

Le juriste sait encore faire du Droit: Les éléments d'un Droit au service réel du développement durable des pays et des territoires dits vulnérables

Karpe Philippe
CIRAD

Sommaire

1. Place du Droit.....	2
2. Les éléments de la démarche juridique	6
a. La Phase de Pré-loi: les critères indicateurs	8
b. Les éléments formels: le contrat environnemental	14
i. Le Contrat de régulation ou normatif	14
i.1. Fondement du contrat de régulation ou normatif	14
i.2. Ebauche du régime juridique du contrat de régulation ou normatif	15
i.2.1. Du rapport entre la Loi et le Contrat de régulation ou normatif.....	15
i.2.2. Conditions pour une complémentarité réelle et utile du Contrat de régulation ou normatif	16
i.2.2.1. Une question sans portée: la détermination de la nature juridique du Contrat	16
i.2.2.2. Quelques conditions de réalisation de l'intérêt général	16
i.2.2.2.1. La multiplication des contrats conclus	16
i.2.2.2.2. La mise en cohérence des contrats par l'existence d'un cocontractant commun .	18
i.2.2.2.3. Un contenu contractuel cohérent avec les objectifs de l'Etat	18
ii. Le Contrat de correction.....	20
3. Conclusion	21
Figure 1: Réseau de régulation de l'Etat.....	3
Figure 2: Processus de régulation de l'Etat.....	3
Figure 3: Réseau de régulation de l'Etat dans le cadre de l'écotourisme	5
Figure 4: Structuration de la démarche juridique classique (synthèse)	6
Figure 5: Ebauche de structuration de la démarche/processus juridique (synthèse)	7
Figure 6: Ordonnement juridique projeté pour le bois-énergie à Madagascar.....	8
Figure 7: Stratégie et dynamique juridiques pour la sécurisation des plantations destinées au bois-énergie au Congo-Kinshasa (résumé).....	9
Figure 8: Ebauche de la structuration de l'application	20
Figure 9: Rôle de l'APV-FLEGT dans la démarche/processus juridique	24
Tableau 1: Feuille de route juridique pour la sécurisation des plantations destinées au bois-énergie en RDC (résumé)	11
Tableau 3: Liste des PCI définis par le Projet OIBT 367/05 rev 2 F sur la définition de critères et indicateurs de gestion durable des plantations forestières en République du Congo	13
Tableau 3: Synthèse des conditions de réussite des contrats de transfert de gestion	17
Tableau 4: Nature graduée du contexte et du droit	25

L'Etat a besoin d'instruments au service de sa politique de développement durable. Ces instruments doivent lui permettre de réaliser réellement et pleinement ses politiques. Ils doivent également leur garantir une application effective de sa politique sur l'ensemble de ceux (personnes ou objets) ou sur tous les espaces concernés. A ces fins, l'Etat ne peut pas utiliser n'importe quel type d'instrument. Celui-ci doit avoir une nature et des caractères particuliers. A cet égard, le recours au Droit demeure tout à fait légitime. Cette légitimité tient évidemment à certains des caractères fondamentaux du Droit, des principes qui le régissent et des institutions qui le mettent en œuvre. Elle est fondamentalement la conséquence de ce que le Droit est en soi. En effet, celui-ci "se place dans la catégorie des sciences "normatives", c'est-à-dire des sciences qui se composent d'un ensemble de règles de conduite humaine, lesquelles indiquent ce qui devrait être, même s'il arrive en fait que ce qui devrait être ne se produise pas: c'est dans cette catégorie que se placent, avec le droit, des sciences comme la morale, la logique, la grammaire, dont l'objet est de fixer par des "normes" ce que l'homme devrait faire, même si parfois il ne le fait pas"¹. Il a ainsi "pour but de chercher à organiser une société harmonieuse, et à résoudre les conflits entre les hommes"². En cela, il est moins une science qu'un art, un art indispensable et inhérent à toute existence d'une société ("*Ubi societas, ibi jus*": Là où est la société, là est le droit).

Il ne s'agirait pourtant que d'une légitimité formelle. Ce ne serait qu'un passage obligé. La légitimité du Droit serait totalement contestée. La société se déjuridicise inévitablement. Les politiques publiques ne se mesurent plus à l'aune des caractères fondamentaux du Droit. Elles ont de plus en plus recours à des outils non juridiques relevant de l'économie, de la gestion ou du management. L'échec du droit à résoudre les problèmes environnementaux dans beaucoup de pays peut expliquer en partie cette situation. Cette crise est générale dans tous les pays. Dans divers pays et territoires vulnérables comme Madagascar, le Congo-Kinshasa, le Cameroun, cette crise tient en particulier à l'inadéquation du Droit dans sa forme actuelle à son contexte d'accès et d'application. A titre principal, de forme civiliste, très inspiré du modèle français (sources, origines, caractères, langage, modes de coordination des normes, de leur introduction dans l'ordre juridique et de leur publicité auprès du citoyen), il ne peut être dans son propre cadre connu, appliqué et respecté par ses destinataires. Ce ne serait donc moins la légitimité en soi du Droit qui serait mise en cause que finalement la validité des outils classiques pour l'asseoir (Mockle, 2007³).

Il faut remédier à cet état de fait. Il aboutit en effet à créer une situation d'autorégulation des particuliers, laquelle peut se traduire par des pressions anarchiques sur les ressources naturelles. Ceci se vérifie par exemple à Madagascar, où, dorénavant, l'approvisionnement en bois énergie domestique est principalement assuré par des flux de charbon provenant de sites ne bénéficiant pas de plans d'aménagement forestier et sur lesquels aucun prélèvement de redevances forestières n'est fait, ce qui n'améliore pas la situation financière de l'administration forestière, ses moyens d'action et donc la mise en œuvre du droit (cercle vicieux) (Karpe et al., 2010⁴).

Il faut ainsi rétablir un collectif et une finalité collective, un pouvoir de direction, d'orientation et de réalisation au service de ceux-ci. A cette fin, le Droit demeure encore pleinement utile y compris dans le contexte de pays et de territoires vulnérables. Mais, dans ce cadre, il importe de corriger l'appréhension de la place du Droit dans la régulation. Il est également nécessaire de renouveler la démarche juridique à suivre pour encourager les comportements collectifs, les orienter vers un objectif commun et assurer la réalisation de l'objectif politique fixé.

1. Place du Droit

Le Droit ne peut plus être l'unique instrument d'action de l'Etat. Il est nécessairement accompagné de mesures concrètes (techniques, financières, éducatives, matérielles ou autres) (Karpe et al.2012⁵). Tous ces éléments sont solidaires et interagissent entre eux. Ils sont interdépendants les uns les autres, très souples et très imbriqués les

1 Roubier P. *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1951. p. 61-62.

2 *ibid.* p. 198.

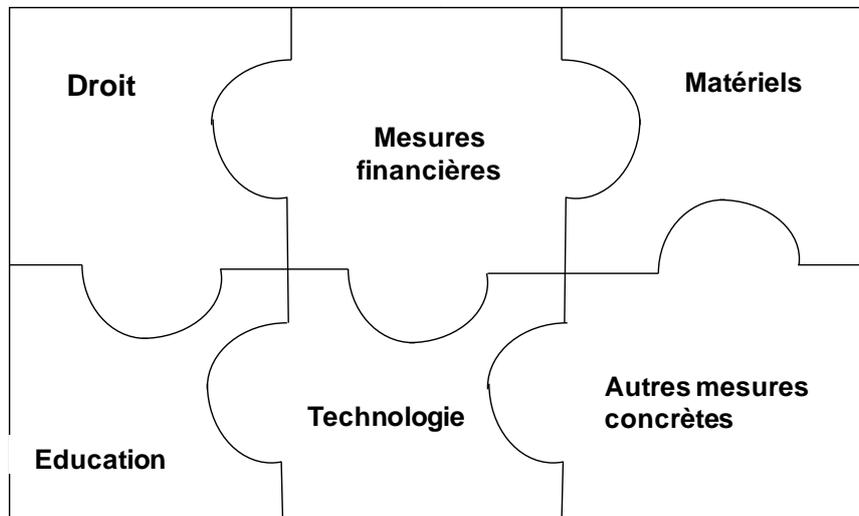
3 Mockle D. *La gouvernance, le droit et l'Etat. La question du droit dans la gouvernance publique*, Collection Mondialisation et Droit international, Bruxelles, Editions Bruylant, 2007.

4 Karpe P., Andriamandroso O., Montagne P. « Le cadre juridique rénové de l'approvisionnement durable en bois-énergie » dans Montagne P, Razafimahatratra S., Rasamindisa A. et Crehay R. dir., *Arina. Le charbon de bois à Madagascar entre demande urbaine et gestion durable*, Antananarivo, Cite, 2010, 37.

5 Karpe P., Rafaralahimanana C., Randrianarison M. « La construction spontanée d'une gestion intégrée. Cas des régions de Didy et du Lac Alaotra » dans Karpe P, Randrianarison M, Aubert S, Feltz G. dir., *La GIZC à Madagascar*, Antananarivo, CITE, 2012, 191.

uns avec les autres. L'ensemble constitue le réseau de régulation de l'Etat, qui peut être schématisé sous la forme d'un puzzle compte tenu de la nature des liens unissant ses différents éléments.

Figure 1: Réseau de régulation de l'Etat



La nature et le poids des différents éléments sont déterminés par le contexte dans lequel ils s'insèrent, et surtout pas a priori par la Constitution duquel suivrait exclusivement et selon un ordre préétabli une loi puis un décret et l'ensemble des autres actes réglementaires.

