

Pascal Maire-Amiot

pmamiot@hotmail.com

La réforme de la tenure foncière en Afrique du Sud : la sécurisation des droits vulnérables au KZN

(présenté dans le cadre du Séminaire des thésards au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris)

1. Etat des lieux de la situation foncière en Afrique du Sud

En tant que politique de justice sociale qui tient lieu de symbole, la réforme foncière cristallise tous les espoirs d'une société désireuse de gérer un héritage effroyable sur le plan économique et humain. La politique de retour à la terre ne doit donc pas se penser uniquement en termes de pauvreté rurale, ni en une compétition entre ceux qui détiennent des droits légaux et les victimes historiques qui aspirent légitimement à l'accès à la propriété. La justice foncière doit plutôt rester un projet politique global qui concerne et implique tous les sud-africains dans la voie de la paix et de la réconciliation.

Le programme de réforme agraire se decline en **trois phases**. La première tente d'organiser la **restitution** des terres aux populations evincées par le pouvoir blanc après 1913. La restitution bénéficie d'une très grande légitimité en tant que politique de réparation des déplacements forcés.

Le second élément de transformation du système foncier se focalise sur le programme de **redistribution** des terres dont l'objectif est de permettre aux plus pauvres vivant en milieu rural, d'accéder à la terre à des fins de résidence ou de subsistance. La stratégie gouvernementale consiste donc à ouvrir le marché foncier aux personnes désavantagées et à améliorer le niveau moyen des infrastructures en milieu rural.

La question de la **tenure**, en tant que troisième pilier de la réforme agraire, constitue un enjeu particulièrement complexe et sensible tant elle irradie l'ensemble des composantes de la réforme foncière. Le défi majeur auquel est confronté le gouvernement consiste en effet à résoudre le problème des droits informels que les populations détiennent en vertu des invasions ou des occupations illégales de terrains en milieu urbain comme en milieu rural. Le système rigide et oppressif d'interdiction foncière élaboré par voie législative et organisant la pénurie des terres dans les zones où les Noirs étaient autorisés à vivre, a eu pour effet d'amener les populations à bâtir des habitations dans des zones où ils n'avaient aucun droits légaux. Ainsi, s'est dessiné un modèle foncier d'occupation qui est paradoxalement à la fois illégal et légitime,

dans la mesure où il ne fait que traduire sur le terrain l'absence d'une alternative de politique d'accession qui soit viable. L'érection d'habitations informelles et l'occupation illégale des terres sont désormais inscrites dans la réalité du terrain.

Le gouvernement hérite donc d'une situation caractérisée par la fragmentation du droit de la terre, la hiérarchie des systèmes de tenure valorisant la propriété privée, l'absence d'un système d'enregistrement adéquat pour valider et sécuriser la totalité des droits existants et le recours à des pratiques informelles de tenure par des personnes en situation d'exclusion par rapport au système officiel des droits fonciers. L'objectif affiché par la nouvelle législation relative à la tenure foncière consiste à normaliser les situations foncières existantes puis à stabiliser les droits fonciers en leur conférant une sécurité qu'ils n'avaient pas auparavant.

2. Problématique générale

L'objectif de nos recherches en anthropologie du droit consiste à appréhender **les stratégies de sécurisation des droits sur la terre et les modes de résolution des conflits relatifs à la tenure foncière** dans la province du KwaZulu/Natal (KZN). Cet enjeu de la pacification des rapports fonciers est analysé à travers le prisme de deux modes de régulation juridique : **le droit étatique** (i.e. l'État comme producteur de droits) et **le droit de la pratique** (i.e. les solutions endogènes dégagées par les acteurs impliqués dans les conflits de tenure, sont des facteurs de production du droit).

Le terme “tenure” dérive du mot latin “tenere” signifiant que la terre est “détenue” ou possédée. La tenure foncière peut être donc définie comme les modalités par lesquelles la terre est détenue ou encore en termes de relations qui naissent entre différentes catégories d'individus ou groupes d'individus, autour de la terre et de ses produits. Les droits fonciers peuvent être définis, de façon similaire, comme un intérêt légalement reconnu sur la terre, acquis par un individu ou un groupe d'individus et ils peuvent s'appliquer aussi bien sur la terre que sur le développement de celle-ci. L'éventail de ces droits peut couvrir l'accès, l'usage, le développement, le transfert de la terre et en tant que tels, leur existence est parallèle à la propriété¹.

