
ADMINISTRATION FONCIERE : LE FACTEUR NEGLIGE DANS LA REFORME FONCIERE EN AFRIQUE¹

H.W.O. OKOTH-OGENDO²

La Mission de l'Administration Foncière

La mission de l'administration foncière en tant que partie intégrante d'un système foncier organisé est basée sur un certain nombre de principes. Le premier est le principe de souveraineté exprimé en terme des doctrines de la territorialité et du pouvoir policier de l'Etat. Le fait qu'une société politique recherche tôt ou tard à définir et à défendre ses frontières territoriales est aussi élémentaire que fondamental à la constitution d'un Etat. Le maintien de l'intégrité de l'Etat dépend par conséquent dans une large mesure de l'administration de ses frontières. A ce niveau donc, la mission de l'administration foncière est un important facteur de maintien de l'identité communautaire. La doctrine du pouvoir policier traite des obligations résiduelles de l'Etat, une fois celui-ci sécurisé, afin de prémunir les ressources territoriales, quelqu'en soit leurs détenteurs, contre le sabotage du bien-être public.

Le second est le principe d'interdépendance entre les domaines de la propriété privée et de la régulation publique. Les droits fonciers, de quelques baux qu'ils émanent, sont aussi sûrs et sacro-saints que le contexte politique et social dans lequel leur acquisition, jouissance et transaction se sont produites.

La mission d'administration foncière est donc, non pas simplement le moyen par lequel l'environnement spatial de la société est géré, un important facteur dans la constitution et la jouissance des droits de propriété. En effet, du point de vue de propriétaires individuels ou en communauté, c'est la mission d'administration foncière qui traduit les politiques et régimes de bail en défis et stratégies de gestion de ressources.

Le troisième et plus récent développement est le principe de gouvernance des ressources. Empruntant largement aux instruments environnementaux internationaux, ce principe traite de l'amélioration des meilleurs pratiques en matière de consommation, gestion, préservation et transmission des ressources foncières entre les générations. L'établissement et le

¹ Les vues présentées sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la Banque Mondiale, de ses Directeurs Exécutifs, ou des pays qu'elle représente.

fonctionnement des structures et de l'infrastructure d'une administration foncière largement participative, transparente et rentable est clairement central à la bonne gouvernance des ressources. La mission d'administration foncière n'est donc pas simplement un attribut du pouvoir policier de l'Etat, elle est aussi partie intégrante de l'intendance responsable des ressources foncières.

Le périmètre de l'administration foncière

Au même titre que les bases essentielles de la mission d'administration foncière, ces principes fournissent une justification à la mobilisation de mécanismes pour une large gamme d'activités spécifiques, relevant de cinq grandes catégories, à savoir,

- juridique
- réglementaire
- fiscale
- cadastrale, et
- de résolution de conflit

La composante juridique de la mission d'administration foncière doit assurer que les droits de propriété, créés sous un régime de bail donné, sont clairement définis et leurs frontières préservées. Pour cette raison, des mécanismes appropriés doivent être mis en place pour la délivrance des droits fonciers, l'adjudication des droits, la démarcation et l'inspection, l'enregistrement et l'archivage. L'administration foncière est ainsi essentielle au maintien de la garantie des droits fonciers, de la mobilité des transactions et à la communauté identitaire.

La composante réglementaire est souvent la plus évidente, dont les mécanismes de l'urbanisme (incluant la répartition en zones et le contrôle des subdivisions), le contrôle du marché foncier, et l'assurance qualité foncière via l'audit de l'environnement et du management forment sa base . Il est maintenant largement reconnu qu'une réglementation exhaustive est nécessaire, non seulement sur un plan territorial, mais aussi en matière de conduite de catégories d'utilisations spécifiques. L'administration foncière est donc le medium par lequel le développement organisé et durable des ressources foncières est assuré et préservé.

La composante fiscale constitue une dimension largement négligée en Afrique. Alors que la plupart des régimes de propriété dans les pays du Nord reconnaît le potentiel d'investissement du foncier tant pour l'Etat que pour les propriétaires, en Afrique, la terre est encore essentiellement considérée comme un bien agricole et ontologique. Par conséquent, les mécanismes qui pourraient faciliter d'estimer de manière appropriée les ressources foncières

² Les vues présentées sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la Banque Mondiale, de ses Directeurs Exécutifs, ou des pays qu'elle représente.

en vue du développement de la fiscalité et de la collecte des revenus, tels que l'évaluation, les mesures de taxations foncières et l'information cadastrale de base, sont largement rudimentaires et dans bien des cas indisponibles.

La composante cadastrale, c'est-à-dire de gestion de l'information est une dimension qui, de manière similaire, est largement négligée. Les mécanismes en place d'extraction d'informations précises sur qui possède quoi sur quel terrain, sur l'identité correcte des parcelles sur les cartes, et sur la nature, la qualité et la productivité d'un terrain et de l'étendue des changements éventuels de ses caractéristiques qui aurait pu se produire à la suite, entre autres, de l'utilisation, de la pression démographique ou du changement technologique, sont très rares dans les pays Africains.

L'absence d'un système d'information foncière efficace et précis ne permet pas un urbanisme et une utilisation des ressources foncières convenables.

La composante de résolution de conflit de l'administration foncière est un sujet complexe en Afrique. Les mécanismes, à cette intention, proviennent de sources juridiques indigènes ainsi qu'imposées. L'objectif d'ensemble des mécanismes de résolution de conflit est de préserver l'identité des droits frontaliers individuels et communautaires et d'assurer la jouissance paisible des droits de propriétés. Ils sont par conséquent essentiel au développement et à la gestion des ressources foncières à tous les niveaux de l'organisation sociale..

Il devrait être clair, d'après ce qui vient d'être présenté, que la mission d'administration foncière est une composante essentielle d'un système intégré de gestion des ressources foncières. Elle doit donc être correctement désignée et efficacement gérée, en articulation avec les autres composantes de ce système. La réforme de ce système, au niveau politique ou au niveau législatif, ne peut, par conséquent, pas ignorer cette importante dimension. Nous nous penchons maintenant sur un examen des systèmes d'administration foncière en Afrique du point de vue de la conception et de l'efficacité opérationnelle avant de procéder à l'évaluation des défis qui doivent être relevés en matière de réforme politique dans ce domaine..

Les systèmes d'administration foncière en Afrique

Variétés des systèmes

Il y a en général deux variétés de système d'administration foncière en Afrique : les systèmes indigènes et les systèmes imposés. Les systèmes d'administration foncière indigènes missionnent en tant que partie et parcelle de l'organisation sociale des communautés territoriales. En tant que telle, la mission d'administration foncière est inséparable de la perception de la terre, par la communauté, comme un bien social, économique et ontologique,

dont il est de la responsabilité de tous ses membres de gérer, protéger et préserver. Il n'existe par conséquent pas de mécanismes institutionnels séparés pour s'acquitter spécifiquement de cette mission aussi singulière qu'elle puisse être.

Les systèmes d'administration foncière imposés, qu'ils proviennent de systèmes de droit coutumier ou codifié, sont caractérisés par des structures de gestion distinctes qui varient selon les régimes de bail, catégories foncières, et même principes juridiques. Ainsi l'administration de diverses catégories de bail telles que la propriété foncière libre, la propriété emphytéotique et ses variantes, et les participations de moindre importance, est-elle souvent sujette à différentes règles en matière de transaction et d'allocation. Des terrains privés, publics et communautaires similaires, lorsque ceux-ci existent, sont adossés à des infrastructures administratives distinctes qui sont souvent isolées les unes des autres. L'aspect le plus important aspect des systèmes d'administration foncière imposés est que, bien que créés statutairement, ils missionnent en général en tant que partie et parcelle de l'administration publique.

Conception et fonctionnement des systèmes

En théorie, les deux variétés de système sont supposées améliorer et faciliter la gestion des ressources foncières de la manière soulignée dans la partie II (ci-dessus). En pratique, cela n'est pas toujours le cas. Il y a plusieurs raisons à cela.

La première est conceptuelle et relève de l'hypothèse selon laquelle les structures et infrastructures administratives foncières sont des facteurs externes à l'institution de la propriété foncière. On prétend que la propriété serait constituée par un régime distinct et indépendant de tout dispositif créé pour sa constatation ou sa gestion. L'avis est donc qu'une fois les incidents de propriété réglés par le régime juridique approprié, le cadre de son administration peut épouser toute forme. Un argument complémentaire à ce dernier est le fait que l'administration foncière devrait de toute façon être considérée en tant que mission de la propriété privée. Idéalement donc, les meilleures structures et la meilleure infrastructure devraient être celles qui sont déterminées par le principe d'économie de marché ordinaire du laissez faire et utilisées par les propriétaires individuels eux-mêmes. Cet argument rejette par conséquent toute tentative d'étendre le domaine du pouvoir policier de l'Etat aux questions de réglementation des droits de propriété, en général, et à celles de propriété foncière, en particulier.

Le second est opérationnel, et voit l'administration foncière en tant que partie et parcelle de la routine de l'administration (ou fonction) publique. L'administration foncière est donc considérée comme dépourvue de compétences et impossible à distinguer des missions ordinairement remplies par les agences publiques. C'est ce point de vue qui explique la

concentration absolue des missions de l'administration foncière au sein du service public. Parce que la plupart des missions de l'administration foncière sont appuyées par la loi, la bureaucratie de l'administration foncière s'est toujours considérée comme un service d'élite à l'intérieur des ministères et départements gouvernementaux.

Le troisième est politique et concerne le lien entre les structures et l'infrastructure de l'administration foncière et les investissements fonciers des élites en économie politique. Parce que le contrôle de ces structures et de cette infrastructure est crucial dans l'accès à et l'accumulation de la propriété foncière, il y a toujours eu de la résistance et de l'hostilité à la réforme de l'administration foncière. C'est particulièrement le cas au sujet de la concurrence pour les terrains publics, un domaine que les élites considèrent souvent comme une importante source d'enrichissement rapide. C'est ce point de vue qui explique le fait que, dans de nombreuses juridictions, les structures et l'infrastructure de l'administration foncière sont les dernières à être privatisées ou réorganisées.

La quatrième, et en aucun cas la moins significative, raison est la confiance sans discontinuer en d'archaïques modalités infrastructurelles dans la pratique de l'administration foncière. Dans la plupart des juridictions en Afrique, la livraison des terrains, la démarcation et l'inspection, l'enregistrement et l'archivage, et les procédures et processus de cartographie du cadastre sont effectuées sans l'assistance de la technologie informatique. Par ailleurs, les installations de stockage et les services généraux sont souvent inadéquats et sous-financés, occasionnant par là d'inévitables imprécisions et retards de gestion. C'est particulièrement endémique quant aux systèmes légaux de l'administration foncière qui nécessitent souvent des procédures opérationnelles complexes et déterminées avec précision.

Il en résulte que, dans toute l'Afrique, les systèmes d'administration foncière sont caractérisés par un certain nombre d'aberrations incluant un degré élevé de désuétude (*disuetudo*), complexité bureaucratique, opacité dans la gestion, inefficacité et hauts coûts de transactions. La désuétude (*disuetudo*) est le plus évident eu égard aux mécanismes conçus pour faciliter les missions juridiques et cadastrales de l'administration foncière. Le problème de la complexité bureaucratique ne résulte pas simplement des établissements hypertrophiés, soi-disant remplissant leurs diverses missions administratives, mais plus fondamentalement de la multiplicité des régimes de bail introduits par la loi imposée. Il en résulte que la plupart des systèmes légaux d'administration foncière sont inaccessibles au public ordinaire en quête de droits fonciers au bénéfice duquel ils ont été conçus ou établis.

L'opacité de la gestion est à la fois fonction de l'inaccessibilité et du fait que la plupart des missions de l'administration foncière sont généralement enveloppées de secret. Même l'information la plus simple et la plus routinière est souvent dissimulée derrière le sceau des

dossiers «confidentiel» ou «secret», sans compter les procédures de transaction, qui sont souvent couchées dans un indéchiffrable jargon juridique. Dans la plupart des cas, même le plus expert des avocats trouve ces procédures impénétrables. Ce qui, à son tour, entraîne une inefficacité opérationnelle ainsi que des coûts de transaction très élevés. Il n'est pas surprenant que des milliers de documents traînent non réclamés dans les bureaux d'enregistrement foncier dans de nombreuses juridictions partout en Afrique.

Le résultat d'ensemble de ces observations est que les systèmes d'administration foncière sont généralement incapables de remplir les missions pour lesquels ils ont été conçus. Ils ont même plutôt eu tendance à les pervertir. Ces systèmes sont précisément souvent la cause d'une grave insécurité en matière de droits fonciers à la suite, entre autres, d'un manque d'archivage convenable, d'imprécisions persistantes des informations ayant trait à l'enregistrement foncier, et une méfiance générale à l'égard des procédures de l'administration foncière. Ce qui, à son tour, est un sérieux obstacle au fonctionnement des marchés fonciers à quelque niveau que ce soit.

Réforme de l'administration foncière en Afrique

Le facteur négligé dans la réforme foncière

Les pages précédentes visent à démontrer que la mission d'administration foncière est une composante essentielle de tout système de droit foncier complet. Malheureusement, presque toutes les initiatives en matière de réforme foncière ne semblent pas reconnaître ce fait.

Effectivement, bien que les questions de réforme foncière ont figuré au programme de développement de nombreux pays en Afrique depuis près de cinquante ans, la mission d'administration foncière reste clairement le facteur le plus négligé.

En dehors du Botswana, où il a été spécifiquement abordé les trois dernières décennies, et l'Ouganda où il a reçu de l'attention en tant que partie et parcelle de la réforme de l'administration publique, l'administration foncière a toujours été traité comme une question accessoire par rapport aux autres objectifs de la réforme foncière. Bien que cela était évident dans les initiatives antérieures de réforme foncière orientées sur le bail foncier (Kenya, Côte d'Ivoire), et les structures de production (Ethiopia, Tanzania), cette négligence persiste en dépit d'un clair changement de paradigme dans les dernières décennies vers des réformes portant sur la distribution foncière (Afrique du Sud, Erythrée, Zimbabwe), la formulation des systèmes de droit foncier indigènes (Mozambique, Niger, Ghana), et une réforme complète de la politique foncière (plupart des pays de la région). C'est clairement intenable. Pour que le changement de paradigme soit complet, la réforme de la politique foncière doit se fixer pour

objectif les questions d'administration foncière en tant que composant essentielle d'une réforme intégrée du secteur foncier

Les questions d'administration foncières dans la réforme foncière :

Le point de départ de cet exercice consiste à prendre note du fait que le problème de l'administration foncière est au cœur de la question foncière en Afrique par sa nature, sa croissance et la manipulation politique depuis le colonialisme jusqu'à l'ère des gouvernements indépendants. C'est particulièrement évident pour au moins quatre raisons.

La première se trouve dans l'écrasante présence de l'Etat dans les relations foncières. Partout en Afrique sub-Saharienne, l'Etat détient non seulement un droit radical sur presque toute la terre, mais il est aussi le propriétaire privé de larges étendues de terre de premier ordre, sans compter le contrôle des ressources foncières en général. Par ailleurs, l'administration du secteur foncier est essentiellement une activité étatique. Cette situation a donné naissance à une large bureaucratie, improductive et parasitaire, qui est partout responsable de l'abus des ressources foncières qui sévit.

Le second est le déstabilisation des communes en tant que système social, culturel et économique sur lequel les moyens d'existence des communautés rurales dépendent.

Cela provient non seulement du transfert de droits radicaux sur les ressources domaniales communes des communautés vers l'Etat, mais plus sérieusement de la suppression de la loi foncière habituelle et des technologies de production indigènes. Ce phénomène est sans aucun doute à la racine du sous-développement rural et de la pauvreté dans la majeure partie de l'Afrique rurale.

Le troisième est l'établissement de «l'apartheid juridique» dans les systèmes de propriété africains. Non seulement les régimes de propriété contemporains à l'intérieur de la même juridiction varient selon l'origine, l'origine des droits, l'ascendance, le fait que les régimes importés jouissent, dans l'ensemble, d'une protection légale au contraire des régimes indigènes, a supprimé encore davantage le développement de ces derniers. En effet, une politique explicite vise à développer, presque partout en Afrique sub-Saharienne, les systèmes de propriété imposée en éradiquant leurs homologues indigènes. Il en a résulté une complexité systémique, des chevauchements et contradictions dans les systèmes de propriété Africains.

Le quatrième est dans l'inégal accès au ressources foncières entre les sexes et les catégories sociales et territoriales. Ce n'est pas simplement le résultat de la discrimination des systèmes de propriété selon ces critères, mais aussi le produit de la confiscation des instruments formels de propriété par les élites au détriment des couches pauvres et rurales. Ainsi une distribution

biaisée de la propriété foncière est-elle habituelle, la précarité des baux parmi les démunis endémique, et les conflits portant sur les ressources entre les groupes territoriaux intermittente.

La résolution des questions de cette nature impliquera une reconception de la mission de d'administration foncière de la manière indiquée plus haut, et une reconstruction fondamentale des structures et de l'infrastructure par le truchement desquelles ces missions sont remplies. Plusieurs principes de base devront intégrer cette conception. Le premier est la réorganisation de tous les aspects de cette mission afin d'atteindre un certain nombre d'objectifs qui incluent : -

- un cadre juridique simplifié;
- des processus administratifs efficaces;
- des services modernisés à l'aide de la technologie;
- des dispositions de résolution des conflits faciles d'usage et
- et des procédures plus sérieuses

Le second est de démocratiser la mission de l'administration foncière en garantissant par là une participation, pleine et en connaissance de cause, du public intéressé à la préservation de ses droits fonciers. Un tel processus devrait, à tout le moins, impliquer l'intégration de la connaissance de la communauté et la participation des parties prenantes, à tous égards, la mission d'administration foncière. Cela nécessitera la reconception systématique des mécanismes de l'administration foncière et leur intégration dans les processus sociaux, économiques et même ontologiques.

Le troisième est la délégation d'aspects significatifs de l'administration foncière aux parties prenantes et l'octroi de pouvoir d'exercice de leurs missions sur la base de la subsidiarité. C'est particulièrement nécessaire en vue du fonctionnement efficace et rentable des composantes juridiques et réglementaires de la mission d'administration foncière. Il n'est clairement pas possible de garantir la sécurité des droits fonciers si ses éléments constitutifs sont coupés du milieu social, économique et culturel dans lequel la jouissance de ces droits est censé se produire. Cela résoudrait également le problème de l'incessante intrusion politique dans l'exécution de la mission administrative foncière.

Conclusion

La question foncière est peut-être le problème le plus important que l'Afrique sub-saharienne ait à résoudre si elle veut sortir de la crise économique et social dans laquelle elle est actuellement empiétrée. En effet, tout espoir de redressement économique significatif, de réduction de la pauvreté et de restauration de la stabilité politique dans la région repose largement sur l'échéance et la manière de résoudre ce problème. Nous sommes convaincus

qu'une approche fragmentaire de la réforme foncière a peu de chances de traiter cette question. La réforme doit porter sur le secteur foncier dans son ensemble. Supposer qu'un programme de réforme foncière puisse être entreprise et mis en œuvre avec succès sans focalisation spécifique sur l'administration foncière est donc une erreur fondamentale à la fois de conception et de décision politique.

GESTION FONCIERE: LE FACTEUR OUBLIE DES REFORMES FONCIERES EN AFRIQUE**HUBERT M. G. OUEDRAOGO****Eléments comparatifs sur les fondements historiques des politiques foncières contemporaines : l'exemple du précédent colonial français**

On peut s'interroger sur les raisons profondes du regain d'intérêt autour du foncier en Afrique observé au cours de ces dernières années. S'agit-il d'une redécouverte de l'importance du lien entre problématique foncière et politiques de développement, ou assistons nous à un phénomène de mode passager dans les milieux du développement ?

Le détour par l'histoire semble riche d'enseignements quant à la compréhension des enjeux des réformes foncières et des difficultés de leur mise en œuvre. Les questions foncières ont en effet toujours été au cœur des politiques des métropoles coloniales que furent la France et la Grande Bretagne. L'expérience coloniale française en particulier révèle le lien ombilical entre les politiques foncières africaines contemporaines et les antécédents coloniaux qui les ont inspiré.

