

LA PROPRIETE SANS TITRE OU L'EROSION DE LA PROPRIETE COUTUMIERE

[plaidoyer pour les droits coutumiers de propriété]

RAMAROLANTO-RATIARAY

Professeur de droit privé à l'Université d'Antananarivo

Le parlement de Madagascar vient de voter, en octobre 2005, une loi qui, sous prétexte de résoudre la crise foncière, condamne *a priori* les droits coutumiers de propriété sur le sol malgache. La présente contribution se veut un plaidoyer pour que ces droits coutumiers demeurent de droit positif.

Je vais défendre peut être l'indéfendable. Mais il y a, en droit, des causes qui valent la peine que l'on se batte pour elles. Le concept de propriété coutumière, traditionnelle, ancestrale et sans titre me paraît être de celles là.

La question est la suivante : y a-t-il une contradiction intrinsèque à admettre le processus d'immatriculation, qui suppose l'individualisation des terres à Madagascar et donc une propriété foncière basée sur un titre, et en même temps accepter le concept de droit coutumier de propriété, lequel présuppose une propriété collective, traditionnelle, ancestrale, sans titre.

Car nous assistons à l'heure actuelle, à Madagascar, à un bouleversement sans précédent du concept du droit de la terre et des droits sur la terre. Les signes sont peut être à peine visibles pour le non-initié, ils crèvent les yeux pour l'observateur un tant soit peu averti. Autant le substratum de la législation foncière issue de l'indépendance de 1960 se réclame de la propriété ancestrale, coutumière et sans titre dans la perspective de sa mutation en un droit de propriété moderne basé sur un titre foncier, autant les différentes dispositions qui se mettent en place depuis quelques mois tendent à ébranler l'édifice des premiers textes en prônant l'individualisation des terres à tout va.

En effet, le parlement de Madagascar vient d'adopter en octobre dernier, une loi sur les principes régissant les statuts des terres, loi qui, dans son esprit, prend le contre-pied de l'arsenal législatif existant en la matière. Dans la Lettre de Politique Foncière du 3 mai 2005, émanant du gouvernement, la rénovation de la réglementation foncière et domaniale « a pour objet...-je cite-la régularisation d'anciens statuts juridiques sans correspondance aujourd'hui avec la réalité de l'occupation et de la gestion des terrains » [n.43]. Cela implique de nouvelles mesures dont, nous dit la lettre de politique foncière, « l'adaptation des lois au nouveau système domanial et foncier basé sur un principe de décentralisation. »

« Régularisation d'anciens statuts juridiques sans correspondance aujourd'hui avec la réalité de l'occupation et de la gestion des terrains. » A la lecture de cette motivation, la question peut être posée de savoir si nous ne sommes pas en présence d'une méprise terrible entre le droit substantiel et la forme qui le constate, entre la quintessence du droit et la procédure pour le consacrer. Méprise qui conduit ainsi au vote d'une loi nouvelle laquelle remet en question les données fondamentales de la propriété foncière, éprouvées depuis la nuit des temps sur le territoire de Madagascar.

C'est ce constat qui me conduit à parler de *la propriété sans titre*. Comme dans toute discipline juridique, il faut préciser le sens des mots de manière à éviter certaines mésinterprétations.

La propriété dont on parle ici, c'est la propriété dans le sens commun du terme en même temps que dans la définition donnée par le code civil français, le tout appliqué au foncier, à la terre. En d'autres termes, c'est, d'une part, le sentiment d'appartenance que l'on a à l'égard d'un bien, ici un immeuble et plus précisément la terre. C'est d'autre part ce bien immeuble lui-même ; et enfin pour reprendre la définition du Cornu c'est également le type le plus achevé du droit réel : droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi.

Aussi la propriété dont on va parler désigne le sort et les destinées du droit de propriété sur la terre tel qu'on l'observe au travers des vicissitudes de la législation foncière à Madagascar.

La propriété sans titre vise ainsi, non pas une propriété illégitime, non pas une propriété injuste ou une propriété non fondée. Elle désigne la propriété foncière de ceux qui pour quelque raison que ce soit, n'ont pas pu ou n'ont pas voulu, pour l'heure, obtenir un titre foncier de propriété. Elle désigne de manière principale, *la propriété foncière coutumière, traditionnelle, collective ou individuelle* ; bref, une propriété non basée sur un titre foncier de propriété.