Figure 2: Processus de régulation de l'Etat

**Schéma appliqué
mais non applicable**

Constitution



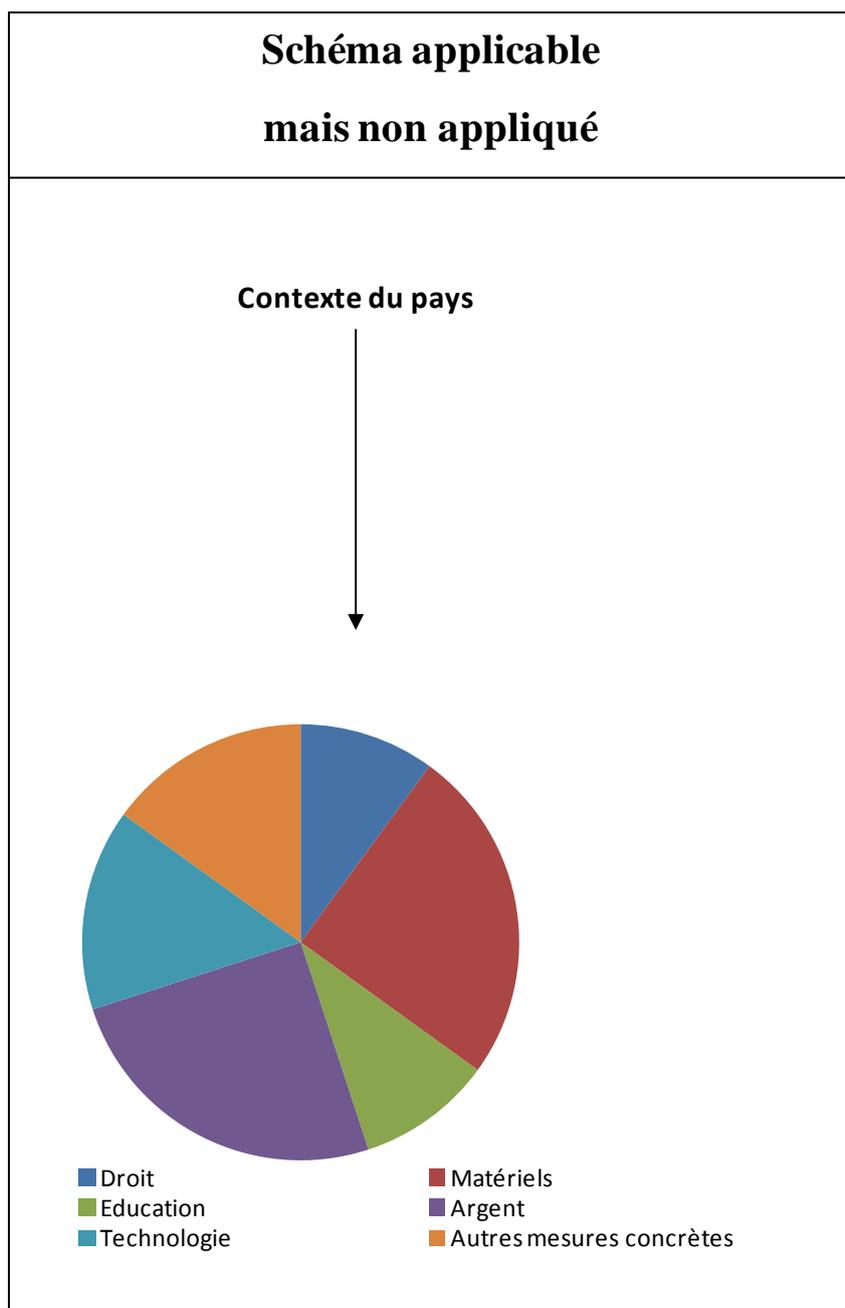
Loi



Décret



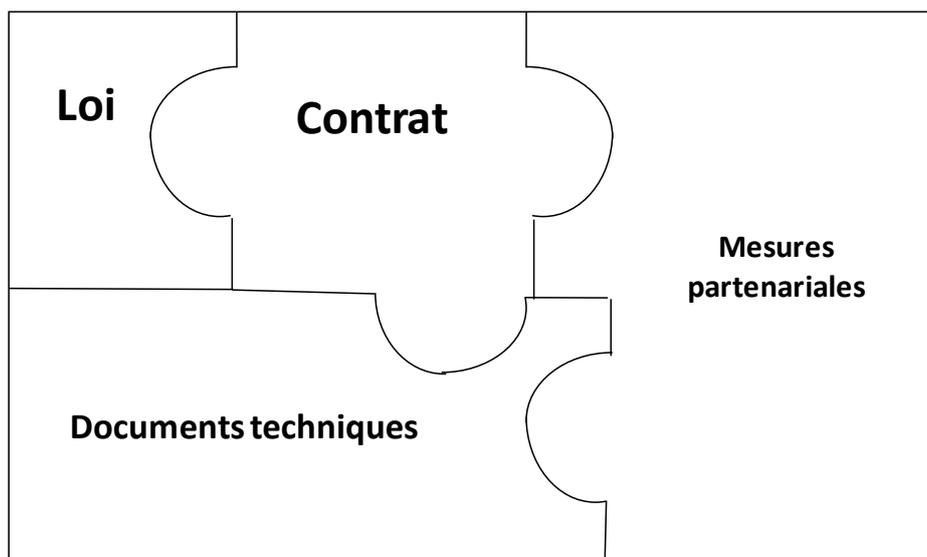
Circulaire / Directive



La place du Droit dans ce réseau n'est pas contestable. Par contre, son importance peut varier suivant le problème concret à traiter. Ainsi par exemple, pour l'écotourisme à Madagascar, compte tenu des situations concrètes constatées sur le terrain (conflits latents et durs, manque de professionnalisation des opérateurs, viabilité économique peu assurée, etc.), le Droit devait avoir une place très réduite par rapport aux dispositions du contrat spécifique conclu entre chaque opérateur et l'administration forestière et surtout par rapport aux documents techniques (plan d'aménagement, cahier des charges, étude de faisabilité, plan de gestion/plan de travail annuel) et aux mesures partenariales (commission paritaire, réunions restreintes, visites régulières, stabilisation des fonctionnaires à leur poste, transparence, etc.) (Karpe, 2005⁶).

Figure 3: Réseau de régulation de l'Etat dans le cadre de l'écotourisme

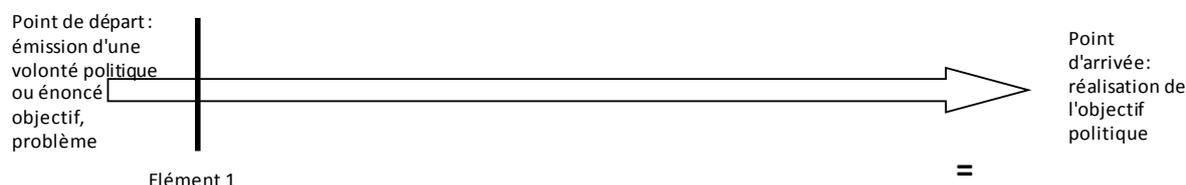
⁶ Karpe P., 2005. La délégation de gestion des forêts de l'Etat à des opérateurs privés dans le but de promouvoir l'écotourisme. Rapport d'expertise. Ministère de l'Environnement des Eaux et Forêts de Madagascar, Ambassade de France/SCAC (FSP Gestion Décentralisée des Ressources Naturelles). 58p.



2. Les éléments de la démarche juridique

Communément, l'Etat définit un objectif politique: développement durable ou autre, puis adopte une loi ou une mesure règlementaire pour garantir la réalisation de son objectif.

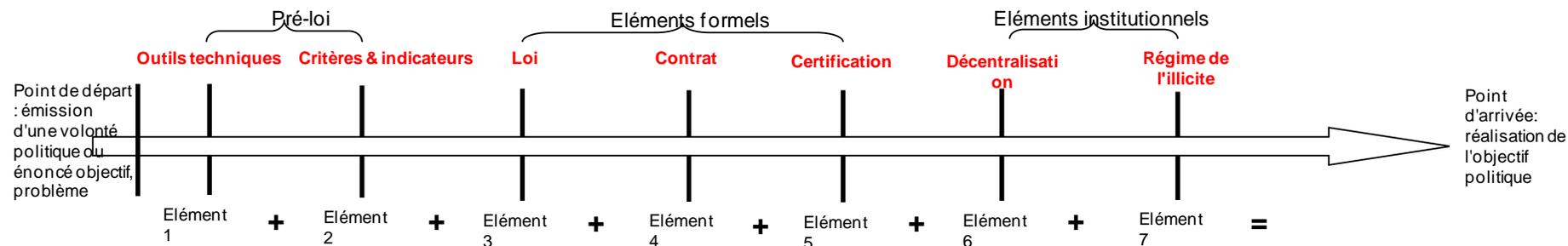
Figure 4: Structuration de la démarche juridique classique (synthèse)



Cependant, cette démarche très classique ne garantit pas la réalisation des objectifs politiques dans le contexte de pays ou de territoires vulnérables. Un processus adapté est en cours de construction. Il s'agit ici d'en présenter une ébauche. Cette démarche inclut plusieurs outils y compris des instruments économiques, de gestion et de management. Tous ces outils sont progressivement juridicisés: justification, structuration, typologie entre autres. Tous ne le sont pas encore.

La structuration de cette démarche renouvelée est la suivante. Une fois la volonté politique émise, les objectifs fixés ou le problème énoncé, trois phases ou sous-ensembles se succèdent pour aboutir à la réalisation de l'objectif politique ou la résolution du problème posé. Il y a tout d'abord une phase qualifiée de Pré-loi constituée d'éléments techniques associés à des critères et des indicateurs. Viennent ensuite s'ajouter des éléments formels composés d'une loi stricto sensu, d'un contrat et d'une certification. Enfin, il est nécessaire d'adopter des éléments institutionnels: réaménagement de la sanction et la reconnaissance et le renforcement des pouvoirs et des compétences aux autorités locales. La fiscalité intègre ce processus dans différents outils, spécialement le contrat et la sanction.

Figure 5: Ebauche de structuration de la démarche/processus juridique (synthèse)



La présente démarche juridique n'est encore qu'une ébauche. L'analyse porte sur quelques-uns des instruments dont la construction est la plus avancée à ce jour.

a. La Phase de Pré-loi: les critères indicateurs

Les critères indicateurs⁷ peuvent faciliter la mise en œuvre du contrat (Randrianarison, 2011⁸) mais aussi constituer une pré-loi.

La réalisation des objectifs politiques induit très souvent l'adoption de régimes juridiques nouveaux ou la modification des régimes existants: par exemple, pour la poursuite du développement durable, peuvent être concernées les règles du droit foncier, du droit forestier, du droit des affaires, du droit des collectivités territoriales, du droit pénal ou droit fiscal. Il n'est pas toujours aisé de préparer, rédiger et faire adopter dans un délai utile les textes de droit nécessaires.