En prenant l'exemple des objectifs initiaux de la politique foncière coloniale, on peut relever l'importance primordiale de l'objectif politique plus large la « mise en valeur » des territoires coloniaux. En Afrique de l'ouest francophone en particulier, la politique de mise en valeur a consisté d'une part à promouvoir de grandes opérations d'aménagement agricole, et à créer les conditions pour l'implantation des compagnies coloniales intervenant dans la commercialisation des cultures de rente : coton, sésame ou arachide dans la zone sahélienne et plantations de café ou de palmiers à huile dans la zone côtière ouest-africaine.

La réalisation de la politique de mise en valeur nécessitait le contrôle et la mobilisation de la terre, tantôt en vue de leur aménagement par l'Etat et tantôt en vue d'un encouragement de l'intervention des compagnies coloniales invitées à contribuer à la mise en valeur de l'empire colonial. Mais le régime foncier traditionnel en place a été jugé peu favorable à la mobilisation et à la circulation de la terre et peu fiable pour la sécurisation des capitaux attendus. Le système du code civil français de 1804 en vigueur en métropole fondé sur la transcription des droits ne répondait pas non plus aux besoins de la politique coloniale de mise en valeur, dans un contexte dominé par des pratiques d'oralité. La voie alternative consistera en l'adoption d'un système foncier spécialement conçu pour les besoins des

territoires coloniaux et fondé sur la technique de l'immatriculation foncière. La technique de l'immatriculation foncière visait à affranchir progressivement les terres coloniales du régime coutumier, et à les placer désormais et de manière irréversible sous le régime du droit écrit.

La politique de mise en valeur fondée sur la technique de l'immatriculation foncière sera complétée par un ensemble de constructions juridiques, destinés à justifier en droit la constitution du domaine de l'Etat colonial. La question à résoudre consistait à savoir comment conférer légalement à l'Etat colonial le contrôle juridique des terres dans les territoires coloniaux, dans des contextes locaux où ces terres restaient sous l'emprise de chefferies autochtones toujours vivaces. Parmi les théories juridiques élaborées, celle des « terres vacantes et sans maître » est la plus importante. Elle postule que dans les territoires coloniaux, toute terre non mise en valeur est de plein droit intégrée dans le domaine privé de l'Etat colonial : la mise en valeur étant considérée comme l'absence d'emprise évidente et permanente sur la terre.

Si la politique foncière coloniale a oscillé entre volonté politique d'imposer le domaine privé de l'Etat et attitude pragmatique de reconnaissance des droits fonciers autochtones, les Etats africains de l'après indépendance ne s'embarrasseront pas de telles précautions. Ils reproduiront le discours politique de la mise en valeur, consacreront la technique de l'immatriculation foncière comme seule source de garantie foncière et iront au delà de la théorie des terres vacantes et sans maîtres en faisant de l'Etat le seul propriétaire l'égal des terres. Sous des formes diverses, le système foncier colonial a donc su se perpétuer au delà de la variété des réformes foncières initiées dans différents pays africains.

La problématique de la gestion foncière

Définition et approche législative de la gestion foncière

Il semble important avant toute discussion sur les problèmes de la gestion foncière, de s'accorder sur le sens des termes et des concepts de gestion ou d'administration foncière. Cette précaution est d'autant plus nécessaire lorsque l'on navigue entre les sphères de la recherche francophone et anglophone.

Que faut-il comprendre par la terminologie d'administration foncière? Dans les systèmes juridiques francophones, la notion d'administration est synonyme de celle de gestion. Ainsi, l'administration d'un patrimoine est synonyme de la gestion de ce patrimoine. L'acte d'administration en droit civil français s'oppose à l'acte d'aliénation, et désigne un ensemble d'opération visant à assurer la bonne gestion de ce bien, c'est à dire à permettre au bien de fournir à son titulaire toutes ses avantages et ses utilités. Par extension, on pourrait considérer que la problématique de la gestion foncière se distingue de celle de l'appropriation foncière.

La gestion foncière supposerait alors que la question de la détermination du propriétaire a été résolue et qu'il s'agirait alors d'en assurer la gestion la valorisation la meilleure..

Ainsi abordée, la gestion foncière reste fortement dominée en Afrique de l'ouest par la tradition de la préemption de l'Etat au monopole foncier. La gestion foncière est généralement perçue comme un ensemble d'opérations visant à assurer la mise à la disposition des terres du domaine de l'Etat aux particuliers ; il s'agit également d'assurer la délivrance des titres réguliers représentant ces droits et à organiser l'ensemble des mécanismes de nature à permettre leur circulation en sécurisée. De ce dernier point de vue, les activités de publicité foncière apparaissent comme un élément important de la gestion foncière.

La législation burkinabé³ comporte un titre spécial relatif à la « gestion des terres du domaine national ». Ce titre précise les structures chargées de la gestion foncière et indique conditions d'attribution des terres du domaine aux particuliers ainsi que les titres représentant régulièrement les droits ainsi octroyés.

Le législateur guinéen⁴ ne prévoit pas de manière explicite de titre relatif à la gestion foncière ; mais, après avoir traité des principes généraux de la propriété, déterminé les titulaires de la propriété foncière et les limitations à la propriété, il consacre un titre important aux mécanismes de la publicité foncière. Il existe cependant, dans les titres relatifs à la propriété un chapitre relatif aux « commissions foncières ». Enfin, l'ordonnance foncière nigérienne de 1993 traite de la gestion foncière dans le livre relatif aux institutions du monde rural ; comme la législation nigérienne, elle crée des commissions foncières au niveau local.

Approche théorique de la gestion bonne foncière

Il peut être stimulant pour la réflexion de sortir sentiers battus des traditions administratives et des habitudes législatives en matière de gestion foncière pour formuler des questionnements sur la gestion foncière à partir des objectifs qui devraient être poursuivis en principe. A partir d'une analyse des besoins du propriétaire foncier ou du simple exploitant de terre, ou encore d'autres acteurs importants de la gestion foncière, on peut considérer qu'un bon système de gestion foncière poursuit à la fois des objectifs de sécurité juridique et d'efficacité économique.

Du point de vue du propriétaire de terre un bon système de gestion foncière est censé lui permettre de protéger efficacement son droit. La protection efficace du droit suppose que le propriétaire puisse résister avec succès aux revendications non fondées des tiers ou aux contestations simplement relatives à la consistance de son fonds. La protection de son droit doit permettre également au propriétaire de s'en servir comme moyen de mobilisation du

³ - Loi n° 014/96/ADP du 23 mai 96 portant réorganisation agraire et foncière.

crédit ; il doit le rassurer quant à la sécurité des investissements réalisés sur le fond de terre détenu. Enfin, la protection du droit doit permettre au bien de survivre à son titulaire en lui garantissant un transfert de ses biens immobiliers à ses héritiers en cas de décès.

Du point de vue de l'exploitant non propriétaire, le système de gestion foncière doit surtout permettre de régler clairement les rapports entre propriétaires et exploitants. En particulier, le système de gestion foncière doit offrir à l'exploitant la stabilité de l'utilisation de la terre, afin de lui permettre de tirer profit des investissements qu'il aurait réalisés sur un fond ne lui appartenant pas. Enfin si on se place du point de vue des collectivités publiques, qu'ils s'agisse de l'Etat ou des collectivités locales, un bon système de gestion foncière doit permettre la mobilisation des ressources financières nécessaires pour le développement.

Ces différents éléments montrent que la gestion foncière pour être efficace a besoin d'un bon mécanisme de reconnaissance et de protection des droits fonciers légitimes (à travers notamment la délivrance et la gestion des titres fonciers) ; mais un tel mécanisme même performant ne suffit pas à lui seul à assurer une protection efficace des droits du propriétaire. Il faut en plus que le régime foncier soit accompagné d'un environnement institutionnel et économique permettant sa mise en œuvre effective. A cet égard l'existence d'un système judiciaire fiable et efficace constitue une des conditions de base de la bonne gestion foncière. C'est en effet lorsque le droit est mis en péril que le système de gestion foncière doit révéler toute son efficacité.

La gestion foncière pour être efficace doit articuler les fonctions du niveau central avec celles ne pouvant se réaliser qu'à un niveau de proximité. La mise en place des structures locales de gestion foncière est de ce point de vue incontournable. A cet égard, la plupart des pays africains se caractérisent par une très grande centralisation des services de gestion foncière. Au Niger par exemple, seul le bureau central des domaines basé à la capitale est habilité à délivrer un titre foncier de propriété, quelque soit le lieu de situation de l'immeuble ; il en est de même en Guinée. Au Burkina Faso, la déconcentration des services domaniaux est notoirement insuffisante.

Au delà des mécanismes administratifs classiques et des mécanismes de résolution des conflits, un bon système de gestion foncière doit comprendre également un ensemble de contrats spéciaux, organisant les rapports entre exploitants fonciers et propriétaires fonciers et complétant ainsi judicieusement les législations foncières cadres. Il est à cet égard paradoxal de constater que les législations foncières africaines sont habituellement pauvres en dispositions relatives aux baux ruraux. Plutôt que de favoriser les arrangements entre parties dans le cadre des lois et règlements, le législateur semble donc préférer l'approche de

⁴ - Ordonnance 092/019 du 30 mars 1992.

prescription des comportements dans ses les plus détaillés. Ce qui a peu de chance de s'appliquer effectivement, vu la diversité des contextes et besoins locaux. Cette situation est d'autant plus paradoxale que les analyses les plus récentes font ressortir que les mutations foncières actuellement en cours révèlent d'une intensification et d'une diversification des pratiques contractuelles relatives à la circulation des droits sur la terre⁵.

Enfin, un bon système de gestion foncière devrait permettre d'identifier les propriétaires de terres et leurs fonds de terre, en vue de les soumettre aux taxes et impôts fonciers. Ceci nécessite la mise en place d'outils de type cadastral dont le niveau de complexité et de précision devrait être adapté aux réalités locales. L'absence de systèmes efficace de saisie de la situation foncière des contribuables constitue un grand facteur de perte de ressources financières pour les Etats et collectivités locales⁶.

On ne négligera pas enfin la nécessité en matière de bonne gestion foncière, de l'organisation d'un marché foncier sans lequel le prêteur d'argent sur hypothèque ne sera pas en mesure de faire vendre le bien qu'il a saisi pour se faire assurer le recouvrement de sa créance. Au Burkina par exemple, de nombreux banquiers font face aux difficultés de revendre les immeubles saisis, en raison de l'étroitesse du marché local, des faibles capacités de mobilisation de fonds de la part des particuliers ou de la survivance des liens sociaux entre personnes saisies et acquéreurs potentiels.

Commentaires critiques sur les systèmes actuellement en place

Les systèmes de gestion foncière en place reposent sur des législations foncières caractérisées par le non parachèvement de leur construction juridique et institutionnelle.

Dans la sous-région ouest-africaine, l'un des exemples les plus célèbres de non achèvement juridique fut sans doute la loi ivoirienne de 1963 qui n'entra jamais en vigueur faute de signature – volontaire- du décret de promulgation de la loi par le chef de l'Etat⁷. Plus commun est la situation de la plupart des législations foncières ouest-africaines pour lesquels les textes d'application indispensables à leur mise en œuvre ne sont pas adoptés. Par exemple la législation foncière guinéenne de 1992 n'a toujours pas été complétée par l'ensemble des textes d'application nécessaires pour sa mise en oeuvre⁸.

⁵ - Lavigne-Delvigne ; Toulmin ; Colin ; Chauveau : L'accès à la terre par les procédures de délégation foncière (Afrique de l'ouest). Paris, GRET. 2002.

⁶ - Au Burkina Faso par exemple, l'administration foncière se retrouve incapable à la suite des opérations massives de d'attribution de parcelles, de recouvrer les taxes foncières dues par les bénéficiaires. Ce qui a bloqué les opérations d'aménagement des parcelles ainsi attribuées.

⁷ - Le décret du 20 mai 1955 qui reconnaissait les droits fonciers coutumiers pendant la période coloniale et inversait la charge de la preuve au détriment de l'Etat n'a pas non plus été promulgué ; d'où son absence d'application en général dans la sous-région.

⁸ - Le Niger constitue sans doute une exception dan la mesure où la plupart des textes d'application de l'ordonnance de 1993 ont été progressivement élaborés. V. Recueil des textes complémentaires à l'Ordonnance 93-015 portant principes d'orientation du Code rural.

Au plan institutionnel, il n'est pas rare que les institutions de gestion foncière prévues par le législateur notamment au niveau local ne soient jamais mises en place ; parfois leur création est tellement coûteuses que l'Etat n'arrive pas à faire face aux charges qui résulteraient de leur mise en place. Au Burkina Faso, les terres rurales devraient être gérées par des commissions villageoises de gestion des terroirs (CVGT) : pourtant ces CVGT n'existent qu'à titre expérimental dans quelques villages seulement. Au Niger, la gestion foncière rurale est assurée par les Commissions foncières locales. Mais le coût de fonctionnement de ces commissions foncières est tellement élevé qu'il n'en existe que là où des bailleurs de fonds extérieurs ou des ONG sont disposées à en financer la mise en place et le fonctionnement⁹.

Un autre aspect de la non effectivité des systèmes de gestion foncière est l'absence de véritables stratégies de mise en œuvre des législations foncières. Une fois les législations nationales adoptées, l'administration ne met pas en place les moyens nécessaires à leur mise en œuvre effective. Ces moyens sont d'abord ceux relatifs à l'information du public. Ce sont ensuite ceux relatifs à la formation des agents de l'administration chargés de l'application de la loi. Ce sont enfin les moyens relatifs à la sanction des infractions constatées. Des mécanismes de suivi et d'ajustement progressif des législations nationales sont également indispensables.

Conclusion

Les Etats africains ont au cours de ces dernières années consacré beaucoup d'efforts pour assurer la révision des législations foncières nationales. Mais ces efforts n'ont pas produit les résultats escomptés dans la mesure où elles sont pour l'essentiel restées non effectives.

Il y a sans doute lieu de questionner la problématique des systèmes de gestion foncière sans lesquels une mise en œuvre effective des législations foncière est impossible. La question de la gestion foncière devrait être abordée de manière globale. Au delà de l'environnement juridique, il y a lieu de prendre en considération l'environnement juridique, mais aussi économique et politique d'une gestion foncière efficace.

⁹ - A ce jour il n'existe que 23 commissions foncières sur l'ensemble du territoire nigérien !

FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ADMINISTRATION FONCIERE DANS UN CONTEXTE AFRICAIN

PATRICK MCAUSLAN

Introduction

Il est clair d'après les termes de référence de la présentation de ce sujet que la Banque Mondiale a une vision très étroite d'abord du rôle du droit en matière d'administration foncière, ensuite, de ce en quoi consiste l'administration foncière ; et enfin du contenu du droit foncier dans un contexte africain. Ceci est à la fois surprenant et décevant étant donné la richesse de la littérature récente sur tous ces sujets, sur les pratiques et développements récents trouvés sur le terrain dans divers pays africains et sur ce que l'on avait cru être un progrès considérable de la compréhension de ces questions au sein de la Banque Mondiale comme en témoigne *Searching for Land Tenure Security in Africa* (à la Recherche de la Sécurité du Bail Foncier en Afrique), de John Bruce et Shem Migot-Adholla, publié en 1994.

The Outline of Issues on Land Administration: the Forgotten Factor in Land Reform in Africa de Okoth-Ogendo ne traite pas directement des questions inscrites dans l'aide mémoire de la Banque Mondiale bien que j'imagine que le document entier s'y réfère et l'orientation générale du plan suggère certainement une conception de l'administration foncière plus généreuse que celle exprimée dans les vues de la Banque Mondiale. Le présent document de discussion traitera davantage de la conception de la Banque Mondiale quant au fondement légal ou juridique de l'administration foncière en Afrique que de la communication de Okoth-Ogendo, en espérant ainsi agir comme un coda à cette communication plutôt que de sonner une note discordante¹⁰. Inévitablement, en me limitant au cadre étroit de l'aide mémoire, j'exclus toute discussion directe des thèmes très importants avancés par de Soto dans son *The Mystery of Capital*¹¹ l'importance centrale que revêt le développement d'un droit de la propriété nationale intégré et formel à partir de la myriade de contrats sociaux extrajudiciaires par et à travers lesquels la plupart des pays en voie de développement possèdent, gèrent et protègent leur propriété.

¹⁰ La plupart de ce qui suit est tiré de mes propres expériences comme enseignant, chercheur et consultant sur le droit foncier et les questions de politique foncière en Afrique Anglophone consignées par écrit dans divers documents maintenant rassemblés dans *Bringing the Law Back In: Essays in Land, Law and Development* (Ashgate, forthcoming).

¹¹ London, 2001 (p/b)

Pour entrer dans le vif du sujet et pour stimuler la discussion, j'aimerais suggérer que nous voyions les rôles du droit dans l'administration foncière, pas seulement en Afrique mais généralement, comme un rôle à cinq dimensions :

- Le droit comme cadre de base des questions foncières ; droits et devoirs par rapport à la terre ; Constitution et/ou loi organique ;
- Le droit comme Protectrice² – les droits et leur application ; genre ; minorités ; 'squatters' ; droits des peuples indigènes ; justice administrative ; accès à la justice ;
- La loi comme Facilitatrice – marchés fonciers ; transactions ; transparence ; sécurité du bail ; enregistrement des titres et réformes foncière ;
- La Loi comme Régulatrice – planification de l'utilisation de la terre ; cadre juridique du marché foncier ; les institutions de l'administration foncière ;
- La Loi comme Règlement des Litiges – les tribunaux et autres organes judiciaires formels ; ADR ; l'arbitrage ; les arrangements informels.

Ceci étant dit, tous ces rôles se chevauchent dans une certaine mesure – ils constituent des cercles s'entrecoupant similaires aux anneaux olympiques – mais si pour les besoins de la discussion, nous les maintenons séparés, ils permettront de faire un état des lieux de l'administration de la loi et du foncier en Afrique.

Pour commencer, on signalera immédiatement que la conception de la Banque Mondiale de l'administration foncière s'appuie sur la loi comme facilitatrice des marchés fonciers en excluant apparemment tous les autres rôles ou tout au moins en supposant que le rôle de la loi comme facilitatrice est le rôle clé auquel tous les autres sont subordonnés. Mon schéma ne fait aucune supposition du genre et je suggérerais que les gouvernements africains ne fassent pas une telle supposition ; en effet, toute révision des politiques foncières et des lois foncières initiées par les gouvernements en Afrique Anglophone au cours de la dernière décennie montre clairement que les politiques et toute autre loi ultérieure visant à permettre l'application de ces politiques couvre les cinq rôles ci-dessus définis et tentent d'avoir une approche équilibrée de ces rôles.

Dans l'espace réservé pour ce commentaire, il ne sera que très peu possible de m'étendre sur les rôles en donnant des exemples.

La Loi comme cadre juridique de base : la Constitution

Au nombre des questions que cette section pourrait traiter se trouvent les droits des citoyens à posséder une terre et les fondements de cette propriété et les obligations envers la société qu'entraîne cette propriété, le devoir pour le gouvernement d'entreprendre des réformes foncières, de faciliter l'accès à la terre et à un logement adéquat, les institutions de gestion et d'administration foncières et de règlement de différends et leurs fonctions de base, les limitations de la propriété foncière par les étrangers.

En me limitant à l'Afrique Anglophone, les deux meilleurs exemples de cette utilisation de la loi sont la constitution de l'Afrique du Sud et de l'Ouganda. L'Article 25 de la Constitution Sud-Africaine définit aussi bien le droit fondamental à posséder une terre et les protections habituelles associées à ce droit et le devoir de l'Etat d'entreprendre des programmes de réforme foncière pour réparer les injustices du passé en précisant clairement que tout droit individuel à la propriété est soumis à ce devoir plus impérieux de faire en sorte que l'attribution de terre et l'accès à la terre au sein de la nation soient plus justes.

Dans le cas de l'Ouganda, alors que l'article 26 de la Constitution porte sur la protection de la propriété privée contre les saisies arbitraires, le Chapitre 15 de la Constitution définit les principes fondamentaux de la propriété et de la gestion foncières et des arrangements pour régler les différends fonciers et les institutions qui exerceront des pouvoirs sur le foncier et donne mandat au Parlement d'élaborer les détails de la manière dont ces institutions fonctionneront et de comment ces droits à la terre conférés aux citoyens par la Constitution seront mis en œuvre. La Loi Foncière, 1998, était la loi conçue pour obéir à cette exigence constitutionnelle. Le Lesotho est un autre pays dont la Constitution comporte un chapitre séparé portant sur le foncier et traitant de la situation ultime du titre au foncier au Lesotho et de la manière dont la terre doit être octroyée et administrée.