Et c'est la 3^e donnée qu'il faut évoquer avant de pouvoir discuter de la propriété sans titre. De par son histoire, le droit foncier malgache reconnaît *deux catégories de propriété foncière* : celle basée sur un titre délivré par l'administration, et celle qui ne l'est pas. Ce qu'il faut savoir, c'est que les deux ont, dans les textes issus de l'indépendance, vocation à coexister, du moins pendant un certain temps. Il n'était pas question pour le législateur de 1960 de nier l'existence du droit coutumier qui régissait le statut du foncier ; seulement, il fallait *progressivement*, pour des raisons de développement économique, d'un côté, de sécurité juridique, de l'autre, l'amener vers un statut moderne basé sur un titre foncier. Ainsi, depuis l'indépendance de Madagascar - soit maintenant depuis plus d'une quarantaine d'années- *l'esprit de la législation foncière est de vouloir débusquer la propriété coutumière de manière à l'entraîner, sans heurt ni trouble, vers la propriété moderne basée sur un titre pour des raisons, encore une fois, de sécurisation des droits sur la terre*. Mais, et j'insiste là-dessus, la disparition en soi, de manière conceptuelle, du droit coutumier de propriété n'a jamais été dans l'esprit du législateur de 1960. La preuve en est - mais on va y revenir- que dans la procédure de redistribution des terres émanant de ces collectivités traditionnelles, le conseil de la collectivité détermine d'un côté, les terres qui sont destinées à rester collectives, pour les besoins communs aux membres de la collectivité, de l'autre, les terrains qui peuvent être répartis à titre individuel entre ces membres.

Entendons-nous bien = cette propriété coutumière- sans titre- est reconnue comme étant une composante fondamentale du droit et de la société malgaches. Dans un pays à tradition orale, avant l'indépendance non basée sur l'écriture, et qui compte actuellement un taux d'analphabétisme près de 75%, la propriété foncière sans titre est une réalité incontournable. *De ce fait, toute la procédure cadastrale ou d'immatriculation prévue par la législation de 1960 n'avait qu'une fonction révélatrice de cette propriété coutumière.*

Que pour des raisons de sécurité juridique on veut essayer de faire en sorte que tous les propriétaires soient dotés d'un titre de propriété, le souci est des plus légitimes. Mais la notion

même de propriété coutumière –sans titre- ne peut être occultée sous peine de trahir les fondements mêmes de la société malgache. Pour la même raison, les occupants coutumiers ont un nom qu'on ne devrait quand même pas – serait-ce pour des raisons de développement économique- leur enlever. Ce nom c'est le *fokonolona* ; le territoire du *fokonolona* est le *Fokontany*. Et tout malgache est- ou était- inéluctablement, du moins dans le concept traditionnel, membre d'un *fokonolona*.

Or très précisément, ce que l'on est en train d'observer dans les mouvements incessants de réforme foncière, c'est, de fil en aiguille, le **désaveu** de la présence des *fokonolona*, des collectivités traditionnelles, sur un territoire donné et donc **le rejet de leur droit de propriété sur le sol**. Plutôt que de mettre la loi à la portée et à la disposition des usagers ou des tenanciers agricoles de toute sorte, de manière à ce que la consécration de leurs droits soit incontestée, le législateur actuel, par ses incessantes réformes en matière foncière, l'en écarte sous motif de développement économique rapide et durable.

C'est ce mouvement de la **consécration** [I] de la propriété sans titre, d'une part, à son **reniement** [II] dans les réformes foncières récentes à Madagascar, d'autre part, que je voudrai présenter.

I - La consécration

Pourquoi consécration ? Parce que, ainsi qu'on l'a évoqué, le législateur de l'indépendance est parti d'un constat historique avéré et incontesté qu'il n'a pas voulu désavouer : la présence de collectivités ou d'individus sur des terres ancestrales, sur des terres sur lesquelles leur présence était indubitable depuis des temps immémoriaux. Voulant les intégrer dans le processus de développement économique, c'est à dire sécuriser leur propriété et donc leur octroyer un titre foncier, le législateur a imaginé un mécanisme fort intéressant : le droit substantiel n'est pas remis en cause, mais il est demandé à ces propriétaires coutumiers de s'assujettir à un certain formalisme. Il ne s'agit pas véritablement de faire la preuve qu'ils sont bien ce qu'ils sont et que la terre sur laquelle ils sont établis est la leur. Il s'agit très prosaïquement de leur conférer un titre officiel émanant des pouvoirs publics qui établirait aux yeux du législateur moderne -et des aspirants à la propriété- leur droit de propriété sur leurs terrains ancestraux.

L'esprit de toutes les dispositions prises dans les premiers temps en matière foncière est immuable : c'est d'assurer cette **conversion du droit ancestral vers un concept juridique moderne du droit de propriété**.

