du présent décret et des arrêtés d'application¹ qui seront pris pour son exécution. »

Le dispositif ainsi mis en place permettait donc une relative sécurisation foncière des droits indigènes, mais, pour avoir un statut certain, ceux-ci devaient, une fois encore, faire une demande d'immatriculation conforme aux règles de la propriété foncière titrée.

¹ Parmi ces textes, il faut notamment signaler l'arrêté du 12 mars 1930 (JO 22 mars 1930), et l'Instruction sur le fonctionnement du cadastre indigène du 12 mars 1930.

Ce régime de la propriété titrée était quant à lui fixé par le décret réorganisant le régime de la propriété foncière à Madagascar du 4 février 1911 (JORM du 11 mars 1911). Ce régime était facultatif (art. 3).

C'est dans ce contexte qu'il faut situer la promulgation du décret du 28 février 1956 qui a remplacé l'exigence de la preuve de la situation juridique à la date de 1896 pour la remplacer par celle de la preuve d'une occupation de bonne foi, paisible et continue, assortie d'une mise en valeur de trente ans au moins. Cette manière de faire était sans doute plus positive que la précédente, mais elle ne réglait pas une question fondamentale : pourquoi obliger les détenteurs coutumiers à obtenir un titre foncier après immatriculation de leur terrain pour avoir une sécurisation effective de leur(s) droit(s) sur le sol ? On sait que c'est là l'obstacle principal à la régularisation de la plupart des occupations foncières rurales comme urbaines.

B - L'évolution des textes à partir de 1960

Même si dès 1960, les autorités malgaches ont mis en chantier la rédaction de nouveaux textes, on doit signaler ici que la loi de 1896 et demeurée applicable jusqu'à son abrogation en 1975.

Dans les nouveaux textes, l'important, par-delà les différences formelles, est sans aucun doute le fait qu'étaient maintenues, au profit de la nouvelle administration, les caractéristiques du dispositif domanial et foncier colonial. Un auteur malgache décrit ainsi l'attitude du législateur malgache au moment de l'Indépendance :

« Il s'est gardé de bouleverser brutalement l'édifice législatif hérité de la colonisation. Toutefois, il semble bien que le législateur veuille libérer les propriétaires coutumiers de l'emprise communautaire ; en même temps, il cherche à faire du droit de propriété, un instrument d'impulsion. Il semble que la lutte était engagée à la fois contre le droit de propriété et la propriété de type romaniste. » (Rarijaona 1967 : 9).

Mais dans le même temps, une évolution s'est fait jour, marquée par différentes tentatives de rétablissement de formes contemporaines de propriété collective comme celle des Aires de Mise en Valeur Rurale (AMVR)¹. Cette reconduction du dispositif associant dispositions du droit civil pour le régime de la propriété et dispositions inspirées de celles de l'Act Torrens, est conforme à une attente de propriété qui est soulignée, par tous les auteurs, comme particulièrement forte à Madagascar.

¹ Ordonnance n° 60-141 du 3 octobre 1960, portant création et organisation des aires de mise en valeur rurale (AMVR) ; Décret d'application n° 61-308 du 21 juin 1961.

Le premier texte important est la loi n° 60-004 du 15 février 1960, sur le domaine privé national¹. Ce texte, ne serait-ce que par son intitulé, montre bien l'évolution qui s'amorce ; la référence à un « domaine privé national » est en effet une innovation, à côté du domaine privé des acteurs publics et de la propriété foncière classiques de l'univers de droit français. L'article 1 de la loi précise la définition de ce domaine : *Le domaine privé national s'entend de tous les biens et droits mobiliers et immobiliers qui sont susceptibles de propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée.* On remarquera l'ambiguïté de cette rédaction qui invite donc à poursuivre la lecture pour déterminer la consistance de ce même domaine privé national. L'article 2 du texte dispose à cet effet : *Le domaine privé se divise en deux fractions selon le mode d'utilisation des biens qui en dépendent : - le domaine privé affecté comprenant les biens tant mobiliers qu'immobiliers, mis à la disposition des divers services publics pour l'accomplissement de leur mission ; le domaine privé non affecté comprenant tous les autres biens tant mobiliers qu'immobiliers.* L'incertitude s'accroît dans la mesure où l'analyse de ce dernier article amène à assimiler le domaine privé et le domaine national privé. Et pourtant, lorsqu'on arrive au Titre II, intitulé « Conservation et gestion du domaine privé », dans le passage traitant des Biens non affectés, un intitulé apparaît : « Modalités d'acquisition. Accession des particuliers et des collectivités à la propriété », qui permet de comprendre l'enjeu essentiel : toutes les terres non titrées et celles ne relevant pas d'un régime spécifique comme celui du domaine public composent donc le « domaine privé national » car elles sont susceptibles d'appropriation, soit par un acteur public soit par un acteur privé. Le texte traite donc du domaine privé, au sens classique du terme (par exemple en évoquant l'affectation) et le domaine « de transition » qui est celui qui résulte de la présomption de domanialité appliquée aux terrains non appropriés en vertu d'un titre foncier.

La loi de 1960 abroge les décrets antérieurs sur le domaine privé, notamment celui de 1926, et dans la pratique, elle en élargit le champ. Dans un souci notamment de contrôle foncier, l'État malgache réaffirme fortement la présomption de domanialité, ce qui est illustré de manière claire par l'article 11 de la loi 60-004 :

¹ Décret d'application n° 64-205 du 21 mai 1964 ; par ailleurs, ce texte a fait l'objet d'un certain nombre de modifications et notamment par l'ordonnance 62-047 du 20 septembre 1962.

« L'État est présumé propriétaire de tous les terrains non immatriculés ou non cadastrés¹ ou non appropriés en vertu de titres réguliers de concession² ou selon les règles du droit commun public ou privé. – Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux personnes ou aux collectivités qui occupent des terrains sur lesquels elles exercent des droits de jouissance individuels ou collectifs qui pourront être constatés et sanctionnés par la délivrance d'un titre domanial conformément à la présente loi ».

On doit comprendre à travers cette rédaction que la présomption est quasi générale ; le deuxième alinéa, malgré les apparences, ne fait que le confirmer dans la mesure où pour obtenir un titre domanial, il faut respecter une procédure qui est assez semblable à celle de l'immatriculation, et qui va permettre, après mise en valeur du terrain, d'obtenir un titre foncier qui remplacera le « titre domanial ». Le nom de ce dernier est d'ailleurs, en lui-même, une indication claire de l'esprit du texte.

Une autre exigence forte de ce dispositif est la confirmation du droit de propriété en matière immobilière comme étant celui portant sur une parcelle immatriculée, et inscrit au livre foncier. Cela est clairement établi par l'ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960, relative au régime foncier de l'immatriculation (modifiée ultérieurement par plusieurs textes, dont l'ordonnance n° 62.036 du 19 septembre 1962, l'ordonnance n° 74.034 du 10 décembre 1974 et la loi n° 90.028 du 19 décembre 1990). L'ordonnance de 1960³ reprend les principes fondamentaux du système Torrens, eux-mêmes déjà repris dans la législation coloniale. On rappellera ici que ce système dit de l'immatriculation, qui devrait être plutôt nommé « du livre foncier » pour couvrir l'ensemble de ses composantes, devait avoir pour finalité principale de permettre un suivi certain de la gestion de la propriété foncière. Le dispositif se compose de deux phases principales qui sont traitées corollairement : la première, celle de l'immatriculation, permet l'identification topographique (notamment par l'implantation de bornes administratives), de la « chose » foncière, pour en faire un bien immeuble. L'opération de bornage est réalisée publiquement et ne peut être menée à bonne fin qu'après

¹ Les terrains cadastrés sont ceux qui ont fait l'objet d'une procédure d'immatriculation collective initiée par l'administration pour régulariser les situations foncières. Autrement dit, ce sont des terrains qui sont d'ores et déjà sous le contrôle de l'administration

² Les concessions sont attribuées sur des terrains relevant du domaine privé de l'État, permettant d'accéder, après le constat de la mise en valeur du terrain selon les modalités fixées par l'acte d'attribution, à un titre foncier.

³ Son principal texte d'application est le Décret n° 60.529 du 28 décembre 1960 réglementant les modalités d'application de l'Ordonnance 60.146.

apurement des contestations éventuelles. Celles-ci, par-delà les apparences, ne sauraient porter en définitive que sur le droit de propriété relatif à la surface revendiquée comme bien. Et donc, le règlement juridique de la contestation éventuelle, pour fixer les limites de la parcelle objet du droit de propriété à inscrire, s'impose donc comme une condition préalable à l'immatriculation, c'est-à-dire à l'affectation à l'immeuble d'un numéro d'ordre mentionné à la page correspondante du registre où est ouvert le compte de l'immeuble. De fait comme de droit, cette première phase permet d'identifier de manière spécifique le bien foncier. Il reste en parallèle, à établir de manière incontestable l'existence du droit de propriété et les éventuels droits réels qui peuvent en constituer des démembrements, avant de les inscrire dans le livre foncier. Toutes ces inscriptions ne peuvent être opérées qu'après une procédure comportant une importante publicité, destinée à permettre de purger les éventuelles oppositions avant de procéder à l'inscription. Celle-ci peut alors devenir inattaquable. Pour résumer, on immatricule une fois, lorsque l'on crée la chose qui va devenir bien ; on inscrit chaque fois qu'un acte réel intervient. Évidemment, lors de l'immatriculation de l'immeuble, il y a pour la première fois inscription du droit de propriété reconnu par la procédure ad hoc ; cela peut suggérer que l'immatriculation semble donner naissance au droit de propriété mais celui-ci ne peut être inscrit que si les conditions juridiques de son existence sont préalablement reconnues.

Dans le cas malgache, ce droit de propriété inscrit au livre foncier et portant sur un terrain immatriculé est maintenu comme le modèle de droit commun du droit sur la terre. Les exigences techniques de bornage de la parcelle sont maintenues et même compliquées par l'exigence nouvelle d'un double bornage : celui-ci est d'abord provisoire, pour permettre de mettre en oeuvre la procédure de publicité, de purge et d'inscription des oppositions éventuelles, puis un bornage définitif doit être entrepris avant de procéder à la création du titre et à l'émission du duplicata qui va être remis au propriétaire pour lui servir de titre de propriété. En outre, et c'est une modification fondamentale, exprimée dans l'exposé des motifs :

« l'article 118 du décret du 4 février 1911 dont les termes exprimaient avec trop de rigidité la force des énonciations du titre foncier, a été modifié en vue de rendre et déclarer toujours possible l'inscription des droits de l'acquéreur sur le titre d'immatriculation postérieurement établi au nom de son vendeur, sous la seule réserve générale et d'ailleurs normale du respect des droits acquis des tiers de bonne foi. Ainsi disparaîtra une exception choquante, contraire aussi

bien aux règles du droit commun de la garantie de la chose vendue qu'à la simple justice »¹.

Peut-être s'agissait-il d'une *exception choquante*, mais il est certain que la nouvelle approche établit désormais une incertitude sur la situation juridique du bien, ce que devait justement empêcher l'inscription du droit au livre foncier.

Une autre modification tout aussi importante concerne la prescription, principe fondamental du dispositif du livre foncier. Là encore l'exposé des motifs de la loi est éclairant :

« La précédente réglementation avait de même établi une interdiction de prescrire sur les propriétés immatriculées. On avait pensé que la publication nécessaire des droits réels était incompatible avec la possibilité d'acquérir par le moyen de la prescription. Une patiente analyse a dégagé les règles de conciliation de ces principes apparemment opposés. », ce qui est concrétisé dans l'article 82 de l'Ordonnance 60-146 : « La prescription, soit acquisitive, soit extinctive, ne peut s'accomplir à l'encontre de droits inscrits aux livres fonciers qu'aux seules conditions limitatives ci-dessous. – Elle ne commence à courir contre le propriétaire ou le titulaire d'un droit, que du jour de l'inscription du droit de ces derniers sur le titre foncier. – Dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence que du jour où ce titre a été rendu public par voie d'inscription. – [...] - L'occupation pendant au moins vingt années par des nationaux malgaches ou trente années par des personnes d'autres nationalités, d'un immeuble immatriculé, jointe au fait de la création ou l'entretien permanent d'une mise en valeur effective et durable constatée, sur ordonnance de justice, dans les conditions prévues aux articles 218 et suivants de la loi sur le domaine privé national, entraînera les effets de la prescription... ».

Le dernier alinéa est particulièrement clair. Est venu s'ajouter un autre texte remettant lui aussi en cause le caractère inattaquable du droit de propriété inscrit portant sur un immeuble immatriculé, l'Ordonnance n°

¹ L'article 121 alinéa 2 de l'Ordonnance 60-146 dispose : « Toutefois, les détenteurs de droits réels, de créances hypothécaires ou privilèges et les bénéficiaires de charges foncières, tenus directement soit du propriétaire qui a poursuivi et obtenu l'immatriculation, soit des personnes qui ont obtenu l'inscription à la suite du titre foncier de leurs droits révélés au cours de la procédure, peuvent seuls, en se conformant aux conditions prévues pour le dépôt des actes à la conservation de la propriété foncière, requérir, même après achèvement de la procédure, l'inscription sur le titre foncier établi des droits dont la constitution remonterait à une époque antérieure à l'immatriculation, sous la double réserve de ne point préjudicier à d'autres droits déjà régulièrement inscrits et de ne prendre rang qu'à compter de leur inscription, sauf les effets réguliers d'une prénotation ».

74-021 du 20 juin 1974, portant refonte de l'Ordonnance n° 62-110 du 1^{er} octobre 1962 sanctionnant l'abus du droit de propriété et prononçant le transfert à l'État des propriétés non exploitées¹. En définitive, on disposait donc de deux systèmes de prescription, l'un extinctif, l'autre acquisitif, fondé sur la mise en valeur effective justifiant la reconnaissance de la propriété. Ces approches, notamment la deuxième, ont rapidement montré leurs limites, à la fois dans les motivations de certaines personnes qui les invoquaient (abus tendant à s'approprier le bien d'autrui) que dans le dispositif de mise en oeuvre (hésitations des administrations et juridiction concernées à mener à bien jusqu'à leur terme les procédures). Ces dispositions, non expressément reprises dans la loi de 2005 qui fixe les principes, devraient être considérées comme abrogées, sauf si la loi en préparation sur la propriété foncière titrée ne venait modifier cette interprétation et proposer de nouvelles modalités de prescription.

On rappellera pour finir que ce dispositif du livre foncier avait été utilisé par un certain nombre de textes coloniaux pour entrouvrir la porte à une validation des droits fonciers coutumiers en permettant la reconnaissance de ceux-ci comme droits de propriété dès lors qu'il y avait une emprise évidente et permanente, attestant d'une mise en valeur, pendant une certaine durée (20 ans le plus souvent). Cela aurait pu correspondre à une première reconnaissance légale de la propriété, mais elle est demeurée marginale car comme le rappellent un certain nombre d'auteurs, la procédure est lourde, onéreuse, incompréhensible, et, de surcroît, complètement en décalage avec les cultures des populations concernées. Mais le plus souvent, le système du livre foncier a été utilisé pour établir de manière inattaquable le droit de propriété de l'État sur toutes les terres réputées « vacantes et sans maître », comme on l'a indiqué plus haut, à propos des textes coloniaux applicables à Madagascar. Les Malgaches mènent aujourd'hui une réforme qui tient compte de cette réalité. Le titre foncier n'est pas abandonné. Il demeure disponible pour certains usagers pour qui il est un instrument juridique pertinent et accessible. Pour les autres, la reconnaissance de la propriété peut être différente, fondée sur des critères de réalité sociale, économique, juridique. Certes, on aurait pu se poser la question de l'utilisation du titre foncier pour valider cette autre propriété, mais cela n'aurait pas réglé la deuxième difficulté fondamentale, celle de l'incompréhension des modalités par une grande majorité des acteurs fonciers. Pourquoi planter des bornes pour délimiter des parcelles sur un

¹ JO RM du 22 06 74, p.1682.

plan, alors même que les limites sont reconnues socialement ; pourquoi figer ces limites alors que beaucoup d'usages en permettent des variations en fonction de la fonctionnalité ? Pourquoi une publicité si compliquée dans des lieux si éloignés des réalités sociales, ceux-là mêmes où se produisent les conflits ? Une partie des considérations précédentes ont justifié la réforme foncière telle qu'elle a été lancée en 2005.

II - La réforme de 2005 : éléments fondamentaux

Cette réforme est intervenue après de longues années de débats, souvent difficiles et toujours infructueux, entre ceux qui prônaient le maintien de la propriété titrée portant sur la parcelle bornée et ceux qui prétendaient que cette approche devait être modifiée pour tenir compte des réalités malgaches, un faible taux d'immatriculation des terrains, et un système d'administration de ces terrains largement défaillant ou mal utilisé par les détenteurs de la plus grande partie des terrains titrés, et en même temps, une perpétuation de l'utilisation de « droits » locaux, fondés sur des coutumes, des pratiques, des usages, considérés par les usagers comme leur « droit », en dépit des dispositions légales. Cela se traduisait donc par une très forte insécurité foncière, pour tous les types d'acteurs, le palliatif utilisé soit le recours aux « petits papiers » (documents entre personnes privées authentifiés par des acteurs publics, en particulier les maires, sans validation du fond du droit) se révélant inadapté pour régler le problème de la stabilisation des droits fonciers. Cette réforme a été précédée par une première « ébauche », sous la forme de la loi 2003-29, laquelle a permis, sans que cela soit présenté, ni sans doute envisagé comme tel, de concrétiser en 2005 le processus de réforme si longtemps différé.

A - Une réforme introduite « avec prudence » : de la loi de 2003 à celle de 2005

La réforme de 2005 n'est pas venue « brutalement », même si on peut affirmer qu'elle constitue, dans le contexte, une véritable révolution. Après les multiples débats qui ont marqué notamment la fin des années 90, une nouvelle loi a été publiée, presque « à la sauvette », en 2003, marquant une première étape de l'évolution que la Lettre de Politique foncière de 2005 allait consacrer.

L'intitulé de la loi atteste clairement de la prudence du législateur malgache dans son entreprise de réforme : Loi n° 2003-29 du 27 août 2003, modifiant certaines dispositions de l'Ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'Immatriculation. Pour le lecteur de cet intitulé, il pourrait ne s'agir que d'un ajustement technique

de cette loi de 1960 dont nous avons évoqué plus haut l'article 11. L'exposé des motifs contient un certain nombre de formules qui entretiennent l'incertitude :

« Désormais, toute collectivité de statut public ou privé peut demander auprès de l'Administration des Domaines, la mise en oeuvre d'une forme de sécurisation foncière dont elle a besoin pour une zone déterminée. Toutefois, il appartient toujours à l'État d'en décider l'application effective par la prise d'un arrêté. ... Par ailleurs, les nouvelles dispositions mettent à la charge de la population, la délimitation matérielle de leurs parcelles préalablement au bornage, ainsi que le règlement par eux-mêmes, des litiges nés au cours de la procédure avant l'intervention du Tribunal terrier¹ ». La lecture des deux articles de la loi n'est pas plus claire.

Pour bien comprendre l'évolution qui est ainsi initiée, il faut se référer aux dispositions du Décret n° 2003-908 portant application de la loi. Ce texte, lui aussi très court (trois articles), dispose en son article 1 :

« ...les procédures proposées au choix des collectivités peuvent porter sur l'une des trois phases suivantes : - Opération de délimitation d'ensemble consistant soit en une simple constatation des occupations, soit en une constatation des droits de propriété par une ou plusieurs brigades topographiques ; - Consécration du droit de propriété par le Tribunal terrier ambulante ; - Établissement des titres de propriété et leur conservation par la Conservation de l'administration foncière. – Quel que soit le choix, la première phase de la procédure est obligatoire et le choix de la troisième phase emporte l'adoption des trois phases. ».

En clair, les usagers peuvent désormais revendiquer la reconnaissance officielle, publique, de leurs occupations, sans intervention des administrations ni topographique ni foncière. Les usagers concernés peuvent (cf. la Loi 2003-29) demander l'attribution par arrêté d'une zone sur laquelle une gestion locale va être possible, soit par une association d'usagers, soit par une collectivité décentralisée. On peut voir se concrétiser, à travers ces dispositions, deux dimensions essentielles de la réforme de 2005 : la reconnaissance des droits d'occupation (et où de propriété) par les intéressés, selon leurs pratiques, et la décentralisation de cette nouvelle forme d'administration foncière.

Cette législation de 2003, largement passée inaperçue (notamment parce que la publicité qui aurait été utile n'a pas été faite), n'aura connu que des applications limitées, dans le cadre de projets d'ONGs

¹ Juridiction malgache spécialisée chargée de « juger » l'existence de la propriété foncière ; cette juridiction est composée d'agents de l'administration des Domaines.

intervenant dans le monde rural et surtout, dans le Projet BV.Lac (projet Bassins versants au Lac Alaotra), mené par le CIRAD pour le compte du Ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche, sur financement de l'AFD, qui est devenu dès 2004 une sorte de laboratoire de la future réforme. C'est dans le cadre de ce projet qu'a en effet été établi le premier guichet foncier communal (en fait intercommunal) permettant l'émission des premiers certificats fonciers, véritables titres de propriété selon les modes locaux, opposables aux tiers (publics comme privés), jusqu'à preuve contraire en justice.

Partant de là, le chemin était ouvert pour une réforme plus radicale, répondant enfin à la diversité des attentes des acteurs du Foncier. La lettre de politique foncière en a été la première étape. À partir de ce document, après sa validation par le Gouvernement, un processus d'élaboration d'un droit du sol profondément rénové s'est mis en route. Un Comité national de rédaction a été mis en place par le Programme national foncier, cellule administrative relevant du Ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche, chargée du suivi de la mise en oeuvre de la nouvelle politique.

En matière législative, une alternative s'offrait : faire un nouveau code exhaustif, incluant l'ensemble des dispositions ou au contraire, procéder par étapes, afin de traiter la diversité des problèmes juridiques posés et surtout, pour pouvoir accompagner le processus de décentralisation foncière, au niveau communal, déjà engagé dans de nombreux projets à titre expérimental. C'est cette deuxième solution qui a été retenue, avec un certain nombre d'étapes programmées : élaboration d'une « loi cadre » (dispositif n'existant pas dans le cadre institutionnel malgache), fixant et situant de manière cohérente l'ensemble des principes de droit devant dorénavant constituer l'armature du droit du sol ; puis élaboration des textes de loi spécifiques, en distinguant d'une part, la loi nouvelle relative à la propriété foncière non titrée gérée de manière décentralisée, la plus urgente, et d'autre part, les lois reprenant les dispositions antérieures relatives au domaine public, au domaine privé et à la propriété foncière titrée, textes qu'il convenait seulement de « toiletter » pour les mettre en harmonie avec la nouvelle politique. Un texte supplémentaire devait y être ajouté portant sur l'application du droit foncier ainsi rénové aux aires à statut particulier, régies par le Code des Aires protégées¹. Ce vaste chantier a été aussitôt lancé.

¹ Loi n° 2003-005 du 11 février 2001 portant Code de gestion des aires protégées.

B - La grande innovation de 2005 : la reconnaissance décentralisée de la propriété foncière non titrée

Les grandes caractéristiques de la nouvelle législation sont fixées dans la loi n° 2005-19 du 17 octobre 2005, fixant les principes régissant les statuts des terres. Ainsi que le précise l'exposé des motifs, *la présente loi fixe le cadre qui détermine les différents statuts des terres et pose les principes qui doivent les présider*. Parmi les innovations fondamentales, il convient de souligner notamment, d'une part, la disparition de la présomption de domanialité, donc d'appartenance au domaine privé de l'État de tous les terrains sans titre foncier, d'autre part, l'instauration d'une nouvelle forme de gestion foncière, *par la reconnaissance des droits d'occupation et de jouissance comme des droits de propriété*¹, par une nouvelle administration spécifique, décentralisée, donc ne relevant plus de l'État.

Il faut souligner ici la disparition de la présomption de domanialité qui constituait la principale source de menace pour les détentions foncières sans titre légal. La loi de 2005 ne fait plus référence au domaine foncier national mais à celui de l'État, dont la composition est strictement limitée par l'article 18 de la loi

« Font partie du domaine privé immobilier : les biens immobiliers objet d'un titre foncier ; – les biens immobiliers constitutifs du domaine public après leur déclassement ; – les biens immobiliers légués ou donnés à une personne morale de droit public, après acceptation par celle-ci dans les conditions fixées par les textes en vigueur ; – les îles et îlots lesquels ne peuvent faire l'objet d'une appropriation privée sous quelque forme que ce soit et qui peuvent seulement être loués ; – les terrains, urbains ou ruraux, qui ont fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, ainsi que ceux dont le propriétaire ne se sera pas conformé à l'obligation de les mettre en exploitation, entretenir et utiliser et qui seront transférés au domaine de l'État ou de toute autre personne publique dans les conditions fixées par les textes en vigueur ; – les terrains qui n'ont jamais fait l'objet ni d'une première occupation, ni d'une première appropriation ».

Les terrains vacants et sans maître sont redevenus une catégorie d'exception, ce qu'ils n'auraient jamais dû cesser d'être. La notion de vacance exclut tous les terrains qui sont susceptibles d'être pris en charge par le droit nouveau de la propriété foncière non titrée puisque les occupants peuvent obtenir un certificat de propriété ; les terrains sans

¹ Exposé des motifs de la Loi n° 2005-19.

maître ont quasiment disparu puisque la reconnaissance de la propriété ne se limite plus à l'existence d'un titre foncier.

Cette limitation drastique de la présomption de domanialité aux seuls terrains vacants et sans maître, va évidemment dans le sens du renforcement de la propriété, que ce soit celle gérée par l'État dans le cadre du système du livre foncier, ou celle innovante consistant dans la nouvelle « propriété foncière non titrée ». En même temps, cela rejoint cette ancienne volonté des nouvelles autorités indépendantes de donner un statut juridique aux droits pratiques (ex traditionnels) évoquée plus haut.

Cette nouvelle « propriété non titrée » pour reprendre l'appellation consacrée tant par les textes que par les praticiens, est particulièrement innovante tant dans la nature des droits pris en charge qu'en ce qui concerne la procédure qui permet d'établir la reconnaissance desdits droits. Ces derniers portent sur *l'ensemble des terrains, urbains comme ruraux, sur lesquels sont exercés des modes de détention du sol se traduisant par une emprise personnelle ou collective, réelle, évidente et permanente, selon les usages du moment et du lieu et selon la vocation du terrain, qui sont susceptibles d'être reconnus comme droit de propriété par un acte domanial* (Art. 33 Loi 2005-19). Autrement dit, ce sont les modes de détention, les pratiques des acteurs légitimées par le consensus communautaire local non écrit, qui vont désormais fonder le nouveau droit de propriété susceptible d'être légalement reconnu. Cette approche est d'autant plus importante qu'elle ne se réfère pas à de prétendus droits coutumiers dont la difficulté d'établir le caractère traditionnel est bien connue à la fois historiquement et dans la recherche. La formule *selon les usages du moment et du lieu, et selon la vocation du terrain*, détermine des conditions d'appréciation souples et surtout adaptables en fonction des évolutions locales. On comprend alors que l'essentiel demeure à préciser : selon quelles modalités cette « propriété non titrée » peut-elle être établie ? Car, évidemment, la procédure doit être en adéquation avec le principe ainsi posé de reconnaissance des pratiques locales, celles-là même que les usagers comprennent, utilisent dans la vie courante, en particulier pour fixer les modes d'accès à la terre sous toutes ses formes, aussi bien, par exemple, des rizières que des plantations d'eucalyptus sur les *tanety* (collines).

Ces modalités sont fixées dans la loi de 2005, mais aussi, de manière plus précise, dans la loi 2006-31 du 24 novembre 2006, fixant le régime juridique de la propriété foncière non titrée, et dans son décret d'application récemment publié. La procédure ad hoc est décrite, dans ses grandes lignes, par l'article 34 de la loi 2005-19. Cette procédure, publique et contradictoire, consiste principalement dans une

reconnaissance sur le terrain, au cours de laquelle vont être inventoriées les situations juridiques et pratiques qui justifient le droit de propriété revendiqué par les usagers. Une commission est mise en place au niveau communal, dont la composition est fixée par l'article 11 b. de la loi 2006-31 :

« Le chef de l'exécutif de la collectivité de base du lieu de la situation des terrains ou son représentant ; le(s) chef(s) de *Fokontany* du lieu de situation des terrains occupés objet de la reconnaissance ; des *ray-aman-dreny*¹ du Fokontany choisis sur une liste établie annuellement par le chef Fokontany sur proposition de la population de celui-ci, et publiée sur les placards de la collectivité décentralisée ainsi que du ou des fokontany intéressés. »

La procédure étant publique, toute personne intéressée peut y assister et formuler des observations ou oppositions qui devront alors être réglées préalablement, si possible sur place ou à défaut, ultérieurement, avant que les certificats puissent être établis. Cette commission est chargée de ce travail de reconnaissance et surtout d'évaluation de ces modalités d'occupation et de jouissance, lesquelles vont ensuite être enregistrées dans un procès-verbal. C'est à partir de celui-ci que le service foncier communal, dit « guichet foncier », va pouvoir établir l'acte domanial de reconnaissance de propriété, sous le nom de « certificat foncier ». Le droit ainsi établi est dès lors opposable aux tiers, jusqu'à preuve contraire en justice, ce qui constitue sa différence conceptuelle avec le titre foncier, lequel, en droit, devrait être et demeurer inattaquable (même si, pour ce dernier, la jurisprudence a peu à peu fortement relativisé ce caractère inattaquable). Et par ailleurs, le droit de propriété non titrée, ainsi établi dans un certificat, *permet à son détenteur d'exercer tous les actes juridiques portant sur les droits réels et leurs démembrements reconnus par les lois en vigueur, notamment la cession à titre onéreux ou gratuit, la transmission successorale, le bail, l'emphytéose, la constitution d'hypothèque* (Art. 37 Loi 2005-19).

On aura remarqué, dans le dispositif précédent, l'absence, au moins en apparence, de l'État. Celle-ci est normale dans ce cas dans la mesure où il faut bien comprendre que la loi de 2005 a juridiquement institué une nouvelle compétence décentralisée appartenant aux collectivités. Le principe de libre administration trouve donc ici un nouveau champ d'application, d'autant plus intéressant que le rôle de l'État en matière de gestion foncière était fortement contesté, critiqué ou laissé de côté. Cela

¹ Ce sont traditionnellement les « sages », ceux qui peuvent dire l'histoire, donc être des témoins communautaires.

ne veut pas dire pour autant que les collectivités sont libres de tous les actes posés en application de la nouvelle compétence ; en cette matière, comme dans les autres, le principe demeure du contrôle de légalité, par le représentant de l'État, sur les délibérations locales et sur les actes de l'exécutif local portant sur la gestion foncière décentralisée.

C - Une interprétation difficile de la nouvelle propriété « non titrée » de la réforme de 2005

L'obsession de l'immatriculation et du titre foncier, confondue avec la préoccupation « propriétaire » omniprésente et déjà soulignée plus haut, doit être resituée, à Madagascar comme dans beaucoup de pays, au regard de la culture juridique légale largement civiliste qui la sous-tend. Il est important ici de rappeler que le terme « propriété » est trop souvent confondu dans le langage commun, mais aussi parfois scientifique, avec le seul objet du droit de propriété alors que ce dernier a pour utilité de préciser le lien juridique entre une personne juridique et cet objet. Dans le système civiliste, le droit de propriété foncière ne saurait porter que sur la « parcelle », qui devrait être une superficie bornée, située sur un plan ou un cadastre, pour devenir le bien objet du droit de propriété. Cette superficie foncière délimitée ne pourrait donc devenir un bien immeuble, susceptible d'être « dans le commerce juridique », que dans la mesure où cette procédure de définition et de situation de sa contenance permettrait de lui attribuer une contenance bornée et donc une valeur juridique.

Les populations de Madagascar, comme celles de maints autres pays, ne partagent pas forcément cette approche « géométrique » ; pour elles, d'autres perceptions du « bien » foncier peuvent exister et justifier des actes bénéficiant d'une légitimité juridique, certes avec une référence spatiale, mais non exclusive, infiniment plus souple et plus conforme aux compréhensions et attentes des usagers du droit foncier. De multiples travaux ont même mis en évidence, à Madagascar comme ailleurs sur le continent africain, que le même sol, éventuellement dans une superficie différente, peut servir à différents usagers dont les droits sont tout aussi légitimes et surtout complémentaires dans le temps. Évidemment, l'exclusivité foncière établie par le droit de propriété civiliste portant sur un terrain immatriculé, droit rendu inattaquable parce qu'inscrit au Livre foncier sur un titre foncier, exclut cette souplesse de l'usage des terres.

On se trouve là au coeur du problème. « Car la valeur d'un terrain, même dans les pays du Nord où le marché foncier est plus institutionnalisé et plus « géométrique », la valeur de la « chose » comme « bien » ne dépend pas seulement de sa superficie ou de sa situation. On peut même dire qu'elle dépend principalement d'autres paramètres au premier rang desquels on voudrait faire figurer la perception de la valeur

ou de l'utilité que l'on prête au dit terrain. Que veut-on en faire ? Que peut-on en faire ? » (RocheGude 2006 : 578). Autrement dit, de manière plus précise, on peut proposer que la réflexion porte sur le « bien » objet de la propriété, qui pourrait être non plus la parcelle géométrique figée mais son « utilité ».

Si on retrouve bien le droit de propriété, avec ses caractéristiques classiques (droit réel, droit exclusif, droit perpétuel), en même temps, on mesure bien que la pertinence de ce droit foncier ne se situe pas au regard de l'objet foncier lui-même, de la parcelle, mais plutôt du pouvoir juridique d'utiliser celle-ci considéré comme un droit que sa valorisation devrait permettre de considérer comme le bien. Et il semble apparaître clairement alors que cet « droit-objet » devrait avoir, en matière foncière au moins, une valeur d'« utilité » sans laquelle il ne pourrait pas devenir « bien » pour le détenteur du droit. Autrement dit, c'est plutôt la question du bien foncier qui devrait être posée, comme nous le suggérons déjà plus haut ; savoir ce qui peut devenir « bien ». Cette nuance est d'importance car elle pourrait être utilisée pour justifier la question de savoir si la « valeur d'utilité » attachée à la parcelle, autrement dit, la valeur résultant de ce que l'on prétend ou prévoit de faire du terrain parce qu'on est propriétaire du « droit d'agir » qui s'y attache, ne pourrait pas constituer le « bien », ce qui justifierait certaines perceptions mythologiques et/ou culturelles excluant l'appropriation du sol lui-même. On retrouve là une conception envisagée au XIX^e par des auteurs comme Demolombe (cité in Patault : 130), même si on ne saurait pour autant assimiler le nouveau droit malgache à une de ces catégories juridiques médiévales, comme le droit de labour, ou à une situation comme celle de l'alternance du droit de pêche et du droit de culture dans une pièce d'eau. La question est une nouvelle fois posée de savoir dans quelle mesure un droit peut être considéré comme un bien susceptible de propriété, même si d'autres exemples existent comme le droit au bail commercial. Cette question se pose surtout dans la mesure où l'utilité en question, que résume l'expression « droit d'agir », s'attache au sol, à une parcelle alors que celle-ci n'a pas d'existence juridique. C'était déjà le cas historiquement, culturellement, la parcelle ne pouvait être considérée comme un bien pour des raisons mythologiques parfois, culturelles souvent. Cela demeure vrai dans le nouveau texte malgache ; ce sont les modalités d'usage, de détention, qui sont déterminantes et non pas le terrain lui-même. L'absence du bornage dans la procédure peut en être considérée comme une illustration, ce qui n'exclut pas pour autant une délimitation fonctionnelle du terrain. Dès lors, dans la mesure où il n'existerait pas de bien foncier approprié, il serait impossible d'envisager un démembrement du droit de propriété portant sur ce dernier, ce qui

aurait pour effet d'exclure les analyses visant à expliquer la nouvelle propriété non titrée malgache comme un sorte de droit de superficie ou d'usage, pas plus que le droit de jouissance ou de superficie. Il ne resterait alors que la solution des droits incorporels, relevant de la définition proposée par J. Carbonnier : *ce sont des biens immatériels, qui ne peuvent être touchés, qui ne tombent pas sous les sens. Ils n'en sont pas, pour autant, imaginaires, car ils représentent dans les patrimoines, une valeur économique certaine* (2004b : 1603).

Le « droit d'agir », objet du droit de propriété, pourrait alors apparaître comme un droit incorporel, ne se confondant pas avec la chose sur laquelle il s'exerce, celle-ci n'ayant pas d'intérêt juridique en elle-même, sans l'utilité, la valeur d'usage, évoquées plus haut. Il relèverait donc d'une catégorie de biens incorporels étranges, car ne se rattachant pas à un bien corporel qui n'existe pas, et ne faisant pas non plus partie des « *biens corporels absolus détachés de tout support matériel* » (2004b : 1605) car il en existe un, le sol délimité par et pour l'usage, mais sans valeur juridique. La même analyse peut fort bien expliquer que soit un bien incorporel une action de droit, sans pour autant devenir une chose. Une telle analyse qui pourrait paraître surprenante, incompréhensible, à des juristes appartenant à des cultures où l'espace est délimité géométriquement en parcelles de divers statuts, peut au contraire, dans d'autres paysages et cultures, permettre de répondre à la question fondamentale de droits de propriété foncière se superposant sur un même espace selon des modalités temporelles et fonctionnelles plus ou moins cycliques. Elle peut permettre aussi d'admettre que la « délimitation » d'une parcelle ne soit que celle non topographique d'un espace d'usage, comme cela est souvent le cas sur le continent africain. À partir de là, on peut expliquer bon nombre de modalités juridiques coutumières, « pratiques » ou « maîtrises ». On peut imaginer facilement les portes ainsi ouvertes à bon nombre d'autres considérations à commencer par celles relatives à la gestion des ressources naturelles, à l'environnement. On pourrait ainsi s'interroger sur la nature juridique de ces biens nouveaux que sont les « droits de polluer » fondés sur des quantités de carbone qui s'échangent sur des marchés boursiers spécialisés comme celui de Chicago.

Les nouvelles dispositions législatives malgaches portant sur l'établissement du droit de propriété non titrée, à partir du constat non discuté des modalités fonctionnelles de détention des parcelles semblent répondre à un questionnement identique. Ce qui compte désormais, ce n'est plus nécessairement un acte juridique fondant la propriété, tel que décrit dans le code civil ou la loi sur l'immatriculation et le titre foncier ; ce sont encore fois, pour reprendre les dispositions de l'article 33 de la loi

de 2005 déjà citées : *les modes de détention se traduisant par une emprise personnelle ou collective, réelle, évidente et permanente, selon les usages du moment et du lieu.* Ce qui devrait impliquer que l'objet du certificat ne soit plus la parcelle, considérée comme un bien abstrait, comme dans l'approche civiliste, identifiée comme une surface bornée, mais bel et bien un « sol » dont le certificat va d'ailleurs préciser les modalités d'usage des différents acteurs concernés. Cette analyse semble confirmée par le fait que le bornage de la parcelle, exigé dans la procédure de création du titre foncier, n'existe pas ici. Les parties concernées, notamment les demandeurs de certificats, sont invitées par la loi à marquer les limites de leurs droits de détention, mais ce sont les limites pratiques, localement reconnues, comme, par exemple, la double diguette dans les parcelles de rizières, qui ne prennent sens qu'au regard de l'utilité et non pas de la surface elle-même laquelle peut, le cas échéant, supporter d'autres droits tout aussi légitimes.

La réforme majeure engagée à Madagascar concernant le droit domanial et foncier, apparaît donc comme fondée sur la prise en considération de la propriété au sens malgache du terme et pas seulement celle importée par l'univers colonial français qui continuait jusque-là, malgré les apparences des textes, à s'imposer de manière quasi exclusive. Il reste à apprécier les contraintes et les risques de cette réforme.

III - Les enjeux et risques de la réforme

Quelle que soit sa pertinence au regard tant de l'évolution de la société malgache que de la politique juridique spécifique foncière, la réforme ne va pas sans justifier certaines inquiétudes et interrogations qui devront être réglées si on souhaite sa pérennité. Certaines de ces difficultés ou risques sont intrinsèques à la réforme elle-même ; son dispositif est parfois complexe ou incertain. Par ailleurs, des inquiétudes ont été exprimées par certains acteurs, publics ou associatifs, quant à l'impact de certaines dispositions de la réforme sur les systèmes de gestion des ressources naturelles dont on a rappelé plus haut l'importance extrême à Madagascar.

A - Les complexités et incertitudes du dispositif légal et institutionnel

Une première incertitude majeure est d'ordre plus politique que juridique. La République de Madagascar, dans son fonctionnement institutionnel, demeure fortement marquée par le poids du pouvoir central. Celui-ci continue de disposer, même si la décentralisation est proclamée constamment comme un choix politique majeur, d'une

prééminence très forte. Les pouvoirs décentralisés continuent d'attendre les instructions, alors que le principe de libre administration leur permet d'exercer de manière pleinement autonome les compétences qui leur sont dévolues par les textes en vigueur. La gestion foncière décentralisée, celle-là même qui permet l'application de la loi de 2005-19 et surtout de la loi 2006-31, fait explicitement partie de ces compétences. Malgré cela, les maires hésitent parfois à faire usage de ces nouvelles compétences ; on peut en voir une illustration courante dans le fait qu'ils adressent au Ministère de l'Agriculture des demandes de création de guichets fonciers dans leurs communes. Certes, la question de moyens financiers se pose, mais elle ne suffit pas à justifier ces démarches qui apparaissent souvent dictées par le souci d'agir avec l'accord du gouvernement central. D'ailleurs, dans de multiples rencontres avec des maires, cette incertitude quant à la plénitude de leur autonomie sur le sujet apparaît fréquemment. En outre, dans les démarches de sensibilisation et d'information sur la mise en oeuvre de la réforme, il faut constamment insister sur le fait que seule une délibération communale peut permettre la création d'un service foncier communal décentralisé pour assurer cette nouvelle gestion foncière, à côté de celle de la propriété titrée qui demeure de la compétence exclusive de l'État. Les interrogations sur le financement des guichets, sur la question de l'équilibre financier de cette nouvelle compétence dans le cadre budgétaire en sont une autre illustration ; là où il faudrait ne lire qu'un simple rappel des dispositions de droit commun relatives à la gestion financière communale, les élus locaux interprètent que le guichet doit avoir son propre équilibre financier et non pas que la création du guichet ne doit pas se traduire par un déficit budgétaire. Or, un des enjeux de la création des guichets est de permettre une meilleure gestion locale, y compris foncière ; de permettre de générer, par la maîtrise de l'information sur les occupations foncières, une fiscalité d'un rendement accru susceptible de financer les investissements dont le développement local a tant besoin.

Une deuxième incertitude du texte est liée à la mise en place, dans la loi 2006-31, du plan local d'occupation foncière (PLOF) au demeurant déjà prévu dans la Lettre de Politique foncière. L'importance du PLOF est mise en évidence par l'exposé des motifs de la loi 31 :

« La collectivité décentralisée de base doit mettre en place un plan local d'occupation foncière qui présente les différentes situations foncières de son territoire tels les domaines publics et privés de l'État, des collectivités décentralisées ou autres personnes morales de droit public, les aires à statut particulier, la propriété foncière titrée et éventuellement la délimitation des occupations existantes sur son territoire. Le plan local d'occupation foncière constitue un outil

d'information cartographique de gestion rationnelle des terres par la collectivité décentralisée. ».

Jusque-là, à part les difficultés techniques que peut suggérer une telle condition, il n'y a pas de problème particulier dans la mesure où l'on aurait pu imaginer que la collectivité décentralisée fasse le choix de la méthodologie qui lui paraisse la plus appropriée tant aux conditions locales qu'à ses moyens. Mais la loi, dans ses dispositions, est à la fois plus précise et plus exigeante. Dans son article 4, consacré au PLOF, et plus précisément dans son alinéa 2, la loi dispose que

« la collectivité décentralisée de base, en collaboration avec les services domaniaux et topographiques déconcentrés territorialement compétents, met en place selon ses moyens, à l'échelle de son territoire, le plan d'occupation foncière. Sont notamment reportées sur le PLOF les parcelles objet d'un droit de propriété foncière titrée, ou relevant du domaine public. ».

Cette disposition semble aujourd'hui poser un certain nombre de problèmes d'abord pratiques, ensuite politiques. Pratiques dans la mesure où l'interprétation, au moins initiale, de cette rédaction, a consisté à considérer que le PLOF était une condition préalable à toute action foncière décentralisée. On peut comprendre la justification du PLOF : éviter les superpositions conflictuelles de procédures de gestion décentralisée et de situations domaniales ou foncières certaines, déjà établies juridiquement. Mais en même temps, le texte ne précisait pas que la cartographie en question devait couvrir l'ensemble du territoire communal avant que soient entreprises des actions foncières décentralisées. Or, c'est l'interprétation qui domine, avec les difficultés multiples qui en résultent, d'autant plus qu'au niveau central, cette interprétation a été rendue encore plus difficile à respecter que l'on a recommandé l'usage de la cartographie numérisée. On imagine, dans des communes sans moyens, la difficulté de mettre en place un service spécifique, doté de moyens informatiques assez sophistiqués, du personnel formé à son usage, surtout dans un contexte où l'accès au réseau électrique est plus que difficile voire impossible dans la plupart des cas. Heureusement, les dernières évolutions du dossier semblent indiquer que des simplifications sont actuellement recherchées.

Par-delà ces problèmes techniques et financiers, il faut surtout souligner que l'importance accordée au PLOF, nécessaire comme on l'a dit plus haut, ne doit pas faire oublier l'essentiel : on ne parle plus ici de propriété titrée, sauf pour rappeler que le régime de la propriété non titrée ne peut pas se superposer à elle. Ce qui est en jeu, ce sont les modes locaux de reconnaissance des droits de détention des parcelles, largement

fondés comme on l'a déjà montré, sur la fonctionnalité de l'usage d'un espace dont l'image topographique sur un plan et nécessairement délimitée n'a pas d'intérêt immédiat, sauf au moment de l'usage et au regard des voisins. Ce n'est pas la superficie qui est le bien mais l'usage qui en est fait, qui en est la représentation, qui peut varier dans le temps et dans l'espace. On est dans l'univers du droit d'agir. Celui-ci ne s'accommode pas forcément d'une représentation topographique exclusive et invariable au regard du droit personnel qu'est celui de propriété civiliste. En fait comme en droit, le PLOF, à côté des titres fonciers, des dépendances domaniales et de leurs emprises, qui, les uns comme les autres doivent être représentés géométriquement, doit permettre de représenter la situation des droits tels que revendiqués, reconnus et enregistrés dans des certificats fonciers.

B - Les enjeux de cohérence avec les autres législations sectorielles malgaches

Le sol constitue le support naturel de la plupart des activités humaines, en particulier dans un pays en développement comme Madagascar. Il est donc important, encore plus qu'ailleurs, que les dispositions législatives et réglementaires qui le régissent soient en bonne cohérence avec celles applicables à d'autres activités, l'urbanisme, le tourisme, mais aussi et peut-être surtout, à Madagascar, la gestion forestière, la protection de l'environnement. Sur ces derniers points, des inquiétudes ont déjà été exprimées qu'il convient donc d'évoquer ici car elles sont évidemment un enjeu essentiel tant du point de vue du développement local que national, surtout envisagés dans une optique de durabilité. Cela est d'autant plus important que la loi 2005-31 n'a pas ignoré le problème. L'article 38 dispose très précisément que :

« Dans la mise en oeuvre des dispositions de la présente loi, il doit être tenu compte des aires qui en sont exclues parce que soumises à un dispositif juridique particulier. Il s'agit notamment : – des terrains constitutifs de zones réservées pour des projets d'investissement ; – des terrains qui relèvent du domaine d'application de la législation relative aux aires protégées ; – des terrains qui servent de support à la mise en application de conventions signées dans le cadre de la législation sur les ressources naturelle ; – des terrains qui sont juridiquement définis comme relevant de l'application du droit forestier ; – des terrains qui sont constitués en espaces protégés en application d'une convention internationale ratifiée par la République de Madagascar ».

Concernant le dispositif forestier, il faut indiquer que malgré le souci de cette cohérence dont la clarification ne fait aucun doute dans les travaux préparatoires de la loi spécifique qui devrait permettre la bonne application de la loi 2005-19 au regard des régimes spéciaux y inclus

celui de la forêt, certains, notamment des chercheurs mais aussi des agents des services techniques de l'État, se sont inquiétés d'une question qui leur paraît fondamentale : la disparition du principe de la présomption de domanialité ne pourrait-elle pas avoir pour effet de remettre en cause les moyens de l'État de contrôler les ressources naturelles, notamment les forêts. C'est là une approche qu'il convient de discuter. Pour ce faire, il est d'abord nécessaire de rappeler quelques caractéristiques du droit forestier de Madagascar.

Même si celui-ci est aujourd'hui fondé sur la loi n° 97-017 du 18 août 1997 portant révision de la législation forestière, il repose encore largement sur un texte colonial, le décret du 25 janvier 1930, réorganisant le régime forestier applicable à Madagascar, ainsi que son arrêté d'application du 17 novembre 1930, (même si d'autres textes sont venus ensuite modifier, compléter, ou abroger partiellement certaines dispositions du décret initial), comme on le verra ci-après. L'esprit de cette législation forestière est largement illustré par les premiers articles du texte de 1930 qu'il convient donc de citer ici :

Article 1 : « Les forêts dépendant du domaine de l'État, de la colonie, des communes et autres établissements publics sont inaliénables et imprescriptibles. [...] » ; **Article 2 :** « Sont qualifiés forêts : les terrains dont les fruits exclusifs ou principaux sont des produits forestiers, tels qu'ils sont définis à l'article suivant. » ; **Article 3 :** « Sont qualifiés produits principaux de forêts : les bois d'ébénisterie, d'industrie et de service, les bois de chauffage et à charbon. – Sont qualifiés produits accessoires des forêts, les écorces à tanin, les écorces textiles et tinctoriales, le caoutchouc, les résines ou gommés, les cires végétales, [...], les bambous, ravenala, raphia, bruyères, fougères, et tous autres produits végétaux ne constituant pas un produit agricole. ».

Les termes de l'article 1 sont sans aucun doute ceux qui sont les plus importants pour notre propos, les deux autres articles n'étant cités que pour permettre au lecteur de mieux situer les enjeux pratiques de la discussion. L'article 1 affirme un principe de domanialité et mieux, de domanialité publique, les deux caractéristiques citées, inaliénabilité et imprescriptibilité, étant celles du domaine public. Mais surtout, ce même article fait référence au domaine de l'État et des autres acteurs publics, or, pour identifier ce domaine, il est nécessaire de se reporter aux textes domaniaux et fonciers de l'époque évoqués au point 1 de la présente étude. La référence au domaine ne peut que renvoyer à la présomption de domanialité déjà largement évoquée, permettant de rattacher au domaine tous les terrains ne faisant pas l'objet d'un titre foncier et non immatriculés, ou non placés sous un régime spécifique réservé à la

propriété indigène. On mesure immédiatement l'utilité potentielle d'une telle disposition dès lors qu'il s'agit de mettre en place un régime forestier destiné à *conserver et accroître le domaine sylvestre de la colonie, tout en facilitant l'exploitation, tant par les indigènes que par les Européens*, [...] (Rapport de présentation du texte). D'autant plus que l'article 21 du même décret dispose : *Les particuliers qui possèdent des forêts en jouissent en toute propriété sauf les réserves fixées au titre IV, mais ne peuvent en pratiquer le défrichement qu'en vertu d'une autorisation administrative [...]*.

Le droit de propriété du sol l'emporte sur celui de la forêt, sauf pour les zones correspondant aux exigences de protection ou de reboisement. Cela sous-entend que les terrains supportant ces forêts privées sont nécessairement, selon le droit foncier, des terrains immatriculés et titrés, lesquels ne sont que fort peu nombreux. Le véritable enjeu, encore une fois, concerne plutôt les zones où s'exercent des droits de collectivités indigènes. La situation est un peu identique à celle de la gestion des terres. La situation de ces droits forestiers qui devraient être privés mais ne le sont pas pour des raisons foncières, est réglée par l'article 31 du décret :

« Les collectivités indigènes sont autorisées à exercer leurs droits d'usage coutumiers dans les forêts domaniales et dans celles des particuliers dans la mesure où lesdits droits n'auront pas été légalement purgés. – La nature et la consistance de ces droits seront déterminées par des arrêtés du Gouverneur général en conseil, rendus après avis du chef du service forestier, sur la proposition de commissions composées : 1) du chef de la province, président ; d'un délégué du service des forêts ; d'un délégué du directeur des domaines ; d'un représentant de chaque communauté intéressée », ainsi que par l'article 32 : « l'exercice des droits d'usage est strictement limité aux besoins personnels et familiaux des usagers et aux nécessités résultant des transactions internes à la collectivité. En particulier, les indigènes jouissant d'un droit de pâturage en forêt ne pourront y introduire que des bestiaux leur appartenant. – La fabrication de charbon de bois est interdite en tous les cas »¹.

¹ L'article 27 de l'arrêté d'application de 1930 est plus précis concernant ces droits d'usage : « Les droits d'usage prévus en faveur des indigènes aux articles 31 et suivants du décret du 25 janvier 1930, s'exercent librement : 1) en ce qui concerne le ramassage du bois mort, des fruits et des plantes alimentaires croissant dans les forêts ; 2)) en ce qui concerne la récolte et la préparation du bois de chauffage et du charbon nécessaires aux besoins personnels des indigènes. Sont considérées comme faisant partie des transactions internes de la communauté les ventes accidentelles de petite quantité de bois et de charbon, aux européens et indigènes de passage, en vue de la satisfaction de leurs besoins domestiques »

À travers ces dispositions, l'État dispose en fait et en droit d'un immense pouvoir de contrôle, fondé sur le droit domanial, pour gérer la forêt, la mettre sous un dispositif de protection et de conservation ou au contraire la concéder pour exploitation, même s'il n'en a pas nécessairement les moyens ni humains ni techniques.

L'esprit général de ce droit forestier persiste après l'Indépendance d'abord dans le décret n° 87-110 du 31 mars 1987, puis dans la loi de 1997, comme l'illustrent clairement les dispositions des articles 1 à 10 de cette dernière, même si la loi GELOSE de 1996 qui sera évoquée plus loin est venue améliorer la situation, y compris foncière, des usagers traditionnels, communautaires. Le principe généralisé de présomption de domanialité demeure pleinement effectif.

Cette persistance du rôle de l'État demeure en outre confirmée en 1987 par le droit domanial qui à l'époque reste fondé sur une présomption de domanialité très forte puisqu'on ne peut lui opposer qu'un titre foncier ou un titre domanial (donc un titre foncier provisoire, sur le domaine privé, comme on l'a mentionné plus haut)¹.

Dans un tel paysage juridique, on peut comprendre que l'abrogation, par la loi de 2005, des dispositions fondant la présomption de domanialité généralisée, ait pu apparaître à certains acteurs, notamment forestiers, comme un énorme problème, pour ne pas dire un facteur de blocage de leur action. L'article 1 du décret de 1930 doit en effet dorénavant se lire applicable aux seules forêts situées sur des terrains dont l'État (ou les autres acteurs publics, mais ceux-ci ne pouvaient bénéficier qu'indirectement, par l'État, de la présomption de domanialité) est propriétaire légalement, c'est-à-dire sur des terrains correspondant à la définition du domaine privé telle qu'en dispose l'article 18 de la loi de 2005. Mais en même temps, faut-il vraiment considérer que le droit forestier est désormais dépourvu de champ d'application ?

Rappelons que les dispositions évoquées ci-dessus sont avant tout de caractère technique et doivent permettre, y compris sur les terrains privés, de fixer tant les règles de conservation que celles d'exploitation. Le texte de 1930 n'avait pas été écrit pour constituer un patrimoine forestier aussi important que possible mais pour fixer les règles du jeu applicables à tous les acteurs, publics comme privés. La réforme foncière change

¹ Il peut être intéressant, sur ce sujet, de renvoyer à Alain Bertrand : « En Afrique francophone et à Madagascar, les politiques forestières issues de la colonisation témoignaient par leur caractère exclusif et répressif de la faiblesse de l'État ». in Bertrand, Montagne et Karsenty eds. 2006 : 447-465.

l'importance relative des acteurs du point de vue de leurs occupations spatiales. Mais une évolution existait déjà depuis 1946 et la fin du statut « indigène ». On en revient encore une fois à la question fondamentale : dans la gestion de la forêt comme dans celle des ressources naturelles, renouvelables ou non, quel droit doit l'emporter : celui du sol ou celui de la ressource ? La réponse ne saurait être univoque. Seule une articulation fine des dispositifs de droit, fondée sur la réalité des rapports humains, communautaires, fonctionnels, est à même de permettre d'apporter une réponse à la question. Au demeurant, la gestion foncière décentralisée devrait permettre, compte tenu de sa capacité de prise en compte des pratiques locales, une meilleure réponse publique aux besoins de la forêt. Sécuriser un usager du foncier est assurément une manière de lui permettre d'améliorer sa parcelle et donc, de limiter la tentation de défricher toujours plus, notamment pour se protéger des appétits fonciers, réels ou présumés, d'autres acteurs notamment publics. La stabilisation progressive des parcellaires exploités devrait donc contribuer à une meilleure gestion des massifs forestiers et autres zones protégées.

Cela est d'autant plus vrai que les inquiétudes formulées auraient déjà dû l'être, il y a quelques années, lorsque la législation dite GELOSE, sur l'exploitation des ressources renouvelables, a été promulguée. Il convient donc de revenir ici sur celle-ci, d'autant qu'elle comportait un volet foncier qui devrait évoluer en fonction des dispositions législatives nouvelles de 2005 et 2006.