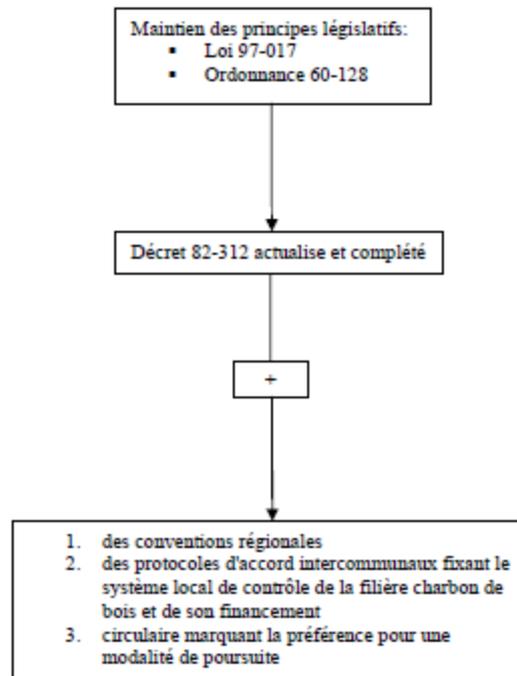
Le besoin (même formel) de réguler un secteur donné d'imposer et de généraliser des solutions techniques expérimentées et réussies lui demeure nécessaire. Il est toujours possible de recourir à des textes de nature inférieure à la loi (décret ou directive par exemple), et donc plus rapide ou plus facile à rédiger et à adopter. Cette solution a par exemple été proposée et construite dans le cadre de la réforme récente du statut du bois-énergie à Madagascar. Cette proposition était la suivante:

1. actualiser et compléter le Décret n° 82-312 réglementant la fabrication du charbon de bois
2. lui ajouter une circulaire marquant notamment la préférence pour la conciliation comme modalité de poursuite
3. lui adjoindre des conventions régionales et des protocoles d'accord intercommunaux fixant le système local de contrôle de la filière charbon de bois et de son financement

Figure 6: Ordonnancement juridique projeté pour le bois-énergie à Madagascar

7 "Les critères sont les éléments de référence qui permettent de porter une appréciation ou un jugement sur une situation. Les indicateurs par contre sont les grandeurs qu'on va mesurer pour évaluer une situation donnée, au regard de chaque critère retenu, ou d'une question particulière" (Randrianarison M. *La protection de la biodiversité à Madagascar. Les paiements pour services environnementaux (PSE)*, Paris, L'harmattan, 2011. p. 241).

8 Randrianarison M. *La protection de la biodiversité à Madagascar. Les paiements pour services environnementaux (PSE)*, Paris, L'harmattan, 2011.



(Karpe et al., 2010⁹)

Néanmoins, le problème demeure entier. Certes, comme on a déjà souligné, l'adoption d'un décret accélère le processus. Toutefois, il connaît la même contrainte du décalage avec le politique et la société. Une contrainte supplémentaire s'ajoute en outre, celle de respecter les lois dans leur ensemble.

Comment surmonter cette difficulté? Dans l'attente de l'adoption des éléments formels de régulation, il serait possible d'employer des outils techniques (agronomie, carbonisation maîtrise de l'énergie, socio-organisation, gestion financière et des stocks, etc.) et de les associer à des principes, critères et indicateurs (PCI) pour suivre, orienter, encadrer et contrôler des activités. Cet ensemble constituerait une sorte de pré-loi. Cette solution a été construite et proposée en République Démocratique du Congo (RDC) à fin de la sécurisation des plantations destinées au bois-énergie dans le cadre du Projet Makala¹⁰. Ensemble, ces objectifs politiques, techniques, principes, critères et indicateurs préfigurent le contenu de la loi. Ils orientent et initient, ce que la loi vient ensuite fixer ou synthétiser –ces deux actions ne sont pas identiques, il n'est pas encore possible d'indiquer celle qui devrait avoir notre préférence-. Reste encore à tester cette proposition.

Figure 7: Stratégie et dynamique juridiques pour la sécurisation des plantations destinées au bois-énergie au Congo-Kinshasa (résumé)

9 Karpe P., Andriamandroso O., Montagne P. « Le cadre juridique rénové de l'approvisionnement durable en bois-énergie » dans Montagne P, Razafimahatratra S., Rasamindisa A. et Crehay R. dir., *Arina. Le charbon de bois à Madagascar entre demande urbaine et gestion durable*, Antananarivo, Cite, 2010, 37. 49.

10 Le Projet Makala a pour enjeu de répondre à l'augmentation continue des besoins et aux risques de gestion non durable des ressources forestières en améliorant la durabilité de l'approvisionnement en ressource bois énergie en RDC, et au-delà, en Afrique tropicale humide. Son objectif principal est de sécuriser la ressource en bois pour l'approvisionnement en énergie de deux villes de RDC et une ville de la République du Congo, par une amélioration de la gestion des forêts (naturelles et plantées) et de l'efficacité de la transformation énergétique, en vue d'augmenter durablement le niveau de vie des populations locales.

Les objectifs spécifiques de ce projet sont les suivants:

- apporter une vision prospective et contribuer à une meilleure compréhension et faisabilité des nouveaux mécanismes de financement, dans un cadre institutionnel stabilisé et clarifié
- gérer durablement et améliorer la valeur de la ressource bois énergie (forêts naturelles et plantées)
- améliorer la transformation du bois en charbon et augmenter le rendement énergétique
- impliquer et organiser les communautés rurales pour une meilleure appropriation (savoirs, bénéfices).

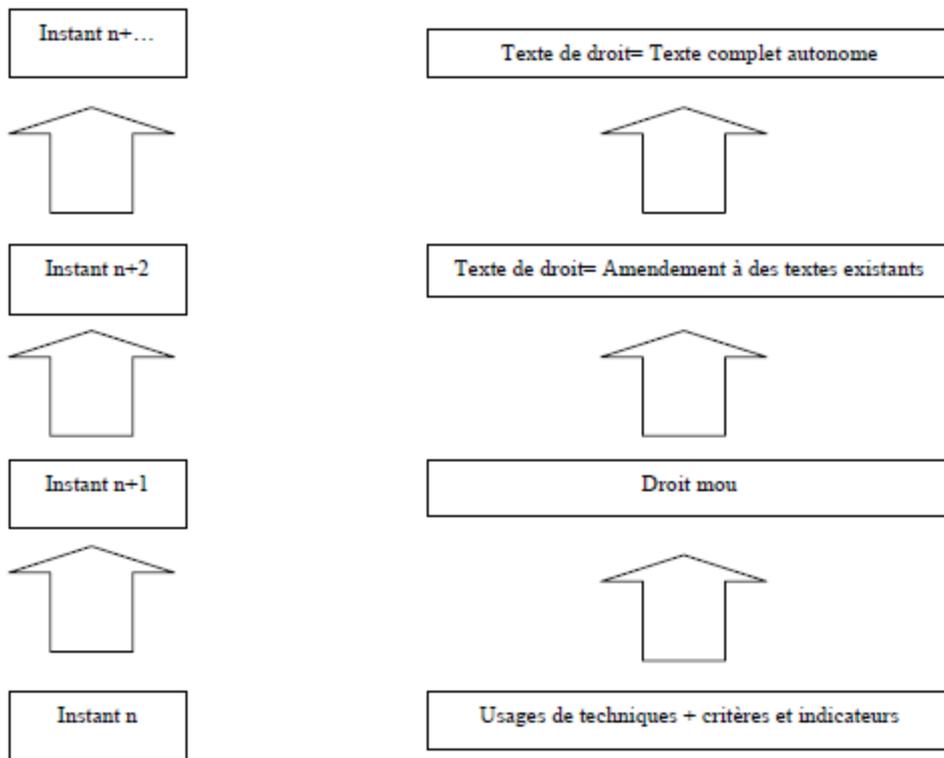


Tableau 1: Feuille de route juridique pour la sécurisation des plantations destinées au bois-énergie en RDC (résumé)

Temps	Nature de la mesure		Commentaires	Précisions indispensables
n+...	Textes de droit	Texte propre complet	<p>Diverses considérations déterminent le choix entre un texte complet particulier ou des amendements à des textes existants. Les principales sont:</p> <ul style="list-style-type: none"> • le délai d'adoption d'amendements est plus court que celui d'un texte général • néanmoins amender un texte existant général à peine adopté risque également d'être long • il s'agit d'éviter et de gérer au mieux l'opposition des gens • il peut être difficile de s'insérer dans un texte existant général • y a-t-il une spécificité des plantations ? • le contexte de l'accès au droit 	
n+2	Textes de droit	Amendements à des textes existants	Proposer des modification/ajouts aux textes en vigueur et des textes à venir mais ceci ne résout pas le problème de sécurisation immédiate	<p>Rédaction en quelques mots</p> <p>Vérifier :</p> <ul style="list-style-type: none"> • si textes adoptés • si obstacles à leur adoption et lesquels
n+1	Recours au droit mou	Lignes directrices/feuilles de route + Formation des acteurs publics et privés, nationaux et locaux	Il s'agit d'énoncer des lignes directrices sur les plantations bois énergie, lignes directrices insistant bien sur les principes fondamentaux nécessaires en la matière et auxquels tous les acteurs	

			seraient d'accord et donc mettraient en œuvre (avec des variantes peut être entre eux mais c'est logique et a priori peu gênant). Il faudrait ensuite diffuser ces lignes directrices et les insérer dans les formations des fonctionnaires notamment.	
n	Techniques agronomiques, etc. en l'absence de règles juridiques immédiatement mobilisables	Système de contrôle est assuré par l'énoncé de critères et d'indicateurs		

Le recours aux PCI à des fins de régulation soulève de nombreuses questions: quels seraient les PCI utiles en la matière? Quelle serait leur nature? Comment les définir? Y aurait-il un modèle unique pour l'ensemble des domaines d'activités (exploitation de forêts, conservation des ressources naturelles, etc.) et des objectifs poursuivis?

Les PCI envisagés dans le cadre de cette feuille de route à fin de la sécurisation des plantations destinées au bois-énergie dans le cadre du Projet Makala sont par défaut ceux définis par le projet de l' Organisation internationale des bois tropicaux (OIBT) sur la définition de critères et indicateurs de gestion durable des plantations forestières en République du Congo (Projet OIBT 367/05 rev 2 F). Quelques remarques utiles sur ces PCI ont été faites par le projet. Tout d'abord, leur définition n'est pas définitive. "Dans cet environnement en constante mutation, il faut pouvoir, à un rythme à fixer, prévoir l'organisation de tables rondes de mise à jour de ces PCIV [Principes, Critères, Indicateurs et Vérificateurs]. [Par ailleurs, tous les PCI] ne sont pas applicables partout. La liste des PCIV est très longue et complète. Elle rassemble les informations obtenues sur des types de plantations différentes, obéissant à des fonctionnements et des productions différents. Certains critères et indicateurs sont génériques, d'autres sont spécifiques à des situations locales particulières. Il serait bon de réaliser un tableau synthétique indicatif mettant en correspondance les PCIV et les types de plantations auxquelles ils s'adressent (industriels, investisseurs privés, villageois, restauration, ...). [Enfin, il faut inciter la foresterie privée, et en particulier les plantations villageoises. [Or, les PCI] applicables à ce type de plantations ne sont pas très nombreux (idem pour la restauration forestière). N'y a-t-il pas d'autres alternatives que le plan d'aménagement sous le contrôle plus ou moins strict de l'état? Il faudrait que cet ensemble de PCIV favorise leur éclosion et accompagne leur développement. Les PCIV aident à préciser la place et le rôle de l'Etat dans l'accompagnement de la dynamique des plantations forestières, publiques, mais surtout privées"¹¹.