Cette consécration du droit coutumier de propriété sur les terres s'est d'abord faite **au niveau du concept lui-même** [I]. Ensuite, une fois ce concept intégré, le législateur malgache n'avait plus qu'à poser les étapes et les moyens pour le **sécuriser** [II] en droit moderne de propriété. Consécration du concept et sécurisation du droit traditionnel de propriété sont ainsi deux étapes successives et inséparables l'un de l'autre.

[1] **la consécration du concept** coutumier du droit de propriété à Madagascar a été démontrée dans un ouvrage connu de notre regretté collègue, René Rarijaona. Dans sa thèse dirigée par le doyen Carbonnier consacrée « au concept de droit de propriété en droit foncier de Madagascar », l'auteur démontrait, jurisprudence et étude sur terrains à l'appui, la difficulté de vouloir transposer les définitions et concepts du code civil sur le droit propriété en droit

foncier africain en général, et en droit foncier de Madagascar en particulier. Après d'autres, il avait justifié que les notions de jouissance ou d'usage tels que définis en tant que démembrement du droit de propriété ne reflétaient pas véritablement le sentiment *d'appartenance* qu'un propriétaire coutumier pouvait avoir à l'égard de sa terre.

En vérité, énonçait-il, la terre en droit coutumier africain et malgache est parée d'une *aura de sacralité*. Elle appartient surtout aux générations passées et à venir. La génération présente n'est que le dépositaire éphémère d'une valeur à perpétuer. En conséquence, cette génération n'est que le gardien symbolique de la terre, en attendant l'arrivée des générations futures. Comme le relevait un auteur en parlant de la nature du droit coutumier africain, « la terre en Afrique appartient à une grande famille, dont beaucoup sont morts, quelques uns sont vivants et dont le plus grand nombre est encore à naître ». A cette vision, la mythologie malgache ajoute le caractère sacré de la terre : La terre est « divinité » car elle est la « première femme du créateur. Elle nourrit les vivants et entoure les morts » ; Elle est « la mère » car, dit-on, la mère et le sol natal ne font qu'un. Et les auteurs concluent : il y a, en droit foncier de Madagascar, *un lien mystico-religieux* entre le propriétaire foncier et sa terre. Le terme qui rend le mieux ce lien, souligne-t-on, n'est pas la propriété ; mais le *sentiment d'appartenance* du propriétaire coutumier à l'égard de sa terre.

C'est toute cette symbolique que le législateur de 1960 avait compris, à l'aune de l'expérience de la période coloniale et à l'orée de la proclamation de l'indépendance politique de Madagascar. Il avait refusé de ne pas considérer la propriété coutumière, mais sous condition de sa mutation en droit moderne. L'intitulé des différents textes de l'époque [toujours en vigueur pour un grand nombre d'entre eux], de même que nombre de leurs dispositions traduisaient clairement l'importance que le législateur avait réservée à cette question. C'est ainsi, notamment, que la loi de 1960 sur le domaine privé national distingue les terrains sur lesquels sont exercés des droits de jouissance individuels traditionnels de ceux sur lesquels sont exercés des droits de jouissance collectifs ; c'est ainsi également que la même loi fait de la présence du *Fokonolona* [cité nommément] une condition *sine qua non* de l'attribution d'un terrain individuel [art.22] ; c'est ainsi enfin que le décret de 1964 institue les tribunaux terriers ambulants chargés de la consécration du droit traditionnel des collectivités coutumières.

On voit ainsi que le législateur de 1960 reconnaissait expressément et sans état d'âme, d'un côté, l'existence des *fokonolona* en tant que collectivités traditionnelles, de l'autre l'existence d'un droit de propriété de ces collectivités coutumières à l'égard de leur terroir. Dans la foulée, il leur avait octroyé la personnalité morale pleine et entière et- pour sécuriser leur emplacement- avait interdit toute opération de réforme agraire dans un rayon de 1 km à vol d'oiseau à partir des limites d'un village ou d'un hameau sans l'avis préalable de la commune rurale intéressée [art.54 L.15 février 1960]. L'idée est que les terrains compris dans ces limites sont présumés appartenir traditionnellement aux collectivités qui y seraient situées. Je précise que toutes ces dispositions sont encore en vigueur à l'heure actuelle.

Le concept de droit de propriété traditionnel ainsi consacré en droit positif, restait alors à l'accommoder aux exigences du développement économique, *non en le désavouant, mais au contraire en le sécurisant* par le biais d'une procédure particulièrement intéressante.

[2] Cette *sécurisation du droit de propriété traditionnel* suit, dans la loi domaniale du 15 février 1960 des modalités différentes selon que l'on est en présence d'un individu ou d'une collectivité coutumière.