La loi n° 96-025 relative à la gestion locale des ressources naturelles renouvelables (JO RM, 14 octobre 1996), se veut particulièrement innovante pour intégrer dans la gestion des ressources naturelles la nouvelle exigence participative. Comme il est indiqué dans l'Exposé des motifs, *les doctrines s'accordent actuellement sur la nécessité de responsabiliser et de faire participer les populations à la gestion directe de certaines ressources naturelles afin d'assurer l'équilibre entre l'utilisation de ces ressources et les capacités de régénération des écosystèmes base de la pérennisation des activités de développement*. Le dispositif est relativement simple dans sa conception, comme le montrent bien les citations d'articles ci-après. Article 1 : *En vue de permettre la participation effective des populations rurales à la conservation durable des ressources naturelles renouvelables, il peut être confié à la communauté de base, dans les conditions prévues par la présente loi, la gestion de certaines de ces ressources comprises dans les limites de leur terroir*. Ce premier article rappelle donc la philosophie de la démarche, mais surtout pose déjà quelques problèmes au juriste : notamment, que sont les ressources naturelles concernées ? Qu'appelle-t-on une communauté de base ? Des éléments de réponse sont fournis par les

articles qui suivent. D'abord, concernant la nature des ressources concernées, l'article 2 précise que les [...] *ressources naturelles renouvelables* [...] *sont celles relevant du domaine de l'État ou des collectivités territoriales. – Rentrent dans cette catégorie les forêts, la faune et la flore sauvages aquatiques et terrestres, l'eau et les territoires de parcours.* Deux remarques sont à faire : d'abord, une nouvelle fois, il est question du domaine de l'État ou des collectivités décentralisées, ce qui justifie le même commentaire que plus haut concernant le droit forestier stricto sensu : ce domaine a été réduit à sa seule part juridiquement certaine après l'abrogation de la présomption de domanialité de la loi 2005-19. Ensuite, on notera que dans les ressources, il y a la forêt ; la loi de 1996 fait donc dans une certaine mesure partie du droit forestier. L'article 3 répond à la question suivante, celle de savoir ce que l'on appelle « communauté de base » ; celle-ci *est constituée par tout groupement volontaire d'individus, unis par les mêmes intérêts et obéissant à des règles de vie communes. Elle regroupe selon le cas, les habitants d'un hameau, d'un village ou d'un groupe de villages. – La communauté de base est dotée de la personnalité morale et fonctionne comme une ONG selon les réglementations en vigueur.* En pratique, il va s'agir d'une ONG à base associative, régie par un *Dina* ou règlement intérieur, et validée selon les dispositions en vigueur¹, qui va se voir transférer les compétences de gestion sur une ressource sur un territoire donné, dans le cadre d'un contrat et d'un cahier des charges y joint, contrat conclu avec l'État et la collectivité décentralisée sur le territoire de laquelle se trouve la zone de gestion transférée. La mise en place du dispositif de gestion est facilitée par une médiation environnementale dont les modalités sont fixées par les articles 17 à 37 de la loi, les médiateurs étant agréés par l'État².

Mais la véritable question demeure, par-delà ce dispositif institutionnel, du rapport avec le droit domanial et foncier, et donc, en même temps, de préciser la notion de « terroir » évoquée plus haut. Il convient pour y répondre de s'intéresser au décret n° 98-610 du 13 août 1998, sur la Sécurisation Foncière Relative. Selon l'article 1 de ce décret, [...] *la sécurisation foncière relative, dénommée SFR par la suite, est définie comme une procédure consistant dans la délimitation d'ensemble du terroir d'une communauté locale de base bénéficiaire de la gestion de*

¹ Des dispositions juridiques spécifiques ont été fixées dans le décret n° 2000-028 du 13 janvier 2000 relatif aux communautés de base chargées de la gestion locale de ressources naturelles renouvelables.

² Le régime juridique des médiateurs environnementaux a été précisé par le décret n° 2000-028 du 13 janvier 2000.

ressources naturelles renouvelables, ainsi qu'au constat des occupations comprises dans le terroir. Le terroir est donc une dimension territoriale spécifique du dispositif GELOSE. Son identification doit permettre de constituer un *droit de jouissance des occupants*, dans l'attente d'une immatriculation foncière ultérieure. Les limites de ce terroir sont validées par l'arrêté de transfert de la gestion des ressources. Pour l'identification de ce terroir, sont réalisés un abornement et un levé topographique régulier par un géomètre assermenté (Art. 6), lequel réalise en même temps les enquêtes parcellaires (Art. 7), *faisant ressortir les références de la parcelle, le ou les occupants, la consistance de l'immeuble et éventuellement sa superficie approximative, les litiges éventuels.* Une précision importante est fournie par l'article 8 : *les parcelles de grande superficie ne faisant pas l'objet d'une occupation* (et qui donc relèvent du domaine privé de l'État) *pourront être constituées en réserves foncières au profit de la communauté [...].* Le véritable problème apparaissait dans l'article 15 prévoyant la fin de la SFR avec l'immatriculation collective du périmètre sur demande de la communauté, ce qui est compréhensible, mais avec la réserve que *tout occupant peut à tout moment demander l'immatriculation de ses parcelles lesquelles sont immédiatement soustraites du régime SFR*, autrement dit, étant devenu propriétaire, peut se soustraire aux contraintes du dispositif GELOSE.

On doit alors s'interroger sur la pertinence juridique du décret SFR après la promulgation de la loi de 2005. Une série de questions semblent en effet se poser. D'abord, y a-t-il encore une place pour une sécurisation foncière relative dans le nouveau contexte foncier ? Certes la loi ne le mentionne pas, mais rien n'empêche de mettre en oeuvre le dispositif tel que décrit dans les textes. Ce qui amène à une deuxième question : est-il possible, dans le cadre du processus GELOSE et SFR de s'appuyer désormais sur la gestion foncière décentralisée, à base de certificat, pour stabiliser les droits des occupants de la zone de gestion transférée ? Là encore, il ne semble pas que les nouveaux textes puissent être interprétés négativement. On pourrait y voir une possibilité supplémentaire proposée à l'ONG chargée de la gestion dans la mesure où l'important est de sécuriser son terroir, ce que le certificat peut permettre de faire sans problème, et sans remettre en cause des droits des tiers puisqu'il ne présente pas le caractère inattaquable de titre foncier portant sur la même zone immatriculée. On pourrait donc, dans cette logique, considérer que la réforme foncière pourrait même favoriser la mise en oeuvre de la Gestion locale sécurisée. Des commentaires identiques pourraient être faits concernant les aires protégées, mais ils nous amèneraient à excéder largement les limites rédactionnelles de la présente étude.

C - Et pour finir : l'avenir de la réforme

La réforme foncière malgache a désormais trouvé sa place dans l'univers quotidien. Les multiples demandes d'appui à la création de guichets fonciers qui arrivent des communes, les choix politiques gouvernementaux consacrés dans le MAP, l'implication des multiples bailleurs de fonds dans son application soit en l'appuyant directement, soit en l'intégrant dans les projets qu'ils financent (par exemple les projets ruraux Bassins-Versants/Périmètres irrigués qui constituent une dimension essentielle de la politique rurale l'attestent de manière éloquente.

Cette réforme était sans doute devenue incontournable tant les problèmes s'accumulaient au niveau de services domaniaux et fonciers sans moyens, comme la plus grande partie de leurs usagers, et dans un contexte où le titre foncier lui-même avait perdu une grande partie de son caractère inattaquable.

Mais il va falloir attendre encore un peu avant de mesurer l'effectivité de la réforme, exercice d'autant plus difficile que son objectif était d'abord et avant tout social, « personnel », celui de réduire la conflictualité et l'incertitude des situations foncières, les enjeux de l'amélioration de la capacité d'investissements des détenteurs de terrains venant loin derrière. En outre, tous les secteurs d'activité sont concernés. Et les enjeux indirects ou corollaires ne sont pas moins pertinents et sensibles. On peut citer outre les questions strictement foncières, celles relatives notamment à l'aménagement urbain, à la fiscalité, au développement rural, dont les liens avec le droit de la terre sont évidents, mais aussi le processus de décentralisation. La nouvelle compétence locale, celle de gestion foncière décentralisée, ouvre un nouveau champ d'action déterminant aux collectivités décentralisées à commencer par les communes qui devraient en faire l'instrument privilégié de ce développement local qui est leur première responsabilité sinon leur raison d'être. La réforme malgache, en cette matière aussi, est remarquablement innovante. On voit ici clairement apparaître la nécessité d'une articulation aussi poussée que possible entre les politiques sectorielles et la politique nationale foncière, mais cela est un autre débat.

Dans le même sens, il semble qu'une attention particulière devrait aussi être portée à une vision intégrée du droit de la terre et de celui des ressources naturelles permettant en même temps le développement et la conservation de ressources naturelles exceptionnelles sinon uniques. Comme on l'a souligné plus haut, les nouvelles dispositions foncières, en particulier celles relatives à la reconnaissance de la « propriété non

titrée », sont particulièrement pertinentes pour permettre une amélioration des actions de conservation déjà initiées ou qui devraient l'être. Comme l'affirment les paysans qui sont riverains du Parc national d'Andohahela dans le sud du pays, sécuriser leurs droits fonciers à la périphérie du Parc est une manière de les inciter à respecter celui-ci car ils ne se sentent plus menacés par des extensions éventuelles, ils n'ont donc plus besoin, à titre préventif, de défricher de nouvelles zones protégées pour se constituer un capital foncier.

En définitive, on retrouve ici l'importance de la question initiale : la sécurisation pourra-t-elle avoir un impact économique réel sur le monde rural comme sur le monde urbain, permettant aux acteurs de dégager de nouvelles ressources à partir des mêmes ressources foncières, tout en assumant les contraintes exigées par la durabilité du développement ? C'est sans doute le plus grand défi de la réforme malgache. C'est aussi une manière de répondre à l'éternelle question : à quoi sert une réforme foncière : à la sécurité personnelle ou à l'amélioration des investissements personnels comme collectifs. On mesure bien que les deux objectifs doivent être nécessairement associés si on veut parler de gestion foncière durable.

Bibliographie

BERTRAND Alain, 2006, « La question récurrente et renouvelée de l'État ; un préalable à l'évolution des politiques forestières en Afrique francophone et à Madagascar » in BERTRAND Alain, MONTAGNE Pierre et KARSENTY Alain eds., 2006, *Forêts tropicales et mondialisation – Les mutations des politiques forestières en Afrique francophone et à Madagascar* », pp. 447-465

BERTRAND Alain, MONTAGNE Pierre et KARSENTY Alain eds., 2006, *Forêts tropicales et mondialisation – Les mutations des politiques forestières en Afrique francophone et à Madagascar* », Paris, L'Harmattan, 485 p.

CARBONNIER Jean, 2004 (2^e éd.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 415 p., coll. Quadrige Manuels.

CARBONNIER Jean, 2004, *Droit civil Vol. II Les biens. Les obligations*, Paris, PUF, 1516-2574 p., coll. Quadrige Manuels.

PATAULT Anne-Marie, 2003, « Les biens » in *Dictionnaire de la culture juridique* ; Paris, PUF coll. Quadrige, p. 130

RAHARINARIVONIRINA Alisaona et BERTONE Alexandre, 1983, *Droit civil – les biens et les sûretés*, Antananarivo, Centre Malgache de Promotion du Livre, 261 p.

RARIJAONA R., 1967, *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar* ; Paris, Université de Madagascar/Cujas, 306 p., coll. Études malgaches.

ROCHEGUDE Alain, 2006, « Jouer avec le Droit – Jeu de piste ou jeu de lois ? », in Eberhard Christoph et Vernicos Geneviève (eds.), *La quête anthropologique du droit – Autour de la démarche d'Étienne Le Roy* », Paris, Karthala, 611 p.

SOTO Hernando (de), 2006, *Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Paris, Flammarion, 303 p., coll. Champs.

Bail emphytéotique et fiducie. Voies de la réforme foncière au Sénégal

Suite aux échecs successifs des politiques et stratégies agricoles – de la nouvelle Politique agricole de 1984 à la Lettre de Politique de développement agricole (LPDA) et du Programme d'ajustement sectoriel agricole (PASA) – qui n'ont pas enrayeré la pauvreté, le Sénégal a choisi dans sa nouvelle réforme de placer l'agriculture familiale au cœur de l'architecture de la Loi d'orientation agro-sylvo-pastorale de 2004 (ci-après Loasp). Notons que l'agriculture sénégalaise ne représente plus que 8% du PIB contre 20% il y a 25 ans, mais ce secteur reste important puisqu'il emploie la moitié de la population active¹. La petite agriculture paysanne est censée remplir différents objectifs tels que la réduction de la pauvreté, la sécurité alimentaire² et à l'échelle nationale devenir un moteur de croissance de l'économie, en particulier, dans le cas d'une agriculture commerciale d'exportation, pour les filières répondant aux demandes internationales.

Par ailleurs, un des enjeux environnementaux est de faire en sorte que les populations considèrent leur cadre de vie comme un patrimoine à protéger : cette intériorisation du processus de protection est une condition d'efficacité des politiques publiques. Les pouvoirs publics sont de plus en plus sensibilisés à l'importance à accorder aux actions visant la protection des écosystèmes. La pression conjuguée de facteurs climatiques et de l'exploitation excessive des écosystèmes – forêts, pâturages, ressources hydriques – rend urgent d'intégrer la protection et

¹ Rapport thématique Jumbo, « Rapport de conjoncture et prévision des pays de la zone franc : étude pays, Agence française de développement, avril 2006, p. 63-64.

² Au Sénégal, le régime alimentaire ne peut être maintenu que par une augmentation constante des importations de produits agricoles, le pays, pourtant producteur de riz, est dépendant de l'extérieur pour couvrir ses besoins céréaliers notamment en riz, importé de Thaïlande.

la régénération des ressources tant dans les politiques publiques que dans les actions locales favorisant l'implication des populations. Les différents programmes, déjà en place au Sénégal, s'appuient dans leur fonctionnement sur la participation des populations, cependant, même si les actions ainsi mises en œuvre peuvent être réellement ressenties par les populations concernées, « [elles] sont très peu coordonnées et leur planification ainsi que celles des différentes collectivités locales sont cloisonnées¹. » (Fall 2006 : 17) La stratégie implique de combiner mouvement ascendant et descendant : l'efficacité de la production normative, particulièrement lorsqu'elle est liée aux questions foncières nécessite d'intégrer simultanément dans le processus, la logique globale encadrée au niveau national et les logiques et pratiques locales, garantes d'un minimum d'implication et d'intériorisation par les populations.

Ces objectifs, présentés dans l'exposé des motifs de la Loasp, nécessitent une refonte globale du système foncier et un renforcement du cadre de la décentralisation. Ces deux axes de réflexion autour du rôle des acteurs du monde rural soulignent que le projet d'aménagement du territoire sénégalais, en particulier autour du devenir de son domaine national, lie projet spatial et projet de société, ce qui justifie que la réforme de 2004 s'inscrive dans une vision de long terme (20 ans).

Nous proposons donc d'inscrire les politiques environnementales sénégalaises dans le cadre de la réforme foncière consécutive à la Loi d'orientation agro-sylvo-pastorale votée le 25 mai 2004, promulguée le 4 juin 2004². La réelle efficacité de ces orientations, initiées et impulsées au niveau central par l'État, ne se mesure qu'au niveau décentralisé, ce qui explique notre angle d'approche qui intègre la marge de manœuvre des collectivités locales, cadre où se cristallisent la complexité et l'équilibre délicat des défis à relever : la protection de l'environnement (maintien de la biodiversité et des écosystèmes) et la sécurité alimentaire.

À cet égard, la réforme a donné lieu à une nouvelle façon de procéder où les acteurs locaux ont davantage été impliqués dans le travail d'élaboration du contenu de la réforme. Trois processus, à des niveaux différents d'avancement, sont ainsi en cours actuellement, les structures

¹ Ces difficultés se sont particulièrement révélées dans le cadre de l'Accord de Cotonou, signé entre les pays ACP et l'Union européenne le 23 juin 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2003, où il était pourtant prévu l'élargissement du partenariat avec les acteurs non étatiques.

² La loasp s'inscrit dans le cadre de processus de concertation au niveau régional, pour le Nepad (New Partnership for African Development, adopté au sommet de l'OUA, à Lusaka en 2001), et mondial en ce qui concerne le Document de stratégie de réduction de la Pauvreté (DSRP).

décentralisées et déconcentrées, le développement agro-sylvo-pastoral et enfin la réforme foncière, programmée dans la Loasp en son chapitre six (articles 22 et 23), mais détachée du processus : cette réforme qui concernera tant les zones urbaines que rurales, n'a pas encore abouti à un consensus à l'heure où nous écrivons.

Ces trois processus permettent une réflexion sur les conditions d'élaboration du droit. Ces réformes institutionnelles qui s'inscrivent dans la longue durée¹, et à différentes échelles territoriales², permettent d'appréhender différentes « techniques » d'écrire le droit.

La réforme, c'est un projet politique et juridique. Mais pour être perçue comme un projet de société, comme l'est une transformation de la gestion et de la répartition des sols au Sénégal, il importe qu'elle soit portée par l'assentiment des populations. Notre propos relatif à la réforme s'attache par conséquent autant à la procédure de production normative qu'au contenu juridique proposé, car comprendre le sens du droit nécessite autant l'analyse du fond que du cadre et des processus d'élaboration que nous envisagerons dans la première partie.

Quant au fond de la réforme, les notions de gestion des ressources naturelles, de personnalité juridique responsable, mises en relation dans une dimension temporelle, nous invitent à revisiter les montages juridiques d'utilisation et de gestion d'un tel patrimoine. Dans cette perspective, la confrontation des montages issus de différents horizons juridiques nous paraît utile pour mettre en évidence des modalités d'utiliser la terre et ses ressources qui permettent une utilisation durable et équitable. En effet, quoique le statut juridique des générations futures est incertain, que l'humanité n'a pas de personnalité juridique, la gestion du patrimoine pour les générations présentes peut se poser en termes de biens publics mondiaux. Le régime juridique de ces biens dont l'analyse est surtout le fait des économistes, doit faire partie intégrante du processus national d'élaboration des politiques pour prétendre acquérir un certain niveau d'efficacité à l'échelle mondiale. L'exemple des biens publics mondiaux illustre toute la complexité des enjeux du droit aujourd'hui, tant dans sa production que dans son application. Il ne s'agit pas de choisir entre une perception globale et une application locale, mais de combiner les deux, selon les cas et selon l'échelle territoriale la plus pertinente et la plus efficace en termes de reconnaissance par les sociétés. Les visions globale et locale ne peuvent être dissociées ; leur imbrication

¹ Les premières adaptations des collectivités locales débutent en 1960.

² Le Sénégal est partenaires de nombreuses conventions qui, au niveau mondial ou au niveau régional de l'Afrique de l'Ouest, influencent à la fois le contenu du droit et ses modes d'élaboration.

s'explique par la force de la relation entretenue entre la légitimité du droit et la dimension territoriale. Ainsi, les liens que nous établissons entre les biens publics mondiaux, la gestion patrimoniale et l'usage du bail emphytéotique au Sénégal, nous ont conduite à la notion de fiducie, spécifiquement dans le rapport d'obligation qu'elle établit.

La notion de trust/fiducie permet en effet une nouvelle approche de l'accès et de la gestion des terres que nous détaillerons dans la seconde partie, en précisant la portée qu'elle pourrait avoir au Sénégal.

I - Contexte institutionnel et politique de la réforme

Il s'agissait de sortir la question de la réforme foncière, et d'une manière générale de sortir les politiques publiques liées au développement du pays, de la dichotomie entre politique nationale et action locale. Un des paradoxes de la situation concerne le rôle que devrait endosser l'État sénégalais dans ce processus de réflexion. En conséquence des Plans d'ajustement structurel initiés entre 1980 et 1992 et des libéralisations résultant du consensus de Washington, le rôle de l'État a été assoupli ; pourtant, son rôle reste moteur dans l'impulsion des politiques de développement et de protection de l'environnement. C'est lui qui est responsable, en amont, de la mise en œuvre des campagnes d'information et de consultation des populations, et, en aval, du contrôle et de l'évaluation des politiques programmées. Ce paradoxe est sensible dans l'article premier de la Loasp qui tout en préconisant une amélioration des conditions de vie en milieu rural, précise que ce développement sera *marqué par le retrait progressif de l'État*. Dans cette partie, nous analyserons les enjeux de la réforme foncière et le cadre dans lequel elle sera mise en œuvre, à savoir les collectivités locales.

A - Concertation décentralisée, une condition de la réforme

La réforme foncière est étroitement liée aux politiques de décentralisation. Il y a plusieurs explications à ce phénomène. D'une part, les politiques de décentralisation s'inscrivent dans un contexte de développement économique du pays et sont influencées par les recommandations de la Banque mondiale et du fonds monétaire international dans leur politique d'ajustement structurel¹. D'autre part, la redistribution du pouvoir économique passe par une réforme foncière pour réorganiser l'accès à la terre, au niveau des collectivités locales en

¹ Le mouvement centrifuge est global puisque la décentralisation administrative et politique s'est accompagnée, au milieu des années 1980, d'une décentralisation économique par la voie des privatisations des services jusque-là publics au Sénégal.

lien avec les activités et les usages des populations. La réforme de l'État a renforcé le processus de décentralisation, amorcé en 1960, et favorisé la réforme des services centraux, c'est-à-dire une déconcentration (Nzouankeu 1994 : 265) qui, si elle n'accompagne pas l'activité des collectivités locales, réduirait de manière significative les résultats de la réforme et conduirait à accroître « les déphasages sociaux du système administratif : le manque de moyen le refus de servir en brousse, la forte centralisation conduisent à concentrer l'essentiel des fonctionnaires et des moyens dans les villes et surtout dans la capitale, le reste du pays étant le plus souvent déserté. Il y a donc à la fois sur-administration et sous-administration. ». (Coulon et Martin 1991 : 179)

Jusqu'en 1972, seule la commune, en milieu urbain, était une collectivité locale dotée de la personnalité juridique. En 1972, dans le cadre de la réforme sur l'organisation de l'administration territoriale¹, la loi 72-02 du 1^{er} février accentue la déconcentration de l'État. Parallèlement, est créée une nouvelle collectivité locale² : la communauté rurale, circonscription administrative territoriale dotée d'une personnalité juridique de droit public dont le Conseil rural est notamment chargé d'affecter et de désaffecter les terres du domaine national créé en 1964.

Les deux lois de 1972 et leurs textes d'application³ ont pour objectif de renforcer la participation des acteurs ruraux au sein des structures administratives. Ce principe est mis en œuvre tant, par une décentralisation permettant *de créer les conditions d'une participation responsable de la population à l'action du gouvernement*⁴, que par une politique de déconcentration – la tutelle de l'État est représentée, dans chaque arrondissement, par le sous-préfet⁵. Le contrôle par la tutelle du sous-préfet est à cette époque encore a priori ce qui a réduit considérablement les marges de manœuvre des Conseils ruraux.

¹ Loi 72-02 du 1^{er} février 1972 relative à l'organisation de l'Administration territoriale.

² Loi 72-25 du 19 avril 1972 relative aux communautés rurales.

³ Circulaires n° 77 du 25 juillet 1972 et n° 118 du 14 novembre 1972 sur l'organisation territoriale et sur les communautés rurales et décret 72-1288 du 27 octobre 1972 relatif aux conditions d'affectation et de désaffectation des terres du domaine national comprises dans les Communautés rurales, JORS du 18 novembre 1972, p. 1194.

⁴ Déclaration du ministre de l'Intérieur, Jean Collin, en juillet 1972 devant le Conseil national de l'Union Progressiste Sénégalaise, cité dans Magassouba 1997 : 226.

⁵ L'arrondissement correspond au canton de la période coloniale, l'administration territoriale d'État est héritière de l'administration coloniale : le sous-préfet est fréquemment appelé, « commandant », désignation de la période coloniale. Clauzel 1991 : 218.

La communauté rurale permet de regrouper un certain nombre de villages, *cellule administrative de base* appartenant à un même terroir sous l'autorité d'un Conseil rural, responsable de l'attribution des terres sur le territoire de la communauté. Généralement composées d'un village central et de villages éparpillés autour de celui-ci, dans un rayon de 5 à 10 km, les communautés rurales des régions sylvo-pastorales et autres régions moins peuplées couvrent généralement une zone bien plus étendue, peuvent comprendre de 15 à 65 villages et ont une population allant de 5000 à 30 000 personnes (Gellar 1997 : 52). Un des objectifs est d'établir une communauté humaine qui se sente « unie par une solidarité résultant du voisinage, possédant des intérêts communs et [capable] de trouver des ressources nécessaires à [son] développement. »¹ Ce sentiment de solidarité n'est pas toujours présent lorsque certains villages ne reconnaissent pas l'autorité du Conseil rural de la communauté rurale à laquelle ils appartiennent.

L'enjeu, pour poursuivre l'objectif d'une participation accrue des populations, est que la communauté rurale soit suffisamment petite pour que s'instaure une cohésion entre ses membres mais qu'elle soit suffisamment étendue pour regrouper un nombre minimum de contribuables, donc de ressources pour mettre en œuvre des projets locaux. La notion de terroir, définie par le dispositif relatif au domaine national – loi et décrets – avait pour objectif de favoriser les moteurs de la solidarité et de la participation puisque le territoire d'un terroir est conçu pour « être tel qu'il permette le fonctionnement correct d'une coopérative agricole répondant aux deux critères de rentabilité et de gestion optimale. »²

Dans ce sens, les six nouvelles lois de 1996³ et leurs décrets d'application ont réorganisé la décentralisation : le territoire sénégalais est divisé aujourd'hui en quatre cent trente-trois collectivités dont dix Régions, soixante Communes et trois cent vingt Communautés rurales, devenues des collectivités décentralisées pleinement autonomes⁴. La loi de régionalisation 96-06 qui crée une nouvelle collectivité décentralisée,

¹ Article 1 de la loi 72-25.

² Article 3 du décret 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions générales d'application de la loi du 17 juin 1964.

³ Lois 96-06 à 96-11 dont celles portant Code des collectivités locales et transfert de compétences aux régions, aux communes et aux communautés rurales, JORS n° 5689 du 20 mai 1996.

⁴ L'article 1 de la loi 96-06 dispose que les trois niveaux de décentralisation, région, commune et communauté rurale *s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel*.

la région, offre un cadre juridique plus libéral. Les collectivités locales ont de nouvelles prérogatives dans le cadre de la programmation du développement économique et social. Le paradoxe réside dans le fait que l'État doit maintenir son rôle de garant et d'élaboration du « cadre législatif national sans lequel la gestion décentralisée pourrait conduire à toutes sortes de dérives. Ce rôle, on le voit n'a rien de résiduel mais il est au contraire essentiel. » (Compagnon 2000 : 29). Malgré cela, son mode opératoire peut parfois être un frein à l'initiative et à la dynamique locale, quoique la logique des tutelles ait été assouplie.

Par ailleurs, outre les difficultés pour accéder à l'information foncière locale et mettre en œuvre un cadastre rural efficace (Rocheude 2000 : 16), les freins sont d'ordre financier et social. Un des critères de l'efficacité d'une politique de décentralisation est en effet le contenu des transferts de recettes qui seules permettent de mener une politique autonome. Les articles 250 et 251 de la loi 96-06 portant Code des collectivités locales prévoit ce transfert et fait état des différents revenus provenant des domaines, public et privé, des collectivités locales. Pourtant, les acteurs des services, déconcentrés ou décentralisés, par exemple des personnels administratifs interrogés à Saint-Louis, s'accordent pour constater l'insuffisance des prélèvements et le manque de contrôle efficace, tout en reconnaissant que la majorité de la population au Sénégal vit dans une très grande précarité. Il est en effet difficile de faire preuve de « civisme fiscal » quand, chaque jour, il n'est pas certain que l'on puisse nourrir les siens. La pression fiscale et les sacrifices occasionnés pour une grande partie de la population pose l'enjeu d'un « impôt équitable » au regard de la capacité contributive des habitants.

Même si un fonds de dotation de la décentralisation est constitué, il est modeste et ne comble pas les insuffisances techniques. Pour y pallier, les collectivités locales ont accès aux services extérieurs de l'État¹. Cette disposition est utile voire indispensable mais elle ne fait pas disparaître la nécessité pour le maire de la commune ou le président du Conseil rural de recruter des agents formés pour assumer les nouvelles compétences des collectivités locales. À cet égard, il est indéniable que la réussite de la décentralisation sénégalaise dépendra en grande partie de la formation et

¹ Décrets n° 96-1122 et 96-1123 relatifs à la convention type fixant les conditions et les modalités d'utilisation des services extérieurs de l'État et relatif à l'utilisation par les collectivités locales des services extérieurs de l'État, JORS n° 5722 du 27 décembre 1996. Pendant une période de transition de cinq ans, à compter de la date de mise en application de la loi, ces transferts ne peut entraîner transfert des services ou parties de services correspondant à l'État. Art. 9 de la loi 96-07 du 22 mars 1996 portant transfert de compétence aux régions, aux communes et communautés rurales.

du dynamisme des personnels de la fonction publique territoriale : si leur compétence est primordiale, le fait qu'ils soient convaincus de leur mission est essentiel.

Les mécanismes de transfert de droit ont des conséquences sur la perception et l'acceptation que les populations ont du droit dans la société où elles vivent. Ce niveau d'acceptation du droit détermine la légitimité du droit, c'est-à-dire la propension que l'on ressent à vouloir s'y soumettre. La légitimité concerne le droit quel qu'il soit : qu'il vienne de « l'extérieur », c'est-à-dire qu'il soit effectivement exogène, comme au Sénégal dans certains cas, mais aussi qu'il soit perçu comme « extérieur » – le « droit de l'autre » – bien qu'il émane des institutions nationales, comme cela est parfois vécu au Sénégal. Par exemple, on peut noter qu'en milieu rural, « beaucoup de paysans sénégalais ne comprenaient pas que des jeunes travailleurs, qui avaient fréquenté l'école au lieu de travailler avec leurs parents dans les champs, puissent leur donner des conseils alors qu'ils ne connaissaient pas la terre et n'avaient que peu ou pas de pratique agricole. » (Gellar 1997 : 50)

La légitimité du droit est un facteur essentiel pour la viabilité de la vie en société, tout simplement parce qu'elle induit non pas un sentiment d'obéissance subie mais un sentiment actif de respect des relations juridiques et sociales. En soi, la mobilité des techniques juridiques, l'imitation, les emprunts, font partie du jeu juridique. Mais le transfert de droit n'a pas de sens si n'a pas lieu une véritable « réappropriation » du droit, une transformation adaptée aux conceptions endogènes. La question de la reconnaissance du droit par les populations qui sont censées y être soumises, se pose dans l'ensemble de la vie juridique sénégalaise. Nous avons évoqué la réception du modèle étatique et l'intégration d'autres techniques d'organisation administrative telles que le processus de décentralisation mis en œuvre dans le Sénégal contemporain : ces politiques posent la question de l'intégration de logiques exogènes, mais également celle de l'effectivité d'une action locale sénégalaise où le pluralisme juridique se traduit par la combinaison du maintien des systèmes traditionnels originaires et de la réappropriation de certaines caractéristiques du modèle qui a été importé et imposé. Il nous semble que les processus de concertation peuvent constituer un outil de réappropriation du droit.

Les pratiques de rénovation urbaine et d'une manière générale, les processus où sont engagées des politiques relatives à l'aménagement du territoire, sont propices aux réflexions sur la participation et la concertation avec les populations. Celles-ci sont en effet directement concernées et sont censées pouvoir s'impliquer dans des actions qui affectent leur mode et leur environnement de vie au quotidien. Au

Sénégal, cela a également eu lieu dans le cadre de politique rurale, relevant des politiques tant agricoles que foncières.

Les processus de concertation paraissent, au premier abord, séduisants notamment dans la mesure où ils offrent la possibilité de pallier les failles, ou faiblesses, de la démocratie représentative. Cependant, deux questions importantes peuvent remettre en cause l'efficacité des pratiques de concertation. L'une concerne la mise en œuvre de la participation : elle ne se décrète pas et peut rencontrer des résistances parmi ceux-là mêmes qui la préconisent. En d'autres termes, la participation relève d'une culture juridique et politique qui s'inscrit dans un cadre culturel, religieux et historique. Ces facteurs ont notamment une incidence importante dans la construction du lien que les citoyens-habitants développent vis-à-vis de la structure étatique.

Ainsi concrètement, les processus de concertation doivent aller au-delà des nombreux biais et obstacles inhérents au processus :

« Les critiques portent sur la représentativité des délégués (souvent des « notables »), sur la nature de la décision (la concertation n'est qu'une simple consultation pour avis), sur la transparence des débats (les profanes sont noyés sous un flot d'informations), sur la difficulté des débats (cacophonie), et surtout sur le syndrome Nimby¹ (défense égoïste des petits intérêts particuliers locaux, au détriment de l'intérêt général) » (Lévy 2006 : 69)

L'autre question concerne l'évaluation des processus de concertation. L'enjeu étant d'identifier ce qui constitue réellement une approche participative pour ne pas s'en tenir à un effet d'annonce qui maximise une participation minimum. L'échelle élaborée par Sherry Arnstein en 1969² permet de distinguer différents niveaux d'action pour traduire la réalité des pratiques et l'état d'esprit des modalités de participation et d'évaluer non seulement la volonté par les pouvoirs publics d'intégrer les habitants dans le processus mais également la portée des actions proposées dans le processus décisionnel.

8 Contrôle citoyen

7 Délégation de pouvoir → Pouvoir effectif des citoyens

6 Partenariat

¹ *Not-in-my-backyard syndrome*, littéralement : « Pas dans mon arrière-cour ».

² Sherry R. Arnstein « A Ladder of Citizen Participation » *Journal of the American Institute of Planners*, 1969. Cet instrument a été élaboré suite aux émeutes américaines des années 1963-1968 dans les villes du nord des États-Unis. Son intérêt s'explique par le fait qu'il tentait de clarifier le contenu de la participation, dévoyé dans la politique de la ville de l'Urban Renewal Act de 1969. Epstein et Donzelot, 2006 : 6-8.

5 Réassurance	
4 Consultation	→ Coopération symbolique
3 Information	
2 Thérapie	
1 Manipulation	→ Non-participation

Dans cette échelle qui comporte huit degrés répartis en trois niveaux, seuls les degrés 6 à 8 sont considérés comme relevant de la participation en ce qu'ils permettent aux habitants une réelle influence sur le processus de décision. Les deux premiers niveaux sont considérés comme ne contribuant pas à la participation, or, ce sont ceux-là qui sont le plus largement répandus. Qu'en est-il dans le cadre de la réforme foncière sénégalaise ? Le contexte social et politique sénégalais est-il propice au processus de concertation ?

Selon Fall, « Les associations se développent partout au Sénégal et à toutes les échelles. Tout est prétexte à regroupement et ceci est significatif de la maturation de la citoyenneté. » (Fall 2006 : 15) L'élément « citoyenneté » ne peut, au Sénégal, se lire sans lier le rôle de l'État et les représentations que les populations en ont, sans oublier l'influence importante des confréries religieuses musulmanes dans la structuration de la société tant du point de vue social, politique et économique.

Cet aspect dynamique du phénomène juridique est particulièrement perceptible dans les modalités d'élaboration de la réforme foncière sénégalaise, en particulier le processus d'élaboration de la Loasp, en concertation avec les différents acteurs concernés du secteur rural, et ce que la loi préconise pour la mise en œuvre de la réforme. La loi d'orientation elle-même souligne à de nombreuses reprises l'importance de la concertation qu'elle institutionnalise par la création d'enceintes de dialogue aux niveaux régional et national, pour permettre la réflexion avec les professions agricoles, l'évaluation de l'avancement de la réforme et son adaptation progressive aux difficultés rencontrées. Ainsi, la formulation *l'État, en concertation avec les acteurs du développement agro-sylvo-pastoral... (crée, réalise, établit, définit, met en œuvre ou évalue)*... apparaît à quatorze occurrences. Ce qui donne à la lecture une impression d'affichage et de communication politique, pas forcément suivie de mise en œuvre efficace. Même si l'on peut cerner les intentions d'étude, de réflexion et d'évaluation de la réforme, le nombre important des structures et leur lourdeur administrative inhérente¹ peut faire douter

¹ Le chapitre 16 de la Loasp prévoit différentes structures, Système national de recherche agro-sylvo-pastorale, Conseil agro-sylvo-pastoral, Agence nationale du Conseil agro-

de leur efficacité sur le long terme, en particulier en ce qu'elles maintiennent une vision verticale et très hiérarchisée de la prise de décision et de l'élaboration des normes. Cela pose la question des modalités du débat public où pourraient se combiner savoir profane des usagers et savoir savant des techniciens pour favoriser la co-décision dans l'élaboration de la réforme foncière.

B - Esprit du domaine national et enjeux de la réforme

Aujourd'hui, la loi sur le domaine national de 1964 fait l'objet d'un consensus quant à son inadaptation aux réalités du Sénégal. Plus que la loi sur le domaine national, cœur de l'organisation domaniale et foncière, c'est toute la législation sur l'aménagement et l'utilisation des sols qui est discutée afin de réformer l'accès et la gestion des sols sénégalais par les populations capables de les mettre en valeur, par des activités agricoles comme pastorales. L'enjeu est crucial pour le Sénégal car les dysfonctionnements du système foncier ont des répercussions sur toute l'économie du pays. La réforme foncière sénégalaise doit prendre en compte, simultanément, les difficultés liées à l'accès à la terre et aux ressources, parfois limité par le système traditionnel, l'accès au crédit et à la sécurité des investissements et enfin, nous l'avons souligné, la mise en place d'une fiscalité locale et d'un cadastre rural, indispensables à une décentralisation efficace.

La réforme foncière prévue par la Loasp s'inscrit dans le cadre d'une politique nationale de préservation des ressources naturelles, particulièrement sensible dans la proximité de la zone sahélienne. Un lien entre foncier et environnement est établi dans la mesure où la gestion des ressources naturelles a un lien étroit avec le régime juridique des sols. Le droit applicable aux ressources naturelles renouvelables ne correspond pas exactement au droit foncier, pourtant, le statut de ces ressources est le plus souvent tributaire du statut et du régime du fonds. Ce positionnement, issu de la tradition civiliste, *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* (art. 552 al.1 C. civ.) n'est pas toujours adapté aux pratiques des populations : détenir le sol d'une part, et le cultiver d'autre part, c'est-à-dire le mettre en valeur, ne sont pas toujours le fait d'une seule et même personne : nous verrons que ces montages juridiques peuvent impliquer plusieurs personnes.

sylo-pastoral, Comité de concertation des acteurs du conseil agro-sylo-pastoral, Conseil supérieur d'orientation agro-sylo-pastoral, Comité régional d'orientation agro-sylo-pastoral, ce à quoi s'ajoute l'organisation d'une Conférence agricole annuelle pour faire état de l'avancement de la réforme.

La loi 64-46 de 1964 désigne l'État comme le *détenteur* du domaine national. *Détenu* par l'État, ce domaine n'est pas présenté, conformément à l'esprit des valeurs traditionnelles, comme étant la propriété de l'État. Celui-ci n'en est pas le propriétaire mais le « maître de la terre », un « maître de la terre moderne » en quelque sorte, qui en assure l'utilisation et la mise en valeur rationnelles. Dans sa recherche d'équilibre entre les pratiques traditionnelles et un droit propre à assurer le développement du pays, le législateur de l'État indépendant a mis en place un régime du sol qui a fait l'originalité du régime domanial sénégalais : la création de l'entité « domaine national », présenté comme le point d'équilibre permettant respect des traditions et développement du pays.

Les valeurs contenues dans la notion de domaine national renvoient, par les raisons qui ont motivé sa création et son régime, à un espace dont la logique présentée par le législateur de 1964 était de prendre en compte le caractère sacré de la terre.

« Le caractère absolu et souverain du droit de propriété heurte nos conceptions, cadre mal avec notre existence communautaire. Chez nous, la propriété privée était connue sur des bases semblables aux bases occidentales en ce qui concerne les choses mobilières, mais il ne pouvait exister sur la terre que des droits différents, des démembrements du droit de propriété généralement multiples et superposés à l'image de la hiérarchie sociale. »¹

D'autre part, le Rapport de la Commission législative de l'Assemblée Nationale justifie la création de ce domaine parce que *l'État a, seul, vocation à organiser, contrôler et garantir pour le bien de tous, l'usage de l'ensemble des terres*. Cette logique reflète l'état d'esprit des rapports à la terre dans la plupart des droits traditionnels africains qui « ne relèvent pas des mêmes notions que le droit européen, même considérées dans la perspective de l'idée du droit anglais selon laquelle tout le sol du Royaume-Uni est la propriété de la couronne et que chaque propriétaire tient son droit de celle-ci. » (Olowale 1961 : 185)

Cependant, cette manière de concevoir la gestion de la terre où une autorité – un chef, un roi ou l'État – tient le rôle de dépositaire et exerce des pouvoirs d'administration générale sur la terre de la communauté, ne doit pas éluder le fait, qu'au Sénégal, un rapport individualisé est également pris en compte dans la gestion des terres. Cela se traduit par la possibilité entre les acteurs de différents accords relatifs à la mise en

¹ *Rapport de la Commission de la Législation et de la Justice de l'Assemblée Nationale*, Juin 1964, Dakar, Direction de l'Aménagement du Territoire, Lois, décrets et circulaires concernant le domaine national, 1970 : 13.

valeur de la terre – accords, affectations et contrats – qui mettent en œuvre un dédoublement de la propriété.

Ainsi, la situation juridique du dédoublement des droits de propriété, est-elle déjà présente dans certains montages juridiques actuellement pratiqués au Sénégal. Ils concernent notamment le domaine national, dédoublé en domaine éminent, détenu par l'État et en domaine utile, mis en valeur par les affectataires de parcelles sur lesquelles ces derniers ont des droits d'usage.

Les individus ont également recours à différents accords non prévus par la loi de 1964 : le domaine national fait en effet, l'objet de transactions qui illustrent d'une part, l'individualisation des terres, d'autre part, l'existence de contournements de la loi sur le domaine national. L'existence de contrats de prêt tournant par exemple, relevée par Samba Traoré, permet de mesurer le fonctionnement actuel du domaine national. L'auteur explique que

« le droit d'usage étant personnel, l'interdiction des contrats de mise en valeur est contournée par la pratique des prêts tournant qui permet au véritable détenteur de la parcelle de repousser le délai de mise en valeur et de justifier d'une bonne gestion auprès des autorités. [...] Ces nouvelles pratiques de prêts consistent, afin de contourner le délai presque uniforme de deux ans pour la mise en valeur, à céder des terres et les prendre au bout d'un an, en prêtant une autre parcelle. Elles ont pour effet d'éviter que le bénéficiaire ne se prévale d'une occupation de deux ans qui lui ouvre le droit de demander une régularisation au conseil rural. » (Traoré 1997 : 98)

Cette pratique traduit une inadaptation du régime du domaine national aux pratiques et stratégies des populations, détentrices de parcelles, qui veulent le rester, mais les font mettre en valeur par d'autres.

Par ailleurs, la répartition des terres des zones de terroirs ne dépend pas seulement des dispositifs législatifs et réglementaires, tant les pratiques sont largement ancrées dans les représentations traditionnelles liées au droit de la terre. Ainsi, les notables traditionnels – chefs de village, lamanes et chefs religieux – sont parties prenantes de l'attribution des droits d'occupation des terres et restent incontournables quoique le législateur ne leur ait pas attribué de rôle spécifique. Ainsi, l'État compte sur ces pouvoirs périphériques dans la mise en œuvre de ses politiques publiques, relations illustrées par certaines opérations immobilières au profit de ces pouvoirs¹. Nous retrouvons ici la question de la légitimité de

¹ Par exemple, au mois de mars 2007, 10 000 hectares des forêts classées de Pout et Thiès auraient été attribués par le président de la République aux Khalifes généraux des

l'État sénégalais dans l'action qu'il mène à l'égard des collectivités locales.

Ainsi, la création de la communauté rurale en 1972 et la politique de 1996 tendant au renforcement de la décentralisation ont été mises en œuvre, mais les pouvoirs traditionnels se sont maintenus. Il ne s'agit pas de parler d'échec de la réforme, mais de ne pas se méprendre sur la nature réelle des pratiques qui existaient et se sont maintenues sur le territoire des communautés rurales. Par exemple, les modalités d'attribution des droits d'occupation des terres reposent sur l'action des Conseils ruraux, composés aux deux tiers de membres élus au suffrage universel direct, et pour un tiers de membres élus par l'assemblée générale des adhérents des coopératives de la communauté. La composition des conseils pose les classiques questions de représentativité : les gros villages sont sur-représentés et certaines catégories sont sous-représentées, (jeunes, femmes, personnes castées). Mais surtout, les lois de 1964 et 1972 qui avaient pour objectif de *mettre fin au contrôle des terres par les grandes familles tutélaires des chefferies* (Traoré 1997 : 96), n'ont que peu atténué la mainmise des familles détentrices des droits fonciers originels sur les communautés rurales et leur conseil rural.

« Quiconque ne peut se prévaloir d'une propriété traditionnelle ne peut prétendre à une affectation de terre par les conseils ruraux, puisque le préalable à une affectation de terre par les Conseils ruraux est la détention de droits originels sur la terre. Les étrangers et les captifs qui ne peuvent se prévaloir de tels droits ne peuvent être attributaires de parcelles. Cette situation est en complète contradiction avec l'esprit de la loi. » (Traoré 1997 : 97)

Ainsi, la composition des conseils et leur fonctionnement suggère que l'un des questions primordiales des réformes à venir concerne une répartition plus équitable de l'accès à la terre aux populations capables de la mettre en valeur.

Le processus de la réforme foncière en cours au Sénégal, auquel les conseillers ruraux ont été associés, pourrait s'orienter vers une disparition du domaine national. La réforme s'inscrit dans le cadre du renforcement des compétences et des moyens attribués aux collectivités locales, seule politique qui peut donner un vrai contenu à la décentralisation. Ainsi, l'option mixte retenue par le Rapport final de l'Atelier national sur le

Mourides et des Tidianes. On peut légitimement s'interroger sur la légalité de ces deux attributions, étant entendu que le Code forestier sénégalais dispose que le déclassement d'une forêt ne peut intervenir que pour un motif d'intérêt général ou de transfert des responsabilités de l'État en matière de gestion forestière au profit d'une collectivité locale. (données hubrural.org et sudonline.sn)

projet de réforme foncière¹ tend à ériger les anciens terrains du domaine national en domaine privé des collectivités locales. Celles-ci auraient compétence pour affecter et désaffecter les terrains. Inspirée par le souci de maintenir le patrimoine national, la réforme préconise de systématiser la conclusion de baux emphytéotiques avec les particuliers qui s'engageront à mettre en valeur la parcelle. Cette modalité de la réforme, si elle était poursuivie, limiterait l'accès à la propriété pleine et absolue, et mettrait l'accent sur les droits d'usage. Un des enjeux de la réforme est d'identifier comment ne pas aller trop loin dans le processus de propriétérisation des terres. En ce sens, la généralisation du bail emphytéotique sur le domaine privé des communes peut être analysée comme une résistance à la généralisation de la propriété individuelle du Code civil. L'esprit de ce bail de longue durée permet une réflexion toute particulière sur le contenu de la propriété, et permet de revenir sur le rapport entre propriétaire éminent et propriétaire utile et de valoriser le rôle de l'usager et son « droit d'usage » (Rocheugde 2005).

Or, sortir de la logique restrictive de la propriété individuelle et absolue nécessite de croiser les différents raisonnements liés à l'appropriation. Donner un nouvel éclairage aux notions habituellement développées dans le contexte qui nous préoccupe, passe par une relecture en profondeur des démembrements des droits de propriété que nous proposons en deuxième partie.

II - Voies de la réforme : bail emphytéotique et fiducie

Le bail emphytéotique prévu par les travaux préparatoires de la réforme foncière réaffirme les rôles respectifs des différents acteurs liés à la parcelle, objet de ce contrat de longue durée. Ces acteurs sont actuellement au Sénégal, l'État et les particuliers emphytéotes ; si l'option mixte du projet de réforme est retenue, les collectivités locales pourront également établir des contrats emphytéotiques sur leur domaine privé. Le bail emphytéotique met en œuvre une fiction juridique dans laquelle le lien entre droit et temps est essentiel pour comprendre le fonctionnement du droit de propriété. Le bail emphytéotique qui met l'accent sur la mise en valeur opérée sur le bien immeuble, souligne

¹ L'option mixte a été retenue parmi trois possibilités parmi lesquelles une option de *statu quo* qui maintient le domaine national et une option libérale de privatisation généralisée des terres. Séminaires d'information et de sensibilisation sur le projet de réforme foncière, Rapport final de l'Atelier national du 16 et 17 décembre 1999, préparé par Amadou Niang du cabinet G.T.T. Multi consult, janvier 2000, 51p et Conseil national de concertation et de coopération des ruraux (CNCR), Séminaire national des ruraux sur la réforme foncière, Dakar, 12 – 15 janvier 2004, Déclaration finale, 2 p.

l'importance du droit d'usage sur le domaine utile, mais maintient le rôle important du droit éminent.

Au Sénégal, la situation de dualité des acteurs sur une même parcelle, est déjà présente dans le montage des baux emphytéotiques conclus sur le domaine privé de l'État. Conféré à l'emphytéote pour une durée pouvant aller jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans, ce type de bail permet à celui qui met en valeur sa parcelle d'accéder plus facilement aux crédits car il confère au preneur un droit réel, susceptible d'hypothèque. L'emphytéote est tenu à un loyer relativement modéré car l'aménagement, objet de la mise en valeur, revient à l'État à la fin du bail. Étant donné que le bail emphytéotique est l'une des options proposées pour réformer le régime du domaine national, il nous paraît important de préciser son contenu, notamment le statut de l'emphytéote ; mais plus encore, le bail emphytéotique nous apparaît comme une étape pour ensuite envisager une relation avec le montage de la fiducie que nous mettons en relation avec la logique de la gestion patrimoniale des ressources naturelles.

A - Statut et droit de l'emphytéote

Le bail emphytéotique est une construction juridique datant du droit romain du Bas-Empire ; son principal objet est la mise en valeur des terres incultes. La convention réside en une concession à long terme de terre en friche, moyennant, outre l'obligation de culture, le versement par le locataire d'une modeste redevance au propriétaire. C'est l'obligation de défricher qui a donné son nom à l'institution, emphytéose, *emphyteusis*, signifiant plantation (Aubenas 1957 : 17). Il semblerait que l'institution ait des origines romaines et orientales. On trouve à Rome un mécanisme de bail de courte durée, renouvelé indéfiniment, à condition de respecter l'obligation de mise en valeur : cette condition avantageuse de durée est proposée aux occupants pour les inciter à rester sur place et à mettre en valeur les champs et vergers romains. L'autre influence date de l'occupation romaine de l'Égypte où l'emphytéose existait déjà depuis longtemps. Roger Aubenas rapporte que l'objet était non une location mais une vente, où l'acheteur s'obligeait à défricher. Cette obligation à la charge de l'acheteur peut paraître étonnante ; elle s'explique par le statut du vendeur qui n'était autre que l'État et qui avait un intérêt à la mise en valeur des terres. « C'est la raison qui explique l'adjonction de la clause emphytéotique à une vente. C'est donc, au point de vue juridique, un contrat hybride, tenant à la fois de la vente et du louage, mais dominé par l'idée emphytéotique. » (Aubenas 1957 : 18)

À Rome, l'emphytéote, titulaire d'un droit de créance, a des prérogatives plus importantes que celles d'un fermier ordinaire. Il a la possibilité de mettre en œuvre une « action utile » contre le propriétaire

qui l'aurait « dépouillé » de son bien. Cette action du tenancier est inspirée – et à mettre en parallèle – de « l'action directe » permise au propriétaire quiritaire¹ pour récupérer son bien. En plus de faire agir « l'action utile », il peut également transmettre son droit de créance à ses héritiers. Sans en avoir le titre, le locataire agit comme un propriétaire, et malgré cela c'est le bailleur qui conserve la propriété de son bien... « D'après la législation de Zénon, modifiée quelque peu par Justinien, l'emphytéote (celui à qui on concède une terre à charge de la défricher) a un véritable droit réel sur cette terre, droit sanctionné par une action réelle. Il n'est pas propriétaire, puisque le concédant le reste, mais il est possesseur et, à ce titre, dispensé de fournir une caution lorsqu'il est poursuivi en justice. L'emphytéote n'est ni un acheteur ni un locataire, il est dans une situation spéciale. » (Aubenas 1957 : 23) Une construction juridique semblable est utilisée en faveur du superficiaire qui « *finis par avoir un droit très proche de la propriété, mais subordonné au paiement régulier de la redevance* » (Aubenas 1957 : 16) pour construire sur un terrain qui ne lui appartient pourtant pas. Cette ambiguïté, qui confirme le caractère pragmatique du droit, s'est maintenue lors de l'application de cette technique dans la période médiévale. Les juristes de l'époque se sont inspirés de ce montage juridique pour la théorie des fiefs et des tenures roturières.

« Au Moyen âge, l'emphytéose sera appelée « fief roturier ». Dans les ouvrages des feudistes², la situation du vassal ou tenancier et celle de l'emphytéote – malgré leurs origines si différentes, certes ! – ont, au fond, comme charpente juridique l'ancienne emphytéose du droit romain. C'est un bel exemple de plaquage d'une théorie ancienne sur une situation nouvelle. » (Aubenas 1957 : 23) Les pratiques coutumières médiévales ont en effet été réinterprétées par les juristes à la lumière des concepts antiques. Les termes des différentes actions en revendication du propriétaire et de l'emphytéote romains se retrouvent dans le vocabulaire utilisé pour désigner les différentes « propriétés » médiévales, « propriété directe » du seigneur et « propriété utile » du vassal qui découlent des

¹ Le *dominium ex jure quiriritum* est le type de propriété le plus complet pendant la période du Bas-Empire romain à côté de la propriété prétorienne, pérégrine, provinciale. Le *dominus ex jure quiriritum* est un véritable souverain et, d'autre part, son droit de propriété est quelque chose de sacré. Justinien unifie le régime de la propriété au V^e siècle en créant la *proprietas* qui succède au *dominium*. C'est à cette même époque qu'apparaissent également le système de l'emphytéose et de la tenure, Aubenas 1957 : 16.

² Les feudistes, constitués en maîtrise ou corporation, dressent les cartulaires et les terriers, c'est-à-dire les registres où sont relevées les redevances portant sur les terres ; en raison de cette mission professionnelle, ces juristes auront la réputation d'être favorables aux seigneurs et aux droits seigneuriaux, notamment au moment des ruptures sur le droit de la propriété.

actions directes et utiles du bailleur et du locataire romains (*vindicatio directa et vindicatio utilis*).

« Puis, allant plus loin que les juristes romains qui n'ont jamais qualifié les prérogatives de l'emphytéote ou du superficiaire de droit de propriété, ils ont – après bien des hésitations, mais la question est tranchée au XIII^e siècle –, désigné les droits du tenancier comme ceux du concédant par le même vocable : *dominium* (propriété) et c'est l'épithète accolée à ce nom qui les différencie, propriété directe ou éminente pour le concédant, *dominium utile* pour le tenancier. [...] Est ainsi, reconnue, ce que n'avait jamais fait le droit romain, l'existence de deux droits de propriété portant sur une même chose, de la même façon, d'ailleurs, qu'il peut exister plusieurs saisines ou possessions simultanées. » (Bart 1998 : 257-258)

Les processus de réappropriation du montage romain par les juristes médiévaux nous intéressent à deux titres : sur le fond, pour l'évolution de la répartition des droits sur une même parcelle, et sur la façon dont les juristes ont interprété et transformé le montage initial, cette « invention » juridique pourrait nous inspirer et nous stimuler dans le cas sénégalais.

La décentralisation sénégalaise offre une nouvelle possibilité à ce genre de montage au niveau des collectivités locales. Nous avons vu qu'il était envisagé, parmi les trois options des travaux préparatoires, que les parties du domaine national comprises sur le territoire des collectivités locales soient « converties » en domaine privé de ces dernières qui pourraient y établir des baux emphytéotiques.

Cependant, le dédoublement des droits de propriété déjà pratiqué au Sénégal, en application du Code du domaine de l'État de 1976 et l'octroi de la personnalité juridique aux collectivités locales, condition juridique nécessaire pour être titulaire d'un patrimoine sont deux conditions qui rendent possible le montage de la fiducie, en particulier en travaillant la notion de « patrimoine sans titulaire », développée dans le Code québécois, qui nous paraît en cohérence avec les rapports à la terre promus au Sénégal, et ce, dans la perspective de transformer le régime des terres comprises jusqu'à présent dans le domaine national.

Il nous paraît intéressant de mettre en perspective, les montages du bail emphytéotique et de la fiducie, en vue de la gestion des terres et des ressources naturelles et d'établir ce que proposent ces deux montages.

Avant de préciser ce que recouvre et permet le trust/fiducie, rappelons que la réflexion est orientée vers la réalisation d'un objectif précis, à savoir l'utilisation et la gestion viable à long terme des ressources naturelles où le bénéficiaire du dispositif n'est pas l'État, mais les populations. Cette finalité introduit dans l'esprit du dispositif des

thématiques telles que les biens publics mondiaux, leur gestion, et leur transmission aux générations futures, et ce, dans le cadre d'une gestion patrimoniale des ressources naturelles.

B - Trust/fiducie, notion d'obligation et patrimoine d'affection

« La fiducie (*trust*), un concept très souple issu de l'*equity*, est utilisée à des fins multiples. Il est difficile de définir ce concept, puisqu'il comporte plusieurs volets. La définition suivante, très générale, permet d'en cerner le sens : une fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire, détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes, appelées bénéficiaires (*cestui que trust*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier. Une fiducie donne lieu à un rapport juridique dans le cadre duquel la personne désignée comme fiduciaire, qui peut être une personne physique ou morale, doit exercer ses droits sur les biens en fiducie au profit des bénéficiaires ou en fonction de la fin indiquée. Cette personne est véritablement propriétaire en *common law* des biens, alors que les bénéficiaires en sont propriétaire en *equity*. » (Belanger-Hardy 1997 : 469)

La notion de fiducie pose la question de la « propriété » dans son fonctionnement le plus profond. Elle se focalise moins sur l'objet du contrat que sur la nature des différents droits des acteurs en présence. Le *trust* est lui-même l'héritier de la saisine médiévale, influencé par les structures féodales. La notion a emprunté un long cheminement historico-juridique avant de devenir l'une des notions caractéristiques de la Common Law. Après avoir retracé, brièvement, le processus historique d'émergence de ce montage, nous justifierons en quoi son application est envisageable dans le cadre de l'utilisation et la protection des ressources naturelles, en général et spécifiquement dans le droit foncier sénégalais.

Aujourd'hui, la construction du *trust* est incontournable dans l'arsenal juridique du système de Common Law, mais elle n'en reste pas moins pour les juristes de culture civiliste une énigme dans son vocabulaire et dans ses modalités de mise en œuvre ; a priori très différente des conceptions civilistes de la propriété, la construction du *trust* en est-elle si étrangère ?

