

Alain Rochegude, *Cahiers d'anthropologie du droit* 2005, pp. 59-72

Le « Droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »

Introduction

Face à l'incertitude du terme valise qui est celui de « gouvernance », il faut opter dès le départ de notre analyse pour une définition de celle-ci. Rappelons qu'elle renvoie étymologiquement à la notion de « gouvernement ». Appliquée au monde contemporain, on peut donc la considérer comme la mise en cohérence des différents pouvoirs, publics et privés, pour créer les conditions d'une gestion publique (au sens de « rendue publique », « publicisée »), donc transparente, équitable, cherchant à optimiser la satisfaction des attentes des usagers (devenus citoyens), tout en respectant les différentes contraintes collectives, et enfin « soutenable », c'est-à-dire permettant une exploitation pérenne des ressources naturelles¹.

Au regard de cette approche de la gouvernance, il apparaît nécessaire de définir le « Foncier ». Encore un terme valise, qui a l'avantage de pouvoir être utilisé par toutes les spécialités impliquées dans la gestion des ressources naturelles, au regard de leur propre compréhension et expérience (voire de leurs attentes). Considéré comme l'ensemble des relations entre les individus et la terre (et les ressources naturelles renouvelables que celle-ci supporte), qualifiant un domaine de droit spécifique, celui de la terre et des ressources naturelles, le Foncier constitue un univers privilégié pour mener une réflexion permettant d'établir la gouvernance comme nous l'avons identifiée plus haut. Le droit de la terre se situe en effet au carrefour des attentes locales privées (besoins de vie), des attentes locales publiques (développement et autonomie des collectivités décentralisées), des attentes nationales (exigence d'une politique foncière nationale comme celle que l'on construit aujourd'hui à Madagascar), voire attentes internationales

¹ Sur la complexité, la diversité et la variabilité des interprétations de la gouvernance, on consultera avec profit l'étude de Bonnie Campbell pour le CRDI (Canada), intitulée *An overview of governance*, du 18 octobre 2000.

⁰ (préservation de la biosphère, débat sur les « biens publics mondiaux naturels »). Chaque niveau d'attentes apparaît comme ayant tout à la fois des droits et des responsabilités, sinon des obligations. Il n'est pas évident que la démarche participative (quelle qu'en soit la méthodologie, variable selon les acteurs, les lieux et les moments), même partenariale, soit à la hauteur des problèmes à régler.

La convergence des deux approches devrait permettre donc de proposer des éléments structurants pour présenter un mode de gestion des terres et des ressources susceptibles de satisfaire à l'exigence la plus commune du plus grand nombre d'acteurs : celle de sécurité juridique, institutionnelle et foncière. Car la sécurisation apparaît devoir ici être traitée de manière non plus unilatérale – l'habitant du quartier informel veut la sécurité de son occupation, le cultivateur veut la sécurité de son droit de culture – mais à double sens : la sécurisation de l'usager doit avoir pour contrepartie celle, dans la durée, de certains milieux et ressources naturelles. On mesure bien ici à quel point doivent être articulés les niveaux de la gouvernance et la diversité des attentes et pratiques sur le milieu naturel.

État des lieux de la sécurisation foncière

Jusqu'ici, de manière un peu caricaturale, on peut considérer que la sécurisation foncière, au sens de système de droit garantissant le droit du détenteur de la parcelle, se pose comme une alternative : d'un côté, il y aurait le droit de propriété portant sur la parcelle « bien » (sous-entendu, délimitée topographiquement, de manière officielle et techniquement incontestable) ; de l'autre, une sécurisation fondée sur une reconnaissance provisoire et limitée de droits pratiques consistant dans l'occupation ou une valorisation provisoire, mais devant aboutir à la propriété telle que décrite précédemment.

La propriété, comme référence absolue du droit sur le sol

La sécurisation est fondée sur l'identification d'un bien auquel doit s'appliquer la propriété. Ce bien, objet du droit, ne saurait être que la parcelle, dûment bornée selon des procédures déterminées légalement. C'est le travail du service en charge du cadastre ou des géomètres-topographes agréés ; le résultat en est une identification physique du terrain, avec mention des limites et de la superficie et l'élaboration d'un plan. Cet objet, dès lors qu'il est « dans le commerce », c'est-à-dire qu'il peut faire l'objet de transactions juridiques, est un bien qui comme tel va supporter la propriété. Celle-ci, dans le système civiliste, est, comme on le précise dans le Code civil français, le droit de disposer de la chose, de la manière la plus absolue, dans la limite bien sûr des droits et règlements en vigueur. On passera ici sur les limites effectives de ce droit réputé absolu qui ont justifié de multiples analyses. Dans le système de la Common Law, on parlera alors de *ownership*. Ce droit absolu, fondé sur le seul dispositif légal, s'est concrétisé