[a] s'agissant, tout d'abord, de la **propriété individuelle traditionnelle**, Une **phase présumée transitoire** est prévue à l'égard du propriétaire coutumier : tant qu'il ne sera pas titulaire d'un droit moderne de propriété, c'est à dire d'un titre foncier d'immatriculation, il continuera -et pourra toujours continuer- de jouir sur les parcelles occupées d'un droit d'usage traditionnel et de la possibilité de faire des cultures vivrières nécessaires à la subsistance de sa famille. Mais ce droit d'usage est essentiellement précaire, c'est **une solution d'attente**. Le propriétaire coutumier doit, à terme, s'établir selon les conditions prévues par la loi moderne.

Les modalités de la loi domaniale à l'égard des propriétés individuelles traditionnelles, **dans la perspective de leur mutation en droit moderne de propriété**, sont prévues essentiellement par le biais de deux mécanismes, la preuve de **la possession** [art. 18 et 26] ou, à défaut, **la concession** [art.45 et ss.]

- Le propriétaire qui veut acquérir un titre moderne de propriété doit d'abord faire la **preuve de sa possession** en arguant d'une mise en valeur personnelle sur les terrains revendiqués. Cette possession doit avoir duré pendant au moins 10 années et –si le **terrain est rural**- s'être manifestée - aux dires de la loi - par une **emprise réelle, évidente et permanente sur le sol**. Cette emprise se sera traduite soit par des constructions soit par une mise en valeur effective et durable. **Par contre, si le terrain est urbain**, le propriétaire doit- selon l'expression légale- prouver qu'il exerce **de bonne foi** sur les terrains revendiqués, depuis plus de 10 ans « **une jouissance exclusive, personnelle, appropriée, non équivoque, continue et paisible** » [art.26 L.15 février 1960]. Ici également, cette jouissance doit être caractérisée par des constructions ou autres aménagements durables. Dans les deux cas, il revient ensuite à une commission administrative d'apprécier l'effectivité de la mise en valeur.

→En effet, il faut savoir que la **procédure de délivrance du titre domanial** déclaratif de propriété est marquée par la prépondérance de l'autorité administrative. Non seulement elle institue la commission de mise en valeur, mais aussi et surtout, elle seule décide quelles que soient les contestations pouvant surgir en cours de procédure, de la délivrance du titre. **Très schématiquement**, car il est vrai que la procédure est complexe, pour obtenir le titre domanial, l'occupant adresse une demande de constatation de mise en valeur aux autorités administratives. La commission descend sur place et constate la mise en valeur et prend note des oppositions éventuelles. La procédure est publique et contradictoire : cela veut dire que non seulement une large publicité de la demande doit être faite mais également que toute personne intéressée doit avoir été convoquée [voisins, fokonolona, parentèle...]. Si des oppositions sont formulées, c'est le tribunal qui tranchera.

- A coté de la possession, l'occupant traditionnel peut ensuite se prévaloir, toujours dans la perspective de mutation de son droit en droit moderne de propriété, des dispositions **sur la concession** des terrains domaniaux [art.25 al.2]. Mais cela suppose que la commission de constatation de mise en valeur aura refusé la délivrance du titre domanial moderne soit pour absence de preuve de la possession, soit pour absence de mise en valeur.

On retombe alors dans le droit commun de l'accès à la terre. Il faut savoir en effet que la concession est la modalité par excellence de l'accès aux terres libres sur le territoire de

Madagascar [art.45 L. domaniale]. De manière générale, les terres domaniales peuvent être concédées à toute personne intéressée. Il suffit (mais il faut) d'en faire la demande auprès des services administratifs concernés. Tout au plus, certaines exigences de fond et de forme sont-elles requises pour les personnes morales, notamment celle de la contribution au développement économique de la nation. En principe la concession est accordée à titre onéreux. Mais elle peut être accordée à titre gratuit pour des raisons tenant à favoriser l'exploitation des terres disponibles. Cette dernière mesure est toutefois réservée aux nationaux malgaches à l'exclusion des étrangers.

[b] s'agissant maintenant de **la propriété collective traditionnelle**, on sait que le droit coutumier reconnaît sans difficulté un droit de propriété en faveur de la collectivité coutumière sur les terrains sur lesquels elle était établie. En droit moderne, la tendance demeure constante de ne consacrer que le droit individuel de propriété. Dans cet esprit, l'idée d'une propriété juridique collective serait à proscrire. La loi domaniale de 1960 prévoit néanmoins **un mécanisme ingénieux qui rend justice aux deux conceptions**, toujours dans le souci de muter la conception coutumière en droit de propriété moderne.