Le premier élément de compréhension du *trust* nous conduit à la manière dont l'Angleterre a réceptionné puis adapté le cadre féodal au regard de sa propre identité, ce qui a abouti à une construction différente du bail emphytéotique que nous venons de détailler. Le système est introduit outre-Manche par Guillaume le Conquérant au XI^e siècle. Il se déclare le seul « propriétaire » du territoire, mais accorde des concessions de biens-fonds à ses plus fidèles sujets. Cette étape n'est pas

spécifiquement originale au regard de la construction qui se développe à la même époque dans le royaume de France. La distinction entre les deux féodalités s'opère au XIII^e siècle ; en 1290, le montage des multiples inféodations est supprimé en Grande-Bretagne par la loi *Quia Emptores* ; il est remplacé par le principe de la substitution, c'est-à-dire que la relation entre le Roi et la personne en possession du bien-fonds est dorénavant directe, sans que n'interviennent les seigneurs intermédiaires¹. Cette innovation est essentielle pour saisir le fondement du *trust* car elle introduit la relation de confiance directe² entre les acteurs juridiques impliqués. Cette relation de confiance, comparable à la relation de fiduciaire de la Couronne à l'égard des Amérindiens du Canada, est une « relation qui oblige », qui instaure droits, responsabilité et obligation.

Considérer que la notion relève davantage des « obligations » que de la « propriété », nous paraît éclairer la voie vers laquelle il faut nous engager pour comprendre quel genre de questions soulève le *trust*. *Ce qui est en jeu, c'est plus « le droit de... » que « le droit sur* (RocheGude 2005 : 64). En effet, dans le *trust*, il est question moins de droits que d'actions possibles sur un « bien » dont nous devons détailler la nature et le contenu. Le « glissement » qui s'opère des actions réelles aux actions personnelles nécessite un détour sur les fondements juridiques du *trust* : dans la Common Law, certaines distinctions connues de la tradition civiliste n'existent pas ou du moins sont analysées et surtout pratiquées différemment, en particulier la notion de « bien immeuble » qui est structurée d'une manière autre.

Les spécificités de la notion apparaissent particulièrement dans le contenu de deux catégories juridiques, l'*use* et la saisine qui permettront de saisir l'originalité de la notion d'*estate*, essentielle dans le *trust*/fiducie. L'*use* est une institution de portée générale par laquelle une tierce personne tient des biens pour l'usage ou le bénéfice d'un *cestui que use*. (Glenn 1992 : 94) L'*use* a été particulièrement utilisé par les Franciscains qui pouvaient jouir de biens, sans en être propriétaires,

¹ Cette disposition est confirmée en 1660 par le *Statute of tenure* « qui fait disparaître la plupart des incidents issus du système de tenure féodale. [...] Bien que toutes les caractéristiques féodales aient finalement disparu au XVII^e siècle, la structure conceptuelle quant à elle a survécu. » (Gianola-Gragg 1998 : 143).

² Le roi s'engage à protéger le peuple et à *maintenir l'union entre les divers états de son royaume et garder l'union de tous avec lui-même*. (Olivier-Martin 1992 : 331). Le principe de l'interdiction de l'aliénation des biens du royaume est revendiqué par les canonistes en vertu des engagements consécutifs au « serment royal du sacre ». Élargi ensuite en une *obligation naturelle, constitutive de devoirs publics envers la Couronne et les droits du royaume*, le serment du sacre est constitué d'un serment à l'Église et d'un serment au peuple. (Leyte 1995 : 25).

conformément aux vœux de pauvreté de cette confrérie ; le montage juridique fut l'objet d'une controverse au terme de laquelle la distinction, défendue par Guillaume d'Occam, entre propriétaire et usager, a été considérée comme possible.

Parallèlement, la théorie des « *estates* » qui est une des clefs du fonctionnement du *trust*, repose sur la notion féodale de la saisine. Dans le prolongement de l'*use*, la saisine est liée à la possession, elle est donc liée à la doctrine des tenures. Une personne a la saisine lorsqu'elle a reçu la possession, en tenure franche, d'un bien réel. Cependant, la « possession » ne s'applique pas seulement au bien corporel, elle concerne aussi bien les droits réels que les droits personnels.

Ainsi, les différents démembrements du droit de propriété sont rendus possibles en intégrant cette autre notion spécifique de la Common Law qu'est l'*estate*. Alors que la doctrine des tenures est relative à la **qualité** de la possession, la doctrine des domaines ou *estates* renvoie à la **durée** de la possession de la tenure franche. En d'autres termes, on reçoit un « domaine », c'est-à-dire un droit sur un bien-fonds pour une durée fixée. « Tous les titulaires d'un *jus in re sua* détiennent des droits semblables dans l'espace, soit l'*usus* et le *fructus*. C'est donc la période du temps pendant laquelle, ou encore à partir de laquelle, les détenteurs de ces droits peuvent en jouir qui les distingue. Ainsi, certains jouissent de leurs droits pour toujours, d'autres pour la durée de leur vie et d'autres encore pour une période déterminée. » (Rudden 1992 : 261)

Ce qui explique la portée de la distinction entre *real property* et la *personal property* auxquelles sont associées respectivement des actions réelles ou personnelles. Cette distinction qui permet de comprendre la logique du montage, pourrait correspondre à celle établie dans le système romaniste entre biens immeubles et biens meubles auxquels sont respectivement attachées des actions réelles et personnelles. À la nuance près que l'*estate* – le domaine ou dominium – désigné aussi par fief simple dans sa forme la plus achevée¹, n'est pas l'équivalent de la propriété romaine, n'est pas non plus un droit subjectif, ni bien sûr un bien corporel. Pourtant, il est un bien. Dans ce cas, on peut suggérer, pour continuer avec la comparaison avec le système romaniste, qu'il est un bien incorporel (Nicholas 1979 : 61-62)², mais à condition de préciser de

¹ Le fait que le fief le plus important qui puisse être accordé soit désigné comme « fief simple » souligne le fait que le droit sur ce « bien » n'est qu'un *estate*, par conséquent limité. Ce bien n'est pas forcément corporel et ne correspond pas à la notion de « bien immeuble » qui n'est pas traduisible telle quelle dans la common law.

² Dans son exercice pour expliquer le langage des biens en Common Law à des juristes civilistes, Barry Nicholas explique cette fiction : « Du point de vue romaniste, on pourrait

quelle sorte de bien incorporel il s'agit ; en l'occurrence, il se rapproche de la notion d'obligation. En effet, dans la distinction établie par Gaius, parmi les biens incorporels, on relève les *iura in rem*, les servitudes, et les *iura in personam*, les obligations. C'est dans cette dernière catégorie que s'inscrit l'*estate* qui donne droit d'agir en justice, c'est-à-dire « c'est une chose qu'on ne possède pas, mais qu'on a le droit d'obtenir en intentant un procès, une chose à laquelle on a un *right of action* ; mais le terme se transfère aisément de la chose elle-même au droit, et puis à n'importe quel droit d'intenter une action personnelle. » (Nicholas 1979 : 64) Ainsi, le contexte juridique pertinent pour comprendre le *trust*, même si le point de départ est un bien corporel immeuble, c'est-à-dire une parcelle de terrain, est celui des biens mobiliers et incorporels, c'est-à-dire celui des obligations. Dans ce sens, Gianolla-Gragg analyse : « en somme, la forme anglo-américaine de la propriété se décrit mieux comme personnelle. La personne est au centre de l'univers foncier du common law et non pas l'objet. Et le droit de propriété accorde à cette personne un pouvoir, le pouvoir d'obliger la mise en vigueur d'un droit. » (Gianolla-Gragg 1998 : 148) Nous retrouvons ici le mécanisme qui rend possible la séparation entre les différents *estates* sur une même parcelle et explique la possible répartition des droits entre les différents acteurs concernés.

En Common Law, l'usufruitier, c'est-à-dire le *trustee*, a été choisi pour être celui qui sera apte à gérer le bien car sur un plan économique, il est considéré comme étant celui qui est le plus averti pour connaître la valeur du bien. Le nu-propriétaire, c'est-à-dire le bénéficiaire, quant à lui, est intéressé car il recevra le fruit de la vente, *un jour*. Le caractère temporel est une dimension importante dans les montages juridiques de la fiducie, et entre en cohérence avec notre perspective de gestion patrimoniale des ressources naturelles et des sols. Or, ces montages, comme ceux du bail emphytéotique, sont fondés sur des fictions juridiques essentielles pour la compréhension des rapports socio-juridiques sur le sol et ses ressources. Le fait que le bénéficiaire puisse ne pas être encore né ou encore, que le patrimoine appartienne à une personnalité morale, atteste du réel pouvoir normatif de ces fictions juridiques.

Afin d'établir un lien avec le contexte de la réforme au Sénégal, de la définition de *trust*/fiducie, nous retenons particulièrement trois éléments :

être tenté peut-être de dire que dans le droit anglais des immeubles, il n'y a que des choses incorporelles, que le *dominium* est la couronne, et que les titulaires des *estates* ont des *iura in re aliena*. » Même s'il poursuit en expliquant que, tant dans les conditions féodales que dans les conditions modernes, cette analyse reste une fiction juridique jamais réalisée, elle renseigne néanmoins sur les concepts qui pourraient nous rapprocher de la compréhension de ce que représentent les mécanismes du *trust*. (Nicholas 1979 : 61-62).

la notion d'*Equity*, la dimension temporelle et le rapport d'obligation/responsabilité qui entrent en ligne de compte dans la gestion du patrimoine constitué en fiducie.

C - Fiducie, Equity et biens publics mondiaux au Sénégal

Au niveau de la dimension territoriale locale, la gestion patrimoniale des ressources naturelles, conçue et mise en œuvre non pas « pour » ou « avec » mais « par » les populations (Compagnon 2000 : 15), offre à la fiducie/*trust* un cadre d'analyse nouveau, car cette notion, « est sans doute la clef d'une gestion patrimoniale. [Quoique] elle pose un gros problème dans les traditions juridiques d'inspiration civiliste », il paraît envisageable d'« acclimater l'institution anglaise du *trust* dans les nouvelles législations » (Le Roy 1996 : 56-57), relatives à la gestion et à l'accès des ressources naturelles.

Nous avons vu que la fiducie/*trust* relève du système juridique de Common Law. Pour envisager les conditions de l'« acclimatation » de la notion au Sénégal, où les raisonnements juridiques d'une partie du droit applicable empruntent notamment au droit civil, un détour par le Québec où la notion de fiducie a été introduite dans le nouveau Code civil en 1994 est éclairante¹. En effet, sans entrer dans les rouages d'une lecture comparée entre *trust* de Common Law et fiducie québécoise, notons simplement que le Code québécois intègre la fiducie en droit positif et que pour rendre ce montage compatible avec le droit civil, elle réfère à la notion de *patrimoine d'affectation*. Celui-ci, emprunté à Pierre Lepaulle, juriste comparatiste des années 1930, a la particularité d'être analysé par le législateur et les auteurs québécois comme étant un *patrimoine sans titulaire*, ou en encore comme une *propriété dépourvue d'avantages pour son titulaire* (Normand 1990 : 694). Il va sans dire que cette approche non orthodoxe provoque la plupart des juristes civilistes, québécois comme français, qui y voit une *idée aberrante voire hérétique* (Cantin Cumyn 2002 : 133) en contradiction avec l'esprit du droit civil qui associe patrimoine et titulaire. Soit, mais pour nous qui nous intéressons au cas sénégalais, le montage juridique du domaine national, « détenu » par l'État nous a, si l'on peut dire, déjà sensibilisés à ce genre d'approche novatrice et pragmatique.

¹ Article 1260 : La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. Article 1261 : Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. Code civil du Québec (L.Q., 1991, c.64).

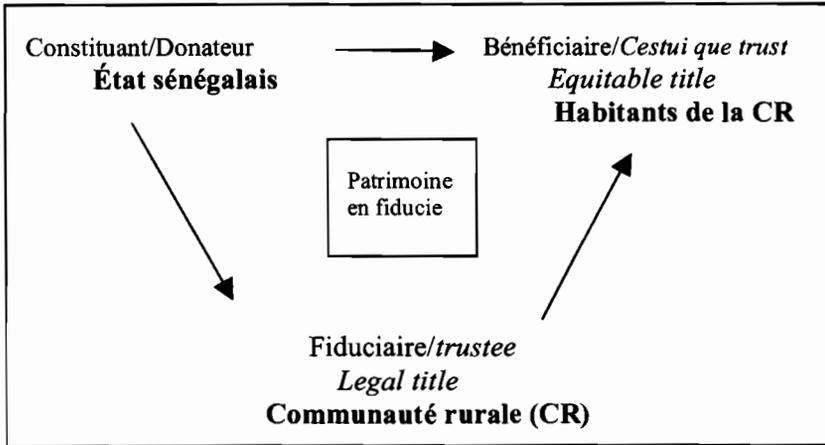
Dans cette perspective, de quelle manière pourrait s'agencer, au Sénégal, le lien entre fiducie et droits d'usage et accès au sol et aux ressources naturelles ? Le contexte de la décentralisation sénégalaise écarte le problème de l'existence d'une personnalité juridique apte à réguler un patrimoine collectif : les collectivités locales ont une personnalité juridique leur permettant de gérer un patrimoine, le cas échéant dans une perspective de moyen terme. Ainsi, la personnalité juridique et l'existence de ce patrimoine nous permettent de mettre en place les acteurs de la fiducie selon différents montages envisageables dans le contexte juridique sénégalais.

La fiducie fonctionne autour de trois acteurs :

- le constituant, à l'initiative du contrat, qui se dessaisit de ses biens,
- le fiduciaire chargé d'administrer le bien en fiducie,
- le ou les bénéficiaire(s)
- et une finalité, constitutive de la fiducie ; en l'occurrence, cette finalité pourrait être définie comme « la mise en valeur des terres, de la protection des ressources naturelles afin de les transmettre dans de bonnes conditions aux membres de la communauté ».

Plusieurs combinaisons sont envisageables, le choix de l'une ou l'autre est influencé par le rôle dévolu à l'État. Par ailleurs, l'idée n'étant pas de plaquer un montage, l'intérêt est d'utiliser pour ce montage les structures où les acteurs en présence sont en milieu rural, et qui existent au Sénégal : l'État, la communauté rurale, le conseil rural, le village et les personnes physiques, regroupées le cas échéant en GIE, groupement d'intérêt économique, auquel on pourrait ajouter un intérêt juridique.

Une première hypothèse pourrait opérer une grande rupture, dans le sens d'une décentralisation renforcée, où la communauté rurale, en tant que constituant, confie la gestion du patrimoine en fiducie, à une plus petite entité, comme le village ou le terroir, lequel endosserait dans ce cas le rôle de fiduciaire, les bénéficiaires étant les habitants du village ou terroir. Cette combinaison qui offre une grande proximité de gestion à ceux qui sont les plus directement concernés, donc les plus prompts à être responsabilisés, n'est pas juridiquement possible dans le contexte actuel du Sénégal. Ce, dans la mesure où le fiduciaire doit bénéficier de la personnalité juridique, ce qui n'est pas le cas du village. Par conséquent, une deuxième proposition, située à un niveau territorial et administratif plus élevé, héritière de l'état d'esprit dont est issu le domaine national, pourrait présenter l'État comme étant le constituant, à charge à la communauté rurale, représentée par le Conseil rural, d'administrer le patrimoine confié au bénéfice des habitants de la collectivité comme dans le schéma ci-dessous :



On peut légitimement se demander ce qu'apporte de plus la fiducie. En d'autres termes, quelle différence ce montage présente-t-il avec le montage des baux emphytéotiques, déjà connu au Sénégal et envisagé dans les travaux de la réforme foncière ? Nous retrouvons l'idée de dédoublement des droits de propriété, mais les bénéficiaires et surtout la finalité de l'opération n'étant pas les mêmes, l'état d'esprit en est naturellement différent.

En effet, la fiducie s'inscrit davantage dans le système de l'*Equity* que dans celui du Common Law, auquel l'*Equity* propose des solutions mieux adaptées aux cas particuliers. A l'origine, le *trust* a été imaginé et réglementé par les règles de l'équité. La distinction découle de l'ancienne division entre les tribunaux de Common Law et ceux d'*Equity* issus de la juridiction du Chancelier. Ce corps de règle a pour fonction d'assouplir la Common Law. L'*Equity*, parce qu'elle ne s'occupait pas de la forme, mais du fond et parce qu'elle cherchait à rendre justice en considérant chaque cas comme un cas d'espèce a contribué à l'élaboration des règles du *trust*, en particulier lorsque le trustee n'agissait pas conformément aux directives du constituant du *trust* (Belanger-Hardy 1997 : 32). Le caractère équitable quand il est lié à la dimension temporelle, permet d'intégrer la gestion du patrimoine dans une perspective de long terme, permettant une analyse en termes de générations futures et de biens publics mondiaux.

En effet, les réflexions actuelles sur le droit de l'environnement, en particulier, celles relatives à la protection des ressources naturelles intègrent l'influence que pourraient avoir dans la prise de décision et l'élaboration des politiques publiques d'une part, « l'humanité », et son

patrimoine commun, et, d'autre part, c'est lié, les générations futures auxquelles les générations présentes seraient tenues de transmettre les « biens publics mondiaux ». Ces biens dont *les avantages ne sont pas limités à un seul pays, à une seule génération ou à un seul groupe socio-économique de population* (Kaul 2002 : 4), ne doivent pas être gérés seulement par des mécanismes marchands : pour éviter les crises d'envergure mondiale, ils doivent être protégés, sans en être complètement exclus, des logiques du marché privé qui ne peut assurer à lui seul une quantité suffisante de ces biens. L'enjeu consiste à tendre vers un équilibre entre une certaine homogénéisation des techniques juridiques concernant la production, la protection et l'accès équitable à ces biens, tout en préservant les manières de penser et de pratiquer le droit au quotidien, au niveau local. Ces notions auxquelles il est largement fait allusion lorsqu'il s'agit de développement durable, posent des problèmes, juridiques liés à l'existence ou non d'une personnalité juridique de ces entités, et éthiques, sur le statut à accorder ou non aux générations futures et sur le caractère juridique de l'obligation des générations présentes à leur égard. Un montage, inspiré de la fiducie/*trust*, mettant l'accent sur l'obligation de transmission du patrimoine, adapté aux réalités et aux pratiques du Sénégal, pourrait constituer une nouvelle piste de réflexion.

Bibliographie

AUBENAS Roger, 1955, *Cours d'histoire du droit privé. Anciens pays de droit écrit. (XIII^e siècle-XVI^e siècle)*, t. 4 : autour de la propriété foncière (Moyen Age et Ancien Régime), Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 130 p., col. Cours de doctorat, Université d'Aix-Marseille.

BART Jean, 1998, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchrestien, 537 p., col. Domat, droit privé.

BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, 1997, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Montréal, Carswell, 656 p.

BEAULNE Jacques (dir.), 2002, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 388 p., Collection bleue.

CANTIN CUMYN Madeline, 2002, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? » in Beaulne Jacques (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, p. 129-143.

CLAUZEL Jean, 1991, « L'évolution des structures de l'administration territoriales dans quelques États de l'Afrique francophone au sud du Sahara », *Mondes et cultures*, p. 208-225.

COLLIN Jean, 1972, *Exposé des motifs du projet de loi relatif aux communautés rurales*, ministère de l'Intérieur, Dakar.

COMPAGNON Daniel et CONSTANTIN François (dir.), 2000, *Administrer l'environnement en Afrique, gestion communautaire, conservation et développement durable*, Paris, Karthala, Nairobi, IFRA, 494 p. [Actes du colloque « Gestion communautaire des ressources naturelles et développement durable », organisé du 24 au 27 juin 1996 à Harare par l'Université de Zimbabwe, l'Université de Pau et des pays de l'Adour, de l'Union mondiale pour la nature, le Cirad et l'Ifra (Institut français pour la recherche en Afrique)]

COULON Christian et MARTIN Denis-Constant, 1991, *Les Afriques politiques*, Paris, la Découverte, 300 p., col. textes à l'appui, série Histoire contemporaine.

DECHEIX Pierre et CASENAVE Marie-Laure, 1990, « Compte-rendu du Colloque de l'Institut international de droit d'expression française » Luxembourg, mai 1989, *RIDC*, 3-1990, p. 1007-1009.

DIOP Momar Coumba (dir.), 1992, *Sénégal. Trajectoires d'un État*, Dakar, Codestria, Paris, Karthala diff., 500 p., coll. Série des livres du CODESRIA.

DIOUF Mamadou, 1987, « La promotion des collectivités locales sénégalaises dans le cadre de la réforme de l'administration territoriale et locale », *Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal*, n° 17, oct-déc 1987.

EPSTEIN Renaud et DONZELOT Jacques, 2006, « Démocratie et participation : l'exemple de la rénovation urbaine » dossier Forces et faiblesses de la participation. La petite démocratie et la grande démocratie : de la concertation au pouvoir effectif des citoyens, *Esprit*, juillet 2006, p. 5-34.

FALL Aminata Sow, GUEYE Cheikh, TALL Sérigne Mansour, 2006, *L'État et la société civile au Sénégal face à la gouvernance multidimensionnelle*, Leuven

interdisciplinary research group on international agreements and sustainable development, Working paper n° 8 mars 2006, 34p.

GELLAR Sheldon, 1997, « Conseils ruraux et gestion décentralisée des ressources naturelles au Sénégal : le défi. Comment transformer ces concepts en réalité ? » in, TERSIGUEL Philippe et BECKER Charles (dir), *Développement durable au Sahel*, p. 43-69.

GIANOLLA-GRAGG Elizabeth, 1998, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit. Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte-d'Ivoire, le Ghana et la Mali)*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris I, 400 p.

GLENN Patrick Hugo, « Le trust et le jus commune », 1992, in LEGRAND Pierre, *Common law d'un siècle l'autre*, p. 87-114.

KAUL Inge, GRUMBERG Isabelle et STERN Marc A. (dir.), 2002, *Biens publics mondiaux. La coopération internationale au XXI^e siècle*, Paris, Economica, 272 p.

LE ROY Étienne, KARSENTY Alain et BERTRAND Alain, 1996 *La sécurisation foncière en Afrique. Pour une gestion viable des ressources naturelles*, Paris, Karthala, 387 p., Col. Économie et développement.

LEGRAND Pierre (dir.), 1992, *Common law d'un siècle l'autre*, Cowansville CA, Yvon Blais, 528 p.

LEVY Albert, 2006, « Quel urbanisme face aux mutations de la société postindustriel », dossier Forces et faiblesses de la participation. La petite démocratie et la grande démocratie : de la concertation au pouvoir effectif des citoyens, *Esprit*, juillet 2006, p. 61-75.

LEYTE Guillaume, 1995, « Imperium et dominium chez les glossateurs », *Droits*, n° 22, p. 19-26.

MAGASSOUBA Moriba, 1984, « La participation en milieu rural dans un pays en voie de développement : les communautés rurales au Sénégal », *Annuaire du tiers-monde*, vol. VIII, Actes du colloque « Démocratie locale et participation populaire dans les pays africains et arabes », Oran, mai 1982, p. 225-233.

NDIAYE Paul, 1992, « La politique de l'environnement : analyse d'une gestion », in DIOP Momar Coumba (dir.), *Sénégal. Trajectoires d'un État*, p. 137-176.

NICHOLAS Barry, 1779, « Le langage des biens dans la Common law », *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : les biens et les choses, Sirey/CNRS, 1979 (Texte intégral d'une conférence donnée au séminaire de philosophie du droit de l'université de Paris II le 24 janvier 1978), p. 55-65.

NORMAND Sylvio et GOSSELIN Jacques, 1990, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », *Les Cahiers de Droit*, vol 31, n° 31, p. 681-729.

NZOUANKEU Jacques Mariel, 1994, « Décentralisation et démocratie en Afrique », *Revue internationale de science administrative (RISA)*, p. 255-270.

OLIVIER-MARTIN François, 1992, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris, CNRS, 763 p. [reproduction en fac –simile de l'édition Paris-Domat- Montchrestien, 1948],

OLOWALE T. Elias, 1961, *La nature du droit coutumier africain* Paris/Dakar, Présence africaine, 325 p., [traduction de *The Nature Of African Customary Law*, 1954, Manchester, Manchester University Press, par Découflé et Dessau].

ROCHEGUDE Alain, 2000, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier. Fiche Sénégal*, ministère délégué à la Coopération et à la Francophonie, mars 2000, 27 p.

ROCHEGUDE Alain, 2005, « Le "Droit d'agir", une proposition pour la "bonne gouvernance foncière" », *Cahiers d'anthropologie du droit 2005*, Droit, gouvernance et développement durable, p. 59-72.

RUDDEN Bernard, 1992, « Les biens et le trust », LEGRAND Pierre, *Common law d'un siècle l'autre*, p. 253-274.

TERSIGUEL Philippe et BECKER Charles (dir), 1997, *Développement durable au Sahel*, Paris, Karthala, 278 p., série Société espace temps.

TRAORE Samba « Les législations et les pratiques locales en matières de foncier et de gestion des ressources naturelles au Sénégal », in TERSIGUEL Philippe et BECKER Charles (dir), *Développement durable au Sahel*, p. 89-102.

Être et mal-être du droit foncier à Vanuatu

« Graon hemi blong olgeta bubu blong mifala,
mo mifala I lukaotem nomo »¹.

Chaque archipel de la région insulaire du Pacifique Sud, des îles Fiji aux Samoa, en passant par les îles Salomon ou la Papouasie Nouvelle-Guinée, se décompose en centaines d'îles réparties sur des superficies extrêmement étendues. Ce phénomène géographique ne va pas sans entraîner des problèmes considérables, liés à la fois aux modes de communication et d'information, à l'allocation des ressources ou encore la mobilité des hommes.

L'archipel du Vanuatu se situe au sud-ouest de la région. Composé de plus de 80 îles et îlots, le territoire habitable s'étend sur une surface de 12900 km², soit la moitié de la Corse, pour une zone économique exclusive totale de près de 680 000 km². Ancienne colonie française puis franco-anglaise, le pays est indépendant depuis 1980 et s'appuie uniquement sur une économie touristique alliée à une aide internationale massive. Une particularité reste propre au Vanuatu et à la région dans son ensemble : l'importance considérable attachée à la terre². Le territoire est une combinaison de lieux et de réseaux, et se fonde sur une collusion entre l'histoire et les hommes (Bonnemaison 1997 : 247 et s.).

Le processus identitaire mélanésien revendique la notion de dualité : terre/mer, homme/femme, etc. « L'espace social »³ est, lui, une

¹ « La terre appartient à nos ancêtres et nous n'en sommes que les gardiens et les utilisateurs temporaires » (Proverbe vanuatais).

² La terre est ici entendue au sens du sol, sous le terme « graon » en bislama (*grown* anglais)

³ On parle d'espace social pour qualifier de la manière la plus neutre possible l'environnement dans lequel évoluent les populations mélanésiennes. La notion de territoire se définit comme « l'étendue de terre dépendant d'un État, d'une ville, d'une juridiction ». Elle est propre aux droits importés.

combinaison de lieux et de réseaux – Les gens vont s’identifier au lieu qui les a vus naître, et auquel se rattachent des droits fonciers qui s’étendent souvent à la famille – Il y a ainsi une corrélation entre l’histoire et les hommes. La conception est celle d’un territoire à la fois enraciné et qui bouge sans cesse. Un lien fondamental existe entre les lieux et les hommes.

Bonnemaison définit la terre et les droits dont elle peut faire l’objet en ces termes : « la terre appartient à l’homme autant que l’homme appartient à la terre. L’identité des gens est une identité locale, terrienne. La terre est inaliénable. Elle ne peut être vendue ni partagée. Elle est un être, et il est impossible de disposer d’une terre quelque part, ce n’est pas une ‘propriété’¹ négociable. La terre est donc la vie, comme la terre, c’est la coutume » (Bonnemaison 1981 : 25 à 69).

Chaque indigène dispose d’un lieu ou d’une combinaison de lieux pour représenter son histoire. Tout le monde s’accorde sur cette histoire, qui transmet le savoir et la reconnaissance des terres en tant qu’elles sont l’identité des gens. Le mode de vie précolonial se fonde donc sur la terre et l’agriculture. Solidarité et communautarisme sont les fondements d’un cadre de vie ancestral d’une très grande valeur. Seul le chef coutumier est le dépositaire de l’autorité. Il veille au respect des éléments – Terre, Mer, Lune, Soleil² – et garantit à la fois la paix sociale ainsi qu’une saine utilisation de la terre.

Les terres se divisent en :

- terroirs, ou champs que l’on cultive

Elles ambitionnent à la fois de jouer un rôle économique et un rôle coutumier (représentation sociale par des dons et des échanges des fruits et récoltes avec les autres clans, les autres villages) ;

- lieux sacrés

Il s’agit ici d’une gestion symbolique, en termes de gouvernance du pouvoir clanique.

La décolonisation africaine a eu des répercussions progressives sur les pays de la région Pacifique, jusqu’à la proclamation d’indépendance des Etats micro-insulaires. La Constitution du Vanuatu, entrée en vigueur le 30 juillet 1980, consacrait la restitution consécutive des terres à la population du pays. Et cette évidence s’est propagée dans l’ensemble des

¹ La propriété est traduite par le terme « *hona* » en bislama, issu de l’anglais *own*.

² Entretien avec Vincent Boulekone, député et ancien ministre des Finances, en date du 25 novembre 2005.

îles de l'archipel : la terre est un bien inaliénable, on peut la louer, mais on ne peut pas l'acheter. La législation nationale devra désormais s'accorder avec les traditions et les usages coutumiers.

L'indépendance du pays a soulevé des problèmes insurmontables en matière de droit foncier, et de nombreuses interrogations nécessitent aujourd'hui des réponses :

- comment identifier les « propriétaires » coutumiers en cas d'aliénation d'un terrain antérieure à 1980 ?
- quelle coutume prévaut sur une autre en cas de litige portant sur des terres coutumières ?
- peut-on concilier propriété foncière moderne et droit d'usage des communautés ?
- en dehors des zones urbaines bien définies, comment immatriculer des parcelles de terres au nom d'individus, de toute la communauté et de leurs propres familles ?

Le souhait du législateur était double lorsqu'il a voulu encadrer la gestion des terres coutumières en 1980 :

- protéger le plus longtemps possible, sous l'autorité de leurs chefs, les usages et coutumes insulaires, par solidarité et notamment afin de ne pas changer trop brutalement leur environnement, leur assurer une meilleure éducation, une meilleure santé, enfin favoriser les moyens de communication et les débouchés pour leurs produits agricoles¹ ;
- mais aussi garantir, protéger et contrôler dans les zones urbaines existantes, et dans celles qui pourraient être instituées à l'avenir, l'investissement de fonds étrangers essentiels et productifs, pour financer le budget de l'Etat. Cela permettait également aux indigènes, quelle que soit leur île d'origine, de se familiariser avec les idées modernes, en les mettant en contact avec l'éducation secondaire, le développement économique, la

¹ La restitution des terres a également été le fruit de stratégies et d'enjeux politiques dans un contexte particulier. En 1980, le gouvernement, déchiré entre la volonté désespérée des Français de s'opposer à l'autonomie du pays et la détermination anglaise à œuvrer pour l'indépendance, a dû concilier les forces en présence, et la restitution des terres a fait partie de ces négociations, cf. David 1997 : 127-138.

concurrence, dans un contexte unique de terres enregistrées et taxables¹.

Toute la question est de savoir si ce difficile compromis a été atteint après 25 ans. Nous envisagerons dans une première partie une analyse du cadre juridique foncier en vigueur au Vanuatu (I), avant d'en venir aux facteurs endogènes et exogènes qui influent sur son fonctionnement (II) et assombrissent un peu plus chaque jour son avenir (III).

I - Définition et statut actuel des terres coutumières

Le droit foncier recouvre l'ensemble des mécanismes juridiques gestuels, oraux ou écrits, qui déterminent les différents intérêts qui s'offrent aux individus lors de l'acquisition de terres. Il traite également de la façon dont ces intérêts peuvent être transférés, modifiés ou bien supprimés (Crocombe 1999). La terre revêt un caractère essentiel, que la possession foncière soit entendue dans un cadre familial ou bien entre propriétaires qui cultivent une terre en commun. Le terme 'foncier' est un terme occidental qui induit une connotation spécifique : il traduit la représentation de l'espace, limitée, et qui s'étend de manière précise sur une superficie définie. La vision occidentale se fonde donc sur un découpage parcellaire, et elle a fixé des limites réelles aux terres en s'appuyant sur les anciennes cartographies coloniales (Paterson 2001). Il s'agit bien sûr de limites artificielles, la représentation de l'espace étant différente de la représentation coutumière. Comment dès lors concilier vision « cartographique » et vision d'usage du sol ?

La restitution des terres à ses « propriétaires » légitimes étant acquise comme une évidence par tous (y compris les administrations coloniales) depuis 1980, date de l'accession du pays à l'indépendance, toute la question était alors de savoir quel statut leur attribuer et comment garantir une certaine équité dans leur répartition (Tabani 2002 : 4 et s.).

A - L'origine du droit de propriété

L'origine du droit de propriété remonte à la découverte de la terre et son occupation, et la propriété va ensuite se transmettre de génération en génération aux enfants des premiers occupants. « La propriété n'est pas univoque, mais consiste plutôt en droits différenciés, en légitimités additionnées, qui donnent à celui qui fonde, à celui qui nettoie, à celui qui travaille, à celui qui habite la reconnaissance d'un lieu comme étant le sien, dans la mesure où il dispose d'un titre mais reconnaît les titres

¹ Entretien avec le ministre des Terres, M. Carlot Korman, en date du 12 janvier 2006.

concurrents » (Deckker 1995). La notion de propriété telle qu'elle se conçoit dans les pays de droit romaniste s'entend ici du droit de « jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »¹. Cette conception moderniste est en réalité inéluctablement liée au développement colonial, et ne peut par essence s'appliquer à la société traditionnelle mélanésienne parce « qu'en rupture avec les valeurs communautaires » (Le Roy 2004 : 16).

La propriété individuelle était donc un concept novateur lors de son introduction en Mélanésie au XIX^e siècle, avec la faculté pour son propriétaire de posséder une terre de manière exclusive et indéfinie, et de la transférer à ses ayant droits de son vivant, ou bien de la léguer à son décès. La véritable innovation tient ici à l'aliénation, la capacité à rendre étranger à soi-même et au groupe d'appartenance une ressource qui devient un bien. Cette notion de propriété perpétuelle offrait l'avantage aux indigènes de pouvoir monnayer leur terre en la cédant aux colons européens. Bien que le Condominium des Nouvelles-Hébrides se soit voulu un tant soit peu protecteur des droits des indigènes, en soumettant la vente des terres à l'approbation du tribunal joint², les abus se sont multipliés. C'est l'intégralité du référent foncier précolonial qui a été remis en question, au détriment des valeurs mélanésiennes. La retranscription simplifiée du schéma d'Étienne Le Roy (Le Bris, Le Roy et Leimdorfer 1980 : 25-26) illustre parfaitement les principes dyadiques observés au Vanuatu, et par extension dans l'ensemble de la région insulaire du Pacifique Sud.

<i>Droit moderne importé</i>	<i>Droit traditionnel mélanésien</i>
Droit unique	faisceau de droits interdépendants
Droit individuel	collectif
Absolu et aliénable	inaliénable
Exclusif	inclusif
Socialement égalitaire	hiérarchique

En promulguant la Constitution du Vanuatu et ses articles relatifs à la question foncière les rédacteurs du texte fondateur ont créé une situation nouvelle qu'ils n'avaient pas envisagée. En effet, ils poursuivaient deux buts plutôt contradictoires, d'une part, promouvoir l'aliénabilité de la

¹ Article 544 du Code civil.

² Article 12 du Protocole de 1906.

terre jugée conforme au développement national, tout en protégeant des dangers de l'aliénation de cette terre qu'il considère comme sienne (cf. Larmour 1988). Les difficultés rencontrées par le Vanuatu sont tout à fait représentatives des problèmes tangibles qui se posent à l'échelle régionale.

La terre coutumière a obtenu une véritable consécration juridique au travers des articles 73 et 74 de la Constitution de la République du Vanuatu, révélant un « enracinement territorial et une réalité sociologique incontournables » (Gire 2001 : 752). Au contraire de l'article 544 du code civil qui attribue à la propriété un droit de jouissance et de disposition absolue, la propriété foncière en Mélanésie a un caractère collectif, c'est-à-dire que l'individu ne dispose que d'un simple droit d'usage. L'article 73 de la Constitution énonce que « toutes les terres situées dans le Territoire de la République appartiennent aux propriétaires coutumiers indigènes et à leur descendance ». Les dispositions de l'article 74 viennent compléter ce principe, précisant que « dans la République, les règles coutumières constituent le fondement des droits de propriété et d'usage des terres ». D'un point de vue purement légal, la législation du Vanuatu reconnaît donc le droit coutumier dans le seul domaine lié à la tenure foncière. Mais la grande diversité coutumière d'un village à l'autre, la circulation exponentielle des personnes entre les îles, ou encore la mixité des mariages sont autant de paramètres qui nuisent à une interprétation univoque des règles coutumières.

Axé sur le nécessaire respect des arrangements contractuels, l'usage de la terre a toujours été coutumier à Vanuatu. La principale difficulté consiste désormais à interpréter l'article 73 de la Constitution, dans la mesure où tous les vanuatais s'estiment possesseurs des terres, fruits d'un héritage historique commun. Les Ni-Vanuatu considèrent que la terre est le patrimoine commun des générations futures, et personne n'est dès lors fondé à l'accaparer ou bien la céder selon son bon vouloir, « Les propriétaires sont prisonniers du passé et du présent » (Narokobi 1989 : 30).

Alors que l'ambition était de rendre aux vanuatais toutes les terres du pays, le Parlement n'est pas parvenu à mettre en place un système législatif satisfaisant. Aujourd'hui, cette vacuité législative est chaque jour ressentie davantage. Tout le monde se dit « propriétaire » coutumier, parce que l'enjeu financier est réel. Seul l'enregistrement des terres peut permettre d'obtenir un titre, mais comment déterminer un droit antérieur sur la terre ?

B - L'enregistrement des terres : une réalité complexe

Toute personne qui souhaite se prévaloir d'une terre doit posséder un titre de propriété ou prouver qu'il est bien le titulaire de la terre qu'il revendique, afin de la faire enregistrer au Service des Terres¹.

L'acquisition de la propriété remonte à la découverte de la terre et/ou son occupation originelle. C'est la première personne qui va constituer son espace de terre en la défrichant², en constituant des limites et en la cultivant qui va en devenir propriétaire. C'est le premier occupant, le défricheur, qui rend la terre féconde, c'est pourquoi, il est considéré par tous comme le propriétaire de la parcelle mise en culture et, à sa mort, elle est transmise à ses héritiers (cf. Lambert 1900). En effet, ces terres n'étant la propriété de personne, celui qui la cultivait semblait à même de pouvoir légitimement en revendiquer la propriété, à moins qu'un chef ou un leader coutumier n'établisse de manière indiscutable qu'il disposait antérieurement du contrôle sur la terre visée. Aujourd'hui, le meilleur moyen d'acquérir des droits sur une terre consiste à en être le bénéficiaire, en tant que descendant des premiers occupants. Dans beaucoup de villages, les chefs de clans attribuent des parcelles à chaque membre, « en fonction de sa condition et de ses besoins » (Gire, 2001 : 752). Mais les coutumes varient selon les îles, les provinces, les villages, ne serait-ce que sur la simple définition du terme 'descendant'.

Il n'y a à ce jour aucune véritable stratégie d'enregistrement des terres dans les îles, tout comme il n'y a aucune volonté réelle affichée quant à l'identification des propriétaires. À Vanuatu, la question est encore compliquée par le fait que la coutume permet l'échange de terres coutumières³, et l'on a déjà relevé dans les zones de chefferie à grade des exemples de cession de terres à des chefs, bien antérieures à l'arrivée des Européens, moyennant une rémunération des indigènes pour son acquisition⁴. En pratique, les chefs revendiquent souvent un droit absolu à gérer les terres, dans le but de ne pas exacerber les tensions et de garantir la paix communautaire (cf. Care, Newton & Paterson 1999 : 231 à 258).

Prenons un exemple qui révèle parfaitement la complexité du système. Sur l'île de Pentecôte, dans la province de Penama, il existe

¹ Land Reform Act, CAP 123, article 7, et Land Leases Act, CAP 163, art. 4 (1). Le géomètre va procéder au bornage, délimiter la terre après avoir effectué la topographie des lieux.

² Vanderlinden parle « d'incorporation du travail à terre brute » - communication personnelle.

³ *Toto v Pasu* (1987) 1 Van LR 300.

⁴ *Lale v Silas* (1985) 1 Van LR 221.

deux dénominations pour classifier les terres. Tout un chacun reconnaît les terres Bule et les terres Tabi. Dans une majeure partie de l'île, les habitants masculins relèvent tous de l'une de ces deux classifications. Pour éviter les problèmes de consanguinité, les femmes relèvent à leur tour de deux catégories, les Maatan et les Mabon.

- Les Maatan ne peuvent pas se marier avec des Bule, elles sont leurs sœurs.
- Les Mabon ne peuvent pas se marier avec des Tabi, elles sont leurs sœurs.
- Un mariage Bule/Mabon donne des garçons Tabi, et les filles restent Mabon. Un mariage Tabi/Maatan donne des garçons Bule, les filles restant Maatan.

C'est encore plus complexe pour l'utilisation des terres : le fils d'un Bule ne peut ainsi prétendre avoir accès aux terres Bule. Il se voit attribuer l'utilisation des terres Tabi à travers son oncle maternel, et donc à travers sa mère. Si la femme qui se marie perd en pratique le droit d'usage des terres de son clan, ses enfants mâles le retrouvent. C'est un transfert matrilineaire, la femme n'a aucun droit foncier, mais elle dispose du « privilège exclusif » de transmettre ce droit d'utilisation qui lui est dénié. Ce système millénaire paraît complexe pour un esprit occidental, mais il a fait ses preuves depuis des siècles, pour maintenir la paix sociale et la cohésion de chaque communauté. En pratique, les chefs coutumiers disposent du pouvoir exclusif de gérer les terres, et leur autorité sur le groupe tend à aplanir les différends. De plus, les indigènes sont totalement étrangers au système juridique formel, ils ignorent les démarches à suivre en cas de litige, et se tournent systématiquement vers les anciens et les chefs, qui privilégient la concertation au sein du *nakamal*¹.

¹ Le *nakamal* s'entend du lieu de réunion et de conseil de chaque village du Vanuatu, où se transmettent le savoir des anciens, la parole sacrée, afin de garantir la paix et l'harmonie au sein de la communauté.

II - L'impossible détermination des propriétaires ou l'impasse judiciaire

Nemo dat quod non habet

A - La multiplication des litiges

Le contentieux des droits fonciers touche au cœur même des rapports économiques du pays, dans une société rurale et traditionnelle où « les rapports à la terre ont été bouleversés par la colonisation, que ce soit par des spoliations foncières, des déplacements de population, ou encore des regroupements dans de nouveaux espaces plus réduits »¹.

L'introduction de l'économie de marché a généré des tensions et des envies ; la parole donnée il y a plusieurs générations n'a plus désormais de valeur pour les descendants de ses « propriétaires » fonciers, qui multiplient les revendications illégitimes. « C'est donc à un historique des relations inter-claniques que doit se livrer le juge pour déterminer les droits fonciers des parties, [...] dans la mesure où la tradition orale est le seul matériau à interroger et à analyser » (Lafargue 2001 : 17 et s.).

On distingue deux hypothèses :

- L'hypothèse où la personne est parfaitement reconnue comme propriétaire coutumier, parce que de père en fils, cette terre est gérée, habitée, cultivée par la famille ;
- L'hypothèse où une personne revendique un droit sur une terre, au même titre que plusieurs coutumiers, chacun refusant de reconnaître la légitimité de l'autre sur la terre visée. Les parties vont alors transmettre au juge des dossiers conséquents, composés d'un rapport complet sur leur généalogie et l'historique de leur famille notamment, afin d'étayer leur argumentation. C'est au tribunal qu'il appartiendra de trancher le litige selon l'intime conviction des juges².

Le problème est lié à l'absence totale de codification du droit coutumier: seule la transmission orale de la coutume d'une génération à l'autre permet d'établir l'existence de celle-ci. Or, chaque ville, chaque village dispose de sa coutume propre qui se distingue par sa particularité.

¹ « Identités en mutation dans le Pacifique Sud à l'aube du 3^e millénaire », Actes du colloque tenu à l'Ambassade d'Australie à Paris les 29 et 30 mai 1997, colloque placé sous la direction de Darell Tryon et Paul de Deckker qui citent ici Jean Guiart.

² P. de Montgolfier, notaire et conseiller juridique, entretien en date du 18 novembre 2005, ajc@vanuatu.com.vu

Un problème récurrent quant à l'établissement de la preuve des droits coutumiers remonte à la période coloniale et à l'émigration nombreuse des indigènes vers l'île d'Efate. Beaucoup y sont depuis deux ou trois générations et y ont cultivé la terre, mais ils ne peuvent pas établir de manière « certaine et pertinente » leurs droits. Dès lors, quelle coutume pourra prétendre avoir une valeur supérieure à une autre, laquelle va prévaloir en cas de litige ? Aucune disposition légale en vigueur ne détermine quel droit coutumier l'emporte sur tel autre, ou encore la manière de contrôler son application.

Dans l'arrêt *Waiwo*¹, la *Magistrate's Court* avait tenté de pallier ce vide juridique en proposant d'instaurer un système basé sur la technique du droit international privé. Il s'agissait de définir l'application d'un système de manière prioritaire, de manière à réguler et harmoniser tous les différends similaires en la matière. Cette décision n'a pas été suivie d'effets, mais les juges tendent à prendre en considération le droit coutumier dans le prononcé de la décision, en tenant compte des particularismes propres aux coutumes en vigueur par les communautés qui revendiquent la terre.

Aujourd'hui, les conflits se multiplient, des centaines de dossiers sont en attente d'être réglés par les tribunaux, et toute la subtilité revient pour le plaideur à établir la légitimité de sa revendication. Le prétendu titulaire des terres doit établir des liens ou une parenté avec l'ancien propriétaire, mais il ne dispose en réalité d'aucun titre de propriété pour ce faire, et ne pourra donc se fonder que sur des témoignages oraux, sa généalogie ou des données historiques difficilement vérifiables². La méthode traditionnelle consiste à s'appuyer sur les chefs en place dans la zone géographique où est située la terre revendiquée. Leur expérience et leur connaissance de l'histoire et de la coutume sont les garants théoriques d'une bonne application de la justice. En pratique, les chefs sont souvent accusés de partialité, par ceux auxquels la solution qu'ils donnent au litige ne convient pas ou par ceux qui, appartenant à une génération plus jeune, contestent tout aussi automatiquement ce pouvoir. Les uns comme les autres, pratiquent un magasinage de for (*forum shopping*) qui les fait s'adresser aux cours nouvellement créées et en font des rivales de

¹ *Waiwo v Waiwo & Banga* [Unreported], Senior Magistrates Court, Vanuatu, Civ. Cas. 324/1995, 12 fév. 1996.

² Si le droit européen est imprégné d'une culture écrite, certains pays retiennent la validité de ces témoignages oraux, généalogie ou données historiques comme modes de preuve des droits ancestraux – décision *Delgamuukw c. Colombie britannique*, 3 R.C.S 1010 (1997).

l'organisation judiciaire traditionnelle au nom de l'État. Cela conduit à un déplacement progressif du litige du *nakamal* aux tribunaux.

B - Le rôle du tribunal foncier ou l'influence des chefs

Depuis l'entrée en vigueur du *Customary Land Tribunal Act* le 10 décembre 2001, tous les conflits dans ce domaine sont soumis au *Land Tribunal* ou tribunal foncier. Ce dernier a remplacé l'*Island Court* dans sa composition foncière¹. Pour parer à la remise en question systématique des décisions des juges, quatre niveaux d'appel ont été instaurés (cf. Hardy-Pickering 1997). Cette superposition des juridictions se justifie pleinement au niveau de la conception pure. Il s'agissait de favoriser la communication, qui est l'essence même de la culture mélanésienne, à savoir pouvoir parler et s'exprimer, quitte à le faire de manière répétitive afin d'épuiser tous les processus de revendication possibles. Juges et praticiens souhaitaient ainsi donner l'opportunité aux plaignants de s'exprimer. En réalité, la législation n'a fait qu'instituer une pratique traditionnelle séculaire fondée sur la palabre, qualifiée par les Occidentaux de « discussion interminable et oiseuse » (Le Roy 2004 : 43). De tout temps, la concertation et la conciliation se faisaient à différents échelons pour tenter de régler le différend sans attiser les haines et les rancœurs.

Les 4 niveaux de juridictions sont les suivants :

- le *Village Land Tribunal*²;
- le *Custom Sub-Area Land Tribunal*³;
- le *Custom Area Land Tribunal*⁴;
- l'*Island Land Tribunal*⁵.

Le Vanuatu reconnaît l'existence légale de l'*Island court*, de la *Magistrate's court* et de la *Supreme court*⁶. L'objectif de la loi était de

¹ La composition de l'*Island court* en matière foncière pouvait prendre deux formes : un juge siégeant à juge unique, il s'agira d'un magistrat nommé par le *Chief Justice* avec une compétence exclusive, ou bien 3 juges pour les affaires ordinaires.

² Customary Land Tribunal, CAP 261, articles 8 et 9 – 10 décembre 2001.

³ Ibid., article 11.

⁴ Ibid., article 16.

⁵ Ibid., article 21.

⁶ En Angleterre, le terme '*tribunal*' désigne une juridiction qui ne fait pas partie de l'organisation judiciaire classique. On pourrait donc le traduire par 'Commission' en français. Par exemple, on parle de '*Race Relations Tribunal*', '*Rent Tribunal*', '*Military Tribunal*'. Souvent le tribunal a une composition paritaire, et un objet bien spécifique –

désengorger les tribunaux des îles qui sont désormais le dernier degré de juridiction. La mise en place de ces différents degrés coutumiers accordée aux indigènes a pour ambition de permettre une grande souplesse du système, et ainsi de favoriser la conciliation à l'échelon local. De nombreux avantages justifient de recourir à la chefferie afin de résoudre les conflits fonciers. Toute la question est de pouvoir connaître l'histoire d'une terre pour en déterminer le propriétaire. Or, les chefs connaissent les frontières et les limites des terres. Ils ne s'appuient pas sur le découpage du *Land Record Office*, mais uniquement sur le découpage traditionnel. Ensuite, ils sont les garants d'une décision impartiale lorsque les deux plaignants sont originaires de la même communauté. Ils inspirent également un profond respect auprès des indigènes de leur communauté, ce qui doit garantir le respect de leur décision. Enfin, ils offrent leurs services à la communauté de manière bénévole, ce qui permet un égal accès à la justice pour tous. Le *Malvatumauri* ou Conseil des Chefs établit une liste de personnes habilitées à siéger au tribunal. 15 personnalités sont éligibles, mais seulement 3, 4, ou 5 juges siègent respectivement au *Village Land Tribunal*, à l'*Area Land Tribunal* – Nord, Sud, Est et Nord-Ouest – et à l'*Island Land Tribunal*. Un secrétaire général est chargé de contrôler la bonne application de la procédure au sein des différents degrés d'appel.

Il est fondamental de pouvoir retracer l'historique des documents rattachés à un acte de propriété visé, afin de s'assurer qu'il n'y a pas de fraude ou d'illégalité afférente au titre. Cette recherche de l'existence de titres antérieurs est extrêmement contraignante, encore compliquée par le fait que plusieurs personnes peuvent détenir un document valide sur la propriété en question, et se manifester ultérieurement pour remettre en cause les droits de l'intéressé. L'enregistrement des titres de propriété se fait donc dans un fichier central, sur un rôle prévu à cet effet¹. C'est au regard de ce répertoire central que l'on va pouvoir déterminer l'antériorité de possession sur une terre, les actes non enregistrés ne pouvant affecter les actes dûment répertoriés. L'enregistrement renforce les droits des intéressés en ce sens qu'il a valeur de présomption quasi-irréfragable. La question de la preuve est ici essentielle, et le caractère gestuel des coutumes rend les conflits insolubles (cf. Regenvatu 1980 : 7-80). Les juges doivent donc se fonder sur des témoignages afin de juger selon leur intime conviction². Les parties vont chacune arguer de leur bon

pas de compétence générale comme les 'Courts' – C'est pour cette double raison, il est généralement qualifié en droit anglais d'administratif.

¹ Land Leases Act, CAP 163, article 37

² Terrill L., avocat au State Law Office, entretien en date du 25 novembre 2006.

droit, en revendiquant respectivement la propriété d'un terrain. Dès lors qu'il n'y a pas de décisions antérieures rendues en la matière, le juge va trancher le conflit au regard des éléments probatoires présentés par les parties. Le tribunal est confronté de manière récurrente à des revendications de propriété fictives ou inventées. Le juge se doit dès lors, aidé de ses assesseurs, de procéder à un véritable travail d'anthropologue pour déterminer avec exactitude le « propriétaire » coutumier. En pratique, les conflits font l'objet d'une tentative de conciliation devant les chefs dans un premier temps, et c'est seulement faute d'accord que les tribunaux sont saisis.

Les décisions sont d'une lenteur chronique, due tant à la complexité des affaires qu'au nombre de plaignants dans chaque dossier – de l'ordre de 40 en moyenne. Entre menaces et exactions, la conciliation se heurte à de nombreux problèmes, mettant en péril l'exploitation de la terre. De même, les *Island courts* réunies dans leur composition coutumière font face à des difficultés financières dans les zones les plus retirées de l'archipel. Enfin, la Cour suprême a fait savoir en 1997, qu'elle ne pourrait plus traiter des appels émanant des tribunaux fonciers, faute de personnel.

À défaut d'entente, un ultime appel reste possible devant la Cour suprême¹, qui joue ici un rôle proche de celui de la Cour de cassation française, et rend une décision finale. La procédure se poursuit en général pendant plusieurs années, comme en Europe, et la majorité des appels qui pourraient éclairer les tribunaux sur une ligne à tenir n'ont pas encore été entendus par la Cour à ce jour. De plus, si la Cour suprême est amenée à casser la décision du *land tribunal*, cela entraîne un reversement de tous les loyers indûment perçus : cette situation débouche sur des problèmes pratiques insurmontables, notamment lorsque la valeur des terres a considérablement augmenté comme c'est le cas ces dernières années.

Devant cette multiplication des conflits, il convient de remettre en question la compétence de la Cour suprême, qui ne peut faire face à cette affluence de différends. Ne faut-il pas désormais se résoudre à adopter un système pro-actif, basé sur l'enregistrement programmé de toutes les terres (cf. Care, Newton & Paterson 1999 : 231-262) ? On pourrait ainsi envisager à moyen terme – sur 20 ans selon les prévisions de certains experts – de déterminer avec précision les propriétaires coutumiers de toutes les terres, mettant ainsi un terme à toute revendication abusive. La réussite de ce projet s'inscrit en pointillés, mais le microcosme propre à

¹ Island Courts Act, CAP 167, articles 1 et 22.

ce micro-État peut sans doute favoriser une solution inapplicable dans nombre de pays.

III - L'avenir de la terre à Vanuatu

La sécurité des investissements est aujourd'hui intimement liée à la croissance économique, car elle seule peut permettre de développer des secteurs aussi variés que l'éducation, la formation professionnelle ou encore la protection des ressources naturelles. C'est une donnée essentielle, que l'investissement se fasse dans un cadre commercial ou agricole, qu'il soit le fruit d'étrangers attirés par le statut de paradis fiscal qu'offre le Vanuatu, ou bien de simples investisseurs locaux. La mise en place des *land tribunals* en 2001 visait à sécuriser les contrats et à déterminer avec certitude les titulaires réels des titres de propriété litigieux. Une fois la validité du titre certifiée par le tribunal, aucune remise en question n'est plus envisageable et le titre devient exécutoire. Aujourd'hui, les problèmes financiers et la multiplication des revendications incitent à proposer des mesures pour améliorer la situation.

Envisager un enregistrement des terres, certifié et accéléré, permettrait de mettre un terme aux nombreuses revendications infondées émanant d'individus indélélicats.

Le système foncier latin tel qu'il est en vigueur en France peut servir de référence et de modèle. La Conservation des hypothèques permet de centraliser l'enregistrement des terres de manière remarquable. On pourrait donc utiliser cette expérience pour la transposer aux services fonciers du Vanuatu. Il conviendrait dès lors d'envisager la mise en place d'un notariat des terres coutumières, par l'établissement d'un cadastre. Actuellement, il n'y a aucun plan topographique du pays, les seules données disponibles étant des photos satellites. Il faut véritablement convaincre les autorités de répertorier et d'enregistrer toutes les terres coutumières du pays, afin de garantir une sécurité juridique aux investisseurs. Il s'agira certainement d'un travail long et coûteux, mais aujourd'hui indispensable au regard de l'évolution du pays.

L'administration coloniale en place à Fidji a retiré dès 1940 tous les pouvoirs de contrôle et de gestion des terres, alors dans les mains des propriétaires coutumiers, pour les confier à un organe indépendant: Le *Native Land Trust Board*¹. Il se compose de membres du gouvernement et de chefs traditionnels, qui ne sont pas tenus de consulter les

¹ Native Land Trust Act, CAP 134 – Republic of Fidji

propriétaires fonciers, et encore moins tributaires de leur consentement quant à l'utilisation à donner à leurs terres. Le Bureau doit seulement s'assurer que les propriétaires disposent de suffisamment de terrain pour leur usage personnel, et de toute l'aide et l'assistance requises. Les revenus obtenus par la gestion foncière sont alloués pour moitié aux propriétaires, à hauteur de $\frac{1}{4}$ afin de financer le fonctionnement du Bureau, et le dernier $\frac{1}{4}$ alloué aux chefs coutumiers. Cette gestion autonome des terres coutumières a permis de rentabiliser un maximum de terrains, en les plaçant en leasing ou en accordant des licences d'exploitation, tout particulièrement pour la production de canne à sucre qui est devenue l'une des exportations majeures du pays.

Mais cette acquisition forcée de la propriété par l'État consacre un système anticonstitutionnel. Les propriétaires dénoncent cette gestion autocratique parce qu'ils prennent désormais conscience de la valeur économique des terres et s'estiment lésés (Paterson 2001).

Un fichier efficace et chronologique est souhaitable afin d'assurer la bonne marche du système. Il faut donc un guichet unique qui va centraliser toutes les étapes, afin de simplifier les procédures, gage de célérité et de sécurité. L'enregistrement des terres du Vanuatu est sectorisé, avec des démarches administratives à effectuer :

- au Ministère des Terres, le Ministre signant en personne tous les actes et les certificats, sans délégation possible ;
- au *Land Department* ou Service des Terres, en charge du plan des terrains et de l'attribution des certificats de négociateur ;
- à la *Vanuatu Financial Services Commission* (VFSC), qui est chargée de percevoir la taxe et de vérifier de la validité des baux émis ;
- une fois validés par la VFSC, les baux sont transmis au *Land Record* pour y être enregistrés (équivalent français de la Conservation des Hypothèques).