Tableau 2: Liste des PCI définis par le Projet OIBT 367/05 rev 2 F sur la définition de critères et indicateurs de gestion durable des plantations forestières en République du Congo

Principes	Critères	indicateurs	vérificateurs
1 priorité politique	11 objectifs et plan d'actions clairs	10	32
	12 cadre institutionnel	4	9
	13 ressources nécessaires	2	8
	14 politiques fiscale et économique	3	7
	15 contrôle, suivi, évaluation	5	15
	16 propriété foncière et droits d'usages	3	8
2 fourniture de biens et services	21 conformité avec les lois et traités	2	5
	22 propriété foncière et droits d'usage	2	3
	23 objectifs ciblés de gestion durable	8	19
	24 techniques définies et mises en œuvre	3	7
	25 production ligneuse assurée	4	9
	26 exploitation sur une base durable	3	5
	27 risques environnementaux spécifiques	4	12
	28 viabilité économique assurée	5	8
3 fonctions écologiques	31 acquis de connaissances	3	12
	32 impacts négatifs minimisés	3	10
	33 impacts positifs optimisés	5	14
	34 séquestration du carbone	4	14
4 bien être économique et social	41 droits et devoirs des travailleurs	2	8
	42 droits et devoirs des populations locales	5	12
	43 information des populations locales	5	13
	44 partage des bienfaits défini et accepté	3	10
	45 conditions de vie des populations locales	6	17

12

La mise en œuvre de PCI ne crée-t-il pas des droits si variables (temps et lieux) qu'ils en deviennent plutôt des droits individualisés contraires à l'intérêt général? N'empêche-t-il pas finalement l'énoncé d'une loi générale et

11 Marien J-N., 2010. Rapport technique final. Projet OIBT PD 367/05 Rev .2 (F). Promotion de l'aménagement durable des forêts artificielles tropicales dans les plantations forestières du Congo : Principes, Critères, Indicateurs et Vérificateurs (PCIV) pour la gestion durable des plantations forestières en République du Congo. République du Congo. Ministère de l'économie forestière, de l'environnement et du développement durable (MDDEF). ITTO. p. 10.

12 Marien J-N., 2010. Rapport technique final. Projet OIBT PD 367/05 Rev .2 (F). Promotion de l'aménagement durable des forêts artificielles tropicales dans les plantations forestières du Congo : Principes, Critères, Indicateurs et Vérificateurs (PCIV) pour la gestion durable des plantations forestières en République du Congo. République du Congo. Ministère de l'économie forestière, de l'environnement et du développement durable (MDDEF). ITTO. p. 11.

impersonnelle, outil indispensable d'une politique publique? N'est-il pas contraire à son rôle assigné dans notre démarche: suivre, orienter, encadrer et contrôler des activités, préfigurer le contenu de la loi, orienter et initier des comportements que la loi viendra ensuite fixer dans l'intérêt de tous? Reste que la société qui découle de ces principes n'est peut être pas celle qui existe et qui doit être "régulée" ni celle qui devrait être constituée .

b. Les éléments formels: le contrat environnemental

Afin de réaliser ses objectifs politiques, l'Etat peut recourir à deux types complémentaires de contrats environnementaux: le contrat de régulation ou normatif et celui de correction.

i. Le Contrat de régulation ou normatif

i.1. Fondement du contrat de régulation ou normatif

La Loi est l'instrument privilégié de mise en œuvre des politiques publiques de l'Etat et de réalisation de l'intérêt général. Cependant, dans les pays et les territoires vulnérables, le contexte de l'accès au Droit rend difficilement applicable la Loi. Il crée au contraire une situation d'autorégulation des populations locales. Plus précisément, vis-à-vis de la Loi, les particuliers ont l'opportunité de l'ignorer, ou bien d'en prendre connaissance voire de l'appliquer dans la détermination de leurs règles de conduite. Ils font de cette Loi 1. un usage 2. conscient, 3. sélectif et 4. stratégique. Ils peuvent même modifier leur règle de conduite suivant un modèle identique à celui souhaité par l'Etat sans toutefois qu'on puisse considérer que ce changement soit lié à l'existence du réseau de régulation. L'Etat n'a donc aucune garantie réelle de l'application entière et exacte de sa Loi. Conscient de cela, il peut modifier sa Loi ou la retirer avec l'espoir que les particuliers modifient en conséquence leurs propres règles de conduite. Il peut aussi négocier et conclure avec les particuliers concernés un contrat. Il se distingue du contrat commun en ce qu'il supplée à l'incapacité de l'Etat seul de réguler utilement. Il a ainsi un objet et un but de régulation ou normatif, c'est-à-dire de fixer, d'orienter, de finaliser et de coordonner durablement et uniformément les comportements de l'ensemble des individus concernés. Ainsi justifié, ce contrat permet par ailleurs d'éviter l'usage inutile et du reste impossible (mais axiomatique) de la sanction comme garantie de l'effectivité de la régulation étatique. Le contrat est ainsi en soi une alternative à la sanction (Karpe et *al.*, 2009¹³).

L'idée du contrat de régulation ou normatif est mise en pratique par exemple à Madagascar dans le cadre de la loi GELOSE (Loi n° 96-025 relative à la gestion locale des ressources naturelles renouvelables).

Le souci d'un développement équilibré respectueux de l'environnement est ancien à Madagascar. Pendant de longues décennies, il a été estimé que seule une politique de gestion centralisée répressive ayant recours à des mesures générales et impersonnelles constituait une réponse valable à cette préoccupation. Cette politique a échoué: persistance des feux de brousse, dégradation continue des formations naturelles, etc. On a pu parler de "*tragédie des communaux*" (Hardin, 1968¹⁴). Ceci ne pouvait être évité faute notamment d'une capacité opérationnelle réelle du service forestier, capacité sans cesse en baisse (Montagne P. et *al.*, 2006¹⁵). Aucune amélioration de cette capacité n'étant prévisible dans un avenir proche, il convenait donc de poursuivre le même objectif mais par des voies différentes. Les pratiques locales ne pouvaient pas être ignorées. Il s'agissait de les orienter de telle manière qu'elles poursuivent le but commun d'intérêt général, le développement durable. A cette fin, l'Etat a institutionnalisé l'usage de trois techniques dont justement le contrat pour s'assurer au mieux d'un comportement des communautés locales conforme à son souci de développement durable.

Cette politique de gestion contractuelle de l'environnement tend aujourd'hui à se généraliser, la GELOSE en demeurant l'exemple emblématique. Elle est ainsi préconisée dans le cadre particulier de la gestion des forêts (§33, 95 et suivants de la Politique forestière malagasy, annexée au Décret 97-1200 du 2 octobre 1997 portant

13 Karpe P, Randrianarison M. « La régulation des ressources naturelles à Madagascar: théorie et pratique de la sanction dans la loi Gelose » (2009) 3 Revue juridique de l'environnement 301-316

14 Hardin G. « The Tragedy of the Commons » (1968) 162 Science 1243-1248

15 Montagne P., Bertrand A. « Histoire des politiques forestières au Niger, au mali et à Madagascar » dans Bertrand A, Montagne P et Karsenty A dir., *Forêts tropicale et mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2006, 54.

adoption de la Politique forestière malagasy). Plus spécialement, cette politique est développée à fin de l'approvisionnement durable urbain en bois énergie à usage domestique (initiative du Projet CARAMCODEC/Arina Raitra IfotorañNy Aramaso (ARINA), 1er janvier 2007 - 31 décembre 2008, Union Européenne/CIRAD et Centre Wallon de recherches agronomiques (CRA) Gembloux/Direction Nationale de l'Énergie (DEN) et Direction Générale des Eaux et Forêts (DGEF) Madagascar). Dans le cadre du projet de Décret portant sur le régime juridique de l'approvisionnement durable urbain en bois énergie à usage domestique, est prévue la conclusion de deux conventions régionales entre différentes autorités locales (principalement par la Région, le responsable chargé de l'administration forestière déconcentrée, le responsable chargé de l'administration fiscale déconcentrée, le responsable chargé de l'administration déconcentrée chargée de la police, le responsable chargé de l'administration déconcentrée de la gendarmerie, les communes et les communautés de base). L'une porterait sur les conditions nécessaires à l'application du décret en cours de rédaction sur le régime juridique du charbon. L'autre fixerait le système local de contrôle de la filière charbon de bois et de son financement.

i.2. Ebauche du régime juridique du contrat de régulation ou normatif

Il n'est pas encore possible de donner l'ensemble des éléments du régime juridique du contrat de régulation ou normatif. Quelques éléments peuvent être proposés¹⁶.

i.2.1. Du rapport entre la Loi et le Contrat de régulation ou normatif

La situation créée n'est pas celle existante entre la loi et son décret d'application, laquelle peut au demeurant perdurer. Il s'agit en l'espèce d'une correction de l'écriture de la loi, de sa structuration pour en améliorer l'effectivité et l'efficacité.

Le contrat de régulation ou normatif complète et renforce les outils déjà existants. Il constitue un mode plus souple de relation entre l'Etat et les autres personnes publiques ou privées. Il permet aussi d'intégrer et de coordonner dans des actions communes plusieurs personnes publiques et privées. En outre, mettant "*en adéquation la création (par les contractants) et l'application (aux contractants) de la norme, le contrat permet "une contextualisation" de la norme. Il s'oppose ainsi avec la norme imposée qui par définition n'est pas élaborée par celui ou ceux à qui elle s'applique. La procédure permet l'adaptation de la règle à son contexte d'application, tandis qu'une règle hétéronome est plaquée indépendamment de ce contexte*" (Lokiec, 2007)¹⁷. Enfin, fondé sur la négociation, l'adhésion et le consentement des parties, le contrat contribue à améliorer l'effectivité et l'efficacité de l'action étatique.

La loi et le contrat de régulation ou normatif existent tous deux. Ils sont distincts et égaux. Le contrat ne se substitue pas à la loi. Il la complète mais sans que cela soit sous son autorisation, encadrement et contrôle. Il y a juste un ordre de succession temporel. A ce premier ordre, s'en ajouterait un second lié aux caractères des normes, le premier est général, le second est spécifique. Dans tous les cas, il n'y a aucun lien de subordination. La loi ne délègue finalement aucun pouvoir, ne l'encadre pas ni le contrôle, quand bien même des dispositions légales le préciseraient. Le contrat et la loi contribuent ensemble mais séparément à la réalisation des objectifs de l'Etat. Ils n'existent pas l'un sans l'autre, mais sans aucun lien de subordination. Ce lien n'existe que vis-à-vis des finalités de l'Etat, dont ils deviennent tous deux les instruments, les expressions immédiates, de même niveau. Ils sont seulement solidaires. Le contrat doit juste par une addition avec la loi garantir la réalisation de la politique de l'Etat. Conséquemment, il peut dévier par rapport à la loi. Il n'est pas indispensable qu'il soit conforme à la loi tant dans ses dispositions que dans son application. Il n'est pas non plus nécessaire qu'il en assure la mise en œuvre complète. Cette autonomie du contrat vis-à-vis d'un acte considéré communément comme imposé, non négociable et donc nuisible aux intérêts particuliers peut encourager et faciliter l'adhésion de tiers à un contrat existant ou à créer.