Pour ce faire, la loi procède en **3 étapes** : **d'une part**, elle refuse de suivre la qualification du droit coutumier et qualifie l'occupation des terrains par la collectivité coutumière de **droits de jouissance**. Ensuite, elle permet à cette collectivité d'obtenir lesdits terrains **en dotation**, c'est à dire d'avoir un titre de propriété pour elle. Enfin, une fois les terrains obtenus en dotation, la collectivité traditionnelle a la charge de les **redistribuer individuellement à ses membres**, qui, **eux, vont recevoir alors un titre foncier de propriété définitif et inattaquable** [art.31 et ss. L. domaniale]. Est ainsi concrétisée l'idée de partir de la reconnaissance des droits coutumiers en vue de leur constatation à titre individuel par le droit moderne.

Juste quelques mots sur certaines de ces étapes :

- D'une part, le **régime juridique de la dotation** avait posé la question de la personnalité juridique des collectivités traditionnelles- ici, le **fokonolona**, puisque, aux dires de la loi, seules les collectivités possédant la personnalité morale pourront obtenir les terrains en dotation. La réponse a été donnée dès 1962 puis repris en 1973 par le législateur. Dans l'exercice de ses fonctions, le **fokonolona** était doté de la personnalité morale. Actuellement, eu égard à la nouvelle organisation administrative, le fokonolona existe toujours en tant que communauté de personnes mais la personnalité morale lui a été retirée.
- N'empêche, le mécanisme institué par les premiers textes survit à l'égard des collectivités dotées de la personnalité morale, donc des collectivités décentralisées. Brièvement, à l'issue de différentes démarches administratives, un arrêté de dotation est émis par le service des domaines. Cet arrêté de dotation consacre le droit de propriété de la collectivité bénéficiaire. C'est toutefois une **propriété à 2 visages juridiques** : **d'une part, l'acte de dotation constitue par lui même titre de propriété et est par conséquent inscrit sur les registres fonciers. Mais d'un autre côté, c'est une propriété collective fondamentalement transitoire, provisoire et précaire dont les modalités de jouissance sont définies.**
- Très schématiquement, car, encore une fois, la procédure est lourde et complexe, la collectivité devra dans un premier temps, procéder à une **répartition des terrains**

entre ses membres. Pour ce faire, le conseil de la collectivité détermine d'abord les terrains qui doivent rester à l'usage collectif des habitants ; puis il délimite ceux qu'il entend réserver en vue d'une mise en valeur collective ; enfin il répartit individuellement les terrains restant entre les habitants.

Cette répartition une fois effectuée, la collectivité continue à exercer son *contrôle sur les parcelles et sur leurs modalités d'exploitation*. Chaque attributaire est en effet tenu de mettre son lot en valeur suivant les directives de la collectivité. A défaut, il peut être déchu de ses droits. Par contre, la mise en valeur régulièrement constatée entraîne à l'égard des attributaires *la délivrance d'un titre individuel de propriété*, définitif et inattaquable.

A l'analyse, *le caractère provisoire de la propriété traditionnelle collective telle qu'elle est organisée dans les premiers textes, n'est pas absolu. D'une part*, même si la finalité des dispositions est la redistribution des parcelles en vue de leur utilisation privative, *il y a des terres qui gardent leur statut collectif et qui peuvent servir d'assiette à certains engagements de la collectivité. D'autre part*, il faut avoir à l'esprit que malgré le titre de propriété délivré à un attributaire, la collectivité continue à conserver un droit de regard sur les droits et activités de ses membres. *Enfin*, pour reprendre les réflexions émises au lendemain de ces différentes réformes, « si l'intention de maintenir la cohésion du groupe est nécessaire, on peut se demander si, à terme, elle ne tendrait pas à perpétuer *un esprit de dépendance vis à vis de la collectivité* et plutôt à encourager une *sclérose* du groupe fermé à tout élément extérieur, annihilant ainsi tout effort de restructuration rurale. »

Ces réflexions exprimées vers la fin des années 60 semblent avoir eu des échos pernicieux quelques quarante années plus tard, car plutôt que de corriger les possibles effets négatifs de l'ensemble du dispositif- que je trouve excellent- le législateur de cette III^e République semble vouloir remettre en cause les enseignements du passé. De la consécration de la propriété coutumière, on passe ainsi, insidieusement à son reniement.