Le « Droit d’agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »

durant la période coloniale, dans les territoires français, mais aussi par⁶¹ exemple en Australie, dans ce que l’on appelle le système du Livre foncier. Celui-ci inclut deux dimensions, souvent confondues par les pratiques : d’une part, l’immatriculation qui permet de définir le bien foncier, d’autre part, l’inscription qui est l’enregistrement, au regard de l’identification du terrain, du droit de propriété établi de manière incontestable, par une procédure appropriée qui fait une large part à une publicité destinée à faire apparaître les contestations éventuelles. Depuis les Indépendances, on trouve des systèmes équivalents dans la plupart des pays du continent africain.

L’inconvénient de ces systèmes est qu’ils impliquent tous deux séries de conditions, lesquelles doivent être à la fois complémentaires et cohérentes.

La première série, bien connue, consiste dans la capacité des usagers à recourir au système. Celui-ci est complexe (dans certains pays, le processus compte jusqu’à vingt-quatre étapes successives, dont aucune ne peut être évitée) ; il implique des gestes et des compréhensions qui sont le plus souvent, et contraires aux habitudes des usagers, et contraires à leur culture (rappelons-nous l’importance de l’oralité dans ces sociétés, mais aussi le caractère très local, voire privatif, des actions foncières dans la plupart des sociétés concernées) ; il coûte cher (en Côte d’Ivoire, l’arrêté d’attribution provisoire sur un terrain urbain, condition d’accès à la propriété, coûtait environ 150 000 CFA il y a trois ans, pour une parcelle standard). Toute la procédure nécessite de s’adresser à de multiples acteurs publics, chacun d’eux disposant donc d’une parcelle de pouvoir susceptible de se transformer en possibilité d’exploitation de la situation. Cela demeure généralement vrai même si certains pays, au moins pour les terrains urbains, ont mis en place des « guichets uniques », censés prendre en charge pour le compte de l’usager la totalité du suivi de la procédure. Une telle approche limite sans doute certains abus de pouvoirs ; elle ne permet pas pour autant de tout simplifier et surtout de justifier aux yeux de l’usager un tel dispositif pour accéder à la terre. À Madagascar, on cite le cas de ces paysans qui, bien informés de l’importance de la propriété et de la démarche du bornage, avaient emporté chez eux les bornes implantées sur le terrain pour éviter de se faire voler ! Peut-être faut-il rappeler ici qu’il existe dans les pays du Nord de multiples professions qui assurent une sorte de médiation administrative et qui épargnent à l’usager les contacts directs avec les administrations responsables, comme les notaires et les avocats.

La deuxième série de conditions est de disposer dans le pays qui met en application un tel dispositif de gestion de la propriété foncière un dispositif administratif de suivi efficace, permanent et cohérent. Celui-ci doit avoir pour rôle notamment d’assurer ces multiples contrôles sans lesquels le droit de propriété initialement établi avec la plus grande précision, devient rapidement obsolète. L’information détenue par l’administration ne correspond plus aux réalités du terrain. Souvent, on constate que le propriétaire enregistré a vendu son terrain par un simple transfert du titre de

² propriété en contrepartie d'une somme d'argent ; le nouvel acquéreur se croit en sécurité alors qu'il n'en est rien puisque seul le nom inscrit au livre foncier fait foi. Tel autre propriétaire est décédé après avoir partagé son terrain entre ses héritiers sans que la procédure de démembrement du terrain et donc du titre foncier ait été menée et donc, sans que les titres de propriété correspondants aient été établis ; c'est la cause de la multiplicité des indivisions dans certains pays, par exemple au Bénin dans les centres villes de Cotonou et Porto-Novo, qui correspondent en fait à des situations juridiques complètement dissociées des réalités. On peut imaginer alors, tout ce qui peut ensuite se passer, par exemple des reventes partielles de parties de terrain, sans compter les inconvénients pour la fiscalité. Dans d'autres régions encore (au Laos par exemple), la concrétisation du droit sous la forme d'un titre permet aux prêteurs usuriers de se constituer des garanties facilement saisissables, et donc d'en faire un instrument de spéculation foncière.

Il est donc normal que dans bon nombre de pays, après de longues hésitations, aient été adoptées des législations permettant de mieux tenir compte des pratiques, plus proches des attentes et des besoins des usagers.