En dehors de l'Afrique, deux ou trois autres constitutions peuvent être mentionnées à titre d'exemples. La constitution allemande – Loi Fondamentale de 1949 – lie le droit à posséder une propriété à l'obligation de respecter l'objet social de la propriété. La Constitution de 1975 du Portugal comporte un chapitre séparé sur la réforme foncière et les principes qui doivent l'inspirer. Il en est de même pour la Constitution de 1988 des Philippines. La Constitution de Brésil de 1988 comporte également un chapitre important sur les questions foncières.

Etant donné l'importance suprême que revêt le foncier dans pratiquement toutes les perspectives – politiques, sociales, culturelles et économiques – il existe donc de solides raisons pour que les fondements de la politique foncière trouvent leur place dans la constitution d'un pays et pour que ces fondements disposent comme aspect. Sur cette base, de nombreux Etats africains ne font jouer à la loi ce rôle.

La Loi comme Protectrice

La loi comme protectrice va au-delà des dispositions de base usuelles dans toutes les constitutions portant sur la protection contre les privations de propriété sauf pour certaines raisons explicites et soumises au paiement prompt et adéquat de compensation. Tous les Etats disposent de pareils articles dans leurs constitutions. La loi comme protectrice se préoccupe d'attirer l'attention sur le besoin de lois foncières et d'administration foncière de tout pays à reconnaître la vulnérabilité de certains segments de la communauté à être lésés ou à perdre

leur occupation de la terre ou des autres droits fonciers lors des changements sociaux et économiques ou par des opérations du marché foncier et prend des dispositions pour contrecarrer ces effets négatifs du changement.

De nombreux exemples peuvent être cités. Encore une fois, l'Afrique du Sud est en tête de peloton avec une batterie de lois votée depuis le début de la dernière décennie qui confère une sécurité du bail à des groupes vulnérables tels que les travailleurs agricoles et certains squatters tant en milieu rural qu'en milieu urbain. De nombreux pays prennent actuellement des dispositions spécifiques pour assurer un droit équitable d'accès à la terre aux femmes, le Malawi et le Lesotho – l'Ouganda, la Tanzanie, le Botswana de même que l'Afrique du Sud et d'autres pays également annoncent une nouvelle réforme des politiques foncières en ce sens.

Un autre domaine très délicat et litigieux est celui de l'accès à la terre aux peuples 'indigènes'. Au sein de l'Afrique Australe, le groupe ici concerné est celui des Bushmen ou San ou Basarwa. En Afrique de l'Est, ce sont les tribus pastorales – Maasai et Karamojong – qui sont parfois ainsi classifiées. Sans aborder la question vexante de savoir si de tels groupes sont indigènes contrairement aux autres pratiquant une agriculture sédentaire qui apparemment ne le sont, (ou au Botswana, où ce sont paradoxalement les Basarwa qui vivent de chasse et de cueillette qui sont classés indigènes tandis que les éleveurs Tswana ne le sont pas) le fait que les organisations internationales soient invitées à s'impliquer dans ces questions et que le droit international développe rapidement un ensemble de principes dans ce domaine, met cet aspect de la loi comme protectrice solidement au programme national, juridique et politique. Peu de pays ont à ce jour résolu ce problème.

Mais la loi comme protectrice apparaît dans d'autres domaines moins sérieux mais également importants. Dans un marché foncier, la loi comme protectrice des personnes apparaît dans le domaine du droit des hypothèques : étant donné le pouvoir de discussion économique inégal entre le créancier et le débiteur, la loi doit intervenir pour maintenir l'équilibre. L'évolution historique du droit anglais sur les hypothèques s'est faite précisément dans cette perspective ; l'équité intervenant pour protéger l'emprunteur nécessairement contre les aspects plus rigoureux du droit commun qui favorisent beaucoup le prêteur. Désormais en Tanzanie, la Loi Foncière de 1999 prévoit un cadre statutaire pour cette protection au grand étonnement de certaines banques qui préféreraient plus l'ancienne loi qui leur permettait plus ou moins de bafouer les droits (et ils en avaient) des débiteurs défaillants même si l'ignorance de ces débiteurs de leurs droits en vertu de l'ancienne loi foncière anglaise qui était en vigueur était fréquente. La Tanzanie est l'un des rares pays en Afrique à utiliser la loi comme protectrice de cette manière.

La loi comme protectrice figure dans le Plan d'Action Mondial (PAM) qui était l'un des résultats principaux du Sommet des Cités de Nations-Unies de 1996. Il se prononce contre l'usage de bulldozer comme solution aux occupations informelles de terrains en zones urbaines ; il recommande la reconnaissance des occupations urbaines informelles et la création de cadre juridique pour leur incorporation dans la cité légale ; il donne mandat aux gouvernements de fournir l'aide et l'assistance légale aux groupes désavantagés impliqués dans un conflit portant sur le foncier en zone urbaine. La constitution de l'Afrique du Sud en son article 26 interdit les évictions arbitraires. La Loi Foncière Tanzanienne de 1999 et la Loi Foncière Ougandaise de 1998 fournissent un degré de reconnaissance et de protection considérable aux occupations informelles en zone urbaine tout comme la Loi Sud-Africaine de 1996 sur la Facilitation du Développement, de longue portée et très riche. Davantage de pays devraient s'inspirer de ces exemples.

La Loi comme Facilitatrice

Le domaine évident du rôle de la loi ici et celui sur lequel la Banque Mondiale se concentre est celui du marché foncier. Un marché foncier ne peut fonctionner sans un cadre juridique approprié définissant les règles de base d'une gamme complète de transactions : achat et vente, location, hypothèque, morcellement, développement et gestion par titres échelonnés ou sectionnés, publicité et sécurité des titres via les systèmes d'enregistrement – actes et titres – ou les systèmes d'assurance des titres. La Banque Mondiale a raison d'attirer l'attention sur la nécessité de systèmes clairs de loi fonctionnant sur ces questions parce que la réalité est que même maintenant, en ce début de 21^{ème} siècle, beaucoup trop peu de pays en Afrique anglophones disposent de systèmes aussi clairs. Trop de choses dépendent encore des règles héritées du droit commun anglais ou des règles du droit commun Romain-Hollandais telles que interprétées par les générations des années et des siècles passés. Le Kenya a indiqué le chemin avec la Loi sur l'Enregistrement Foncier de 1962 qui était une version mise à jour et simplifiée de la Loi anglaise sur l'Enregistrement Foncier et la Loi sur la Propriété de 1925. La Tanzanie dispose actuellement d'un cadre statutaire moderne du marché foncier. La plupart des autres pays complètent le droit commun anglais et Romain-Hollandais avec des réformes statutaires à petit coup. Même les pays d'Afrique Australe qui ont copié presque à la lettre dans leur livre statutaire le Registre Sud-Africain des Actes de 1937 ne vont qu'à jusqu'à un certain point vers une loi sur le marché foncier clair et détaillé.

Je pense que ceci est l'une des plus grandes faiblesses de la loi comme facilitatrice d'une administration foncière plus efficace en Afrique Anglophone. Elle freine le développement et le fonctionnement du marché foncier. Sans nul doute, elle handicape les efforts des pauvres pour accéder et participer au marché foncier dont il ne connaît pas les règles, dont les règles

ne sont pas facilement disponibles et des règles dont le respect entraîne des dépenses financières et de temps, d'où l'exclusion de ces pauvres qui sont trop facilement lésés. Pourquoi les gouvernements successifs en Afrique ont-ils évité d'entreprendre cette réforme fondamentale ? L'on se trouve obligé de se demander à qui profite la situation actuelle et qui défavorise-t-elle ? Il n'est pas nécessaire d'admettre chacune des dernières propositions de Soto pour reconnaître quelques unes des vérités essentielles de sa position : L'anarchie dans le domaine foncier frappe les pauvres parce qu'ils ne peuvent réaliser la valeur de la richesse qui se trouve enfermée dans leurs terres et maisons ; un système juridique qui exclut 80 % de la population n'est pas digne de ce nom et certainement ne commande ni mérite le respect des pauvres. Les pays africains devraient jeter un regard à l'Est - vers la Malaisie avec son Code Foncier National, vers la Thaïlande avec son système d'enregistrement efficace et tourné vers le consommateur pour apprendre comment élaborer une vraie loi foncière nationale et un système d'administration, c'est-à-dire une loi foncière et un système d'administration foncière au service de tous au sein de la nation.

La loi comme facilitatrice a un rôle à jouer en ce qui concerne le bail foncier coutumier. Pendant trop longtemps – la majeure partie de l'ère coloniale et dans plusieurs pays bien après l'ère de l'indépendance – la loi relative au bail foncier coutumier était soit pas du tout perçue comme la loi ou alors perçue comme ne conférant aucun droit de propriété à ceux qui détenaient une terre en vertu du bail coutumier ou comme une chose qui devrait être 'abolie'. Toute la portée des réformes foncières kenyanes dès la fin des années 50 a été de convertir les terres tenues sous le bail coutumier en des terres tenues sous le bail statutaire en assimilant les concepts du bail coutumier à ce de la loi foncière anglaise. La Loi Foncière du Lesotho de 1979 a suivi la même orientation. La Tanzanie a constamment essayé d'abolir le droit coutumier durant la période de l'opération Vijiji avant de reconnaître finalement la futilité de cette tentative et de voter la Loi Foncière Village de 1999 qui permet à la loi coutumière d'être la loi en vigueur pour les terres villageoises. La Loi Namibienne sur l'Agriculture de 1995 (Réforme Foncière Commerciale) exige que les occupants transférés de terres communales sur des terres agricoles autrefois commerciales (appartenant à des Blancs) soient soumis à la loi Romaine-Hollandaise et aux arrêtés ministériels.

Jusqu'à très récemment, peu de pays suivaient le modèle du Botswana via sa Loi Foncière Tribale de 1968, censé permettre une transformation et un réaménagement progressif du bail coutumier de l'intérieur, en facilitant l'accès et l'utilisation du bail foncier coutumier tant en zones urbaines qu'en zones rurales via de nouvelles institutions et formes tout en permettant également le maintien des formes traditionnelles. Désormais, l'Ouganda via sa Loi Foncière de 1998, la Tanzanie via sa Loi Foncière Village de 1999, l'Afrique du Sud via de nombreuses nouvelles lois (quoique sans, à regret la Loi des Droits Fonciers) suivent

l'exemple du Botswana. Faciliter la reconnaissance et l'utilisation du bail coutumier comme une forme normale et régulière de bail foncier régie par ses propres règles est sine qua non de l'élaboration d'un système d'administration foncière au service de la masse populaire et non juste de l'élite. On pourrait suggérer que la méthode du Botswana précède les arguments de de Soto d'environ 30 ans.

La loi comme facilitatrice ne se limite cependant pas à une loi foncière pour le marché foncier. Les lois sur l'urbanisme et le développement du territoire ont la réputation bien méritée en Afrique Anglophone de constituer un handicap au développement juridique et ainsi d'être le stimulus de développement illégal et non autorisé en zone urbaine. Il ne devrait pas en être ainsi¹². L'Afrique du Sud a indiqué le chemin par l'élaboration de la Loi sur la Facilitation de 1995 en définissant le cadre juridique qui tente de contourner l'ancienne loi sur l'urbanisme qui empêchait les aménagements de bas revenu en instaurant un urbanisme politiquement orienté, plus participatif, spécialement conçu en faveur des aménagements urbains pour revenu bas et en prenant des dispositions pour la légalisation des aménagements urbains informels. Il faut admettre que la loi n'a pas fonctionné si bien que cela et est en cours de remplacement – par quoi reste à savoir – mais au moins l'effort a été fait d'élaborer une loi sur l'urbanisme qui facilite le développement et met l'accent sur les besoins de la majorité urbaine. La plupart des autres pays anglophones d'Afrique doivent encore tourner leur attention vers les besoins d'une telle loi. Ici également, certains exemples intéressants viennent de l'Est – certains Etats indiens, le Pakistan, les Philippines – en matière de loi sur l'urbanisme et des réformes foncières qui se concentrent sur les besoins des pauvres en zones urbaines de bénéficier de droit foncier dans une zone qu'en fait ils occupent.

La loi comme facilitatrice peut également jouer dans le domaine des réformes foncières. La réforme foncière peut avoir plusieurs sens mais elle est utilisée ici pour se référer au processus de ré-attribution de terre d'une section ou groupe de la communauté à une autre section soit par redistribution soit par restitution ; et que ce soit par les processus de marché tels que souhaités par la Banque Mondiale ou par des processus contrôlés par l'Etat tels que recommandés par les critiques de la Banque Mondiale¹³, et aux processus de réinstallation des populations d'une zone du pays dans une autre. Ici, les résultats en Afrique ont été plutôt épars. Il y a les cas notoires de ré-attribution a-légale de terre – Zanzibar dans les années 1960, Zimbabwe plus récemment – mais il y a également les exemples moins bien connus d'approches quelque peu légères ou a-légales à la réinstallation – Opération Vijiji en Tanzanie dans les années 70 et 80, la réinstallation actuelle des Basarwa au Botswana ; les diverses

¹² Much of what follows is drawn from my own experiences as a teacher, researcher and consultant on land law and land policy issues in Anglophone Africa written up in various papers now brought together in *Bringing the Law Back In: Essays in Land, Law and Development* (Ashgate, forthcoming).

¹³ London, 2001 (p/b)

réinstallations au Nigeria relatives à l'exploitation pétrolière et le déplacement des paysans fermiers de terre du Swaziland afin que ces terres puissent être ré-attribuées à un membre de la famille royale et sans compter la destruction au bulldozer des occupations de squatters et la réinstallation de leurs occupants qui trop souvent s'effectuent sans le moindre égard à la loi. Il apparaît nécessaire d'attirer l'attention à ce rôle particulier de la loi comme facilitatrice afin de mettre en exergue l'importance pour les gouvernements en Afrique d'appliquer une loi juste à leurs propres activités dans le domaine du foncier. Ici également, il y a eu une tendance à suivre le modèle colonial d'une loi foncière pour le gouvernement – le gouvernement étant plus ou moins libre de faire ce qu'il veut et une autre pour les citoyens – plus ou moins faire ce qu'on vous demande.

La Loi comme Régulatrice

Il existe clairement un chevauchement entre la loi comme régulatrice et la loi comme protectrice. L'une régleme le fonctionnement du marché foncier souvent afin de donner une certaine protection à segment de la communauté. Un bon exemple en est la règle selon laquelle les contrats de transaction foncière doivent être par écrit – une règle que l'on retrouve dans plusieurs pays. Dans le monde du droit commun anglais, cette règle remonte au statut de Fraudes, 1677 qui fut voté pour essayer d'éliminer les contrats fonciers frauduleux qui désavantageaient particulièrement les pauvres. Aujourd'hui, la justification est autant pour les besoins de publicité et de certitude que pour protéger une section particulière de la communauté.

La loi comme régulatrice se préoccupe souvent de procédures. Afin de réaliser un résultat particulier, un ensemble particulier de procédures doit être suivi. Une notification doit être donnée un certain nombre de jours avant qu'une action ne soit faite. Une institution – un cour ou un tribunal, un bureau de planification, une agence environnementale, un conseil foncier ou un conseil de village – doit être consultée et son accord obtenu avant qu'une action relative à la terre ne puisse être menée. Il ne peut y avoir aucun pays dans lequel ces règles n'existent point ainsi serait-il superflu à rien de donner des exemples spécifiques.

Le problème général avec ces règles procédurales est que bien trop souvent même s'il est possible de se mettre d'accord sur le principe de suivre des procédures ordonnées et fixes pour que les objectifs soient atteints – trop souvent des raccourcis peuvent être utilisés par les personnes ayant de l'influence à leur propre avantage et au désavantage des autres – une attention insuffisante est accordée aux coûts de telles procédures. Le trop grand nombre de procédures peut également constituer un désavantage autant que leur trop petit nombre et conduire au comportement de certains officiels qui consiste à la recherche de gain. Les nouvelles approches des audits des règlements – une vérification systématique des coûts et

avantages des systèmes de réglementation existants – et de requête des analyses d'avantages de coût d'un quelconque ensemble de règlements qui sont proposés devraient devenir une pratique de règles dans tous les gouvernements élaborant de nouvelles lois foncières. L'exemple de l'Ouganda est édifiant. C'est seulement après avoir voté la Loi Foncière au Parlement qu'un tel exercice d'évaluation des coûts a été entrepris. Il fut constaté que l'application de la nouvelle loi nécessiterait quelques 20 000 nouveaux officiels et que les coûts seraient bien au-delà de ce que le Ministère des Finances était disposé à payer.

La réglementation affecte également la substance. La loi sur l'urbanisme et le développement du territoire et la loi sur l'environnement opèrent de manière à prévenir certains aménagements de la terre. La réglementation du marché foncier pourrait opérer de manière à prévenir l'acquisition de certains types de terre ou 'trop' de terre par certaines personnes. La législation sur le contrôle des loyers vise à permettre le contrôle public du niveau des loyers en zones urbaines. Aucun pays anglophone n'a suivi le chemin de la législation foncière des plafonds de l'Inde et du Sri Lanka qui était pour le fonctionnement du marché foncier un cauchemar bureaucratique généralement contourné et ignoré mais très délétère. La loi nigériane sur l'utilisation de la terre (né Decree) de 1978, par contre a tenté quelque chose de similaire avec plus ou moins les mêmes résultats. La Loi Foncière de 1999 de la Tanzanie permet au Ministre de fixer la quantité totale de terre qu'une personne peut acquérir ; il reste à voir si de telles dispositions peuvent être appliquées. Les dispositions portant sur la taxation foncière sont à préférer aux mesures de contrôles directs de la propriété foncière.

De nombreux pays Anglophones disposent de législation pour le contrôle des loyers. Officiellement, la Banque Mondiale n'apprécie une telle réglementation affirmant qu'elle freine le développement du marché des propriétés en location et un tel développement est une chose à encourager. Les recherches qui ont été entreprises sur les marchés du loyer en milieu urbain dans les villes africaines suggèrent que le contrôle des loyers affecte un très petit nombre de propriétés de location étant donné que le marché du loyer relève surtout du secteur informel de l'économie où les propriétaires ont tendance en maîtres suprêmes et toute tentative par un locataire individuel de recourir à une quelconque sorte de contrôle officiel risque d'entraîner une éviction. Les locataires doivent se mettre ensemble pour exercer une quelconque forme de contrôle sur leurs propriétaires. Il est certain qu'une étude plus rigoureuse et systématique des coûts et avantages du contrôle des loyers mérite d'être entreprise dans la majorité des pays. Il sert à peu de choses d'avoir une telle loi sur papier si elle n'est pas utilisée.

En général, la loi comme régulatrice a joué un rôle dominant sur la plupart des ressources foncières de l'Afrique pendant la majeure partie des cent dernières années. L'ancien modèle colonial consistant à considérer la terre comme faisant partie du processus du gouvernement

et de la réglementation des masses plutôt que comme faisant partie du processus d'octroi de droits et de mobilisation des énergies en vue du développement du pays demeure encore trop manifeste. Pour quelle autre raison trouvons-nous si peu d'intérêts à réviser les lois sur l'urbanisme et le développement du territoire qui au fond est une loi visant à garantir que les masses urbaines sont tenues à une bonne distance de l'élite urbaine ? Pour quelle autre raison existe-t-il encore des pays qui lorsqu'ils reforment leurs lois sur le bail de la terre rurale évitent à octroyer aux paysans les droits à la terre qu'ils occupent et travaillent mais les gardent comme locataires à volonté de l'Etat ou d'une quelconque agence de l'Etat ? Ceci n'a rien à avoir avec un meilleur fonctionnement du marché foncier : il s'agit de mieux traiter les gens en tant que citoyens disposant de droits sécurisés et non comme des sujets ayant des privilèges qui peuvent leur être retirés à tout moment.

La Loi comme Pourvoyeuse d'institutions de règlement des litiges

Ceci pourrait sembler évident mais jusqu'à relativement récemment, ceci n'était pas considéré digne d'attention. Les litiges fonciers étaient perçus dans la plupart des pays africains comme n'étant pas différents d'un quelconque autre litige qui aboutirait au tribunal pour y traîner des années durant. Le changement est venu de deux directions. D'abord, le constat fait tant à l'intérieur des pays en Afrique que par les bailleurs de fonds externes que des coûts énormes – tant économiques que sociaux – étaient encourus à l'intérieur de l'organe politique par les systèmes judiciaires inefficaces, inéquitables et corrompus. Des réformes de fond de ces institutions étaient nécessaires. Une version précédente du projet de politique et d'administration foncières de la Banque Mondiale décrit le problème comme suit :

En l'absence de la définition des principes selon lesquels ces différends [fonciers] peuvent être résolus, les efforts pour améliorer la gouvernance et établir un respect étendu du règne de la loi seront au mieux vides de sens.