II - Le reniement

Deux mots-clefs me paraissent être à la source de cette *désaffectation* du législateur actuel à l'endroit des collectivités traditionnelles : *l'économique et l'environnement*. Depuis l'indépendance, sinon même avant, l'intention avouée de tous les responsables des politiques de développement était de trouver le remède miracle pour chercher à sortir Madagascar de son sous-développement économique. Le premier secteur concerné était bien évidemment le *secteur rural*, Madagascar étant un pays à dominante agricole. L'autre secteur, celui de *l'environnement*, est apparu plus tardivement mais se révéla bien vite comme le véritable moteur de toutes les réformes d'importance dans la recherche d'un développement sinon rapide du moins durable.

Cette combinaison : « recherche de la croissance économique et respect de l'environnement » entraîna un *basculement* dans la perception des priorités en matière foncière. Il ne s'agit plus d'inculquer une certaine éducation aux populations coutumières pour leur permettre une *transition en douceur* vers les instruments juridiques du monde moderne, et, ce faisant, favoriser le développement économique [du moins théoriquement]. Il s'agit désormais de leur imposer des mesures nouvelles commandées par une nouvelle vision de l'économie et par une

certaine idée du développement. Au regard de la tenure foncière, cette perception conduit tout simplement **au désaveu de la propriété coutumière [sans titre]** et, à mon sens, à une mise à l'écart des populations traditionnelles et rurales, celles là précisément que l'on voulait intégrer dans le circuit économique moderne. **Car dans l'esprit de la nouvelle loi et des nouvelles mesures qui l'accompagnent, l'immatriculation devient quasiment une fin en soi. Elle perd sa fonction d'instrument de révélation des droits coutumiers ; elle ne devient qu'un outil asservi à des fins mercantiles.**

Je distingue 2 étapes charnières dans cette condamnation implicite de la propriété sans titre : d'abord des **coups de semonce** au niveau de la législation spéciale en matière de protection de l'environnement, ensuite **le coup de grâce** dans la très récente loi d'octobre 2005 sur le nouveau statut des terres à Madagascar. Néanmoins, je perçois également des raisons d'espérer qu'au lieu que l'on assiste à une exclusion des populations rurales dans la gestion du foncier, on peut s'attendre plutôt à une implication directe de leur part. Ce sont ces 3 étapes que je voudrai présenter assez rapidement.

- [1] Le **premier coup de semonce** est venu de manière assez surprenante- ou assez prévisible selon le cas- de la charte de l'environnement et des différents textes en la matière dans les années 90, à une époque où le droit malgache de l'environnement en était à ses premiers balbutiements.

➔ Bien sur, la charte malgache de l'environnement du 21 décembre 1990 (toujours en vigueur) prend soin de préciser que – je cite- : « le point de départ de la Charte est constitué par les données permanentes de l'environnement à Madagascar, à savoir l'homme, la terre et le sous-sol, les écosystèmes et l'endémisme ». De même encore, l'article 6 de la Charte prend bien soin de préciser que « l'objectif essentiel est de réconcilier la population avec son environnement en vue d'un développement durable. » Seulement, la résolution des problèmes fonciers vient en dernier lieu des objectifs visés par cet article qui en compte 5, et le programme foncier de la Charte ne vise qu'à mettre en œuvre les programmes déjà en partie élaborées par la direction du Patrimoine, c'est à dire la continuation des opérations d'immatriculation foncière ; alors que l'on s'était attendu- vu l'importance de l'enjeu - à ce qu'elle prévoit une vision d'ensemble sur le sort des droit coutumiers de tout genre.

Les textes d'application de la Charte de l'environnement semblent avoir pris et compris la mesure de l'enjeu quand ils ont mis en place en 1996 la notion de Gestion Locale des Ressources Naturelles Renouvelables, par contraction la fameuse loi GELOSE. En effet, l'article Premier de cette loi GELOSE traite de la part que peut prendre les **communautés locales de base** dans la gestion des ressources naturelles renouvelables ; les décrets d'application de ce texte, l'un, sur **la sécurisation foncière relative [SFR]** du 13 août 1998, l'autre sur **les communautés de base** du 13 janvier 2000 décrivent, d'une part, la procédure de délimitation du terroir d'une communauté locale de base et donnent, d'autre part, une définition synthétique de ces communautés.

Seulement, il faut bien l'avouer, le glissement sémantique n'est pas innocent. **La communauté locale de base**, expression que je trouve insipide et fade, ne peut désigner que les collectivités traditionnelles du lieu, en d'autre termes les **fokonolona**. Et d'ailleurs la définition qu'en donne la version française de la loi recoupe celle du **Fokonolona**. Par contre, la version malgache prend bien soin de préciser qu'il ne s'agit pas de **Fokonolona** mais de **vondron'olona**, c'est à dire une assemblée quelconque et anonyme d'individus. Il a été dit que ce changement sémantique a été imposé par les bailleurs de fonds qui ne voulaient pas

s'encombrer des institutions traditionnelles. On peut être d'accord sur les objectifs de ces différents textes. On peut toutefois ne pas adhérer à leur philosophie.