La sécurisation relative, une première alternative à la propriété foncière

Cette appellation un peu sommaire recouvre multiples processus qui permettent de stabiliser provisoirement des droits d'occupation ou d'exploitation de terrains ruraux ou urbains, entre les mains de leurs détenteurs, lesquels, souvent, appartiennent à des catégories défavorisées, mais peuvent aussi être, plus simplement des citoyens ignorant des lois et règlements, qui ne savent pas où et comment s'adresser pour obtenir un statut juridique foncier¹. De manière plus générale et c'est sans doute le plus important, il s'agit surtout de gens qui ne voient pas l'intérêt ou la nécessité de s'adresser à l'administration pour obtenir un titre de propriété. Cela est vrai même s'ils sont de plus en plus nombreux à reconnaître l'importance du « papier » ou des « petits papiers » comme on dit à Madagascar.

Pendant de longues années, alors que le seul aboutissement des procédures domaniales et foncières, était le droit de propriété sur la parcelle

¹ À Madagascar, il existe depuis 1996 une législation dite de Gestion Locale Sécurisée (GELOSE) pour réguler de nouveaux modes de gestion participative des ressources naturelles dans un contexte décentralisé. Cette loi a été complétée en 1998 par un décret sur la Sécurisation Foncière Relative (SFR). Cette approche a été élargie à l'ensemble de la gestion domaniale et foncière par la loi 2003-29 et surtout son décret d'application n° 2003-908 du 2 septembre 2003 qui propose dorénavant, au choix des acteurs concernés, trois niveaux de sécurisation, qualifiés localement de sécurisation foncière relative (SFR), avec un simple constat des droits existants, sécurisation foncière intermédiaire (SFI) avec reconnaissance de la propriété lorsque les conditions légales sont remplies, et sécurisation foncière optimale (SFO) avec émission du titre foncier après bornage du terrain.

Le « Droit d’agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »

bien, des chercheurs (d’abord isolés, puis de plus en plus nombreux),⁶³ mais aussi des praticiens, se sont évertués à mettre en évidence les conditions d’une stratégie alternative. Par exemple, les travaux menés dans le cadre du Laboratoire d’anthropologie juridique de Paris, du Centre Droit et Cultures de Nanterre, ont permis de mettre en évidence l’incohérence de la propriété portant sur la parcelle-bien, des procédures ayant toutes pour finalité d’établir exclusivement le droit de propriété sur ce bien, et à l’opposé la pertinence de prendre en compte ce que É. Le Roy et G. Hesseling (1990) ont appelé le droit des pratiques. Les maîtrises foncières, permettant de croiser les grands principes de la propriété et les entrées des usagers sur le terrain, ont été utilisées pour mettre encore plus en évidence la pertinence de ces pratiques, en les situant dans un cadre théorique possible pour fonder une analyse juridique de ce que les usagers considéraient comme du droit, au contraire ou en dépit de la loi. D’autres chercheurs, souvent impliqués dans des projets de terrain, le plus souvent de formation non juridique, ont à leur tour apporté une contribution au débat, en se référant à un concept un peu singulier, celui de « droits délégués », lesquels se définissent curieusement comme des non-droits appelés à avoir valeur de droits. Plus simplement, on dira que ce sont toutes ces situations où il existe des conditions de juridicité fondées sur la légitimité sociale, économique, et non pas de droit fondées sur la légalité.

Depuis quelques années, et les pays d’Afrique de l’Est ont sur ce point montré l’exemple, de nouvelles procédures sont proposées aux usagers, permettant de valider non seulement les pratiques, mais parfois aussi les règles coutumières locales, voire les localisations juridiques. Par exemple, la loi sur le foncier villageois de Tanzanie¹ dispose que les habitants d’un village peuvent appliquer, pour leur profit exclusif (au sens de mise à l’écart de tous les non ressortissants habitants du village), un régime juridique spécifique, applicable dans les limites du terroir villageois, sous le contrôle d’un comité de gestion élu par l’assemblée des villageois majeurs. Les règles qui s’appliquent sont celles de la coutume locale. Les droits sont reconnus par des certificats qui peuvent être transmis par voie successorale, cédés gratuitement ou à titre onéreux et loués. La propriété éminente sur la terre appartient à la seule nation tanzanienne représentée par l’État. Mais pour tout ce qui est du domaine utile, ce sont les usagers qui sont les maîtres de la terre, sauf évidemment sur les terres publiques en vertu de la loi ou sur les terres qui sont soumises à des régimes de protection spécifiques. Au demeurant, même pour ces dernières, par exemple lorsqu’il s’agit de zones forestières ou de parcs, des modes de gestion participative sont mis en place, qui ont pour effet de permettre aux villageois concernés de tirer plus de profit

¹ Village Land Act, n° 7 de 1999 et Land Act, n° 6 de 1999, Journal officiel de Tanzanie, n° 27, volume 80, du 21 mai 1999, plus un grand nombre de règlements (décrets d’application), notamment en 2001.