Ensuite, qu'au sein de cette orientation générale de la réforme du système judiciaire, il y avait une raison spéciale pour que des institutions judiciaires dévouées et spécialisées soient créées pour traiter les litiges fonciers qui tendent à être les litiges les plus longs et à engendrer les tensions sociales les plus dangereuses.

Ainsi, la réforme foncière dans de nombreux pays a désormais comme une de ses composantes une réforme de la machine de règlement des différends. Le Kenya a créé les Tribunaux des Baux Fonciers Coutumiers en 1991 reconnaissant ainsi que 35 ans de tentatives 'd'abolition' du bail coutumier à travers son processus d'adjudication et d'enregistrement de la terre avaient été largement sans succès. L'Afrique du Sud a instauré une puissante Cour des Revendications Foncières au cours du processus de restitution de terre et des tribunaux fonciers pour traiter les litiges dans le cadre de la Loi sur la Facilitation du

Développement. L'Ouganda et la Tanzanie dans le cadre de leurs réformes foncières ont établi des tribunaux et des cours fonciers spécialisés même si ceux-ci ont été lents à démarrer. Le Botswana a instauré un tribunal foncier pour entendre des décisions d'appel des Conseils Fonciers qui administrent le bail foncier coutumier et a récemment annoncé la création d'un second tribunal. Le Malawi et le Lesotho tous deux dans leurs politiques foncières ont annoncé/sont susceptibles d'annoncer des organes spécialisés de règlement des différends.

Cela n'est qu'un début. Tout nouveau système de cours ou de tribunaux fonciers spécialisés du genre doit bénéficier de ressources suffisantes en personnel et en finance pour être rendu efficace. Elles doivent être différentes des cours ordinaires et être perçues comme étant différentes. L'exemple du tribunal foncier du Botswana est ici très significatif. Elle se donne du mal pour être ami de l'utilisateur étant même disposé à tenir ses audiences aux domiciles des gens lorsque l'une des parties en litige est trop vieille ou trop frêle pour se transporter au tribunal. Dans certains, ces organes judiciaires spécialisés souffrent de plusieurs défauts. Ils sont perçus et traités par les Ministres comme faisant partie de l'exécutif et ne sont pas vraiment indépendants. Ils sont privés de ressources et considérés comme des organes de règlement de différends de seconde classe. Ils ne disposent pas de locaux propres à eux. Loin de les percevoir comme l'option bon marché, les pays doivent reconnaître que des organes de règlement de différends efficaces et équitables sont la clé des programmes de réforme foncière efficace et équitable. En Ouganda, par exemple, l'échec de la tentative de faire démarrer les nouveaux tribunaux fonciers mandatés par la constitution plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la Loi Foncière de 1998 (qui a éliminé les juridictions des tribunaux en matière des litiges fonciers) a entraîné la mise en jachère des terres litigieuses ; des meurtres de personnes à la place de toute autre forme de règlement de litiges et l'entrée en jeu de divers autres organes dénués de juridiction légale pour essayer de régler les différends.

Quelques remarques générales

Diverses conclusions peuvent être tirées de la classification à cinq dimensions du rôle de la loi dans l'administration foncière. Premièrement, l'administration foncière est intimement liée aux questions plus générales de gouvernance. La Constitution définit les principes et le cadre de base du processus de gouvernance. Dans de nombreux pays, tant en Afrique qu'en dehors de l'Afrique, il définit également les principes et le cadre général de l'administration foncière. De plus en plus également, dans les nouvelles constitutions en Afrique, une exigence de justice administrative est insérée dans la déclaration des droits. Comme je l'ai fait remarquer ailleurs, la législation foncière pour beaucoup est en fait une application de la loi administrative et pour la plupart des paysans et des urbains pauvres, c'est avec cette partie de la loi administrative qu'ils sont le plus en contact. Leur perception de la légitimité et de

l'équité du gouvernement sera donc colorée/influencée par la manière dont ils sont traités par les officiels et le point auquel ils disposent d'un recours contre ce qu'ils pourraient percevoir comme une injustice du système. Cet aspect de l'administration foncière n'est peut-être pas encore suffisamment reconnu. Pour n'en donner qu'un exemple, la loi (Réforme Foncière Commerciale) agricole de 1995 de la Namibie comporte plusieurs dispositions qui protègent contre l'article sur la justice administrative dans la Constitution de la Namibie.

Deuxièmement, la séparation des différents rôles de la loi sur l'administration foncière tire l'attention sur le très délicat équilibre qui doit être réalisé lorsqu'on envisage une réforme de la loi foncière. C'est trop simpliste comme semble l'insinuer l'aide mémoire de la Banque Mondiale pour la présente séance de penser seulement en terme de faire fonctionner le marché foncier en facilitant les transactions et en développant la terre comme 'garantie'. Ceci est important – dans les gouvernements en Afrique certaines personnes ne reconnaissent pas cela – mais faire fonctionner le marché foncier doit être équilibré par des facteurs tels que la protection des parties plus faibles dans toutes transaction foncière. ; la définition de cadre réglementaire qui donne la confiance à toutes les parties dans le marché que les négociations seront honorées et que les pouvoirs des acteurs publics et privés dans le marché seront correctement exercés. Pour n'en donner qu'un exemple, comme le réalisent plusieurs gouvernements actuellement, les marchés fonciers encouragent toute sorte de personnages douteux à se faire passer pour des agents de l'Etat ou des agents immobiliers et ceci doit être réglementé comme cela se fait en Afrique du Sud et au Kenya et est envisagé en Tanzanie et au Botswana.

Troisièmement, les cinq cercles de droit attirent l'attention sur l'influence qui se fait sentir un peu partout et l'importance du droit comme outil de développement clé. Une leçon que la Banque Mondiale ne semble pas avoir retenue (et d'autres dans la communauté des bailleurs non plus) après une période plutôt longue au cours de laquelle la loi n'était pas reconnue comme facteur pertinent de développement (surtout causé par les fanfaronnades quelques peu hystériques des avocats académiciens américains désenchantés dès les débuts du mouvement droit-et-développement – dont plusieurs reviennent maintenant sur la scène comme gourous du 'nouveau' mouvement droit et développement) est que la loi est importante et en fait centrale à la mise en œuvre efficace des programmes de changement et de développement. Plusieurs gouvernements et sociétés en Afrique réapprennent maintenant cette leçon également. Comme tente de le montrer la classification à cinq niveaux, la loi peut et devrait travailler pour le bien de tous dans la société et non juste les puissantes élites. Une société sans loi peut au premier abord apporter des avantages aux riches et puissants, une telle société lèse certainement les pauvres. Il n'est cependant pas nécessaire d'avoir un commentateur externe pour attirer l'attention sur les nombreuses occasions où même les riches et puissants

se sont soudain rendus compte que sans loi leur richesse et leur pouvoir compte pour rien. Et pour en revenir à ce que disait de Soto un système juridique doit être légitime ; il doit apporter des avantages à tous. A fortiori, le fondement juridique d'un système d'administration de la terre devrait en faire autant.

Quatrièmement, des remarques générales peuvent être tentées. Sur la base de l'étude présentée ici, pouvons-nous dégager une quelconque conclusion sur l'étape où se trouvent les systèmes d'administration foncière actuellement, du moins, en Afrique anglophone ? Ici, je voudrais me servir du cadre analytique utilisé par Pistor et Wellons dans leur travail immensément instructif sur le rôle du droit et des institutions légales dans le développement économique en Asie :¹⁴

Pour résumer le changement intervenu dans le système juridique [foncier], nous distinguons deux dimensions des systèmes juridiques, la dimension attributive et la dimension procédurale. La dimension attributive détermine si le pouvoir de prendre les décisions sur l'attribution de [et l'accès à la terre] ressources est détenu par l'Etat ou laissé au marché. La dimension procédurale reflète si les décisions sont principalement basées sur des règlements ou discrétionnaires [avec très peu de contrôle sur l'exercice d'une telle discrétion]. Chaque dimension est un continuum mais les deux se recourent et se combinent de quatre manières... Chaque combinaison est un type idéal auquel aucune économie [système de gestion de la terre] ne peut correspondre sans ambiguïté. (Les mots entre [...] ont été ajoutés).

Ceci peut être expliqué par le tableau suivant¹⁵:

¹⁴ Pistor, K. and Wellons, P. A. (1999) *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960 – 1995*, Hong Kong.

¹⁵ J'ai rédigé la présente communication au Botswana. Mon collègue Martin Adams m'a montré comment dessiner un tableau d'aspect beaucoup plus professionnel mais je ne suis par parvenu étant donné le délai dans lequel la présente communication devait être préparée. Toutes mes excuses à Martin et à l'auditoire pour ce tableau plutôt simpliste.

| MARCHE | | ETAT | |
|--------|-----------------------------|---------------------------|--|
| P | ATTRIBUTIVE | DIMENSION | |
| R | | | |
| O | marché/basé sur des règles | Etat/basé sur des règles | |
| C | SA1 Nam1 Bots1 | | |
| E | | Bots2 | |
| D | | | |
| U | Tan1 | Tan2 | |
| R | Ug1 | Ug2 | |
| A | | | |
| L | Mal1 | | |
| E | Ken1 Zim1 Nig1 | Nig2 Zam2 Zim2 Nam2 | |
| D | | | |
| I | marché/discretionnaire Gha1 | Etat/discretionnaire Mal2 | |
| M | Zam1 | | |
| E | Ken | ya2 | |
| N | Swa1 Gha | na2 | |
| S | | | |
| I | Les1 | SA2 | |
| O | | Les2 | |
| N | SL1 | Swa2 | |
| | | SL2 | |

Nous devons reconnaître que dans la plupart des pays, il subsiste de jure ou de facto un système dualiste de bail foncier et de droit foncier même lorsqu'il existe un système unique d'administration foncière. Ceci est pris en compte dans le tableau par les nombres 1 et 2 : par exemple, Tan1 se réfère au système de droit foncier et de bail foncier reçu en Tanzanie ; Tan2 se réfère au système coutumier de droit foncier et de bail foncier. Nous pouvons voir sur le tableau où les deux systèmes en sont pour ce qui concerne chaque pays. L'idéal est d'aller de la moitié inférieure vers la moitié supérieure du tableau pour ce qui concerne les deux parties du système et de les aligner le plus étroitement possible. Il est cependant important de

souligner qu'on ne suppose pas que la seule manière pour un système de bail coutumier d'évoluer est d'aller de la droite vers la gauche du tableau.

Conclusions

L'enseignement clé apporté par le document de référence de Okoth-Ogendo est que nous devons passer des discussions de politique et théorie aux discussions et actions sur la mise en œuvre. L'administration foncière s'occupe de la mise en œuvre. C'est cela qui, à mon avis, a jusqu'ici été le facteur oublié dans la réforme foncière en Afrique. La présente communication a tenté de faire ressortir le fait que dans la réflexion sur le rôle du droit dans la réforme foncière et dans la mise en œuvre des réformes foncières, nous devons avoir conscience des multiples rôles du droit et de la nécessité pour tous de figurer dans toute loi de réforme foncière, dans tout système d'administration foncière et dans tout programme de mise en œuvre de réforme foncière.

La conclusion générale à laquelle nous pouvons parvenir est que alors que la plupart des pays en Afrique Anglophone ont débuté le processus d'élaboration du cadre juridique pour une administration foncière effective, efficace et équitable ; il leur reste encore beaucoup de chemin à parcourir pour mettre en place un cadre juridique clair et cohérent qui est la condition sine qua non d'un tel système d'administration foncière. Ce qui est nécessaire est maintenant bien connu. Que ce soit nécessaire est maintenant généralement bien reconnu sans cela les programmes de réforme foncière visant, comme beaucoup d'entre eux, à améliorer les moyens de subsistance des pauvres seront non susceptibles de réussir. Qui a la responsabilité de prendre des mesures ? Laissons le soin à de Soto d'y répondre :

L'ordre officiel juridique doit agir réciproquement avec les arrangements extrajudiciaires... pour créer un contrat social sur la propriété et le capital... En définitive, un contrat social national intégré sera concrétisé seulement dans des lois. Toutes les autres disciplines ne jouent qu'un rôle de soutien.

Ceci veut-il dire que les avocats devraient conduire le processus d'intégration ? Non. Mettre en œuvre un changement majeur est une responsabilité politique. ... Les citoyens... ont besoin que le gouvernement réalise vraiment qu'un système de propriété intégré créé de nouveau est moins coûteux, plus efficace et mieux pour la nation que les arrangements anarchiques existants. (pp.166 –167).

Un dernier point peut être souligné quant à la portée de la présente communication. Tout en essayant de mettre en lumière l'importance du droit comme outil de réforme, nous ne voulons nullement suggérer que tous les autres facteurs nécessairement faisant partie des réformes foncières – sociale, culturelle, économique, politique – devraient être ignorés ou minimisés.

Sur ce point, je pourrais me démarquer de de Soto. La présente communication n'est donc pas plus qu'une vue de la cathédrale des problèmes fonciers en Afrique.

**APPORTER LA TOUCHE QU'IL FAUT AU PROCESSUS : L'ADMINISTRATION FONCIERE EN
TANT QUE GOUVERNANCE**

LIZ ALDEN WILY

Résumé

Ce commentaire informel a pour objectifs d'ajouter quelques observations aux débats sur l'administration foncière brillamment lancée par le professeur OKOTH-OGENDO et, en particulier, de relever le défi qu'il lance en faveur de la démocratisation et de la subsidiarité¹⁶. Il argumente en faveur de l'essentialité du traitement de l'administration foncière comme un problème de gouvernance et non comme une vulgarisation de procédures, et pendant qu'il soumet cet objectif aux rigueurs d'un processus impeccable, sur le plan du développement, en direction de l'accès du peuple à ses droits et de la démocratisation. La dévotion (et non pas le téléchargement des procédures décidées par l'Etat) suit tout à fait logiquement à commencer par l'accès aux droits au niveau local du droit fondateur de déterminer comment les relations foncières locales seront gérées. La tâche à laquelle doit faire face les gouvernements nationaux et surtout locaux n'est pas de concevoir et de mettre à la disposition les solutions de l'administration foncière mais d'aider les gens à les trouver faire eux-mêmes et de façon pouvant mettre en lumière tout à fait clairement les paramètres de la justice naturelle et du processus démocratique. La facilitation de cette évolution à partir de la base devient alors l'essentiel de la programmation foncière dans laquelle les administrations et les bailleurs de fonds investissent. La participation se démarque de la consultation, et de l'évaluation des besoins et de la mise en œuvre dirigée d'alors pour devenir un partenariat opérationnel.

Dans le processus deux énigmes-clés gênent la gouvernance démocratique foncière sont plus facilement dépassées et résolues.

Premièrement, la confusion associée au positionnement du régime foncier coutumier disparaît avec l'adoption requise des cadres démocratiques et inclusifs et qui engendrent la transition vers la gouvernance du régime foncier communautaire. Les responsables traditionnels peuvent ou peuvent ne pas tenir les rôles et exercer les pouvoirs en fonction de la volonté populaire locale.

¹⁶ "Administration foncière : le facteur ouvrier dans la réforme ouvrière en Afrique" H. OKOTH-OGENDO - 2002

Deuxièmement, les conditions techniques supposées assument à nouveau leur propre place mais soutiennent les fonctions et non l'essence de la gouvernance elle-même ni la sécurité du régime foncier que la bonne gouvernance, de par sa structure, devrait produire. Dans le processus de maturation, on peut s'attendre à ce que le processus géré localement devienne plus sophistiqué comme la richesse et la capacité et avoir besoin de croître. Les bénéfices de la sécurité du régime foncier et de la bonne gouvernance sont énormes ; par exemple pas tout simplement en terme de coût ni de plus grand accès, l'utilisation et de comptabilité de normes plus formelles et plus comptables mais par le biais du caractère inclusif possible avec la gouvernance foncière au niveau communautaire et démocratique : l'ouverture de la gestion des droits plus facilement à ceux qui précédemment avaient peu joué ce rôle : les femmes d'un côté et les gens agissant en tant que communautaires surtout par rapport aux propriétés communes et de façon qui rattache l'utilisation de la terre au régime foncier.

Apporter la touche qui'il faut au processus

L'argument : perception de l'administration foncière en termes de gouvernance

Mon argument est que la perception continue de la gestion foncière comme une fonction bureaucratique et technique et une fonction que les gouvernements ont la prérogative et le devoir de développer et de fournir (centralisme classique) constitue une importante partie du problème qui bloque des manières d'avancer justes et opérationnelles. Le résultat de cette pratique centenaire a été l'appropriation du droit primaire de gérer les relations foncières dans la sphère locale (négation de l'accès aux droits). Les effets rivalisent avec ceux de l'appropriation corollaire de la terre elle-même qui a pu arriver par le biais du refus des droits coutumiers majoritaires en tant que propriétés privées (dépossession). En d'autres termes l'Etat moderne colonial et postcoloniale du vingtième siècle n'a pas seulement capté les ressources ou alors une très grande quantité de ces ressources mais il a également capté la gestion et les réglementations de son occupation. Je voudrais suggérer que cette dernière aptitude s'est révélée plus dangereuse.

Néanmoins comme nous le savons tous, la cooptation (bénigne) de ces droits et la prise efficiente sur les mécanismes alternatifs ont été incomplets. Ainsi donc la gestion foncière basée au niveau local a acheminé tant bien que mal dans une condition de paralysie dégressive capable de réaliser les exigences de la modernisation par le manque de soutien administratif et juridique et de point focal en matière de développement, et se faisant confirme tout simplement dans les esprits des administrations qu'elle n'est pas à la hauteur de la tâche.

Il n'y a rien d'unique dans ce scénario ; c'est cela justement l'objectif du refus de reconnaître les droits et comment ce refus s'alimente et appuie les forces de centralisation et, de façon

discutable, le seul processus socio politique qui se soit imposé sur le continent depuis un siècle. C'est le renversement de cette tendance qui constitue le défi du vingt-et-unième siècle pour aller dans le sens de la reconnaissance des droits des citoyens ordinaires dans le but de contrôler la gestion de leurs sociétés et de leurs ressources. Le fait que la terre, la source non seulement de l'abri mais également de la vie, soit la ressource primaire assujettie à la gouvernance des citoyens devrait aller sans dire.

La conduite de la gouvernance dans le monde moderne est aussi nécessairement construite par les exigences de la démocratie, une approche de la gestion sociale qui requiert simplement que la prise de décision soit faite par des forums consciemment inclusifs et par la volonté de la majorité exprimée de façon transparente et que les actions qui en résultent soient déjà soumises au regard critique de l'électorat (comptabilité). Quelques administrations africaines modernes ont des difficultés avec ces principes. La mise en pratique d'une telle stratégie de partage de pouvoir ou encore la facilitation des processus dont on peut prédire qu'ils bousculeront les hiérarchies actuelles y compris celles associées aux responsables traditionnels constituent des risques pour l'ordre établi et demeure le défi qu'il faut relever pour pouvoir aller de l'avant. Reconnaître que la gestion de la terre, à l'instar de tous les aspects de la gouvernance et de la transformation est un problème socio politique et qu'implique des ajustements dans les rapports de force est un premier pas en direction du progrès.

En principe tout au moins les décideurs politiques et les planificateurs ne reconnaissent pas que travailler, être efficace et saisir l'exploitation de la terre dans sa totalité, les systèmes de gestion foncière eux-mêmes doivent être faciles à utiliser, faciles à mettre en œuvre, faciles à comprendre, faciles d'accès, pertinents par rapport aux besoins, comptables devant les utilisateurs, significatifs dans leurs résultats - et pérennes. La substance de mon propos est tout simplement que ces ambitions ne peuvent se réaliser sans que les utilisateurs eux-mêmes aient le droit de mettre sur pieds, de posséder, de contrôler et de gérer ces systèmes. Bref, le pouvoir sur l'exploitation de la terre et sa gestion doit revenir aux citoyens eux-mêmes.

