

**LA RECONNAISSANCE DES DROITS FONCIERS DES PEUPLES  
EN AFRIQUE ET LEUR INTERACTION AVEC LES POLITIQUES  
DITES « DE DÉVELOPPEMENT »**

Sarah LAZAAR<sup>1</sup>

La question des droits fonciers est une problématique centrale en Afrique. En effet, « 60 à 80 % des populations africaines, selon les pays, ne possèdent aucun acte justifiant l'attribution des terres sur lesquelles [elles] vivent ou qu'[elles] exploitent. En Afrique, en Amérique latine, en Asie et même dans certaines régions d'Europe, ce déni de propriété a des conséquences sociales, économiques et humaines désastreuses »<sup>2</sup>.

Cette absence de titres fonciers implique une insécurité rendant les populations très vulnérables aux expulsions, surtout quand les terres sur lesquelles elles vivent suscitent la convoitise de certains investisseurs. Cette problématique trouve sa source dans la conception même du droit foncier et le décalage entre celle qu'en ont les populations et celles qu'en ont les institutions nationales et internationales. C'est concernant ces dernières qu'on peut légitimement se demander si une décolonisation du droit international ne serait pas nécessaire à travers la reconnaissance des droits fonciers particuliers en droit international.

Qu'est-ce que la terre ? Que signifie ce terme et à quoi correspond-il concrètement ? Lorsque l'on parle de la terre, fait-on référence à une parcelle déterminée ou à une zone « illimitée » au sein d'un territoire étatique limité ? Fait-on référence à un sol, en comprenant le sous-sol et les richesses que celui-ci peut renfermer ? La terre est-elle un terrain fertile, une zone forestière, un désert ?

La terre est tout cela à la fois. Il y a autant de représentations de la terre qu'il y a de cultures – ou au moins de communautés humaines – pour y vivre. Dès lors, avoir une approche conceptuelle tendant à vouloir à tout prix donner une définition avec des critères spécifiques reste limité. Il n'existe pas de définition unique. Il faut donc interroger les acteurs, c'est-à-dire les peuples vivant et jouissant de l'utilisation de ces terres, et pas seulement les définitions contenues dans les textes institutionnels. La terre pour les San<sup>3</sup> n'est pas la terre selon les normes du droit positif botswanais,

---

1 Doctorante en droit comparé, École de Droit de la Sorbonne, Paris 1 Panthéon Sorbonne.

2 A. HARISSOU, *La terre, un droit humain, Micropropriété, paix sociale et développement*, Dunod, 2011, Préface p. XI.

3 Peuple dit « autochtone » d'Afrique australe, dont une partie vit sur le territoire du Botswana, appelé communément Bushmen.

ni celle des peuples dits autochtones. La terre selon les San est ce qu'ils pensent qu'elle est, et il en va de même pour les autres peuples en Afrique, ayant des modes de vie différents. Leur conception n'étant pas la même que celle de leurs gouvernements respectifs, il est nécessaire de trouver un terrain d'entente.

Ces droits fonciers tels que posés par les droits positifs africains sont connus sur le continent pour être inadaptés, mais aussi vulnérables aux exigences économiques contemporaines (I). Toutefois, le monde juridique n'y est pas totalement insensible, et des tentatives de reconnaissance en droit international sont observables, bien que timides, ainsi que des projets nationaux et locaux, mis en place pour parer les lacunes juridiques (II).

## I. Un droit foncier inadapté et fragile face aux exigences économiques

Le terme foncier vient de fonds et se rapporte à ce qui constitue un fonds de terre<sup>4</sup>, à sa propriété, à son exploitation et à son imposition<sup>5</sup>. Le terme fonds vient lui-même du latin *fundus* signifiant terre, propriété, domaine<sup>6</sup>. Le foncier est donc un adjectif renvoyant à la terre, à une parcelle de terre, un bien juridique. Toutefois, selon Alain Rochegude et Caroline Plançon, le terme foncier est utilisé « souvent de manière imprécise, voire abusive, pour recouvrir tout ce qui, de près ou de loin, touche à l'identification, au statut et à l'utilisation des terrains »<sup>7</sup>. Nous verrons ici en quoi l'approche de la terre par les sociétés négro-africaines<sup>8</sup> est en décalage avec le régime foncier tel que voulu par les gouvernements (A), mais aussi la vulnérabilité de ces régimes et des législations face aux exigences économiques contemporaines (B).

### A. Une représentation de la terre différente aux niveaux local et institutionnel

Dans son ouvrage *L'homme et la terre*<sup>9</sup>, Guy Adjété Kouassigan définit la terre selon les sociétés négro-africaines en suivant un triptyque. La terre est un bien collectif, sans valeur pécuniaire mais avec une valeur spirituelle (1). Dès lors, on comprend mieux pourquoi les régimes fonciers institués en Afrique où ces critères s'appliquent ne fonctionnent pas ou mal, et ce notamment à cause de l'instrument juridique du titre foncier (2).

4 C. AUGÉ, *Nouveau petit Larousse illustré*, 1936. Les définitions sélectionnées sont celles qui intéressent le sujet car les termes foncier et fonds se rapportent par extension à d'autres choses qui ne seront volontairement pas abordées.

5 Définition du terme « foncier » sur le site du *Larousse* [<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/foncier/34447?q=foncier#34394>].

6 Définition du terme « fonds » sur le site du *Grand Dictionnaire Latin* [<http://www.grand-dictionnaire-latin.com/dictionnaire-latin-francais.php>].