4 de la conservation que de l'exploitation abusive ou du braconnage et ce dans une vision pérenne.

Le projet de loi foncière rurale du Bénin, toujours en discussion, va dans le même sens général, articulant une nouvelle conception de la gestion foncière et domaniale décentralisée au niveau communal et villageois (le village est dans la loi de décentralisation béninoise un démembrément de la commune) et une nouvelle perception du droit des pratiques (et pas seulement des règles coutumières) ; ce dispositif permet à l'usager (individuel ou collectif) d'obtenir la certification des droits qu'il revendique, sous réserve de l'accomplissement d'une procédure collective et publique, menée par des opérateurs ad hoc, permettant d'établir le caractère incontestable desdits droits, ou, à défaut, de régler les circonstances litigieuses avant la création du certificat. Ce dernier qui est donc un instrument de sécurisation, peut servir de preuve devant les tribunaux en cas de litiges, même si la preuve contraire peut être apportée. C'est là que se construit la différence avec le titre foncier qui, lui, établit de manière inattaquable, un droit de propriété sur une parcelle. On doit remarquer ici la différence déjà signalée : 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 la logique, construire ce nouveau « bien », et surtout considérer autrement les règles juridiques qui en découlent.

C'est partant de ces considérations que s'élabore la notion de droit d'agir, avec pour objectif de créer des conditions de sécurisation pour les usagers du sol et des ressources naturelles, de manière à aboutir à un concept reproductive et non plus à quelques applications encore expérimentales, voire simplement à l'état de projet.

Du droit d'agir comme instrument juridique de la « gouvernance » foncière

Pour qu'il y ait gouvernance, il faut que les règles du jeu foncier soient claires, connues, compréhensibles, donc applicables ; il faut qu'elles soient appliquées. Il faut donc que le système politique, qui est le cadre de la production du droit (et donc de la juridicité¹), permette de satisfaire une légitimité construite à partir des attentes susceptibles d'être satisfaites

¹ La juridicité est ici envisagée en suivant Gérard Timsit, c'est-à-dire comme « *la propriété d'une norme qui fait que cette norme a la qualité de norme juridique. Cette propriété, – et cette propriété seule, et non pas la norme qui la revêt, –, constitue l'objet de la science juridique* » (Timsit 1997). C'est à partir de là que peut s'envisager cette construction du « droit tripode » d'Étienne Le Roy, bâti à partir de la loi, de la coutume et de l'habitus.(Le Roy 1999 : 189-204). Et c'est à partir du même tripode que le droit d'agir peut prendre sens.

Le « Droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »
(raisonnables socialement) et, en même temps, que la légalité considérée⁶⁵ comme condition de l'égalité des citoyens (importance des exclusions propres aux systèmes communautaires qui peuvent être aujourd'hui considérés plutôt comme communautaristes avec les enjeux de la politique du ventre et les courtiers du développement).

La production du Droit apparaît donc ici comme déterminante de la gouvernance, beaucoup plus que les droits dont les lois et codes procèdent souvent à l'inventaire quasi-exclusif. Et compte tenu des enjeux, la seule approche de production du droit à partir de la loi (ou de la notion de convention ou de contrat qui peuvent découler de celle-ci) ne semble plus pouvoir être adaptée aux cultures communautaires des usagers qui s'individualisent. Le foncier est alors un champ d'application pour les projets et la notion d'agir devient alors celle qui apparaît comme une piste à approfondir.

Ce que pourrait être le « droit d'agir »

Comme on a essayé de le montrer plus haut, le débat devrait porter plus sur l'objet du droit que sur le droit sur l'objet. Il faut ici rappeler encore une fois la logique propriétaire civiliste : le droit de propriété, considéré comme un droit fondamental (au demeurant on le retrouve proclamé dans la plupart des constitutions), prend une signification particulière quand il s'agit du sol et/ou des ressources naturelles. Tout repose alors sur l'objet. Le droit de propriété, celui en définitive de s'assurer l'exclusivité et en même temps la disponibilité du bien, porte, lorsque qu'il s'agit du sol, sur la construction d'un « bien », à savoir une parcelle laquelle ne peut tirer son existence que d'un processus technique d'identification. Cet « objet-terre », qui devient donc le bien objet du droit, présente à l'évidence la singularité de ne représenter que le support des attentes et pratiques des usagers. On peut donner comme illustration le fait que par exemple, pour un propriétaire privé d'un terrain, la propriété de la forêt s'établit à partir du droit foncier (ce qui dans certains pays peut avoir pour effet de faire échapper les forêts privées au régime de protection de la forêt en général !).