La mise en place d'un cadastre semble donc aujourd'hui indispensable. Il faudrait pour ce faire, réunir hommes de lois, géomètres, avocats et chefs coutumiers reconnus (ayant une certaine aura sur la population) afin de mettre en place un système qui soit le plus fiable possible, tout en respectant dans une certaine mesure la notion de propriété coutumière. Pour cela, il faut faire le maximum de recherches, un appel à la population en expliquant aux gens que l'ensemble des îles va être cadastré, et en demandant à chacun d'apporter leurs titres fonciers, et le maximum de preuves dont ils disposent pour faire état de leurs droits sur la terre donnée. Progressivement, l'objectif serait de déterminer effectivement qui sont les « propriétaires fonciers réels », et la question

se pose essentiellement pour les zones géographiques qui ont connu un passé marqué par des dépopulations occasionnelles liées au *blackbirding* ou encore au contact blanc, et par les déplacements de population vers les littoraux où se situaient les missions (David 2003 : 140-170).

Les terres enregistrées représentent actuellement de l'ordre de 2% de la superficie totale du territoire, soit un pourcentage dérisoire par rapport à l'ensemble des terres coutumières¹. Il peut s'agir de terres faisant l'objet de projets immobiliers comme de terres dont on ignore le(s) propriétaire(s) réel(s). La naissance des revendications foncières s'est accélérée au même rythme que le développement économique, alors que ces questions ne s'étaient jamais posées jusqu'alors.

Mais des risques existent. Par le passé, des erreurs d'enregistrement ont été effectuées, difficilement corrigibles à posteriori. (Care, 1999) Les chefs s'opposent fermement et systématiquement à tout enregistrement des terres du pays, qui seraient irrémédiablement encadrées par la législation. L'enregistrement des terres ne semble pas non plus viable financièrement, dans la mesure où la majorité des terres coutumières ne font pas l'objet de relations d'affaires, n'étant pas acquises ou exploitées à des fins commerciales. Enregistrer les terres reviendrait enfin à supprimer toute flexibilité au droit foncier, et tendrait à faire disparaître le peu de pouvoir que détiennent encore les chefs.

Conclusion

On assiste à un développement sans précédent des pays de la région insulaire du Pacifique Sud, dû à la globalisation et l'influence de la mondialisation sur les pays en voie de développement. Le Vanuatu n'échappe pas à cette poussée vers le progrès et le modernisme, la terre tend à devenir un enjeu économique sans précédent pour les indigènes, ce qui favorise les revendications foncières tous azimuts.

Les terres qui font aujourd'hui l'objet de baux sont essentiellement des terres de bord de mer, qui représentent une valeur financière certaine. Il ne s'agit donc que de spéculation immobilière pure. Si on prend l'exemple des zones les plus demandées à Port-Vila, que ce soit 'White Sands' ou bien 'la Pointe du Diable', ces zones sont incultivables à cause de leur proximité maritime (vent, embruns marins, etc.). À terme, on semble se diriger vers une véritable spoliation des indigènes de leurs terres. L'enregistrement des terres à des fins locatives ne vise que la

¹ Seuls 80% de l'île d'Efate, 20%, de l'île de Santo et une infime partie de Tanna sont actuellement enregistrés.

concession d'un bail, accordé par les « propriétaires » coutumiers de leur plein gré. Ce contrat basé sur la confiance réciproque est assorti d'un terme, et les protège ainsi de toute cession définitive. Mais en pratique, une fois le délai légal de 75 ans écoulé, les coutumiers ne pourront jamais indemniser les preneurs, faute de moyens, et seront tenus de renouveler le bail de manière systématique. La mise en place des baux fonciers qui devait instaurer un simple droit d'usage momentané a définitivement octroyé un véritable droit de propriété. Et faire marche arrière est désormais impossible (David 2003).

L'enregistrement progressif des terres n'est qu'une première étape vers leur vente, à Port-Vila, mais bientôt à travers toutes les îles du pays. Ce n'est désormais plus qu'une question de temps. Et l'acquisition d'immenses étendues de terres dans le cadre de projets d'investissements immobiliers menace d'autant les populations insulaires. À moyen terme, les terres agricoles sont en péril. Et avec elles la survie d'une population croissante à l'avenir incertain.

Bibliographie

BONNEMAISON Joël, 1981, «Rapport de la conférence régionale sur la gestion des terres », University of South Pacific – Projet de Gestion

BONNEMAISON Joël, 1997, *Les fondements géographiques d'une identité : l'archipel du Vanuatu* – Essai de géographie culturelle Livre II – ORSTOM. *Les Gens des Lieux - Histoire et géosymbole d'une société enracinée : Tanna*. Paris, éditions de l'Orstom, 562 p.

BROWN Kenneth, 2000, “The Language of Land – Look before you leap” *Journal of South Pacific Law*, volume 4, <http://www.paclii.org/journals/JSPL/vol04>

CORRIN CARE Jennifer, NEWTON Tess. & PATERSON Donald, 1999, *Introduction to South Pacific Law*, London, Cavendish Publishing, 402 p.

CROCOMBE Ron, 1972, “Improving Land: Land Tenure in the South Pacific”, in WARD Ralph Gerard (ed.), *Man in the Pacific Islands: essays on geographical change in the Pacific Islands*, pp. 219-251.

DAVID Gilbert, 1997, « L'indépendance d'un micro-État : le pari du Vanuatu », *Revue Tiers-Monde*, XXXVIII, n°149, pp. 121-138

DAVID Gilbert, 2003, « Mondialisation et recompositions territoriales et identitaires en Océanie insulaire », in GUILLAUD Dominique, HUETZ de LEMPS Christian, SEVIN Olivier (dir.), *Îles rêvées: territoires et identités en crise dans le Pacifique insulaire*, pp. 140-170.

DECKKER Paul de, 1995 (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, actes du Colloque universitaire international, Nouméa 12-13 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 303 p.

DUMOULIN-GRIGNON Philippe, 1928, *Le Condominium ou la mise en valeur des Nouvelles Hébrides*, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit, Université de Paris, 188 p.

FARRAN Susan, 2002, [2000], “Land in Vanuatu: Moving Forwards looking Backwards” *Revue Juridique Polynésienne*, HS, volume 2, pp. 213-223

GIRE Hilaire, 2001, « La coutume en Nouvelle-Calédonie », *Victoria University of Wellington Law Review (VUWLR)* vol. 32, pp. 751-755

GUILLAUD Dominique, HUETZ de LEMPS Christian, SEVIN Olivier (dir.), 2003, *Îles rêvées: territoires et identités en crise dans le Pacifique insulaire*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, Prodig, 375 p., coll. Géographie.

HARDY-PICKERING Sarah, 1997, “A Proposal to Establish a Land Tribunal in Vanuatu”, *Journal of South Pacific Law*, Working Paper 4, vol 1, pp. 21-29. <http://www.paclii.org/journals/JSPL/vol01/>

HERRENSCHMIDT Jean-Brice, 2004, *Territoires coutumiers et projets de développement en Mélanésie du Sud* (Îles Loyauté, Vanuatu, Fidji), Thèse de Doctorat, Université Paris IV- Sorbonne, 750 p.

HOLMES Patricia, 1996, "Land Tenure in Vanuatu: Custom, Culture, Tradition", University of South Pacific, Permanent Collection (USP)

KAUFMANN Christian, BOULAY Roger, HUFFMAN Kirk, et al., 1996, *Vanuatu-Océanie, Arts des îles de cendre et de corail*, catalogue de l'exposition ayant eu lieu entre juin 1996 et février 1998, dans le Pacifique et en Europe, Paris, Réunion des Musées Nationaux, 365 p.

LAFARGUE Régis, 2003, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie – Aux sources d'un droit commun coutumier*, Mission de recherche Droit et Justice, Laboratoire de théorie juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 307 p.

LAMBERT, (Père), 1999 [1900], *Mœurs et Superstitions des néo-calédoniens*, Nouméa, Sté d'Études Historiques de la Nouvelle Calédonie, fac-simile de l'édition de 1900, 364 p.

LARMOUR Peter (ed.), 1984, *Land Tenure in Vanuatu*, Suva Institute of Pacific Studies of the University of South Pacific (USP), 91 p.

LE BRIS Étienne., LE ROY Étienne et LEIMDORFER François, (ed.), 1983, *Enjeux fonciers en Afrique Noire*, Paris, Karthala, 425 p. coll. Hommes et Société.

LE ROY Étienne, 2004, *Les Africains et l'Institution de la Justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 284 p. coll. États de droits, Regards sur la justice.

NAROKOBI Bernard, 1981, *Land, People and Government – Public Lands Policy in the South Pacific*, USP, Institute of Pacific Studies, Suva.

NAROKOBI Bernard, 1989, *Law and Custom in Melanesia – Lo Bilong Yumi Yet*, University of the South Pacific – Goroka Editions, Papua New Guinea, 173 p.

PATERSON Donald and CORRIN CARE Jennifer, 2000, "Current Issues Relating to Customary Land: National and Personal Heritage or Hereditus Damnosus?", University of South Pacific, *Legal Developments in the Pacific Island Region*, p. 42-47

PATERSON Donald, 2001, "Some Thoughts about Customary Land" JSP1, vol.5 –retranscription de l'*Australian Law teacher's Association Conference*, Port-Vila le 4 juillet 2001.

http://www.vanuatu.usp.ac.fj/journal_splaw/Working_Papers/Paterson1.html

REGENVANU Sethy, 1980, *The Land in Vanuatu*, Institute of Pacific Studies, Suva pp. 7-21

RODMAN Margaret, 1987, *Master of Tradition, Consequences of Customary Land Tenure in Longana, Vanuatu*, Vancouver, University of British Columbia Press, 198 p.

TABANI Marc Kurt, 1995, *les pouvoirs de la coutume à Vanuatu, traditionalisme et édification nationale*, Paris, l'Harmattan, 304 p., coll. Connaissance des hommes.

TRYON Darrell Trevor, DECKKER Paul de, 1999, *Identités en mutation dans le Pacifique à l'aube du troisième millénaire*, hommage à Joël Bonnemaison, 1940-1997 : actes du colloque tenu à l'ambassade d'Australie à Paris, 29-30, mai 1997, Talence, Centre de recherches sur les espaces tropicaux de l'Université Michel de Montaigne-Bordeaux 3, 190 p.

VA'AI Asiata, 1997, "The Idea of Law, A Pacific Perspective", *Journal of Pacific Studies*, Volume 21, pp. 225-245.

WARD Ralph Gerard (ed.), 1972, *Man in the Pacific Islands: essays on geographical change in the Pacific Islands*, Oxford, Clarendon Press, 339 p.

Deuxième partie
Une régulation juridique associant les acteurs
publics et privés

Introduction : vers une autre forme de droit ?

Si, comme l'affirme Norbert Rouland, *le pluralisme juridique permet de dépasser la problématique de l'État de droit en affirmant que l'État n'a le monopole de la production que du droit officiel* (Rouland 1991 : 135), alors nous entrons peu à peu dans une ère où ce droit officiel va devoir s'appliquer sous de nouvelles formes, à des domaines qui lui sont jusqu'ici étrangers. Déjà, ce n'est pas nouveau, le caractère général et impersonnel de la loi est de moins en moins exact, la loi n'est plus forcément générale. Les personnes sont traitées différemment pour égaliser leurs droits, lorsqu'elles se trouvent dans des situations de fait différentes et de très nombreuses normes n'ont pas de portée générale. La fonction même du droit officiel évolue face aux contraintes de la croissance démographique, de la pression sur les ressources et des enjeux de société.

Dans une situation de pluralité de systèmes juridique que rencontrent les États africains, la conformité à la norme supérieure (principe de légalité) se voit court-circuitée par la nature incompatible des normes entre elles, chacune évoluant dans sa propre sphère et sa propre logique. L'enjeu n'est certainement pas d'exclure un système, ou d'en privilégier un, mais de générer des ponts et passerelles n'aboutissant pas forcément à un syncrétisme. L'exemple de la réforme malgache est à cet égard exemplaire : le législateur reconnaît un droit non pas issu d'un système dit coutumier, mais d'une pratique et de l'exercice local de prérogatives diverses. La connexion entre le national et le local peut s'opérer par-delà le choc des systèmes, sur le terrain de la fonctionnalité du droit. Élément structurant du corps social, le droit s'insère davantage dans un processus (répondre aux besoins de régulation) qu'il ne s'enferme dans une dynamique propre à un système (imposer un schéma pyramidal du droit sans tenir compte des systèmes de réseaux structurant les groupes sociaux).

La pluralité des sources de droits s'impose et doit être reconnue comme un fait incontournable. S'y opposer ou ne pas vouloir l'admettre est une attitude difficile à justifier. Denys de Béchillon, l'explicite bien en affirmant que « l'époque de la souveraineté législative est révolue. La part autonome de la loi dans la construction du Droit se rétrécit

quotidiennement. » (1997 : 26). Ainsi, retenti le « glas des normes générales. Car la prise en compte, même sommaire, de la complexité des situations à aborder « efficacement » conduit nécessairement à introduire dans la norme de l'exception, de la dérogation, de la négociation, de la marge et du mou... De *l'espèce*, en quelque sorte. C'est-à-dire très exactement ce dont les règles générales ne s'accommodent pas » (Béchillon 1997 : 32).

Ainsi s'ouvrent les perspectives d'un modèle de droit alliant les différentes échelles de gouvernance, du local au supranational. Le processus de production du droit (ne se limitant pas aux normes) et donc de sa légitimité se situe au centre de la construction d'un schéma d'intégration entre légalité et légitimités locales (sans sens préférentiel). Le « consenti » et le « négocié » vont permettre d'orchestrer l'élaboration et la mise en œuvre de régulations socio-juridiques répondant à un modèle idéal de droit, plus négocié qu'imposé.

Appliquée à la problématique du développement durable, la question du droit est confrontée à la représentation que les acteurs se font de leurs marges de manœuvre. Compte tenu des impératifs de production liés aux besoins de développement économique, la préservation des ressources naturelles est souvent influencée par une logique externe au groupe lequel ne l'internalise pas rapidement en l'absence de situation cruciale mettant en péril immédiat la survie ou la reproduction du groupe. La prise de conscience s'effectue progressivement car elle nécessite de se situer sur une échelle de temps du moyen ou long terme, difficilement appréhensible dans les logiques locales. Cette réalité conditionne le degré d'impérativité d'une régulation environnementale qui dépendra à la fois de son processus de co-construction et de son intégration au sein de la légalité nationale.

Les expériences menées par des chercheurs en Afrique de l'Ouest, depuis une dizaine d'années et particulièrement au Sénégal par des programmes de développements, ont permis la multiplication de textes adoptés localement par délibération des communes rurales. L'UICN (Union internationale pour la conservation de la nature) s'est elle-même engagée auprès de partenaires sénégalais pour soutenir ces initiatives (cf. Granier 2006).

Selon un juriste de l'UICN¹, les Conventions locales développées au Sénégal s'apparentent au contrat, contrat de type administratif conclu

¹ Analyse tirée de l'ouvrage de Laurent Granier (2006), conseiller juridique environnement UICN Sénégal, Point focal Droit de l'environnement UICN Afrique de l'Ouest, sous édition UICN.

entre des personnes publiques, l'État et les collectivités locales décentralisées, les communes rurales. La définition reconnue par le monde du développement est celle « d'outils contractuels de gestion des ressources naturelles » (Granier 2006, 1) que la coopération allemande (GTZ) voit précisément comme « un instrument de la gestion décentralisée des ressources naturelles » : « la convention locale est une consensualité autour d'une gestion commune du patrimoine local pour le présent et l'avenir » (Atelier national –Sénégal- Pagnera, 17 juin 2003)¹.

Partant de cette « consensualité » pour une gestion commune, que de notre part nous analysons davantage comme un compromis, compte tenu de la présence d'intérêts souvent très divergents, on peut s'interroger sur la nature juridique de la convention locale : est-ce une forme de « délégation » de l'administration centrale, traduite par une relation contractuelle, ou un acte administratif de la collectivité décentralisée qui pose comme obligatoire un modèle de comportement discuté entre groupes stratégiques (dont font partie l'État et ses services techniques) ?

Sur un plan juridique, il serait judicieux de se concentrer sur l'objet même de l'enjeu visé : la négociation de la régulation des pratiques, des actes et des comportements par des normes et des schèmes² pratiques qui fondent les conduites régulières (cf. Pierre Bourdieu 1986 : 40).

Dans la perspective de régulation locale, les conséquences d'une approche insuffisamment négociée sont multiples et souvent regrettables au regard des résultats attendus. En effet, le rapport contractuel organisé par la convention (vue comme telle par l'équipe de l'UICN au Sénégal) ne paraît pas à l'avantage des acteurs locaux (populations) à qui l'on fait comprendre que d'un commun accord, on décide ce qui lui est proposé. Le cas identique se prépare en France à propos des chartes des Parcs nationaux (loi du 14 avril 2006)³ : le contrat est davantage d'adhésion que négocié. L'aire concernée est qualifiée par la loi « d'adhésion » et le projet de charte est « élaboré par l'établissement public du parc national » et « transmis pour avis aux collectivités territoriales » (sic, art.3), puis entériné par un décret en Conseil d'État qui approuve la charte du parc⁴.

¹ La GTZ jusqu'en 2003 travaillait sur les conventions locales sur 14 projets de gestion des ressources naturelles dans 9 pays d'Afrique de l'Ouest, dir. Christian Graefen et Karl P. Kirsch-Jung, CD Rom « Les conventions locales – Les expériences de la Coopération Technique Allemande au Développement (GTZ) en Afrique de l'ouest. Recueil de textes conceptuels et originaux, nov. 2003.

² Entendus comme « la structure d'une conduite opératoire » (Petit Robert 1 2003).

³ Loi n°2006-436 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux (JO du 15 avril 2006).

⁴ Art. L331-2 du code de l'environnement /art.2 de la loi du 14 avril 2006.

Dans le cas des conventions locales au Sénégal la situation est certes différente, cependant la procédure semble bien conduire sur ce terrain-là. Prenons l'exemple de la « convention locale pour une gestion durable des ressources de la forêt de Djiffa » située dans la réserve de biosphère du delta du Saloum. Avec ses 134 articles, cette longue convention pose un grand nombre d'interdits, certainement nécessaires, mais sans toujours pouvoir apporter des contreparties ou des solutions alternatives aux changements de pratiques¹. Un temps de recul permettra ultérieurement d'en tirer des leçons. On peut cependant s'interroger sur la capacité de parvenir dès la première version de la convention à un accord consensuel sur les interdictions de ramassage de bois mort (art.34) (pondérées par l'instauration possible d'un quota de prélèvement par famille), de toute coupe de bois vert (art. 35), de prélèvement des herbes avant janvier (art.38), de coupe des petits plants ligneux (art.51), l'ébranchage des arbres fruitiers, la commercialisation de plantes médicinales (art.55), le pâturage par les transhumants (art.73), etc. Face à cet aspect prescriptif, la convention se présente comme un *code de bonne conduite* relevant davantage de l'incantation que du Droit : vingt et un articles sont l'expression d'un « engagement à », tels que : « **les populations s'engagent à réaliser des opérations de reboisement massives ...** » (art. 43), « [...] **la population s'engage à conserver l'existant et à restaurer la biodiversité et les productivités** » (art. 33), « **chaque propriétaire de champ s'engage à reboiser des arbres dans ou sur le bord de son champ pour faciliter l'approvisionnement de sa famille en bois de chauffe [...]** » (art. 49), « **les populations s'engagent à s'équiper en fourneaux améliorés** » (art. 52), « **les populations s'engagent à appuyer la régénération des espèces d'herbes** (art. 76), « **les éleveurs s'engagent à reboiser et à appuyer le reboisement d'espèces fourragères dans leurs concessions, dans leurs champs [...] et dans la forêt** » (art. 77), « **les populations s'engagent à ne pas transformer les mares situées dans la forêt en rizières** » (art. 98), « **les populations s'engagent à laisser une bande de terre large de 25 m au moins le long des bolons qui bordent la forêt** » (art. 109), « **les populations s'engagent à ne pas cultiver les terres de la forêt de Djiffa et à ne pas faire de demande de terrain à l'intérieur de la forêt pour une période d'au moins de 15 ans** » (art. 111), « **les membres du CS s'engagent à ne pas se laisser corrompre [...]** » (art. 132), etc. Si ces bonnes dispositions « d'engagement » sont louables en soi, il est facilement compréhensible qu'il n'ait pas été possible de les exprimer en obligations. Elles peuvent le devenir progressivement dans un processus comprenant des étapes de révisions mais toujours dans une

¹ Une connaissance suffisante de la zone concernée (la forêt de Djiffa) s'impose pour développer un commentaire pertinent sur les dispositions établies.

logique de concertation et de compromis. Les engagements de la convention de Djiffa se caractérisent par une absence d'obligations. La déclaration d'intention qui est ici faite, risque de n'avoir que peu d'effets si par ailleurs aucune compensation, aides ou motivations, ne se concrétise rapidement en contrepartie des efforts demandés. La mise en œuvre effective répondra à cette inquiétude.

L'impression qui se dégage de la lecture de cette convention se situe dans l'implication très forte et très présente d'une organisation internationale, expressément citée par le texte même de la convention (est-ce indispensable ?) et d'un pouvoir régalien désireux de jouer le jeu d'une gouvernance locale, ce dont on ne peut que se féliciter. Cependant, trop d'éléments exogènes semblent intervenir dans la rédaction de la convention. Ce travers est particulièrement difficile à éviter dans le domaine environnemental. Nombre d'engagements sont d'un point de vue socioculturel, très loin de la réalité foncière locale et des représentations du milieu naturel¹. Enfin, et surtout, il se dégage du texte que la convention ne parle pas explicitement des droits des populations lesquelles sont soumis à une charge énorme d'obligations (interdictions, engagements et contraintes) sans véritables reconnaissances de leurs prérogatives. L'implication des acteurs transite par une clarification de leurs droits assortis d'obligations et de devoirs les responsabilisant.

Il semble nécessaire de partir d'une logique tenant compte de la pluralité des réseaux, des jeux d'acteurs, des relations de pouvoirs et des luttes d'intérêts, permettant de travailler sur une implication responsable de chacun partant de leurs droits, obligations (actuels) et devoirs (éventuels). Les utilisateurs fonctionnels, exploitants et préleveurs, peuvent ne pas se sentir vraiment représentés dans l'adoption d'une telle convention en raison du fait que la conception occidentale de la démocratie n'est pas forcément partagée, acquise ou suffisamment assimilée, voire suffisamment adaptée. Le sujet des ressources naturelles est le leur, dans le quotidien de leurs gestes et de leurs habitudes. Impliquer les représentants directs et socialement légitimes paraît utile pour construire une régulation juridique appliquée et améliorée par des révisions périodiques. La gestion participative par une régulation concertée appelle un processus à la fois d'implication (légitimité sociale)

1 Le texte de la convention fait souvent référence à la biodiversité (« [...] s'engage à [...] restaurer la biodiversité [...] », art. 33), notion intraduisible en serer *niominka* et en soce ou *manding* et qui développe un discours conforme à une représentation très occidentale qui conduit à des mises en défens intégrales sur plusieurs années avec enclosures totales ou partielles (art. 32). Quel en est le niveau réel d'acceptation interne social, et bien sûr, par conséquent, l'applicabilité effective de la convention ainsi rédigée ? (interrogation sans jugement de valeur).

et de représentation (légitimité politique). Dans une logique de territoire, l'acte administratif de la délibération locale par les élus confère toute la légalité nécessaire pour une application territoriale s'imposant à tous. Les actes des collectivités territoriales disposent d'une propre autonomie nécessaire à la gouvernance locale. En effet, ces actes « ne peuvent et ne doivent plus être regardés comme des actes secondaires mais plutôt comme des actes primaires ayant leurs caractéristiques propres, au regard d'une analyse « horizontale » ou « circulaire » des actes et des normes juridiques ainsi que leurs modes de production » (Mella 2003 : 285).

La perspective du droit négocié appelle une attention particulière à la procédure et au fond qui s'y rattache plutôt qu'à une mise en scène. La convention locale se construit en évitant difficilement la confusion entre acte normatif, code de bonne conduite, déclaration d'intention et contrat d'adhésion où une partie signe ce que rédige l'autre. Par conséquent, la convention locale ne peut se restreindre à une seule relation contractuelle comme son nom peut l'indiquer (par ailleurs on trouve aussi la notion de « charte » de territoire pour la même finalité). Son contenu (prescriptions normatives, engagements, consentements non contraignants, etc.) et ses parties (une collectivité territoriale décentralisée, des unités de résidence, l'administration centrale, des services techniques, des groupes stratégiques...) lui confèrent une nature hybride entériné par l'acte délibératif de la collectivité territoriale. Cependant, les expériences comme la convention de la forêt communautaire de Djiffa et d'autres ont le mérite d'ouvrir des perspectives et d'expérimenter de nouveaux instruments de gouvernance locale.

Les instruments conventionnels des espaces naturels en France s'inscrivent souvent au sein de normes contractuelles : contrats territoriaux d'exploitation, chartes de territoire, groupements d'intérêt agricole, contrats de propriétaires privées avec le Conservatoire du littoral, conventions pluriannuelles de pâturage, etc.

Le contrat est souvent davantage d'adhésion que négocié. L'objectif visé est de faire participer les acteurs concernés en les impliquant eux-mêmes comme signataires directs ou indirects (collectivité territoriale, associations, chefs coutumiers, représentants lignagers, représentants de catégories de groupes stratégiques comme les femmes, les pêcheurs, les chasseurs, les transhumants, etc.). Cette participation des acteurs locaux peut être atteinte par la délibération, un acte administratif de la collectivité locale décentralisée. Le processus de négociation se situe davantage en amont durant l'élaboration du projet de charte ou de convention. La compétence territoriale de la commune rurale lui octroie une naissance juridique par une délibération. L'enjeu se situe dans l'élaboration d'un droit de l'environnement suffisamment « négocié »

pour être socialement légitimé et appliqué, n'excluant ni un contrôle de la légalité, ni éventuellement un contrôle d'opportunité si cela permet de favoriser politiquement la création d'un tel droit.

Les contributions suivantes s'interrogent sur les contours d'un droit négocié, objet de concertations et issu d'un processus de co-construction. Propédeutiques, elles sont de nature à défricher un champ de réflexion particulièrement prometteur. La première intervention apporte quelques réflexions de fonds, issues d'expériences de terrain allant jusqu'à la recherche-action. L'auteur dégage la définition suivante d'un ordre négocié par l'entremise d'une charte de territoire :

« Le propre d'un acte unilatéral n'est-il pas de créer des droits et des obligations indépendamment du consentement de ses destinataires ? L'ordre négocié est celui de l'échange des consentements. Naissant du compromis, qui est l'art de la négociation, le droit qui s'en dégage n'est pas exempt de règles qui l'ont édifié et qui s'imposent entre acteurs. L'acte est multilatéral soit, mais repose sur des principes et un socle référentiel de droits susceptibles d'être issus d'une pluralité de systèmes juridiques. Quand on parle de droit négocié, il n'est pas dit que ce dernier est sans liens avec la régulation posée par l'État, la coutume ou la pratique endogène. Bien au contraire, le droit négocié procède d'accords de sources de règles et de normes déjà acquises dans les fondements des systèmes sociaux concernés ; on aboutit ainsi à une forme d'entrelacement entre une régulation imposée d'en bas (la coutume, les *habitus*), d'en haut (la loi) et une régulation construite dans laquelle la négociation se positionne au cœur de la règle de droit. La légalisation du droit négocié *via* l'élaboration d'une charte territoriale est nécessaire pour bénéficier du poids de la puissance publique. La charte endosse la légalité par une délibération de la collectivité locale qui la traduit en acte administratif circonscrit à un espace déterminé. Cette implication des élus (représentants de la population) s'impose pour la mise en application des règles et normes négociées par l'ensemble des parties des acteurs locaux. La délibération locale adoptant la charte de territoire n'intègre l'ordre juridique qu'après un contrôle de sa légalité par un représentant du pouvoir central (préfet, gouverneur, ...) ». (cf. *infra*)

Pour la Côte d'Ivoire, Séraphin Néné Bi nous décrit l'émergence d'un droit foncier négocié intégré dans un processus de réconciliation nationale. Le contexte auquel est confronté le législateur est bien, on le retrouve d'une façon rédhitoire, le rapport entre le positivisme juridique et les réalités endogènes soumises à leurs propres logiques et synergies. Le droit écrit, la loi du 23 décembre 1998 portant code foncier rural, entre dans une reconnaissance obligée des « droits coutumiers », imprescriptibles par nature. Dans le conflit ivoirien, l'issue dépend de la

capacité à la négociation, au développement d'une approche participative, plaçant le consensus au cœur du système de décision :

« Les communautés locales doivent pouvoir bénéficier d'une reconnaissance socio politique et d'une maîtrise foncière et domaniale minimale de leur espace indispensable à leur identité et à leur développement ; c'est-à-dire être responsabilisée et pouvoir participer aux procédures de domanialité. En outre, la participation desdites populations à la gestion et à l'exploitation des ressources est nécessaire afin de permettre une gestion intégrée de l'environnement dans l'optique d'un développement durable. Or, faire participer les collectivités à la gestion des forêts et satisfaire à leurs besoins socio-économiques, participe du respect du droit de l'homme à l'environnement » (cf. *infra*)

Depuis la réforme législative de la loi du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche, qui institue le concept de foresterie communautaire, le Cameroun est entré dans une logique de gestion intégrée des ressources naturelles qui ouvre les perspectives d'innovations juridiques par la contractualisation de la gestion des ressources forestières :

« [...] cet instrument conventionnel introduit des innovations juridiques, notamment l'imbrication entre droit de l'environnement / droit domanial / droit de l'homme qui se traduit par une reconnaissance plus importante des droits des populations autochtones et inaugure une nouvelle forme de régulation juridique de l'accès aux ressources juridiques par un instrument juridique concerté et négocié » (cf. Sime *infra*).

Rose Nicole Sime souligne l'idée de l'émergence d'un droit concerté par une convention de gestion entre une communauté villageoise et l'administration chargée des forêts. La relation contractuelle est réalisée par « l'administration chargée des forêts [qui] confie à une communauté, une portion de forêt du domaine national, en vue de sa gestion, de sa conservation et de son exploitation pour l'intérêt de cette communauté. La convention de gestion est assortie d'un plan simple de gestion qui fixe les activités à réaliser » (art.3 du décret du 23 août 1995) (*ibidem*). La communauté d'habitants bénéficie sur la forêt, propriété de l'État, de servitudes d'usage entrant dans la concertation contractuelle.

Dans un dernier temps, Aline Aka trace les conditions d'émergence d'un droit négocié sur le foncier et l'environnement. L'auteur dégage quatre critères qu'elle juge nécessaires : la reconnaissance d'une corrélation entre les rapports fonciers et les dynamiques environnementales, la prise en charge de la réalité de la coexistence d'une pluralité des systèmes juridiques, l'adoption d'un processus d'intégration des échelles locale, nationale et internationale, et l'acceptation d'associer

la protection de l'environnement aux besoins de développement des populations (qu'est le développement durable). Sur la question du rapport droit positif / droit endogène, objet-clef de notre ouvrage, Aline Aka situe la place de chaque niveau de régulation en intégrant la négociation au centre du fonctionnement d'ensemble :

« La loi doit donc se démarquer de la coutume, tout en s'en inspirant. Il s'agit en effet pour le législateur d'admettre dans un premier temps la nécessité de négocier au niveau local, la gestion du foncier et de l'environnement. Il lui faut admettre que l'efficacité de toute politique publique passe obligatoirement par l'acceptation et la collaboration des populations qu'elle est censée encadrer. Dans la perspective d'une régulation efficiente de la gestion foncière et environnementale au niveau national, le droit nouveau doit pouvoir, en effet, se prévaloir d'une légitimité à la fois institutionnelle et populaire. En d'autres termes, il doit être désigné par les textes comme principal référent et reconnu par la population en tant que tel » (cf. Aka, *infra*).

Bibliographie :

BÉCHILLON Denys (de), 1997, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 302 p.

BOURDIEU Pierre, 1986 « Habitus, code et codification », in *Actes de la recherche en sciences sociales, de quel droit ?*, sept 1986, n°64, pp. 40-44.

GRANIER Laurent, 2006, *Les conventions locales de gestion des ressources naturelles et de l'environnement. Légalité et cohérence en droit sénégalais*, UICN, Gland, Suisse et Cambridge, Royaume-Uni, 44 p.

MELLA Elisabeth, 2003, *Essai sur la nature de la délibération locale*, Paris, LGDJ, 317 p., col. Bibliothèque de droit public.

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

Le droit sous l'emprise de la concertation et la négociation pour une gouvernance territoriale¹

Les acteurs locaux se situent au centre du développement durable. Comment donc les intégrer eux qui sont directement au contact des ressources environnementales ? Faut-il les exclure du processus de prise de décision ou au contraire dépasser le stade d'une « participation », d'une « collaboration », pour atteindre un stade d'implication pleine, entière et engagée ? L'enjeu de la gouvernance locale se trouve à ce niveau : aboutir à une réelle prise en charge par les populations concernées de la gestion de leurs ressources naturelles (pâturages, terre, bois, eau...). La question qui émerge est par conséquent la suivante : comment le législateur prend-il en compte ceux qui sont en prise directe avec les ressources environnementales ? et de quelle marge de manœuvre ces derniers disposent-ils selon la régulation juridique nationale ? On découvre parfois que les acteurs locaux, usagers des parcours et des ressources, se sentent concernés au point où ils parviennent de leur propre initiative à élaborer une régulation écrite interne à leur village et leur communauté². L'émergence d'une régulation juridique à la base répond aux aspirations de ces acteurs de terrain, invités à s'engager dans leur devenir.

L'anthropologie juridique permet de dépasser le cadre d'analyse restrictif fixé par le droit positif des lois et règlements étatiques. Le droit

¹ Ces travaux ont été réalisés par un appui financier de l'ANR- Agence Nationale de la Recherche sous le « Programme Agriculture et Développement Durable », projet « ANR-05-PADD-011, COPT (Conception d'Observatoire des Pratiques Territorialisées). Ces résultats entrent dans le cadre d'un partenariat de recherche (programme GOVBIO : Gouvernance de la biodiversité par une gestion patrimoniale de l'environnement) entre l'IRD et l'ORMVAO (Office Régional de Mise en Valeur Agricole de Ouarzazate), l'ENFI (Ecole Nationale Forestière d'Ingénieurs) et la Faculté des sciences humaines de l'Université de Rabat.

² Cas que nous avons étudiés dans le Haut Atlas marocain (Olivier Barrière 2006).

se situe bien au centre des dynamiques sociales et non en marge de celles-ci.

La régulation procède d'un encadrement qui consiste à contenir et maintenir les pratiques et les actions au sein de modèles de comportement s'intégrant dans les façons de faire, de dire, de penser et d'agir. Elle intègre non seulement les systèmes normatifs légaux mais aussi les modèles de comportement issus d'autres référents juridiques que celui de la norme de droit qui, elle, est soumise à une hiérarchie.

La régulation est une contrainte dont le but est d'appliquer une ligne de conduite afin d'assurer un équilibre et une résilience du groupe social concerné. Son objet est ainsi de tendre à assurer et maintenir l'équilibre d'un processus social ou au besoin à le rétablir. Mais qu'est-ce qui est juridique ? ce qui porte sur les éléments vitaux des groupes assurant la reproduction sociale. La procédure de juridicisation consiste à effectuer le passage de faits sociaux dans le droit : ce transfert repose sur une réaction de la société face à un danger grave ou mettant en péril son avenir.

Le fonctionnement des sociétés se traduit par des pratiques sociales qui dépendent de normes explicites et de règles formelles (loi, règlements...), des manières de faire (coutumes) ainsi que des modes d'agir et de penser (« habitus ») qui fondent les pratiques régulières. Les principes sociaux qui organisent les pratiques, les façons de penser et d'agir, les représentations, ne constituent pas en soi du droit mais constituent des cadres de conduite qui sont des modèles de comportement imposés à tous les membres du groupe. Ainsi, le droit à prendre en compte dans le cadre d'une pluralité juridique procède de deux registres : des normes et règles formalisées (textes de loi/règlement, accords, contrat...); des modèles de comportement non formalisés (cadres de conduite issus des principes sociaux : coutumes et habitus).

Les pratiques sociales dépendent par conséquent de règles générales et de normes spécifiques expresses et explicites (le droit écrit) ainsi que de logiques culturelles et endogènes aux individus et aux groupes (l'oralité juridique).

L'émergence généralisée du besoin de prise en charge de la gestion environnementale par une gouvernance locale fait suite à la démonstration de l'incapacité de la gestion centralisée. La renonciation à cette gouvernance jacobine nécessite de construire la gouvernance territoriale sur les bases d'un engagement de l'ensemble des acteurs concernés. Compte tenu des impératifs écologiques, la mobilisation impose une participation collective pour dégager une gouvernance concertée. Le droit y participe en première ligne et innove par la prise en compte des acteurs dans leurs logiques, leurs représentations et leurs

pratiques. Le droit d'une gouvernance territoriale ne peut s'édifier sans eux et doit nécessairement émerger pour répondre aux défis environnementaux.

La compétence régaliennne de la production juridique est concurrencée par la concertation et la négociation (1). La rigueur pyramidale du droit de l'État se repositionne face à l'émergence de la formalisation de charte de territoire (2), un concept qui recompose les articulations du paysage juridique et ainsi la posture même du chercheur juriste.

1 - Le droit confronté à la négociation

La juridicité n'est pas synonyme de règles générales préétablies. Le schéma du droit pyramidal est largement remis en cause de nos jours notamment sous la poussée des intérêts collectifs, ainsi que par l'analyse et la définition faites du droit par l'anthropologie juridique. Devant la multiplication des modes de création du droit on ne peut plus soutenir que l'État a toujours le monopole de production des normes juridiques. Le constat de la pluralité juridique s'impose.

L'expérience de terrain de la vie du droit est lourde d'enseignements : la règle de droit polymorphe prend racine dans une pluralité de sources. Si les sources écrites sont d'un accès facile, les informations orales se camouflent dans la complexité du champ social. Une fois que l'on a compris que le droit ne se cantonne pas dans l'espace de la légalité qu'arbore le pouvoir central, il faut décrypter la façon dont le groupe social génère, construit, exprime et fait appliquer son propre mode de régulation endogène. Encore faut-il être convaincu de la pluralité des sources et des systèmes de droit ! D'un côté, nous avons un droit qui est né de la trilogie des pouvoirs étatiques (du législateur, de l'exécutif et du judiciaire) : c'est un genre de "droit des citoyens" en tant que personnes physiques et morales, considérés comme membres de la nation. De l'autre, sur l'envers de la médaille de la juridicité, apparaît un droit né de la culture endogène des groupes sociaux. Cet aspect du droit, récusé par l'orthodoxie juridique est relégué au rang supplétif de la loi dans la hiérarchie des normes, à travers la notion restrictive de « coutume ». Ce droit d'origine non-étatique comprend d'une part, l'ensemble des coutumes et des usages locaux (juridicisés) et, d'autre part, les cadres de conduite et de comportement.

Ce second aspect du droit, situé hors du champ de la légalité, définit un véritable espace de légitimité. Ce dernier dépasse les manières de faire pour intégrer les modèles culturels d'être et de penser. C'est dans cet

espace-là que se trouve le droit vivant, adapté aux réalités locales pour la préservation de l'ordonnement, l'identité et la survie même du groupe dans ses spécificités culturelles. De ce droit endogène au groupe dépend sa reproduction dans le temps.

Il devient ainsi urgent de sortir du carcan des textes posés par l'État pour se concentrer sur un droit qui soit plus effectif et plus opérationnel. Il faut penser différemment la légitimité de la légalité dans sa verticalité (du national au local) afin de travailler sur les liens et les relations entre les États et les citoyens. La responsabilisation de l'ensemble des acteurs dans la gestion environnementale au sein d'une logique de pluralisme juridique (où s'imbriquent légitimités locales et légalité nationale) semble de plus en plus indispensable pour prétendre à un développement durable.

L'enjeu du droit d'une gouvernance territoriale réside dans la négociation (A) qui conduit à l'émergence d'un ordre juridique peu orthodoxe (B).

A - L'enjeu de la négociation dans le droit

Le défi de la construction d'une gouvernance locale est de passer d'une gestion administrée (par le haut) à une gestion concertée (par les acteurs concernés) des ressources agro-sylvo-pastorales. La prise en compte du droit semble essentielle dans ce processus.

Une codification des règles coutumières n'est certainement pas à envisager, pour au moins cinq raisons :

a) la normalisation des coutumes conduit à un résultat caricatural, notamment lorsqu'elle est faite au moyen d'une lecture ethnocentrique des droits locaux ;

b) le choix des coutumes retenues (quelles règles prendre en compte exactement et pourquoi certaines plus que d'autres, en fonction de quels critères ?) pose problème ;

c) la fixation de la coutume qui par essence est mouvante dans le temps, flexible, adaptable à chaque contexte local, aboutit à la dénaturer ;

d) la nécessité d'un ordre nouveau face aux réalités contemporaines (écologiques, socio-économiques) auxquelles le droit coutumier ne peut apporter de réponses opportunes ;

e) la distinction même des règles coutumières de celles qui ne le sont pas semble être un exercice délicat : en effet, l'ordre juridique local dépasse le cadre des règles coutumières en intégrant celles de la pratique, les interprétations diverses du droit islamique, l'utilisation sectoriel ou ponctuel du droit étatique, etc.

La mise en œuvre d'une gouvernance locale requiert la définition d'un cadre juridique local pour la gestion du territoire. À cette fin, un certain nombre de questions se posent : Comment penser et repenser le droit localement et sous quelle forme ? Qu'est-ce qu'un droit négocié ? Le besoin de partir d'une définition du droit se fait réellement sentir afin de situer la négociation comme le développement d'une normalisation pyramidale. Les modèles de comportement à l'échelle locale se rattachent aux modèles culturels. Cette dépendance est si forte qu'elle s'exerce comme la mémoire vive d'une norme endogène.

L'application d'une grille d'analyse du droit endogène permet d'intégrer une part d'oralité dans l'écrit. Mais pour éviter la caricature coloniale de la rédaction des coutumes¹, nous contournerons ce travers en formalisant une négociation sur un mode de régulation juridique endogène, la charte de territoire.

Les engagements internationaux, les discours politiques sur le développement durable, la volonté des institutions internationales par ses programmations et planifications, promeuvent la gouvernance locale comme une condition nécessaire pour répondre aux exigences environnementales régionales et planétaires. La régulation juridique à l'échelle locale devient incontournable pour l'application effective et opportune des législations nationales et la mise en œuvre des conventions internationales. La logique de la concertation participe de plus en plus à l'élaboration de la norme et plus globalement du droit.

B - Définition du droit négocié

La négociation est un ensemble de démarches entreprises par des parties ayant des intérêts différents ou contradictoires pour parvenir à un accord. L'objectif est de faire passer l'acte de négocier, qui est un fait social, dans le droit. L'enjeu du droit est de contrôler et d'encadrer l'acte même de la négociation pour faire prévaloir « la loi du droit ». Concrètement, cela consiste à formaliser l'accord pour obliger les parties à le respecter : le fruit de la négociation devient la « loi des parties ». Le but du droit est de produire un minimum de régularité et de sécurité, dans l'intérêt des acteurs et de la société.

Le droit négocié est par définition un droit différent du droit imposé. Il en est son revers ou sa continuité mais pas son opposition. La Constitution, les lois et les règlements sont des actes juridiques

¹ Cf. les Coutumiers juridiques de l'Afrique Occidentale Française de la première moitié du XX^e siècle.

unilatéraux aussi bien quant à leur formation que quant à leurs effets. Le propre d'un acte unilatéral n'est-il pas de créer des droits et des obligations indépendamment du consentement de ses destinataires ? L'ordre négocié est celui de l'échange des consentements. Naissant du compromis, qui est l'art de la négociation, le droit qui s'en dégage n'est pas exempt de règles qui l'ont édifié et qui s'imposent entre acteurs. L'acte est multilatéral, soit, mais repose sur des principes et un socle référentiel de droits susceptibles d'être issus d'une pluralité de systèmes juridiques. Lorsque l'on parle de droit négocié, il n'est pas dit que ce dernier est sans liens avec la régulation posée par l'État, la coutume ou la pratique endogène. Bien au contraire, le droit négocié procède d'accords sources de règles et de normes déjà acquises dans les fondements des systèmes sociaux concernés ; on aboutit ainsi à une forme d'entrelacement entre une régulation imposée d'en bas (la coutume, les *habitus*), d'en haut (la loi) et une régulation construite dans laquelle la négociation se positionne au cœur de la règle de droit. La légalisation du droit négocié *via* l'élaboration d'une charte territoriale est nécessaire pour bénéficier du poids de la puissance publique. La charte endosse la légalité par une délibération de la collectivité locale qui la traduit en acte administratif circonscrit à un espace déterminé. Cette implication des élus (représentants de la population) s'impose pour la mise en application des règles et normes négociées entre l'ensemble des parties des acteurs locaux. La délibération locale adoptant la charte de territoire intègre l'ordre juridique qu'après un contrôle de sa légalité par un représentant du pouvoir central (préfet, gouverneur, ...).

A contrario, un cas de droit peu négocié : celui de l'exemple français de la charte de parc national nous éclaire sur ce que le droit négocié n'est pas.

Un contrat est un acte de volonté qui s'applique entre les parties et leurs ayants cause, mais pas aux tiers, tandis que la loi s'applique à tous. Dans la perspective d'une application territoriale, le droit négocié ne se définit pas dans un rapport contractuel seulement entre deux parties, il est nécessaire d'aller plus loin. Pris dans le cadre et pour un territoire donné, les engagements impliquent tous ceux qui interviennent temporairement ou continuellement sur le territoire. Ce droit négocié devient donc indirectement imposé pour ceux qui n'ont pas participé à sa création¹. Toute la légitimité de ce droit va dépendre de la procédure de formalisation qui va conditionner l'implication des acteurs concernés aujourd'hui et demain (connus et inconnus par avance). Ainsi s'effectue

¹ Le droit imposé et le droit négocié diffèrent par la manière dont ils ont été créés, mais pas nécessairement dans leur champ d'application.

le lien si nécessaire entre le local et le niveau national par la délibération locale en tant qu'acte administratif.

La récente loi française relative aux parcs nationaux, du 14 avril 2006 (n° 2006-436, JO du 15 avril) reconfigure la logique du parc national en créant une « aire d'adhésion » autour d'un ou plusieurs cœurs. Dans ce texte, le législateur français impose aux parcs nationaux l'élaboration d'une charte définissant un projet de territoire « traduisant la solidarité entre le cœur du parc et ses espaces environnants » (art. 3). Cependant, il demeure dans sa logique régalienne en disposant que ce projet est élaboré par l'établissement public du parc national et n'est transmis que pour avis aux collectivités territoriales intéressées. La mise en œuvre de la charte nécessite la conclusion de « convention d'application » entre l'établissement public du parc et les collectivités territoriales adhérentes et également avec d'autres personnes morales de droit public intéressées. Les personnes morales de droit privé, peuvent également conclure des « contrats de partenariat » avec l'établissement public du parc. En ce qui concerne les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales préexistant à la création des « aires d'adhésion », il est prévu qu'ils doivent être rendus compatibles avec la charte du parc dans les trois ans.

Ainsi structurée, la charte du parc national n'est pas directement opposable aux tiers. Ce document va s'appliquer directement, ou *via* des conventions d'application ou des contrats de partenariat, aux parties signataires et indirectement aux tiers par une application adaptée ou mise en compatibilité du droit commun aux objectifs de la charte.

La charte du parc national se présente davantage comme un acte contractuel auquel on accepte ou pas d'adhérer. L'aspect de négociation se limite à des conventions d'application ou des contrats de partenariat. Nous demeurons dans ce cas de figure dans une logique très concentrée où la gestion reste peu participative.

Dans les pays du sud et particulièrement au Maroc l'implication des acteurs locaux doit se faire dès le départ dans une perspective de construction même du projet de territoire qui va se traduire dans la régulation locale. Tout l'enjeu du droit négocié se situe à ce niveau. Le rapport contractuel reste par essence déséquilibré et très éloigné d'une logique de participation et ainsi d'acceptation sociale. Les légitimités intrinsèques aux sociétés ne se décrètent pas en se référant uniquement aux « coutumes » mais par la prise en compte des représentations socio-cognitives et culturelles qui concourent au pragmatisme socio-économique des individus et des groupes dans leur vie au quotidien.

Rapprocher et faire converger le légal et le légitime constitue le défi à atteindre pour repenser une action publique plus opportune. La négociation du droit en est un aspect névralgique.

De la posture du chercheur

Le processus mené conduit à l'adoption d'une posture particulière du chercheur. En effet, ce dernier devient lui-même partie prenante à une dynamique d'élaboration, où sa participation n'est pas innocente. La recherche menée conduisant à la formalisation et l'adoption d'une charte de territoire implique le chercheur au sein d'une véritable intervention sur le terrain. Il devient nécessaire alors de se doter de garde-fous, de conserver certaines distances et de se contenir au sein de limites à ne pas dépasser dans l'action. La frontière du politique n'étant pas loin, le chercheur prendra grand soin d'éviter de se faire instrumentaliser ou de prendre parti au risque de se retrouver trop au centre de l'arène des intérêts divergents.

En effet, du concept au jeu des acteurs au sein de l'arène des rapports de force et des conflits d'intérêts, la charte concrétise une plateforme de la rencontre d'une grande diversité et de profondes divergences de représentations sociales de l'environnement. Le juriste prend, là, pleinement conscience de la notion de « recherche-action », de « recherche impliquée » ou de « recherche intervention ».

II - Une régulation pour une gouvernance locale concertée : la charte de territoire

Dans un premier temps, nous définirons la notion de charte (A), nous nous interrogerons ensuite sur l'intérêt d'un tel acte de droit, produit d'une négociation (B), puis nous nous livrerons à une confrontation entre concept et réalité en analysant, le processus itératif de l'élaboration du texte, déterminant pour parvenir à son adoption et sa mise en œuvre (C) et enfin nous en définirons les contours à travers un cas d'espèce (D).

A - La notion de charte : un outil polysémique

Étymologiquement, « charte » provient du latin classique *chartula* qui signifiait « petit écrit », puis est devenu en bas latin « acte, document »¹. La charte est un document écrit qui définit solennellement des droits et des devoirs. Ce document fonde des rapports juridiques durables dont il en constitue la base. Cette dénomination intervient parfois par

¹ *Chartula* est dérivé du latin *charta* (en grec *χάρτης*) « feuille de papyrus ».

euphémisme afin de conférer une valeur supérieure à un texte fondateur ou haut en valeurs énoncées¹.

La notion de charte est fréquente au sein des législations nationales : la charte de l'environnement (France, 1^{er} janvier 2005), loi n° 01-004 du 27 février 2001 portant charte pastorale du Mali, au Maroc la charte communale du 3 octobre 2002 ; et en Europe par exemple, la charte européenne du tourisme durable dans les espaces protégés, du 25 juin 1998. Les parcs naturels régionaux en France font tous l'objet d'une charte fixant les règles d'organisation et de gestion. Depuis la nouvelle loi des parcs nationaux français, du 14 avril 2006, les parcs doivent adopter chacun une charte d'adhésion (cf. *supra*). On peut citer également en France dans les Pyrénées, la charte de développement durable des vallées béarnaises et de protection de l'ours où les cosignataires ont convenu de mettre en place contractuellement un nouveau mode de gestion permettant simultanément la protection de l'ours et plus largement celle de la faune de montagne ainsi que le développement durable des vallées béarnaises avec une attention particulière sur l'activité pastorale. Les fondements de la charte fixent la politique et les moyens d'action à long terme, les contrats agro-pastoraux, sylvicoles, cynégétiques et de protection de l'ours. Enfin, dans le versant nord du Haut Atlas, Alain Boubouze souligne l'existence de la charte de transhumance de Zaouia Ahansal élaborée avec les autorités coloniales en 1941, garantissant « les droits de pâturage de la totalité des éleveurs de la commune rurale de Zaouia Ahansal et des autres usagers Aït Atta venant du Sud » (Boubouze, 1999), soit un millier d'éleveurs et 100 000 têtes de bétail.

La mise en place d'une gouvernance concertée nécessite l'émergence d'un droit négocié par un acte fondateur de la cohésion d'un groupe autour d'un objectif de gestion environnementale (ou agro-sylvo-pastorale). La charte de territoire exprime cette cohésion de l'ensemble des acteurs responsabilisés dans leurs pratiques d'exploitation des ressources.

B - Pourquoi une charte de territoire ?

La mobilité pastorale est une condition incontournable de la conservation de la capacité de régénération des ressources et de leur

¹ Par exemple la Charte mondiale de la nature, ONU, du 28 octobre 1981 ; la Charte africaine des droits de l'homme (Banjul), 27 juin 1981 ; la charte sociale européenne (Turin), 18 octobre 1961, la charte des populations du monde (Quito) du 4 septembre 2003.

viabilité à long terme, particulièrement dans les zones arides et semi-arides. Face au processus de désertification d'origine anthropique, la régulation de l'accès aux ressources naturelles renouvelables se révèle nécessaire afin d'organiser et de structurer les pratiques dans l'espace et dans le temps. Cependant, l'idée de contenir les acteurs locaux dans une logique de développement durable¹ et ainsi d'orienter le comportement de chacun sur le milieu, nécessite leur implication et leur responsabilisation. Les expériences dans de nombreux pays montrent que la régulation vis-à-vis des ressources n'est véritablement efficace que lorsque celle-ci est légitimée par les acteurs locaux, c'est-à-dire intégrée dans les schémas locaux de penser et de faire. La seule coercition externe a trop souvent montré ses limites.

Le projet de loi relatif au développement des zones pastorales, proposé par l'Étude nationale sur la problématique foncière des terrains de parcours hors forêts (2005) prend en compte la transhumance en organisant la gestion des terrains de parcours par des moyens institutionnels et juridiques :

- la territorialisation des espaces en « unités socio-territoriales » qui se fondent sur les territoires des collectivités lignagères ;
- la création d'une régulation de la charge pastorale et de l'accès au pâturage par l'instauration d'un véritable « droit d'usage pastoral » au moyen de carte de pacage, carte de parcours, pacte de pacage et de transhumance avec les étrangers au lignage territorial, et d'une liste d'ayants droit (à l'accès à la ressource pastorale du parcours du territoire de la collectivité « ethnique »). Enfin, tout usager d'un parcours, bénéficiant de la qualité d'ayant droit, devra s'acquitter en plus d'une « redevance de pâturage » lui permettant d'asseoir son droit à la ressource.
- la création de commissions locale, provinciale et nationale de développement pastoral, la création d'organisations pastorales et la planification d'aménagement et de gestion des parcours (dans chaque « unité socio-territoriale »).

Le projet de loi précité opère un fort encadrement des transhumants dans la gestion de leur territoire, propriété collective des tribus. Le rapport territorial est pleinement confirmé par l'organisation d'un accès étroit et surveillé à la pâture. L'accès libre ne peut plus se légitimer face à la nécessité de contrôler la charge pastorale. La terre et les territoires sont

¹ Analysé en termes de « co-viabilité » des systèmes sociaux et écologiques.

consacrés à des systèmes d'exploitations et des groupes d'ayants droits spécifiques. Cette volonté apparaît clairement dans le projet de loi.

L'objectif même du projet de loi ainsi rédigé (art. 4) est bien « d'enrayer la dégradation des ressources pastorales » et d'assurer la « durabilité des modes de vie pastoraux » ... « selon une approche participative ». Comment y parvenir sans impliquer directement, ou suffisamment, les acteurs locaux ?

L'ensemble des conventions internationales, et particulièrement celle portant sur la biodiversité, insistent suffisamment sur l'importance du rôle que doit jouer la population locale, sédentaire et mobile en l'occurrence. Si justement le rédacteur de la proposition du projet de loi ne dispose pas d'orientations ou de solutions sur la façon de procéder c'est que là nous touchons justement à l'épineux problème de la responsabilisation des acteurs locaux. Comment les plans d'aménagement et de gestion des terrains de parcours, ou des plans intégrés de conservation, peuvent-ils fonctionner sans la forte implication des usagers eux-mêmes ?

Nos travaux engagés dans le cadre du projet « Gouvernance de la biodiversité pour une gestion patrimoniale de l'environnement »¹ sur le territoire de la tribu Aït Zekri conduisent au développement d'une « charte de territoire » qui permettrait d'instaurer une implication responsable des populations locales. Cette perspective de charte fait écho aux besoins exprimés par l'ensemble des acteurs concernés (population, élus, autorités administratives) et particulièrement par les centres de pouvoirs et de décision, qui réclament une telle expérience laquelle semble donc se présenter comme une solution très appropriée. L'expérience qui en sera retirée permettrait d'alimenter directement le débat d'une charte nationale de la transhumance et du projet de loi relatif aux zones pastorales. Le législateur a en effet besoin d'être éclairé dans sa formulation sur un thème aussi important que la transhumance pastorale.

Le but est de parvenir à la légitimation d'une régulation et d'un développement par les acteurs eux-mêmes qui se « l'approprient » et participent directement à sa mise en œuvre, son suivi et son évolution dans le temps, avec la complicité, l'appui et le contrôle des autorités de l'État (techniques et de tutelle). À plus moyen terme, il sera nécessaire de modéliser l'approche pour la rendre reproductible sur d'autres territoires.

¹ Objet de la Convention de recherche IRD/ORMVAO/ENFI/Université de Rabat signée le 7 mars 2007.

La poursuite des travaux devrait s'effectuer à une échelle supra-territoriale intégrant l'ensemble d'une unité régionale, un transfert d'échelle qui nous rapprochera du niveau national.

L'expérience pilote en cours se présente comme :

a) le soubassement d'un Plan Intégré de Conservation (niveau local) dont la réalisation incombe au projet PNUD « Conservation de la biodiversité par le maintien de la transhumance sur le versant sud du Haut Atlas » (CBTHA) ;

b) une expérience pilote auprès de la tribu Aït Zekri pour présenter un modèle générique de méthodologie afin de le généraliser au versant Sud du Haut Atlas (niveau régional) ;

c) la participation et l'appui à une politique nationale de la transhumance (code pastoral) (niveau national).

C - Comment parvenir à l'adoption d'une charte de territoire ?

Trois phases structurent la formalisation d'une charte de territoire :

- a) sa conception même, qui nécessite de rassembler suffisamment d'informations pour élaborer une charte de territoire (bases de données, cartographie) ;
- b) son élaboration qui consiste dans la rédaction d'un texte négocié avec les parties prenantes ;
- c) sa mise en œuvre (suite à son adoption par délibération des communes rurales concernées) par les représentants des acteurs (autorités traditionnelles, présidents d'associations...), les élus, les autorités locales déconcentrées (Gouverneur, chefs de Cercle, Caïd) ainsi que par l'aval de l'autorité de tutelle, le ministère de l'intérieur, le ministère de l'agriculture, le ministère des Eaux et forêts, le ministère de l'environnement (contrôle de la légalité et d'opportunité).