7 A. ROCHEGUDE, C. PLANÇON, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier*, Comité technique « Foncier et Développement », 2009 [<http://www.foncier-developpement.fr/wp-content/uploads/fiche-pays-fichier-integral1.pdf>]. Définition du foncier p. 446.

8 Expression utilisée par Guy Adjété Kouassigan et reprise dans cet article.

9 G-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre. Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Berger-Levrault, 1966, p. 10.

### 1. *La valeur spirituelle de la terre au cœur de la représentation au niveau local*

La terre, si l'on veut élaborer un système juridique adapté aux peuples africains, doit être comprise comme faisant partie intégrante des croyances de ces peuples. « On ne peut comprendre son statut spécial dans les systèmes juridiques traditionnels que si l'on met en lumière les croyances inspirées par elle aux hommes qui, à travers plusieurs générations, ont élaboré des corps de normes destinées à régler les rapports quotidiens imposés par la vie en société »<sup>10</sup>.

La terre « n'est pas considérée dans sa simple matérialité, car pour beaucoup de sociétés ouest-africaines, elle est moins ce qu'elle représente que ce qu'elle suggère aux hommes. Avant que d'être source de richesses, elle est source de vie. [...]. Elle se prête, mais ne se soumet pas aux hommes »<sup>11</sup>.

G.A. Kouassigan se focalise dans son ouvrage sur les sociétés ouest-africaines, mais la généralisation peut-être faite en Afrique, et même ailleurs dans le monde<sup>12</sup>. Bernard Nantet, dans son *Dictionnaire de l'Afrique* écrit très clairement qu'en « Afrique, la terre n'appartient pas aux hommes mais à Dieu [A. Hampaté Bâ]. Elle est sacrée, car les ancêtres civilisateurs y sont enterrés. Elle est donnée aux hommes qui veulent la cultiver par le chef de terre ou le chef traditionnel, qui intercèdent auprès des ancêtres par des rituels comportant des offrandes »<sup>13</sup>. G.A Kouassigan ajoute que la plupart des peuples d'Afrique vouent un culte spécial à la terre, et de citer Hubert Deschamps, dans son *Les religions de l'Afrique noire*<sup>14</sup> : « la terre est l'objet d'un culte chez les populations agricoles, c'est-à-dire l'immense majorité des noirs. Une tribu qui s'installe dans un pays fait alliance avec la terre, non pas avec la planète, mais avec l'esprit de ce territoire déterminé »<sup>15</sup>.

Il convient d'apporter un élément supplémentaire ici. Les peuples dont il s'agit sont les peuples d'agriculteurs, c'est-à-dire de sédentaires. Chez les chasseurs-cueilleurs, la terre n'est pas moins sacrée. En effet, pour les San du Botswana par exemple, peuple dit autochtone<sup>16</sup> d'Afrique australe, la terre est considérée comme étant leur mère<sup>17</sup>. Elle est un cadeau sacré dont les hommes doivent prendre soin<sup>18</sup>. La terre n'est pas une simple commodité permettant leur subsistance. Elle est l'essence même de leurs coutumes, le fondement de leurs traditions ancestrales. Elle ne peut donc avoir un équivalent monétaire<sup>19</sup>. Voilà ici un critère complémentaire à prendre en considération. La terre n'est pas un bien commercialisable et à valeur pécuniaire. La terre n'a « pas de valeur appréciable en argent, [et] de ce fait, ne peut faire l'objet de transactions commerciales »<sup>20</sup>.

10 *Ibid*, p. 111.

11 *Ibid*, p. 11.

12 On peut en effet observer la même approche chez les Indiens d'Amérique et les Aborigènes d'Australie.

13 B. NANTET, *Dictionnaire de l'Afrique – Histoire, Civilisation, Actualité*, Larousse, 2006, p. 282.

14 H. DESCHAMPS, *Les religions de l'Afrique noire*, PUF, 1954, p. 27.

15 G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, *op. cit.*, p. 115.

16 L'utilisation de ce terme sera étudiée dans la partie suivante.

17 S. SAUGESTAD, *The Inconvenient Indigenous, Remote Area in Botswana, Donor Assistance, and the First People of the Kalahari*, The Nordic Africa Institute, 2001, p. 215. [<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:242171/FULLTEXT01.pdf>].

18 D. CHAMPAGNE, « Rethinking Native Relation with Contemporary Nation – States », in *Indigenous people and the modern state*, AltaMira Press, 2005, p. 7.

19 A. DUFFY, « Indigenous peoples' land rights : developing a sui generis approach to ownership and restitution », *International Journal on Minority and Group Rights*, 2008, p. 508 : « Land is not conceived as monetary terms ».

20 G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, *op. cit.*, p. 10.

Un véritable lien cosmique s'établit alors entre l'homme et la terre lors de son installation. Ce n'est pas « un simple acte d'occupation », mais « un véritable pacte qui s'établit entre le premier occupant et les esprits du terroir sur lequel il s'installe »<sup>21</sup>.

G.A Kouassigan qualifie la terre de bien, et en particulier de bien collectif, comme étant « un principe constant des droits fonciers ouest-africains »<sup>22</sup>. La terre fait donc l'objet d'une appropriation, elle « appartient à une communauté [...] mais jamais à un individu à titre privatif et exclusif »<sup>23</sup>.

C'est dans un tel contexte qu'est venu s'imposer, par la colonisation<sup>24</sup>, le titrement foncier, sacrosaint instrument juridique justifiant de la propriété individuelle sur une terre, et appuyé par les institutions internationales par la suite<sup>25</sup>.