Or, on peut par ailleurs considérer que le droit de propriété, exclusif et personnalisé (au sens de rattaché à une personnalité juridique même si on parle de droit réel), ne prend sens qu'au regard de l'utilité, de la valeur symbolique, économique, sociale, qui s'attache au même support foncier. Même le spéculateur se préoccupe plus de la valeur que peut prendre l'objet que de celui-ci lorsqu'il est terre. L'importance juridique repose alors sur la faculté exclusive de disposer de l'objet, non pas pour en disposer selon son bon plaisir, mais plus pragmatiquement, en fonction de l'usage ou de l'intérêt que l'on escompte en tirer. Cette analyse montre bien les limites qui se sont construites dans l'imaginaire des usagers, où la règle se confond avec la matière à laquelle elle se rapporte. Peut-être peut-on y voir l'effet de la disparition de la généralité du domaine éminent comme support du domaine

utile. Quoiqu'il en soit, l'analyse des droits sur le sol et les ressources gagnerait assurément à reprendre comme fondement cette référence à l'« utilité ».

C'est partant de là que le droit d'agir prendrait pleinement son sens. Travailler sur l'utilité, la valeur, renvoie forcément dans les systèmes de droit à base légale que nous connaissons, à l'établissement de règles juridiques fixant le contenu des droits, leur portée juridique, les modes d'élaboration de ces droits à partir de différents actes plus ou moins « formatés » que l'on appellera contrats, conventions.... Cette manière de voir les choses juridiques se réfère à un univers dans lequel des normes écrites sont présumées pouvoir être partagées comme des valeurs collectives par l'ensemble d'une communauté nationale. La loi est la même pour tous, présumée connue de tous, fondant l'égalité du citoyen ; nul n'est censé l'ignorer, et dans le même temps, tous les usagers sont égaux devant elle. Cette interprétation, largement articulée avec une perception wébérienne de l'État-Nation, avec une vision pyramidale du droit, ne correspond pas forcément à tous les univers de culture juridique et politique ; en particulier, elle apparaît complètement décalée au regard des perceptions de tous ceux et celles qui ont encore une vision communautaire de certaines pratiques et normes ; en quelque sorte, une vision collective « infra-étatique » et assurément non publique, ce dernier terme étant connoté comme ce qui se rattache à la puissance publique telle qu'instituée par les textes en vigueur. Pour ces usagers d'un droit d'une autre sorte il est donc nécessaire, si l'on veut créer les conditions de l'État de droit, de mettre en place des dispositifs de droit qui tiennent compte de leurs réalités.

L'essentiel devient alors d'identifier l'exclusivité d'un droit d'accès, d'usage, d'occupation, provisoire ou permanent, territorialisé mais au regard de la fonctionnalité recherchée. Le caractère religieux historiquement invoqué pour dissocier la Terre et le sol dans les droits dits traditionnels a perdu et continue de perdre sa force. Mais il n'ouvre pas pour autant la porte à la propriété parcellaire romaniste. Et c'est bel et bien le droit des pratiques qui devient la référence utile. Il s'agit là d'un instrument au pilotage délicat, même avec l'appareillage subtil des maîtrises foncières d'Étienne Le Roy, car la quête d'un dispositif permettant un inventaire systématique, exhaustif, de toutes les situations pour en mesurer le caractère juridiquement acceptable ou non, relève d'une mission difficile sinon impossible pour le juriste en quête de normes généralisables à la totalité des citoyens, normes dont nous avons suggéré plus haut qu'elles devaient être simples, compréhensibles, compatibles avec les multiples référents culturels, économiques et sociaux qui sont ceux des sociétés considérées. Il faudrait aussi y ajouter sécurisantes a priori, car tel est en définitive l'objectif principal.