Quant à savoir à quel niveau d'organisation et de représentation, cela peut à peine se discuter si la propriété locale authentique et le contrôle du processus peuvent être réalisés et dans des contextes qui permettent une comptabilité significative plutôt que lointaine et de seconde main. Sur le plan stratégique la communauté présente le cadre socio-structurel évident pour qu'un tel développement puisse se réaliser. Le résultat c'est la gestion foncière communautaire. Ceci, comme je voudrais le soutenir, est précisément ce que l'administration foncière transformée doit viser à réaliser.

La tâche qui reste à accomplir : prendre au sérieux le facteur de la confiance en soi

Ainsi donc une tâche cruciale à laquelle se trouvent confrontés les gouvernements africains du vingt-et-unième siècle est de ne pas mettre en place une administration foncière de la façon qui lui paraît la meilleure. Il s'agit d'aider les 125 millions ou plus d'exploitants terriens de par le continent¹⁷ à gérer leurs exploitations et les transferts qui y sont associés, et de façon inclusive, juste et digne de confiance. Aussi longtemps que ce changement de contexte n'aura pas été effectué dans le sens d'un processus allant de la base vers le sommet sous la direction des citoyens eux-mêmes les solutions continueront de décevoir et d'ajouter davantage de poids aux héritages déjà lourds des mauvaises pratiques des engagements non tenus et des coûts prohibitifs de l'éternel processus de l'approche de la vulgarisation allant du sommet vers la base en matière de gestion foncière. La persistance de cette approche ressemble à un désespoir presque sans fond pour attirer des millions de droits qui semblent fuir dans un filet troué et attaché avec une loi inapplicable et des procédures compliquées. Reprendre son souffle et reconnaître que ni l'Etat ni la loi n'ont cette fonction, c'est gérer directement la terre mais aider les gens à le faire serait d'une grande utilité. Ceci devrait être interprété comme impliquant un vide politique et juridique ; au contraire la construction de la justice naturelle et du bon sens juridique demeurent les fonctions critiques du droit foncier et la disposition de guide pouvant aider à aller vers le processus correct, ceci devrait être le devoir de toute stratégie nationale.

Soumettre la gestion foncière à des principes de développement soutenables

Le secteur de l'administration foncière n'est pas simplement un secteur qui se bat avec les implications de la démocratisation et du partage des pouvoirs qu'elle a pris l'habitude de considérer comme un droit naturel. L'expérience de tout secteur (tels que les soins de santé) pourrait être utilisée comme un exemple mais le secteur des ressources forestières offre un cas particulièrement pertinent. Pour faire une brève généralisation, les administrations des ressources forestières en Afrique jusqu'à ces cinq ou dix dernières années ont lutté avec peu de succès pour conserver les forêts par le biais de leurs propres commandements et de leurs services de contrôle et de protection. Le plan qu'ils n'ont pas pu réaliser de façon différente pendant 40 à 60 ans était de réaliser une gestion forestière impeccable par le biais de processus qui mettaient en exergue des inventaires détaillés, des enquêtes et des plans, des réglementations centralisées pour leur utilisation et le contrôle général. Il est tout à fait frappant que des forêts dans au moins 20 de ces Etats soient en train d'être conservées aujourd'hui et que l'hectare de forêt soutenu augmente pour la première fois depuis des années mais non par le biais de l'inventaire, des plans réalisés et des contrôles mais par le biais de construit curieux de forêts communautaires c'est-à-dire des zones de forêts sur

¹⁷ On estime que 818 millions d'individus vivent en Afrique aujourd'hui (dont 673 millions résident en Afrique au sud du Sahara) et quelques 75% d'entre eux vivent dans les zones rurales : à supposer que la taille moyenne de la famille soit de 5

lesquelles des citoyens ordinaires ont obtenu des droits de contrôle. Cette situation est en train de prouver clairement qu'il est tout à fait permis de dire que les administrations forestières modernes en Afrique ont fait le premier pas crucial en direction de la transformation démocratique de la gouvernance de la forêt ; il s'agit d'apprendre à octroyer aux citoyens ordinaires la liberté en leur donnant tous les droits afin qu'ils puissent aller de l'avant. Les récompenses sont énormes ; en faveur des forêts ; en faveur des gens et du fonctionnement revu et amélioré de l'Etat dans ce domaine. Il est à noter également qu' "un grand nombre" des meilleures nouvelles politiques forestières et des législations sur le contentieux sont tout à fait clairement celles qui ont été construites non pas sur la base de l'imagination du centre mais sur la base des résultats des meilleures nouvelles pratiques à la périphérie, et pour réaliser un pas significatif en direction d'une notion de loi étatique moderne comme la loi du peuple.

Bien que ce ne soit pas un acte solitaire, c'est un fait malheureux que la conscience du processus du développement vienne plutôt tardivement au niveau du secteur de l'administration forestière et que dans son ensemble il ait échappé aux rigueurs du fonctionnement à l'intérieur des paramètres de ce qui est maintenant appelé de façon routinière "l'acceptabilité sociale", des paramètres qui après presque tous les points de vue rejoignent les principes de la démocratie représentative. Il est à peine nécessaire d'insister sur ces raisons. Elles viennent de la même histoire du contrôle centralisé et technocratique vu dans d'autres secteurs mais dans ce cas elles portent la marque indélébile d'un degré peu habituel de légalisme ; une condition évidente dans le fait que des citoyens ordinaires, historiquement parlant, n'aient pas eu de rôles à jouer dans les déterminations de ce que la loi (étatique) dit au sujet de leurs droits fonciers et comment les dits droits doivent être gérés au-delà de la reconnaissance libératrice des coutumes. Il est important même plus que dans la vague actuelle des réformes foncières supposées, que les gouvernements locaux habituellement élus jouent tout au plus des rôles de subordination dans la détermination du modèle future de la gestion foncière. Ceci ne veut pas dire qu'ils ne sont pas affectés par les ordres du processus au plan national. Au contraire ils sont fréquemment le réceptacle de beaucoup d'autres responsabilités dans la nouvelle confusion tout à fait typique de l'écrasement d'en haut plutôt que de la décentralisation qui confère des pouvoirs.

En matière de développement, qu'est-ce-qu'un processus viable ? La recette n'a rien de magique. Les principes sont simples et familiers. Comme pour tous les "principes viables", ils naissent et reprennent vie grâce à leur utilisation. Ils comprennent des objectifs tels que la construction de l'objectif de la confiance en soi au plan local plutôt que la dépendance ; l'aide à fournir aux gens

pour devenir des acteurs plutôt que des bénéficiaires des processus ou du changement contrôlé par d'autres. Sur le plan opérationnel, ceci signifie la facilitation et non pas des ordres à recevoir, l'accès à des droits et non pas l'acceptation de solutions toutes faites, travailler à partir de la base vers le sommet plutôt que du sommet vers la base, commencer au niveau local plutôt qu'au niveau national, commencer à une petite échelle et gagner du terrain grâce au succès ; donner à la diversité tous ces droits et coordonner la standardisation ; permettre l'émergence de l'apprentissage par le biais de ce que l'on fait afin que les acteurs puissent réaliser des améliorations progressives au niveau de leur développement ou de leurs systèmes ; construire sur ce qui marche et peut être soutenu par les gens eux-mêmes et affiner la politique et la loi qui est censée venir en appui à cela. Ce type de processus signifie que la prise de décision, et non pas seulement la mise en œuvre, doit être entreprise par les gens eux-mêmes. Il signifie presque toujours que l'investissement externe en terme de temps et de ressources est ciblé en direction de l'aide à apporter pour la mise en œuvre des cadres institutionnels appropriés en vue des tâches à accomplir, et qui sont pleinement incluses dans leurs constitutions et transparentes dans leurs réalisations.

Lorsque de tels cadres et processus sont élaborés par les populations locales en place, que ce soient par rapport à l'éducation, à la santé, à l'agriculture, aux ressources forestières ou au régime foncier, une base pratique pour permettre aux gens d'avoir un plus grand contrôle sur leur avenir est une marche en avant par le biais de laquelle la capacité et l'expertise technique croissent de façon soutenue. Le point de la croissance - et la croissance de la capacité et de l'action dans de telles circonstances est en généralement considérable - est ce que les gens veulent et peuvent maintenant, et non pas ce que les experts estiment qu'ils devraient faire. Le fossé entre les ambitions de l'Etat et du peuple se réduit. Le ''développement'' devient un processus de changement évolutionnaire dirigé par le peuple à l'intérieur duquel l'Etat joue un rôle de facilitateur. Le catalyseur tout au long de ce processus est simplement la responsabilisation c'est-à-dire l'accès aux droits ; être encouragé et assisté pour agir ; être autorisé à faire cela pour commencer. C'est cela le développement de la base vers le sommet - et c'est ce que l'administration foncière en Afrique (à quelques exceptions près) a jusqu'ici réussi habituellement à éviter¹⁸.

La participation comme accès au droit au lieu de la consultation

Beaucoup de gens qui se trouvent impliqués dans le processus immédiat de réforme foncière voudraient nier que ce sont là des processus qui, sur le plan fondamental, sont tous sauf viables. Ils disent en particulier qu'il faut montrer du doigt la consultation publique à savoir

¹⁸ Le régime de l'Office de Gestion des Terres du district du Botswana mise en place dans les années 1960 est cité de façon routinière comme une exception et certaine une base excellente sur laquelle davantage d'administration foncière communautaire peuvent maintenant évoluer.

les cent, cinq cents ou même dans un cas les huit mille réunions tenues avec le grand public. “Nous avons écouté les gens”. Voilà le message - et ensuite pour compléter l’histoire, “nous avons pris des décisions, voter des lois” - et nous avons eu la décence d’informer le peuple à propos de leurs droits et par le biais de la vulgarisation.

On n’a pas besoin de beaucoup d’analyses pour voir comme cette manière de faire est très éloignée de l’approche pyramidale. Les gens ont participé mais en tant que bénéficiaires pas en tant qu’acteurs. La croyance non exprimée oralement selon laquelle les problèmes d’origine foncière sont trop importants pour que les décisions y afférentes soient prises par des gens ordinaires peut sous-tendre l’approche qui va du sommet vers la base. De plus, il y a une ancienneté rampante par rapport à la potentialité de la diversité en matière de pratique qui pourrait provenir du fait que nous permettons même à la politique d’être formulée à des niveaux locaux sans parler des décisions véritables se rapportant au caractère de leurs propres institutions de gestion financière et des procédures. Une tendance à la nationalisation de la prise de décision est ainsi encouragée à un degré tel qu’il conduit à notre propre défaite lorsqu’une telle décision prend pied par rapport au contexte local et à la propriété. Par ceci je veux dire que même dans le meilleur des cas la consultation a rassemblé des opinions de façon abstraite et ne peut générer la qualité des discussions et la prise de décisions qui s’effectue dans des situations réelles dans lesquelles tous les acteurs se trouvent affectés. Je n’insisterai pas trop ici sur les politiques de nos mises en œuvre qui peuvent résulter et résultent effectivement mais plutôt sur le fait décevant que, très souvent, le caractère officiel continue de voir la cause de l’échec comme un problème de coût et non pas le résultat d’un mauvais processus. En Ouganda, par exemple, il semblerait que la réponse au caractère peu pratique de la création de quelques milliers de comités fonciers des paroisses et des tribunaux fonciers n’ait pas été de retourner les problèmes de la gestion foncière aux peuples dans les zones pilotes et de les aider et de mettre en pratique de façon concrète sur une base d’essai ce qui pourra marcher ou non - mais simplement d’offrir un nouveau plan.

Commencer au niveau de la base

Les avantages qu’il y a à adopter une approche dirigée par les citoyens commenceront à apparaître tout à fait clairement. En effet, parce que le développement se situe au niveau local et entre des mains locales, il a la chance de devenir de façon authentique ce que les administrateurs, lorsqu’ils sont de bonne humeur, se donnent pour objectif d’atteindre par le biais de leurs efforts ; un processus

qui est peu cher à gérer, facile à utiliser, accessible, facilement compréhensible, comptable aux utilisateurs, inclusif dans sa prise de décision, capable de générer d’équité. Par ailleurs parce qu’il est (excusez l’expression) “privé et personnel” il a la possession de l’utilisateur

et à partir de là découle une très réelle possibilité d'être soutenable ; c'est-à-dire soutenu par ceux qui le possèdent et l'utilisent parce qu'il gère le système au niveau où il peut le soutenir. Comme la richesse, la capacité et le besoin d'outils sophistiqués et de procédures croissent, de la même façon la pratique aussi augmente.

Les avantages pour l'Etat sont immenses et non pas seulement en termes de coût et le fait qu'il crée la motivation (est en fait obligé de) refaire le rapport avec les citoyens depuis le directeur contrôleur jusqu'au facilitateur. Par exemple, en dernière analyse il a excusé le fardeau qui consiste à s'assurer que certains types de décisions qu'il n'a simplement jamais eu le pouvoir de prendre et ne pourrait d'ailleurs pas prendre - telles que la "communauté devrait-elle continuer à utiliser la coutume et "l'autorité coutumière" pour diriger sa gestion foncière ? J'estime, et je démontrerai bientôt, que ceci relève plus proprement de la décision d'une communauté d'utilisateurs et le rôle de l'Etat et de la politique et de la stratégie étatique consiste à s'assurer que le droit de choisir est mis à la disposition de la majorité de la population. En se positionnant de la sorte la politique foncière nationale est une créature plutôt différente des programmes prescrits que nous voyons encore. Il a un rôle et en effet un devoir d'élaborer les principes de justice nationale et de processus équitables par le biais duquel toute administration foncière doit pouvoir fonctionner. Cependant et surtout, il a le rôle de définir clairement l'offre de stratégie du gouvernement qu'elle croit pouvoir marcher le mieux en direction de la dotation en moyens. Dans ce contexte il devient le moyen graduel par lequel il s'engage à aider les citoyens à s'aider, à organiser leur système d'administration foncière sur une base locale. La participation se démarque du mode passif structuré autour de la consultation, des enquêtes sur des besoins pressentis et ensuite des instructions pour s'insérer dans un partenariat opérationnel dynamique. Ceci ne signifie pas que le gouvernement n'a pas de vision. Tout changement significatif a besoin d'être guidé par une "idée" et le gouvernement a besoin de partager ses visions avec le peuple - dans cet exemple une vision qui les autorise et les aide à prendre le contrôle de la gestion de leur propre droit foncier.

Une fois que l'objectif démocratique de la gestion foncière inspiré de la confiance en soi est établi, le chemin du progrès se trouve tracé facilement et clairement pour ne pas dire sans effort. La réforme elle-même devient moins un problème d'investissement dans l'expansion des procédures, des facilités et du contrôle plutôt que de l'identification (ou alors en demandant à chaque district par exemple d'identifier) où et qui dans le pays devrait en premier lieu de se voir faciliter les conditions de la mise de leurs droits fonciers sous un type de gestion saine par le biais de laquelle des enseignements peuvent être tirés et des expériences accumulées et développés. En cela l'Etat cesse d'administrer la terre elle-même (autres que ces propres domaines) et sert dans un rôle reformé comme celle d'un conseiller

technique, un facilitateur, un garde-fou, et une source d'interpellation technique ou judiciaire. Le rôle de la législation de l'Etat tel que je l'ai observé plus haut devient de détailler ou de mieux élaborer les paramètres qui guident et les repères d'un processus démocratique et juste tel que cela est développé par les éléments collectifs - et le bon sens suggère que les standardisations soient nombreuses - de décisions et pratiques provenant d'une communauté consciente. Le vrai développement est en mouvement.

Le processus démocratique dans sa version communautaire

Il peut s'avérer nécessaire de développer brièvement ce que nous entendons par "communauté". Les forces de la modernisation et de la centralisation ont beau essayer, mais la notion de construits de la communauté a persisté bien que ce soit sous des formes changeantes. Ce qui nous préoccupe ici ce n'est pas dans quelle mesure les communautés sont, sur le plan interne, socialement ou économiquement homogènes, équitables ou autres. Ce qui est crucial c'est que les groupes d'individus et/ou de familles qu'ils contiennent reconnaissent une cohésion sociale partagée d'une manière ou d'une autre et de temps en temps se comportent comme une forme d'association. L'identité

peut être enracinée et exprimée par le biais d'une adhésion au leadership partagé (coutumier, ou autre) ou il peut ne pas être partagé. Ce qui est plus important, en dernière analyse, c'est la connaissance partagée de "domaines" sur lesquels les relations s'étendent ne serait-ce qu'en vertu du fait que les occupants vivent les uns à côté des autres et partagent un intérêt commun (ou la propriété commune) de certaines ressources locales. La communauté peut être un hameau, un village, un clan, une chefferie, une tribu et chacune de ces entités est le dépositaire d'une notion de territoire ou d'espace. Il n'est pas surprenant par conséquent que le "village" en Afrique renvoie comme presque toujours soit au groupe social soit à un lieu précis. Par ailleurs la communauté peut être faite et refaite telle qu'on l'a si fréquemment vu dans les zones urbaines ou une autre organisation sociale informelle de nouvelles formes d'installations. Pour les facilitateurs tels que les décideurs politiques ou les gouvernements, la tâche ne consiste pas à définir la communauté mais à aider les gens à accéder à leurs droits pour la définir à leur propre manière en fonction de leurs besoins.

Se démarquer de la gestion foncière coutumière pour aller vers la gestion foncière communautaire

En matière de gestion foncière, la dichotomie archétypique a été entre le régime foncier national et local, moderne et traditionnel, la législation statutaire et coutumière. La tendance a été de supposer que le coutumier et le communautaire sont une et même chose. Et ce qui est encore plus dangereux que l'adhésion aux normes coutumières est totalement volontaire de la

part de la majorité. Ou encore des hypothèses sont conçues par rapport au niveau de l'inclusion du processus démocratique face aux pratiques coutumières. Une position commune est que les coutumes sont seulement soutenues aussi longtemps que la communauté le veut de telle sorte, que son volontarisme, son acceptabilité et son processus démocratique puissent être assumés. Ceci naturellement n'est pas toujours le cas. C'est certainement le cas que les régimes coutumiers, de façon variable, confèrent beaucoup de confiance à la terre dans les responsables coutumiers et que le sens de cette confiance a été parfois reconstruit dans le temps pour devenir la propriété matérielle virtuelle des intérêts primaires ou des droits sur les terres.

Il n'est pas surprenant alors que les chefs, dans certaines circonstances, se comportent comme s'ils étaient les propriétaires directs de la terre occupée par leurs peuples et lorsque l'occasion se présente, ils dirigent la plus grande partie des bénéfices vers eux-mêmes en oubliant la transaction ou l'utilisation commerciale (principalement les ressources forestières). Il s'agit ici d'une situation qui est reconnue et qui existe par exemple dans certaines régions du Ghana et qui, de façon surprenante, a le soutien des lois constitutionnelles ambiguës. Il n'est pas surprenant non plus que lorsque l'occasion se présente les responsables traditionnels puissent être les premiers à réaffirmer la légitimité du régime foncier coutumier étant donné leur propre position, et les attentes par rapport aux bénéfices qu'ils peuvent en tirer. Il s'agit, selon les allégations, parfois de cas courants en Afrique du Sud. Les administrations nerveuses peuvent concéder l'autorité traditionnelle de façon toute aussi nerveuse, se voir obliger de définir un cadre dans lequel se trouvent inscrites les conditionnalités, par exemple le cas de la récente nouvelle politique foncière du Malawi. La clarification de ce qu'est entendu par protectorat devient alors une très importante et urgente partie de la nouvelle politique et de la législation foncière¹⁹.

Cependant, on a beau jongler avec les termes, on ne peut pas venir à bout du fait que dans ces cas, l'autorité ultime et le régime foncier se trouvent investis de la part de la communauté dans des agents qui ne sont pas forcément choisis par la communauté et que dans certains cas, les opérations des normes coutumières peuvent avoir l'air féodales. C'est précisément la raison pour laquelle une approche communautaire plutôt que l'approche coutumière à l'administration foncière localisée est si importante. Ceci n'empêche pas que les normes coutumières ou l'autorité coutumière soient sélectionnées comme cadre opératoire pour l'administration foncière future. Cela exige cependant que si ces normes doivent être pérennisées, qu'elles soient choisies de façon consciente et démocratique.

Cela ne signifie pas non que les normes coutumières doivent être écartées mais plutôt cela permet à ces atouts-clés être pleinement opérationnels car ce ne sont pas forcément les

traditions ou les coutumes du régime foncier coutumier qui méritent d'être retenues mais ce contexte singulier dans lequel les normes mettent en mouvement - la référence communautaire - le fait que les processus de prise de décisions se trouvent à l'intérieur et au niveau de la communauté. Lorsqu'on l'approche de cette façon, le régime foncier coutumier laisse libre cours à beaucoup de positionnements démocratiques en tant qu'administration foncière communautaire.