La finalisation d'un texte de façon itérative avec l'ensemble des acteurs ne suffit pas en soi. Il est nécessaire de développer des outils d'appui au suivi et à l'adaptation de la charte par le moyen d'un observatoire des pratiques et des milieux, associé à un système d'information environnemental. En effet, les pratiques évoluent et le droit reste dépendant des façons d'être, de penser et de faire. Il convient ainsi d'intégrer sa vie dans celle du contexte socio-économique et écologique en prenant soin de l'adapter pour surtout éviter de le figer dans le temps.

Le droit est en effet inscrit dans un processus dynamique qu'il s'agit de ne pas bloquer¹.

a - Conception

L'élaboration d'une charte de territoire intègre des principes, un exposé des motifs, et porte sur des thèmes traités avec des ordres de priorités.

α.- Les principes (proposés) sur lesquels devrait reposer la charte

La charte devrait être susceptible de reposer sur plusieurs principes dont particulièrement les suivants.

Le principe de « l'utilisateur-acteur » : celui qui intervient sur une ressource ou sur un espace participe de fait à sa gestion en contribuant ou non à sa pérennité ou à son état. L'acteur doit s'impliquer dans cette gestion en adhérant à la finalité de ne pas porter atteinte à l'action d'un autre. À cette fin, il adapte ses pratiques à une logique collective à laquelle il participe.

Le principe de « solidarité » : un lien moral rassemble tous les membres de la tribu autour de la valeur commune de préservation des ressources du territoire dont dépendent les activités socio-économiques des Aït Zekri. Devant les détériorations environnementales (dégradation des parcours, érosion, perte de la biodiversité...) une entraide s'impose entre tous les membres pour sauvegarder l'intérêt collectif, le territoire avec ses ressources agro-sylvo-pastorales.

Le principe de « participation » : chaque membre de la tribu Aït Zekri est appelé à concourir à sa manière et avec ses possibilités à la gouvernance locale du territoire (élaboration et mise en œuvre de la charte, contribution à l'observatoire des pratiques).

Le principe de « l'utilisateur-payeur » : celui qui tire profit d'une ressource ou d'un espace participe à sa gestion en rétrocédant une partie

¹ À propos de la charte de la transhumance de Zaouia Ahansal présentée par Alain Bourbouze (1999), ce dernier affirme bien que « cette organisation ainsi présentée paraît bien formelle et se révèle très insuffisante pour prétendre gérer dans le détail les contentieux et les conflits. En effet, les rédacteurs successifs de la charte ont tenté d'intégrer tout un ensemble de règles, de pratiques et d'interdictions dont certaines sont archaïques, d'autres injustes et ne répondent plus aux exigences d'un aménagement rationnel de l'espace. De fait, sur le terrain, les pratiques des éleveurs sont en constante évolution et tellement en décalage avec les textes que, pour une bonne part, le système actuel fonctionne en autogestion. »

du profit qu'il en tire pour contribuer à la régénération ou la pérennité de la substance de la chose utilisée.

β - L'exposé des motifs (proposé)

Face à la diminution des cohésions locales, à la déresponsabilisation des institutions locales traditionnelles, aux contraintes climatiques fortes et aux pratiques agro-sylvo-pastorales et prélèvements source d'importantes détériorations environnementales (dégradation des parcours, désertification, perte de la biodiversité), le groupe Aït Zekri, tribu du clan Imaghann, décide d'adopter des objectifs de conduite définissant un nouvel ordre cohérent pour gérer le présent et assurer l'avenir de son territoire. L'ensemble des membres de la communauté lignagère (appelée collectivité ethnique par le législateur) définissant la tribu est porteur de son projet territorial et de la gestion de ses propres ressources agro-sylvo-pastorales et environnementales. Le lien qu'établit la tribu envers son environnement et ses ressources naturelles renouvelables conditionne son devenir dans un contexte de changement climatique mondial (aridification, désertification) et de forte dégradation de la biodiversité (écosystèmes, espèces).

L'enjeu de la gestion commune d'un territoire consiste à assurer et maintenir la mobilité des troupeaux dans l'espace, resserrer les liens entre sédentaires et transhumants définissant la cohésion territoriale du groupe, et retrouver une confiance d'agir ensemble autour d'un but commun : un mode de régulation pour responsabiliser l'ensemble des acteurs membres du territoire et l'ensemble des usagers non Aït Zekri.

Avant-projet Présenté lors d'un séminaire, ouvert par le Gouverneur de la Province, rassemblant les représentants de l'ensemble des acteurs locaux et des représentants d'autorités nationales, le 31 octobre 2007 à Ouarzazate (extrait Préambule et Exposé des motifs)

Charte agro-sylvo-pastorale du Territoire Aït Zekri

(Province de Ouarzazate)

LES PARTIES À LA PRÉSENTE CHARTE, acteurs du territoire Aït Zekri (éleveurs transhumants, agro-pasteurs, agriculteurs, artisans et commerçants, associations de développement, communes rurales concernées, autorités locales et provinciale, autorité administrative de tutelle, services techniques de l'État) regroupés en « comité de gestion du territoire » rassemblant les représentants de l'ensemble de ces acteurs ;

ADOPTENT LA PRÉSENTE CONVENTION de nature agro-sylvo-pastorale, appelée « Charte de territoire », ayant force de loi à tous ceux qui interviennent sur l'espace territorial, (charte donnant lieu à une délibération par les communes rurales concernées du territoire)

QUI DISPOSE CE QUI SUIT :

Préambule

La charte agro-sylvo-pastorale du territoire Aït Zekri est une convention entre les acteurs intervenant sur un territoire dont un groupe déterminé se partage la gestion des ressources naturelles. La convention valant « loi locale » génère un lien entre les légitimités locales (l'échelle de la gouvernance locale) et la légalité nationale (l'échelle du pouvoir central et des politiques publiques étatiques). La charte de territoire organise les rapports aux ressources naturelles renouvelables entre systèmes d'exploitation et au sein même de chacun d'entre eux. Elle exprime de la sorte un « pacte écologique » entre les acteurs et leur milieu de vie dont dépend la réalisation d'un développement durable.

La finalité recherchée consiste à :

- a) permettre à la population de promouvoir et de s'investir dans une régulation environnementale, **modifiant les comportements et les pratiques de chacun** pour une gestion durable des ressources, et*
- b) favoriser la reconnaissance de droits aux différents acteurs locaux, pour générer **une gestion responsable et impliquée**, qui ne soit pas vécue comme quelque chose d'imposée et d'étrangère.*

La charte de territoire se définit par la mise en forme d'une régulation concertée et négociée, adoptée par l'ensemble des acteurs représentés et donc légitimés localement tout en se rattachant aux Conventions internationales ratifiées par le Maroc et en se calant dans la législation en vigueur. Le droit positif offre une latitude aux communes rurales pour organiser un type de rapport à l'environnement adapté aux contextes culturels et écologiques locaux. Il promet une responsabilisation environnementale qui implique les collectivités lignagères (tribales), avec l'appui de l'autorité de tutelle, dans une dynamique de lutte contre la désertification et de conservation de la biodiversité.

L'objet du texte est de poser les bases consensuelles déterminant les contours d'un engagement sur un patrimoine naturel commun pour le bénéfice des populations au profit de l'amélioration de leur niveau de vie.

Exposé des motifs

Face au processus de la désertification, à la dégradation des parcours et à la perte de la biodiversité, la régulation de l'accès aux ressources naturelles renouvelables s'avère particulièrement nécessaire afin d'organiser et de structurer les pratiques dans l'espace et dans le temps. La perspective d'un développement durable conduit à l'orientation du comportement des usagers sur le milieu par l'implication et la responsabilisation de chacun d'eux. La régulation vis-à-vis des ressources n'est véritablement efficace que lorsque celle-ci est légitimée par les acteurs locaux, c'est-à-dire intégrée dans les schémas de penser et de faire des usagers. La seule coercition externe a trop souvent montré ses limites.

La gestion commune du territoire se traduit par une mobilisation des usagers de l'espace et ressources, dans le but de parvenir à une cohésion territoriale pour la préservation des ressources naturelles renouvelables face aux contraintes climatiques fortes (raréfaction de l'eau) et aux pratiques agro-sylvo-pastorales sources d'importantes détériorations environnementales qui sont : la dégradation des parcours (perte de la qualité des pâturages), la désertification (raréfaction du bois vert), l'appauvrissement de la biodiversité (disparition et raréfaction d'espèces végétales et animales).

La présente Charte souligne l'importance des liens entre sédentaires et transhumants, et exprime le besoin de préparer l'avenir du territoire de la tribu au sein d'une unité socio-territoriale qui dispose d'un mode de régulation local permettant de responsabiliser tous les acteurs intervenants sur le territoire et d'impliquer l'ensemble de la population locale dans sa diversité d'intérêts et de pratiques.

Le groupe Aït Zekri, tribu du clan Imaghann, décide d'adopter des objectifs de conduite définissant un nouvel ordre cohérent pour gérer le présent et assurer l'avenir de son espace commun de vie. L'ensemble des membres de la communauté lignagère (appelée collectivité ethnique par le législateur) définissant la tribu est porteur de son projet territorial et de la gestion de ses propres ressources agro-sylvo-pastorales et environnementales. Le lien qu'établit la tribu envers son environnement et ses ressources naturelles renouvelables conditionne son devenir dans un contexte de changement climatique mondial (d'aridification et de désertification) et de dégradation de la biodiversité (milieux et espèces).

L'objet de cet acte est de retrouver une confiance autour d'un enjeu commun, celui de la défense de l'intérêt général des habitants et usagers du territoire Aït Zekri dans la pluralité des systèmes d'exploitation des ressources et des milieux. Il s'agit de parvenir à un compromis entre l'intérêt de la collectivité et les intérêts des particuliers dans une perspective de sécurité alimentaire et de satisfaction croissante des besoins et d'un développement économique qui ne préjudicie pas aux générations montantes et futures.

Les axes structurant l'engagement de l'ensemble des usagers du territoire Aït Zekri consistent dans les objectifs suivants :

- *appuyer au maximum la mobilité pour mettre fin ou limiter la dégradation des terrains de parcours en évitant la concentration des troupeaux dans le temps (sédentarisation) et dans l'espace (durée limitée de séjour au même lieu) : en raison du fait qu'en milieux arides et semi-arides la mobilité pastorale est une condition impérative à la conservation de la capacité de régénération des ressources et à leur viabilité à long terme ;*
- *développer et formaliser les échanges pastoraux intertribaux (pactes avec les tribus voisines et plus lointaines qui fréquentent le territoire Aït Zekri) ;*

- *lutter contre la privatisation progressive des zones de parcours (mise en culture ou appropriation d'abris de berger (amazir) ;*
- *mettre fin à l'exploitation minière des espèces végétales comme l'alpha, l'armoise et les xérophytes épineux (Astragalus ibrahimianus & al.) ;*
- *limiter les conflits d'usage des ressources naturelles renouvelables ;*
- *définir une cohérence entre les structures institutionnelles (modernes et anciennes : coopératives, associations, commune rurale... jmaâ, naiba, allam...) et reconnaître, voire revivifier, les instances traditionnelles fonctionnelles ;*
- *adopter une stratégie adaptative, de diversification économiques sur les milieux et les ressources naturelles tout en adaptant la régulation aux besoins de conservation et des populations ;*
- *poser les bases consensuelles d'une régulation d'accès aux ressources naturelles nécessaires à une planification d'aménagement et de gestion territoriale (Plan local de développement ou Plan intégré de conservation).*

γ - Les principaux thèmes traités

Le texte de charte proposé porte sur quatre thèmes principaux :

- l'identification du territoire et des ayants droit et usagers étrangers ;
- la restriction des privatisations occultes (tendance généralisée à l'appropriation de l'espace et des ressources communs) ;
- le contrôle de l'accès aux ressources (une répartition plus stricte des droits et des obligations, une surveillance plus institutionnalisée) ;
- la reconnaissance des institutions locales traditionnelles et une meilleure représentation des acteurs locaux au sein des nouvelles institutions

Si l'identification du territoire est nécessaire, le problème de la délimitation peut être évoqué. En effet, une attention particulière doit être portée aux conflits sous-jacents, latents et déjà exprimés sur la délimitation territoriale. Le sujet de la frontière est si délicat que nous nous référons à la délimitation administrative fixée par décret en 1980 pour le territoire Aït Zekri et assortie d'une carte (non topographiée).

Le territoire ne se présente pas comme un système insulaire mais comme une identité spatiale placée sous la maîtrise d'un groupe lignager et intégrée dans un contexte régional de dynamique pastorale. La prise en compte des territoires voisins s'impose en raison des interactions entre

tribus qui sont à sérieusement intégrer dans le processus d'initiation de charte. La charte prévoit ainsi la conclusion de « pactes de voisinage » entre tribus.

La déclinaison de la nature juridique du territoire se pose comme élément fondateur de la cohésion du groupe autour d'enjeux communs. Le territoire est défini comme une « propriété collective » inaliénable, imprescriptible et insaisissable par le législateur de 1919, ce qui peut donner lieu à la définition d'un patrimoine commun de la tribu en insistant sur le lien intergénérationnel et la reproduction du groupe. Il convient ainsi de passer du statut de bien au statut de patrimoine placé sous la maîtrise et la responsabilité d'un groupe, sans remettre en cause la tutelle.

L'important est de mettre un terme à la tendance à la privatisation des abris de bergers (*amazir*). Il est dans un même temps nécessaire de faire la promotion de l'identité communautaire, de souligner l'intérêt général de la tribu Aït Zekri, comme un intérêt collectif qui exprime un idéal commun, et qui dépasse les intérêts des familles et des individus qui composent la tribu, d'où l'existence de prérogatives de « puissance tribale ». La charte permet de poser un droit d'ingérence écologique collectif sur les activités et les pratiques individuelles et personnelles sur la base du principe d'intérêt général de la tribu.

b - De l'élaboration à la mise en œuvre de la charte par délibération locale

La formalisation de la charte appelle à des négociations individuelles auprès des acteurs locaux représentatifs, l'organisation de petites réunions par douar (villages) et par centres de pouvoir ou autorités traditionnelles (*naïb, amghar...*) et avec les élus locaux des communes rurales concernées. Soulignons que la représentativité des élus au regard des acteurs privés locaux n'a pas la dimension qu'elle peut avoir en Europe. En effet, le mimétisme opéré de l'établissement d'une démocratie à l'occidentale sur des réalités africaines n'a pas encore abouti aux effets escomptés. Dans l'exemple marocain, la conscience citoyenne des élus eu égard à leur fonction de représentation et de prise en charge de l'intérêt général reste encore en une voie de construction. En conséquence, la représentativité par les seuls élus locaux semble encore insuffisante aux yeux de populations ne se reconnaissant pas (souvent) dans les personnes élus.

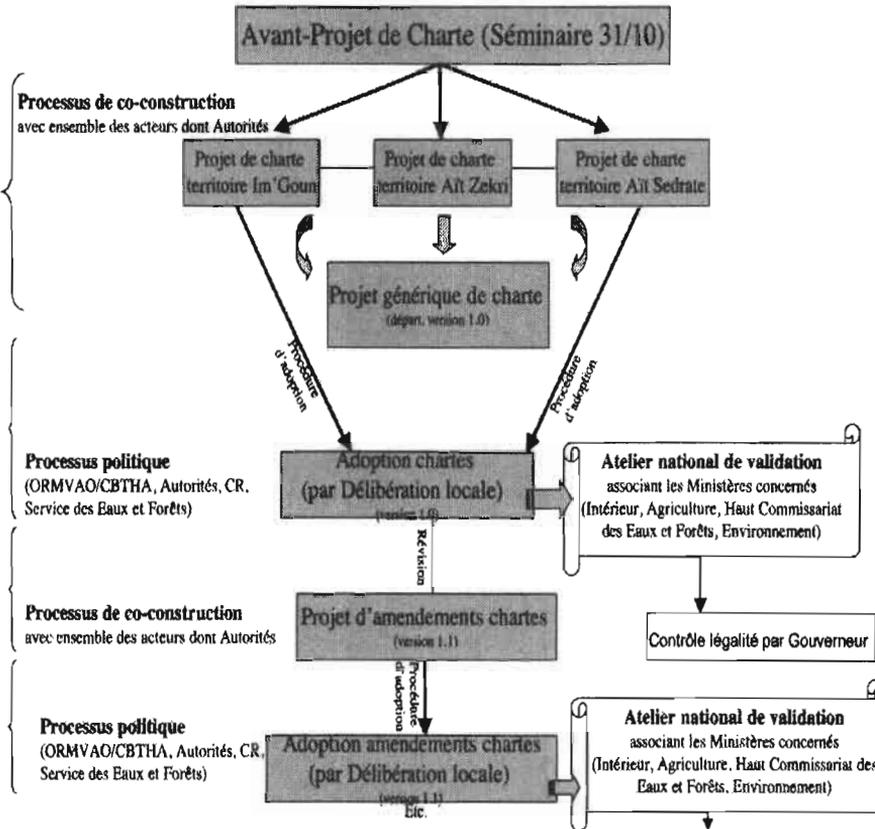
Un premier projet de charte engendre des discussions dans diverses réunions plus larges (des bergers transhumants, des acteurs ressource des douars, des autorités locales...). La proposition avancée d'un projet négocié de charte associe la participation des représentants des transhumants et des sédentaires dans un mouvement itératif. L'autorité de

tutelle est associée au processus par l'implication du Caïd et du Gouverneur de Province.

L'objectif n'est pas d'entrer dans un rapport contractuel. En effet, l'intérêt de l'opposabilité aux tiers d'une régulation territoriale se situe dans le fait qu'elle s'applique envers l'ensemble des acteurs autochtones ou non (les voisins, ceux qui transitent, ceux qui séjournent ponctuellement...) qui interviennent de près ou de loin sur le territoire concerné. L'objectif est d'intégrer un droit négocié au sein de l'ordre juridique dans les mêmes conditions que l'acte étatique. Dans l'expérience marocaine présentée, nous envisageons une délibération locale avec un contrôle de la légalité (et compte tenu du système politique d'opportunité) de la charte par le Gouverneur avec l'organisation d'ateliers nationaux. La figure suivante présente une procédure envisageable.

Dans un même temps, des pactes avec les tribus voisines sont préparés et annexés à la charte à titre de modèle. Ces pactes portent sur l'accès au territoire et aux ressources : droits de passage innocent, droits de séjour et de pâturage, etc. La négociation pour ces projets de pactes intègre dans son processus les représentants des tribus concernées. De nature contractuelle de droit privé, les pactes se réalisent entre tribu qui disposent par la loi (cf. Dahir 1919) de la personnalité juridique.

Figure n°4 : Processus envisagé de la formalisation à l'adoption d'une charte de territoire



Dans la perspective d'aboutir à une adéquation des pratiques à un développement durable, il est nécessaire d'assurer un suivi de l'application de la charte afin de la faire évoluer progressivement. Sur la figure n°4 nous partons d'un avant-projet déposé comme point de départ lors d'un séminaire qui a eu lieu à Ouarzazate le 31 octobre 2007. La procédure établie consiste à partir de trois spécificités territoriales pour aboutir à la rédaction d'un projet plus générique permettant de généraliser l'adoption de chartes sur l'ensemble des territoires du Haut Atlas, dépassant en nombre la centaine sur le versant sud.

L'objectif étant de promouvoir une modification des comportements sur l'environnement pour parvenir à une gestion durable des ressources, la régulation se présente ainsi comme un levier légitimant la réalisation de changements dans les façons d'être, de penser et d'agir. La gestion des

informations de terrain sur les pratiques quotidiennes demande une structure réceptrice et une méthodologie : ce « tableau de bords » des comportements se définit à travers la mise en place d'un observatoire très pragmatique.

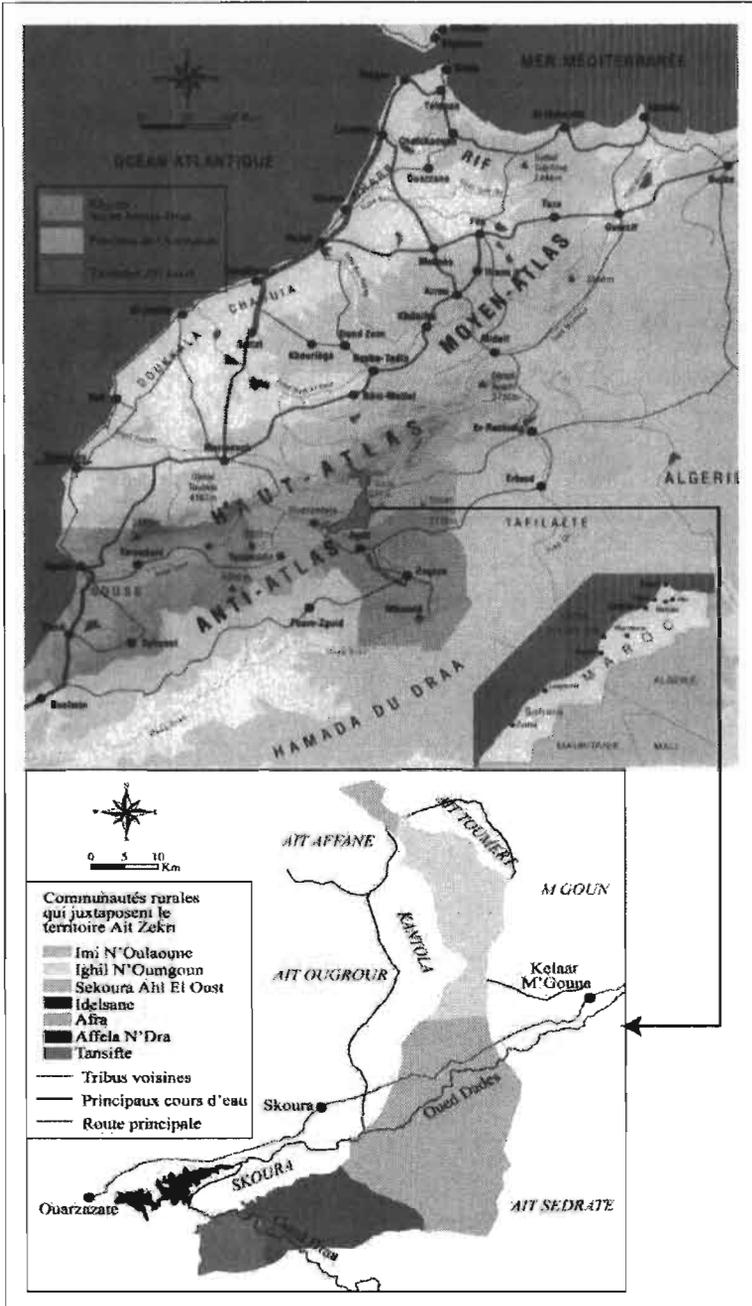
D - Les contours d'une « charte de territoire » en construction dans le Haut Atlas marocain, l'exemple de la communauté lignagère Aït Zekri

Le territoire concerné est celui de la tribu des Aït Zekri, membre du clan des Imaghrann. Ce territoire se situe dans le versant sud du Haut Atlas, une région particulièrement frappée par la sécheresse et la pauvreté. Situé sur un transect Nord-Sud, le territoire des Aït Zekri s'étend sur 129 400 ha, des pâturages d'altitude 3 500 m situés dans la chaîne Ighil M'Goun du Haut Atlas jusqu'à la montagne saharienne du Saghro (1 800 m) au Sud en traversant la vallée du Dades. L'effectif de la population dépasse les 10 000 habitants. La grande transhumance haute montagne – Saghro concerne plus d'une soixantaine de troupeaux ovins/caprins tandis que le phénomène de sédentarisation génère un agropastoralisme cumulant un nombre substantiel de troupeaux sédentaires ou de mobilités réduites (cf. *infra* carte n°4). L'espace Aït Zekri subit également l'intrusion de nombreux voisins avec leur propre charge pastorale et leurs pratiques de prélèvements non contrôlés.

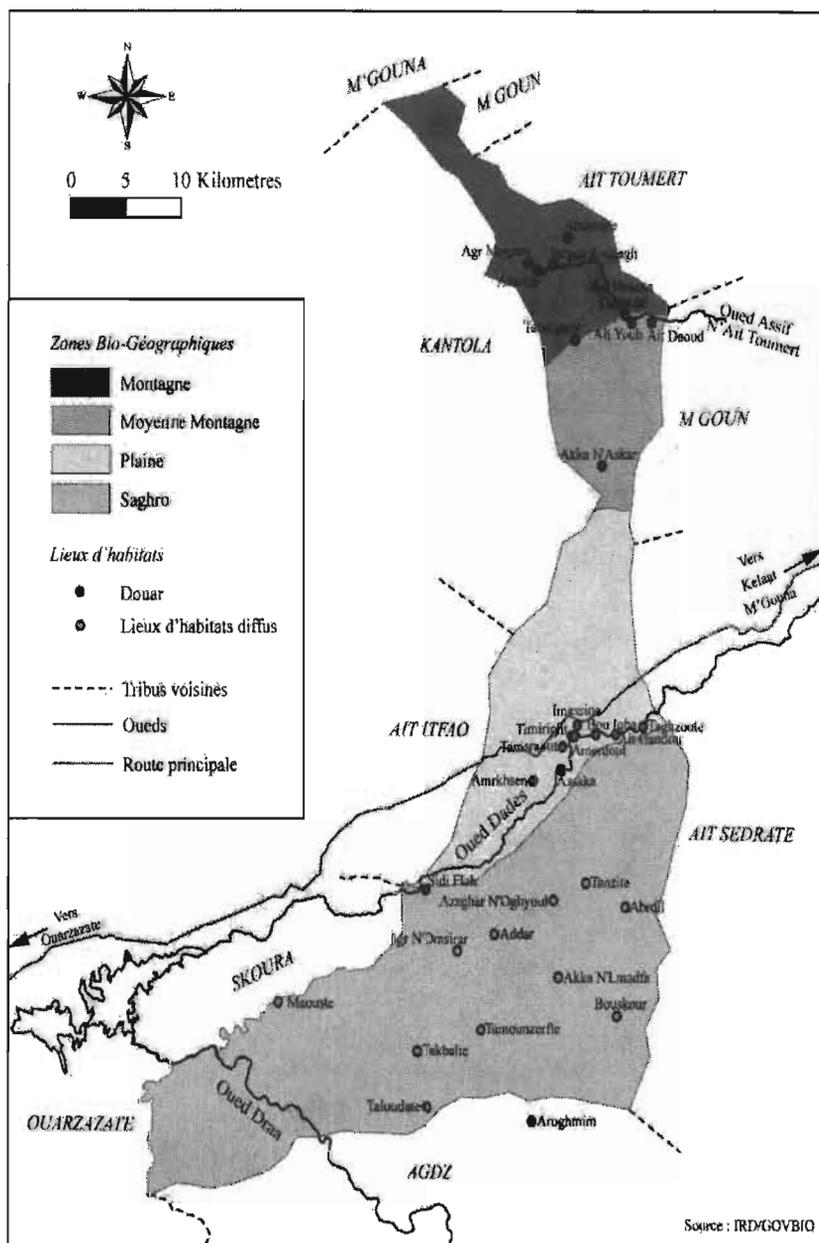
La première carte¹ présente le territoire de la tribu Aït Zekri qui se situe à 50 km environ à l'est de Ouarzazate (carte n°1). Ce territoire est traversé par l'oued Dades. Sur la carte n°2 apparaissent les quatre étagements bioclimatiques qui vont rythmer la dynamique de la transhumance qui dure toute l'année en fonction de l'état des pâturages. Ces derniers seront fonction du niveau de la pluviométrie et de l'intensité de pression exercée par le nombre de troupeaux qui y pâture. Les lieux de résidence, douars (villages) et exploitations se cantonnent sur trois principales zones : la montagne qui comprend huit douars (dont deux hameaux), la plaine qui en totalise neuf et la zone du Djebel Saghro qui ne comprend que des exploitations de type oasisienne (fondées sur l'irrigation par puits) occupées par des agro-pasteurs. Cette sédentarité-là est récente et progressive. Les premiers installés le sont depuis le début des années soixante-dix en toute illégalité.

¹ La formalisation des cartes présentées a été réalisée par Fabrice Magnin-Feyssot dans le cadre d'un stage de Master2 au sein de l'IRD/ADD-COPT et du PNUD/CBTHA. Le fond relève des travaux d'enquêtes de l'auteur (IRD/Govbio) et d'une collaboration avec le projet PNUD/CBTHA.

Carte n°1 : Situation du territoire étudié dans le versant sud du Haut Atlas marocain (Région du Sous Massa Dra et Province de Ouarzazate) (source : IRD/GOVBIO)

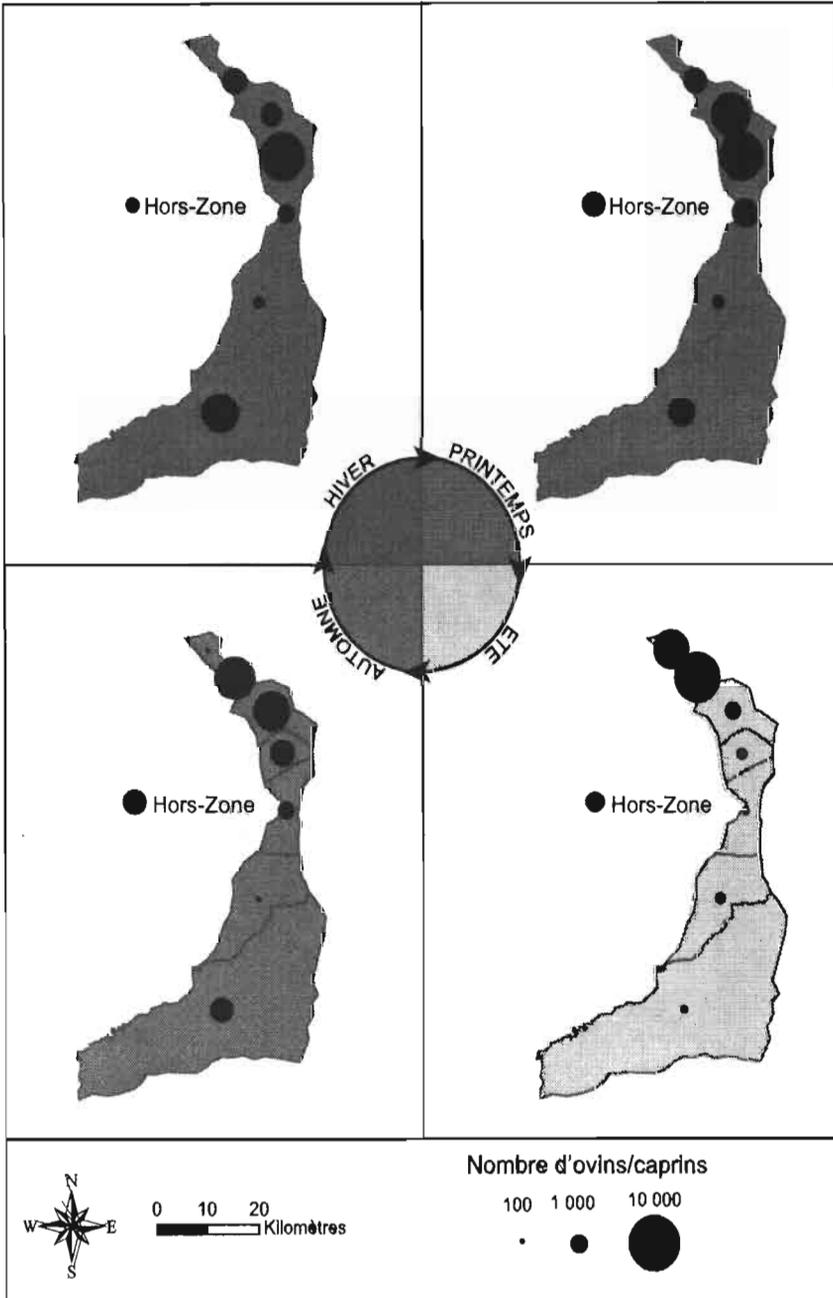


Carte n°2 : Territoire Aït Zekri : villages (douars) et zonage bio-géographique (source : IRD/GOVBIO)



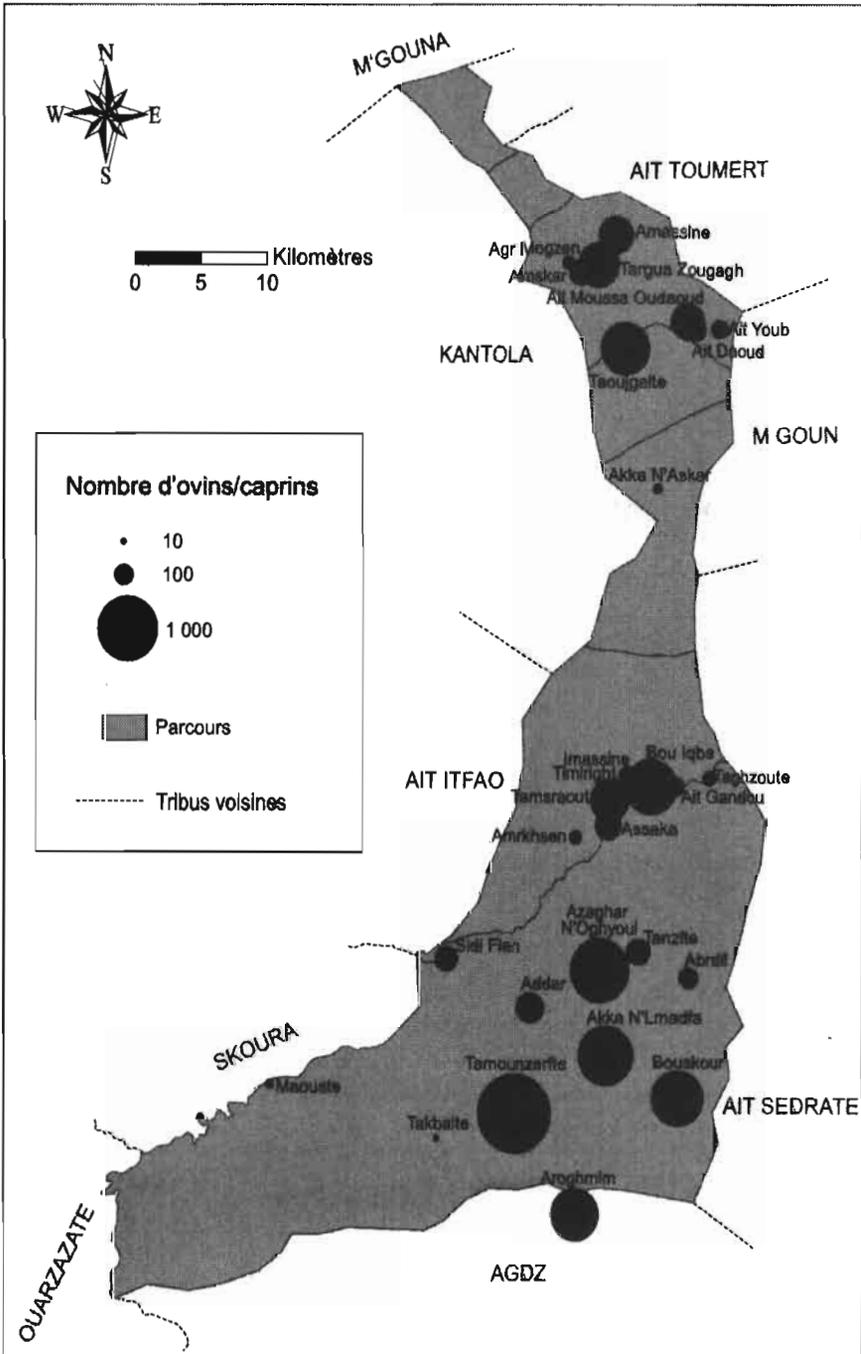
Carte n°3 : Transhumance des troupeaux par saison et pâturage

(source : IRD/GOVBIO)



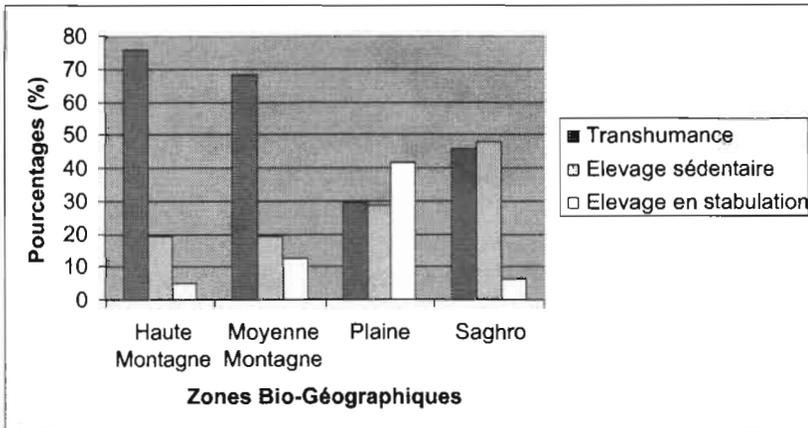
Carte n°4 : de situation des troupeaux sédentaires par douar

(source : IRD/GOVBIO)



La dynamique socio-économique du territoire repose sur l'articulation étroite entre mobilité et sédentarité qui requiert ainsi l'implication des acteurs dans la diversité de leurs stratégies de survie et de développement économique. Les deux dernières carte (n°3 & n°4) montrent la répartition et la dynamique des troupeaux dans l'espace et le temps. Si une grande partie des troupeaux circule par une transhumance continue dans l'année, une majorité du cheptel reste sédentaire dans le Saghro portant préjudice à la transhumance hivernale qui se trouve confrontée à des pâturages occupées toute l'année par les troupeaux des agro-pasteurs (situés dans les villages et dans des exploitations de types oasiens). L'enjeu de la régulation juridique dans une perspective de développement durable est de parvenir à organiser la mobilité d'un maximum de troupeaux dans l'espace.

Figure n°1 : Répartition des modes d'élevage des petits ruminants par zones biogéographiques (sources : enquêtes IRD-GOV BIO, 2005-2007)



En effet, les conditions écologiques (fragilités des milieux arides, forts aléas climatiques, faible capacité de régénération des ressources renouvelables) ne permettent pas une pression trop forte sur les ressources pastorales, forestières et en eau, sous peine de soumettre les écosystèmes à une évolution régressive (ce qui déjà s'exprime dans le paysage : érosions hydriques et éoliennes, zones en cours de désertification, dégradation de la biodiversité...). Cette figure (n°1) souligne l'importance d'un élevage trop sédentaire.

Un consensus des acteurs locaux autour de l'enjeu de la gestion des ressources constitue le seul recours pour une durabilité des exploitations. Il ressort de nos enquêtes de terrain (2005- fin2007) qu'une charte de territoire peut être le moteur d'une gouvernance locale autour d'une gestion responsable et impliquée d'une population, encore soumise au poids pesant d'une autorité centrale toujours présente.

La charte de territoire est une convention entre les acteurs intervenants sur un territoire. La convention valant « loi locale » génère un lien entre les légitimités locales (l'échelle de la gouvernance locale) et la légalité nationale (l'échelle du pouvoir central et des politiques publiques étatiques). La charte de territoire organise les rapports à l'environnement entre systèmes d'exploitation et au sein même de chacun d'entre eux. Elle exprime de la sorte un pacte écologique entre les acteurs et leur milieu de vie dont dépend la reproduction même du groupe.

Fruit d'une évolution où l'environnement devient une contrainte touchant à la reproduction sociale, la gestion juridique de l'environnement rejoint un objectif national d'une politique environnementale qui s'exprime aux travers de lois et de règlements et devient donc susceptible d'adopter un caractère normatif. L'idée de la formalisation d'une régulation interne intervient dans cette occurrence.

Les objectifs recherchés consistent d'une part à permettre à la population de s'approprier un mode écrit de régulation environnementale et d'autre part à favoriser la reconnaissance de droits aux populations locales, pour générer une gestion responsable et impliquée, qui ne soit pas vécue comme quelque chose d'imposé et d'étranger.

La charte de territoire consiste en une mise en forme d'un mode de régulation négociée, adoptée et donc légitimée localement tout en se calant dans la législation en vigueur qui laisse une latitude suffisamment grande aux communes rurales pour organiser un type de rapport à l'environnement adapté aux contextes culturels et écologiques locaux¹. Mais le texte a davantage pour objet de poser les bases consensuelles d'un projet de société déterminant les contours d'un engagement sur un patrimoine naturel commun plutôt que de se limiter à la formulation d'un ensemble de règles faisant office de « code de bonne conduite » ou que de transcrire des normes orales préexistantes.

La charte de territoire se présente sous la forme d'un écrit offrant l'idée d'une sorte de « législation locale ». Dans sa formulation, ce texte a pour but d'effectuer la transition entre une législation nationale qui ne répond pas aux besoins d'une gouvernance locale de l'environnement et une relation d'acteurs aux intérêts divergents ou trop individuels intervenant sans véritable cohésion sur un environnement commun et

¹ Cf. la charte communale promulguée en 2002 (dahir n°1-02-297 du 25 rejjeb 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n°78.00 portant charte communale modifiée par le dahir du 24 mars 2003 (portant promulgation de la loi n°01-03) dans ses articles 40, 43, 50.

avec des pratiques préjudiciables à la durabilité des ressources naturelles. Tous les membres de la communauté lignagère se retrouvent ainsi autour d'un engagement environnemental. L'exposé des motifs et les points de « conscience » énoncés prendront acte d'un certain nombre de réalités et d'objectifs à atteindre : cohésion interne, complémentarité entre systèmes d'exploitation, prise en compte des générations à venir, bonne gouvernance du milieu naturel, accords avec les tribus voisines, etc.

La charte en fixant les règles du jeu exprime un engagement commun vis-à-vis de l'avenir, une prise en compte du long terme dans le cadre d'une forme de contrat social, expression d'un consensus local. Elle permet de clarifier les droits et les obligations à travers la formulation : des bases d'une mise en œuvre d'une gestion durable de l'environnement – droits accès aux espaces et aux ressources par charge pastorale, période, ayants droit... – de la conservation du couvert végétal, des espaces mis en défens, de la préservation d'espèces, de la gestion de la répartition de l'occupation de l'espace, de la gestion de l'accès à la terre, de la prise en compte d'un rôle à jouer dans la conservation d'un milieu fragilisé par les vagues de sécheresse et la désertification, etc.

Le fondement conceptuel de la charte repose sur une lecture des relations juridiques internes au groupe (cf. figure n°3 *infra* sur le système de régulation juridique des comportements du territoire Aït Zekri). En fonction des espaces concernés, les acteurs interviennent selon les prérogatives dont ils disposent en fonction de leurs activités et de leur position sociale et politique au sein du groupe.

La figure suivante est une représentation synthétique des rapports qu'entretiennent les acteurs décisionnaires avec les droits portant sur les espaces fonciers et les ressources naturelles. Les sources de droit vont conditionner les régimes des finages, parcours et *agdal* (pâturage d'estive gérés en commun). La charte se positionne au cœur de l'édifice intéressant l'ensemble des acteurs en mettant en scène une dialectique entre les trois sources de droits (positif, pratiques, actes locaux) existants quel que soit le degré d'application de chacun. L'objectif précis est bien d'orienter les pratiques de chacun sur des modèles de comportement conservatoires opérant pour un développement durable.

Figure n°2 : La charte au sein d'une pluralité juridique

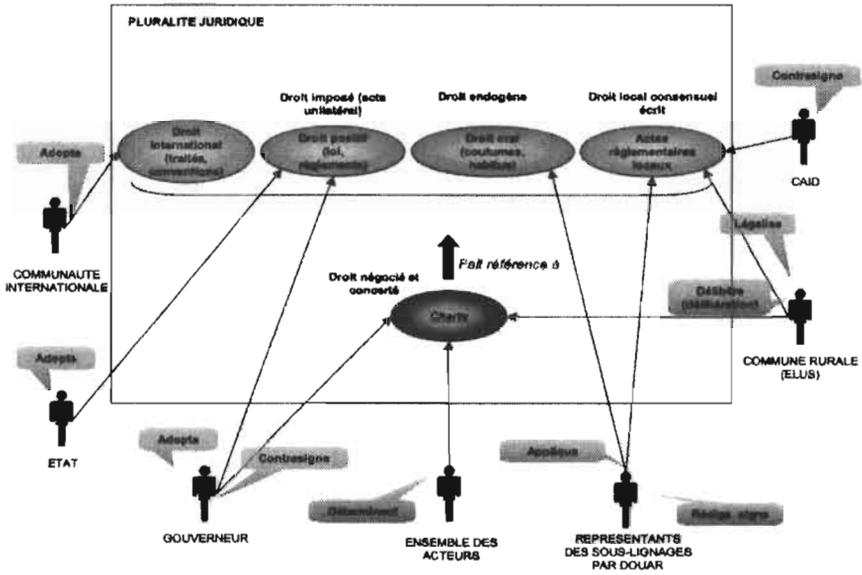
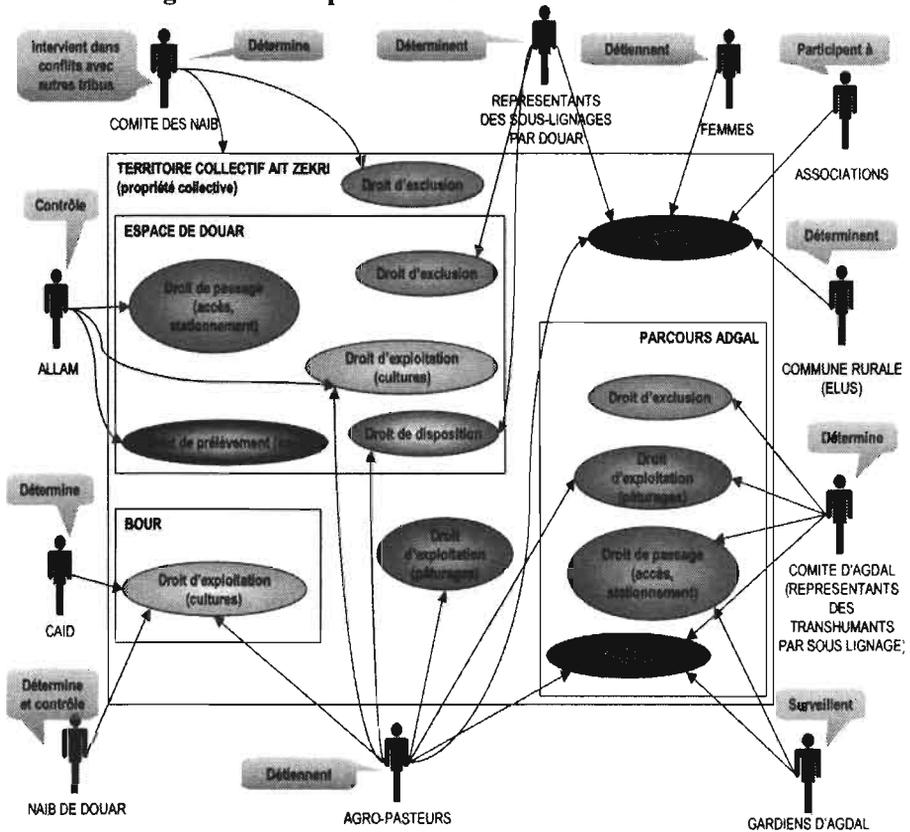


Figure n°3 : Répartition des droits entre acteurs



Légende de la figure n°3 : *Allam* = surveillant, *Caïd* = représentant du pouvoir central (*Makhzen*), *Naïb* = autorité désignée par la population, nommé par l'Etat pour administrer les terres collectives du village ou de l'ensemble du territoire de la communauté ethno-lignagère. L'*agdal* est un système de gestion collective d'un pâturage (en l'occurrence) ; par ailleurs il peut correspondre à l'orchestration d'un droit de ban. Le *Bour* est une terre mise en culture sous pluie (hors irrigation).

L'objectif de la charte se concentre sur les relations entre pratiques et ressources (milieux) : état antérieur, état présent des ressources et état à venir : comment parvenir à opérer une gestion qui permette de pérenniser les ressources pour un développement durable ? Concrètement la question est d'orienter les comportements, les pratiques de production, d'exploitation et de prélèvement pour conserver durable la ressource. Il semble particulièrement urgent d'adapter les façons de faire, les techniques d'exploitation et de production aux réalités écologiques, aux capacités des milieux d'assurer la régénération des ressources (eau, terre, pâturages, bois...). La régulation de l'accès aux ressources se situe au cœur de la problématique du développement durable : assurer une

exploitation raisonnée, régulée pour une pérennité d'exploitation de la ressource.

La modification des pratiques d'accès et de gestion des ressources environnementales nécessite un apprentissage collectif progressif, car on constate sur le terrain un accès libre et incontrôlé de la plupart des ressources. L'adoption d'une première mouture d'un texte va constituer la première phase d'un processus qui évoluera dans le temps. Il va s'agir à la fois de sensibiliser, de faire prendre conscience de la nécessité de penser au lendemain, même très proche : la part de demain (*Lhak N'oskka*) pour ses propres enfants et soi-même dans quelques années.

La charte de territoire ne se limite pas à un acte réglementaire. Elle dépasse ce cadre (toujours nécessaire, mais insuffisant en soi) pour entrer dans une dynamique de prise d'une conscience écologique individuelle et collective : l'acte de prélever, d'exploiter, de s'approprier privativement un périmètre donné, devient un fait qui n'est plus innocent en soi car il s'intègre dans un processus de responsabilisation collective vis-à-vis du futur et des générations montantes et à venir. C'est la reproduction sociale, la vie du groupe elle-même qui est directement concernée. La charte de territoire instaure cet enjeu collectif (un ordre public écologique¹) qui se répercute sur les pratiques de chacun à titre individuel.

La charte tient cependant compte des comportements répréhensibles, définis en termes d'infractions associés à des sanctions pécuniaires et/ou d'autres nature pour assurer la réparation des préjudices causés.

L'applicabilité de la charte va dépendre en tout premier lieu de son degré de légalité qui va lui conférer une autorité lui permettant de s'imposer au regard de l'ensemble des acteurs y compris administratifs.

L'objectif est de concevoir et élaborer une régulation locale initiée par les acteurs locaux, dont les services techniques de l'État et les représentants des ministères concernés (élevage, agriculture, intérieur, environnement, forestier) sur un territoire placé sous le régime de terres collectives.

Enfin, cette régulation constitue le fondement d'une planification intégrée de conservation et de développement durable (cf. graphique infra en conclusion).

¹ Cf. sur cette notion la contribution de Nadia Bellaïdi dans cet ouvrage collectif. Ainsi que Boutelet & Fritz 2005.

Conclusion

Un droit négocié épaulé par un Observatoire des pratiques et du milieu pour sa mise en œuvre, son suivi et son adaptation

Entre droits objectifs de la nation et droits subjectifs de la tribu, la charte de territoire formalise les droits objectifs de la tribu et les droits subjectifs de ses membres. Le droit négocié trace un cadre de régulation horizontale devant permettre de gérer différents futurs sans pour autant toujours fournir de réponses tranchées quant au fond des problèmes. Ce droit négocié est issu des rencontres des champs d'intérêts et des stratégies qui s'opposent par nature. En cela il constitue un lien indispensable pour la mise en œuvre d'une prise en charge par les acteurs locaux de la gestion environnementale. En son sein le droit négocié intègre les savoirs et les schémas culturels locaux. Nous avons vu qu'il s'agit bien d'un droit résolument moderne, mais « de l'intérieur » du corps social et issu des réalités des contextes locaux. Cependant, toute l'originalité réside dans l'imbrication d'un droit négocié au sein du positivisme juridique (cadre de régulation verticale): la charte de territoire intègre la légalité par la délibération locale, acte administratif. Elle s'applique territorialement, s'impose donc à tous en tant qu'acte réglementaire.

La mise en œuvre de la charte réclame un accompagnement. Elle ne peut s'appliquer durablement sans informations régulières permettant de promouvoir un suivi et de justifier une adaptation progressive par un observatoire des pratiques et de l'environnement intégrant un système d'information environnemental. La figure suivante présente les liens entre les règles et normes aux faits (conditions écologiques et réalités socio-économiques). Mais l'observatoire ne va pas que délivrer une série d'informations partant de la saisie de données obtenues de diverses manières, il constitue aussi un espace de médiation, lieu de rencontre, d'échange et de négociation.

La charte de régulation de l'accès aux ressources naturelles et foncières légitime ainsi pleinement sa participation à la gouvernance locale du territoire et en constitue un rouage essentiel.

Figure n°5 : L'adaptation et l'évolution d'une régulation locale (charte) au moyen d'un outil « Observatoire des pratiques » en lien avec la planification locale de développement durable

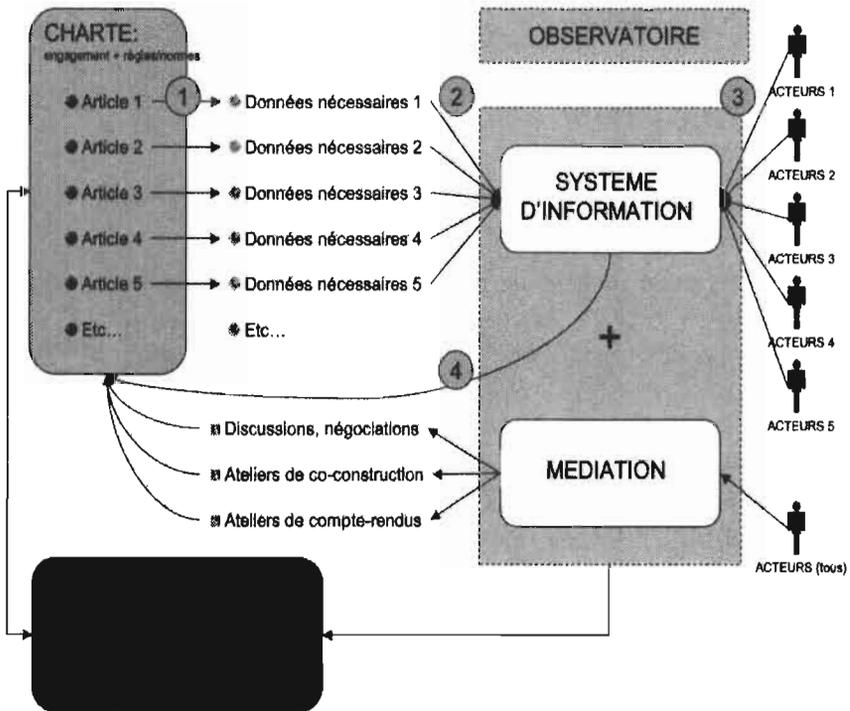


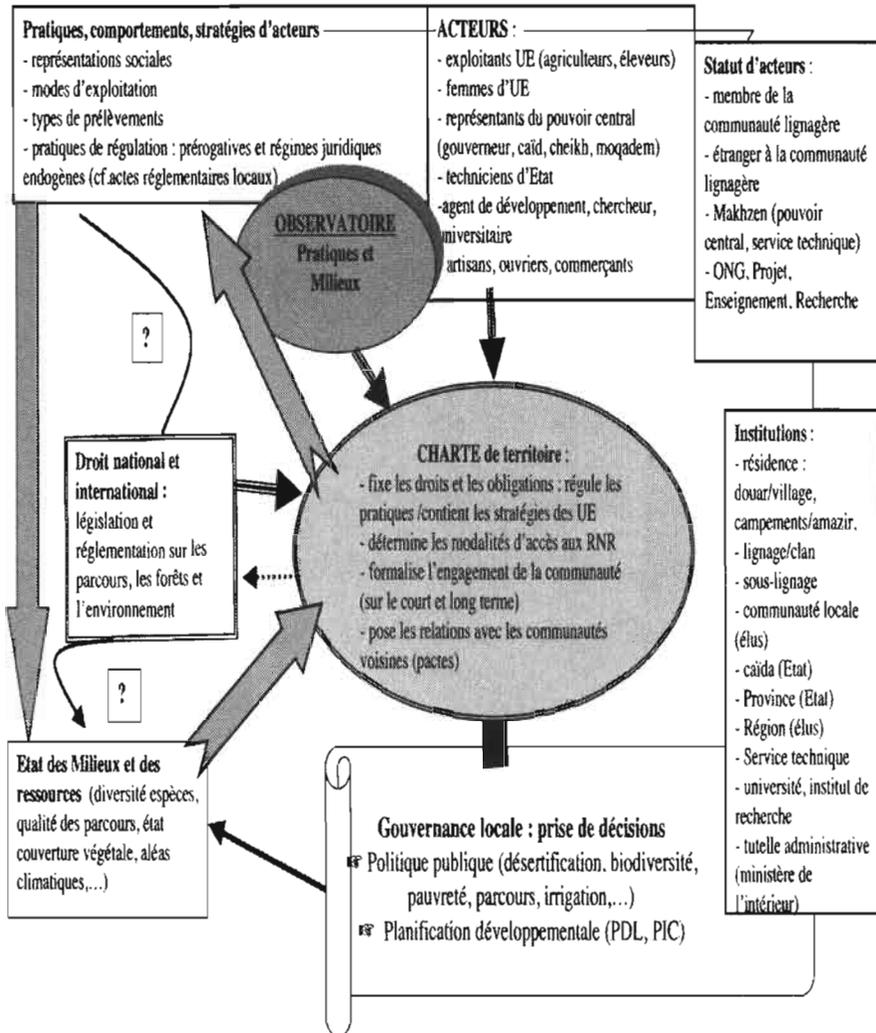
Schéma récapitulatif d'une gouvernance intégrée territoriale : la charte est directement connectée à la gouvernance institutionnelle. La régulation se situe au centre de la dynamique des acteurs. En Afrique, le droit positif étant peu ou très peu appliqué, la relation entre les pratiques et l'état du milieu n'est pas régulée dans les faits. Le droit négocié va justement permettre d'orienter les comportements « de l'intérieur » de la société, sous son contrôle et son impulsion, et sous couvert d'une légalisation.

La figure suivante positionne la charte, comme un droit négocié au sein d'une infrastructure d'institutions et d'acteurs. Elle se situe précisément entre la relation « Pratiques » et « Etats du milieu ». L'objectif étant de pérenniser les ressources naturelles renouvelables dont le droit législatif ne parvient pas à contenir la destruction. On voit dans cette représentation que la charte est contenue dans un processus de

gouvernance locale avec une jonction à un observatoire des pratiques et des milieux.

Figure n°6

Gouvernance territoriale: la gestion de l'accès aux ressources par une charte de territoire



Bibliographie

BARRIÈRE Olivier, 2006 « De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique », in Christoph Eberhard & Geneviève Vernicos (eds), *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche anthropologique d'Étienne Le Roy*, Paris, Karthala, 612 p. [147-172]

BOULETEL Marguerite & FRITZ Jean-Claude (dir.), 2005, *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 345 p.