## 2. *La problématique du titrement ancré au sein des institutions*

Le titre foncier est un support représentatif écrit des droits que les acteurs privés, ou publics agissant comme des personnes privées, ont sur la parcelle de terre en question. Le titrement foncier se manifeste par une immatriculation de la terre au sein d'un registre et de la remise au propriétaire d'un titre foncier qui est lui-même la copie d'une page de ce registre. C'est le « document reconnaissant le droit de propriété d'une personne sur un immeuble et reproduisant la page du registre foncier consacrée à ce même terrain »<sup>26</sup>.

Il serait périlleux de trouver des règles de fonctionnement communes entre tous les pays d'Afrique, même ceux ayant des systèmes juridiques similaires, car chacun procède de manière différente. En effet, au Mozambique par exemple, où le système juridique est également civiliste, « la propriété de la terre appartient à l'État »<sup>27</sup>. L'article 6 alinéa 1 de la Constitution du Mozambique dispose que « le territoire de la République du Mozambique est unitaire, indivisible et inaliénable, comprenant toute la surface de la terre, les eaux territoriales et l'espace aérien délimité par les frontières nationales »<sup>28</sup>. Le terme clé ici est « inaliénable », c'est-à-dire qui ne peut faire l'objet d'un transfert de droit, et notamment d'un droit de propriété. Cela a donc pour conséquence que les droits fonciers au Mozambique sont des droits d'usage<sup>29</sup> et non des droits de propriété<sup>30</sup>.

21 *Ibid.* p. 116.

22 *Ibid.* p. 54.

23 *Ibid.*

24 UNION AFRICAINE, *Cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique, Politiques foncières en Afrique : un cadre pour le renforcement des droits fonciers, l'amélioration de la productivité et des conditions d'existence*, Addis-Abeba, 2010, p. 24 [[http://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/fg\\_on\\_land\\_policy\\_fre\\_0.pdf](http://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/fg_on_land_policy_fre_0.pdf)].

25 Notamment à travers les positions de Hernando de Soto, examinées dans la seconde partie de cet article.

26 A. ROCHEGUDE, C. PLANÇON, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier*, *op. cit.* p. 445.

27 *Ibid.* p. 326.

28 Constituição da Republica de Moçambique, Artigo 6.1 : « O território da República de Moçambique é uno, indivisível e inalienável, abrangendo toda a superfície terrestre, a zona marítima e o espaço aéreo delimitados pelas fronteiras nacionais » [<http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>].

29 A. ROCHEGUDE, C. PLANÇON, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier*, *op. cit.* p. 326.

30 Le droit de propriété pris dans son sens civiliste et absolu, c'est-à-dire comprenant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

Cependant, la réalité démontre que même en l'absence de titre foncier, les terres sont occupées et utilisées. C'est là que réside le cœur de la problématique foncière sur le continent. L'approche foncière rationalisée<sup>31</sup> et envisagée uniquement par le prisme du titre foncier et la propriété privée n'est donc pas viable dans le contexte africain.

Le problème est d'autant plus accru que les terres en Afrique suscitent la convoitise, et que les États africains cherchent à attirer des investisseurs, sans avoir des législations suffisamment solides pour garantir la sécurité foncière des populations.

## **B. Une attractivité des terres facilitée par les lacunes des dispositifs fonciers face aux investissements**

L'une des principales raisons de l'attractivité des terres en Afrique est leur abondance et la richesse des ressources naturelles qu'elles recouvrent, mais aussi le fait que la plupart des terres ne soient pas utilisées<sup>32</sup>. Or, on observe que la réalité est plus complexe et que la question de l'attractivité des terres et de la volonté d'investir et de les rentabiliser s'accompagnent d'une mauvaise compréhension et appréhension de l'espace foncier (1), mais aussi de lacunes sur le plan juridique, fragilisant les populations dans leurs rapports à leurs terres et aux investisseurs (2).

### *1. La mauvaise gestion de l'espace foncier à travers l'exemple de l'Éthiopie*

Le *Global Agro-ecological Assessment* constate que 80 % des réserves de terres agricoles sur la planète est en Afrique et en Amérique latine<sup>33</sup>. Par réserves de terres agricoles, il est entendu ici que ces terres ne sont pas utilisées, par conséquent non rentabilisées, gaspillées.

Le problème dans cette classification est que l'on considère que ces terres sont vacantes et sans maîtres. On emploie en Éthiopie par exemple, les expressions de *wastelands*<sup>34</sup> ou *idle lands*<sup>35</sup>, quand en réalité ces terres sont utilisées par la population majoritairement rurale dans ce pays<sup>36</sup>. Il est donc hasardeux de prétendre qu'un terrain est inoccupé, car il pourrait toujours être réclamé par quelqu'un<sup>37</sup>. C'est le mode de culture qui échappe à la conception gouvernementale, d'où l'emploi de ces expressions qui renvoient plus à l'idée de productivité que d'utilisation de la terre<sup>38</sup>. Ces terres ne sont pas inoccupées, elles sont simplement utilisées d'une manière qui est jugée non productive par le gouvernement et les investisseurs.

31 Du point de vue de ceux qui la promeuvent du moins, car est-elle vraiment raisonnable si elle n'est pas viable ?

32 L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *Land grab or development opportunity ? Agricultural investment and international land deals in Africa*, IIED, FAO, IFAD, 2009. p. 68. [<http://www.fao.org/docrep/011/ak241e/ak241e00.htm>].

33 *Ibid.*

34 Terres gâchées.

35 Terres inoccupées.

36 L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *Land grab or development opportunity ?*, *op. cit.*, p. 68.

37 *Ibid.* p. 71.