Mettre les aspects techniques en perspectives

Une approche communautaire à la gestion foncière peut également aider à résoudre des problèmes de pertinence technique. Pendant des décennies les administrations foncières centrales ont, avec entêtement, utilisé des méthodologies qui sont difficiles à adapter au niveau des masses. Même avec de lourds investissements pour étendre sa portée, ni le pourcentage de la population utilisant les enquêtes formelles, les procédures de plans et d'établissement des titres, ni les preuves tout à fait claires de sa supériorité en tant que moyen de sécurisation du régime foncier n'a pas progressé de façon significative. Néanmoins, la création du système national d'informations efficaces basées sur un cadastre national de domaines lotis arpentés et numérotés de façon exacte partout dans le pays reste un rêve. Ainsi donc nous entendons dire que "un cadastre dirigé de façon professionnelle est essentielle", en même temps que nous entendons dire que "il nous faut maintenir le système simple, facile d'accès, accessible, utilisable, à jour et contrôlable par les clients."

L'adoption d'une approche démocratique à l'administration foncière aide à faire pencher la balance en faveur de ce qui est pratique et facile à faire pour la majorité plutôt que pour l'élite. Le facteur déterminant devient simplement ce que les gens eux-mêmes sont en mesure de faire à partir de ce qu'ils ont et avec l'assistance limitée pouvant être disponible pour des populations entières. Les stratégies pratiques de self-help - certaines d'entre elles sont déjà mises en place de façon informelle - ont des chances de constituer l'ossature de la procédure. Aider les communautés à formaliser et à améliorer tout ceci de façon constante dans le temps devient donc l'objectif.

Comment Progressons-nous?

De l'étape du marché à celui des soucis liés à la gouvernance.

La bonne nouvelle est que dans la pratique nous nous portons tout aussi mal comme je l'ai sous-entendu plus haut - bien que ce soient plus par défaut que par bon processus que certaines administrations commencent à construire ce qui pourrait devenir une fondation pour une gestion foncière facile, juste, soutenable et communautaire. En d'autres termes ceci est

¹⁹ Et affectant les droits des gouvernements et des présidents, droits dont il n'est pas question ici.

d'être en train de réaliser grâce à la conception de décideurs politiques attirés par la démocratie, non par encore le résultat d'une détermination locale, ce qui pourrait et devrait marcher dans leur domaine ou l'expérience qu'ils en ont. (Voir tableau 2 annexe b)

Le cadre dans lequel ces changements sont en train de voir le jour est bien connu dans la vague maintenant reconnue de la prétendue réforme agraire en cours de réalisation dans 25 Etats ou plus²⁰. A l'intérieur de ce mouvement, plus tard si ce n'est plus tôt, des questions concernant la gouvernance du régime foncier fera surface. Certes, une force dominante et première derrière la réforme est la frustration face à l'inefficacité de la machine de l'administration foncière. Ceci exclut souvent l'incapacité répandue à pénétrer de façon adéquate le secteur pour arranger assez de propriétés et satisfaire les demandes des investisseurs - un "bout de l'iceberg" face aux décisions officielles pour agir avec des racines passablement spécifiques dans la vague de la prétendue libéralisation économique.

Il y a naturellement une ironie dans le fait que "la réforme" conséquente est tout à fait fréquemment en train de précéder la vitesse anticipée de la mort des régimes coutumiers en encourageant les efforts en faveur de l'inclusion de la machine gouvernementale actuelle et des procédures pour sécuriser plutôt un cadre beaucoup plus fort pour les systèmes coutumiers et les droits qu'ils accordent. Je voudrais penser que ceci reflète le puissant bon sens de la démocratisation, un contexte que les mouvements de réforme, très rapidement, affirment localiser eux-mêmes en pleines connaissances des implications ou autres.

Ainsi l'occupation coutumière de la terre en Ouganda, en Tanzanie, au Mozambique, en Côte d'Ivoire, au Niger et en principe en Afrique du Sud à ces dernières années gagne une pleine équivalence en termes de droits individuels et privés à l'intérieur des législations étatiques et en tant que droits enregistrables et par ce biais on espère gagner au Malawi, et moins certainement au Lesotho, au Swaziland, et au Zimbabwe (voir annexe A). Ceci a été déjà le cas au Botswana en 1968 et au Ghana en 1986 pour au moins quelques classes d'exploitations agricoles coutumières. Une mesure de la plus grande profondeur d'une certaine réforme est que certaines classes-clés, mais précédemment ignorées, de la gestion foncière coutumière sont maintenant en train d'être élevées aux statuts de lois étatiques. Ainsi donc lentement mais sûrement la législation étatique reconnaît et prévoit pour la possibilité pour les époux, les familles et des communautés toute entières d'être reconnus comme des co-propriétaires des droits fonciers. La première et la dernière sont en train de se révéler particulièrement transformationnelles. Ainsi que je l'ai exploré abondamment ailleurs la disponibilité de moyens tangibles grâce auxquels les femmes peuvent accéder à une part de la propriété au

²⁰ Avec de nouvelles lois foncières nouvellement promulguées ou sous forme de projets dans ces pays Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Tchad, Malawi, Mauritanie, Niger, Ethiopie, Erythrée, Tanzanie, Zanzibar, Ouganda, Zambie, Mozambique, Afrique du Sud et Namibie, et avec de nouvelles politiques foncières et nationales - en d'être formulées - dans les pays ci-après Rwanda, Kenya, Malawi, Swaziland, Lesotho, Zimbabwe, Angola, Ghana et Botswana

niveau des moyens de production pourrait se révéler comme un des catalyseurs tant attendus pour la modernisation de l'agriculture. Ainsi, également, la reconnaissance des terres communautaires en tant que propriété privée appartenant au groupe apporte potentiellement des millions d'hectares de forêts appartenant à personne, des pâturages, des futaies interdits d'accès - une tendance qu'un certain nombre de départements de ressources forestières sont tout à fait correctement en train d'exploiter sous forme de forêts communautaires déclarées.

La légalisation des droits coutumiers en tant que dévolutions démocratiques

Les connexions entre le statut de régime foncier coutumier et les problèmes de gouvernance sont très voisins. Car c'est largement à cause du nouveau soutien en faveur des droits informels de la majorité en droit que l'administration foncière dévolutionnaire est en train d'être prise en considération. Car après tout une fois que les régimes coutumiers sont acceptés comme des systèmes légalement viables, alors l'attention accordée à comment ces régimes sont gérés suit de façon tout à fait logique. En fait il y a de nouvelles normes par rapport à la gestion foncière rurale de la majorité et sur un plan local. Ainsi donc il n'est peut pas surprenant de voir les intentions éparpillées en direction de la gouvernance du régime rural dévolutionnaire. L'annexe B fournit une vue d'ensemble de cette tendance.

Localisation

La production en termes pratiques donc jusqu'à présent est tout à fait mitigée. Alors qu'il existe une tendance majoritaire en faveur de la localisation du processus, ceci est presque souvent une déconcentration de l'Etat plutôt qu'une facilitation de l'accès aux droits des locaux pour déterminer ou gérer le processus local - une confusion qui n'est pas inhabituelle dans la confusion de la prétendue décentralisation moderne. Ainsi donc, simplement en termes du lieu où la machine de l'administration du régime foncier local et rural sera localisée en premier, nous trouvons le processus de localisation tout à fait élevé. Sur quinze Etats anglophones, six ont l'intention de le promouvoir au niveau communautaire. (Tanzanie, Zimbabwe, Malawi, Swaziland, Ghana et probablement le Lesotho). Six autres se proposent d'institutionnaliser les opérations tout au moins au niveau du district ou du sous district (Namibie, Ouganda, Zanzibar, Rwanda et Erythrée). Alors que le caractère et par voie de conséquence la gouvernance de la majorité des droits informels restent un problème de litige (sinon constitutionnellement en doute) en Afrique du Sud, il est probable, cependant même résolu, leur administration sera de la même façon localisée. Ce n'est qu'au Mozambique qu'aucune attention n'a été accordée dans la nouvelle loi à la localisation formelle de l'administration du régime foncier au-delà des procédures courantes informelles du régime foncier coutumier. En d'autres termes, pour qu'un occupant coutumier enregistre ou formalise son droit légal d'occupation, elle doit se rendre jusqu'au bureau du département

gouvernemental dans la province et effectuer les procédures qui reflètent tout cela pour les intérêts généralement commerciaux non locaux et pour le reste.

De la localisation à la dévolution

Dans quelle mesure la localisation inclut-elle la dévolution - représentation de l'autorité réelle de la prise de décision et à qui cela est un autre problème ? Parmi le semblant d'uniformité il se trouve une diversité significative. Des distinctions doivent être faites par exemple entre les stratégies qui permettent que s'exercent des systèmes et des normes déconcentrées et gérées fondamentalement par l'Etat (Erythrée, Ethiopie, Namibie, et potentiellement le Rwanda et même dans une certaine mesure le Ghana, bien qu'en utilisant les hiérarchies coutumières comme le lieu et le canal de ces normes), et les stratégies qui garantissent directement leurs droits au niveau communautaire pour régir les relations foncières (Tanzanie Potentiellement le Malawi le Zimbabwe, Swaziland et le Lesotho). Ensuite il y a les cas fort curieux comme le Mozambique où la reconnaissance de la législation étatique des

intérêts coutumiers comme pleinement légaux et consignables prennent le risque de devenir vides étant donné les capacités ci-dessus mentionnées à fournir des mécanismes mêmes localisés sinon communautaires pour réaliser un tel objectif. Et peut être un fait qui ne mérite pas d'être mentionné est le cas de la Zambie où la loi de 1995 ne fait plus que soutenir la stratégie du vingtième siècle qu'est la transmission en ne fournissant aucun moyen grâce auquel la majorité rurale (coutumière) a des droits pouvant être enregistrés ainsi que des titres autres que la conversion en droit de bail régi par l'Etat et non par la communauté.

De la gestion coutumière à la gestion communautaire

Entre les mains de qui le pouvoir de régir l'administration foncière au niveau local est-il en train d'être remise ? Ceci constitue également, et de façon significative, une variable. Jusqu'à présent ce n'est qu'en Tanzanie que l'autorité sur la gestion foncière a été confiée à des organes démocratiquement élus au niveau communautaire et qui sont responsables devant les membres de la communauté locale (et des procédures pour leur destitution, bien qu'étant toujours inappropriées ont été prévues par la loi) bien qu'étant imparfaits de plusieurs points importants (voir ci-dessous), le plan pour la gestion foncière d'inspiration villageoise en Tanzanie offre bel et bien des espoirs pour un système démocratique et local et qui évite largement sinon totalement d'être paralysé par des procédures coûteuses et sophistiquées sans que cela soit nécessaire (Annexe C). En résumé, certains standards auxquels l'on peut s'attendre de la part d'un régime authentiquement dévolu de la gestion foncière pourrait se réaliser ; tout d'abord les procédures doivent être régies localement mais en utilisant les formulaires standards imprimés de façon à maintenir la consistance des registres et pour

consolider la reconnaissance et la standardisation partout dans les zones rurales ; en d'autres termes alors que certains des attributs provenant du droit coutumier d'occupation dans un village peuvent être différents de ceux attachés au droit dans une autre localité, la forme sera uniforme et reconnue comme telle. Il en est de même pour la documentation qui sera entrée de façon uniforme dans chaque registre foncier de village et de façon approuvée par les initiatives d'inspiration villageoise en Tanzanie, les événements malheureux, les échecs ou les simples mauvais événements de l'administration foncière villageoise ne doivent pas avoir d'impacts négatifs sur la performance de ses voisins.

Les projets de politiques foncières nationales du Swaziland, du Lesotho et surtout du Zimbabwe ont réalisé des arrangements similaires, des politiques qui cependant sont suspendues de façon gênante pour une raison ou une autre et ne peuvent porter de fruits. Ceci est également le sort des lois foncières démocratiques proposées avec détermination en Afrique du Sud, et qui se proposent d'abandonner la constitution du mécanisme de l'administration foncière au moins dans les anciens Bantoustans au niveau de chaque communauté et même pour définir ce que signifie la communauté elle-même - -c'est-à-dire qu'un plan pourrait rétroactivement être perçu comme étant voué à l'échec puisse qu'il se heurte à un obstacle prévisible d'oppositions des chefs sans le poids des pratiques de jugement qui fonctionnent au niveau local pour l'appuyer.

Par contre, le Malawi n'essaie même pas d'installer la gouvernance des droits fonciers locaux par le biais de nouvelles institutions élues démocratiquement au niveau communautaire et toujours plus disponibles, mais il oriente l'administration des droits coutumiers par le truchement des autorités coutumières avec un compromis qui veut qu'ils soient entourés pas un groupe de conseillers élus. Pour sa part la loi de réforme foncière communautaire de la Namibie amenuise les pouvoirs des responsables non pas en réinstallant leurs autorités au sein de la communauté d'organes élus de façon communautaire mais en enlevant certains aspects de leurs autorités supérieures pour les placer entre les mains de conseils fonciers régionaux nommés par l'Etat. Tout ceci engrange tout le potentiel de développement de l'administration foncière du niveau local futur, particulièrement sous forme de titre d'occupation enregistré. De cette manière, les pouvoirs des chefs coutumiers sont tronqués mais également ceci s'applique aux potentiels pour les communautés avec ou sans les chefs coutumiers pour développer les procédures d'administration foncière moderne.

La législation foncière ougandaise a effectué un tour de passe-passe semblable. La loi de 1998 dispose et prévoit que soient établis des comités communautaires (comités fonciers paroissiaux) et met à leurs dispositions toute sorte de fonctions et cependant a réservé le problème des enregistrements même des droits coutumiers au Conseil Foncier de District. Le Conseil Foncier de District tout en étant autonome se compose néanmoins de gens nommés

par le conseil de préfecture, un organe élu mais assez loin de la communauté. L'abandon prévu des Comités Fonciers Paroissiaux en faveur des Comités de Sous-Comités moins nombreux élevés à un niveau plus élevé, rendra le contrôle plus détaché sur le processus local.

Il est triste de savoir que l'idéal du développement démocratique du Conseil Foncier Communautaire est tout sauf rare quand on se souvient que la Tanzanie qui a une approche toujours non mise en œuvre qui se rapproche de l'objectif. Il est hautement significatif de savoir que la Tanzanie a évolué selon cet itinéraire avec l'espoir de réussir en tout premier lieu à cause des institutions de gouvernance élues fonctionnant déjà au niveau communautaire (villageois). On peut se demander pourquoi en Ouganda par exemple les Conseils Paroissiaux élus actuels n'ont pas été transformés en un cadre de la gestion foncière, et au lieu de cela plus de 4500 organes entièrement nouveaux se sont proposés ensemble, avec un engagement statutaire, de satisfaire les besoins de leurs opérations en dehors de la communauté. Les suggestions provenant des communautés et envoyées aux décideurs politiques ainsi qu'aux législateurs à un moment que chaque communauté doivent pouvoir identifier leur propre base institutionnelle pour la gestion foncière locale n'ont malheureusement fait l'objet d'attention particulière.

Insuffisance des transformations

Il y a des points sombres faisant intégralement partie du positionnement de la gestion locale qui reflètent l'ambivalence pour ce qui est de savoir si la stratégie est en train d'être utilisée sous forme de représentation ou comme un moyen de reconnaissance du droit coutumier. Ainsi certains organes nouveaux locaux qu'on est en train de proposer sont en effet obligés d'opérer dans un contexte de régime foncier coutumier des environs, non pas avec un système de bail, de propriétés individuelles ou d'autres types de droit offerts par l'Etat dans le même voisinage. Le double emploi et le résultat des compromis ; en Ouganda par exemple le Comité Foncier Paroissial s'occupera exclusivement des problèmes de régime fonciers mailo et coutumier. Alors que le conseil foncier de préfecture s'occupera en temps opportun des intérêts générés par tous les systèmes. Un système à dualité moins développé est en train d'apparaître en Namibie dans une loi qui propose que les chefs coutumiers continuent de gérer certains aspects des droits coutumiers pendant que d'autres aspects et tous les intérêts attachés au système de bail sont gérés par les conseils régionaux. Par définition les terres villageoises en Tanzanie sont conçues en excluant les terres sur lesquelles on pourrait avoir des intérêts accordés aux gouvernementaux dont la gestion relève de l'autorité de l'Etat.

Une ambivalence d'objectif comparable peut se voir dans la définition du régime foncier coutumier lui-même dans des circonstances où de façon croissante il serait plus correcte plus

exacte de parler de droit informel non consigné indépendamment de leurs racines et de leurs origines dans les régimes traditionnels et coutumier. Ainsi même dans des circonstances tels les droits informels de la Tanzanie ont dans la pratique été contextualisés et exercés en tant que droits communautaires pendant un quart de siècle et sont censés faire de même dans le cadre du régime de gestion proposée des gouvernement de villages élus, un élément révisionniste malheureux a été introduit en déclarant ces droits que seront connus comme des droits coutumiers de l'occupation plutôt que des droits communautaires ou villageois d'occupation et exigeant tout d'un coup après 25 années au cours desquelles il n'était pas géré, qu'il soit géré conformément aux droits coutumiers. "Qu'est-ce-qu'une coutume ?" "Qu'est-ce-que notre droit coutumier ?" demandent beaucoup de villageois aujourd'hui. La loi demande, et cela ne simplifie pas les choses, que ce soit n'importe quel droit coutumier qui était appliqué immédiatement avant l'établissement du village à la suite de l'opération VIJJI – une condition qui indirectement sinon directement affecte la mise en place de la majorité des villages.

Dans d'autres pays comme le Malawi, le Mozambique, la Namibie, le Lesotho et le Ghana entre autres, l'aspect le plus dévastateur du coût qu'entraîne la mise sur pied de droits informels non enregistrés qu'on rend légaux dans le contexte des coutumes place le contrôle et le règlement de ces droits entre les mains des autorités coutumières. Ainsi donc pendant qu'une nouvelle politique/loi est de plus en plus souvent libératrice de la majorité des ordres et des contraintes des nouveaux régimes législatifs étatiques reçus ou développés, cela les rend tout simplement prisonniers d'une autre ligne plus féodale de l'autorité. Que les majorités communautaires souhaitent soutenir ces formes, l'administration foncière ne constitue pas le problème ici (et il y a beaucoup de preuves qui suggèrent que beaucoup de gens en effet veulent la continuité des mécanismes connus). La question plutôt est de savoir pourquoi les politiques ont échoué les unes après les autres ces dernières années et n'ont pas réussi à sauter le pas ultime pour s'ancrer non seulement dans une administration foncière dévolue mais plutôt démocratique pour aller vers les Conseils Fonciers Communautaires basés sur la prise de décisions communautaires qui s'occupent des droits communautaires (droits qui, point n'est besoin de le dire, incluraient toute forme d'intérêts/droits existant actuellement de l'individu à la communauté).

En général il semblerait qu'aucun groupe de citoyens ruraux sur le continent ne soient autorisés à accéder à l'ensemble de tout ceci ; soit on leur fournit tous les itinéraires ou canaux par lesquels leurs droits actuels peuvent être garantis (l'Ethiopie et l'Erythrée constituent de bons exemples) mais par des mécanismes essentiellement aiguillés depuis le centre et ayant de fortes ressemblances avec les modèles d'expansion n'ayant pas réussi à l'intérieur de l'administration foncière statutaire - ou encore ils peuvent obtenir les droits

coutumiers par le truchement des systèmes coutumiers et donc locaux mais à l'intérieur des limites donc du leadership de l'administration et du contrôle coutumier. Il reste encore semble-t-il du chemin à parcourir.

L'optimal contre le pratique

Finalement en tant que composante de la tendance toujours en évolution de l'administration foncière dévolue, nous continuons à voir l'ambivalence quant au niveau de la sophistication de la technique nécessaire. Ceci inclut la répugnance à concéder que tout outil d'administration foncière qui seul ne peut pas être rapidement adopté par la majorité des exploitants est d'une utilité limitée. Il y a aussi le manque de rigueur dans l'application des méthodes qui sont rapides, peu coûteuses, efficaces et dignes de confiance.