→ **L'autre coup de semonce** véritablement plus sévère et qui préfigure la disparition inexorable des droits coutumiers vient de la législation spéciale des aires protégées. Une aire protégée est un territoire délimité [terrestre, côtier, marin, lacustres...] qui présente des intérêts fondamentaux divers [culturels, archéologiques, sociologiques, historique...] et qui, de ce fait, -aux termes de la loi- « nécessite une préservation contre tout effet de dégradation naturelle et contre toute intervention artificielle de l'homme susceptible d'en altérer l'aspect, la composition et l'évolution ». Il y a **3 sortes d'aires protégées** : la réserve naturelle intégrale, le parc national et la réserve spéciale.

L'aire protégée en soi est constituée de **2 zones**, le **noyau dur** qui est une « zone sanctuaire », et la **zone tampon** qui est une zone qui jouxte le noyau dur. En plus de cela, l'aire protégée est entourée de **2 autres zones** : une **zone de protection** qui jouxte l'aire protégée et une **zone périphérique** qui jouxte la zone de protection. En d'autres termes, **pour arriver au noyau dur de l'aire protégée, il faut passer les 3 zones : tampon, de protection et périphérique.**

Et ça nous amène aux droits coutumiers : il y a 41 aires protégées dans tout Madagascar qui recouvrent environ 1,5 millions ha, soit 3% du territoire national ce qui est quand même considérable [et le président de la République vient de s'exprimer internationalement qu'il compte tripler le nombre des aires protégées à Madagascar (déclaration de Durban)].

Avant que ces espaces ou ces territoires n'aient été déclarés aires protégées dans les années 1990 et consacrées en 2001 par le code de gestion des aires protégées, bénéficiant ainsi d'une protection légale spécifique, ils étaient occupés de manière coutumière par les populations du lieu. Dorénavant, le changement de statut de l'espace en cause entraîne la fin des droits coutumiers de propriété sur les 1,5 millions d'hectares recensés, voire éventuellement un déplacement *manu militari* des populations qui y étaient recensées. Ce qui, personnellement, me laisse songeur. Il y a eu bien évidemment des tractations et des négociations avec les populations déplacées/concernées, mais le principe n'est plus : demeure la sensation d'avoir été dépouillé de ce qui était le fondement même de leur société.

- [2] après ces 2 coups de semonce, le **coup de grâce** est porté par la récente loi votée en octobre dernier. Sous le motif de fixer les principes régissant les statuts des terres à Madagascar, la loi 2005-019 du 17 octobre 2005 remanie fondamentalement les droits sur la terre et ne dit rien- mais absolument rien- du statut des terres coutumières, ni du statut des collectivités traditionnelles. Au contraire, est écartée toute référence subjective concernant le statut des terres pour ne traiter ces dernières qu'en tant que bien économique.

Car c'est bien le mot-clef qui guide toute la réforme foncière actuelle, laquelle est inspirée de la Lettre de Politique Foncière du 3 mai 2005. Cette LPF dresse les causes de la crise foncière et présente les objectifs de la politique foncière du gouvernement dont la finalité est, en tout premier lieu, la faveur donnée à « **l'investissement privé national et étranger** ». La seconde finalité étant la faveur donnée à la production agricole. Mais que ce soit au niveau des causes, au niveau des objectifs, au niveau des orientations stratégiques ou au niveau de la mise en œuvre de la politique foncière, il n'est nulle part fait mention du droit coutumier ou des propriétaires traditionnels. **La terre n'est plus qu'un bien économique comme un autre** ; et l'essentiel, dans cette LPF et dans la nouvelle loi, est de pouvoir délivrer rapidement un titre

foncier *de manière à sécuriser les droits sur la terre pour en favoriser la circulation juridique*. On l'a dit précédemment : l'immatriculation devient une fin en soi.

→ La loi évoque bien les modes de détention du sol se traduisant par une emprise personnelle ou collective selon les usages du moment et du lieu [art.33]. Seulement, les seules personnes morales à pouvoir faire une demande collective sont ou bien les collectivités décentralisées ou bien les « associations d'usagers » constituées conformément à la loi. Ce qui exclut le Fokonolona lequel s'est toujours passé d'une consécration législative. On le voit bien, ici également, le glissement sémantique n'est pas neutre.