38 *Ibid.*

Le danger ici est que cette terminologie de disponible, inoccupée ou gâchée, est utilisée pour fonder juridiquement des transferts de terres à des investisseurs<sup>39</sup>.

La course au développement<sup>40</sup> justifie de tels procédés. Or, il n'est pas nécessairement meilleur pour l'économie d'un pays, qui ne peut se contenter uniquement d'une approche macro-économique. Bien qu'il soit vrai que des investissements puissent contribuer à une hausse du produit intérieur brut et créer de la richesse matérielle, cela s'effectuera au détriment des populations locales qui perdront l'accès à leur moyen de subsistance<sup>41</sup>.

Comme ces terres attirent l'attention à la fois des gouvernements et des investisseurs, et que les catégories créées sont visiblement en contradiction avec la réalité vécue, la question qui se pose est celle de l'implication des populations locales. Celle-ci peut se faire en amont, à travers les législations en vigueur, quand celles-ci laissent la place à la participation des locaux, mais aussi en aval, dans le cadre d'un conflit d'investissement.

## 2. *L'implication des populations locales face aux investissements : les exemples du Mozambique et du Zimbabwe*

Les lois et politiques au Mozambique concernant la gestion des terres et des ressources naturelles incluent des provisions pour la participation des locaux<sup>42</sup>. Il y a une reconnaissance spéciale des droits et intérêts des communautés locales, et notamment l'exigence de les consulter et de les convoquer aux réunions dans des cas de transferts de terres.

Cependant, il en va autrement dans la pratique. Un rapport de la FAO<sup>43</sup> détaille les défaillances de ce système : les communautés locales ne sont pas toujours suffisamment informées avant les réunions, les rapports présentent des incohérences où certaines terres sont mentionnées comme étant inoccupées alors qu'elles ne le sont pas, et les rapports ne reflètent pas non plus l'opinion des communautés, représentées par leurs chefs tribaux ou les élus locaux.

Les blocages s'imposant aux communautés locales dans le cadre des investissements se manifestent aussi en aval, lors de conflits. Un exemple nous est donné à travers l'arbitrage entre une entreprise privée et le Zimbabwe en 2012 dans l'affaire *Border Timbers v. Zimbabwe*<sup>44</sup>. L'arbitrage en question concernait des propriétés au Zimbabwe sur lesquelles des investisseurs européens, les demandeurs, avaient des plantations de bois. Le Zimbabwe avait récupéré ces terres de force dans le cadre d'un plan de réforme foncière. Ce qui nous intéresse ici est qu'en mai 2012, une pétition a été faite par les chefs de quatre communautés indigènes du Zimbabwe pour être *amici curiae* dans cette

39 *Ibid.*

40 Nous reviendrons sur l'utilisation de ce terme dans la seconde partie de cet article.

41 L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *Land grab or development opportunity ? op. cit.*, p. 14.

42 *Ibid.*, p. 72.

43 *Ibid.*

44 *Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case n° ARB/10/25 and *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case n° ARB/10/15, Procedural Order n° 2, 26 June 2012, 21 p. [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1044.pdf>].

affaire. Le tribunal arbitral a rejeté cette pétition en argumentant que même s'il était reconnu que ces communautés ont un intérêt sur les terres en question, et que bien que le jugement rendu par le tribunal aura des conséquences sur la vie de ces communautés, celles-ci n'apportent aucune preuve que le droit international des investissements et le droit international des droits de l'homme sont interdépendants et que par conséquent, aucune décision du tribunal qui ne prendraient pas en considération des règles du droit international des droits de l'homme ne serait légalement incomplète<sup>45</sup>. Formulation tortueuse pour dire que le tribunal n'a pas l'obligation de statuer sur la violation des droits humains en l'espèce.

En présence de tels blocages, des initiatives tant au niveau local que national et international ont été mises en place. Il serait faux de prétendre que le droit foncier tel qu'envisagé par certaines populations ne serait absolument pas reconnu et resterait marginal. On observe en effet la création de programmes et la mise en place de projets novateurs dans certains pays d'Afrique. Par ailleurs, le droit international a entamé une reconnaissance de ces modes d'approches foncières.

## **II. Une approche du droit foncier en quête de reconnaissance et de solutions**

Les rédacteurs des textes internationaux ne sont pas restés insensibles à la problématique de l'insécurité foncière. Ceux-ci ont tenté de reconnaître la particularité de certains statuts et régimes fonciers mais parfois en manquant de pertinence (A). Par ailleurs, on observe des solutions apportées par les gouvernements au travers des programmes de développement, mais aussi par les locaux (B), source d'inspiration pour d'autres pays.

### **A. Les lacunes des tentatives de reconnaissance par le droit international**

Deux types de problématiques de droit international seront abordés dans cet article<sup>46</sup>. Il s'agit tout d'abord du statut d'autochtone (1), attribué par certains textes internationaux, et tendant à donner un statut spécifique à certaines populations, en se fondant principalement sur l'attachement à leurs terres ancestrales. Par ailleurs, les notions de propriété et de développement, polysémiques et ambiguës sont une source de confusion entravant la reconnaissance des droits fonciers (B). C'est à travers les définitions données à ces termes que l'on constate la colonisation du droit international par une doxa nécessitant quelques remaniements.

45 ECCHR, *European Center for Constitutional and Human Rights, Human rights inapplicable in International Investment Arbitration ? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal*, Berlin, 2012 [www.ecchr.de/worldbank.html] : « *Nonetheless, the tribunal states there is 'no evidence or support for [the Petitioners'] assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete* ». p. 6.