16 Pour de plus amples développements, voir: Karpe P., 2010. A quelles conditions le Droit peut-il participer/participe-t-il à l'amélioration des conditions de vie des populations locales ? Contribution à une théorie positive du Droit. Dossier pour l'Habilitation à Diriger des Recherches. Document d'habilitation. Volume 1.

17 Lokiec P., 2007. La contractualisation et la recherche d'une légitimité procédurale. In: Sandrine Chassagnard-Pinet et David Huez (eds). Actes du Colloque: La contractualisation de la production normative. Colloque de clôture du programme de recherche "Le système juridique à l'ère de la contractualisation" développé au sein du Centre René Demogé de l'Université Lille 2 avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, 11, 12 et 13 octobre 2007. p. 13-26. p. 19.

Dans cette configuration de l'action publique, il semble nécessaire d'admettre que la réalisation des politiques publiques ou de l'intérêt général ne serait pas linéaire, mais surtout qu'elle ne serait pas pleinement acquise parce qu'elle serait totale (100%). Elle pourrait l'être tout en demeurant incomplète (90% ou moins encore). La totalité serait non pas inatteignable, mais bien inexistante. Mieux, il pourrait être constaté qu'au-delà de ce point de pleine réalisation, celle-ci cesserait et retomberait progressivement vers le point 0, état de non-réalisation entière.

i.2.2. Conditions pour une complémentarité réelle et utile du Contrat de régulation ou normatif

Le contrat de régulation ou normatif doit permettre à l'Etat de poursuivre réellement et efficacement l'ensemble de sa politique et de ses objectifs en chaque endroit et auprès de chaque individu ou collectivité concernés. A quelles conditions le facilite-t-il?

i.2.2.1. *Une question sans portée: la détermination de la nature juridique du Contrat*

Le contrat de régulation ou normatif doit être un complément utile à la loi. Ce faisant, il ne paraît guère pertinent de rechercher sa nature juridique au regard de catégories préexistantes (contrat de droit public ou de droit privé). Il importe bien plus de déterminer ses différents caractères en fonction de son but et de son objet. Certains de ces caractères ont déjà pu être identifiés, d'autres doivent encore l'être. Il s'agit ainsi d'un instrument ouvert, ni contraignant, ni fermé. Le contrat peut ainsi épouser les différentes situations dans lesquelles il est mis en œuvre.

i.2.2.2. *Quelques conditions de réalisation de l'intérêt général*

Schématiquement, l'Etat doit gérer uniformément et de manière cohérente l'ensemble d'un espace donné et des individus présents dans cet espace. Le contrat de régulation ou normatif doit permettre à l'Etat de poursuivre l'ensemble de sa politique et de ses objectifs en chaque endroit et auprès de chaque individu ou collectivité concernés. A cette fin, l'Etat doit tout d'abord conclure tous les contrats dont il a besoin, c'est-à-dire n'exclure aucun endroit et population susceptibles s'ils demeurent en autorégulation de nuire à la réalisation des objectifs étatiques sur l'espace concerné. Il doit par ailleurs veiller à ce qu'entre eux, les contrats ne se contredisent pas et si besoin est soient solidaires. Enfin, il doit s'assurer qu'aucun des contrats de régulation ou normatifs conclus ne nuit par leur teneur à ces objectifs.

i.2.2.2.1. La multiplication des contrats conclus

Si l'Etat veut appliquer sa politique sur un territoire ou un espace donné, il doit s'assurer que l'ensemble de ceux concernés contracte un contrat de régulation ou normatif. Il ne s'agit pas de contracter avec tous les individus ou collectivités, mais uniquement avec ceux ayant un rapport même lointain avec la politique poursuivie. Or, le Contrat demeure un acte volontaire. Ainsi, il ne peut garantir l'application de la loi que dans un champ personnel et territorial très limité, et ainsi faire obstacle à la réalisation de l'intérêt général. Comment l'Etat peut-il s'assurer que l'ensemble de ceux concernés contracte avec lui un contrat? Il faut développer l'usage du contrat, inciter l'ensemble des personnes concernées à conclure des contrats. De quelle manière? L'Etat peut notamment prévoir des mesures incitatives. Il peut ainsi accorder des avantages, financiers, fiscaux ou autres, à ceux ayant conclu un contrat. De tels avantages existent à Madagascar dans le cadre de la GELOSE. Les communautés locales de base¹⁸ (CLB), signataires et titulaires des contrats, bénéficient d'avantages divers "*essentiellement économiques utilisant en particulier les outils de la parafiscalité*" (article 54) pour les aider à commercialiser et à valoriser leurs produits. Ils ont un effet d'autant plus incitatif qu'ils sont modulables en particulier en fonction de la

18 La communauté locale de base (ou Vondron'Olonon Ifotony (VOI) en malgache) est un "groupement volontaire d'individus unis par les mêmes intérêts et obéissant à des règles de vie commune. Elle regroupe selon le cas les habitants d'un hameau, d'un village ou d'un groupe de villages" (article 3, § 1er de la loi GELOSE). Le plus souvent, elle correspond concrètement au Fokon'olona. La communauté locale de base est dotée de la personnalité morale et fonctionne selon les règles applicables aux associations (article 3, § 2 de la loi GELOSE). La loi GELOSE n'encadre pas la désignation des représentants des communautés locales de base mais impose la reconnaissance par la commune de leur existence réelle.

situation spécifique de chaque CLB et des marchés dans lesquels elles commercialisent leurs produits (article 54, § 4).

Ces avantages, financiers, fiscaux ou autres, permettent non seulement inciter les acteurs à signer avec l'Etat un contrat de régulation ou normatif. Ils participent aussi à garantir l'effectivité et l'efficacité de ce contrat une fois conclu.

Tableau 3: Synthèse des conditions de réussite des contrats de transfert de gestion

Conditions de réussite du contrat à accomplir avant la conclusion de celui-ci, c'est-à-dire destinées à bien fonder le contrat	Conditions de réussite du contrat à accomplir après la conclusion du contrat et tout au long de sa vie
<p>Conditions utiles pour une réelle appropriation sociale du contrat:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ le transfert de gestion doit être initié par les populations locales elles-mêmes ✓ l'ensemble des acteurs concernés (populations locales, administrations déconcentrées et collectivités décentralisées) doivent participer sur un pied d'égalité aux négociations sur les termes de la délégation de gestion ✓ les revendications de l'ensemble des acteurs concernés doivent être réellement et pleinement prises en compte ✓ l'engagement des acteurs doit être libre et conscient, ce qui exige qu'ils disposent d'informations fiables et complètes (le diagnostic détaillé du milieu d'intervention permet d'acquérir ces informations) ✓ le rythme des parties prenantes doit être respecté ✓ les institutions et les processus propres des différents acteurs concernés encore en vigueur doivent être respectés, ce qui implique, concernant les populations locales, de ne pas leur imposer le respect de règles coutumières tombées en désuétude 	<p>Conditions utiles pour une sanction réelle du contrat:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ il faut recourir à un Dina, mis en œuvre par une police forestière de proximité (<i>polisin'ala</i>), et adapté (forme et fond) à son contexte culturel et social d'application et à la nature des activités qu'il doit régir ✓ il faut rénover le contrôle forestier par l'institutionnalisation d'un contrôle forestier décentralisé et autofinancé, garantissant la juste rémunération de tous les agents chargés du contrat ✓ il faut mettre en place une fiscalité incitative et différentielle, destinée à inciter les populations locales et les communautés de base à œuvrer dans la légalité
<p>Conditions utiles pour une garantie de bénéfices réels:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ il importe d'une part de sécuriser les pouvoirs des communautés locales grâce à la sécurisation foncière ✓ il faut renforcer les capacités de gestion (matérielles et intellectuelles) de ces communautés par différents outils de gestion (plan d'aménagement et de gestion simplifié ou PAGS, cahier des charges, etc.) définissant et planifiant les activités réalisables sur la base de travaux d'enquêtes et d'inventaires précis ✓ il convient d'adapter les termes du contrat aux réalités écologiques, économiques et sociales propres de chaque communauté délégataire (le diagnostic détaillé du milieu d'intervention permet de mieux cerner les conditions et les réalités locales et ainsi d'adapter le contrat à son contexte de mise en œuvre) 	<p>Conditions utiles pour une capacité réelle de mise en œuvre du contrat:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ diverses aides doivent être accordées aux acteurs concernés, notamment des appuis techniques et des formations ✓ le contrat doit être de forme écrite ✓ les termes du contrat doivent être effectivement compréhensibles et donc appropriables par eux, ce qui implique en particulier de rédiger le contrat en des termes très larges, évitant toute précision, trop de détails, tout engagement dans des applications strictes des obligations souscrites

(Karpe et al., 2010¹⁹)

La généralisation de l'usage du contrat de régulation ou normatif peut prendre du temps. Toute précipitation peut être nuisible. C'est bien ainsi qu'à Madagascar la régulation contractuelle a été comprise par ses promoteurs. Le contrat GELOSE a été conçu "*dans le long terme et [doit] à terme toucher la majeure partie des 1100 communes et 13000 communautés de Madagascar. Il ne s'agissait pas, à l'époque de réussir en 5 ans là où 70 ans de politique centralisée avait échoué. L'idée était bien de se donner une bonne vingtaine d'années pour développer, tester et évaluer les résultats obtenus et selon ces résultats d'apporter les correctifs indispensables*" (Montagne et al., 2007²⁰). La "*course aux contrats*" (Montagne et al., 2007²¹) engagée depuis le début des années 2000 menace la qualité des contrats signés et "[obère] *de façon rédhibitoire leur durabilité*" (Montagne et al., 2007²²).

i.2.2.2.2. La mise en cohérence des contrats par l'existence d'un cocontractant commun

La présence d'un même interlocuteur dans tous ces contrats de régulation ou normatifs, à savoir l'Etat, est un outil important pour garantir la cohérence entre les contrats. Cette condition se vérifie par exemple à Madagascar. Aucun contrat GELOSE n'y est conclu sans sa participation aux négociations ni son accord (12, 14 § 3, 38, 39, 41, 42 et 46 de la loi GELOSE; article 10 du décret 2001-122 fixant les conditions de mise en œuvre de la gestion contractualisées des forêts de l'Etat). Par ailleurs, s'il est propriétaire de la ressource, il sera lui-même cocontractant (article 6 de la loi GELOSE; article 8 du décret 2001-122 fixant les conditions de mise en œuvre de la gestion contractualisées des forêts de l'Etat). Reste cependant à s'assurer que les administrations déconcentrées qui le représentent ne sont pas elles-mêmes dans une situation d'autonomie vis-à-vis de l'Etat et donc d'autorégulation. Dans ce cadre, des contrats de régulation interne pourraient être également envisagés pour résoudre cette difficulté.