La mise en corrélation des éléments qui précèdent suggère une piste : celle déjà évoquée du droit d'agir. Celui-ci devient alors le produit d'un

Le « Droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »

dispositif procédural¹ dont l'usage, publiquement établi, légalement⁶⁷ reconnu, doit permettre aux usagers de continuer de se référer à leurs pratiques, à leurs habitudes, sous réserve de ne pas en faire un usage qui serait contraire aux principes fondamentaux que sont celui de l'égalité des citoyens devant la loi, du droit à être protégé de l'abus de pouvoir, autant que celui de voir sa situation juridique protégée dès lors qu'elle est le résultat de l'application de la loi. Il s'agit en fait de se positionner juridiquement au moment de la production de l'acte juridique plutôt que d'essayer d'en prédéterminer toutes les caractéristiques aux regards d'instruments, d'objets juridiques dont la liste serait par définition limitative.

On l'aura compris, le droit d'agir ne remplace pas celui de propriété sur le bien-terrain ; il est un autre mode d'accès à celui-ci, fondé sur l'usage qui va en être fait, dans un cadre politique (au sens de la cité) précisément déterminé, avec des acteurs dont le rôle va permettre d'établir des conditions qui devraient être celles recherchées d'une bonne gouvernance foncière. Cette dernière ne peut réellement et efficacement se construire qu'au niveau du local, celui de la compréhension de la norme qui doit fonder la légitimité de celle-ci pour lui donner valeur de droit. Le contexte de la décentralisation apparaît donc comme pertinent pour tenter la démarche.

Le droit d'agir au regard de la « gouvernance foncière »

Comme on l'a expliqué au point précédent, la démarche doit associer différents niveaux d'acteurs, publics comme privés, ceux du niveau local comme ceux qui représentent le niveau central ; la démarche – localisée, fonctionnelle, et éventuellement territoriale – doit associer légalité et légitimité sociale. Elle doit conjuguer souplesse, intelligibilité et rigueur. Elle doit permettre à la procédure de jouer le rôle qui est jusqu'ici celui de la loi ou du code dans la production de situations juridiques établies. Elle doit substituer à des références en forme d'actes et/ou d'objet de droit un processus permettant d'établir que le droit d'agir existe, que dès lors, son

¹ Sur la procédure, il convient ici de se départir de la vision traditionnelle du juriste qui voit dans la procédure une démarche formellement figée, ce qui aurait pour effet de stériliser complètement l'effet de légitimation recherché. Comme l'indique Luhmann, « *une procédure ne peut être considérée comme une série préétablie d'actions déterminées [...] un tel rituel enfermerait les actions en une telle chaîne de sorte que l'une résulterait de l'autre sans qu'il soit possible de choisir* ». Toujours dans le souci de rechercher la légitimité du droit, « *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* ». (Luhmann 2001 : 31 et 33). Cette vision de la procédure permet en effet de rechercher, dans le dispositif de production du droit d'agir, tous les espaces d'incertitude, de contestation, qui pourraient ultérieurement déclencher des conflits remettant en cause le processus de sécurisation foncière et donc de bonne gouvernance.

⁸ utilisation établit des droits dont la validité juridique est établie aux yeux de tous les acteurs, y compris publics, ceux-ci étant tenus de ce fait, d'utiliser éventuellement leur pouvoir de coercition pour faire respecter lesdits droits.

Il n'est évidemment pas possible dans le cadre du présent texte de préciser toutes les modalités précises d'un tel dispositif, ce qui, de surcroît n'aurait aucun sens puisque mené hors de tout contexte réel. Mais il faut au moins essayer d'en fournir quelques dimensions méthodologiques.

Le premier point consiste à admettre légalement le principe. Les textes relatifs à la gestion foncière, à celle des ressources naturelles, doivent affirmer cette solution juridique comme un pré-déterminé ; 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. Cette affirmation étant assortie d'une contrainte claire de respect d'une procédure *ad hoc*. Le législateur n'aurait donc plus à essayer de traiter par avance, en normes toutes les situations juridiques, encore moins à essayer de s'adapter en permanence à l'évolution des pratiques liées à l'évolution de la société considérée.

Dans cette démarche, il conviendrait ensuite de poser le principe que les actes susceptibles d'être « juridifiés » par le droit d'agir doivent être conformes à certains critères de validation sociale. Il ne s'agit évidemment pas de permettre une inventivité juridique qui irait à l'encontre du but souhaité de sécurisation, laquelle, encore une fois, suppose une certaine compréhension collective. Une référence aux coutumes locales ne paraît pas suffisante ; le renvoi à un possible « code local » paraît délicat car il ouvre la porte à des exclusions comme celles prévues dans les règles communautaires ; les pratiques proposent une solution, associant un certain nombre de références à la coutume, ajustée au rythme de l'évolution sociale et économique. Mais il faut aller plus loin et introduire la validation de ces critères. C'est là que la procédure entre en jeu, définissant l'intervention corrélée des acteurs publics et privés.