BOURBOUZE Alain, 1999, « Gestion de la mobilité et résistance des organisations pastorales des éleveurs du Haut Atlas marocain face aux transformations du contexte pastoral maghrébin » in Niamir-Fuller M. and Turner M.D. (eds) *Managing mobility in african rageland : the legitimization of transhumant pastoralism*, London, FAO, Intermediate Technology Publications Ltd., 314 p. [236-265]

Coutumiers juridiques de l'Afrique Occidentale Française, tome 1 Sénégal et tome 2 Soudan, 1939, Paris, Librairie Larose, Publications du comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique occidentale française, 348 p. et 400 p.

La formation d'un droit foncier négocié dans le Sud forestier ivoirien

La terre est au centre des préoccupations de la plupart des pays en voie de développement. Elle est en effet un espace disputé, un enjeu social économique et politique. Son accaparement ou son contrôle génère des conflits complexes qui voient s'affronter des revendications puisées à des sources ou légitimités diverses.

Ces conflits éclatent d'une part, entre l'État et les détenteurs coutumiers des terres, du fait des contradictions existant entre les aspirations des populations rurales et les projets de développement lancés par l'État. Ces projets de développement conçus sans la participation des intéressés se situent, d'une manière générale, dans un contexte évolutionniste et de dépréciation des cultures locales. Toute résistance est conçue comme un frein au développement et une incapacité des populations rurales à s'engager dans un processus plus rationnel de compréhension et d'exploitation de la nature et d'autre part, entre les autochtones et les «étrangers». Les premiers se plaignent de l'accaparement de leurs terres, des terres de leurs ancêtres, par les seconds, qui eux, crient à la xénophobie et à l'insécurité foncière.

À la lumière de ce qui précède, notre objectif est de tenter de comprendre la société ivoirienne de l'intérieur, d'en démêler la trame depuis que l'État colonial a dessiné ses nouveaux contours (Chauveau, Dozon 1987 : 222) et d'apporter notre modeste contribution à la construction de « l'édifice ivoire » que nous voulons uni, beau et en paix avec lui-même, vu les nombreux litiges fonciers qui jalonnent sa marche vers le progrès et qui dégagent sur son territoire grand de 322 462 km², soit 1 % de la surface du continent africain, une chaleur cadavérique, suffocante, qui fragilise l'harmonie, la communion entre les différentes ethnies composant ce peuple ivoirien d'une part, et les populations étrangères vivant en Côte d'Ivoire auprès des populations autochtones, d'autre part.

Au total, nous estimons qu'il faut une réconciliation nationale autour de la question foncière. Car il y a, en la matière, une crise entre les institutions étatiques héritières des institutions coloniales et les institutions issues des valeurs et cultures précoloniales c'est-à-dire traditionnelles. Il est, en outre, du plus grand intérêt que cette réconciliation soit entamée maintenant pour éviter une autre guerre à la Côte d'Ivoire.

I – La monopolisation de la terre par l'État, source de conflits fonciers.

L'importance de la terre au point de vue économique et politique conduit l'État à vouloir s'en assurer la maîtrise. La Côte d'Ivoire en effet, est un pays rural ; essentiellement agricole. Elle compte environ 16 millions d'habitants, 3 363 932 personnes dans l'agriculture dont 3 087 385 vivant en milieu rural. (Source : Institut national de statistiques (INS), 1998). Ainsi utilise-t-elle tous les moyens, singulièrement la contrainte physique et morale, économique et juridique pour y parvenir.

A – La maîtrise foncière par l'État.

L'État moderne, du fait de ses prétentions hégémoniques et de sa philosophie développementaliste, va user de diverses techniques en particulier la monopolisation de la terre pour tenter de mettre en cause les valeurs fondant la société traditionnelle ; notamment son système foncier et juridique dont « la logique [...] était articulée autour du maintien de l'équilibre social, sur le modèle du sacré par le principe de complémentarité dans la diversité » (Mélina 2001 : 214)

Il est ainsi exigé des sociétés traditionnelles, depuis la pénétration des forces coloniales françaises dans le pays, qu'elles se moulent dans l'État colonial puis post-colonial dont la dynamique réside dans l'instauration d'une administration centralisatrice, hiérarchique et bureaucratique, singulièrement dans l'accaparement des terres.

1 - la signification de la maîtrise foncière par l'État

Dire que l'État a la maîtrise foncière, c'est dire que l'État est propriétaire de la quasi-totalité des terres rurales. En effet, l'ensemble des personnes physiques et morales autre que l'État, possédant un titre foncier, est de 257 et occupe 8702 hectares soit 0,037% des 23 millions d'hectares de terres cultivables (source, Ministère de l'agriculture, Minagri, 2004).

Le patrimoine de l'État est composé de deux domaines : Le domaine public et le domaine privé.

Le domaine public de l'État ivoirien résulte du décret colonial du 28 septembre 1928 portant réglementation du domaine public et des servitudes d'utilité publique en Côte d'Ivoire (modifié par des décrets du 07 septembre 1935 et n° 52-679 du 03 juin 1952). Aux termes de l'article 1^{er} de ce décret, font partie du domaine public : les rivages de la mer, le sol et le sous-sol de la mer territoriale ; les fleuves, rivières, lacs, etc. ; les sources aquifères ; le domaine public aérien et hertzien ; les ports et rades et leurs dépendances : les canaux de navigation ; les voies de communication (voies terrestres ouvertes à la circulation publique et leurs dépendances et accessoires ; les chemins de fer et les gares, les égouts, les lignes électriques, téléphoniques... Ce domaine Public est géré par l'Administration à l'exception du domaine militaire et des ouvrages dont l'aménagement ou l'entretien est mis à la charge des budgets communaux. L'Administration peut toutefois déléguer ses pouvoirs de gestion à des concessionnaires dûment agréés ».

Quant au domaine privé, il se compose de l'ensemble des biens immobiliers de l'État n'appartenant pas au domaine public et gérés selon les règles du droit privé. Le domaine privé rural est constitué de toutes les terres du domaine foncier rural et des forêts.

Le vaste domaine rural de l'État n'est pas exploité directement par l'Administration en régie. Il est au contraire géré au moyen de multiples procédures foncières, mis à la disposition de personnes privées : particuliers ou sociétés par la technique des permis et celle des concessions qui apparaît comme une opération soumise à une procédure au bout de laquelle l'État octroie, sous condition de mise en valeur, des droits fonciers aux particuliers.

Le domaine forestier est, lui, géré par la Société de développement des plantations forestières (SODEFOR) et l'Administration forestière (qui assure la mise en œuvre et le suivi de la politique du gouvernement en matière de production végétale et animale, en matière du développement rural par l'amélioration des productions végétales et animales ; qui, dans le cadre de la gestion de son pouvoir de sécurité, est chargé de coordonner les informations sur les conflits fonciers ; d'améliorer les conditions de vie des populations dans le respect de l'équilibre avec le milieu ambiant ; de créer les conditions d'une utilisation rationnelle et durable des ressources naturelles pour les générations présentes et futures ; de veiller à la restauration des milieux endommagés ; de maintenir l'intégrité du domaine forestier de l'État etc.).

Les principaux instruments de gestion du domaine privé sont le livre foncier et le cadastre auxquels il convient d'ajouter le plan foncier rural et le plan national de gestion des terroirs et d'équipement rural qui sont, à la vérité, des projets de gestion des terroirs fonciers.

En outre, l'État se veut contrôleur de l'utilisation des terres. Il ajoute aux instruments ci-dessus cités, l'obligation de rentabiliser les tenures. Ainsi, les terres et terrains abandonnés de fait ou insuffisamment mis en valeur sont-ils l'objet de la lutte entreprise par les pouvoirs publics contre le défaut d'aménagement.

La déclaration de vacance peut être prononcée après un certain délai lorsque la superficie en question est restée libre de toute occupation. Le propriétaire, qu'il soit de droit moderne ou de droit coutumier, ne peut alors invoquer des droits dont il n'a pas su tirer profit jusqu'ici.

En effet, pour l'Administration, « la propriété n'est pas un droit. Elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse une fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple, il ne cultive pas sa terre [...] l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir ses fonctions sociales » (Kouassigan 1978 : 271). Par les procédés d'expropriation pour cause d'utilité publique et pour cause d'utilité économique, l'État tient à réintégrer dans le circuit économique, les terres abandonnées en les attribuant à des particuliers ou à des agences qui s'engagent à les mettre en valeur.

2 - Les instruments de la maîtrise

Diverses raisons ont été avancées pour justifier la monopolisation des terres. Ainsi, les pouvoirs publics ivoiriens ayant succédé à l'Administration coloniale en 1960, se sont crus en état de guerre contre deux maux principaux qui menacent leur société : l'état de sous-développement et le risque d'éclatement de l'État. Ils en ont déduit un droit de décréter la mobilisation générale à travers les concepts de développement économique et social et d'unité nationale.

Devant ces défis à relever, devant tant d'enjeux, les moyens mis en œuvre pour y faire face sont : le droit et le transfert du modèle idéologique occidental.

Le droit est considéré par l'État de Côte d'Ivoire comme l'instrument privilégié de la mutation à opérer. La mise en œuvre de ce droit se réalise aux moyens du rejet des cadres fondamentaux de la pensée juridique

traditionnelle et du transfert du modèle juridique français et du modèle libéral occidental.

Le rejet total des institutions traditionnelles révèle la volonté délibérée du législateur ivoirien de faire de la loi la traduction d'un projet politique visant à promouvoir et à mettre en œuvre une certaine conception de la société. La nouvelle société ivoirienne doit rompre avec le passé afin d'être apte à assurer le développement économique et social de l'homme ivoirien. Mais, « l'affirmation des droits de l'État sur le patrimoine foncier n'a été suivie d'aucune réforme. Au contraire, ce sont ceux qui ont les moyens de mettre les terres en valeur qui bénéficient des titres fonciers. Aussi, la condition du droit de propriété foncière devient-elle la capacité de pouvoir et non l'aptitude juridique à en avoir. « Je peux économiquement et financièrement, donc j'ai et non j'ai donc je peux » (Yao N'dre 1988 : 165).

Cette conception n'est pas acceptée par les populations car, la terre est fondement de la vie pour les populations négro-africaines. Elle structure tous les aspects de leur vie : leur vie intérieure, privée et publique. Elle les connecte avec le cosmos. Par elle, elles intègrent l'univers des êtres.

Dans les sociétés ivoiriennes en effet, la terre n'est pas seulement le support de la production et de la reproduction. Elle est aussi le point de rencontre du visible et de l'invisible. Elle est la déesse mère. L'esprit de fécondité la plus proche et la plus chère de toutes les divinités.

« La terre (en effet), est une entité naturelle et spirituelle participant tout à la fois de l'ordre de l'univers et de l'ordre humain. L'homme lui appartient, en même temps qu'il coopère à son animation et à sa fructification. Au plan social, la relation qu'elle entretient avec l'homme diffère selon qu'il s'agit de la terre sauvage ou civilisée, de la terre à l'intérieur ou à l'extérieur de l'espace habité ; de la terre exploitée par le groupe ou par l'individu... Ainsi appréhendée dans sa relation à l'auteur de sa mise en valeur, la terre participe du système des relations sociales et sa valeur tient à la nature même de ces relations » (Verdier 1986 : 8).

Cette réalité est telle que quiconque perd la terre, perd la double existence : existence matérielle et existence immatérielle.

On le voit, ces conceptions (moderne et traditionnelle) si violemment opposées vont s'affronter mais sans vainqueur.

B – les conflits fonciers, conséquences de la confiscation des terres par l'État.

Les conflits fonciers en Côte d'Ivoire, se situent à divers niveaux. On observe des conflits entre autochtones, entre migrants et autochtones, et enfin des conflits entre ces derniers et l'État.

1 - conflits entre autochtones

L'usurpation de la propriété est la source principale de conflits entre les autochtones.

L'usurpation de la propriété intervient par le biais d'un mandat donné par une communauté à quelqu'un de gérer le bien collectif au nom et au bénéfice du groupe, ce mandataire se comporte comme le propriétaire du bien, en use comme bon lui semble (certaines fois, se procure un titre foncier en son nom personnel) sans faire aux mandants un rapport correct de sa gestion. Le mandataire se procure ainsi de la terre aussi longtemps que personne parmi les mandants ne se rend compte de la perte subie par le patrimoine collectif. L'aboutissement est l'éclatement d'un conflit.

2 - Conflits entre migrants et autochtones

Les conflits entre migrants et autochtones sont, dans leur très grande majorité, géographiquement situés dans la zone forestière, zone de grande production agricole.

L'afflux d'étrangers et d'autres Ivoiriens non originaires de la région crée un problème de cohabitation. La coexistence pose des problèmes religieux et culturels. Des considérations économiques et politiques tiennent une place tout aussi importante. C'est ainsi que dans l'ouest du pays, comme le note Babo,

« les Baoulé se sont installés avec l'appui du parti État (PDCI) dans les années 1970 ; certaines élites Baoulé ont profité de leur position au sein de l'appareil du PDCI pour obtenir des titres de propriété sur de vastes superficies de forêt, tout en ignorant les pratiques locales ; en rachetant le patrimoine de la "Palminindustrie" (une société industrielle) qui fit faillite en 1990 ou en obtenant une exploitation tolérée de certaines forêts classées ». (Babo 2006).

On comprend dès lors, pourquoi avec l'ouverture démocratique, on est passé dans cette région, d'une situation de tensions latentes à des conflits fonciers entre aubains et gens du pays. Les autochtones se considérant spoliés par les premiers.

Les conflits entre les différentes communautés sont pour certains, le fait des aubains. Ainsi, certains nouveaux venus, pour refuser de se

soumettre aux coutumes locales, allèguent-ils : « la terre appartient à l'État. Nous n'avons besoin d'autorisation à demander à personne ». Viennent ainsi les conflits fonciers. Conflits avec morts d'hommes, destructions d'édifices, de plantations, de campements, de villages, déguerpissements, bannissement, fuites, départs massifs d'étrangers se sentant menacés, recours aux ambassades ou aux représentations consulaires, etc.

Ainsi, se souviendra-t-on que le 14 juin 2005, les autochtones Akyé du village de Dinguira dans la sous-préfecture d'Alépé à l'Est d'Abidjan, ont expulsé de leurs campements, les allochtones ressortissants de la région du Zanzan dans le Nord-Est de la Côte d'Ivoire au motif que ces derniers, bien qu'Ivoiriens, se sont installés massivement sur leurs territoires sans leur autorisation préalable.

Dans bien d'autres cas, ce sont les autochtones qui se rendent coupables de faux. Ils vendent des terrains puis prétendent que les ventes sont nulles comme contraires à la coutume ou bien que les contrats n'étaient en réalité pas des ventes. Certains contestent simplement la validité des ventes faites par d'autres autochtones.

Les terres cédées, louées, vendues sont donc systématiquement arrachées à leurs occupants sans autre forme de compromis.

3 - Conflits entre autochtones et État

« Connu et analysé dès la période coloniale, le divorce entre législation et systèmes fonciers traditionnels reste béant. Aussi, gouvernements et populations s'inquiètent-ils devant une apparente multiplication des conflits fonciers imputés à la pression démographique croissante, aux migrations, à l'insertion de l'agriculture dans le marché, aux compétitions pour l'espace entre acteurs » (Lavigne 1998 : 14).

Pour donner un coup de fouet au développement économique et social à travers l'exploitation agricole, le Président de la République a déclaré que « la terre appartient à celui qui la met en valeur » (Houphouët Boigny, discours à la Nation, 1962). C'est donc l'interprétation de ce slogan qui est malheureusement à la base de nombreux conflits actuels dans le monde rural. Ainsi, le Burkinabé, le Malien ou le Guinéen qui arrivait en Côte d'Ivoire et qui en avait les moyens, était autorisé à s'installer sur n'importe quelle portion de terre ou de forêt sur toute l'étendue du territoire ivoirien. Il en devenait immédiatement et automatiquement « propriétaire » dès la mise en valeur. Il en était de même pour les mouvements internes.

Or « assurer des droits à des individus ou à des groupes de personnes de par leur seul travail de la terre, c'est passer outre

l'existence d'une domination d'un espace par un groupe. C'est donc à la fois remettre en cause l'intégrité territoriale et l'autorité des détenteurs des droits sur le territoire. Ne fonder le droit à la terre que sur le seul travail ne peut donc qu'amener des réticences de la part des autorités locales » (Gruenais 1986 : 293).

La pratique foncière mise en œuvre dans le cadre des grands projets d'aménagement en Côte d'Ivoire, n'est pas sans irriter profondément les détenteurs traditionnels des terres, qui finissent toujours par en être les victimes. Les autochtones considèrent en effet, que l'acte d'expropriation ou de concession aux sociétés d'État, n'a pas toujours

« tenu compte du caractère sacré et inaliénable de la terre de leurs ancêtres. Ce qui a donné lieu à un conflit entre pouvoir traditionnel et pouvoir moderne ; conflit né de la résistance des communautés rurales à quitter les lieux. Si ce conflit a été si durement ressenti par les populations, c'est que leur souci de préserver leur patrimoine ancestral entrainait en contradiction avec les préoccupations de l'État. » (Schteingart 1986 : 73).

En outre,

« les forêts classées sont un des lieux où se cristallise la confrontation entre le monopole étatique sur la propriété et l'exploitation des ressources fondées sur l'exclusion des populations, y compris des ayants droits antérieurs et les logiques d'appropriation de l'espace » (Traore 1986 : 40).

L'État n'étant pas reconnu comme propriétaire de la terre, personne ne lui demande une autorisation d'utilisation. C'est ainsi que l'accès à la terre et la circulation des obligations et des droits relatifs à la terre sont conçus par les paysans sans aucune information de l'État.

Les conflits de logique prenant l'aspect d'un affrontement entre la légalité nationale et les légitimités locales conduisent les populations locales à remettre en cause la légitimité des institutions chargées d'appliquer le droit foncier moderne. C'est ainsi que les agents des services du domaine, du cadastre, ou des eaux et forêts sont déclarées *persona non grata* toutes les fois qu'ils tentent d'expliquer aux populations que l'agriculture sur les berges immédiates du fleuve est une occupation irrégulière du domaine public si elle n'est pas autorisée par l'État propriétaire ou lorsqu'ils tentent de déguerpir les occupants des forêts classées.

Dans tous les cas, le foncier reste sans aucun doute l'un des domaines où l'échec du droit dit moderne introduit par l'État ivoirien à la suite de l'État colonial, se révèle le plus patent. En effet, les prérogatives foncières que l'État s'est réservées, dans les textes, se trouvent infirmées

ou notablement limitées dans la pratique par l'existence et la vitalité de la tenure coutumière.

On le voit, ces conflits fonciers constituent une menace pour l'ordre public et la sécurité publique, pouvant affecter et affectant même la cohésion sociale. Car ils épousent assez souvent des colorations politiques et ethniques. Il faut donc les régler et de la manière la plus efficace.

II – Un nouvel instrument de régulation foncière : la loi n°98-750 du 23 décembre 1998 portant code foncier rural de Côte d'Ivoire.

L'ambiguïté est au cœur du système foncier ivoirien. Tirillé entre droit moderne et droit traditionnel, l'État se révèle incapable d'imposer ses règles établies pour être appliquées ; ce droit posé, qu'il voulait exclusif, a du mal à pénétrer et assujettir le corps social. Ignoré et contesté, il est écarté par ce dernier, qui a tendance à vivre sous l'empire de ses propres pratiques nées généralement des travestissements du droit positif et des coutumes foncières redéfinies au goût du jour. En un mot, le droit légiféré se voit concurrencer par le « droit vécu ».

Pour surmonter cette ambiguïté ou incertitude tenant à la présence de plusieurs ordres juridiques en situation conflictuelle, un nouvel ordre juridique foncier devait être établi. Ce nouvel ordre est matérialisé par la loi n°98-750 du 23 décembre 1998 portant code foncier rural.

A - Rappel du contexte

La loi de 1998 intervient dans un contexte historique juridique et social très trouble et confus. Ce sont les pressions démographiques et foncières qui sont à l'origine de ce trouble. En effet, la recherche de main-d'œuvre bon marché par les colonisateurs, relayés après l'indépendance par l'État de Côte d'Ivoire, aura pour conséquence une très forte colonie d'immigrés en Côte d'Ivoire. À cela, il faut ajouter l'arrivée d'autres immigrants, suite aux sécheresses pernicieuses qui se sont abattues dans leurs pays. Tous ces immigrants, avec les déguerpis des barrages hydroélectriques et des complexes agroalimentaires, vont exercer au détriment des populations des localités d'accueil, une forte pression sur la terre. Cette pression était déjà très vive dès les années 70-80. Mais, c'est le charisme d'Houphouët Boigny qui la contenait. Après sa mort, les conflits sont devenus sanglants. Ce qui a conduit les pouvoirs publics à adopter une série de mesures tendant à réguler, sécuriser les rapports fonciers. Ce sont, notamment, les décrets de 1995 instaurant l'indemnisation des parcelles agricoles exploitées, dans le domaine rural

et ôtées à leurs détenteurs et d'autre part, le décret instaurant l'indemnisation des possesseurs coutumiers dont les terres sont incorporées dans un périmètre à urbaniser.

B - Le contenu de la loi.

Les dispositions essentielles de la loi de 1998 apparaissent dans sa définition, dans ses finalités et dans ses principes.

1 - Définition

Le domaine foncier rural est *constitué par l'ensemble des terres mises en valeur ou non quelle que soit la nature de sa mise en valeur* (article 1^{er} alinéa 1). Du point de vue de sa composition, il apparaît comme une catégorie résiduelle par rapport aux domaines public, urbain et forestier classé. Ainsi, aux termes de l'article 2, *le domaine foncier rural est à la fois : Hors du domaine public ; Hors des zones d'aménagement différées (ZAD) officiellement constituées ; Hors du domaine forestier classé.*

Il s'ensuit que la localisation d'une parcelle dans le domaine foncier rural se fait après élimination des autres possibilités par les autorités compétentes.

2 - Les finalités

L'objectif principal de la loi n° 98-750 portant code foncier rural est de mettre de l'ordre dans le domaine du foncier rural. Ainsi, cette loi vise-t-elle à :

- Apporter la sécurité foncière de plus en plus réclamée par les exploitants agricoles, surtout les jeunes dont la proportion va grandissant et par les organismes financiers impliqués dans les mécanismes de crédit agricole, en clarifiant les droits fonciers, en réduisant les conflits fonciers et en fournissant un cadre juridique précis pour le règlement des conflits et ce, par un système, s'appuyant sur les réalités nationales ;

- Permettre de donner la propriété foncière en garantie pour des prêts accordés par les organismes de financement ;

- Sécuriser dans le temps les investissements dans le domaine foncier rural et contribuer ainsi à la stabilisation et à la modernisation des exploitations agricoles ;

- Encourager le maintien des jeunes à la terre sur un bien foncier familial, bien identifié et sécurisé.

- Donner une valeur marchande aux terres du domaine foncier rural.

D'où les principes exposés ci-après.

3 - Les principes

Les principes fondamentaux de la loi de 1998 sont au nombre de quatre.

- Les personnes admises à la propriété

Toute parcelle du domaine foncier rural doit avoir un propriétaire dont l'identité figure au registre foncier. Mais seuls, l'État, les collectivités publiques et les personnes physiques ivoiriennes sont admis à être propriétaire des terres du domaine foncier rural. (Article 1^{er}).

Les propriétaires (ceux qui ont acquis la propriété antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi) ne répondant pas aux critères d'accès à la propriété fixés par la loi, gardent le statut de propriétaire. Leurs héritiers, (s'ils ne sont pas Ivoiriens) peuvent prétendre à la propriété. (Article 26 nouveau). Notons que ces propriétaires non-ivoiriens sont au nombre de 72 et possèdent 2093 ha de terres cultivables.

Les propriétaires fonciers sont soumis à des obligations qui au regard de la législation antérieure, sont nouvelles :

Le respect de l'environnement, l'obligation de payer un impôt foncier (article 24). Cet impôt pèse aussi bien sur les collectivités que sur les particuliers

- La reconnaissance des droits coutumiers et leur harmonisation avec le droit moderne

La loi nouvelle considère les droits coutumiers comme une caractéristique incontournable de la situation et en consacre la reconnaissance officielle après enquête et constat d'occupation pacifique.

Cependant, cette reconnaissance est temporaire. La loi en effet, fait obligation aux détenteurs des terres coutumières de procéder à leur immatriculation. Ainsi les collectivités villageoises disposent-elles aux termes de l'article 3 d'un délai de dix ans pour obtenir un certificat foncier rural constatant l'existence continue et paisible du droit coutumier. Faute de satisfaire ces exigences, les terres du domaine coutumier retombent dans le domaine foncier à titre permanent de l'État comme terres sans maître. Aussi, la loi fixe-t-elle un délai de trois ans suite à l'obtention d'un certificat foncier pour introduire une réquisition d'immatriculation.

La consécration des droits coutumiers constitue une innovation majeure dans la mesure où jusque là l'arsenal administratif et juridique s'est montré hésitant.

Par la présente loi donc, le législateur ivoirien rejoint ses collègues de la sous région notamment malien, burkinabé, nigérien. En effet, l'article 9 de l'ordonnance n° 93 – 015 du 02 mars 1993 fixant les principes d'orientation du Code rural nigérien consacre le domaine coutumier.

Il en va de même de la loi 8691 / AN – RM du 1^{er} avril 1996 portant Code domanial rural et forestier du Mali et de la loi 014 / 96 / ADP du 23 mai 1996, portant réorganisation agraire et foncière au Burkina-Faso.

En ce qui concerne l'harmonisation du droit moderne et du droit coutumier, celle-ci se réalise par les techniques de constatation (article 7) et de délivrance d'un certificat foncier (article 8). L'article 71 de la Constitution du 1^{er} août 2000 y met son sceau.

- **Les nouvelles procédures de délivrance des titres de propriété**

Ces procédures concernent deux types de terres rurales : Les terres ayant fait l'objet d'un titre d'occupation délivré par l'Administration : Les domaines concédés ; et celles qui n'ont fait l'objet d'aucun titre d'occupation : Les domaines coutumiers.

— La procédure pour le domaine coutumier

Cette procédure est réglementée par le décret 99-594 du 13 octobre 1999 fixant les modalités d'application au domaine foncier rural coutumier de la loi de 1998.

Toute personne ou tout groupement informel d'ayant droits se disant détenteur de droit coutumier, doit faire constater ces droits au terme d'une enquête officielle. Cette enquête est exécutée par un commissaire enquêteur. Elle est contradictoire et permet de révéler la nature des droits exercés sur les terres objet de l'enquête. L'enquête officielle doit être approuvée par le comité villageois de gestion foncière rurale compétente et validée par le comité de gestion foncière rurale au niveau de la sous-préfecture. Elle débouche sur la délivrance d'un certificat foncier signé par le préfet de département, enregistré à la direction départementale de l'Agriculture et des ressources animales et publié au journal officiel.

Le certificat foncier qui confère un droit réel à son titulaire est un document délivré par l'Administration et permet d'établir la propriété sur une terre du domaine foncier rural coutumier. Il peut être individuel ou collectif. Il est cessible et transmissible. Le détenteur du certificat foncier a un délai de trois ans pour immatriculer la terre concernée.

Une terre de droit coutumier immatriculer devient une terre privée au sens du code civil, elle devient aliénable, aussi, est-ce le droit moderne qui est appliquée à cette terre et non plus le droit coutumier.

— La procédure pour le domaine concédé

Elle est organisée par le décret n^o 99-595 du 13 octobre 1999 fixant la procédure de consolidation. La loi fait obligation au concessionnaire provisoire, sous réserve des droits des tiers, de consolider ces droits c'est-à-dire de requérir l'immatriculation de la terre concédée et ensuite de solliciter son achat ou sa location. Le bénéficiaire d'une concession pure et simple a également l'obligation de consolider ses droits.

On le voit, l'immatriculation foncière reste le fondement juridique de la propriété. Puisque seule l'immatriculation confère un droit inattaquable.

- **La mise en valeur**

La loi nouvelle réaffirme l'obligation de mise en valeur ; mais la déchéance du droit du propriétaire en cas de non mise en valeur prévue par la loi 71 – 388 du 12 juillet 1971 relative à l'exploitation rationnelle des terrains ruraux détenus en pleine propriété (abrogée par l'article 27 de la loi de 1998) n'est pas retenue. Seule une contrainte est envisagée. Par ailleurs, la mise en valeur ne se confond plus avec la mise en culture. Elle résulte désormais [...] *de la réalisation soit d'une opération de développement agricole, soit de toute autre opération réalisée en préservant l'environnement et conformément à la législation et à la réglementation en vigueur. Les opérations de développement agricole concernent notamment et sans que cette liste soit limitative : les cultures, l'élevage des animaux domestiques ou sauvages, l'aquaculture, les infrastructures et aménagements à vocation agricole, les jardins botaniques et zoologiques, les établissements de stockage, de transformation et de commercialisation des produits agricoles* (Article 18)

Mais cette loi, entrée en vigueur depuis, a du mal à être appliquée. Cette inapplication de la loi est, pour une grande part, due en ce qu'elle renferme des dispositions choquantes pour le paysan, pour l'Administration (? !) et le juge (? !).

En outre, cette loi renferme des insuffisances qui à l'heure actuelle sont difficilement surmontables. En effet, l'enquête pour la justification des droits coutumiers est, aux termes de l'article 1^{er} du décret du 13 octobre 1999 *au frais du demandeur*. Or la pauvreté sévit dans les campagnes ivoiriennes. D'autre part, l'institution d'un délai de dix ans accordé au détenteur de droit coutumier pour faire constater ses droits sur les parcelles aura-t-il l'effet souhaité ? Car pour les paysans ivoiriens, il est inutile de faire légitimer un droit qui est le leur, un droit consacré depuis des générations : le droit traditionnel sur la terre ne se prescrit

jamais. De même, la légitimité qui s'attache aux droits coutumiers fonciers dans les consciences et la vitalité dont ils ont fait preuve jusqu'ici incline à penser qu'ils survivront en dépit de la prescription extinctive et du versement de la parcelle au domaine de l'État.

Et même une fois reconnu, le propriétaire se trouve astreint à l'impôt foncier rural (article 24). L'impôt peut être ressenti comme une résurgence coloniale. L'impôt sur le foncier rural est susceptible de choquer la mentalité des paysans. Cette connotation négative devra entrer en ligne de compte dans l'élaboration des mesures juridiques de mise en œuvre de l'impôt foncier sur les terres rurales.

En outre, le système de la consolidation des droits coutumiers s'effectuant en deux étapes¹ : établissement de certificat foncier et immatriculation, est compliqué et peut conduire au découragement. Selon nous, il aurait été plus simple d'adopter la procédure préconisée par la commission des affaires générales et institutionnelles de l'Assemblée Nationale qui, dans son rapport suggérait que *la seule obtention d'un certificat foncier puisse conférer le droit de propriété à son détenteur*.

Cette loi donc, loin d'être parfaite, n'en demeure pas moins une bonne loi. En témoigne l'accord de Linas Marcoussis du 23 Janvier 2003, issu de la table ronde des formations politiques ivoiriennes sur la crise ivoirienne en ces termes : *la table ronde estime que la loi n° 98-750 du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rural votée à l'unanimité par l'Assemblée nationale, constitue un texte de référence dans un domaine juridiquement délicat et économiquement crucial et ce malgré quelques réserves*.

Au total, la loi de 1998 compte faire entrer la terre dans la catégorie des biens. Celle-ci appartient désormais aux personnes, aux hommes. Ici, à l'État, aux collectivités publiques ivoiriennes et aux personnes physiques ivoiriennes entre lesquelles il existera un véritable marché de l'immobilier foncier avec son mécanisme de vente et de location. À la vérité, l'État demeure seul propriétaire des terres rurales, car parmi les personnes morales détenant des titres fonciers ne figurent pas les collectivités territoriales (en effet, le foncier n'est pas inscrit dans leurs compétences même si la loi d'orientation sur l'organisation générale de l'Administration territoriale du 9 août 2001 en son article 32 *in fine* dispose qu'elles gèrent des terroirs et l'environnement). En outre, ces personnes, au nombre de quarante dont 35 sociétés et 5 personnes morales confessionnelles, ne détiennent que 5080 hectares soit 0,022%

¹ Contrairement à ce qui se déroule en Guinée et au Niger où la *propriété coutumière confère à son titulaire la propriété pleine et effective de la terre*.

des terres cultivables. (MINAGRI, 2005). En définitive et considérant ce qui précède, il y a lieu de rechercher un consensus, de renégocier les règles.

III – L'approche participative : la recherche du consensus comme système de décision

Les règles ne sont efficaces que si elles sont légitimes, si elles relèvent d'une autorité légitime, s'il existe des mécanismes associant les communautés locales pour les renégocier. Ainsi, pour que les règles, notamment les règles d'accès et de contrôle des ressources, des modes de règlement des conflits soient efficaces, il faut reconnaître les instances locales et travailler au renforcement de leur capacité de gestion.

A - Des instances locales à reconnaître

Les communautés locales doivent pouvoir bénéficier d'une reconnaissance socio politique et d'une maîtrise foncière et domaniale minimale de leur espace indispensable à leur identité et à leur développement ; c'est-à-dire être responsabilisées et pouvoir participer aux procédures de domanialité. En outre, la participation desdites populations à la gestion et à l'exploitation des ressources se révèle nécessaire à une gestion intégrée de l'environnement dans l'optique d'un développement durable. Or, faire participer les collectivités à la gestion des forêts et satisfaire leurs besoins socio-économiques, participe du respect du droit de l'homme à l'environnement. C'est ce qui ressort également du principe 22 de la déclaration de Rio de 1992 qui dispose :

« les populations et communautés autochtones et autres communautés locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leurs identités, leur culture et leurs intérêts, leur accorder l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable ».

C'est dans ce sens que l'État de Côte d'Ivoire semble s'inscrire dorénavant. En effet, vu les nombreux conflits qui jalonnent la marche de l'État et pour éviter que le pays ne devienne un champ de bataille rangée entre les communautés, le gouvernement a entamé des négociations avec les différentes communautés impliquées dans les conflits. Cependant, il privilégie le *droit de la hache* c'est-à-dire, les communautés autochtones. Aussi, est-ce avec les Akyé de Dinguira qu'il négocie le retour des ressortissants du Zanzan. Il entreprend la même démarche à Tabou dans le Sud-Ouest ivoirien avec les autochtones Kroumen qui avaient banni de

leurs territoires les allogènes Lobi et Burkinabé et à Pissékou (Gagnoa au Centre Ouest) avec les autochtones Bété qui ont banni d'autres Burkinabé. Ces différentes négociations ont abouti à la signature de pactes entre les parties. Les avant-projets de ces pactes sont conçus par les autochtones qui les soumettent au gouvernement pour leur conformité avec le corpus législatif et aux allochtones et allogènes pour quelques observations avant adoption.

Ces pactes ont pour fins la résolution des conflits actuels entre autochtones, allochtones et allogènes ; la prévention d'éventuels autres conflits de cohabitation et fonciers et l'amélioration du climat et de la cohésion sociale au sein des communautés. Aux termes de ces pactes, les allochtones et allogènes sont invités entre autres à :

- respecter les Institutions et les lois des autochtones ;
- se trouver pour chacun obligatoirement un « tuteur » au sein de la population autochtone ;
- payer une redevance au tuteur ;
- participer aux activités économiques et sociales de leur lieu de résidence.

Désormais, la superficie mise en location par les autochtones aux allochtones et allogènes n'est guère supérieure à dix ha/personne. La durée de location étant fixée à vingt ans.

En outre, suivant les clauses de ces conventions – qui ont été signées par le Ministre de la Réconciliation nationale – l'Administration déconcentrée, les représentants des parties aux conflits ainsi que par les représentants des États du Burkina, du Mali et de la Guinée – aucun allochtone, aucun allogène ne peut acheter une terre de culture. Remarquons que si cette dernière clause est conforme à la loi de 1998 en ce qui concerne l'allogène, elle ne l'est pas pour l'allochtone qui est un national ivoirien donc susceptible d'être propriétaire (article 1^{er} loi de 1998). Quant aux autochtones, ils sont invités à se faire délivrer un titre foncier conformément à la loi.

Au total, ces pactes donnent la prééminence aux droits des communautés autochtones. Cependant, l'État se doit de veiller au respect de la légalité, à la transparence et à l'équité des résultats.

La reconnaissance des droits des communautés sur leurs ressources naturelles de leur territoire constitue l'une des bases d'un éco développement participatif (Lazarev 1993). L'accent mis sur la gestion du foncier à travers l'approche socio foncière constitue une innovation intéressante.

B - Renforcer des capacités de gestion locale

La gestion des ressources naturelles renouvelables relève d'un ensemble complexe de règles établies par les sociétés locales, règles qu'elles ont construites au fil du temps, dans le souci de répondre à divers problèmes de régulation de l'accès à la terre, au pâturage et aux produits de cueillette... La définition de ces règles, leur contrôle et leur ajustement dépendent d'organisations locales placées sous la responsabilité des autorités traditionnelles. Celles-ci agissent rarement sans s'assurer d'une adhésion assez large aux décisions à prendre, sollicitant pour cela l'avis de conseillers, de chefs de village et de divers relais locaux. C'est donc au renforcement des systèmes de décision consensuelle que l'on veut s'attacher dans le renforcement des capacités locales de gestion.

Bien entendu, la réglementation foncière ne saurait être une simple codification du savoir local. Mais ce dernier doit inspirer le législateur dans tous les domaines où il se révèle utile et pertinent. Parce que le droit s'applique à l'homme, il doit partir de l'homme. Dans tous les domaines économiques et sociaux, surtout ceux touchant le monde rural encore attaché aux traditions, les pouvoirs publics gagneraient à s'affranchir d'un certain nombre de préjugés pour interroger la psychologie des destinataires des politiques de développement au lieu de se contenter d'une copie souvent maladroite des textes de la Métropole.

Il faut donc discuter. La démocratie participative fait de l'écoute citoyenne un principe essentiel de développement durable. En collant mieux aux attentes des citoyens, les démarches de concertation, voire de co-construction renforcent les chances de réussite et d'appropriation d'une action sur le long terme.

Un des enjeux spécifiques de ces démarches est donc de promouvoir des systèmes de décision impliquant une large représentation des différents groupes d'intérêt concernés. Il s'agit de faciliter des prises de décision consensuelle qui rassemblent des acteurs aux logiques souvent potentiellement conflictuelles.

Cette recherche de consensus est d'autant plus essentielle qu'elle intervient entre des groupes d'intérêts qui entretiennent des rapports de force la plupart du temps très déséquilibrés au sein des sociétés locales. L'enjeu est d'aider à la prise en compte négociée des intérêts des groupes sociaux minoritaires au sein de la société locale.

Cette recherche du consensus entre des usagers et décideurs multiples conduit à préconiser une « gestion patrimoniale négociée », c'est-à-dire une gestion collective et consensuelle du patrimoine foncier sur lequel tous vivent.

Les organisations intercommunautaires qui se mettent en place rassemblent les représentants des villages, les gestionnaires coutumiers du foncier, les organisations socioprofessionnelles concernées (pêcheurs, chasseurs, agriculteurs...) et les associations locales qui se sont mobilisées pour la préservation des ressources. Ces forums constituent une première étape de débat des règles de gestion en vigueur pour des espaces inter villageois au sein desquels une ou plusieurs ressources communes présentent des enjeux particuliers : réserves de faune et espaces forestiers intervillageois. La démarche engagée vise l'élaboration d'une charte de gestion, confirmant ou redéfinissant les règles de gestion et d'usage et précisant les modalités de contrôle, de sanction et de médiation.

Reste que la participation n'ignore pas les écueils, en premier lieu celui de promouvoir une démocratie de réseaux, une gouvernance des initiés au détriment de la nécessaire participation populaire.

Pour que cette participation soit effectivement populaire, il faudrait inscrire le foncier sur la liste des compétences des collectivités locales. Non sans avoir revu la légitimité des dites collectivités. Ces dernières en effet, ne bénéficient d'aucune légitimité historique comme leurs homologues françaises. Elles ont été montées de toutes pièces et très artificiellement dans le cadre du mimétisme institutionnel cher aux pouvoirs publics ivoiriens. En effet, s'est en suivant le découpage administratif colonial, que les pouvoirs publics vont dans un premier temps ériger en communes les cercles coloniaux qui, l'on s'en souvient, étaient constitués pour assurer une plus grande emprise des colons sur les populations indigènes. En second lieu, en prenant à leur compte la technique coloniale du regroupement des villages le long des pistes et routes créées pour percevoir les divers impôts, les pouvoirs publics ivoiriens vont aussi regrouper des villages, déplacer certains et, en 1980, les ériger en communes. Aujourd'hui, ce sont presque tous les villages ivoiriens qui sont devenus des communes par la volonté des pouvoirs publics sans même qu'il ait été réalisé un seul relevé topographique pour délimiter ne serait-ce que les limites des villages. Cette omission est source potentielle de conflit entre villages voisins.

C - Installer des comités locaux de gestion.

Pour le suivi de toutes ces démarches et règles consensuelles, l'État et les communautés locales (autochtones, allogènes et allochtones) ont convenu, dans chaque cas, d'installer un comité de suivi dénommé *comité local de réconciliation et de paix*. Ce comité est chargé de la prévention et de la gestion des conflits, de la sensibilisation à la paix, au pardon, à la tolérance. Il est composé :

- du chef du village ou de la localité en crise, président ;
- du représentant de l'Administration locale, vice président ;
- de notables autochtones ;
- de représentants d'ethnies ivoiriennes vivant dans la localité
- de représentant de partis politiques ;
- de représentants de jeunes nationaux ;
- de représentants de femmes ;
- de représentants de communautés allogènes ;
- de représentants de confessions religieuses.

On le voit, le comité local est lié à la vie sociale locale et se présente comme lieu d'apprentissage du respect des autres communautés en même temps que des individus qui les composent. Il représente à l'échelle locale, le lieu par excellence où devraient s'élaborer les mécanismes de la résolution non-violente des conflits et où pourrait se constituer un véritable laboratoire de la réconciliation et de la paix dans une perspective démocratique et citoyenne.

Il est aussi la construction de systèmes de décisions facilitant la recherche du consensus dans la mise en place de modes de gestion assurant un accès équitable et durable à différentes catégories d'utilisateurs aux intérêts souvent contradictoires.

Conclusion

Il est trop tôt pour observer de véritables éléments d'impact mais un certain nombre de facteurs permet d'apercevoir d'ores et déjà des résultats intéressants à court terme. Notamment à Tabou dans le Sud-Ouest et à l'Est dans le département d'Alépé, les populations ont recommencé à revivre ensemble.

Un certain rapprochement entre services techniques de l'État, chefferies locales et organisations socioprofessionnelles, s'est opéré par la mise en place de ces instances locales. Le premier impact est une meilleure connaissance du mandat respectif de ces différents acteurs. On note aussi tout l'intérêt de la construction et de la reconnaissance de règles de gestion en commun. Au stade actuel du travail engagé, les instances locales accompagnées ne constituent pas de nouvelles institutions dans le paysage local du développement et de la gestion des ressources naturelles. Elles rassemblent en réalité les acteurs locaux qui se mobilisent autour des questions d'exploitation durable des ressources

(centres de décisions, organisations paysannes, associations de protection du patrimoine). L'acquis principal est donc avant tout l'apprentissage de nouveaux modes de concertation, de débat sur les orientations et de décisions stratégiques concernant les modalités d'accès aux espaces et aux ressources communes.

Bibliographie

AKA Aline, 2001, « Analyse de la nouvelle loi de 1998 au regard de la réalité foncière et de la crise sociopolitique en Côte d'Ivoire », in *Bulletin de liaison du LAJP*, Retour au foncier, n° 26 septembre 2001, Paris, LAJP, pp. 130-143

BABO A., 2003, *Dynamique sociale et mutations dans le système de gestion du foncier en zone de savane: une réflexion à partir des cas des villages baoulé de Allokro, Kouakro, Mandéké et Sahounty (Côte d'Ivoire)*, Thèse de doctorat, Université de Bouaké, 317 p.

BARRIÈRE Olivier et BARRIÈRE Catherine, 1997, *Le foncier-Environnement. Fondements juridico-institutionnels renouvelables au Sahel*, Rome, FAO, collection études législative.

BELLINA Séverine, 2001, *Droit public et institutionnalisation en situation de pluralisme normatif: le cas de l'État malien*, thèse sous la dir. de Jean-Jacques Gleizal et Dominique Darbon, Université Pierre Mendès France (Grenoble 2), 518 p.

BENOIST J-P. (Père), GURTNER P. et al., 1979, *Le village piégé. Urbanisation et agro-industrie sucrière en Côte d'Ivoire*, Paris, PUF, Genève, Institut Universitaire d'Études du Développement, 366 p. coll. Cahiers de l'IUÉD,

CHAUVEAU Jean-Pierre, et DOZON Jean-Pierre), 1987, « Au cœur des ethnies ivoiriennes » in Terray Emmanuel (dir.), *L'État contemporain en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 418 p.

CHAUVEAU, Jean-Pierre, 2000, « Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire. Les enjeux silencieux d'un coup d'État », *Politique africaine*, vol. 78, pp. 94-125.

CIRAD/SAR, Banque Mondiale, (1996) *Évaluation de l'opération pilote de Plan Foncier Rural, Côte d'Ivoire*, 401 p. + annexes, rapport définitif.

COLLEYN Jean-Paul, 1983, « Valeurs et droits dans une société sans pouvoir politique univoque », *Droit et culture*, n° 6, pp. 23-33.

CONAC Gérard, 1995, « Les politiques juridiques des États d'Afrique francophone au lendemain des indépendances », in *Mélanges en l'honneur du professeur G. PEISER*, Grenoble, PUF, pp. 141-161.

CONTAMIN Bernard et MEMEL-FOTÉ Harris (eds), 1997, *Le modèle ivoirien en question, crises, ajustement, recompositions*, Paris, Karthala/Orstom, 802 p., coll. hommes et sociétés.

CROUSSE Bernard, LE BRIS Émile, LE ROY Étienne (dir.) 1986, *Espaces disputés en Afrique noire, pratiques foncières locales*, Paris, Karthala, 426 p., coll. hommes et sociétés.

DOZON Jean-Pierre, 1997, « L'étranger et l'allochtone en Côte d'Ivoire », in CONTAMIN Bernard et MEMEL-FOTÉ Harris (eds), *Le modèle ivoirien en question...*, pp. 779-798.

GRUENAIIS Marc Éric, 1986, « Territoires autochtones et mises en valeur des terres » in Crousse Bernard, Le Bris Émile, Le Roy Étienne, *Espaces disputés en Afrique noire...*, pp. 283-298.

JANIN Pierre, 2000, « Crises ivoiriennes et redistribution spatiale de la mobilité: les Baoulé dans la tourmente », *Revue du Tiers Monde*, vol. XLI, n° 164, pp. 791-813.

KOUASSIGAN Guy-Adjété, 1966, *L'homme et la terre : droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris, O.R.S.T.O.M/Éditions Berger-Levrault, 283 p., coll. L'homme d'outre-mer, Nouvelle série n°8.

KOUASSIGAN Guy-Adjété, 1979, « Propriétés foncières et développement. Tendances générales et option négro-africaine » in BENOIST J-P., GURTNER P. et al., *Le village piégé*, pp. 257-307.

LAVIGNE DELVILLE Philippe, 1998 « L'environnement, dynamiques sociales et interventions externes : construire et gérer l'interface entre acteurs », in Rossi Georges, et al. (dir.), *Sociétés rurales et environnement...*, pp. 381-394.

LAZAREV Grigori, 1993, *Vers un éco-développement participatif, leçons et synthèse d'une étude thématique*, PNUD/FENU, Paris, L'Harmattan, 271 p., coll. bibliothèque du développement.

LE ROY Étienne, 2001, « Actualité des droits dits « coutumiers » dans la pratique et les politiques foncières en Afrique et dans l'océan indien à l'orée du XXI^e siècle », *Bulletin de liaison du LAJP, retour au foncier*, n° 26, Paris, LAJP pp. 35-53.

MEILLASSOUX Claude, 1974, *Anthropologie économique des Gouro de Côte d'Ivoire. De l'agriculture de subsistance à l'agriculture commerciale*, 3^e ed., Paris, La Haye, Mouton, 382 p., coll. EPHE, 6^e section, Le monde d'Outre-Mer, passé et présent, 1^{re} série, 27.

N'DRI Kouadio, 2001, « Recherches sur l'exercice du pouvoir local en Côte d'Ivoire » *Cahier africain d'Administration publique*, n°57, pp. 1-12.

NENE BI Séraphin, 2005, *La terre et les institutions traditionnelles africaines. Le cas des Gouro de Côte d'Ivoire*, thèse de Doctorat, URF SJAP, Université d'Abidjan, 730 p.

ROSSI Georges, LAVIGNE DELVILLE Philippe, NARBEBURU Didier (dir.), 1998, *Sociétés rurales et environnement. Gestion des ressources et dynamiques locales au Sud*, Paris, GRET/Karthala, Talence, Regards, 402 p., coll. économie et développement (Paris).

SCHTEINGART Martha, 1986, « La terre rurale de propriété collective et la logique capitaliste du développement urbain. Le cas de Mexico. » In *Espaces disputés en Afrique noire...*, pp. 73-83.

SCOONES Ian, THOMPSON John L. (dir.), 1999, *La reconnaissance du savoir rural : savoir des populations, recherche agricole et vulgarisation*, trad. de l'anglais par Context language services, Paris, Karthala, Wageningen (Pays-Bas), CTA, 474 p., Coll. Économie et développement.

TRAORE Jean-Marie, 1986, « Aménagement urbain et pratiques foncières coutumières en Haute-volta » in CROUSSE Bernard, LE BRIS Émile, LE ROY Étienne (dir.), *Espaces disputés en Afrique noire...*, pp. 33-40

VALLAT Colette, 1979. « L'immigration baoulé en pays bakwé: étude d'un front pionnier », *Cahier de l'Orstom-Sciences Humaines*, vol. XVI, n° 1-2, pp. 103-110.

VERDIER Raymond et ROCHEGUDE Alain (éd.), 1986, *Systèmes fonciers à la ville et au village. Afrique noire francophone*, Paris, L'Harmattan, 296 p. coll. alternatives paysannes.

VERDIER Raymond, 1986 « civilisations paysannes et tradition juridique » in Verdier Raymond et Rochegude Alain (éd.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, pp. 5-26.

YAO-N'DRE P., 1986, « La maîtrise foncière de l'État en Côte d'Ivoire (1885-1985) » in *Revue Ivoirienne de Droit*, n°3-4, pp 49-72.

YAO-N'DRE P., 1989, « Décentralisation et développement rural en Côte d'Ivoire » in La décentralisation, actes du colloque international, Abidjan 9-12 mai 1988, coll. *Études et documents* du Centre Ivoirien de recherches et d'études juridiques (CIREJ) n°3, pp 78-117.

Textes de lois

Loi 65-255 du 04 août 1965 relative à la protection de la faune et à l'exercice de la chasse (JORCI du 26 août 1965 page 898).

Loi 84-1244 du 8 novembre 1984 portant régime domanial des communes et de la ville d'Abidjan, (JORCI, 22 novembre 1984, page 619).

Loi n° 98-750 du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rural (JORCI, n°2, du 14 janvier 1999, pp 23-25).

Loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire, (JORCI, n° 30 du 03 août 2000).

Décret n° 99-593 du 13 Octobre 1999 Portant organisation et attributions des Comités de gestion Foncière Rurale. (JORCI n°43 du 28 octobre 1999, pp 867-868).

Décret n° 99-594 du 13 Octobre 1999 Fixant les modalités d'application au domaine Foncier Rural coutumier de la loi n° 98-750 du 23 décembre 1998. (JORCI n°43 du 28 octobre 1999, pp 868-871).

Décret n° 99-595 du 13 octobre 1999 Fixant la procédure de consolidation des droits des concessionnaires provisoires du Domaine Foncier Rural. (JORCI n°43 du 28 octobre 1999, pp 871-872).

Annexe 1

Code d'intégration sociale et de cohabitation pacifique entre les communautés vivant dans le département de Tabou.

Exposé des motifs

Le conflit de cohabitation qui a éclaté en novembre 1999 entre les autochtones kroumen et des Lobi et Burkinabé a entraîné le bannissement des Lobi et Burkinabé du département de Tabou et de la sous préfecture de Grand Bereby.

Au terme du règlement de ce conflit, le bannissement a été levé le 29 octobre 2006. Pour rétablir et consolider la cohésion sociale, le Ministère de la Réconciliation Nationale et des Relations avec les Institutions, en accord avec les communautés concernées, a élaboré un code consensuel d'intégration sociale et de cohabitation pacifique.

Ce code a pour objectif d'assurer, dans une dynamique de paix, le retour harmonieux et la réinstallation organisée des bannis et dissiper les tensions.

Article 1 : Chaque allogène, chef de famille, doit avoir un tuteur autochtone qui lui servira d'intermédiaire pour nécessité d'intégration culturelle, sociale et économique. Chaque membre d'une communauté doit nécessairement posséder une pièce officielle d'identification.

Chaque nouvelle entrée de personne doit être signalée au chef pour le maintien de la relation de confiance et de sécurité.

Article 2 : Les nationaux (Autochtones et allochtones) et les non nationaux (allogènes) doivent considérer le village d'accueil comme leur village et participer, en conséquence, à la vie socioéconomique du village ;

Article 3 : Les allochtones et les Allogènes doivent habiter sur le même site que les autochtones. Par conséquent, le principe des allochtones et/ou allogènes qui consiste à créer un quartier ou un village à part est désormais proscrit.

Tout nouvel allogène dans la communauté villageoise doit être présenté au chef du village en vue de la consolidation de la relation de confiance.

Article 4 : Dans le souci de protéger les éventuels acquéreurs, il est interdit de vendre ou d'acheter la terre qui est une propriété communautaire sans l'avis de la hiérarchie coutumière.

Article 5 : Toute activité commerciale ou agricole dans le village doit s'exercer sur une base contractuelle entre les allochtones, les allogènes et leurs tuteurs

Article 6 : Les autochtones doivent favoriser une vie intercommunautaire paisible et harmonieuse

Article 7 : Les autochtones doivent veiller à l'intégration des communautés étrangères et des naturalisés dans la vie culturelle et sociale de la communauté villageoise

Article 8 : Tout contentieux, quel qu'il soit, doit épuiser les voies de recours qui s'offrent, d'abord, au niveau du village, du secteur ou du canton avant d'arriver au niveau des autorités de la sous Préfecture.

Article 9 : Le Comité local de réconciliation et de Paix au niveau du Département, de la sous-Préfecture, de la commune ou du village est chargé de l'application et du suivi du présent code.

Article 10 : Tout conflit entre communauté doit être réglé par la voie du consensus ou du compromis.

Article 11 : Toute discrimination fondée sur l'origine de la communauté, de l'ethnie, de la confession religieuse ou de l'appartenance politique est prohibée.

Article 12 : Le présent code d'intégration sociale et de cohabitation pacifique dont un exemplaire est remis à chaque chef de communauté doit être largement diffusé au sein de chaque communauté concernée.

Fait à Tabou, le 18 Novembre 2006

Annexe 2

Pacte de cohabitation pacifique entre la communauté Attié (ou akié) et les ressortissants non autochtones de Dinguira (Département d'Alépé)

1 – LE CONTEXTE

Le mardi 14 juin 2005, les autochtones de Dinguira (Sous-préfecture d'Alépé) expulsaient de leurs campements les allochtones (ressortissants du Zanzan), suite au refus de ces derniers de se soumettre à une opération de recensement. En effet, les autochtones ayant constaté une arrivée massive des populations Abron, Koulango et Lobi dans leur région et une occupation anarchique de leurs terres par ces dernières, ont décidé cette opération pour contrôler le phénomène, face à la pénurie croissante des aires cultivables.

Les allochtones expulsés par les Attié ont été regroupés sur la place publique de Dinguira. Certains se sont réfugiés chez leurs tuteurs tandis que d'autres ont préféré, pour des raisons de sécurité, se rendre à la Gendarmerie d'Alépé. Les autorités administratives informées de cette situation puis ayant constaté l'exiguïté du cadre d'accueil, ont conduit les déplacés dans la cour de la Sous-préfecture, beaucoup plus spacieuse où des bâches ont été dressées pour la circonstance. Sur ces lieux, les déplacés ont bénéficié de soins et d'aides alimentaires, œuvre de bonnes volontés dont des élus et cadres du Zanzan.

Les négociations menées respectivement par les Ministres des Droits de l'Homme (mardi 21 juin 2005) et de la réconciliation nationale (mercredi 22 juin 2005) en collaboration avec les autorités administratives locales, ont abouti à une accalmie et ont permis de faire accepter aux autochtones le principe du retour des allochtones dans leurs lieux de résidence respectifs. Ce retour eut lieu le vendredi 24 juin 2005, sous la supervision de madame le Sous-préfet d'Alépé, en présence des autorités coutumières du Zanzan et d'Alépé ainsi que du Député de Tanda. Les différents échanges organisés par le Ministère de la Réconciliation Nationale et des Relations avec les Institutions avec les communautés impliquées ont abouti à la réconciliation et à la signature du présent pacte mettant définitivement fin au conflit entre les parties.

Ce pacte de cohabitation pacifique permettra de réinstaurer la confiance et consolider la paix dans le village de Dinguira.

2 - LES OBJECTIFS

- Résoudre les conflits actuels entre autochtones et allochtones
- Prévenir les conflits de cohabitation et les conflits fonciers

Améliorer le climat et la cohésion sociale au sein des communautés de Dinguira

3 - LE PACTE

Il est applicable aux non autochtones exerçant des activités agricoles

I - DISPOSITIONS D'ORDRE GÉNÉRAL

Article 1 : tout allochtone doit respecter les lois et les Institutions de la République de Côte d'Ivoire, notamment la loi sur le foncier rural.

Article 2 : tout allochtone doit respecter le Chef du village qui a autorité sur toute la population autochtone et allochtone faute de quoi il peut être sanctionné par ce dernier.

Article 3 : les communautés autochtones et allochtones se doivent un respect mutuel et doivent œuvrer constamment pour la sauvegarde de la paix, la cohésion sociale et l'unité nationale.

II – DISPOSITIONS RELATIVES À LA RÉSIDENCE ET À L'IDENTIFICATION DES ALLOCHTONES À DINGUIRA

Article 4 : tout agriculteur allochtone résident ou désirant résider à Dinguira doit avoir obligatoirement un tuteur autochtone ; il doit se présenter au Chef du village, accompagné de son tuteur et lui adresser une demande de résidence.