i.2.2.2.3. Un contenu contractuel cohérent avec les objectifs de l'Etat

Il faut éviter qu'un contrat de régulation ou normatif conclu ait des dispositions contraires aux intérêts de l'Etat.

i.2.2.2.3.1. Les outils de mise en équilibre des intérêts

Le contrat de régulation ou normatif est une recherche d'un équilibre entre des intérêts divers et parfois divergents. Il est le résultat d'une négociation, et non pas un acte unilatéralement imposé à l'une des parties. Cependant, dans le cadre du contrat de régulation ou normatif, la liberté contractuelle des parties contractantes est nécessairement limitée. En effet, le contrat doit être un complément utile à la loi. Il ne doit donc pas s'écarter des objectifs politiques fixés par l'Etat et traduits dans la loi. Il importe donc que l'Etat ait une capacité réelle de défendre ses objectifs et ainsi de négocier valablement le contrat. A-t-il cette capacité? Comment au besoin la renforcer? Peut-on envisager une sorte d'échelonnement dans la réalisation des objectifs de l'Etat? Il ne suffit pas de garantir à l'Etat une capacité de négociation pour s'assurer d'un contrat utile à la réalisation des objectifs de l'Etat. Il importe également de ne pas restreindre exagérément la liberté contractuelle du cocontractant. Une restriction trop importante pourrait en effet nuire aux intérêts de l'Etat en conduisant son cocontractant à renoncer au contrat ou bien à n'y adhérer que formellement. Quelle est la limite à ne pas franchir? Est-elle variable?

Sous peine de ne pas pouvoir contracter utilement, comment dès lors concilier ces deux exigences, contraintes: sauvegarde et réalisation des objectifs de l'Etat et maintien d'une certaine liberté contractuelle du cocontractant? Quel est le juste équilibre? Le recours à un médiateur pourrait aider à le trouver. Celui-ci est institutionnalisé à Madagascar dans le cadre du contrat GELOSE. Compte tenu de son rôle, la désignation du médiateur doit logiquement et utilement relever de la diligence et de l'appréciation consensuelle des parties. Il doit également être totalement autonome. N'est-ce pas toutefois une garantie trop fragile et mal fondée, un surprenant

19 Karpe P, Randrianarison M, Montagne P., Bertrand A. « La réalisation du développement durable à Madagascar: détermination et analyse des conditions de réussite du contrat de transfert de gestion de l'environnement aux populations locales » (2010) 5 R.D. McGill 171-197.

20 Montagne P., Rakotondrainibe P. « Les politiques forestières et environnementales: brève revue historique » dans Montagne, P., Razanamaharo, Z., Cooke, A. dir., *Tanteza*, Antananarivo, CITE, 2007, 39. 44.

21 Ibid., 44.

22 Ibid., 44.

aveuglement? La solution serait-elle plutôt à chercher dans les éléments de construction de la négociation? "Le rapport entre une norme et son application n'est jamais un rapport immédiat. Les conséquences d'une politique ou d'une décision ne se laissent pas réduire à celles qu'un calcul d'anticipation ou d'optimisation permet de définir. Elles sont aussi toujours fonction des représentations propres aux contextes au sein desquelles ces normes et objectifs auront à se réaliser. L'hypothèse de la procéduralisation contextuelle considère que l'application effective d'une norme jugée pertinente dépend des ressources fournies par les contextes liés aux formes de vie existantes. Il s'agit donc d'intégrer à la négociation une reconstruction des représentations des acteurs concernés, afin de savoir comment ceux-ci sélectionnent les possibles et définissent les questions. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut créer des dispositifs " efficaces " de négociation et de transformation sociale. A défaut, on abandonne la mise en œuvre de la norme au seul jeu des rapports de force et à la seule reproduction des formes de vie dominantes. C'est dire qu'une négociation se doit de porter non seulement sur les objectifs à atteindre, mais aussi sur les transformations des contextes qui, en dernier ressort, vont conditionner les résultats effectifs du processus d'application des normes adoptées"²³. Ne faudrait-il pas finalement faire confiance au caractère intrinsèque du droit? Le droit déteindrait-il sur les individus, constituant une sorte de "phare vertueux"? Les politiques adhéreraient ainsi même hypocritement à un juste droit avec le secret espoir de devenir meilleur, de changer. On peut douter d'une telle réalité. Par contre, il est certain que le droit se venge en rétablissant sa propre logique et finalité. Pour ce faire, il importe que la règle soit composée en pleine conformité avec la méthodologie et la logique juridiques. Plus elle sera artificielle, plus elle sera vengeresse et ainsi vertueuse. Il faudrait ainsi renoncer totalement aux principes de légistique²⁴ énoncés. Ceux-ci retireraient en effet au droit ses qualités: déteindre ou mieux se venger. Leur respect aurait un effet extrêmement nuisible. Il complèterait et renforcerait les mauvaises intentions (masquées) des rédacteurs des textes. Certes, à l'instant de la vengeance, les auteurs de la règle pourraient se sauver en rédigeant une nouvelle loi conforme à l'orthodoxie juridique, ouvrant ainsi une nouvelle période d'inutilité de la règle. Mais, il s'agit d'une fuite en avant épuisante. Par ailleurs, rien n'empêche d'espérer que, fatigués, ils oublient leurs préventions et négocient loyalement le contenu de la règle en respectant par ailleurs les règles de légistique. Vulgaire rêve? Le fond du Droit contrarierait ainsi la forme du Droit. La poursuite du développement durable demeure cependant essentielle pour de nombreuses populations. Que faire? Pour le réaliser, il importerait finalement (mais momentanément?) d'ignorer le Droit. Celui-ci serait en l'état des connaissances nuisible. Du reste, le contexte de l'accès dans les pays et les territoires vulnérables permettrait sans danger et même avec profit de le méconnaître. Là réside certainement la base pour la fondation d'un statut utile du développement durable.

i.2.2.3.2. Les caractères de l'équilibre

A quel équilibre entre les intérêts en présence aboutit-on? On peut aboutir à une asymétrie entre les droits et les obligations des différentes parties au contrat de régulation ou normatif. Ceci ne serait cependant pas un défaut ou une faiblesse des négociations, des négociateurs et du contrat. Ce ne serait pas non plus un déséquilibre condamnable. Dans la pensée malgache, par exemple, l'équilibre peut avoir un contenu particulier. Il n'est ni de l'égalité, ni de l'équité, mais plutôt la satisfaction de chacune des parties et le respect entre elles. Ce concept est communément connu sous le nom de *rariny* et *hitsiny*. La loi GELOSE permet et facilite quant à elle l'établissement d'un équilibre évolutif et la réalisation progressive des objectifs de l'Etat. La gestion déléguée se construit et se réalise graduellement. La loi en crée les conditions. Ainsi, le contrat n'est pas signé une fois pour toute. Au contraire, la loi institue une succession de contrats, qui évoluent au fur et à mesure notamment des progrès de la gestion par la CLB. Elle dispose, en effet, que le contrat est renouvelable à des périodes fixes prédéterminées: la durée du contrat est initialement de 3 ans puis de 10 ans à chaque renouvellement (article 39, § 1 et 2). A chaque terme, les résultats de la mise en œuvre du contrat sont évalués (article 39, § 2). Cette évaluation conditionne le renouvellement du contrat (article 39, § 1^{er}). La loi prévoit que les termes du contrat peuvent être modifiés à chaque renouvellement. Enfin, chaque contrat est accompagné de divers documents techniques eux-mêmes adaptés, modulables et révisables (cahier des charges et *Dina*) qui en assurent la réalisation concrète.

23 Lenoble, J. « Négociations internationales: une question de procédures » (2000) 60 Courrier de la Planète, en ligne: Le Courrier de la planète [http:// archives.courrierdelaplanete.org](http://archives.courrierdelaplanete.org).

24 La légistique permet de traiter de façon pluridisciplinaire la rédaction des textes normatifs du point de vue de leur forme et de leur contenu. C'est une science de la préparation et de la gestion des normes: elle tend à déterminer des règles de rédaction des textes qui favorisent leur interprétation, leur combinaison et leur codification en améliorant leur qualité; elle cherche aussi à standardiser les formules pour faciliter l'informatisation; elle se penche enfin sur les modalités d'application pour lever les incertitudes et sur l'ensemble de l'ordonnancement pour le rationaliser. On distingue la légistique matérielle de la légistique formelle. La première porte sur le contenu de la matière à traiter, détermine la manière avec laquelle un problème est ou doit être réglé. La deuxième porte sur la mise en forme du projet normatif, de sa transformation en textes légaux.

ii. *Le Contrat de correction*

La connaissance de la Loi n'induit pas nécessairement son application. Les individus peuvent certes appliquer la Loi mais aussi très bien s'en écarter. Des variations ou les contradictions peuvent exister entre la lettre du texte et son application par les individus, au travers de leurs propos ou de leurs comportements. Elles peuvent également être entre les individus eux-mêmes. Ces variations et ces contradictions ne seraient pas toutes de même intensité. Elles ne s'expliqueraient pas simplement par le contexte difficile de l'accès au Droit. Il ne suffirait donc pas d'améliorer celui-ci pour restaurer pleinement la Loi.

Comment considérer cette application? Faut-il sanctionner ces variations ou ces contradictions? Il ne s'agirait pas de se contenter de les tolérer. Il semblerait au contraire bien utile de les reconnaître, de les valider et de les employer de manière constructive et dynamique. A ces fins, serait-il avantageux d'assimiler cette application à de la coutume? Le choix de la réponse à donner dépendrait fondamentalement du rôle admis et revendiqué que l'on souhaiterait attribuer à l'application de la Loi dans la réalisation des politiques publiques et de l'intérêt général, étant admis qu'un tel rôle doit lui être reconnu.

Il semblerait peu judicieux d'assimiler cette application à de la coutume. Certes, celle-ci a un rôle utile dans l'action publique. Elle peut faciliter l'acceptation sociale du texte et donc son application réelle. Cet apport est accru dans la mesure où elle permet aussi d'adapter en continu le texte aux réalités existantes et à leur changement. Cependant, cette identification ne permettrait pas de rendre compte de la complexité certaine de la situation. Ce ne serait pas un concept suffisamment subtil et dynamique. Enfin, suivant les contours et les évolutions des faits, se contentant de les accompagner, la coutume n'aurait pas un effet suffisamment créatif et d'initiative pourtant indispensable. Une conceptualisation différente de cette application semblerait donc plus intéressante et constructive dans un effort d'améliorer la réalisation des politiques publiques et de l'intérêt général. Il faut en faire un véritable instrument, un outil plus actif en la matière. Quelle serait cette autre conceptualisation?