46 Nous ne prétendons pas que seulement deux lacunes existent mais ce sont celles qui nous ont le plus interpellé.

### 1. *Le manque de pertinence du droit international concernant la notion d'autochtonie*

Les expressions de peuples indigènes ou autochtones ne possèdent pas de définition unique et les organisations internationales ont chacune donné des définitions différentes se recoupant sur certains points et notamment sur le manque de pertinence. C'est bien ce manque, n'attachant pas suffisamment d'importance aux mots, qui rend ce concept indéfinissable. Il ne s'agit pas seulement d'un concept internationaliste, mais aussi régional, car la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Com.ADHP) le cautionne et le prend en compte.

La Convention de l'OIT de 1989<sup>47</sup> relative aux peuples indigènes et tribaux, qui est l'instrument juridique international de base concernant les peuples indigènes, pose une définition dans son premier article. Ce dernier dispose que les peuples autochtones sont ceux qui se distinguent « des autres secteurs de la communauté nationale » et « habitaient le pays [...] à l'époque de la conquête ou de la colonisation ». Par ailleurs, la convention ajoute le critère d'auto-identification, c'est-à-dire que les peuples concernés doivent se sentir appartenir à cette catégorie de population indigène « ou tribale »<sup>48</sup>. Cette vision *bottom-up*<sup>49</sup>, émanant des populations concernées est perçue comme un point positif. Seulement, comment ces populations peuvent-elles s'auto-identifier si la définition elle-même est floue ?

Enfin, le texte international fait l'amalgame entre « indigène » et « tribale ». Cela signifierait que seules ces populations sont tribales, ce qui est loin d'être le cas au Botswana où les peuples majoritaires sont qualifiées de tribus par les législations<sup>50</sup>. Cet amalgame traduit le manque de pertinence et de compréhension de la vie de ces populations par rapport au reste de la société.

Si un texte aborde pragmatiquement le concept de peuples autochtones il s'agirait de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, et précisément parce qu'elle ne définit pas ce qu'est un peuple autochtone. Elle se contente d'énumérer des droits fondamentaux, en mettant en exergue leur attachement spirituel à la terre et leur dépossession historique, tout en attachant une importance à leur particularisme et leur droit à un développement selon leur culture<sup>51</sup>.

47 Organisation Internationale du Travail, *Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, Genève, 1989 [<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-fr/index.htm>].

48 *Ibid*, Article 1 (a) « La présente convention s'applique : a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale; b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. 2. Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ».

49 Expression signifiant « partant du bas ».

50 Au Botswana par exemple, le *Tribal Land Act* régit le régime juridique des terres tribales.

51 Organisation des Nations unies, Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, A/RES/61/295, 13 septembre 2007, Préambule, Alinéa 6 et 7 « Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts, Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources » [<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement>].



La Commission africaine, quant à elle, dispose qu'il n'existe pas de définition internationalement admise du terme « populations / communautés autochtones », plus encore, que ce « concept [...] n'a jamais été posé en terme de définition »<sup>52</sup>. Elle préfère donc poser une définition se fondant sur les différents critères apportés par les organisations internationales précitées : l'auto-identification, la marginalisation, la discrimination et l'exclusion, ainsi que des caractères culturels distinctifs et une culture étroitement liée à des terres ancestrales. Il ne s'agit donc pas seulement d'un concept internationaliste imposé aux Africains, c'est un concept repris régionalement, ce qui renforce son ancrage et par conséquent la difficulté de sa remise en question.

Par ailleurs, en se focalisant sur la durée d'habitation d'une population sur un territoire, on se contente de regarder dans le passé, et de placer le curseur où on le souhaite. À partir de combien d'années un peuple peut-être qualifié d'autochtone ? Et surtout, quel est le projet qui en découle ? Ceci n'a-t-il pas pour conséquence de diviser la population, voire de hiérarchiser les peuples la constituant ? C'est la raison pour laquelle il faudrait envisager le problème différemment. L'intérêt n'est pas tant de savoir qui était là avant, mais comment les acteurs vivent aujourd'hui et comment ils utilisent les terres sur lesquelles ils vivent, en se focalisant sur le présent. C'est alors que les notions de propriété et de développement émergent.

## 2. *Les notions de propriété et de développement porteuses d'ambiguïtés*

La conception de la terre posée par la colonisation est indissociable de la notion de propriété et de développement. La propriété est entendue ici comme le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose, c'est une possession de droit. Tandis que le développement, qui est un mot valise à la définition changeante au gré de celui qui la donne, et plus particulièrement le développement économique, est attaché à une vision productiviste du foncier. Cette terre doit produire quelque chose, faire l'objet d'un profit. Elle doit être mise en valeur. Il faudrait donc que l'action de l'humain entre en jeu pour transformer cet état de nature en culture et faire des bénéfices.

Or, en partant de ces définitions, une situation de blocages s'observe avec ces communautés et ce pour les raisons suivantes.

D'abord la notion de propriété. G.A Kouassigan, dans son ouvrage *L'homme et la terre*<sup>53</sup>, écrit qu'« il y a un fait qu'il faut toujours avoir présent à l'esprit pour comprendre les droits fonciers traditionnels négro-africains, c'est que la notion de propriété individuelle de la terre n'y existe pas ». La terre n'appartient pas à l'homme, c'est l'homme qui appartient à la terre. Cela impliquerait donc une absence de titre foncier.

52 Com.ADHP, *Rapport du groupe de travail de la Commission Africaine sur les populations / communautés autochtones*, Séminaire régional de sensibilisation : « Droits des populations / communautés autochtones en Afrique Centrale », 13-16 septembre 2006, Copenhague, 2009, p. 10.