Article 5 : si l'allochtone obtient l'accord du chef pour sa résidence à Dinguira, il doit ensuite se faire recenser par le Sous-préfet d'Alépé, seule autorité habilitée à effectuer cette opération.

III – DISPOSITIONS RELATIVES AUX ACTIVITÉS AGRICOLES DES ALLOCHTONES À DINGUIRA

Article 6 : tout allochtone désirant exercer des activités agricoles à Dinguira doit consentir à son ou ses tuteurs ou au propriétaire terrien, un intéressement consensuel lié au type et à la durée de l'exploitation agricole.

Article 7 : la terre peut être louée par un autochtone propriétaire pour une période de vingt (20) ans maximum. Elle ne peut être vendue. La superficie de la parcelle louée ne peut désormais excéder 3 ha.

Article 8 : tout autochtone de Dinguira propriétaire terrien doit détenir un titre foncier correspondant à sa propriété ;

Article 9 : une parcelle louée à un allochtone peut lui être retirée par décision du Chef du village s'il ne respecte pas les dispositions du présent

pacte ou s'il se rend coupable d'actes contraires à la cohabitation pacifique.

IV – DISPOSITIONS RELATIVES À L'INTÉGRATION SOCIALE DES ALLOCHTONES À DANGUIRA

Article 10 : les autochtones de Dinguiria doivent faciliter l'intégration des allochtones et veiller à leur protection et leur sécurité.

Article 11 : en vue de son intégration dans la communauté villageoise de Dinguiria, Tout allochtone résidant doit se soumettre aux conditions suivantes :

- Avoir un domicile dans le village de Dinguiria,
- Etre membre de la coopérative agricole de Dinguiria et y vendre effectivement ses produits,
- Etre membre des mêmes associations de jeunes, de femmes ou d'adultes que les autochtones
- Participer aux activités sociales et économiques du village, la construction d'école, de centre de santé, de pompes villageoises et leur entretien et autres actions de solidarité,
- Respecter scrupuleusement les us et coutumes du village de Dinguiria, notamment les interdits.
- Utiliser les mêmes lieux d'inhumation que les autochtones,
- Régler les conflits et litiges de toute nature par le dialogue, sous l'autorité du Chef du village avant toute démarche auprès de l'autorité administrative.

ENGAGEMENT

Les deux parties, à savoir, la communauté Attié de Dinguiria d'une part et les communautés non autochtones d'autre part, s'engagent à respecter scrupuleusement les dispositions du présent pacte.

Fait à Dinguiria, le 24 mars 2007

La législation forestière camerounaise au cœur de l'interaction foncier – environnement : l'émergence d'un droit concerté ?

À La gestion environnementale constitue un défi planétaire auquel l'humanité est confrontée. La problématique foncière en Afrique est indissociable d'une gestion durable des ressources naturelles protectrice de l'environnement. Cette préoccupation est réaffirmée par différents instruments juridiques internationaux repris aux niveaux régional et national. L'internationalisation de la gestion de certaines ressources naturelles suscite des problèmes sociaux et politiques. Une grande partie des ressources en biodiversité se trouve dans les pays en développement et plus particulièrement dans les zones forestières et rurales pauvres. La protection d'espaces ou de ressource d'intérêt mondial, mais qui constituent des ressources vitales pour des populations locales illustre la divergence voire les conflits d'intérêts qui existent entre les acteurs en présence.

Le développement durable est devenu le point focal des politiques et programmes économiques et sociaux. L'objectif est de sortir la protection de l'environnement de son ghetto pour en faire la préoccupation majeure de tout projet de développement. Dans les pays africains, cette problématique est aussi d'actualité. Les ressources naturelles y constituent une source de développement à la fois pour l'État et pour les populations locales, mais également un enjeu important en termes de biodiversité pour la planète entière. Cette pluralité d'acteurs et d'enjeux interfère sur les modes de régulation de l'accès à ces espaces et de l'utilisation de ces ressources. Le caractère transversal de la notion de développement durable impose des exigences et des mutations indispensables dans l'élaboration des normes juridiques foncières et environnementales et la mise en œuvre des politiques publiques. Il s'agit dès lors de repenser les règles juridiques dans la perspective d'un décloisonnement des champs foncier et environnemental.

La gestion des ressources forestières est un site d'observation intéressant des luttes d'intérêts des enjeux et représentations différenciés. La perception de cet « *espace ressource* » varie selon les acteurs en présence (État, communautés locales, sociétés d'exploitation forestières auxquels il faut ajouter les ONG), le déploiement des stratégies étant fonction de chaque représentation. Il en résulte différentes représentations des espaces et ressources en concurrence dans les processus de légitimation.

Le droit forestier africain constitue depuis des décennies la branche la plus fertile du droit des ressources naturelles africaines qu'il a du reste longtemps illustré seul. Il a d'ailleurs conservé les traits caractéristiques de sa filiation coloniale. Toutefois, des transformations substantielles en ont affecté la forme et le contenu, au gré des opportunités, des besoins et des pressions internationales, évolution allant dans le sens d'une nécessaire et constante adaptation du cadre juridique. Les règles forestières nationales se sont, tant bien que mal, adaptées à l'évolution du contexte international et aux impératifs de celui-ci, qu'il s'agisse hier d'une gestion rationnelle ou actuellement d'une gestion durable des forêts.

Le Cameroun est un grand producteur de bois tropicaux et dépositaire de biodiversité et réserves environnementales. La loi de 1994 intervient dans un contexte où l'exploitation qui a longtemps prévalu excluait les communautés locales dépendantes des ressources forestières, de tous les bénéfices tirés de ces richesses. L'exploitation forestière au Cameroun met en scène trois groupes d'intérêt différents :

- d'un côté les communautés locales dispersées, désorganisées, sans pouvoir d'achat ni d'influence politique, qui plus est, sous la menace d'une insécurité foncière permanente.
- De l'autre côté, les sociétés d'exploitation du bois avec des ressources financières importantes et des préoccupations économiques d'amortissement rapide de leurs investissements. Elles entretiennent par ailleurs des relations étroites avec les autorités politiques et administratives.
- Enfin l'État dont la politique forestière s'articule essentiellement autour de la rentabilité économique et financière, d'où des choix qui sont parfois jugées écologiquement et socialement discutables.

À ces trois s'ajoutent des acteurs internationaux notamment les ONG, dont la pression a été très forte pour une réforme de la législation forestière. Ces intérêts sont à bien des égards aux antipodes les uns des

autres. Le défi du droit est de pouvoir concilier ces intérêts contradictoires à travers un instrument juridique qui soit applicable et qui jouisse d'une légitimité suffisante pour être acceptée par le plus grand nombre. Le point de départ de cette réforme du cadre législatif est la loi de 1994 qui institue le concept de foresterie communautaire. C'est une notion dont l'intérêt pour nous s'inscrit dans sa transversalité. Autrement dit, la foresterie communautaire traverse des domaines tels que le foncier, l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles, les droits des minorités autochtones. Cette notion constitue un site d'observation privilégié de mutations sociales imprimées par le droit. Comment comprendre les transformations juridiques contemporaines intervenues dans le secteur forestier et environnemental au Cameroun ? Comment aborder ces domaines du droit comme un révélateur des évolutions sociales contemporaines et de la globalisation autant que comme l'un des outils de leur mise en forme ? Cette analyse partage la vision d'Étienne Le Roy selon laquelle « le droit est moins ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs ».

L'objectif ici est d'analyser les modes de régulation juridique d'accès aux ressources naturelles et de gestion de l'environnement, tout en s'appuyant sur la problématique du droit foncier et sur du droit de l'environnement dans leur effectivité et leur interrelation. Il convient à cet égard de s'interroger sur l'approche patrimoniale de la gestion environnementale traduite par les normes de droit international de l'environnement et les préoccupations de la communauté internationale et par les États (réformes foncières, forestières, protection de l'environnement). L'analyse s'appuiera sur les différents niveaux de représentation allant du local (les communautés rurales forestières) au national (législation et réglementation) et à l'international (conventions régionales et internationales), dans leurs spécificités et leurs relations. Ces niveaux de représentation constituent autant de niveaux de légitimité qui se juxtaposent ou s'opposent selon les intérêts et le jeu des différents acteurs (locaux, nationaux et internationaux). Cette juxtaposition / opposition influence tantôt négativement, tantôt positivement la protection de l'environnement et la gestion durable des ressources. Sur le plan national, on ne pourra pas faire l'économie d'un détour sur la pluralité des droits existants et des systèmes juridiques et leur impact sur l'efficacité de la norme foncière et environnementale.

Enfin, l'exemple inédit des forêts communautaires dans le sud du Cameroun semble constituer une forme d'harmonisation ou de mise en cohérence de ces différentes légitimités et apparaît ainsi comme une forme de contractualisation de la gestion de l'environnement qui induit

des évolutions tant dans le droit de l'environnement que le droit foncier. C'est cette transversalité qui fait l'intérêt de cette illustration. À travers l'exemple de la foresterie communautaire, nous pourrions observer la réalité d'une tentative de contractualisation de la gestion des ressources forestières dans les forêts communautaires dans le sud du Cameroun. Par sa transversalité, cet instrument conventionnel introduit des innovations juridiques, notamment l'imbrication entre droit de l'environnement / droit domanial / droit de l'homme qui se traduit par une reconnaissance plus importante des droits des populations autochtones et inaugure une nouvelle forme de régulation juridique de l'accès aux ressources juridiques par un instrument juridique concerté et négocié.

I - La législation forestière au cœur de l'interaction foncier – environnement

La législation foncière issue de la loi de 1994 s'est voulue ambitieuse. Il s'agissait de mettre en place une exploitation des ressources naturelles forestières par une gestion intégrée qui promeuve le développement durable et assure la sécurité foncière. Cette ambition rencontre un enjeu important : gérer le pluralisme juridique inhérent au droit foncier africain, c'est-à-dire assurer la coexistence d'ordres juridiques différents et parfois potentiellement conflictuels. Ce pluralisme juridique coïncide avec une pluralité d'acteurs en concurrence dans le déploiement de stratégies. De nombreux acteurs interviennent dans la gestion de l'espace ressource ; leurs représentations se différencient, se croisent et sont en compétition dans les processus de légitimation.

A- Les enjeux de la loi forestière de 1994

1- promouvoir le développement durable

Le Cameroun a connu dès 1994 une refonte de son dispositif législatif forestier. Le texte de base demeure la loi n° 94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche. Abrogeant la loi qui l'avait précédée, la loi n° 81-13 du 27 novembre 1981 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche, elle a elle-même depuis lors été modifiée par l'Ordonnance n° 99/001 du 31 août 1999 complétant certaines de ses dispositions. Par ailleurs, de nombreuses mesures réglementaires d'exécution de la loi sont intervenues et certaines ont elles-mêmes subi des modifications ultérieures. Concernant le secteur forestier, c'est le cas du décret n° 94/436/PM du 23 août 1994 fixant les modalités d'application du régime des forêts, modifié un an exactement après son édicton par le décret n° 95-531/PM du 23 août 1995 fixant les

modalités d'application du régime des forêts. Le nouveau texte a été complété par deux décrets spécifiques : d'une part, le décret n° 96-237/PM du 10 avril 1996 fixant les modalités de fonctionnement des fonds spéciaux prévus par la loi ; d'autre part, le décret n° 96/642/PM du 17 septembre 1996 fixant l'assiette et les modalités de recouvrement des droits de redevance et taxes relatifs à l'activité forestière.

Dès l'article 1^{er} de la loi de 1994, la volonté du législateur est clairement affichée : celle de favoriser une gestion intégrée des ressources naturelles en vue d'un développement durable : « La présente loi et les textes pris pour son application fixent le régime des forêts, de la faune et de la pêche en vue d'atteindre les objectifs généraux de la politique forestière, de la faune et de la pêche, dans le cadre d'une gestion intégrée assurant de façon soutenue et durable, la conservation et l'utilisation desdites ressources et des différents écosystèmes ». Par ailleurs, si la responsabilité particulière de l'État dans la protection de la nature en général est reconnue, le principe de la gestion participative est au cœur du régime mis en place par la loi pour l'ensemble des activités qu'elle régit. Cette évolution constitue un apport des droits forestiers nationaux au cadre international de protection et de gestion. Il est incontestable selon Stéphane Doumbé Billé que cet apport est « le résultat d'une fertilisation croisée du régime international et des régimes nationaux dans laquelle ces derniers « vivent » du levain que constitue pour eux le premier, lequel apparaît lui-même fondamentalement comme le « pur produit », à un moment donné de l'évolution, de ceux-ci » (Doumbé Billé 2004 : 5). Si, d'une manière générale, les législations forestières du bassin du Congo (Afrique centrale) sont bâties sur une sorte de socle commun de principes et de règles, des particularismes demeurent et les situations nationales, qu'elles soient d'ordre écologique, économique, social ou politique, imposent toujours des adaptations. Ces particularismes constituent le moteur de nouveaux progrès qui naissent de la confrontation permanente des régimes nationaux, « ils font du droit forestier africain un droit vivant, en prise constante sur les réalités socio-économiques qu'il tente d'encadrer ». La loi de 1994 telle qu'amendée reste, par son ampleur autant que par l'importance des questions qu'elle est l'une des premières à aborder en Afrique, une innovation juridique.

2 - La gestion de la sécurisation foncière par la loi de 1994

La sécurisation foncière est une notion qui concerne les modalités d'occupation et d'appropriation de l'espace. Elle vise à fondre les régimes fonciers locaux et légaux, de manière à parvenir à un dispositif institutionnel et légal, cohérent à l'échelle nationale et localement adapté

On peut la définir comme le processus par lequel les droits fonciers sont reconnus et garantis. De ce fait, ces derniers ne peuvent être contestés ou remis en cause de façon inopinée. Ce processus implique donc que des règles de gestion foncière appropriées et légitimes soient mises en place et reconnues par tous. La sécurité des droits fonciers est aussi une condition nécessaire pour la préservation et la bonne gestion des ressources naturelles. Il importe de sécuriser les droits fonciers pour une raison sociale: éviter ou minimiser le nombre et l'intensité des conflits liés aux transactions foncières. Il s'agit de garantir le prélèvement ou l'exploitation d'une ressource, l'accès ou la gestion d'un espace à une personne ou à un groupe social, garantie qui ne peut être assurée que par un droit qui responsabilise à l'égard des ressources, stabilise les rapports sociaux et, éventuellement, conforte et motive les investissements. La législation forestière est à la fois exclusive et répressive. Exclusive car un des objectifs principaux de la loi consiste à diminuer la pression sur les ressources en en restreignant l'accès. Répressive parce que par l'importance de la sanction, elle criminalise le mode de vie des populations autochtones, d'autant que la pression sur les ressources est devenue plus importante (les infractions avec) du fait de la démographie. La sécurisation foncière permet de transformer la compétition dans l'accès aux ressources, traduite par une surexploitation effrénée, en une gestion responsabilisante et durable qui tienne compte des besoins des générations à venir. La loi dispose que la propriété, l'aménagement (en concertation avec les communautés) et le contrôle des forêts incombent à l'État, mais se heurte à la réalité sur le terrain en matière d'exploitation forestière, d'acquisition et de propriété foncières. Aujourd'hui encore, les résidents de la région considèrent que la forêt hors de la Réserve relève de la « maîtrise traditionnelle ». Les rivalités entre l'État et « la communauté » concernant la propriété de la forêt et le contrôle de la terre sont mises en évidence par la situation dans la région d'Onge-Mokoko.

L'État exerce un monopole foncier sur les espaces forestiers par le biais de la domanialité, en excluant les populations locales de leurs droits sur la terre. Dans les zones rurales forestières, si la ressource est appropriable, l'espace ne constitue pas une propriété. Le statut juridique de la terre en Afrique noire, sans être un droit de propriété, va au-delà du simple droit de jouissance. L'accession au titre de propriété, procédure longue et coûteuse, n'est une réalité qu'en milieu urbain alors qu'en zone rurale elle butte sur les conceptions traditionnelles du patrimoine.

En accordant aux communautés locales un droit d'usage et un droit de préemption sur les produits de la forêt la loi de 1994 n'a en réalité que légalisé une situation de fait anarchique. Aux termes de l'article 37 (3) de ladite loi, « les produits forestiers de toute nature résultant de

l'exploitation des forêts communautaires appartiennent entièrement aux communautés villageoises concernées ». L'article 8 (1) du décret d'application de 1995 abonde dans le même sens dans sa définition du droit d'usage ou coutumier qui est, au sens de la loi celui reconnu aux populations riveraines d'exploiter tous les produits forestiers, fauniques et halieutiques à l'exception des espèces protégées en vue d'une utilisation personnelle. On pourrait se poser la question de savoir de l'appropriation publique ou privée laquelle est la mieux à même d'assurer la sécurisation foncière. Le problème est moins le choix d'une option que la capacité du droit à promouvoir un véritable partenariat dans le suivi, la mise en œuvre et le contrôle de l'application de la loi sous l'égide de l'administration. En théorie, la foresterie communautaire, volet le plus médiatisé de la loi de 1994 s'inscrit dans un processus de décentralisation de la gestion des ressources naturelles au Cameroun. La protection des patrimoines forestier, faunique et halieutique reste la responsabilité de l'État aux termes de l'article 11 qui en délègue la gestion aux communautés locales par le biais des forêts communautaires de l'État

La loi forestière de 1994 a le mérite d'avoir posé les jalons d'une pacification des rapports entre des acteurs en concurrence dans ce lieu de confrontation qu'est la forêt, où les ressources constituent des sources d'intérêts convoités, aussi bien en termes de survie, d'enrichissement que de pouvoir. Reste à en assurer l'application effective qui passe par l'élaboration d'un corpus législatif qui permettent de faire coexister les différents ordres juridiques et aboutir à une meilleure acceptabilité des normes.

B - La gestion du pluralisme juridique

Le pluralisme juridique se conçoit en théorie du droit comme « la coexistence de plusieurs ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit » (Belley in Arnaud (dir.) 1993 : 446). La coexistence peut être pacifique ou au contraire conflictuelle. Dans la plupart des pays francophones africains, coexistent dans le droit foncier le droit traditionnel et coutumier et le droit moderne d'inspiration française ou anglaise selon le passé colonial de chaque pays. Dans un contexte de pluralisme juridique et pluralité d'acteurs en compétition dans un même champ, la problématique du foncier est au cœur des démarches réformatrices des politiques publiques visant à promouvoir le développement durable. Appréhender les questions foncières en Afrique nécessite de combiner une diversité d'approche et de prendre en compte de nouveaux aspects tels que la gestion durable des ressources et les droits des populations autochtones. À la question des sources du droit

foncier, on dira qu'il en existe deux : le droit moderne hérité des droits coloniaux et le droit coutumier, auxquels il faut ajouter les croyances religieuses. On se trouve en face de multiples sources de normativité, étatique, non-étatique qui forment un pluralisme complexe traduit par l'observation de plusieurs systèmes normatifs sur un même territoire. Même si l'ordre juridique étatique occupe évidemment une position particulière puisqu'il revêt une dimension contraignante qui se traduit par un arsenal de sanctions, la pluralité et l'imbrication des droits traditionnels et des systèmes juridiques est une réalité incontournable en phase avec le pluralisme culturel africain et les dynamiques à l'œuvre dans chaque société.

La théorie française du patrimoine est le produit d'une culture juridique dont l'évolution est nettement marquée par la tendance à la consécration de la conception individualiste de la propriété privée. En Afrique noire, en principe, en cas de conflit, le droit moderne prime sur la coutume ou les croyances religieuses, mais dans la pratique, le religieux, le traditionnel, l'emportent très souvent particulièrement dans les zones rurales. L'esprit de ces différents ordres n'est pas le même et cela crée un potentiel conflictuel important dans la gestion du foncier. Un des traits caractéristiques de ce domaine est la superposition des lois et règlements. La coexistence entre des ordres juridiques a vocation à s'exercer d'une manière pacifique quand elle est arbitrée par l'État central sur la base des compétences dans le temps et dans l'espace, mais cette vision implique « qu'un certain ordre unitaire s'impose au régime du pluralisme juridique » (Belley 2002 : 353). La gestion du foncier montre l'exemple d'une coexistence conflictuelle d'ordres juridiques dont l'État est à la fois juge par la possession du monopole juridictionnel, et partie en tant producteur de la loi et propriétaire des espaces et ressources litigieux.

Les pratiques traditionnelles de gestion du foncier et de l'accès aux ressources ne sont pas un lieu de non-droit, entendu comme contraire au droit moderne : tout acte social peut se trouver pris dans le jeu de qualifications juridiques, non spécifiquement prévues pour lui.

C'est l'efficacité voire l'effectivité du droit foncier qui se trouve mise en cause, par-delà même le droit, c'est tout le maillage normatif destiné à encadrer les pratiques dans ce domaine qui se trouve sollicité. En effet, il faut bien se pénétrer de l'idée, plus familière aux sociologues et aux anthropologues qu'aux juristes, que l'encadrement des pratiques sociales ne peut relever exclusivement du droit, c'est-à-dire d'un environnement réglementaire, mais qu'il relève de différents ordres normatifs qui s'échelonnent de l'éthique individuelle à une réglementation internationale, des codes de bonne conduite à des habitudes culturelles, des usages professionnels aux réglementations nationales. L'ordre

juridique n'est qu'une maille de ce filet normatif dans un contexte où la diversité juridique répond à la diversité culturelle.

L'affirmation de Norbert Rouland selon laquelle « le constat de la diversité n'est utile que dans la mesure où il sert à amorcer une réflexion sur la possible existence d'un ordre sous-jacent à cette diversité » (Rouland, 1998 : 11) n'en est que plus pertinente. L'observation de la multiplicité des sources normatives présente un grand intérêt dans la mesure où elle permet de préciser le sens qu'il convient de donner au processus d'évolution des ordres juridiques infra étatiques.

La loi forestière de 1994 tente de gérer ce pluralisme juridique en équilibrant les rôles entre État et communautés locales. On constate toutefois à l'analyse du contexte socio politique de l'élaboration de cette loi, qu'à l'insécurité foncière s'est ajoutée l'insécurité juridique sur laquelle surfent des intérêts contradictoires. La gestion de l'espace ressource forestier est le lieu d'observation d'enjeux différenciés et de déploiement de stratégies de légitimation par les différents acteurs.

C - Enjeux différenciés et légitimités croisées

Le foncier tel que défini par la loi de 1994 se décline en deux grandes catégories de forêts :

- les forêts permanentes ou classées (qui ne peuvent servir qu'à des fins de foresterie ou d'habitats pour la faune et la flore) réparties en deux sous catégories
 - les forêts domaniales (aires protégées et réserves forestières de production)
 - les forêts communales.
- les forêts non permanentes qui comprennent (article 34) :
 - les forêts du domaine national ;
 - les forêts communautaires,
 - les forêts de particuliers.

La gestion de l'espace ressource que constituent les forêts ploie sous des enjeux différenciés selon les niveaux et les représentations. La première se réfère à un horizon lointain (les générations futures) à un sujet abstrait (l'humanité) et fait appel à *une conception de la conservation des forêts reposant sur un antagonisme supposé entre l'homme et la nature* (Michon 2002). Cette vision soutenue par les ONG internationales impliquées dans la conservation des ressources forestières est porteuse de l'idée de la forêt comme patrimoine de l'humanité. La mise en évidence du rôle de la déforestation dans le trou de l'ozone et

dans le réchauffement climatique constitue un vecteur de légitimation de la pression qui est faite sur les états forestiers pour élaborer des législations forestières efficaces. La réalité de plus en plus visible et effective du changement climatique crée une pression extérieure sur la production normative en ce sens que les pressions internationales relayées par les ONG s'accompagnent de conditionnalité (voire aussi la question des labels sur le bois tropical). Généralement les ONG ont une perception conservatrice des ressources et de la biodiversité, cela explique les relations de défiance vis-à-vis des sociétés d'exploitation forestière dont la stratégie relève plus de la prédation que de la conservation et la gestion rationnelle.

Le deuxième niveau d'enjeu, étatique, se fonde sur l'importance des ressources forestières et particulièrement du bois dans le développement économique pour légiférer de manière autoritaire sur l'exploitation. À ce niveau, l'État camerounais puise aussi la légitimité de son intervention normative dans les enjeux prioritairement internationaux liés à la conservation de la biodiversité. L'État se fonde à la fois sur la nécessité d'assurer le développement économique et la lutte contre la pauvreté pour légitimer certains choix juridiques environnementaux. Dans le même temps, les pressions extérieures interviennent à la fois comme contrainte et comme source de légitimité de l'action de l'État. Il faut rappeler que certains choix en matière de foresterie, notamment ceux qui allaient dans le sens de la privatisation des terres ont été inspirés par la Banque Mondiale. La loi forestière de 1994 est une résultante de cette pression internationale, mais aussi intérieure sur fond de demande de démocratisation.

Le troisième niveau, local, inscrit l'exploitation des ressources forestières dans des logiques particulières de survie et considère que cet espace est accessible à tous. La promotion internationale des peuples autochtones relayée par les ONG constitue pour ces communautés notamment les pygmées, un facteur légitimant de leurs revendications. Il en résulte différentes représentations des ressources et des espaces en concurrence dans les processus de légitimation. Il importe de préciser que les droits coutumiers et traditionnels ne forment pas un tout cohérent et homogène, ils sont eux-mêmes en compétition entre eux. Le challenge normatif est de gérer la multitude de conflits qui naissent du déploiement des stratégies particulières :

- conflits autour des aires protégées : la cohabitation entre parcs et réserves naturelles et populations riveraines est toujours potentiellement conflictuelle. La raréfaction des ressources fauniques et forestières pousse les populations riveraines à l'intérieur des aires protégées pour y prélever du gibier, ce qui

engendre souvent des conflits graves avec les administrations et fait de la législation forestière une législation *restrictive, exclusive et répressive*.

- conflits entre populations autochtones et exploitants forestiers : ces derniers sont souvent accusés de ne pas respecter la législation et les réglementations, encore moins les cahiers de charge qui leur sont imposées et ce avec la complicité des autorités administratives corrompues. Les populations autochtones se sentent d'autant plus dépossédées de leurs ressources que les coupes de bois des exploitants sont effectuées de manière illégale en dehors du périmètre qui leur est attribué. D'où des réactions violentes des populations qui s'opposent à la coupe du bois.
- opposition entre le droit d'usage et le droit de propriété : Selon les droits coutumiers et traditionnels, avant l'instauration de l'État moderne par la colonisation, ceux qui travaillaient la terre et l'exploitaient en étaient les légitimes propriétaires, pas forcément légaux aux yeux de la loi moderne. Aujourd'hui, le droit de propriété sur les terres fait appel à l'immatriculation dont les procédures ne sont pas à la portée des couches marginalisées. Dans certains pays dont le Cameroun, il est exigé qu'on ait mis en valeur ses terres en y investissant, faute de quoi on peut s'en trouver dépossédé. Cela est d'autant plus vrai qu'en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, on évalue les investissements réalisés sur les terres objets de l'expropriation et c'est surtout en fonction de cela qu'on indemnise.

Dans les régions forestières du sud du Cameroun, les représentations en amont des stratégies des différents groupes ethniques ou tribaux bantous ou pygmées ne sont pas les mêmes. Les modes de vie ont un impact sur la régulation de l'accès aux ressources : par exemple si certaines tribus pygmées se sont sédentarisées, certaines continuent un mode d'existence nomade ancestral.

La législation forestière camerounaise se veut la combinaison efficace et effective des droits coutumier et moderne, même si en fin de compte elle reste dans une large mesure influencée par la conception juridique occidentale selon laquelle l'État impose son droit à la société (Camille Kuyu 1996 :51). Ce droit qui préexiste au conflit impose ses solutions, généralement non négociables, aux justiciables. C'est la conception kelsienne de l'État et du droit qui ne font qu'un, *l'identification de l'État avec le droit*, l'État comme ordre juridique. Cette vision de la puissance

étatique exorbitante perdue dans les États africains après l'indépendance où la gestion des espaces en est une illustration. La conception africaine est plus empreinte de communautarisme, du souci de maintenir la cohésion du groupe, ce « en l'absence d'un principe de cohésion extérieur et supérieur qui, dans les sociétés judéo-chrétiennes fut Dieu puis l'État (principe de primauté des facteurs internes sur la recherche d'une causalité externe) » (Kuyu 1996 : 52). Les droits coutumiers fonciers dont la prise en compte est incontournable dans l'élaboration du corpus juridique forestier, traduisent cette nécessité de renforcer le sentiment d'appartenance à la communauté dont la résultante est que la norme coutumière repose sur un ordre plus négocié et concerté qu'imposé. Dans un contexte de revendications sociales et de contestation du rôle de l'État dans l'attribution et la gestion des ressources forestières, la foresterie communautaire apparaît comme un instrument de concertation juridique. L'acceptation et l'application de la législation forestière passe par l'implication des populations locales qui sont les principales destinataires de la norme.

II- L'émergence d'un « droit concerté » ?

Force est de constater que cet ordre juridique concerté ou négocié voulu, traduit un pragmatisme qui fait de la contractualisation de la gestion des ressources forestières le facteur qui permet d'allier la place prépondérante de l'État et la prise en compte des besoins des populations locales. La foresterie communautaire est l'illustration de cette démarche contractuelle et participative. Comme toute innovation juridique, elle est confrontée à des obstacles sociaux et institutionnels.

A - La foresterie communautaire entre droit négocié et imposé

1 - Forêt communautaire et processus participatif

C'est à Rio que le principe de participation a été consacré: « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient [...] » (Principe n°10). « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable » (Principe n°22). L'intérêt de la nouvelle loi forestière a été d'intégrer ce principe la participation des

communautés locales à la gestion durable de leur environnement.

L'introduction de la foresterie communautaire au Cameroun par la loi forestière de 1994 est considérée comme une grande innovation dans la sous-région d'Afrique centrale. Héritière des lois coloniales, la législation forestière camerounaise a longtemps fait la part belle à l'État considéré comme gestionnaire et propriétaire exclusif des ressources forestières. Il pouvait octroyer des licences d'exploitation du bois aux sociétés forestières (toujours étrangères) ou à des élites politiques locales, ce au détriment des populations locales qui ne tiraient aucun bénéfice de l'exploitation de ces ressources. On a d'ailleurs assisté pendant des années à une exploitation outrancière et illégale généralisée des ressources forestières organisées par les sociétés avec la complicité active et passive de l'administration. D'où de nombreux conflits et une réaction de défiance des populations autochtones vis-à-vis de l'administration et des réglementations forestières.

L'article 37 introduit en droit forestier la notion de forêt communautaire :

« (1) L'administration chargée des forêts doit aux fins de la prise en charge de la gestion des ressources forestières par les communautés villageoises qui en manifestent l'intérêt, leur accorder une assistance.

Une convention est alors signée entre deux parties.

(2) Les forêts communautaires sont dotées d'un plan simple de gestion approuvé par l'administration chargée de la forêt. »

L'article 3 al.11 du Décret N° 95/531/PM du 23 août 1995 fixant les modalités d'application du régime des forêts en donne une définition :

« Une forêt communautaire est: une forêt du domaine forestier non permanent, faisant l'objet d'une convention de gestion entre une communauté villageoise et l'Administration chargée des forêts. La gestion de cette forêt relève de la communauté villageoise concernée, avec le concours ou l'assistance technique de l'Administration chargée des forêts ». (Voir convention de gestion d'une forêt communautaire en annexe)

Aux termes de l'alinéa (16) du même article :

« Une convention de gestion d'une forêt communautaire est un contrat par lequel l'administration chargée des forêts confie à une communauté, une portion de forêt du domaine national, en vue de sa gestion, de sa conservation et de son exploitation pour l'intérêt de cette communauté. La convention de gestion est assortie d'un plan simple de gestion qui fixe les activités à réaliser ».

La forêt communautaire apparaît comme une catégorie juridique aux

contours plus ou moins précis, un mode de conciliation des intérêts en présence, qui est source de droit, génératrice d'une nouvelle règle de jeu dont elle renforce la légitimité et partant l'efficacité. L'esprit de la réforme de 1994, menée sous la pression des ONG nationales et internationales et d'une demande accrue de démocratisation de l'accès aux ressources, était de formaliser la participation des populations locales à l'aménagement des forêts par le biais des forêts communautaires (Djeumo, 2001). Il ressort de l'article 5 du décret d'application de 1995 que « Dans le cadre de l'élaboration et de la mise en oeuvre de la politique forestière, l'administration chargée des forêts consulte et associe les populations riveraines concernées et les associations professionnelles du secteur forestier. À ce titre, celles-ci peuvent prendre en charge certaines activités de développement du secteur forestier ». À travers la forêt communautaire, l'objectif de cet instrument juridique était de garantir aux communautés locales des droits d'accès aux ressources forestières, avec comme arrière-pensée la volonté de les encourager à protéger le couvert forestier tout en améliorant leur cadre de vie, mais aussi de créer un véritable partenariat autour de la mise en oeuvre de la législation forestière. Il importe de noter cependant que, dans le cadre de la législation camerounaise, une convention d'aménagement d'une forêt communautaire ne confère à la communauté, ni des droits de propriété sur le domaine, ni aucun titre de propriété sur la forêt elle-même. Dans les deux cas, les droits de propriété sur le domaine foncier et sur la forêt demeurent ceux de l'État.

Une question demeure toutefois en suspens, celle de la précision des destinataires de cette nouvelle catégorie juridique que sont les forêts communautaires. La loi de 1994 reste silencieuse quant ce qui est considéré comme une communauté dans le contexte social, politique ou géographique du Cameroun. Si la foresterie communautaire a eu le mérite de donner à la foresterie la dimension sociale qui lui manquait, son opérationnalité trouve ses limites (Djeumo 2000). Plusieurs difficultés sont liées à la mise en oeuvre des forêts communautaires : premièrement l'absence de définition précise de la notion de communauté à qui la forêt est supposée être attribuée. La législation camerounaise semble se pencher davantage sur la définition géographique plutôt que sociale d'une communauté. Cette imprécision est davantage le fait de l'architecture juridique, relativement statique, plutôt que de la démarche anthropologique, plus dynamique (Oyono 2000). Ni la loi de 1994, ni ses décrets d'application successifs ne donnent de définition précise de la notion de communauté. Est-elle appréhendée sur un plan géographique, sociologique ou sur la base du découpage administratif ? La loi semble opter pour définition géographique plutôt que sociale, ce qui ne manque pas de créer des problèmes lors de la mise en oeuvre. L'article 2 de

l'arrêté du 29 avril 1998 fixant les modalités d'emploi des revenus provenant de l'exploitation forestière et destinés aux communautés villageoises riveraines dispose que, « sont considérés comme communautés villageoises riveraines, les populations riveraines de toute forêt faisant l'objet d'un titre d'exploitation forestière à but lucratif et qui conservent les droits d'usage ou coutumiers à l'intérieur de cette forêt conformément à la réglementation en vigueur ». L'hétérogénéité sociologique et anthropologique qui caractérise la structure sociale de ces zones forestières ne cadre pas avec une appréhension géographique de la notion de communauté. Reste que l'intérêt de ce processus participatif se lit à travers la nécessité de développer un droit de l'environnement adapté aux contextes locaux, et réellement effectif.

2 - L'illustration d'un pragmatisme normatif : la contractualisation de la gestion des ressources naturelles.

En quoi la loi sur la foresterie communautaire illustre-t-elle à certains égards l'idée d'un droit négocié ? N'est-ce pas un abus de langage que de parler de droit négocié dans le domaine du foncier/environnement ? Cette approche juridique s'est surtout développée en droit social ou droit de la concurrence. L'usage de cette expression pourrait laisser croire à un dangereux glissement vers l'idée de l'existence d'un véritable consensus sur des valeurs sociales désormais réglementées par le droit. Cette perspective formaliste sous-tendue par l'idée erronée d'une négociation égalitaire, masque mal la hiérarchie des valeurs prise en compte par le droit à savoir une prérogative toujours exorbitante de la puissance publique qui se manifeste à différents niveaux de l'élaboration et de la mise en œuvre de cet instrument juridique. L'article 38 de la loi de 1994 prévoit dans son alinéa 2 que « la mise en application des conventions de gestion des forêts communautaires relève des communautés concernées, sous le contrôle technique des administrations chargées des Forêts et, selon le cas, de la faune ». Ce contrôle est inexistant avec les sociétés d'exploitation du bois.

L'idée d'un droit négocié vise à exprimer l'évolution dans la régulation des phénomènes sociaux, en l'occurrence l'accès aux ressources forestières, par des changements normatifs, les multiples possibilités de dialogue entre les divers acteurs sociaux (Pirovano 1988 : 2). Le concept de foresterie communautaire illustre cette option claire pour *une normativité pragmatique et concertée*, il répond dans sa mise et œuvre et son principe à la crise de légitimité des normes dictées par l'État. Dans un contexte de pluralisme juridique comme celui que nous étudions, un consensus ne peut s'établir que parce qu'il existe un centre

souverain, l'État, hiérarchiquement au-dessus et imposant ses lois et prérogatives. Cependant les exigences de la décentralisation nécessaire dans la gestion des ressources forestières mettent en porte à faux cette conception. À l'encontre de cette conception, on peut soutenir avec Jean-Guy Belley (1996 : 353) que « la coexistence pacifique de deux ordres peut résulter d'un ordre négocié plutôt qu'imposé » dans lequel les rapports ne résident pas exclusivement sur le registre hiérarchique, où « les rapports de droit peuvent s'établir sur la base du contrat ». La foresterie communautaire, sans être la panacée, s'inscrit dans cette perspective. C'est une convention entre l'État et une communauté érigée en entité juridique qui a vocation à s'exécuter sur la base d'obligations mutuelles à travers un cahier de charge. À travers le contrat, le principe devient l'échange intéressé plutôt que l'autorité imposée, même si l'État tient sa position hiérarchique en tant que puissance publique. Le fonctionnement de la convention s'inscrirait dans une dynamique d'échange à travers des interactions négociées. Le contrat a cette capacité à concilier des tendances contraires au rapprochement requis par l'échange parce qu'il « se prête mieux que la loi à la conciliation dynamique des stratégies multiples et à la redéfinition constante des alliances. Il relève foncièrement de cette logique du métissage cognitif et normatif qui domine la sphère de l'action intersystémique où se rencontrent, au-delà de leur domaine respectifs d'autorité, des pouvoirs forcés de concilier leurs lois » (Belley 1996 : 391).

Responsabiliser les acteurs locaux en les associant comme le dit la loi de 1994 à l'aménagement des forêts, constitue un gage d'effectivité d'une législation ayant fait l'objet d'une adhésion plus que d'une contrainte, à travers un partenariat qui relève moins d'une technique de gestion forestière que d'une considération socio-anthropologique des sociétés en place (Buttoud 1995 : 11). Il ne faut cependant pas perdre de vue que l'État législateur a la compétence de déterminer la consistance de l'engagement contractuel, que la relation n'est pas perçue sous l'angle d'un rapport synallagmatique. Mais la lecture de la réalité socio-anthropologique et politique des territoires forestiers suggère l'introduction d'une certaine dose de concertation dans l'élaboration et le suivi des normes et la contractualisation de la gestion des ressources naturelles afin de faire face à la dissociation constante entre la norme ou la forme juridique et la réalité socio administrative. Il faut souligner qu'une loi n'aura une totale efficacité vis-à-vis d'un administré qu'en se perfectionnant de son assentiment. D'où l'hypothèse d'un droit concerté.

On peut se demander cependant, si cette contractualisation de la relation entre communautés locales et l'État débouche sur une véritable reconnaissance des droits des populations autochtones que sont les

pygmées Bagyely. L'observation de la réalité démontre que non. Les Bantous sont également des communautés forestières, mais n'ont pas le statut de peuples autochtones. En outre la cohabitation avec les pygmées n'est pas toujours pacifique. Il n'est pas anodin que la plupart des élites politiques extérieures des zones forestières soient en majorité des Bantous. Il faut rappeler que la constitution camerounaise de 1996 dans son préambule consacre les droits des peuples autochtones. Le débat en faveur de la reconnaissance des pygmées Bagyely comme peuples autochtones n'est toujours pas tranché. Ces derniers n'ont **pas de droits fonciers** sur les terres qu'ils occupent : au cœur de la forêt, où ils revendiquent des droits fonciers coutumiers, l'existence d'aires protégées et de concessions forestières limite la pleine jouissance de ces droits. Les principaux problèmes auxquels ils font face sont **relatifs au foncier, à l'accès et à l'utilisation des ressources naturelles** et sont exacerbés par l'absence d'un statut juridique de protection.

B - Les limites de cette mutation

Aussi attractive que paraisse la loi sur la foresterie communautaire, en termes de participation, d'accès des populations locales aux ressources naturelles et de décentralisation de la gestion de ces ressources, on peut craindre que cette législation ne le reste qu'en théorie. De nombreux obstacles à la mise en œuvre de cette loi sont à considérer.

1 - Obstacles rencontrés par les communautés

S'agissant des obstacles rencontrés par les communautés elles-mêmes, la question de l'interprétation de la notion de communauté riveraine est potentiellement source de conflit pour des raisons sociologiques. C'est le cas notamment lors de la répartition de la Redevance Fiscale Annuelle dont les « communautés riveraines » bénéficient à hauteur de 10% du montant total. La grande opacité entourant la gestion de ces fonds fait que d'importantes sommes sont détournées ou mal dépensées, mettant à mal les structures traditionnelles de pouvoir, exacerbant l'animosité entre les autorités et les villageois, et générant des conflits liés à la propriété foncière (Fomete 2001 :16). Les audits successifs confirment l'impact limité des revenus de l'exploitation forestière sur la démocratie locale, les résultats économiques marginaux qui en découlent et les effets négatifs sur l'aménagement durable (Bigombe 2003), alors que les détournements de fonds sont la pratique dominante (Fomete 2001 : 17). En outre, l'organisation interne des communautés et groupements villageois est largement perfectible, d'où la récurrence des conflits entre les membres du bureau. La participation des femmes, piliers des sociétés

traditionnelles et des jeunes reste limitée. Dans le cadre du partenariat mis en place par la loi pour assurer l'aménagement, l'administration ne donne pas les moyens aux communautés démunies pour assurer leur participation, comme si elle n'était que virtuelle.

2 - Les obstacles d'ordre administratif et institutionnel

La pesanteur de la bureaucratie camerounaise constitue un obstacle dans le processus d'obtention d'une forêt communautaire. Si, pendant le long et tortueux cheminement administratif qui mène à l'obtention d'une parcelle de forêt communautaire, « un exploitant sans scrupules arrive dans le village et met un paquet d'argent sur la table pour aller couper le bois 'à la sauvage', certains seront inévitablement tentés d'accepter » (Amis de la Terre, 2006). Les procédures administratives sont lourdes et peu adaptées aux capacités des communautés locales. Légalement, celles-ci ont des droits de préemption pour exploiter certaines forêts des zones « non-permanentes » mais, en pratique, les communautés sont rarement au courant de cette possibilité. Résultat : ces forêts sont souvent cédées à des exploitants industriels sous la forme de ventes de coupe, qui détruisent la forêt en un laps de temps record et sans bénéfices réels pour les communautés.

Il faut aussi compter avec les problèmes de corruption qui minent l'administration camerounaise et avec les pratiques douteuses de certains exploitants forestiers. Au Cameroun, la loi oblige les sociétés forestières à réaliser un plan d'aménagement dans un délai de trois ans à compter de la date de l'attribution de la concession. Ce plan permet de promouvoir une gestion durable des ressources forestières. Mais cette obligation n'est pratiquement jamais respectée. La plupart des concessionnaires exploitent la forêt sans s'appuyer sur un plan approuvé par les autorités, souvent pour des durées allant bien au-delà des trois ans prévus par la loi. Dans certains cas, les entreprises exploitent une grande partie de leur concession, puis l'abandonnent avant même l'expiration de la période de trois ans. Et cette pratique est parfaitement connue de l'administration parce que récurrente. Dans la plupart des cas, l'infraction est réparée par une simple amende sous-évaluée dans le cadre d'une transaction avec l'administration. On s'interroge par ailleurs sur le rôle et l'efficacité de l'amende. Sur le terrain, le prix à payer n'est pas forcément perçu comme la sanction d'une faute, d'autant plus que l'arrangement se fait en général moyennant une transaction. La verbalisation ne conduit guère à la responsabilisation, elle correspondrait plutôt à une sorte de taxe imposée par l'administration dans le contexte de l'accès aux ressources naturelles. Cette représentation contribue à désavouer le droit forestier étatique, qui n'est ainsi pas légitimé par les populations concernées. (Barrière *op. cit.*).

Conclusion

L'enjeu principal de la loi forestière de 1994 était d'assurer dans le cadre d'une gestion intégrée la conservation et la gestion durable des ressources forestières et des écosystèmes, en intégrant des principes juridiques internationaux tels la participation, la reconnaissance par différents mécanismes des droits des communautés autochtones. L'objectif était de mettre en œuvre une véritable réforme dont la foresterie communautaire constituerait un des axes principaux de la régulation de l'accès aux ressources naturelles à travers la problématique du foncier et de l'environnement.

Le foncier environnement est la résultante d'une approche systémique interdisciplinaire qui suppose une approche pluridimensionnelle et pluridisciplinaire. Dans la perspective d'une gestion viable et durable des ressources naturelles, la dimension temporelle doit nécessairement être prise en compte. Les ressources naturelles ont vocation à être transmises aux générations futures. Cette transmission s'impose donc dans le cadre d'une gestion de type patrimonial qui « s'inscrit davantage dans une relation d'affectation de droits et d'obligations que dans une relation d'appartenance où le droit se confond avec la chose [...] Là où la propriété existe, il convient de lui ôter l'abus en tant que capacité de détruire, de ne pas conserver, et de l'inféoder à une obligation de gestion conservatrice, ce qui ne peut souvent se réaliser sans cadre contractuel » (Barrière 1996).

Ces constats laissent augurer des lendemains désenchantés pour la foresterie communautaire et la législation forestière en général. On ne peut cependant ignorer qu'un instrument juridique novateur a été élaboré et actuellement mis en œuvre. Si l'on peut conclure à un manque de volonté politique de la part de l'État, la bataille pour la promotion du développement durable est entamée et elle implique l'engagement de la société civile et de la communauté internationale.

Bibliographie

ARNAUD André-Jean (dir.), 1993, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, 2^e éd. Paris, LGDJ, 758 p.

BARRIÈRE Olivier et BARRIÈRE Catherine, 1997, *Le foncier-environnement. Fondements juridico-institutionnels pour une gestion viable des ressources naturelles renouvelables au Sahel* Rome, FAO, 120 p., coll. FAO études législatives.

BIGOMBE LOGO Patrice, 1999, « Vers la Décentralisation de la Gestion Forestière au Cameroun ? Enjeux et Défis de la Déconstruction de l'État Forestier », (en collaboration avec Louis-Marie Magloire Nkoum-Me-Ntseny), in *Bulletin FPPP* n° 15/16, janvier 1999, 35 p.

BIGOMBE LOGO Patrice, 2003. *The Decentralized forestry taxation system in Cameroon: local management and State logic*, Working paper series, Environmental Governance in Africa, World Resources Institute, Washington, January 2003, 35 pages.

BUTTOUD Gérard, 1995, *La forêt et l'État en Afrique sèche et Madagascar : changer de politique forestière*, Paris, Karthala, 247 p.

CIPARISSE Gérard, (dir.), 2005, *Thésaurus multilingue du foncier* (version française) 2^e édition, revue et augmentée, Rome, Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO) Rome, 216 p.

DJEUMO André, 2001, *Développement des forêts communautaires au Cameroun : genèse, situation actuelle et contraintes*, Réseau de foresterie pour le développement rural (RFDR), Londres, document RDFN n° 25b(i), 12 p.

DOUMBE-BILLE, Stéphane, « Le droit forestier en Afrique Centrale et Occidentale : analyse comparée » in *Études juridiques en ligne*, FAO, 2004, 38 p.

FOMETE Timothée, 2001, *La fiscalité forestière et l'implication des communautés locales à la gestion forestière au Cameroun*, Réseau de foresterie pour le développement rural (RFDR), Londres, document RDFN n° 25b(ii), 11 p.

GÉRARD Philippe, OST François et KERCHOVE Michel (Van de), (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis 703 p., coll. publications des FUSL.

MICHON G. (2002) « Du discours global aux pratiques locales, ou comment les conventions sur l'environnement affectent la gestion de la forêt tropicale ? » in Martin Jean Yves et Leroy Guillaume (ed.), *Développement durable ? Doctrine, pratiques, évaluations*, Paris, IRD éd., 344 p. [183-203].

NDJANYOU, L. and H. MAJEROWICZ, 2004, *Actualisation de l'audit de la fiscalité décentralisée du secteur forestier camerounais*, Boulogne, I & D, Institutions et Développement.

PIROVANO Antoine (dir.), 1988, *Changement social et droit négocié, de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 466 p.

R.E.M. Resources Extraction Monitoring. Progress in tackling illegal logging in Cameroon. Rapport annuel – Mars 2005 – Février 2006.

ROULAND Norbert, 1988, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 496 p., coll. droit fondamental, droit politique et théorique.

ROULAND Norbert, 1998, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 722 p., coll. droit fondamental.

VABI M.B., NGWASIRI C.N., GALEGA P.T. et OYONO P.R., 2000, *Dévolution des responsabilités liées à l'aménagement forestier aux communautés locales : contexte et obstacles de mise en oeuvre au Cameroun*, Publication WWF-CPO, 40 p.

Foncier et environnement en Afrique subsaharienne: les conditions d'émergence d'un droit négocié

L'émergence d'une prise de conscience au niveau international des questions environnementales, économiques et socioculturelles oblige les États Africains à s'interroger sur l'interdépendance des sociétés humaines avec l'ensemble du système planétaire. Il apparaît nécessaire pour tous d'adopter des comportements propices à la gestion durable de l'environnement et y agir de manière responsable.

L'environnement se définit selon la circulaire française n° 77-300 du 29 août 1977 comme *l'ensemble, à un moment donné, des aspects physiques chimiques, biologiques et des facteurs sociaux et économiques susceptibles d'avoir un effet direct ou indirect, immédiat ou à terme, sur les êtres vivants et les activités humaines* .

Or, en Afrique, malgré une mise en place récente de droits nationaux de l'environnement, les politiques nationales en matière agricole et foncière ne paraissent pas prendre en compte l'impact de la gestion foncière sur l'ensemble de l'environnement. La désertification menace de plus en plus la survie des populations du Sahel, tandis que les populations rurales plus au Sud voient leur cadre de vie changer en même temps que l'écosystème. Il faut dès lors s'interroger sur les moyens d'élaborer un droit sinon des droits africains de l'environnement qui puissent être opérationnels.

La question de l'opérationnalité se pose si l'on considère l'inefficacité de l'approche positiviste du Droit en Afrique. Un constat d'échec du Droit d'inspiration occidentale et une pluralité de fait des systèmes juridiques (coutumes et pratiques nouvelles) qui mettent en péril toute initiative institutionnelle de régulation juridique.

En effet, la mise en place de projets et de politiques adéquats par les institutions nationales et internationales se trouve compromise par l'absence de référents fiables.

Il est donc bien nécessaire de travailler à la recherche des conditions de production d'un droit foncier et de l'environnement négocié, susceptible d'être accepté aussi bien par le gouvernement national que par les différents acteurs locaux.

S'inscrivant dans la dynamique d'une telle réflexion, quatre idées essentielles regroupées en deux grandes parties se dégagent : I) La prise en compte de la corrélation Droit foncier - Droit de l'environnement et de la pluralité juridique de fait. II) Le consensus autour d'un droit national négocié localement et l'harmonisation des systèmes d'exploitation avec les objectifs de conservation.

I - La prise en compte de la corrélation Foncier-Environnement et de la pluralité juridique de fait

Depuis leur participation aux conventions sur la biodiversité, les changements climatiques et la lutte contre la désertification, issues de la Conférence de Rio de 1992, de nombreux pays africains se sont dotés d'instruments juridiques qui intègrent le développement durable dans le droit de l'environnement. Le Sénégal et la Côte d'Ivoire ont ainsi édicté un code de l'environnement en 1996, le Burkina en 1997, et le Niger en 1998. Certains pays, comme la Guinée, avaient adopté un Code de l'environnement avant même la conférence de Rio, mais d'autres gèrent la question de l'environnement dans un cadre spécifique censé représenter l'essentiel des problèmes environnementaux du pays. C'est le cas du Mali qui a établi un code de l'eau en 2002. La plupart des dispositions de ces codes sont inspirées des conventions internationales et concernent notamment les pollutions industrielles, le traitement des déchets, la production et l'utilisation des pesticides et des produits chimiques, ainsi que la conservation des espèces, des milieux naturels et des paysages etc.

Bien que ne remettant pas en cause l'intérêt des préoccupations environnementales de type industriel, nous portons, toutefois, notre réflexion sur la gestion de la faune et de la flore, laquelle, nous semble-t-il, ne doit pas être dissociée de la gestion foncière.

A - La nécessaire implication de la question environnementale dans la gestion domaniale et foncière

Les avis d'experts sur les régimes fonciers africains et leur capacité à s'intégrer au cœur de la dynamique du développement durable sont divers et abondants. S'il y a toutefois un point qui ne saurait faire l'objet de controverse, c'est bien la corrélation qui existe entre la gestion du foncier

et la qualité de l'environnement. De l'infertilité de la terre à la qualité de l'air, en passant par la disparition d'espèces végétales et animales, de nombreuses thèses menées à la fois sur des bases théoriques et empiriques, font état du lien existant nécessairement entre la gestion du droit foncier et domanial et celle de l'environnement.

On peut s'interroger à ce titre sur la pertinence d'aborder la question de la gestion foncière en termes de droit foncier, lorsque l'on sait à quel point cette matière, à l'instar de l'environnement, s'imbrique dans d'autres disciplines telles que le droit de l'urbanisme, le droit forestier ou encore le droit minier. De même, comment peut-on prétendre réguler la gestion foncière en limitant le droit foncier au seul rapport à la terre, sans y intégrer les rapports à l'espace, à la ressource et à l'écosystème.

Pour Olivier Barrière, le rapport à la terre ne peut être efficacement appréhendé qu'en tenant compte de sa dimension environnementale, et des représentations que les acteurs s'en font. Il évoque ainsi le concept de « Foncier-Environnement », tant il est vrai que l'un ne peut être dissocié de l'autre. La gestion que l'Homme fait de la terre ne conditionne-t-elle pas tout son environnement ? Il relève cinq types de droits sur la terre et sur les ressources renouvelables : le droit de passer, le droit de prélever, le droit d'exploiter, le droit d'exclure et le droit de gestion intentionnelle. S'il est vrai que la mise en œuvre de chacun d'entre eux affecte d'une manière ou d'une autre l'environnement, il apparaît que l'exploitation est celle qui exerce sur l'écosystème la pression la plus importante.

Par exemple, si la forêt dans la zone de Taï en Côte d'Ivoire s'est réduite de 80 000 ha (1974) à 15 000 ha (2000), c'est essentiellement à cause de l'agriculture massive du binôme café-cacao qui a entraîné un taux de déforestation de 11% par an entre 1984 et 1990. Une déforestation qui ne peut qu'être à l'origine de l'augmentation de la durée de la saison sèche et de la baisse des précipitations. Selon le géographe Brou Yao, le déficit a dépassé 21% en 1990 par rapport aux années 1951-1968. De même, en Afrique centrale, au Cameroun, l'expansion du palmier à huile provoque un changement important dans l'affectation des terres et des ressources, ainsi que des modifications radicales de la végétation des écosystèmes locaux. Des modifications qui influeraient sur les mouvements de populations : *C'est de ces forêts que dépendent les populations locales [...] Notre mode de vie traditionnel est devenu impossible et aucune insertion dans l'économie de marché n'est envisagée* (Tetchiada 2007 : 1). En Afrique sahélienne, notamment au Mali et au Burkina, les sols de qualité moyenne permettent la culture du coton, bien souvent présentée comme une culture industrielle particulièrement polluante. Cette culture à faible productivité en Afrique,

et qui implique bien souvent le brûlis ainsi que la consommation excessive d'espace rural, produirait des effets négatifs sur la flore, la faune et le climat.

Outre l'agriculture, l'exploitation forestière comme c'est le cas au Gabon et au Congo (Brazzaville) contribue à décimer les forêts et à modifier l'environnement des populations. Il en est de même pour l'urbanisation galopante de certains pays comme la Côte d'Ivoire où les besoins en logement et en transport de la population abidjanaise ont absorbé la quasi totalité des forêts et des cours d'eau constituant l'espace vital des populations autochtones Ebrié.

Il existe donc bien une interdépendance entre les politiques de gestion du foncier (qui impliquent certes celle de la terre nue, des terres cultivées, des terres d'habitation, mais aussi celles des forêts et des cours d'eau) et la dégradation de l'environnement.

Il faut savoir en effet que l'agriculture à outrance comme en Côte d'Ivoire depuis l'indépendance en 1960 ou la déforestation accélérée en vue de production de grumes comme au Gabon, ne sont pas le fait d'activités clandestines ou marginalisées, mais bien au contraire, sont le résultat de politiques foncières nationales uniquement tournées vers la rentabilité économique. Et même si dans la plupart des cas, ces politiques nationales ne sont pas accompagnées d'un soutien législatif effectif, toutes les décisions publiques (qu'elles soient politiques, économiques ou administratives) concourent à la réalisation de l'objectif agricole ou sylvicole recherché.

Ainsi, en Côte d'Ivoire, une politique d'immigration a été organisée dans les années 60-70 autour du thème de la culture du binôme café-cacao. De même, une banque (la BNDA) a été spécialement créée pour soutenir les agriculteurs. Dans le même temps, l'image du « grand planteur » est valorisée par le Président Houphouët-Boigny qui devient lui-même le premier grand planteur de Côte d'Ivoire. Au Cameroun, c'est avec la bénédiction officieuse des autorités gouvernementales que les entreprises agro-industrielles spécialisées dans le palmier à huile étendent leurs plantations, dédaigneuses de la colère des villages avoisinants.

Cependant, les entreprises et les « grands planteurs » ne participent pas seuls à la déforestation et à la dégradation de l'environnement. L'incapacité de la loi à réguler la gestion foncière, laisse toute latitude aux populations d'utiliser les procédés traditionnels ou économiques pour atteindre leurs objectifs fonciers. Il s'agit des brûlis, des jachères de plus en plus courtes et de la consommation excessive d'espace rural pour une faible productivité. Ces pratiques, comme le souligne l'agronome Bérout, appauvrissent et stérilisent les sols.

On le voit, les facteurs qui sont fortement impliqués dans la dégradation de l'environnement rural sont directement liés à la gestion foncière. L'augmentation des populations, la réduction des terres et l'économie de marché générant ensemble une compétition dans l'espace, la terre ne peut se dispenser désormais d'une gestion qui réponde aux règles de l'économie. Or, dans l'immense majorité des cas, les objectifs économiques de l'exploitation foncière sont immédiats ou à court terme et peu soucieux des lointaines retombées environnementales.