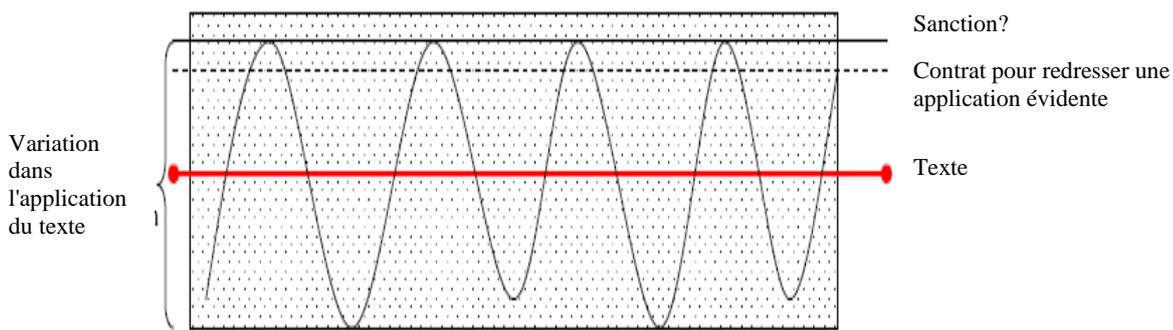
Il ne serait pas non plus nécessaire ni utile de modifier la Loi au regard de ces variations ou contradictions. L'application de la Loi par les individus (propos et comportements) deviendrait en effet un élément descriptif ou de définition de la Loi. Celle-ci serait donc l'addition du texte et de son application sociale. Cet ensemble constituerait dorénavant l'instrument à utiliser par l'Etat pour réaliser ses politiques ou atteindre l'intérêt général. Dans cet ensemble, que devraient être le fond et la forme du texte pour être un complément utile à l'application sociale, et ainsi former un tout pertinent pour l'Etat? La rédaction de la Loi sous la forme de principes fondamentaux apparaît évidente et pertinente²⁵. Réciproquement, quels devraient être le contenu et les caractères de l'application sociale pour compléter utilement le texte? Puisqu'il s'agit de variations ou de contradictions y compris entre les individus, les caractères des usages créateurs de coutume ne peuvent pas servir de modèle. Quels enseignements peut-on tirer à Madagascar de l'institutionnalisation du *Dina* et des "petits papiers" (Aubert et al., 2008²⁶; Karpe, 2010²⁷)? Dans tous les cas, certaines applications sociales seraient susceptibles d'être sanctionnées ou, mieux, corrigées, redressées ou réorientées grâce à la conclusion d'un contrat. Ce contrat est distinct du contrat de régulation ou normatif. Il ne s'agit pas en effet d'un contrat qui garantit l'application du texte, un outil complémentaire de mise en œuvre. Le contrat ici envisagé tend à redresser, à corriger une application déviante. Il s'agit d'un contrat de correction.

Figure 8: Ebauche de la structuration de l'application

25 Voir: Karpe P., 2010. A quelles conditions le Droit peut-il participer/participe-t-il à l'amélioration des conditions de vie des populations locales ? Contribution à une théorie positive du Droit. Dossier pour l'Habilitation à Diriger des Recherches. Document d'habilitation. Volume 1.

26 Aubert S, Razafiarison S, Ralambomanana K, Ranaivoson A T, Delcourt C, Rakotonandrasana T, Fabre C, Bertrand A, Karpe P. « Pluralisme juridique et sécurisation foncière dans une commune cadastrée. Le cas de Miadanandriana » dans Sandron F dir., *Population rural et enjeux foncier à Madagascar*, Antananarivo, Paris, CITE, Karthala, 2008, 195

27 Karpe P., 2010. A quelles conditions le Droit peut-il participer/participe-t-il à l'amélioration des conditions de vie des populations locales ? Contribution à une théorie positive du Droit. Dossier pour l'Habilitation à Diriger des Recherches. Document d'habilitation. Volume 1.



Le contrat de correction n'est pour l'instant qu'une idée, récemment soumise. Elle n'est pas encore structurée²⁸.

3. Conclusion

Plusieurs pays producteurs de bois (dénommés (Pays Partenaires FLEGT)²⁹) ont récemment intégré le processus FLEGT³⁰ en concluant des Accords de Partenariat Volontaire (APV) avec l'Union Européenne. "Ces accords sont conçus pour éliminer le bois produit illégalement des marchés nationaux et internationaux des Pays Partenaires. Un APV est un accord à valeur légale entre l'UE et un Pays Partenaire selon lequel l'UE et le Pays Partenaire s'engagent à travailler ensemble pour soutenir les objectifs du Plan d'Action FLEGT et à mettre en place un régime d'autorisations pour le bois"³¹. Le Plan d'Action FLEGT établit "un programme d'actions qui constituent la réponse de l'Union Européenne au problème de l'exploitation illégale des forêts et du commerce du bois et produits dérivés qui y est associé"³².

Carte 1: Etat des lieux des APV-Flegt au 21 novembre 2011

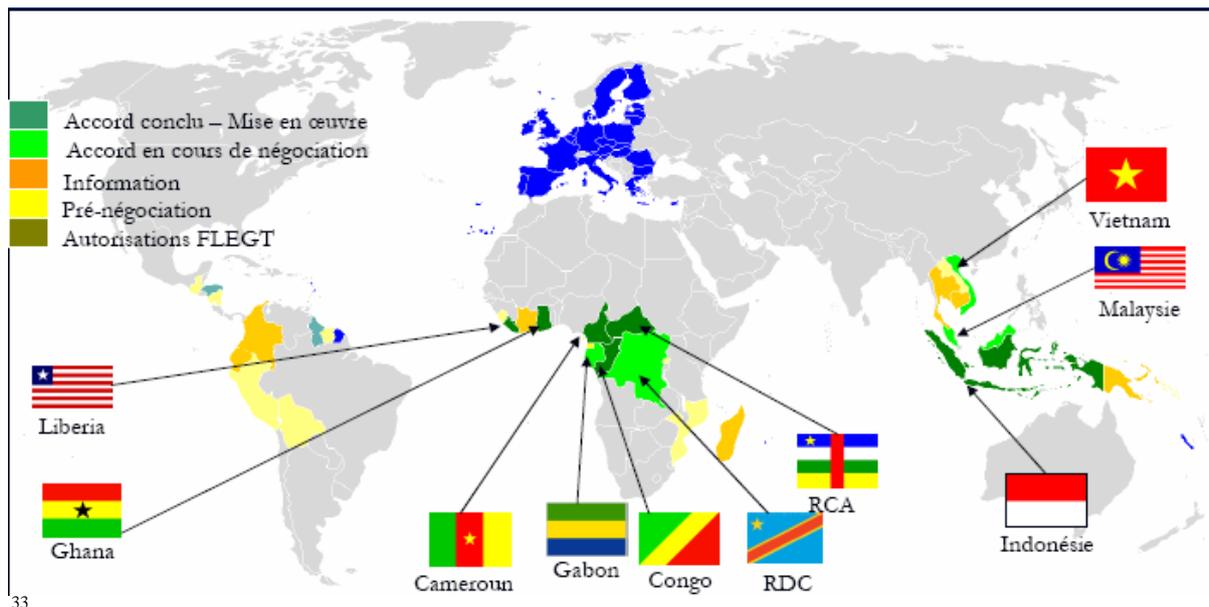
28 Voir: Karpe P., 2010. A quelles conditions le Droit peut-il participer/participe-t-il à l'amélioration des conditions de vie des populations locales ? Contribution à une théorie positive du Droit. Dossier pour l'Habilitation à Diriger des Recherches. Document d'habilitation. Volume 1.

29 Il s'agit notamment du Ghana, du Cameroun, de la République du Congo et de la République centrafricaine.

30 L'acronyme FLEGT vient de l'anglais (Forest law enforcement, governance and trade) et signifie Application des Réglementations Forestières (Les Notes d'Information FLEGT. Application des Réglementations Forestières, Gouvernance et Echanges Commerciaux. Qu'est-ce que FLEGT? Note d'Information Numéro 01. Série 2007. Commission Européenne. Union Européenne).

31 Les Notes d'Information FLEGT. Application des Réglementations Forestières, Gouvernance et Echanges Commerciaux. Qu'est-ce que FLEGT? Note d'Information Numéro 01. Série 2007. Commission Européenne. Union Européenne.

32 Les Notes d'Information FLEGT. Application des Réglementations Forestières, Gouvernance et Echanges Commerciaux. Accords de Partenariat Volontaire (APV). Note d'Information Numéro 06. Série 2007. Commission Européenne. Union Européenne.



Quelle peut être la place des APV-FLEGT dans la démarche juridique?

L'ensemble des trois phases ou sous-ensembles (pré-loi, puis éléments formels et enfin éléments institutionnels) peut être englobé dans un mécanisme APV-FLEGT. Celui-ci pourrait être envisagé comme un outil de planification, de supervision et de contrôle/suivi de la démarche juridique. Il pourrait ainsi dans ce cadre aider à déterminer les nouveaux éléments formels et institutionnels nécessaires à la bonne marche d'un processus en cours. La lecture de l'APV-FLEGT récemment conclu avec le Cameroun donne à penser que ce rôle si jamais il est possible ne serait pas celui de tous les APV. Sa rédaction est obscure, incomplète, peu innovant, trop équivoque et très souvent contradictoire. Est-il véritablement un outil de pleine construction d'une légalité? Un principe doit être absolument rappelé. Pour que la gouvernance s'améliore, il faut sur le plan du droit, faire des réformes de fond et de forme. Sur ce second point, ceci signifie qu'il faut que la forme du droit soit adaptée à son contexte d'accès et d'application. A défaut, d'une telle coordination entre ces deux aspects de la réforme, celle-ci ne sera qu'inefficace. Or, si on lit l'APV-FLEGT conclu par le Cameroun, on est en pleine contradiction: on insiste sur la légalité, on semble la vouloir d'ailleurs "contextualisée" mais alors pourquoi entre autres insérer des dispositions sur les effets négatifs de cette "légalité" sur les autochtones et les populations locales (article 17)? Si elle est vraiment contextualisée elle ne peut être que bonne pour ces communautés. On ne sait dès lors plus trop de quelle légalité parle cet accord.

Encadré 1: Rédaction appropriée de l'APV-FLEGT

Rédaction actuelle:

12ème alinéa du Préambule: "RÉSOLUS à œuvrer pour minimiser les effets négatifs sur les communautés locales et autochtones et les populations pauvres qui pourraient découler directement de la mise en œuvre du présent accord"

Article 17

"Clauses de sauvegarde sociale, économique et environnementale des communautés locales et autochtones

1. Afin de minimiser les effets négatifs potentiels du régime d'autorisation FLEGT sur les communautés autochtones et locales concernées, les parties conviennent d'évaluer l'incidence du présent accord sur leurs modes de vie.