53 G-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, op. cit., p. 54.

Or, la Banque mondiale s’aligne sur cette importance de la propriété et du titrement foncier. Le vice-président du Groupe de la Banque mondiale pour l’Afrique, Makhtar Diop, a publié une tribune sur le site de la Banque mondiale<sup>54</sup> intitulée « Favoriser l’accès des Africains à la propriété foncière pour une prospérité partagée ». L’article, rappelant que seulement 10 % des terres rurales en Afrique sont enregistrées, n’explique guère, au demeurant, comment favoriser cette propriété et de quelle propriété il s’agit.

La FAO est plus nuancée et dans ses fiches-pays sur son site internet, ne manque pas de préciser que le concept de propriété n’est pas le même pour tous. À Madagascar par exemple, l’organisation précise que « la notion de propriété, exclusive et absolue, est étrangère à la société malgache qui considère plutôt la terre comme un patrimoine sacré, légué par les ancêtres »<sup>55</sup>. Par ailleurs, dans ses *Directives volontaires*<sup>56</sup>, elle précise qu’« aucun droit foncier, y compris le droit à la propriété privée, n’est absolu » et qu’il est limité par les droits d’autrui ainsi que l’État à des fins publiques<sup>57</sup>. C’est au sein de la FAO que l’on peut constater une certaine reconnaissance des particularismes liés au foncier. C’est d’ailleurs cet instrument juridique qui démontre un début de décolonisation et de changement de paradigme en droit international, bien qu’il ne s’agisse que de *soft law*. L’avancée est timide, mais a le mérite d’exister.

Sur la participation du foncier au développement, Harissou explique qu’elle est non négligeable<sup>58</sup>. « Le foncier peut devenir un levier formidable de développement car la fiscalité foncière est une des sources de financement les plus stables »<sup>59</sup>. Elle augmente en effet les ressources financières des collectivités décentralisées et par conséquent leur facilite l’accès à l’emprunt.

De quel développement parle-t-on ici ? Pour prétendre que le foncier sert au développement encore faut-il définir concrètement ce dernier. La mise sur le marché financier de la terre pose elle-même deux sous-problèmes. D’une part, la terre n’est pas commercialisable, si l’on s’en tient à la vision négro-africaine expliquée précédemment. Comme l’écrit A. Harissou en généralisant aux pays dits en développement, « la terre n’est pas un capital que l’on achète ou que l’on vend »<sup>60</sup>. De l’autre, la mise sur le marché entraîne la spéculation et la prédation bancaire. Aussi, ces populations considèrent la terre trop précieuse pour la miser sur une activité entrepreneuriale<sup>61</sup>. Par ailleurs, l’emprunt aux banques pourrait endetter ces populations, qui par ailleurs n’en sont pas très friandes. Les familles préfèrent faire appel à l’entourage pour l’entraide en cas de problèmes financiers<sup>62</sup>. On peut légitimement se demander, concernant le crédit bancaire, si ce système, lui-même remis en

54 M. DIOP, « Favoriser l’accès des Africains à la propriété foncière pour une prospérité partagée ». [<http://www.banquemondiale.org/fr/news/opinion/2013/07/22/securing-africa-s-land-for-shared-prosperity>].

55 FAO, *Base de données Genre et le Droit à la Terre*, Profils de pays, Madagascar, Droit coutumier [[http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/countries-list/customarylaw/fr/?country\\_iso3=MDG](http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/countries-list/customarylaw/fr/?country_iso3=MDG)].

56 FAO, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*. [[http://www.fao.org/fileadmin/user\\_upload/newsroom/docs/VG\\_FR\\_March\\_2012\\_final.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/newsroom/docs/VG_FR_March_2012_final.pdf)].

57 *Ibid.* Article 4.3. p. 6.

58 A. HARISSOU, *La terre, un droit humain*, *op. cit.* p. 39.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 *Ibid.* p. 42.

62 *Ibid.* p. 41.

cause, peut éradiquer le problème de la misère de ces populations. Majid Rahnema ne manque pas de dire qu'« une institution qui crée les raretés responsables de la création de la misère ne peut pas être en même temps chargée de son éradication »<sup>63</sup>.

Dans le cadre de l'économie libérale, le capital est nécessaire pour développer une entreprise, ou comme le dit Harissou « franchir les étapes du développement »<sup>64</sup>. Or, c'est ce capital qui fait défaut aux familles vivant de leur terre et n'assurant que leur propre subsistance. Mais une fois de plus, pourquoi ce développement en particulier ?

C'est Hernando de Soto, dans son ouvrage *Le Mystère du capital*<sup>65</sup>, qui est à l'origine de la thèse selon laquelle le foncier améliorerait l'accès au crédit, et par conséquent à la vie économique et entrepreneuriale<sup>66</sup>. Ce dernier est « farouchement convaincu que l'intégration des plus pauvres dans le système capitaliste passe par la reconnaissance de leurs droits de propriété sur les terres qu'ils occupent »<sup>67</sup>. Il part donc du principe que ces populations doivent s'intégrer au système capitaliste, comme s'il s'agissait du seul moyen viable alors qu'il a bien montré ses limites. H. De Soto fait également le lien entre développement et propriété privée. Or, il a été vu précédemment que ce type de propriété rencontre des obstacles en Afrique.