Les acteurs privés, fussent-ils rassemblés dans une sorte d'*arène foncière* comme cela a déjà été proposé sous la forme de « forums fonciers » (Le Roy, Karsenty et Bertrand 1996 : 277 et s.), ne sauraient y suffire car ils sont d'une certaine manière à la fois parties et juges. Les choix localement validés par eux présenteraient au moins le risque évoqué plus haut d'une exclusion de ceux qui ne sont pas de la communauté ou qui, socialement, culturellement, ne sauraient obtenir des droits sécurisés sur le sol ou la ressource quand bien même ils en seraient les exploitants du moment. Ils sont cependant indispensables, au moins comme témoins d'un état de fait, celui de l'utilisation, de l'occupation. Cette publicisation locale pourrait aussi, selon les situations considérées, être le fait du conseil des âges, des anciens, des « cheveux blancs » de Madagascar par exemple. À l'opposé, le rôle de la société civile, conçue plus globalement comme constituée des organismes associatifs locaux, ne paraît pertinent qu'au regard des appuis à apporter à la démarche.

Le « Droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »

En ce qui concerne les acteurs publics, l'intervention des chefs de⁶⁹ village, chef de circonscription administrative (le *fokontany* malgache par exemple¹), est essentielle car elle doit permettre de valider tant les témoignages que les situations concrètes dont la sécurisation est revendiquée ; ils doivent participer, investis dans leur fonction officielle, publique, à la validation sociale, pour lui donner sa valeur au regard du dispositif d'administration territoriale de l'Etat, étape nécessaire sur le chemin de la reconnaissance de juridicité. Cela demeurerait vrai même lorsqu'ils ne disposent pas d'un pouvoir public plein, c'est-à-dire lorsqu'ils sont le relais, le représentant soit des élus locaux, soit de l'administration déconcentrée de l'État. Il resterait alors à déterminer le degré de public local ayant réellement une capacité exécutive, décisionnelle, susceptible de valider l'ensemble du dispositif. Dans le cas où il existerait des collectivités décentralisées, on peut évidemment envisager de placer la procédure sous la responsabilité des élus locaux, de ceux qui disposent de la légitimité politique aussi bien au regard de la population que de l'État ; dans le cas où il n'en existerait pas, ce serait évidemment au représentant de l'État disposant d'un véritable pouvoir décisionnel d'intervenir.

L'ensemble de la démarche doit être géré au niveau local ; il faut donc qu'il existe une structure, administrative au sens de gestionnaire d'une procédure publique, permettant d'accueillir les demandes de sécurisation du droit d'agir, de mener à bien les enquêtes appropriées sur le terrain (reconnaissance des limites du champ d'application du droit), de conserver les documents d'information nécessaires (une cartographie foncière sommaire, appuyée sur une photographie aérienne à une échelle permettant d'identifier les limites physiques, naturelles, reconnues par les parties concernées, des fichiers alphabétiques, un registre de suivi des procédures, etc.), et susceptibles de servir en même temps de lieu d'information, de négociation et de médiation. Le niveau communal paraît ici opportun, même si le déroulement concret de l'opération se fait à un niveau infra-communal.

L'ensemble de ces éléments semble de nature à favoriser l'existence des caractéristiques de la bonne gouvernance telles que rappelées dans l'ouvrage *La sécurisation foncière en Afrique* (Le Roy, Karsenty et Bertrand 1996 : 236 et s.)

¹ Les *Fokontany* ont connu depuis 1976 de multiples évolutions de leur statut juridique, fondées sur une alternance entre un régime de circonscription administrative de base et de collectivité décentralisée. La dernière évolution qui paraît la plus pertinente au regard des pratiques, notamment en ce qui concerne la gestion domaniale et foncière, consiste dans leur qualification comme démembrements des communes, qu'elles soient rurales ou urbaines. Les *fokonolona* en sont dorénavant la communauté humaine supportée territorialement par les *Fokontany*. Les chefs de ces derniers apparaissent souvent comme de remarquables acteurs de « médiation » entre les usagers et les autorités communales élues.

-
- 0 - l'existence d'un corps de règles acceptées pour allouer les ressources et arbitrer les conflits ;
- une relation claire entre les acteurs publics et privés pour créer une responsabilité (celle des « témoins », celle des acteurs publics représentatifs et étatiques) ;
 - la transparence, laquelle permet aux acteurs concernés de s'assurer des modes de gestion de la procédure de validation des situations juridiques ;
 - l'acceptation de l'intervention cohérente et corrélée de différents acteurs publics et privés ;
 - une utilisation efficace et appropriée des ressources, condition de l'exploitation durable de celles-ci.