2. Les parties surveillent les incidences notamment économiques et environnementales du présent accord sur ces communautés, et prennent des mesures raisonnables appropriées en vue d'atténuer toute incidence défavorable".

Rédaction cohérente:

Considérant ou alinéa de préambule rappelant un principe fondamental: "La légalité adaptée/contextualisée à construire doit poursuivre le développement durable. Elle doit être contextualisée dans sa forme et son fond. Elle

33 Frosio C., 2011. La situation des APV. Délégation de l'Union Européenne au Cameroun. Governance Forum in Central Africa: Forest Governance Appraisal and APV/FLEGT Process Progress. Hôtel Mont Fébé. Yaoundé, 21-22 Novembre 2011.

doit donc intégrer les différences de situations entre les nombreux utilisateurs de la ressource forestière et ainsi ne pas être par nature sa propre cause de violation".

Article sur les autochtones: "Les Etats s'engagent, dans le cadre de la définition et de l'application d'une légalité finalisée et adaptée/contextualisée, à adopter des dispositions tenant compte des différences de situations entre les utilisateurs de la ressource forestière et spécialement des conditions spécifiques des communautés autochtones et locales"

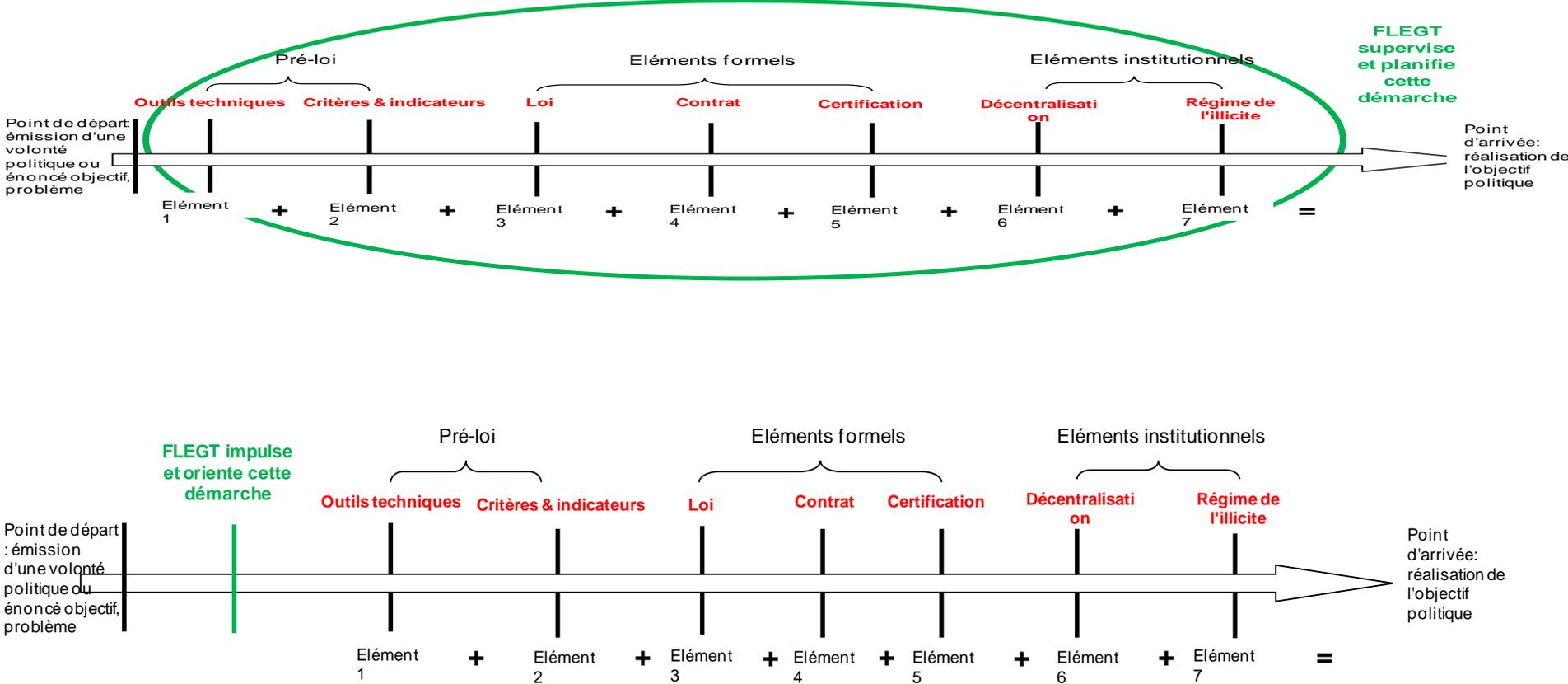
Cet accord conserve malgré tout un rôle positif. Il pourrait constituer un instrument d'impulsion et d'orientation, sans plus. A cet égard, il serait moins un outil d'établissement et de contrôle d'une légalité que celui d'instigation d'une nouvelle gouvernance et citoyenneté environnementale. Il faudrait systématiser et énoncer les grandes lignes de rédaction et de construction de chacun de ces deux types d'APV-FLEGT. On peut en particulier penser que l'APV-FLEGT d'instigation ne devrait pas contenir une grille de légalité comme actuellement mais plutôt une "grille de bonne gestion/de bonne foi/de sagesse".

L'APV FLEGT n'aurait donc pas la même fonction dans toutes les situations. Accord volontaire et négocié, il ne serait pas de même nature dans tous les Etats. Sa fonction pourrait aller de la simple impulsion au véritable encadrement, planification. Peut-on au cours de la négociation ou au début de celle-ci s'engager pour l'un ou l'autre cas? Ou bien est-ce l'imprévisible résultat de libres négociations?

Lié au commerce extérieur du bois avec le Nord, l'APV-FLEGT n'a-t-il aucune pertinence dans des contextes différents: marché intérieur ou transfrontalier? autre ressource naturelle renouvelable non forestière? Quel rôle peut-il encore y avoir?

Quelles peuvent être ses relations avec d'autres mécanismes existants ou en cours de construction, spécialement la certification (FSC, PEFC notamment) et la REDD? Comment organiser ces trois éléments (structuration, écriture, poids respectif, etc.)

Figure 9: Rôle de l'APV-FLEGT dans la démarche/processus juridique



La démarche juridique ici présentée a été construite sur la base d'enseignements acquis dans le cadre de travaux menés dans le domaine de la gestion et de l'exploitation des forêts. Ce n'est toutefois pas l'unique contexte intéressé par la gestion de l'environnement

Elle concerne par ailleurs la réglementation nationale. Le point de départ est la place et le rôle de la Loi. Dans un contexte d'autonomie des pouvoirs locaux –autonomie apparente toutefois car il existerait aussi des liens dits de "complicité" (Karpe, 2010³⁴)-, il serait possible et nécessaire d'étudier et de proposer une démarche juridique locale et propre à chaque pouvoir local autonome. Ces deux démarches ne sont pas distinctes. Elles sont complémentaires et solidaires, s'interpénètrent et se pensent simultanément. Il s'agit en effet dans la démarche juridique nationale de réfléchir sur l'application locale, individuelle (personne ou collectivité) de la loi étatique. Peut-il s'agir du même contrat quelle que soit le type d'autorité locale? L'analyse de la démarche juridique locale ajoute en particulier les actes locaux des autorités déconcentrées et décentralisées. Les garanties de leur connaissance, application et sanction sont-elles les mêmes que pour la Loi?

Enfin, cette démarche juridique se situe dans le cadre d'une réflexion et de la construction sur un "droit contextualisé". Or, est-il toujours possible de rédiger un tel droit? Il semblerait que le contexte de l'accès et de l'application du droit dans certains pays soit tel qu'il serait totalement impossible ou inutile de concevoir un "droit contextualisé". Faut-il alors rédiger un droit positif très classique? Est-ce la "fin de l'histoire": plus aucun droit forestier n'est possible et pertinent: "fin du droit du développement durable"? Est-ce que ce ne pourrait pas être plutôt le point de départ d'une autre réflexion? Il y aurait ainsi au-delà d'un contexte "maîtrisable" des contextes totalement "non maîtrisables". Ceux-ci auraient des caractères bien trop exorbitants pour rendre possible l'écriture d'un "droit contextualisé". Quels seraient ces caractères? Ce ne seraient pas ceux d'un Etat fragile ou vulnérable. Dans ces contextes "non maîtrisables", il serait encore possible pour une part de rédiger un droit utile. Ce serait un droit "malhonnête" ou "mafieux". Certains de ses traits peuvent déjà être discernés. Il est en partie composé d'un droit classique non contextualisé pour tenir compte du "jeu des apparences". Il s'établit sur la base non pas d'une négociation ou de compromis, mais d'un véritable jeu (ou bluff?) bien compris par les "joueurs". Quelles sont les règles de ce jeu? Qui sont les "joueurs"? Comment jouent-ils? Il semble néanmoins que pour une autre part il devient totalement impossible de rédiger et de mettre en œuvre un droit même "malhonnête" ou "mafieux". Il ne serait possible de proposer et d'appliquer une démarche juridique que là où une société existe. Le Droit ne semble pas avoir prise non pas seulement dans un monde individualiste mais aussi et surtout dans un contexte où l'autre n'existe pas. Dans ce cadre, le Droit, sa pertinence, sa nature, forme, contenu et but resteraient encore pleinement à identifier et justifier. Le droit peut-il créer une société, un lien collectif? Il peut assurément favoriser et approfondir une société existante mais peut-il justement créer celle-ci? Il y aurait un lien entre l'espace, le territoire et le droit. Il semblerait que le droit puisse ainsi empêcher la création d'une société humaine et donc peut-être de la créer ...mais ca ne semble pas aussi simple que ca dans cette relation. Un accord APV-FLEGT initiant une nouvelle gouvernance et citoyenneté autochtone aurait-il un rôle utile en la matière? C'est dans ce questionnement que se situe peut-être la question de la légitimité du droit, finalement fondamentale en l'espèce.

Tableau 4: Nature graduée du contexte et du droit

Nature graduée du contexte de l'accès et de l'application du droit	Nature graduée du Droit au service réel du développement durable des pays dits vulnérables
Contexte commun avec les pays du nord	Droit classique
Contexte maîtrisable	Droit contextualisé
Contexte non-maîtrisable	Droit malhonnête ou mafieux
Contexte hors-limite	Absence de Droit?

34 Karpe P., 2010. A quelles conditions le Droit peut-il participer/participe-t-il à l'amélioration des conditions de vie des populations locales? Contribution à une théorie positive du Droit. Dossier pour l'Habilitation à Diriger des Recherches. Document d'habilitation. Volume 1.