Il faudrait donc s'interroger sur la place d'un droit collectif à la terre, aux côtés de la notion de propriété individuelle, et constituant une alternative face au droit de propriété étatique communément admis, mais aussi d'un développement local et choisi, pas nécessairement dépendant du crédit ou des banques. Ces approches inaugurerait une gestion choisie des terres par les populations les occupant ainsi qu'un mode de développement né de leurs cultures, provenant de l'intérieur, c'est-à-dire d'eux-mêmes, et non d'instances extérieures, comme en témoignent des exemples inspirants.

## B. Des solutions au niveau national devant inspirer le droit international

Le premier exemple est celui d'un programme de développement au Botswana, initié par le gouvernement et obéissant à une approche *top-down*, c'est-à-dire émanant des institutions étatiques pour venir s'appliquer localement (1). Le deuxième exemple est celui de la création d'un type de certification foncière en Tanzanie, initié par les membres d'une communauté maasaï, et qui correspond à une approche *bottom-up*, émanant au niveau local et s'emparant des outils institutionnels (2). Dans les deux cas, bien qu'il y ait des inconvénients, notamment dans le programme de développement botswanais, la volonté est d'autonomiser les populations locales et de leur permettre une gestion fonctionnelle de leurs terres.

63 M. RAHNEMA, *Quand la misère chasse la pauvreté*, Actes Sud, 2003, p. 25.

64 A. HARISSOU, *op. cit.*, p. 39.

65 H. DE SOTO, *Le Mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Flammarion, 2005, 302 p.

66 A. HARISSOU, *La terre, un droit humain*, *op. cit.*, p. 40.

67 *Ibid.*

## 1. *L'échec de l'approche top-down*

La tentative du programme de développement botswanais qu'est le *Remote Area Development Programme* (RADP) concernait la mise en place d'infrastructures et d'encadrement de la vie des San.

Le Botswana a toujours été conscient du particularisme de la vie de cette communauté. Au chapitre 14 alinéa 3 (c) de la Constitution de 1966<sup>68</sup>, il était fait mention de « zones » réservées aux San<sup>69</sup>. Dans cette même veine, des programmes de développement ont été mis en place à partir des années 70, mais se sont avérés inadaptés par manque de compréhension de leur mode de vie. En ce qui concerne le RADP, son objectif principal était de permettre un accès au fameux développement, cette population étant considérée comme vivant dans un état primitif. Ce développement se voulait multiple : social, culturel, économique, et politique. Dans ce but, le RADP a permis la construction d'infrastructures, d'écoles, mais aussi d'hôtels accueillant les enfants vivant trop loin pour pouvoir se déplacer quotidiennement jusqu'aux établissements scolaires, des puits d'eau, des centres de soins, etc.<sup>70</sup>. Il s'agissait de faire de ces zones des villages suivant le modèle majoritaire dans le pays. Sur les soixante-quatre implantations que le RADP couvre dans sept districts du pays, sur neuf au total, la totalité a accès à l'eau, soixante-trois possèdent des écoles primaires, cinquante-huit des centres de soins. Le programme a par ailleurs coûté plus de 14 millions de dollars au Botswana<sup>71</sup>.

Le gouvernement a, de plus, mis en place un Fonds de Promotion Economique<sup>72</sup> de 1,1 million de dollars dans le but de favoriser l'accès au travail et les activités économiques, telles la fabrication artisanale de bougies, la maçonnerie, la couture, la poterie, etc. Autant d'activités souvent étrangères voire inutiles aux San, ce qui traduit un manque d'adaptation de ce programme à l'égard de la population visée<sup>73</sup>.

Le programme initié par le gouvernement a pour principal défaut son approche essentiellement *top-down*. Cette vision du développement non centrée sur la communauté locale a par conséquent conduit à plusieurs échecs. Tout d'abord au niveau de l'éducation des enfants. Ceux-ci étaient amenés à être séparés de leurs parents – chose contraire aux principes des San – alors que certains d'entre eux avaient à peine plus de sept ans. Ils étaient logés dans des hôtels insalubres et inadéquats, et faisaient l'objet de mauvais traitements de la part des autres enfants non San et des enseignants<sup>74</sup>. Tout cela a conduit plus de 80 % des enfants à quitter l'école. De ce fait, on constate aujourd'hui qu'environ 77 % des San sont encore victimes d'illettrisme<sup>75</sup>. Le gouvernement a par ailleurs toujours maintenu

68 Constitution of Botswana, 1966 [[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/legaldocument/wcms\\_125669.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_125669.pdf)], Chapter 14.3(c) « *Nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of this section to the extent that the law in question makes provision — for the imposition of restrictions on the entry into or residence within defined areas of Botswana of persons who are not Bushmen to the extent that such restrictions are reasonably required for the protection or well-being of Bushmen* ».

69 L'alinéa précédemment cité a été abrogé en 2005 et ne figure plus dans la Constitution du Botswana dans sa version de 2006.

70 K. BOJOSI, *Botswana : Constitutional, legislative and administrative provisions concerning indigenous peoples*, Organisation Internationale du Travail et Commission africaine sur les droits de l'homme et des peuples, Genève, 2009, p. 66.

71 *Ibid.*, p. 67.

72 *Economic Promotion Fund*.

73 K. BOJOSI, *Botswana : Constitutional, legislative and administrative provisions concerning indigenous peoples*, *op. cit.*, p. 67.

74 *Ibid.*, p. 49.