Il est intéressant de savoir que c'est largement dans la sphère de la résolution des disputes que, peut être, le plus d'équilibre en direction du local, du simple, et du facile a été réalisé. Un jeu complet des nouvelles stratégies accepte finalement que les disputes sont de la façon la plus pratique gérée au niveau local par des acteurs locaux et un à coût minimal à l'Etat (voir Annexe B). L'utilisation des mécanismes de résolution des disputes communautaires prend forme (par exemple le Malawi, le projet de politique du Zimbabwe) ou encore la formation au niveau local d'organes nouveaux mais strictement communautaires (par exemple la Tanzanie, le Swaziland, l'Ethiopie, l'Afrique du Sud). Peut être est-ce l'immédiateté des disputes conseille-t-elle ce réalisme²¹. L'enregistrement et la satisfaction des droits par ailleurs peuvent "attendre" (comme ça été le cas pendant un siècle). Et ceci donne aux planificateurs beaucoup trop de temps pour réfléchir sur ce qui est techniquement optimal plutôt que ce qui est faisable.

Plus que jamais il s'agit de réaliser les plans des domaines que les énigmes techniques gagnent le maximum d'expression et avec les solutions de compromis qui sont moins que satisfaisantes. Une de ces solutions c'est l'adoption promue des GPS comme une façon rapide et exacte de localiser les limites à enregistrer. Ceci suppose une exactitude de l'ordre d'un centimètre plutôt que d'un mètre. Etant donné qu'il se peut que ce soit un mètre de terrain qui soit à l'origine d'un litige et par voie de conséquence que jusqu'ici seules les unités les plus chères fournissent, et que si l'on suppose que les unités sont suffisamment bon marché pour qu'on les achète et les utilise (même les batteries sont chères) pour un achat répandu et suppose que les plans sur lesquels on consigne les points à lire sont préparés ou à tout le

²¹ Dans le cas de l'Ouganda par exemple, un des premiers amendements à la loi foncière nationale qui va se faire était relatif au caractère peu pratique du système de tribunal proposé qui devait fournir ces informations dont ont besoin les cours à chaque niveau de districts et de sous-contés. L'ensemble des cas attendant les informations a forcé le parlement à permettre que le système de tribunal existant commencent les auditions des cas de litiges fonciers de nouveau comme s'était le cas avant la nouvelle loi. Ce qui est encore significatif c'est l'intention suggérée de permettre aux villages et aux cours paroissiaux existant d'écouter leur cas, donnant ici lieu à beaucoup d'étonnements quant à la question de savoir pourquoi tout ceci n'avait pas été offert pour commencer

moins que les points à lire sont consignés de telle manière l'on puisse les récupérer rapidement et que les points de repères restent faciles à trouver.

Comme virtuellement tous les problèmes d'administration du régime foncier, le progrès est du même ordre ; la nécessité de concevoir et de légaliser les régimes de définition des limites et de mesure des lopins qui sont utilisables sur le plan universel et qui peuvent être attestés par la majorité – non pas un million d'exploitants avantagés mais cent millions. Et une fois encore ceci peut être réalisé tout simplement en travaillant avec les exploitants eux-mêmes, en les aidant à décider de ce qui est nécessaire, ce qui marche, ce qui peut être retenu comme digne de confiance, ce qui peut être soutenu, une exploitation qui passera de génération en génération. Le résultat probable n'est ni inespéré ni complexe. Il demande que l'accent soit mis sur le processus de l'enregistrement et/ou de la certification des droits et non sur l'établissement des plans et les mesures des lopins mais sur l'accord sur l'endroit exact où se trouve la limite, sur la description détaillée de la ligne de démarcation ayant fait l'objet de l'accord en référence directe aux caractéristiques physiques permanentes et alors à sa démarcation. Si la superficie du lopin de terre est importante par exemple en cas de taxation basée sur l'hectare, une estimation peut être faite en utilisant un seul système de mesure agréé. Quelques nouveaux plans de terrain vont justement dans cette direction. La Tanzanie est un exemple. Après plusieurs décennies d'efforts coûteux et généralement perdus pour arpenter, baliser, établir le plan des limites du périmètre d'un village, une nouvelle loi d'inspiration villageoise adopte cette procédure, ajoutant que si un exploitant le souhaite ainsi "il ou elle peut arranger ou payer pour les services d'un géomètre" – mais ceci n'est pas nécessaire (Annexe C). Les projets de politique ou les politiques approuvées de certains autres pays suggèrent qu'ils peuvent faire la même chose.

Tout ceci semble si humble et si peu sophistiqué. L'alternative cependant est trop effroyable à contempler ; un autre siècle d'attente pour que le pays fasse l'objet d'un plan, pour que le système cadastral soit établi et pour que chaque domaine soit formellement arpenté, que les plans soient faits et que les documents officiels soient établis sur cette base - un scénario que le Rwanda, le Ghana et certains gouvernements régionaux de l'Ethiopie sont peut-être en train d'essayer d'adopter au cours de leur actuelle discussion en vue d'une gestion foncière rurale.

Conclusion

Où sommes-nous alors arrivés ? Ce qui compte ce n'est pas tout simplement la relation foncière elle-même mais également leurs administrations qui se trouvent dans un état critique de flux en Afrique. J'ai estimé qu'un meilleur esprit de mouvement dans le domaine des relations foncières est en train d'aider beaucoup à encourager le développement utile dans la gouvernance et que les deux domaines sont naturellement imbriqués de façon inextricable.

D'un côté c'est dans le contexte du nouveau respect pour la coutume que le chemin s'ouvre pour des millions de gens afin qu'ils récupèrent leurs terrains de façon définitive comme étant leurs propriétés. En même temps, l'adhésion aux coutumes peut limiter la qualité de ces droits eu égard à ceux qui sont chargés de leur contrôle. Il y a toujours un risque que comme dans certains pays tels que l'Afrique du Sud le Swaziland ; le Malawi, le Lesotho et potentiellement le Mozambique (où les chefs commencent à acquérir un nouveau statut) ; les milliers d'exploitants peuvent trouver leur exploitation des terres libérée de l'état de contrôle pour tout simplement se retrouver placés dans une situation de dépendance plus locale.

J'ai estimé que l'approche dévolutionnaire à la gestion de la terre n'est pas une option mais une nécessité et que l'administration foncière ne doit pas se permettre d'échapper aux rigueurs du processus impeccable aux fins d'arriver à cet objectif. Le produit institutionnel final peut se révéler être bien moins varié et beaucoup de décideurs politiques le craignent l'établissement, par communauté de personnes, d'institutions et de procédures communautaires et sur lesquelles ils ont un contrôle significatif, ne serait-ce que parce qu'elles sont locales et accessibles et construites grâce à la participation et à la pratique populaire. J'ai démontré que la définition d'une communauté réalisable dans ce contexte est à peine un problème en Afrique. Partout sur le continent les ruraux définissent et gèrent la "communauté" pour un objectif ou un autre. Lorsqu'ils sont outillés au moyen du droit d'exercer un contrôle définitif sur les ressources si importantes pour leur existence, on peut s'attendre à ce qu'ils le fassent avec exubérance. Les discussions chaudes par rapport aux limites des juridictions communautaires respectives auront certainement lieu. Cependant ceci en soi porte témoignage de la force des intérêts de possesseurs. Bien que j'ai limité ce commentaire à la majorité du secteur détenant la majorité des terres rurales, je voudrais parier que dans la plupart des zones urbaines et péri-urbaines la même impulsion vers la gouvernance communautaire existe et peut être alimentée, en toute sécurité, comme les bases d'une fondation pour la gouvernance foncière démocratique.

ADMINISTRATION FONCIERE: LE FACTEUR NEGLIGE DANS LA REFORME FONCIERE EN AFRIQUE

CHRISTOPHER TANNER

Introduction

On dit souvent que “La question foncière est la plus fondamentale de toutes les questions importantes” en Afrique. Tout en adhérant à cette proposition en termes d’implications immédiates pour le développement équitable et soutenable, la réalité, je pense, est que “la question foncière” et comment elle est résolue ne font que refléter des problèmes plus profonds. Ce sont ces interrogations plus profondes et plus fondamentales qui se trouvent justement au cœur du problème.

Pour illustrer ce point on peut penser au fait que beaucoup de pays africains semblent avoir des systèmes d’administration qui reflètent les besoins de leurs élites au pouvoir et des intérêts plus puissants. “La négligence” de ce système permet à des transactions foncières opaques d’avoir lieu et paralyse la mise en œuvre effective des cadres juridique et politique existant.

Au cours de mes observations sur cette excellente communication je voudrais relever deux points qui frappent dans l’introduction de l’étude, et développer l’idée que si l’administration foncière est en effet négligée, ce n’est pas entièrement le fait du hasard ni de l’oubli.

Je voudrais utiliser l’exemple du Mozambique pour illustrer les arguments présentés. Cependant, avant de procéder ainsi, je souhaite attirer votre attention sur deux points-clés que l’on remarque dans la première partie de la communication et qui forment la toile de fond essentielle d’une administration foncière efficiente ; à savoir :

- la légitimité et la notion de “pouvoir de contrôle” de l’Etat ;
- la nature multiforme de “l’administration foncière”.

La légitimité

Le professeur OKOTH-OGENDO a raison d’observer qu’en dernière analyse, “le pouvoir de contrôle de l’Etat constitue ainsi la base d’un grand ensemble de mécanismes et de processus”. Il est clair cependant que personne ne souhaite voir ce pouvoir se mettre en évidence quand des terres sont effectivement administrées : si ce pouvoir est mis en évidence,

alors les choses se sont complètement détériorées. La bonne administration foncière ne devrait pas avoir besoin de grandes doses de mise en œuvre. Elle devrait fonctionner sur la base d'une prise de décisions transparente et ouverte, de l'honnêteté et du consensus. Ce n'est que lorsque des actes criminels sont commis que le "pouvoir de contrôle" devrait entrer en jeu.

Le même commentaire s'applique aux réparations de dommages lorsque des intérêts sont menacés ou endommagés. En fait, dans ce contexte le pouvoir de contrôle devrait être moins évident. A supposer que l'Etat de droit soit une réalité, la réparation constitue en dernier ressort le rôle du judiciaire agissant aux côtés des pouvoirs exécutifs et législatifs de l'Etat. Une fois encore cependant si le judiciaire est surchargé de cas de conflits fonciers, c'est que la machine est détraquée.

Ces observations soulèvent la question de ce qu'on peut appeler une bonne politique et, par conséquent, une bonne loi. Dans un contexte démocratique – et pas nécessairement dans le sens occidental du multipartisme – les bonnes politiques et les bonnes lois ont le plus large soutien possible des groupes sociaux qu'elles essayent de réglementer. Elles reflètent les normes et les croyances qui prévalent dans ce qui est correct ou mauvais, comment les choses devraient être faites. Elles déterminent également ce qui doit être changé de façon à promouvoir le bien-être de la majorité sans porter préjudice aux droits des minorités et en principe ses propositions sont répercutées sur la base de consensus.

Ceci implique qu'un gouvernement qui se propose de réformer doit recourir aux mécanismes ou aux processus qui lui permettent : a) de découvrir quelles procédures, quelles croyances, quelles coutumes ont cours dans un contexte social donné ; b) quel type de changement ses citoyens soutiendront et avec laquelle ils œuvreront et dans quelle mesure.

La communication fait également une distinction entre le système d'administration foncière "indigène" et le système d'administration foncière "imposé". La base de cette distinction est l'impact durable du passé colonial partagé par tous les pays africains. Cet argument est de toute évidence valable et compréhensible : tous les pays africains (apparemment) ont inévitablement hérité, et accepté, des aspects-clés de leurs systèmes juridiques et administratifs, de leur puissance colonisatrice particulière. De toute évidence ces systèmes sont complètement étrangers aux approches séculaires et autochtones de l'administration foncière.

Du point de vue des indigènes africains, le système inspiré par le colonisateur sera évidemment "caractérisé par des structures de gestion distinctes qui varient selon les régimes fonciers". Cependant beaucoup de pays africains ont obtenu l'indépendance et se trouvent avec des décennies du passé colonial, et dans beaucoup d'exemples, la réalité est que la

période réelle de l'administration coloniale totale à proprement parler était tout à fait brève dans le contexte historique d'ensemble. Les preuves de ceci se trouvent précisément dans le fait que dans tous les pays, les systèmes d'administration foncière indigènes ou coutumiers ont survécu à la période coloniale et sont toujours actifs et répondent aux besoins quotidiens de la plupart des citoyens jusqu'à ce jour.

Il n'est pas question ici de remettre en question la distinction faite par le professeur OKOTH-OGENDO mais plutôt de la remplacer dans un contexte historique où, en fait, les coutumes et les pratiques indigènes fondatrices sont de loin plus profondément enracinées et perçues par les populations dans leur ensemble comme étant le système de l'administration foncière dans les sens les plus pratiques. Les implications de ce qui précède sont que la maintenance des structures coloniales était essentiellement un choix politique fait par les

nouvelles élites qui ont pris la relève des gouvernements des états nouvellement indépendants. Et, en règle plus générale, les présents systèmes d'administration foncière sont toujours un choix politique.

Ceci est particulièrement évident dans le cas du Mozambique, c'est-à-dire le pays que je vais utiliser tout au long du reste de la présente communication pour étayer les points que j'avance. Au lendemain de l'indépendance, il n'y a pas eu une "Constitution de Westminster" imposée. Le Mozambique avait mené et remporté une lutte armée. Pratiquement tous les utilisateurs coloniaux de la terre ont fui immédiatement après l'indépendance. La réforme foncière à la zimbabwéenne et à la sud-africaine a été, et n'est pas, un problème. Mais le Mozambique n'est pas retourné à son système d'administration foncière pré-coloniale pour embrasser à nouveau la pratique indigène et la culture qui avaient été marginalisées par la puissance coloniale. Au contraire, le nouveau gouvernement opta pour une autre idéologie étrangère et un autre système administratif, à savoir une politique agraire socialiste et d'utilisation de la terre planifiée et centralisée. Pour la majorité des gens, ce système apparut comme étranger et imposé comme celui contre lequel ils étaient battus jusque-là. Très peu de ruraux mozambicains avaient réellement accepté ceci, et les preuves montrent à suffisance que des autochtones travaillaient tout autour des nouvelles structures, des coopératives ou des fermes d'état pour préserver – souvent de façon clandestine – leurs manières "traditionnelles" de faire les choses. Par ailleurs, le nouveau gouvernement menait une politique musclée aux fins d'abolir le pouvoir du leadership indigène et des structures, administratives, arguant que la plupart des dites structures étaient corrompues et subsumées au sein de la hiérarchie coloniale.

Presque trente années plus tard il est clair que ces systèmes indigènes ont réussi à survivre aux côtés des structures politiques et administratives nouvellement imposées où les exploitent

même. Elles se sont conservées de façon intacte et pertinente même après une décennie de conflits sanglants ayant provoqué des fuites massives des zones rurales partout dans le pays. Ces structures, et non pas l'état ou la Communauté Internationale, ont géré le retour de plusieurs millions de gens dans les zones rurales, avec à la clé une incidence extraordinairement faible de conflits. Elles ont bien répondu à ce problème des plus modernes à savoir la fuite et le retour forcés des réfugiés. Continuer à soutenir qu'ils doivent maintenant "transiter" vers des systèmes plus "modernes" constitue donc une lecture complètement incorrecte de leur pertinence et de leur utilité actuelle dans le contexte de l'Etat moderne du Mozambique.

Des récents travaux de recherches effectués sur le terrain mozambicain ont confirmé que ces systèmes continuent d'être l'administration foncière du pays, si l'on prend en considération comment sont gérés la majorité des événements liés à l'accès à la terre et à sa transmission. Plusieurs études de renom ont révélé qu'au moins 90% de l'accès à la terre et l'immense majorité de la transmission foncière quotidienne – héritage, contrat de bail et même les ventes informelles de la terre – sont gérés sans aucun recours au système formel étatique. La conscience de cette réalité profonde est l'une des raisons pour laquelle ces systèmes ont reconnu la pleine renaissance juridique et ont été intégrés à l'ensemble des structures de l'administration foncière du pays par la loi en 1997.

Ce qui est important de savoir ici, c'est que les administrations foncières "héritées" des gouvernements coloniaux peuvent bien être imposées mais la décision d'accepter cet héritage était et reste essentiellement politique. Et en tant que tel elle sert des intérêts spécifiques au sein des classes et groupes gouvernants à tout moment déterminé. Aujourd'hui il est temps de regarder ce qui existe présentement, de cesser de chercher dans le passé colonial des excuses pour les problèmes actuels afin de regarder vers l'avenir où les Etats africains modernes peuvent produire de façon tout à fait authentique de nouveaux systèmes d'administration foncière en Afrique.

Dans ce contexte, le terme "moderne" aussi prend un sens nouveau -. Il n'implique pas "non africain". Plutôt le contraire -. Il implique une administration complète bâtie sur les normes et les pratiques des Africains et non pas des Européens, mais qui tirent aussi des enseignements du reste du monde où il faut et utilisent toutes les techniques actualisées comme le GIS ou GPS pour satisfaire leurs propres besoins.

Ce point nous ramène au problème de la légitimité. Aujourd'hui l'unique héritage colonial réel dont toute l'Afrique souffre fondamentalement, ce sont ces frontières imposées par la colonisation. Les Africains eux-mêmes ont choisi de ne pas les changer, et harmonisent leurs politiques avec les entités politiques, culturelles et pré-coloniales émergentes. Ce n'est pas le

lieu de mettre en cause ce choix, mais il est essentiel de reconnaître qu'il signifie inévitablement que quelque soit le système de gestion foncière "nationale" développé il apparaîtra comme "imposé" et étranger" aux yeux d'une importante partie de la population de chaque pays. Dans ce sens la distinction faite par le professeur OKOTH-OGENDO est tout à fait valable.

Tous ces points – la nature de la bonne loi, l'inévitable imposition d'un système à quelques personnes tout au moins dans tout état donné indique le besoin fondamental et absolu de mener des recherches de grande envergure sur les normes et les pratiques, et pour impliquer tous les groupes, cultures et autres intérêts dans tout processus qui a réformé les législations et l'administration foncière.

Au Mozambique la leçon du retour des réfugiés dans la période d'après guerre fut bien comprise par les législateurs qui avaient la bonne fortune d'être bien informés par les chercheurs nationaux et internationaux. En effet grâce au soutien du PNUD et de la FAO, certains de ces mêmes décideurs politiques ont réellement pris part à certains de ces exercices. Un choix de politique fondamentale fut opéré pour inclure la gestion foncière "coutumière" dans la structure d'ensemble de l'administration foncière et non pour la traiter comme une espèce de catégorie spéciale fonctionnant seulement dans certaines circonstances.

De la même façon, en reconnaissance de l'immense diversité culturelle et agrogéographique du pays, une vaste consultation et une participation ont soutenu la politique et le processus législatifs. Les ONG et les universitaires ont joué un rôle-clé en tant que membres à part entière du comité inter-sectoriel, du Secrétariat de la Commission foncière. La Commission a également fait d'énormes efforts, grâce au soutien de la Fondation FORD pour appuyer un processus de discussion à deux voies des premiers projets de la loi foncière, aux niveaux provincial et préfectoral. Autour de ce problème, l'Université, les églises et d'autres groupes ont reçu des copies de ces projets de loi et ont été invités à tenir leurs propres réunions avant de présenter leurs propres observations. Le point culminant du processus fut une conférence nationale qui eut lieu en juin 1996 et à laquelle tous ces groupes ont pris part. Il en résulta un processus qui est perçu comme ayant un niveau très élevé de légitimité basé sur des consultations démocratiques qui ont produit un degré acceptable de consensus par rapport à des problèmes souvent jugés très difficiles.

La nature de l'administration foncière

L'étude montre bien la distinction entre "l'administration foncière" – en tant que résultat d'un ensemble diversifié d'activités et d'institutions interconnectées – et "la gestion foncière", qui est plus technique et comprenant des activités d'ordre exécutif menées par, entre autres, une agence de cartographie et/ou un cadastre national. En effet l'agence de

cartographie est plus correctement perçue juste comme une partie du cadastre national et est souvent soumis à la politique et aux autres impératifs émanant du système plus vaste de l'administration. Dans ce contexte, le professeur OKOTH-OGENDO dresse une liste de cinq "composantes fonctionnelles" :

- composante juridique ;
- composante réglementaire ;
- composante fiscale ;
- composante cadastrale ;
- composante "résolution de conflits".

On pourrait également ajouter les fonctions "collectes et dissémination" aussi, mais arrêtons-nous pour le moment sur ces cinq fonctions.