Conclusions

Il ne s'agit évidemment pas, par cette démarche du droit d'agir, de mettre en place cette nouvelle action publique évoquée de manière un peu ironique par Jean-Pierre Gaudin dans les termes suivants : « *La nouvelle action publique [...] en appelle maintenant à une sorte de Sainte-Trinité : agences de régulation, politiques contractuelles, forums de débat public* » (Gaudin 2002 : 129). Il s'agit plus concrètement de faire en sorte que dans des contextes où la législation nationale n'est pas une source de droit pour bon nombre de citoyens, des dispositifs institutionnels et légaux permettent la production de situations juridiquement stables parce qu'accessibles, incontestables et compréhensibles par les usagers concernés. Le droit ne saurait être élément de gouvernance, donc facteur de régulation s'il n'est pas ainsi validé par les pratiques. Et la seule illégalité de celles-ci ne saurait en aucun cas les disqualifier juridiquement sauf à créer des situations d'extrême incertitude comme c'est le cas aujourd'hui dans de trop nombreuses zones rurales autant qu'urbaines, en Afrique, en Asie, en Amérique latine, quand ce n'est pas en Europe. Pour que fonctionne le droit foncier, il faut reconstituer les conditions de la communauté d'intérêts qui est sous-jacente à toute forme d'organisation collective, recréer les conditions d'une sorte d'*affectio societatis* permettant dans une sorte de contractualisation sociétale de donner une validation publique à des comportements jusque-là plutôt privés, y compris dans leur légitimation sociale.

C'est dans cette logique que des pays, de plus en plus nombreux, empruntent des chemins de réforme foncière et domaniale élaborées dans le cadre de Déclarations de politique foncière nationale, qui n'ont plus pour destination unique et exclusive le droit de propriété sur une parcelle immatriculée comme bien, le tout consacré dans un titre foncier. La Tanzanie, l'Angola, le Bénin, et depuis peu Madagascar, pour ne rester que sur le continent africain – mais on pourrait aussi renvoyer au Brésil ou à l'Indonésie pour évoquer d'autres continents – sont quelques-uns de ces pays qui osent affronter le tabou, qui osent dire que l'exclusivité d'un droit,

Le « Droit d'agir », une proposition pour la « bonne gouvernance foncière »
comme mode de sécurisation, correspond peut-être mieux à certaines⁷¹ attentes et pratiques des usagers, notamment la très grande majorité de ceux-ci qui ne disposent ni des moyens ni de l'instruction susceptibles de leur permettre d'utiliser les procédures jusque-là en vigueur. Le droit d'agir propose d'aller un cran plus loin, en « normalisant » une appellation symbolisant cette ouverture globale aux droits des usagers désormais susceptibles d'être mis en scène dans un cadre de légalité, permettant ainsi de reformer le couple juridicité-légitimité.

Toute la démarche repose évidemment sur un a priori : que les conditions socio-économiques, en particulier dans les pays en développement, ne continueront pas de se détériorer sous la pression de l'évolution démographique, de la concurrence de nouveaux acteurs étatiques surdimensionnés comme la Chine, l'Inde, qui sont de plus en plus consommateurs de ressources naturelles pour pallier leurs propres insuffisances en la matière ; sous la pression aussi de la demande sans cesse croissante de biens monétarisables y compris par les plus démunis. C'est donc bien aussi d'une course contre la montre dont il s'agit, entre la capacité des États à mettre en place les nouveaux modes de régulation plus responsables, et le poids des facteurs qui s'y opposent presque directement.

Bibliographie

GAUDIN Jean-Pierre, 2002, *Pourquoi la gouvernance ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 137 p., coll. La bibliothèque du citoyen.

HESSELING Gerti, Le ROY Étienne, 1990, « Le droit et ses pratiques », *Politique africaine*, décembre, n° 40, pp. 2-11.

LE ROY Étienne, KARSENTY Alain et BERTRAND Alain, 1996, *La sécurisation foncière en Afrique ; pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 388 p. coll. Économie et développement.

LE ROY Étienne, 1999, *Le jeu des lois*, Paris, LGDJ, 415 p. coll. droit et société n° 28, série anthropologique.

LUHMANN Niklas, 2001, *La légitimation par la procédure*, Paris, Cerf, Laval, Presses de l'Université Laval, 247 p., coll. Passages.

TIMSIT Gérard, 1997, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 252 p., coll. Les voies du Droit.