A lire cette loi du 17 octobre 2005, la propriété sans titre coutumière, traditionnelle et ancestrale a vécu et ne ferait plus partie que de l'histoire du droit foncier de Madagascar.

Toutefois, il y a des raisons d'espérer, du moins dans l'immédiat, que tel ne sera pas le cas.

- [3] Un certain nombre d'arguments tirés de différents textes du droit positif me persuadent, en effet, que le droit coutumier de propriété ne rendra pas les armes de sitôt.

→ Le premier est issu de la loi du 17 octobre 2005 elle-même. Bien que sa tendance de fond soit de remanier le droit commun foncier, elle ne contient aucune disposition expresse qui pourrait entraîner une condamnation de la propriété coutumière. Au contraire, ce qui est paradoxal pour une loi dont l'ambition est la refonte totale des textes existants, aucun article de cette nouvelle loi n'abroge les textes anciens dont elle reprend maintes fois, certaines fois presque mot pour mot, les définitions. On se trouve ainsi étrangement en présence d'une succession de textes portant sur la même matière et ayant le même objet, dont le second est censé se substituer aux premiers, mais tous les deux ayant une égale vocation à s'appliquer sur le même territoire juridique car aucune abrogation des anciennes dispositions n'a été prévu par la nouvelle loi. La conséquence inéluctable –qui me réjouit– est que les dispositions des premiers textes en matière de propriété coutumière demeurent, pour l'heure, en vigueur.

→ Le second argument est tiré du dispositif posé par la loi GELOSE de 1996 et ses textes d'application de 1998 et de 2000. On a vu que ce dispositif traite de l'implication des « *communautés de base* » dans la mise en place de la Sécurisation Foncière Relative. Ces communautés de base ne s'identifient pas par définition aux collectivités décentralisées sans qu'il soit précisé que ce seraient les fokonolona, collectivités coutumières. Or, si la personnalité morale n'est plus reconnue aux fokonolona, les communautés de base, elles, en sont expressément dotées par le décret du 13 janvier 2000. Si l'on considère que la définition légale de la communauté de base rejoint, dans sa version française, celle du fokonolona, le législateur redonne ainsi d'une main ce qu'il avait repris de l'autre il y a quelque temps.

→ Le 3^e argument est tiré de deux catégories de textes spécifiques lesquels reconnaissent expressément la valeur et la présence juridique des *fokonolona* et de la propriété coutumière. D'une part, la législation forestière de 1997 évoque expressément les droits d'usage des *fokonolona* en vue- je cite- «de permettre la participation effective des populations rurales à la conservation durable des ressources naturelles renouvelables »[art.41] ; ce qui témoigne, si besoin était, de la reconnaissance actuelle et pérenne de cette collectivité traditionnelle. D'autre part et surtout, le code minier de 1999 impose au titulaire d'un permis d'exploitation de *négocié*–je cite-« *avec les propriétaires coutumiers des terrains* sur lesquels et pour lesquels le permis lui avait été délivré » [art. 244].

→ Enfin, le dernier argument qui me fait croire que la propriété coutumière ne disparaîtra pas de sitôt est d'ordre constitutionnel. Aux termes de l'article 35 de la constitution, « *les fokonolona peuvent prendre des mesures appropriées tendant à s'opposer à des actes susceptibles de détruire leur environnement, de les déposséder de leurs terres, d'accaparer les espaces traditionnellement affectés aux troupeaux de bœufs ou leur patrimoine rituel, sans que ces mesures puissent porter atteinte à l'intérêt général ou à l'ordre public.* » En d'autres termes, la propriété coutumière ne pouvait trouver meilleur défenseur.

En conclusion, je reviens à la question posée au début de mes propos : Y a-t-il donc contradiction intrinsèque à accepter, d'un côté, la procédure d'immatriculation conduisant vers l'obtention d'un titre foncier individuel et, de l'autre, à maintenir la notion de droit coutumier de propriété présupposant une propriété collective ? Y-a-t-il contradiction ? Je ne le crois pas. L'un n'exclut pas l'autre. L'un *ne peut pas* exclure l'autre. L'impératif du développement est incontestable et personne ne soutiendrait le contraire. Mais je ne crois pas que, sous prétexte de développement, il faille éradiquer ce qui fait le cœur d'une nation. Dans la symbolique du droit foncier, les liens avec la terre traduisent, dit-on, l'âme d'un peuple. Autant, dans une perspective économique j'admets que l'on puisse vendre sa terre, autant dans la symbolique du droit foncier, je ne conçois pas que l'on puisse vendre son âme.

Antananarivo, Décembre 2005