Au Mozambique, le développement de la politique foncière de 1995 et la loi foncière de 1997 ont clairement pris en compte cette dimension multiforme et intersectorielle. La Commission foncière fut créée avec des représentants venus de 9 ministères. Les ONG, les universitaires et les spécialistes des questions foncières furent membres de la Commission en tant que participants de plein droit. Les discussions avec beaucoup de secteurs et de groupes d'intérêts ont eu lieu. Cette prise de conscience a également orienté les tentatives au cours de la période post-législative pour l'élaboration d'un "programme foncier" dans lequel toutes ces composantes fonctionnelles seraient traitées.

Progres realises a ce jour

Quatre des composantes mentionnées plus haut ont déjà été plus ou moins traitées ou alors le sont en ce moment. L'environnement juridique d'ensemble est correct. Il existe un bon et légitime droit foncier basé sur les droits humains qui se construit dans les institutions locales, protège les droits des autochtones et des nouveaux utilisateurs de la terre, accommode les lois "coutumières" et facilite un processus de développement équitable et participatif.

La nouvelle législation en matière de ressources forestières, de la faune et de flore, de l'environnement, des ressources hydrauliques et des mines (en train d'être finalisées) s'attaquent à des problèmes réglementaires importants par rapport à l'utilisation de la terre une fois qu'elle est acquise. Ce changement dans la législation qui se distingue des autres dispositions de la loi foncière est un important changement et reflète la transition progressive d'une forme de gouvernement interventionniste à une forme réglementaire.

Sur le plan fiscal, le droit foncier comprend un système fiscal. (Bien qu'à mon avis, cela ne soit pas suffisamment progressif et impose des taxes pour les riches à un niveau trop bas pour minimiser les immenses revendications de terrains). La manière dont ces taxes sont utilisées

est cependant un choix politique, et à ce stade, une grande part va au Département national de la géographie et du cadastre (DINAGECA).

De toute évidence pour soutenir et développer ces services une petite mais importante part effectivement va aux administrations préfectorales. Là où se trouve des DA (Administrations préfectorales) dans les régions à fort investissement et à forte demande de terres ils commencent à recevoir des sommes annuelles significatives. Dans des régions où de nouveaux administrateurs plus jeunes et plus qualifiés sont nommés, un important processus de mise en œuvre de la loi foncière d'inspiration locale est en train de prendre racine.

Par rapport à la question de la valeur attachée à la terre, les marchés fonciers n'existent pas de façon légale. Des marchés existent bel et bien cependant au niveau des investissements faits dans la terre, et d'autres manières d'attacher de la valeur aux richesses sur lesquelles les gens ont des droits sont être recherchées. Et cela comprend, par exemple, l'attribution d'une valeur aux arbres et à la faune dans un endroit donné, au cas où un investisseur chercherait à mener des activités de zone de chasse ou d'éco-tourisme. Et même on doit pouvoir trouver de nouvelles manières plus créatrices de s'attaquer au problème de la valeur.

La résolution des conflits en tant que problème est en train d'être résolue grâce aux études des tribunaux formels et locaux, et par le biais d'un nouveau projet de Centre de Formation (CFJJ). Ce projet comprend également une étude sur comment les conflits sont résolus sur le terrain, et l'interface entre les systèmes communautaires de résolution des conflits et la structure juridique étatique formelle. Tous les juges au niveau des districts sont en formation dans des domaines du droit foncier, du droit des ressources forestières, et du droit de faune alors que des manuels de formation ainsi que des textes juridiques seront également élaborés.

La gestion foncière (cadastre et GIS)

La politique foncière de 1995 lance, de façon explicite, un appel en faveur des réformes des services du cadastre et autres éléments de l'administration foncière en vue de s'assurer que la nouvelle législation foncière est mise en œuvre comme prévu. Le Secrétariat technique de la Commission foncière a aussi été mandaté pour superviser ce processus de réformes. Cependant la réalité a été très différente.

Pour des raisons parmi lesquels la détermination des bailleurs de fonds à tout mettre dans le mécanisme du "soutien au budget" et du financement commun qui sont en ce moment en bonne position sur l'agenda, le programme de la Commission foncière et, ce qui est encore plus important, sa base de financement ont été ramenés au niveau du nouveau Programme sectoriel du PROAGRI du Ministère de l'agriculture et du développement rural (MADER).

Par bonheur, les implications les plus difficiles en matière de financement de ce processus ont

été reportées à plus tard puisque des accords avaient été réalisés avec un important bailleur de fonds bilatéral à savoir le gouvernement des Pays-Bas, pour répercuter un Programme essentiel de formation et l'élaboration des instruments nécessaires à la mise en œuvre de la loi dans ces aspects pratiques. Le processus a impliqué un vaste éventail de partenaires venus de divers secteurs publics et de la société civile, et il est difficile de voir comment il aurait pu s'achever dans le contexte actuel du PROAGRI.

Le résultat de ce soutien bilatéral est évident aujourd'hui dans les Réglementations et l'Annexe technique pour la délimitation des communautés dont les deux ont été réalisées pleinement avec la même participation d'une vaste base et, dans le cas de l'Annexe, les essais pratiques de la méthodologie sur le terrain avant l'élaboration du projet de loi.

Un autre élément-clé dans le contexte du plus vaste "programme foncier" est également mis en place avec le soutien bilatéral en dehors du contexte du PROAGRI. Le projet triennal avec le CFJJ mentionné plus haut a été négocié et accepté avant que la Commission TS ne se trouve intégrée de façon formelle dans la composante foncière du PROAGRI. Là encore, vu que le CFJJ est géré conjointement par le Ministère de la Justice et la Cour suprême, il est difficile de voir comment ceci aurait pu être réalisé dans l'actuel contexte de programmation plus restrictive.

Le domaine de l'administration foncière qui n'a pas échappé à cet effet pervers est la réforme de la gestion foncière. A partir de l'an 2000, "le programme foncier est devenu synonyme de la "composante foncière" du PROAGRI et cela de façon continue. Le TS de la Commission foncière a eu des difficultés à maintenir son rôle de leadership surtout dans le domaine-clé de la réforme des institutions de gestion foncière. L'institution-clé de la gestion est le DINAGECA et ces dix services provinciaux, tous actuellement intégrés à la structure du Ministère du Développement agricole et rural (MADER). Le DINAGECA et les services provinciaux sont des membres de la "composante foncière" aux côtés du Secrétariat technique de la Commission foncière. En tant qu'organisme non seulement permanent mais aussi beaucoup plus grand, le DINAGECA a pu résister aux tentatives de voir son processus de réforme faire l'objet de discussion et être dirigé dans un contexte de forum plus vaste, et a insisté à faire les choses par ses propres moyens.

Il en résulte que ceci a été un service cadastral qui collabore à peine avec ses partenaires dans le cadre des importantes questions de la mise en œuvre de politique générale et du développement des programmes. Dans le même temps, le processus des réformes entreprises par le DINAGECA a pris en compte principalement ses besoins en tant qu'institution et non pas ceux de ses clients c'est-à-dire les Mozambicains et les investisseurs honnêtes et plus sérieux qui sont nécessaires et essentiels au développement local et national. Que l'on appelle

cet état de choses de la négligence ou non, la chose peut être présentée comme une question à laquelle une réponse est apportée à la fin de la présente communication.

Fonctionnement et impact

Le Mozambique aujourd'hui a beaucoup de choses à gagner. Il a une bonne législation, avec des instruments bien élaborés qui sont institués en vue de sa mise œuvre. Ces instruments ne sont pas parfaits et ne répondent pas à toutes les questions qui sont inévitablement soulevées lorsque des gens ordinaires veulent accéder à la terre et commencent à passer des contrats les uns avec les autres. Mais ils sont de beaucoup considérés comme légitimes et adéquats aussi bien dans le contexte des besoins actuels que dans celui des développements futurs tels que la privatisation graduelle de la terre et/ou un marché dans les droits de l'utilisation de la terre.

D'autres mesures réglementaires sont mises en place et les premières étapes sur le plan fiscal ont été prises. Les juges et les procureurs sont en train d'être formés. Pourquoi alors y-a-t-il encore tant de discussions sur le caractère non viable de la loi, ou encore des plaintes sur le fait qu'elle ne soit pas mise en œuvre ? La réponse simple à cette question est le manque de ressources humaines au niveau des institutions de la gestion foncière. En d'autres termes, il s'agit d'un cas apparent de négligence. Une réponse plus exacte est de nature bien plus politique. Le présent système de gestion est tout à fait acceptable pour certains et les nouvelles mesures en matière de législation appellent également des résistances de la part d'autres personnes pour différentes raisons.

Le système marche pour certains

Le système actuel a beau être sérieusement à court de personnels et souffrir de la lourdeur bureaucratique, il n'en demeure pas moins vrai qu'il marche pour certains. Par ailleurs, ces caractéristiques mêmes consolident une atmosphère d'intrigues et un manque de transparence qui permettent à ceux qui sont proches des centres de l'administration d'accéder de façon préférentielle aux meilleures ressources foncières. Les services cadastraux physiquement distants et complexes sont presque totalement inaccessibles aux utilisateurs de la terre au niveau local. Les paiements pour les services cadastraux fixés et publiés dans la presse publique sont de beaucoup hors de portée pour tout le monde sauf pour les plus aisés. Ceux qui peuvent payer pour faire venir une équipe de géomètres sur le terrain veulent occuper les lieux et avoir des services efficaces. Ceux qui ne peuvent pas payer n'ont rien.

Naturellement ceci comprend les investisseurs étrangers. Beaucoup de ces gens, non plus, ne parlent pas portugais et, pour eux, négocier pour passer par toutes les étapes fort complexes de l'administration relève souvent du parcours du combattant. Pour beaucoup le processus peut prendre des années, plusieurs kilogrammes de travail administratif et beaucoup de paires

de chaussures usées à force de marcher pour aller et venir dans les couloirs. Ceci aussi résulte inévitablement d'une corruption et à une "course contre la montre" qui néglige l'ensemble du système sans oublier la légitimité du nouveau droit foncier lui-même.

Les deux situations satisfont clairement et pleinement certains intérêts. On hésite à changer cet ordre des choses pour initier un programme de réforme qui va rapprocher les gens de l'utilisateur local et rendre leurs procédures plus accessibles et transparentes.

Vanité professionnelle et "modernisation"

Traditionnellement les services cadastraux sont, dans beaucoup de pays, des bastions conservateurs aussi bien au Nord qu'au Sud. Le Mozambique ne fait pas exception à cette règle et dans son cas il faut même ajouter un aspect spécial c'est-à-dire le fait que ces hauts fonctionnaires aient été formés à l'étranger dans des structures techniques cadastrales modernes et rentrent au pays désireux de démontrer leurs nouvelles aptitudes. Et comme c'est le cas dans toute profession, l'utilisation de ces aptitudes peut être aussi un moyen de mystification et ainsi, peut être, d'exploitation de leurs clients, que ceux-ci soient des étrangers bien à l'aise ou des foyers ruraux pauvres.

Il y a également ceux qui cependant croient authentiquement que les "techniques modernes" sont les meilleures et que l'attitude qui consiste à incorporer les systèmes "coutumiers" est en réalité un pas en arrière. Ces deux perceptions se combinent souvent pour produire une résistance institutionnelle aux implications plus radicales du droit foncier et du besoin de réforme d'inspiration africaine.

La présence de l'Etat

Ceci est largement exagéré et je voudrais demander au professeur OKOTH-OGENDO, peut être, de réfléchir sur ce qui suit. Au Mozambique tout au moins, s'il est vrai qu'au niveau de la politique et de la loi il existe une évidente présence de l'Etat (encore que cela diminue), au niveau local, dans les villages l'Etat se fait remarquer surtout par son absence.

Ainsi que cela a été discuté plus haut ; la réalité est que la plupart des affaires foncières se font au niveau local, non pas par l'Etat mais par le canal des institutions et des autorités locales. Lesdites autorités peuvent, ou peuvent ne pas, être "traditionnelles" – souvent elles comprennent les chefs ou regulos mais les acteurs-clés sont souvent des responsables locaux qui ont émergé ces dernières années parce qu'ils peuvent lire et écrire ou parce qu'ils ont l'expérience en dehors de leur pays. Il en résulte que le système de gestion foncière formelle, tout en étant préoccupée par ces propres soucis et ceux d'une restreinte élite basée dans les villes parvient rarement à autres choses que le contact le plus superficiel avec ses administrateurs locaux ou coutumiers de la bourse nationale foncière.

Et pour les raisons d'ordre professionnel/moderniste qui précèdent, s'ils le font, c'est rarement sur la base d'une quelconque égalité, auquel cas les responsables locaux sont perçus comme des "collègues" dans l'exercice de l'administration foncière. A son tour ceci signifie qu'un processus de réforme restrictif est très peu susceptible d'incorporer de nouvelles procédures élaborées pour attirer les administrateurs locaux vers le processus d'une façon significative.

Les droits d'usage et "l'apartheid juridique"

Le Mozambique s'est attaquée à ces problèmes dans sa politique foncière et son droit foncier. La loi en effet reconnaît, bien que de façon implicite, que tout le pays peut être divisé en "communautés locales" à des fins d'administration foncière et qu'il n'y aurait pas de terrains libres entre eux. A l'intérieur des régions de juridiction de chaque communauté, les ressources communément utilisées tels que les lacs et les forêts, les droits de passage etc. peuvent diminuer en valeur sur une carte formelle pendant le processus de la délimitation de la communauté.

Ce processus à son tour n'est surtout pas conçu pour produire les "zones communales" au côté des autres zones pour les investisseurs, mais est conçu pour :

- montrer là où les droits déjà acquis et de façon coutumière gagnent du terrain ; et
- la région à l'intérieur de laquelle la communauté spécifique a un rôle d'administration foncière définie légalement ainsi que des obligations.

Les implications de ce mécanisme en terme de dévolution et d'accès aux droits engrangés dans la législation et mises en œuvre par le biais de l'Annexe technique sont en effet radicales. Il est évident que beaucoup de personnels techniques et politiques de haut rang sont à présent préoccupés par les implications dévolutionnaires et plus démocratiques du nouveau droit et hésitent à aller de l'avant pour sa mise en œuvre pleine et engagée. Au lieu de cela, il y a de plus en plus d'observations selon lesquelles "la participation communautaire" et la "consultation" prennent beaucoup de temps et sont compliquées. On dit que les délimitations sont très chères et prennent trop de temps. Cependant la délimitation la plus chère entreprise par la FAO a coûté environ 7 000 dollars américains et a été achevée dans un délai d'un mois. Etant donné que ce processus a protégé les droits de plusieurs milliers de personnes sur une superficie de plus 2 000 ha, il s'agit d'un marchandage aussi bien en termes de temps que d'argent dépensé par les bénéficiaires comparativement aux approches conventionnelles.

Néanmoins dans le débat sur le "développement national" et sur la réduction de la pauvreté, les consultations et les délimitations communautaires sont de plus en plus citées comme "l'obstacle par excellence" aux nouveaux investissements. Il y a une position légitime et compréhensible sur le plan politique de haut niveau selon laquelle la meilleure manière de

s'attaquer à la pauvreté surtout ne consiste pas à promouvoir difficilement le développement local, mais à fournir un plus grand éventail possible d'emplois aussi rapidement que possible. Dans ce contexte, la meilleure politique actuellement c'est d'imposer "la course contre la montre" aux nouveaux investissements dans les zones rurales pour fournir des emplois. La course contre la montre signifie qu'il faut limiter le processus de consultation au minimum et le traiter non pas comme une étape vers le développement communautaire mais comme un entremêlement dont il faut se défaire lorsque l'on traite de nouvelles requêtes foncières pour les investisseurs

L'argument de la course contre la montre en matière de création d'emplois est attrayant à un premier niveau et on a certainement besoin d'emplois ruraux. Cet argument, cependant, recèle des hypothèses concernant les niveaux de sécurité et de salaires de ces emplois et il ignore complètement le développement potentiel des autochtones eux-mêmes. Par ailleurs tout impact de pauvreté présupposé dépend aussi de la création de beaucoup de milliers d'emplois urbains soutenables pour ceux qui seront inévitablement forcés de quitter la terre.

Cependant des propositions sont déjà en train d'être discutées pour conduire un plan d'utilisation des terrains nationaux qui pourra pré-identifier les domaines pour les communautés et, en effet, laisser le reste du pays "libre" pour accueillir des investissements. En effet cette approche reflète effectivement le vieux passé colonial et doit être traité avec une grande attention. Il est également opposé de façon intrinsèque au principe fondateur de la politique et du droit foncières qui s'attarde sur la question de la croissance équitable et soutenable.

Négligence par dessein

Cette explication du cas mozambicain démontre que si les points centraux de la communication du professeur OKOTH-OGENDO sont bien présentées et extrêmement importants, la question de la "négligence" cache souvent une pléthore de facteurs qui s'enracinent profondément dans la culture socio-politique du pays.

Le Mozambique a un droit foncier pratique et légitime et qui non seulement est flexible mais offre également une réelle protection à toutes les catégories d'utilisateurs de la terre, et est conçu pour promouvoir l'investissement d'une façon qui apporte également de réels bénéfices aux autochtones dont les terres et les ressources sont utilisées. Cependant l'administration foncière ou plus correctement la gestion foncière est de toute évidence restée à la traîne. Ce n'est cependant pas par négligence. Si le système actuel répond bien aux besoins d'un groupe limité - quelques milliers - il ne sera pas réformé. Et à moins d'être authentiquement réformé, il ne pourra pas suivre le grand mouvement du droit foncier et satisfaire les besoins de tous les Mozambicains. Ceci est peut être mieux vu comme un cas de "négligence par dessein". Et

c'est "dans ce dessein" que nous trouvons les problèmes socio-politiques réellement fondateurs de l'administration foncière aujourd'hui.

Post-script

Il s'agit d'un exemple pour illustrer comment a bien fonctionné le mécanisme de la Commission foncière et comment on y attache toujours une importance au niveau de ses partenaires. Depuis novembre de l'année dernière, il avance vers la "réforme" de la gestion foncière dans un centralisme allant du sommet vers la base dans le cadre d'un Institut des Ressources foncières qui a suscité de la résistance. C'est également tout à l'honneur de la hiérarchie du MADER et de la Direction de la Réforme Institutionnelle du PROAGRI qu'il soit possible depuis, de replacer les discussions sur la réforme de la gestion foncière dans un cadre inter-sectoriel plus vaste. Ceci a conduit à deux propositions concurrentes qui sont soumises au Ministère. L'une de ces propositions est l'option de l'Institut des Ressources foncières centralisé qui en termes de cette discussion peut être caractérisée comme "moderniste" et "pro-investisseur". L'autre prévoit une plus grande décentralisation au niveau provincial avec une séparation des pouvoirs fonciers qui y sont engrangés, et un processus d'investissements qui apporte des bénéfices à tous par le biais de la participation active des autochtones.

Le secret technique de la Commission foncière a également présenté une proposition pour un "réseau foncier national" aux fins de garder vivantes la médiation et la promotion du rôle du dialogue qu'il a développé de façon efficace depuis 1995. Il y a des signes qui montrent que l'option de la gestion foncière décentralisée et la proposition du réseau pourraient prévaloir. Tous les directeurs provinciaux de l'agriculture, et 90% de ceux qui sont impliqués dans l'élaboration de cette proposition soutiennent l'approche décentralisée/réseaux fonciers. En fin de compte les décisions seront prises au niveau politique et nous attendons de voir le résultat définitif.

Entre temps, et comme cela est indiqué plus haut, beaucoup de choses se passent dans le pays. Des ONG se sont saisies de la loi foncière et l'ont mise en œuvre et ils ont délimité à ce jour 100 communautés. La dernière étape dans le processus de délimitation est l'enregistrement formel des nouvelles cartes et plans dans l'atlas cadastral "Lançamento". Cependant les services provinciaux cadastraux reçoivent du niveau central des messages qui ne sont pas homogènes et y répondent un peu au petit bonheur la chance.

Il y a toujours beaucoup de soutien en faveur de la politique et du droit fonciers surtout au niveau du personnel local travaillant en étroite collaboration avec les communautés et comprennent la pertinence de l'approche. Beaucoup de membres de ce personnel ont été formés par la Commission foncière et ont aidé à mettre en place les méthodologies qui sont

prescrites par la loi. De nouveaux administrateurs de district sont également en train d'émerger comme un nouvel et important élément dans ce tableau et beaucoup ont clairement conscience de leurs responsabilités vis-à-vis des autochtones ainsi que des nouveaux investisseurs et intérêts urbains qui débarquent à leur porte.