Dans un tel contexte de pression foncière, il est urgent pour les États de veiller à l'harmonisation des systèmes d'exploitations et des nécessités environnementales.

La mise en place d'un droit unifié du foncier et de l'environnement peut se révéler, dans ce cas, extrêmement intéressante. Ce droit pourra, en effet, permettre une vision globale à la fois de la gestion foncière, mais aussi de son impact sur la végétation, sur la faune et sur le cadre de vie rural et urbain. Tous éléments qui, gérés séparément, ne permettent pas d'envisager une politique efficace et harmonieuse de développement durable, notamment dans la situation de pluralité normative que constituent les systèmes juridiques africains.

B - De la pluralité juridique à la légitimité des normes légales

D'une manière générale, en Afrique, lorsque l'on étudie la lettre juridique, il est également recommandé d'analyser la pratique, tant ces deux éléments semblent éloignés l'un de l'autre, notamment en ce qui concerne la gestion du foncier. Avec un taux de ruralité d'environ 63 % (selon les données de l'ISTED), la terre est l'élément qui contribue à l'essentiel de la vie de l'Africain moyen : le lieu d'habitation pour tous, un référent identitaire (avec le concept de « terre des ancêtres »), et une source de revenus pour la majorité.

Avant la colonisation, la terre était gérée par la communauté villageoise à l'intérieur de laquelle se répartissaient les différentes responsabilités. Dans certaines cultures, on pouvait distinguer un « chef de terre » comme chez les Sénoufo de Côte d'Ivoire, lequel est seul habilité à céder des portions de terres aux demandeurs, qu'ils soient autochtones ou pas. D'autres cultures ignorent cette fonction, comme les Agni de Côte d'Ivoire où les terres appartiennent aux différentes familles du village qui les gèrent librement (Perrot 1982). Dans tous les cas, les détenteurs coutumiers exerçaient une gestion communautariste de ces terres qui assuraient à la communauté villageoise ou à la famille élargie, abri et nourriture. Le caractère communautaire des terres et l'inaccessibilité

à titre définitif (par l'achat ou le don) à quiconque, qu'il s'agisse d'un étranger ou d'un autochtone, permettaient à tout ayant-droit de la famille ou de la communauté d'obtenir une parcelle à construire et à cultiver. Les étrangers n'avaient pas beaucoup de peine, eux non plus, à obtenir des parcelles provisoires. À cette époque en effet, la terre n'avait pas une valeur marchande, mais plutôt sacrée, et l'organisation coutumière se fondait sur le principe de l'iususabilite de la terre. Un principe qui était certainement lie à la faible demographie de l'epoque¹. Si l'on ne peut veritablement donner un chiffre exact de la population africaine avant l'epopee de la traite negriere, il est certain que la Traite des Noirs, en reduisant considerablement le nombre de la population a accentue le principe de l'iususabilite de la terre ; la dynamique territoriale extensive etant consideree alors, comme aussi permanente que la communaute exploitante. Les systemes de production etaient adaptes à l'utilisation que l'on faisait de l'espace, la gestion fonciere etait efficace et le systeme coutumier fonctionnait bien.

Avec la colonisation et l'introduction des cultures d'exportation, la terre commence à prendre une valeur marchande, mais les populations villageoises continuent de fonctionner selon le modele coutumier, puisqu'elles ne connaissent pas d'autres modes de gestion. En Afrique francophone, le legislateur colonial tente d'introduire la propriete privee et de changer le mode de gestion coutumier. En Afrique anglophone, le legislateur colonial laisse l'organisation traditionnelle en l'etat, tout en posant le principe que les terres relèvent de la Couronne britannique.

L'indépendance obtenue, les nouveaux gouvernements adoptent pour une grande majorité, le système légal de leur ancienne métropole et instaurent la propriété privée en tant que fondement des rapports sociaux et économiques. En adoptant ce nouveau type de rapports provenant des sociétés européennes de type marchand, les gouvernements n'ont manifestement pas tenu compte du fait que cette institution s'oppose par essence aux statuts des biens des sociétés non-marchandes qui sont communautaires et statutaires. (Madjarian 1991). Et sans doute pour inciter les populations à adopter plus rapidement le nouveau rapport social, la grande majorité des gouvernements, niant les droits coutumiers,

1 Selon l'étude de WALTPS (Cour et Snrech 1998), depuis la fin de la seconde guerre mondiale, la région de l'Afrique de l'Ouest a enregistré régulièrement un taux de croissance démographique d'environ 3% par an, faisant passer la population de 45 millions en 1930 à 80 millions en 1960, 220 millions en 1990 et enfin 300 millions en 2000. Elle atteindra probablement les 400 M en 2020. Il y aura donc une multiplication de la population par 10 en l'espace de 4 générations (1930 à 2020). La Côte d'Ivoire serait passée de 3 millions en 1960 à 17 millions en 2000, soit une multiplication par 6 en moins de 2 générations.

se déclare propriétaire des terres sur lesquelles n'existent pas d'autres droits de propriété, c'est-à-dire la quasi-totalité de l'espace national (Rocheude 2000). Cette appropriation de l'espace-terrain impliquant celle de l'espace-ressource, l'État se pose en seul gestionnaire du foncier et de l'environnement.

Cette décision aura pour conséquence le foisonnement de groupes normatifs et une pluralité juridique de fait. Il faut savoir en effet que loin de s'imposer et de remplacer les nombreuses coutumes villageoises, le système légal vient timidement se juxtaposer aux coutumes, laissant dans la pratique, ces dernières continuer de régir les rapports sociaux.

Toutefois, plus le temps passe, plus la démographie s'accroît, plus l'influence de l'économie de marché s'étend et plus les coutumes présentent des failles. Elles étaient prévues, comme on l'a dit, pour des effectifs réduits, facilement contrôlables et reposaient sur le double postulat de la présomption d'intérêt commun et de l'iuscabité de la terre. Le développement accéléré des migrations et l'hétérogénéité progressive des populations donnent un nouvel élan à la loi qui devient un référent, certes moins utilisé que la coutume, mais de plus en plus évoqué par les populations.

Cependant, ni la loi, ni les coutumes n'ont prévu les situations complexes impliquant à la fois droits coutumiers et prétentions légales, comme dans le cas de la succession de parent à enfant (système légal) d'une plantation réalisée sur une terre communautaire (coutume).

Ou encore des situations mettant en cause références traditionnelles et influences modernes comme la volonté de rentabiliser économiquement (influence moderne) une terre inaccessibles (référence traditionnelle).

Les populations inventent alors de nouvelles pratiques fonctionnelles leur permettant de résoudre sur le moment les difficultés qu'elles rencontrent. Certaines de ces pratiques, à force d'être répétées, se normalisent et viennent former un nouveau groupe normatif à côté de la coutume et de la loi. C'est le cas par exemple du système « Aboussouan » qui signifie « famille » en langue Agni de Côte d'Ivoire, et qui consiste pour le détenteur coutumier à laisser le soin à un « étranger » de défricher et de cultiver « sa » terre et de récupérer pour son propre compte, le tiers ou la moitié de la plantation réalisée, sur une période variable de 15 à 30 ans. Il s'agit là d'une pratique dans laquelle le « propriétaire » n'a aucun titre de propriété et où le locataire dispose d'un « bail emphytéotique » non notarié. C'est pourtant une pratique tellement courante, qu'elle est cautionnée aussi bien par les services de l'agriculture que par ceux de l'administration territoriale. Ce sont ces services qui fournissent les

fameux « papiers », qui n'ont aucune valeur légale, mais qui dans la pratique judiciaire servent tout de même de preuve.

Il y a donc une pluralité juridique de fait qui empêche la mise en œuvre des projets institutionnels trop souvent fondés sur l'unique référent légal. Dans de telles conditions, il est difficile de mettre en place des politiques agricoles ou urbaines soucieuses de l'environnement qui soient réellement efficaces.

Si le concept du développement durable ne contredit en rien la logique coutumière puisqu'il se définit comme *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs*, il faudrait par contre – dans l'imbroglio que constituent les situations foncières africaines – trouver le moyen le mieux adapté pour l'envisager,

Il faudrait trouver un moyen légitime, c'est-à-dire reconnu et accepté par le peuple. Cette préoccupation peut paraître paradoxale si l'on considère que le système légal repose par principe sur la légitimité dans le sens où le peuple établit les lois par le biais de ses représentants élus.

Certes, mais dans la réalité de l'après indépendance, s'il est vrai que le peuple avait bien élu ses représentants, les décisions de ces derniers n'exprimaient pas pour autant la volonté populaire, mais plutôt celle des gouvernements de l'époque. Aujourd'hui encore, les décisions parlementaires sont loin de refléter la volonté populaire, même si dans certains cas, elles essaient de s'en rapprocher. En réalité, il y a une superposition de légitimités qui s'exercent sur le même espace. Et très nombreux sont les cas où plusieurs individus, se disputant un même terrain, font appel, l'un à la coutume, l'autre au droit positif et un troisième à la pratique courante. Chacun se réclamant ainsi d'une légitimité qui n'est pas sans fondement.

Il faut donc penser un autre type de rapport au droit qui soit une forme de consensus entre les différentes normes en présence et qui constituerait le canal légitime par lequel éclorait un droit unifié du foncier et de l'environnement.

II - Le consensus autour d'un Droit négocié, intégrateur à la fois des systèmes d'exploitation et des besoins de conservation

Outre la ratification des pactes internationaux, notamment la *Convention sur la Diversité Biologique* du 5 Juin 1992 et la *Convention sur la Lutte Contre la Désertification* du 17 Juin 1994, de nombreux États africains ont souscrit à des accords régionaux, particulièrement la

Convention de Bamako sur les déchets dangereux du 30 janvier 1991 et la *Convention d'Abidjan sur la coopération en matière de protection et de mise en valeur des zones côtières de l'Afrique de l'Ouest et du Centre* du 23 mars 1981.

Cependant, et en raison des facteurs précédemment indiqués, les États se révèlent incapables, à cause d'un appareil législatif généralisant et inadapté, de procéder à une gestion efficace du foncier et de l'environnement. Il leur faut donc s'inspirer des réalités sociales et surtout prendre en compte les spécificités locales en matière de conservation de la biodiversité.

A - L'acceptation d'un droit national du Foncier et de l'Environnement négocié localement

Notons bien qu'il ne s'agit pas de transformer la coutume en loi. Cette option serait non seulement regrettable, mais aussi extrêmement difficile à réaliser à cause de la diversité des coutumes, de leur caractère exclusif et de leurs insuffisances face aux nouvelles influences. En ce qui concerne le Burundi, Neguib Bouderbala explique :

« Par nature, la coutume est orale et très locale, donc d'une infinie diversité. En la séparant de son milieu et en la fixant, on lui fait perdre toute son efficacité sociale. Dans ces conditions, l'opération de codification ne peut conduire qu'à des impasses. Soit dans un premier cas, à créer des dizaines sinon des centaines de coutumes à travers le territoire, garanties par l'État et consacrées par la loi, ce qui constitue une solution dangereuse pour l'unité ; soit dans un second cas, si l'on retient l'option de choisir une des coutumes considérées comme la meilleure, d'imposer à toutes les collines du pays la coutume d'une seule d'entre elles. » (1996 : 15).

En d'autres termes, dans un contexte africain où le principal enjeu est la construction nationale, il serait dangereux d'ôter à la loi son caractère rassembleur et égalitaire d'une part, et d'autre part d'en faire la preuve de l'hégémonie d'une culture sur les autres. Par ailleurs, les objectifs spirituels de la coutume, notamment le culte des génies, le respect des pactes ancestraux, la notion de sacrée sont autant de principes qui contredisent le caractère impersonnel de la loi et de l'État, seul à même de garantir l'égalité entre les peuples, entre les individus et le respect des libertés de culte. Rappelons en effet que la grande majorité des pays d'Afrique subsaharienne voient se côtoyer les deux grandes religions monothéistes ainsi que différents cultes autochtones.

La loi doit donc se démarquer de la coutume, tout en s'en inspirant. Il s'agit en effet pour le législateur d'admettre dans un premier temps la

nécessité de négocier, au niveau local, la gestion du foncier et de l'environnement. Il lui faut admettre que l'efficacité de toute politique publique passe obligatoirement par l'acceptation et la collaboration des populations qu'elle est censée encadrer. Dans la perspective d'une régulation efficace de la gestion foncière et environnementale au niveau national, le droit nouveau doit pouvoir, en effet, se prévaloir d'une légitimité à la fois institutionnelle et populaire. En d'autres termes, il doit être désigné par les textes comme principal référent et reconnu par la population en tant que tel.

Pour ce faire, les autorités publiques doivent nécessairement associer les populations locales à leurs projets, afin de les obliger par le respect de leurs avis et la prise en compte de leurs besoins, à s'inscrire dans une sorte de pacte socio-écologique¹ local qui lui-même s'intégrera dans un pacte national.

Le législateur doit donc s'affranchir du dictat « rationo-positiviste » du raisonnement juridique et tenter de comprendre la complexité des méthodes séculaires de conservation de la biodiversité. Il pourra alors utiliser le récit cosmogonique et les coutumes patrimoniales locales au service de ses objectifs nationaux de préservation de l'environnement.

1° - La cosmogonie coutumière au service de la conservation de la biodiversité

Dans la plupart des coutumes africaines, le spirituel et le matériel sont étroitement liés. Les hommes sont unis à la nature par des liens invisibles qui créent une interdépendance entre la survie de l'homme et la conservation de son environnement. Chaque individu pouvant par sa conduite soit contribuer au maintien de l'ordre cosmique, soit le compromettre, tout acte de prélèvement ou d'exploitation des ressources naturelles implique une recomposition de la nature qui ne doit être réalisée qu'avec l'accord de la force créatrice et des génies protecteurs. Il s'agit là de croyances qui, pour être de source essentiellement spirituelle, n'en ont pas moins, avant l'adoption par les États Africains de l'économie de marché, contribué fondamentalement au maintien de la biodiversité. À l'instar des coutumes patrimoniales, elles suscitent un comportement de modération envers la nature et ses différentes composantes.

¹ Une relation équilibrée entre la société et son milieu naturel.

2° - *La prise en compte des coutumes patrimoniales en matière de conservation foncière*

Les coutumes patrimoniales associent le monde des ancêtres à celui des vivants à travers l'héritage que constitue « la terre des ancêtres », et par le biais des différentes alliances passées par ces ancêtres avec la nature. Ces derniers restent présents dans la vie de leurs descendants qu'ils protègent ou qu'ils punissent, en fonction du respect que ces derniers accordent aux pactes ancestraux. Une double responsabilité, pèse donc sur les vivants, d'abord, l'obligation de pérenniser l'héritage spirituel à travers le culte des génies, ensuite, le devoir de transmettre l'héritage matériel laissé par les ancêtres aux générations futures. Il s'agit là d'un enjeu vital qui engage l'avenir du groupe :

« Chaque génération tient ses droits de la génération précédente sans que celle-ci perde son droit de regard sur l'usage qui est fait du patrimoine commun. Chaque génération joue à l'égard de celle qui l'a précédée le rôle d'administrateur des biens collectifs et est, de ce fait, tenue de lui rendre compte de ses actes d'administration. La perspective de cette reddition des comptes est une garantie efficace contre les actes de disposition » (Kouassigan 1966 : 92).

On remarque que cette explication rejoint de très près la définition du concept de développement durable qui consiste à répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs.

On le voit, le récit cosmogonique et les coutumes patrimoniales sont des moyens extrêmement efficaces de préservation de l'environnement local. Il appartient au législateur de s'en inspirer intelligemment afin de mettre ces procédés endogènes au service des objectifs nationaux de conservation de la biodiversité. Cela peut consister par exemple en la création de zones « sacrées-protégées ».

3° - *La préservation de la biodiversité locale à travers la création de zones « sacrées-protégées »*

L'intérêt fondamental de créer des zones « sacrées-protégées » consiste dans le fait d'axer l'action légale de préservation de la faune et de la flore sur la base des logiques coutumières. En effet, la référence au « sacré » renvoie à la coutume et consacre le culte et le respect dus au lieu, à la plante ou à l'animal par l'autochtone. Cependant, ce qui est sacré pour l'autochtone ne l'étant pas forcément pour l'allochtone, la référence au « protégé » confère à la préservation de l'objet du culte

autochtone, une dimension locale et nationale qui oblige aussi bien l'autochtone que l'allochtone.

Ainsi, l'avantage de classer les forêts sacrées réside dans la protection virtuelle qui entoure ces lieux du fait justement de leur sacralité. La charge spirituelle et l'aura mystique qu'on leur prête, protègent plus sûrement ces lieux du braconnage que n'importe quelle loi. Transgresser les interdits du sacré, c'est prendre le risque de perdre la vie ou de se damner pour le restant de ses jours. Il s'agit là de risques que très peu d'autochtones sont prêts à prendre. Les étrangers sont moins prompts à s'effrayer des malédictions ancestrales autochtones. Toutefois, ils savent qu'il est dangereux de s'attaquer frontalement aux croyances des populations autochtones. Par conséquent, seule une poignée d'intrépides ose véritablement braconner dans les forêts sacrées.

Intégrer les forêts sacrées dans les sites classés permettrait donc d'allier le pacte coutumier au pacte légal dans un nouveau système socio-écologique, c'est-à-dire une organisation sociale conciliant la protection de l'environnement avec les acquis coutumiers et les nécessités de survie et de bien-être de la communauté autochtone et des populations allochtones.

Ce nouveau système pourrait d'ailleurs impliquer les cours d'eau sacrés (rivières, fleuves, lacs, lagunes etc.) dont l'exploitation est soumise aux alliances conclues avec les génies protecteurs. En règle générale, ces pactes impliquent le respect du divin à travers la préservation de sa créature. Ainsi, à l'instar de la végétation et de la faune des forêts sacrées, les réserves halieutiques des cours d'eau sacrés seraient préservées.

En Côte d'Ivoire, certains cours d'eau sacrés, comme le N'zi, le Tanoé ou la Bia, restent tout de même ouverts à la pêche traditionnelle. Cependant, cette pêche doit observer des périodes de rupture (correspondant aux périodes de reproduction) et doit s'inscrire dans le strict respect de la créature divine, toute exploitation à des fins autres que la consommation étant interdite. Ainsi, l'utilisation comme bois de chauffe de jeunes poissons inaptes à la consommation par les pêcheurs Bozo a été l'un des facteurs déclenchant du conflit d'Ayamé, dans le Sud-Est de la Côte d'Ivoire (Aka 2005)¹.

¹ Les étroites mailles des filets utilisés par les pêcheurs Bozo, originaires du Delta intérieur du Niger au Mali et donc étrangers aux coutumes Agni, leur permettaient de pêcher de tous jeunes poissons inaptes à la consommation. Le tri se faisant une fois arrivés sur terre, ces minuscules poissons, ne pouvaient plus être rejetés à l'eau, et étaient séchés puis utilisés pour attiser les braises.

En dehors de leur rattachement à des lieux sacrés, certains animaux et quelques rares végétaux font l'objet d'un culte particulier les mettant à l'abri du prélèvement et de la consommation. Il existe, en effet, chez certaines populations, des liens de parenté avec un végétal ou un animal. Ce lien de parenté les intégrant à la famille ou la communauté, toute consommation de ces animaux ou de ces végétaux – en plus de correspondre à un acte d'anthropophagie – causerait au profanateur et à ses descendants, de grandes souffrances physiques et spirituelles.

On peut citer en exemple de ces animaux sacrés, le silure de la rivière Sransi, le phacochère de Niambézéria ou encore la panthère de Facobly pour la Côte d'Ivoire ; le silure de Dafra pour le Burkina, le Python dans le Sud du Bénin etc.

En exemple de végétaux sacrés, on peut évoquer l'interdiction d'utiliser le Hêhountin (*Fagara xantholoïdes*) ou le Kpatin (*newbouldia laevis*) comme bois de chauffe dans le Sud-est du Bénin. De même, en référence au mythe fondateur, le cultivateur dogon donne beaucoup d'importance à la graine de fonio (Gadou 2003). Pour les Nawda de Doufelgou au Nord du Togo, certains arbres tels que *Adansonia digitata* (to'de), *Milicia excelsa* (tom'be) et *Borassus aethiopum* (kpadbe) abriteraient les esprits des ancêtres. Toute action entreprise sur ces arbres nécessite une approbation préalable de la famille et l'accord des génies protecteurs.

On le voit, l'analyse des coutumes totémiques permet d'identifier quelques éléments de la faune et de la flore originelles de la localité. Des variétés dont la préservation est nécessaire au maintien de la biodiversité locale.

Mais, rappelons-le, les systèmes coutumiers de conservation de la biodiversité n'ont pu être réellement efficaces que dans un espace réduit et à l'échelle d'une communauté autochtone facilement contrôlable. La nouvelle configuration sociale des localités africaines tendant à l'hétérogénéisation des populations, il faut trouver le moyen d'actualiser les pratiques endogènes de protection de l'environnement et de les adapter en tenant compte des nouvelles réalités démographiques et économiques.

Il s'agit en effet de transformer les alliances « communauté autochtones-esprits de la nature » en pacte « local-environnement », en les sortant de leur cadre exclusivement « ethnique » pour leur conférer une dimension territoriale. En d'autres termes, c'est transformer le pacte socio-écologique de la communauté autochtone en pacte socio-écologique de la localité. Pour illustrer cette idée, prenons par exemple

les silures sacrés de la rivière Sransi en Côte d'Ivoire. L'élargissement du pacte coutumier socio-écologique mettrait les silures à la fois sous la protection officieuse de la communauté Koulango de Sapia, et sous la protection officielle de la commune de Tabagne et du Département de Bondoukou au titre d'espèces non pas sacrées mais protégées.

La protection quasi-officielle de certaines espèces sacrées est d'ailleurs déjà mise en place dans le cadre des politiques de tourisme, comme pour les silures de Dafra au Burkina-Faso. Ces politiques permettent ainsi de concilier les objectifs de préservation d'espèces endogènes avec les besoins économiques des populations.

Il est important en effet, pour que le droit nouveau du foncier et de l'environnement soit réellement efficace, que soient prévus, parallèlement aux mesures de conservation de l'environnement, des systèmes d'exploitations qui puissent répondre aux besoins économiques des populations.

B - La nécessité d'un droit intégrateur à la fois des systèmes d'exploitation et des objectifs de conservation

Dans la plupart des pays africains comme dans le reste du monde, des forêts sont classées et mises hors de portée des éventuels exploitants afin de préserver une partie de la végétation et de la faune originelles de la région. Dans la même perspective, des parcs nationaux et des réserves naturelles sont créés. Il s'agit là d'une excellente initiative écologique qui devrait contribuer pour une bonne part à la conservation de la biosphère.

Pourtant, les États Africains restent confrontés à l'épineux problème de l'infiltration paysanne dans ces espaces protégés, soit pour la réalisation de cultures agricoles, soit pour le braconnage de la faune. En Côte d'Ivoire par exemple, les superficies de plantations agricoles réalisées en forêts classées se chiffrent à 630 119 ha en 1999, et malgré un rythme moyen annuel de reboisement de 8000 hectares, l'organisme chargé du reboisement (la SODEFOR) prévoit – si la question paysanne en forêts classées n'est pas définitivement réglée – une situation catastrophique en 2020,.

Nous sommes, avec cette question, au centre même de l'opposition entre les intérêts de l'exploitation et ceux de la conservation. Comment empêcher les populations pauvres et en souffrance d'essayer de survivre en créant des plantations là où la terre est encore fertile ?

Il s'agit là d'une question malaisée pour l'État ivoirien qui, ayant atteint pour une large part ses objectifs agricoles du début de

l'indépendance grâce à une politique agraire forcenée, essaye désormais de prendre des mesures afin de juguler l'avancée du Sahel.

Dans une telle perspective, le déclassement et la mise à disposition d'une petite partie des forêts classées et leur remplacement par le classement d'autres bois et forêts sacrés peuvent être envisagés. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'intérêt de la politique du classement des forêts sacrées consiste pour une grande part dans la protection dont jouissent ces lieux du fait de leur sacralité.

Il est vital par ailleurs que de véritables politiques de reboisement répondant à la fois aux objectifs d'exploitation et de conservation de la terre soient envisagées. Pour l'agronome François Beroud, s'il est vrai que l'agriculture intensive nuit fondamentalement à la biodiversité des zones forestières, il estime cependant que *pour la plus grande partie des savanes africaines, l'intensification de l'agriculture constitue un impératif économique et écologique* (Beroud 2002 : 1). Et cette agriculture serait d'autant plus efficace qu'elle consisterait en de l'arboriculture. En effet, si le reboisement était réalisé à partir de souches d'arbres fruitiers comme l'anacardier ou le manguier ou encore d'arbres à sève comme l'hévéa et l'érable, il préserverait le territoire de la sécheresse tout en fournissant à la population des produits d'exploitation.

Certes, la recherche de la rentabilité et les critères des marchés internationaux risquent d'entraîner l'homogénéisation et la spécialisation des espèces cultivées ainsi que la généralisation de modèles agrotechniques et agro-économiques standardisés, conçus dans les conditions environnementales et sociales des pays développés (Barrau 1989). Alors que la plupart des variétés endogènes ont déjà tendance à disparaître au profit d'espèces sélectionnées et diffusées par les services de recherche et de vulgarisation. Cependant, la politique de reboisement peut intégrer les nécessités de biodiversité en développant la culture de certaines espèces typiques comme le karité, le néré, le baobab ou le tamarin dans les zones de savane. En effet, les fruits de ces arbres, en plus d'être consommés localement, font aujourd'hui l'objet d'un intérêt grandissant sur le marché international.

Mais il s'agit là de propositions qui, pour être utilisables, doivent faire l'objet de considérations à la fois anthropologiques, juridiques, agronomiques et économiques.

Le principe demeure cependant de la nécessité d'aménager, parallèlement aux mesures de préservation de l'environnement, des systèmes d'exploitation permettant aux populations de subvenir à leurs

besoins. C'est là, un préalable nécessaire à la réussite durable de toute politique de conservation foncière et environnementale.

Conclusion

Nous concluons notre étude en rappelant les conditions que nous jugeons nécessaires à l'émergence d'un droit négocié du foncier et de l'environnement dans les pays d'Afrique subsaharienne.

La première condition est la prise en compte du lien existant entre la gestion foncière et la situation de l'environnement. Un lien qui apparaît dès que l'on considère les effets des politiques agricoles et sylvicoles, ainsi que les stratégies d'irrigation, sur les forêts, les savanes et les cours d'eau d'Afrique.

La seconde condition consiste dans la mise en évidence de la pluralité juridique et de la superposition de droits sur un espace-terrain défini par le droit légal qui n'est autre qu'un espace-ressource-sacré dans les logiques coutumières africaines. À la notion d'espace-ressource définie par Olivier Barrière en référence à la multifonctionnalité de la terre, nous ajoutons la notion de sacré qui intègre la notion de vie à la terre : une terre qui vit et qui permet de vivre. Tandis que l'espace-terrain perçu par la logique légale limite la terre à son constituant matériel et privé.

Ces différentes appréhensions de la terre, doivent conduire à la troisième condition, c'est-à-dire la recherche d'une légitimité à la fois institutionnelle et populaire. Cette troisième condition consiste donc dans l'acceptation d'un droit nouveau qui serait une sorte de syncrétisme entre les directives nationales et internationales, et les méthodes locales de conservation de la biodiversité.

Enfin, et c'est la quatrième condition, les mesures de protection de l'environnement ne sauraient être efficaces dans la durée, que si et seulement si des systèmes d'exploitation respectueux de l'environnement sont prévus pour répondre aux besoins économiques des populations.

Bibliographie

AKA Aline, 2005, *Nouvelles approches du Droit Foncier ivoirien et de l'organisation territoriale dans une perspective de sortie de crise*, thèse de Droit, Paris I Panthéon-Sorbonne.

BARRAU Jacques, 1989, « Les hommes et les forêts tropicales d'Afrique et d'Amérique », in BRUNEAU Michel, DORY Daniel (dir.) *Les enjeux de la tropicalité*, Paris, Masson, 161 p., coll. Recherches en géographie, pp 42-48.

BARRIÈRE Olivier, 1997, « Du foncier à l'environnement : le foncier-environnement », in *Promouvoir la recherche et la formation sur le foncier pour le développement durable au Sahel, Actes du Colloque international sur le foncier au Sahel*, St Louis du Sénégal, PADLOS, pp. 99-110.

BARRIÈRE Olivier et BARRIÈRE Catherine, 2002, *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, Paris, IRD, 460 p.

BÉROUD François, 2002, « coton et environnement », in *Dagris*
<http://www.dagris.fr/>

BOUDERBALA Néguib, CAVERIVIÈRE Monique, OUEDRAOGO Hubert, 1996, *Tendances d'évolution des législations agrofoncières en Afrique francophone*, Rome, FAO, 102 p., coll. FAO legislative study.

BROU Yao, 2005, *Climat, mutations socio-économiques et paysages en Côte d'Ivoire*, Rapport présenté en vue de l'obtention de l'habilitation à diriger des recherches.

COUR Jean Marie et SNRECH Serge (dir.), 1998, *Pour préparer l'avenir de l'Afrique de l'Ouest, Une vision à l'horizon 2020*, études des perspectives à long terme de l'Afrique de l'Ouest, Paris, OCDE, 157 p.

GADOU M., 2003, « La mondialisation et le devenir de la tradition négro-africaine », in *Kasa bya Kas a- Revue ivoirienne d'anthropologie et de sociologie* n° 4, pp. 98-115.

GALY M., 2004, « La crise ivoirienne et la question foncière », Dossier Valorisation des terres in *Marchés tropicaux*, pp 1754-1755.

KOUASSIGAN Guy-Adjété, 1966, *L'homme et la terre, Droits fonciers coutumiers et droits de propriété en Afrique occidentale*, Paris, ORSTOM, Berger-Levrault 283 p., coll. L'homme d'outre-mer.

LE ROY Étienne, 1991, « Oublier Babel? Une approche interculturelle des politiques de développement rural à travers l'exemple de la seconde génération des réformes agro-foncières en Afrique francophone », in *Réforme agraire, FAO*, pp 9-20

MADJARIAN Grégoire, 1991, *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, l'Harmattan, 313 p.

OUSSOU Appolinaire Lio et ZOUNDJIHÉKPON Jeanne, 2005, « Biodiversité, OGM, Droits et Responsabilités des communautés locales au Bénin et en Afrique », In *Semence de la biodiversité n°42*, pp 1-2 (communication présentée au 2^e salon de la biodiversité du Bénin, 25 mars-4 avril 2005 à Cotonou Bénin).

PERROT Claude-Hélène, 1982, *Les Anyi-Ndenye et le pouvoir au 18^e et 19^e siècles*, Abidjan/CEDA,-Paris, Publications de la Sorbonne, 333 p., coll. Pub. de la Sorbonne, série Recherches, [thèse lettres, Paris V 1978].

ROCHEGUDE Alain, 2000, *Décentralisation, acteurs locaux et fonciers, mise en perspective juridique des textes sur la décentralisation et le foncier en Afrique de l'ouest et centrale*, Cotonou, PDM Programme de Développement municipal, Paris, Coopération française, 107 p.

TETCHIADA, 2007, « Le biocarburant à partir du palmier à huile menace des populations », in *Planète Urgence*, <http://www.infosdelaplanete>

CONCLUSION GÉNÉRALE

Gérer la complexité de la propriété comme condition d'un droit foncier durable à inventer ?

Comme on le mesure bien à la fin de la lecture des diverses contributions qui constituent cet ouvrage, la question de la terre, comme « surface » ou comme support, est un enjeu qui dépasse largement la question de la seule propriété foncière, de son contrôle par l'État ou par les acteurs privés. Le développement durable, y inclus l'environnement, exigent une maîtrise efficace des ressources naturelles renouvelables que le sol supporte, une réduction progressive mais certaine des activités souvent abusives qui caractérisent aujourd'hui les espaces ruraux comme urbains dans la plupart des pays, en particulier au Sud. Le développement de ce dernier risque de s'en trouver compromis à long terme alors même que les exigences du court terme ne sont pas satisfaites. Pour essayer d'apporter une contribution à la réflexion et indirectement aux politiques publiques concernées, une nouvelle approche du Foncier semble devoir s'imposer, justifiant un regard innovant sur la place de la propriété foncière dans le développement, sur les enjeux complexes de l'interaction des législations segmentées que sont notamment celles relatives à la terre, à la forêt, au pastoralisme, à la faune, à l'aménagement urbain comme rural. Cela exige par ailleurs une autre démarche de production des normes capables de prendre en charge la diversité des attentes et des réceptions¹, en même temps que d'assumer les contraintes contemporaines de la complexité obligée des dispositifs de droit.

¹ Le terme réception est ici utilisé dans la définition qu'en donne Jean Carbonnier : « Tandis que l'acculturation peut se limiter à une institution, ou même à une règle isolée, la réception est un phénomène global. C'est l'ensemble d'un système juridique étranger qui est reçu, introduit, intégré par la société nationale. Du moins est-ce le principe. La réception est une variété d'acculturation, mais elle a acquis une certaine autonomie ». (2004 : 385).

Un objectif essentiel : le développement par la « propriété » foncière

Guy-Adjete Kouassigan écrivait, il y a de longues années :

« Dans le régime juridique européen des biens, chaque chose est soumise au despotisme total de son propriétaire. Chaque fonds de terre est le « royaume de son propriétaire ». – Cette conception, radicalement opposée à la conception négro-africaine des rapports entre l'homme et la terre, est en harmonie avec l'économie européenne. Il s'agit d'une économie capitaliste, individualiste, dans laquelle la concurrence, la lutte l'emportent sur la collaboration et où tout ce qui est collectif est a priori considéré comme une entrave à la liberté d'action de l'individu ; les droits collectifs ne sauraient être définitifs », avant de poursuivre : « Par la voie de la colonisation, l'Europe ne s'est pas seulement imposée à l'Afrique. Elle s'est proposée à elle comme modèle... Ainsi en matière foncière s'est introduite progressivement l'idée d'appropriation privée de la terre, à mesure que l'individu se détache de son groupe, que la production marchande augmente et que les croyances traditionnelles sont reléguées au rang des superstitions » (Kouassigan 1966 : 12).

Une telle analyse doit être resituée dans son contexte, celui de pays qui viennent d'accéder à l'Indépendance et pour lesquels il est absolument fondamental de contrôler le sol, instrument du développement, dans une démarche dont les enjeux sont clairement identifiés par René Gendarme dans son étude sur *Le droit de la terre et le développement économique dans l'Afrique au sud du Sahara*. Cette analyse économique déjà largement utilisée par l'administration coloniale lorsqu'elle faisait de la mise en valeur des terres la condition de l'accès à la propriété pour les terrains domaniaux, a continué de l'être après l'Indépendance, les nouveaux dispositifs légaux reprenant à peu près tous des dispositions identiques. Il est clair que les problèmes clés des législations foncières et donc, indirectement, de celles relatives aux ressources naturelles renouvelables qu'elles supportent, sont ici déjà positionnés. L'opposition entre coutumes et droit légal, l'alternative d'un droit de propriété qui pourrait être strictement juridique ou économique, l'identification de la parcelle comme bien foncier objet de cette propriété alors que cette vision est ignorée dans nombre de sociétés, la persistance de comportements et de maîtrises communautaires face des dispositifs institutionnels publics, sont des aspects de cette diversité de plus en plus foisonnante, notamment dans les pays du Sud.

Toutes les législations promulguées après les Indépendances sont marquées par ces caractéristiques et il ne faut donc pas s'étonner de leur application plus que relative, sauf par quelques acteurs mieux « informés », ayant compris l'intérêt personnel qu'ils pouvaient tirer de

leur connaissance des textes, ou encore par des acteurs publics ayant besoin de terrains pour des actions d'aménagement. On se rappelle encore à Bamako et dans bien d'autres villes, des actions de déguerpissement souvent brutales qui, dans les années 70-80 étaient fréquemment menées au rythme des besoins des extensions urbaines. Parallèlement, comme tous les travaux de recherche mais aussi les rapports des projets de développement le montrent aussi, les pratiques « illégales » (encore que l'on pourrait discuter le terme et lui substituer plutôt celui de « a-légales ») de détention du sol demeuraient la dominante avec toutes leurs incertitudes, constamment exposées aux revendications possibles de tiers, acteurs publics comme personnes privées. Il n'est donc pas surprenant que le droit de la terre ait été traité souvent comme une dimension ou une condition des projets plus que comme un problème de politique nationale essentielle. Le mode de production des textes spécifiques le montre bien : travaux d'experts nationaux ou internationaux, commissions de fonctionnaires...

L'échec de ces actions législatives sera mis en évidence de manière intéressante à l'occasion des Conférences nationales, au début des années quatre-vingt-dix, dans les pays où celles-ci se sont tenues. Partout une même revendication est proclamée : la reconnaissance de la propriété ! On peut considérer, à Madagascar comme au Congo ou au Bénin que cette demande pourrait être justifiée par le dispositif légal en vigueur : dans ces mêmes pays, l'État prétend au monopole du foncier, la présomption de domanialité permet de purger les droits coutumiers sans procédure d'expropriation, les titres fonciers ont parfois été remis en cause. Mais la principale revendication porte sur la reconnaissance des situations juridiquement établies selon la perception des usagers, selon leurs coutumes, leurs pratiques.

Ces différents facteurs sont sans doute à l'origine des évolutions amorcées dans les années quatre-vingt-dix, en même temps que l'exigence de plus en plus affirmée de nouveaux référents, la décentralisation administrative, la participation, la démocratisation. Les projets dits PFR (plans fonciers ruraux) sont assurément une interprétation de terrain de la prise en compte de ces nouvelles caractéristiques, permettant une reconnaissance, souvent timide et localisée, sans valeur légale, des droits des usagers, à l'issue de procédures d'identification compréhensibles par ces derniers. Dans deux pays au moins, la Côte d'Ivoire et le Bénin, ces processus de gestion foncière locale vont se traduire par de nouvelles lois (références), au demeurant très différentes. Dans le cas de la Côte d'Ivoire, la reconnaissance des droits invoqués localement est concrétisée par des certificats qui doivent, dans les trois ans, être transformés en titres

fonciers faute de quoi leurs détenteurs verraient leur droit foncier repris par l'État, le terrain incorporé au domaine privé de celui-ci, un bail emphytéotique permettant aux détenteurs de poursuivre leur occupation ou exploitation. La reconnaissance des droits locaux n'est donc qu'une condition de l'accès à la propriété et en aucun cas l'occasion d'établir un document de propriété permanent, même si ne renvoyant pas à un bornage administratif. Au Bénin, le législateur, après de longs débats, va aller plus loin dans la loi de 2007 sur le droit foncier rural qui, fondée sur la même logique PFR, va permettre aux villageois d'obtenir, au niveau du village, un certificat établissant le caractère certain de leur droit(s), certificat permettant d'effectuer tous les actes juridiques nécessaires à la vie quotidienne. Deux différences fondamentales avec le titre foncier sont à noter : d'une part, le certificat est opposable aux tiers jusqu'à preuve contraire, alors que le titre est inattaquable ; d'autre part, le terrain n'est pas borné par l'administration compétence, les parties pouvant recourir aux bornes de leur choix ou pratique, par exemple, végétales.

Depuis la Conférence de Rio, toujours le développement, mais « durable »

En même temps que ces évolutions législatives du droit de la terre, on constate l'apparition progressive, à compter des années quatre-vingt-dix, de dispositions environnementales relatives entre autres aux ressources naturelles renouvelables ; lois ou codes de l'eau ; nouveaux codes forestiers comme celui du Cameroun mettant en place la forêt communautaire ; textes sur le pastoralisme comme la loi malienne portant Charte du Pastoralisme ; dispositions sur la Gestion Locale Sécurisée des ressources naturelles renouvelables à Madagascar, etc. Ces textes sont conçus, généralement, « à côté » du droit de la terre, ce qui ne va pas sans poser de multiples problèmes dans de nombreux pays, dans la mesure où se pose constamment la question de savoir si c'est le droit de propriété sur le sol qui doit l'emporter sur le droit de la ressource ou au contraire, ce dernier sur celui du sol. Certains textes vont régler le problème, au moins partiellement ou spécifiquement, comme à Madagascar le décret SFR (Sécurisation Foncière Relative) de 1998, qui met en place le dispositif foncier d'appui du contrat GELOSE. Mais le problème reste posé de la cohérence de tous ces dispositifs juridiques qui, encore une fois, à l'opposition de fait entre les normes appliquées par les usagers et les dispositions légales, demeurent trop cloisonnés.

Le travail de Olivier et Catherine Barrière, *Un droit à inventer ; Foncier et environnement dans le Delta intérieur du Niger (Mali)*, en

constitue une très belle illustration en même temps qu'une proposition pour essayer de régler le problème. Comme le soulignent les auteurs :

« Le principe de hiérarchie des normes ne peut que conférer un pouvoir supplétif aux droits locaux. Cependant, la considération simultanée des deux régimes juxtaposés risque fort de les contenir dans une opposition chronique, où la coutume est souvent *contra legem*. Le Mali vit cette situation, qui ne pourra pas être modifiée par le processus de décentralisation. L'approche foncière environnementale se présente d'autant plus comme un régime alternatif qu'une gestion patrimoniale de l'environnement répond aux aspirations des communautés lignagères. L'innovation du régime des maîtrises foncières environnementales ne réside pas dans la proposition d'un droit radicalement neuf, mais dans celle d'un système juridique nouveau, issu d'une approche » fondée sur l'endogénéité. La diversité culturelle ainsi que celles des systèmes d'exploitation en présence (ne serait-ce que dans le cadre du Delta intérieur du Niger) réfutent l'idée d'une uniformisation juridique ». (Barrière O. et C. 2002)

Dans l'attente d'une réelle prise en compte d'une telle démarche, fondée sur la double reconnaissance de la responsabilité publique et des pratiques des acteurs dès lors qu'elles ont une pertinence au regard des contraintes de tous niveaux, on constate la multiplication des conventions de gestion des ressources naturelles, incluant l'accès au sol, dans de multiples pays africains, à l'initiative souvent d'ONG ou de bailleurs de fonds soucieux de mettre en place des dispositifs participatifs. Ceux-ci, évoqués dans quelques contributions du présent ouvrage, proposent une solution d'attente dans la mesure où ils permettent de régler localement des problèmes de plus en plus urgents de préservation de ressources de plus en plus rares et difficiles à partager. Cela permet d'éviter la trop fameuse « Tragédie des communs » que la prétention de l'État, dans de trop nombreux pays, à demeurer le « maître de la terre », celui de l'eau, celui de la forêt, celui de la brousse, contribue largement à entretenir, de nombreux acteurs considérant qu'il vaut mieux prendre leur part des ressources renouvelables, du sol, puisque l'État ne semble pas prêt à reconnaître des droits qu'ils considèrent, eux, légitimes. Cette importance du comportement de l'État est mise en évidence dans de nombreux travaux ; on peut citer par exemple :

« En prétendant se réserver le monopole de la propriété foncière directement pour lui-même, ou par l'artifice dialectique du peuple ou de la nation, l'État africain maintient une insécurité dans la tenure des terres que les populations rurales contestent. Il peut malheureusement en résulter une dégradation de l'environnement comme conséquence d'un désintérêt pour le maintien des ressources naturelles » (Gény, Waechter et Yatchinovsky dir. 1992 : 51).

Ces conventions de gestion des ressources, dont un exemplaire est proposé dans la partie documentaire, se réfèrent aux dispositifs législatifs et réglementaires, autant qu'aux normes qui régissent les maîtrises locales, et tentent de construire des compromis subtils qui sont négociés entre villageois, acteurs publics locaux nés de la décentralisation, et représentants des services techniques compétents de l'État.

Ce qui est frappant dans l'ensemble de ces conventions, c'est le style de leur rédaction qui en traduit largement un certain esprit en même temps qu'un référent culturel dominant. Les textes sont marqués par une culture du « doit », autrement dit, le champ d'action des acteurs est largement défini au regard des obligations et interdits sur lesquels on s'est entendu. On peut évidemment s'interroger sur une telle approche largement influencée par la culture juridique française. On rappellera ici qu'au Canada par exemple, il n'est pas interdit de tourner à gauche mais il est indiqué qu'il est possible d'aller tout droit ou de tourner à droite ! Ce n'est pas le cas ici. Il semble que l'on devrait s'interroger sur cette « philosophie » du droit. Surtout dans un contexte qui se veut conventionnel. Mais dans le même temps, il faut se rappeler que les usagers demeurent encore largement marqués par une culture « publique » fondée historiquement sur le pouvoir du chef, sur la prééminence du rattachement communautaire sur l'existence de la personne. Il s'y est ajouté l'administration de commandement, mise en place par l'administration coloniale et largement entretenue par les premiers gouvernements issus des Indépendances. Le droit individuel, le droit de l'homme, qui fonde la plupart des dispositions civilistes mais aussi celles du droit public et institutionnel, apparaît tout à la fois en contradiction avec la perception communautaire de l'individu et avec la perception du pouvoir administratif, y compris sous ses formes techniques. Construire un dispositif participatif dans cet univers incertain, pour ne pas dire plus, pose évidemment de multiples problèmes. Ceux-ci sont accrus par le constat, partout mis en évidence, d'un processus qui semble inexorable, d'individualisation des acteurs, et donc de leur interprétation des normes jusque là partagées. Ainsi, dans de nombreux pays voit-on de multiples acteurs invoquer désormais la coutume pour justifier leur droit personnel de transiger, de céder un terrain ou une ressource, alors que la même coutume avait pour principe fondamental d'interdire ce genre d'action juridique au nom de la communauté. Comment négocier vraiment alors qu'il existe tant de points d'interrogation sinon de contradictions ? On pourrait déduire de là que le véritable droit à inventer est un droit souple, permettant d'intégrer les évolutions des perceptions et modes de gestion de la terre et des ressources renouvelables qu'elles supportent ; il s'agirait plus de travailler sur le droit à partir de la procédure, celle-ci servant de cadre

pour garantir un fonctionnement équitable du dispositif de reconnaissance et de validation des droits. Reste à savoir, comme la question a été posée dans une contribution au présent travail collectif, dans quelle mesure la propriété dont la question est omniprésente en filigrane dans l'ensemble des questions posées, pourrait ou devrait désormais porter sur des droits plutôt que sur les bien eux-mêmes.

Assumer la complexité obligée du droit contemporain

Toutes ces réflexions posent en définitive une autre question aussi fondamentale que contemporaine, celle de la complexité. Le droit de l'environnement en constitue une illustration plus qu'éclatante, comme le montre bien Véronique Labrot :

« Le droit de l'environnement a en effet développé d'abord une approche fondée sur une perception juridique de l'environnement naturel comme étant un ensemble de choses dont il dressait la liste. [...] Cette approche sectorielle [...] supposait alors une protection essentiellement fondée sur des régimes de police, sectoriels et envisagée à travers le zonage – géographique ou politique – de l'espace [...] Cette approche [...] est fondamentalement insuffisante car [...] il n'est pas envisageable de réussir à protéger l'environnement autrement que comme un système complexe. Ainsi, si l'environnement est un système, s'impose aussi une autre approche du droit, qui tienne compte de la manière dont les choses s'imbriquent » (in Doat, Le Goff et Pedrot dir. 2007 : 17-37).

Cette complexité qui caractérise largement les analyses juridiques dans la société contemporaine, avec toutes les questions nouvelles sur le mode de production de la norme, sur son application, sur les acteurs concernés mises en évidence notamment par les travaux d'Ost et de Kerchove, est sans doute encore plus marquée dans des pays qui sont confrontés à une double interrogation : comment disposer d'un droit national qui ne soit plus un dispositif fondé sur l'opposition en loi et pratique, entre « modernité » du droit écrit colonial plus ou moins « relu » et l'archaïsme vivant des coutumes et autres pratiques ; comment y ajouter désormais, quand on parle du sol et des ressources naturelles renouvelables, la prise en compte de l'enjeu du développement durable, de l'environnement ?

On retrouve ici les pistes ouvertes par Niklas Luhmann à propos de la procédure comme moyen de produire de la légitimité et sans doute de la juridicité :

« La procédure se caractérise par le fait que l'incertitude de l'issue et de ses conséquences et le caractère ouvert des alternatives

comportementales sont intégrées et gérées au sein du complexe d'action et de sa structure motivationnelle. Ce ne sont pas la forme concrète préfixée, la gestuelle, ni le mot juste qui font avancer la procédure, mais plutôt les décisions sélectives des participants qui éliminent des alternatives, réduisent la complexité, absorbent l'incertitude ou du moins, transforment la complexité indéterminée de l'ensemble des possibilités en une problématique déterminée et saisissable » (2001 : 33).

Quelle invitation à se pencher sur ces dispositifs de négociation et de production des normes qui caractérisaient les sociétés coutumières et qui sont encore largement sous-jacentes dans les sociétés africaines contemporaines ! La réforme foncière malgache, sans le dire, s'inspire en grande partie de cette analyse du traitement de la complexité par sa procédure de reconnaissance locale portant sur un objet foncier qui, comme on le propose dans une des contributions à cet ouvrage, aurait pour objet le droit d'utiliser, celui donc qui est « négociable » et non plus une parcelle aussi géométrique qu'abstraite au regard de la norme locale.

Le mot de la fin, nous le laisserons à Raymond Verdier :

« À quoi bon changer le droit, s'il ne sert à transformer la société ? Le peut-il, quand en « démembrant » la propriété ou en l'individualisant, il dresse l'État contre les collectivités parentales et territoriales ? Le peut-il, quand il revêt, selon l'expression de Jean Carbonnier, « les attributs effrayants de l'inconnu et de l'inintelligible » ? Le peut-il en l'absence d'une véritable stratégie, ce qui veut dire, concertation de la base au sommet, coopération des divers secteurs concernés, collaboration des divers spécialistes ? » (1971 : 88)

Bibliographie

BARRIÈRE Olivier et BARRIÈRE Catherine, 2002, *Un droit à inventer – Foncier et environnement dans le Delta intérieur du Niger (Mali)*, Paris, IRD éditions, 465 p.

CARBONNIER Jean, 2004, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^e ed., 415 p., Coll. Quadrige.

DOAT Mathieu, LE GOFF Jacques et PEDROT Philippe (dir.), 2007, *Droit et complexité ; pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 252 p., coll. L'univers des normes.

GENDARME René, 1971 « Le droit de la terre et le développement économique dans l'Afrique au sud du Sahara » in *Le Droit de la Terre en Afrique (au Sud du Sahara) ; Études préparées à la requête de l'Unesco*, pp. 21-42.

GÉNY Pierre, WAECHTER Pierre et YATCHINOVSKY André (dir.), 1992, *Environnement et développement rural. Guide de la gestion des ressources naturelle*, Paris, Frison-Roche, Agence de coopération culturelle et technique, 418 p.

KOUASSIGAN Guy-Adjete, 1966, *L'homme et la terre ; Droits fonciers coutumiers et droits de propriété en Afrique occidentale*, Paris, ORSTOM, Berger-Levrault, 283 p., coll. L'homme d'outremer.

LABROT Véronique, 2007, « Droit et complexité, Regard sur le droit de l'environnement », in Doat Mathieu, Le Goff Jacques et Pedrot Philippe (dir.), *Droit et complexité ; pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, pp. 17-37.

LUHMANN Niklas, 2001, *La légitimation par la procédure*, Les Presses de l'Université Laval/Cerf, 247 p.

TALLON Denis, 1971, *Le droit de la terre en Afrique (au sud du Sahara) – Études préparées à la requête de l'Unesco*, Paris, G.P. Maisonneuve et Larose, 175 p.

VERDIER Raymond, 1971, « L'ancien droit et le nouveau droit foncier de l'Afrique noire », in *Le droit de la terre en Afrique (au sud du Sahara) – Études préparées à la requête de l'Unesco*, p. 67- 88.

Contributeurs

Aka Aline : Docteur en droit.

Barrière Olivier : Anthropo-juriste, chercheur à l'Institut de recherche pour le développement (IRD).

Belaidi Nadia : Chargée de recherche CNRS, UMR PRODIG CNRS 8586.

Chassot Laurent : Doctorant.

Le Roy Étienne : Professeur émérite d'anthropologie du droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Nene Bi Boti Séraphin : Maître de Conférences à l'UFR SJAG de l'Université de Bouaké (Cote d'Ivoire).

Nguiffo Samuel : Chercheur et consultant en droit des ressources naturelles au Centre pour l'Environnement et le Développement (Yaoundé, Cameroun).

Plançon Caroline : Docteur en droit public. Chercheur associée au Laboratoire d'anthropologie juridique et politique (Lajp), UMR Droit comparé, Panthéon-Sorbonne Paris 1/CNRS UMR 8103.

Rochegude Alain : Professeur associé, vice directeur du LAJP.

Sime Rose Nicole : docteur en droit de l'environnement.

Collection ***Recherches internationales***

- A la recherche de la démocratie, *Javier Santiso (dir.)*
Après la crise... Les économies asiatiques face aux défis de la mondialisation, *J.-M. Bouissou, D. Hochraich et Ch. Milelli (dir.)*
Architecture, pouvoir et dissidence au Cameroun, *D. Malaquais*
Aux origines du nationalisme albanais, *Nathalie Claye*
Chine vers l'économie de marché (La), *Antoine Kernen*
Condition chinoise (La), *Jean-Louis Rocca*
Contenus et limites de la gouvernance, *Guy Hermet (dir.)*
Démocratie à pas de caméléon (La), *Richard Banégas*
Démocratie et fédéralisme au Mexique (1989-2000), *Magali Modoux*
État colonial, noblesse et nationalisme à Java, *Romain Bertrand*
Gouvernance (La), *Guy Hermet*
Guerre civile en Algérie (La), *Luis Martinez*
Guerres et sociétés. États et violence après la Guerre froide, *Pierre Hassner et Roland Marchal (éds)*
Indonésie : la démocratie invisible, *Romain Bertrand*
Mafia, justice et politique en Italie, *Jean-Louis Briquet*
Matière à politique, *Jean-François Bayart*
Milieux criminels et pouvoir politique, *Jean-Louis Briquet (dir.)*
Penser avec Michel Foucault, *Marie-Christine Granjon*
Politique des favelas (La), *Camille Goirand*
Politique de Babel (La), *Denis Lacorne et Tony Judt (éds)*
Privatisation des États (La), *Béatrice Hibou*
Révolution afghane. Des communistes aux Taleban, *G. Dorronsoro*
Sur la piste des OPNI (objets politiques non identifiés), *D. Martin (dir.)*
Trajectoires chinoises. Taiwan, Hong Kong et Pékin, *F. Mengin*
Voyages du développement, *Jean-François Bayart (dir.)*

ÉDITIONS KARTHALA

Collection *Méridiens*

Les Açores, *Christian Rudel*
L'Afrique du Sud, *Georges Lory*
L'Argentine, *Odina Sturzenegger-Benoist*
L'Azerbaïdjan, *Antoine Constant*
Le Bénin, *Philippe David*
La Biélorussie, *Philippe Marchesin*
La Bolivie, *Christian Rudel*
Le Botswana, *Marie Lory*
Le Burkina Faso, *Frédéric Lejeal*
Le Cambodge, *Soizick Crochet*
Le Congo-Kinshasa, *A. Malu-Malu*
Le Costa Rica, *Christian Rudel*
La Côte d'Ivoire, *Philippe David*
Cuba, *Maryse Roux*
Djibouti, *André Laudouze*
Les Émirats arabes unis, *Frauke Heard-Bey*
L'Équateur, *Christian Rudel*
La Guinée, *Muriel Devey*
Hawaii, *Alain Ricard*
L'Indonésie, *Robert Aarsse*
L'Irak, *Pierre Pinta*
La Libye, *Pierre Pinta*
Malte, *Marie Lory*
La Mauritanie, *Muriel Devey*
Mayotte, *Guy Fontaine*
Le Mexique, *Christian Rudel*
La Mongolie, *Jacqueline Thevenet*
Le Mozambique, *Daniel Jouanneau*
La Nouvelle-Calédonie, *Antonio Ralluy*
Le Portugal, *Christian Rudel*
La Roumanie, *Mihaï E. Serban*
São Tomé et Príncipe, *Dominique Gallet*
Les Seychelles, *Jean-Louis Guébourg*
La Turquie, *Jane Hervé*
Le Vietnam, *Joël Luguern*

Achévé d'imprimer en mars 2009
sur les presses de la Nouvelle Imprimerie Laballery
58500 Clamecy
Dépôt légal : mars 2009
Numéro d'impression : 903020

Imprimé en France

La Nouvelle Imprimerie Laballery est titulaire de la marque Imprim'Vert®

Cahiers d'Anthropologie du droit

2007-2008

En 2002, le LAJP publiait un numéro des *Cahiers d'Anthropologie du Droit* sous le titre « Retour au Foncier », puis, en 2005, « Droit, gouvernance et développement durable ». Le présent numéro s'inscrit dans cette continuité, avec l'association du droit de la terre et des ressources naturelles, et de la préoccupation environnementale. Ce faisant, le LAJP ne fait que demeurer fidèle à un de ses axes de recherche fondamentaux, celui du droit foncier, dont l'approche intégrant les règles relatives au sol et celles aux ressources naturelles renouvelables apparaît comme la condition d'une gestion durable de ces ressources essentielles dans nombre de pays, en Afrique notamment.

Ce positionnement de la recherche foncière est aussi celui de chercheurs appartenant à d'autres institutions tel que l'IRD, comme l'illustrent bien les travaux d'Olivier et Catherine Barrière sur le « droit à inventer » pour le Mali, à partir du cas du Delta intérieur du Niger.

À côté de la décentralisation de la gestion foncière qui s'impose progressivement comme une caractéristique fondamentale des nouvelles politiques foncières, comme c'est le cas à Madagascar depuis 2005, la préoccupation de durabilité des ressources, affirmée avec force depuis la Conférence de Rio, semble constituer une autre dimension incontournable de ces mêmes politiques.

On rejoint, à travers ce double positionnement de la réflexion foncière; une logique fondamentale de bon nombre d'usagers, urbains ou ruraux, dont la quête de sécurisation foncière s'apparente souvent à une demande de reconnaissance par la loi de leurs pratiques, de leurs « coutumes », jugées par eux plus adaptées au contexte de vie qui est le leur.

La préoccupation de développement ne peut plus se traiter à la seule échelle nationale ; le niveau local est devenu essentiel et il s'appuie largement sur des démarches participatives dont la décentralisation et la gestion intégrée de la terre et des ressources naturelles, dans un souci de préservation durable de celles-ci, ne sont que des applications presque « naturelles ». C'est l'objet de ce présent Cahier que d'en proposer quelques illustrations mais aussi des éléments d'analyse.



9 782811 101817

ISBN : 978-2-8111-0181-7