75 *Ibid.*

que la situation des habitants du RADP n'était pas de nature ethnique, le Botswana adoptant une politique de neutralité depuis l'indépendance, et refuse d'employer ces termes dans la constitution. Selon lui, le problème des habitants de ces zones est avant tout économique, c'est-à-dire que leur pauvreté trouverait son origine dans leur mode de culture, trop précaire et inadapté aux conjonctures contemporaines. Ce problème peut donc être résolu par l'apport de moyens de développement. Et par moyens de développement il s'agit de leur permettre de cultiver une terre spécifique, et non de vivre de chasse et de cueillette. De plus, l'approche *top-down* de l'État a conduit à imposer aux San un modèle unique de développement, le modèle majoritaire, consistant dans l'élevage sédentaire de bétail. L'un des principaux objectifs du RADP était en effet de leur permettre d'obtenir du bétail et des terres spécifiques à cultiver. C'est cette conception unique du développement sans prise en compte de la culture propre des San, qui par ailleurs ne nécessite pas forcément de parler d'ethnie, mais plutôt d'agriculture ou d'économie, qui a conduit à l'échec de ce programme, pourtant bien accueilli par les Botswanais. Après presque 30 ans d'existence, 90 % des habitants de ces zones, et par conséquent les San, sont encore très pauvres et dépendent de l'aide alimentaire de l'État<sup>76</sup>. Le taux d'illettrisme est toujours très élevé, et les problèmes liés aux questions de santé sont toujours aussi présents.

Un tel échec nous donne un exemple édifiant des limites d'une approche *top-down* ne prenant pas en considération le mode de vie de la population visée par la politique publique. Cela témoigne donc de la nécessité d'interroger les acteurs plutôt que de leur imposer une vision, qui semble rationnelle, raisonnable et en accord avec les exigences économiques contemporaines, mais qui a pour conséquence une dépense colossale d'argent sans les résultats escomptés derrière.

## 2. La réussite de l'approche bottom-up

On observe toutefois un exemple en Tanzanie, dont l'approche part du bas. L'initiateur est Edward Loure<sup>77</sup>, un maasaï, de la communauté Hadzabe, des chasseurs-cueilleurs sans droits fonciers. Son action fut de créer un mécanisme juridique visant à préserver de grandes étendues de terres ancestrales dans la vallée du rift, afin de protéger la faune sauvage ainsi qu'un mode de vie traditionnel. Ce dernier est en effet compromis par la mise en place de parcs nationaux, tout comme au Botswana où les San ont été expulsés progressivement par la création de ce type de parcs. Ces politiques engendrent des déplacements des peuples locaux ainsi que la destruction de couloirs migratoires. Ces terres sont également vendues à des organisateurs de parties de chasse et de safaris, mais aussi à des citoyens qui utilisent les pâturages tribaux pour faire de l'élevage intensif illégal.

Edward Loure, en collaboration avec la *Ujamaa Community Resource Team* (UCRT), une ONG tanzanienne qui milite pour le développement durable et les droits fonciers des communautés autochtones depuis vingt ans, ont identifié un mécanisme juridique innovant appelé le *Certificate of*

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>77</sup> V. MISTIAEN, « Edward Loure, le maasaï qui défend par la loi ses terres ancestrales de Tanzanie » [[http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/19/edward-loure-le-masai-qui-defend-par-la-loi-ses-terres-ancestrales-de-tanzanie\\_4905023\\_3212.html](http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/19/edward-loure-le-masai-qui-defend-par-la-loi-ses-terres-ancestrales-de-tanzanie_4905023_3212.html)].

*Customary Rights Occupancy*<sup>78</sup>. Ce dernier confère des droits fonciers indivisibles à une communauté entière. Loure et l'URCT ont utilisé le *Village Land Act* pour créer ces certificats. Cette loi garantit aux villages locaux la propriété de leurs terres. C'est un outil puissant mais lent et coûteux, victime de corruption et de jeux politiques. Pour établir ces certificats, Loure et son équipe collaborent avec les tribus locales et assurent la liaison avec le gouvernement tanzanien pour recenser, classer les utilisations principales des terres (zones de pâturage, points d'eau, routes migratoires de la faune sauvage ou zones scolaires et communautaires) et définir les zones de conservation. Les territoires protégés sont soumis à des règlements, des plans de gestion et sont contrôlés par le comité de direction de l'utilisation des terrains ruraux. Le premier certificat a été délivré aux Hadzabe en 2011, le deuxième en 2014 à la tribu maasaï du district de Moduli. Aujourd'hui, plus de 90 000 hectares sont protégés par seize certificats. Une fois les droits fonciers garantis, les communautés peuvent accéder à leurs ressources naturelles, les gérer et en bénéficier.

Tant que l'approche ne se fera pas *bottom-up* tout en s'accompagnant d'une véritable et authentique reconnaissance des paradigmes de ces communautés par le droit international au lieu de pseudos programmes de développement cachant une volonté d'acculturation, il y aura toujours des blocages, comme on peut l'observer à travers les tentatives de développement *top-down*.

La reconnaissance au niveau international des droits fonciers et du mode de vie particulier de certaines populations<sup>79</sup> en prenant en compte l'ambiguïté des notions de propriété, de développement et d'autochtonie, serait une avancée de taille, qui permettrait d'influer sur les textes internationaux, nationaux et probablement transnationaux comme les traités bilatéraux d'investissements, et ainsi permettre une refondation du droit international.

Ce n'est que par une reconnaissance authentique et honnête, nécessitant donc un approfondissement des notions précitées, ainsi qu'une simplification des instruments juridiques, plutôt que la création de statuts inefficients<sup>80</sup>, qu'une gestion foncière choisie et juste sera garantie.

78 Certificat d'occupation coutumière.

79 Comme tente de le faire la FAO, notamment à travers ses *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*.

80 Il est fait référence ici au statut d'autochtone.