En fait, et là réside la complexité de l'approche juridique, la question de la tenure foncière doit être abordée sous un angle processuel qui renvoie aux dynamiques sociales et juridiques concourant à l'établissement de droits sur la terre, plutôt qu'à une conception purement normative des relations foncières. Dans le cadre d'une situation juridique pluraliste telle qu'elle se présente en Afrique du Sud, c'est la volonté des acteurs engagés dans les conflits qui apparaît déterminante. La capacité du droit à répondre au changement social doit donc être subordonnée à sa faculté d'encadrer les conflits opposant les différents acteurs, à partir de quoi la loi pourra constater des “armistices sociaux” selon la fameuse formule d'Hauriou et sera à même “d'organiser les consensus sur le résultat de

¹Notre argumentation se fonde sur l'hypothèse que les droits fonciers (*land rights*) ne sont en aucun cas réductibles à la notion abstraite de propriété (*ownership*) qui domine le paradigme juridique foncier occidental. En fait, il est fondamental de contester le postulat suivant lequel les droits fonciers, en tant que droits réels inférieurs, doivent être définis négativement, c'est-à-dire pour ce qu'ils ne sont pas : l'*ownership*, droit réel suprême dont découle les autres droits réels qui lui sont hiérarchiquement inférieurs.

ces luttes”². Si, au contraire, le législateur se contente d’adopter une approche instrumentaliste de la loi comme outil du changement social, la portée de celle-ci risque d’être limitée sur le terrain.

La réforme de la tenure foncière doit être entendue comme le processus par lequel l’Etat intègre la diversité juridique et les modes de régulation non étatiques, sans recourir à une logique coercitive lui assurant la monopolisation du droit. Ainsi, sur le plan des dynamiques juridiques qui concourent au processus de sécurisation foncière, le questionnement opéré sur les droits fonciers légalement vulnérables en raison des discriminations passées, est centré sur la combinaison de deux modes de régulation spécifiques: le droit en tant que règle normative consacrant le contrôle horizontal de la société par l’Etat et la médiation en tant que processus de reformulation du droit étatique par les acteurs des conflits. Dans le cadre de “l’exception sud-africaine” de réconciliation et de recomposition de la société civile et de l’Etat, l’enjeu du processus de sécurisation foncière réside en une articulation des conflits juridiques autour de règles légales, susceptibles d’ériger le pluralisme juridique comme vecteur de légitimation du droit.

Dans cette perspective, la question de la sécurité foncière ne doit pas s’analyser en termes de généralisation de la propriété privée, qui selon la tradition de l’ownership britannique s’apparente à l’attribution d’un droit exclusif de disposer, ni en termes de monopolisation étatique de la gestion foncière. Elle doit être plutôt rapprochée de l’enjeu de la démocratisation de la politique foncière susceptible d’unifier, sans uniformiser, les diverses formes de tenure existantes et d’organiser la diversité juridique - étatique et non étatique - dans le cadre de ce que le projet de société autorise. Dès lors, la réforme juridique de la tenure foncière pourrait potentiellement cristalliser pour la première fois sur le continent africain, la création d’un ordre juridique unifié, fondé sur la coexistence et l’interpénétration constante du droit étatique, reconnu comme régulateur des divers systèmes juridiques en présence, et des droits de la pratique, selon le concept dégagé par Etienne Le Roy, qui seraient reconnus officiellement comme modes de régulation institutionnels sous contrôle étatique.

La problématique de mes recherches repose donc sur l’hypothèse que la **confrontation et la combinaison de ces deux modes de régulation** pourraient promouvoir la sécurisation des droits fonciers vulnérables. Mes recherches essaient donc de déterminer en quoi cette combinaison est susceptible d’ériger le pluralisme juridique ou plutôt le métissage juridique comme facteur de sécurisation des droits fonciers vulnérables.

L’enjeu de la tenure foncière se cristallise autour de la détermination entre une **approche processuelle d’attribution de droits fonciers** - réels et personnels - aux populations vulnérables économiquement, et une **approche “systémique”** fondée sur un modèle rigide de propriété et d’accès à la terre. En fait, toute la question de la pacification repose sur la capacité de l’État à élaborer et à inventer des systèmes de tenure dont la logique adaptative puisse non seulement satisfaire les besoins exprimés par les populations mais aussi permettre d’associer étroitement ces dernières au processus de sécurisation de leurs droits.

²Etienne Le Roy (1995), La Médiation: mode d’emploi, *Droit et Société*, no. 29, pp. 39-55.

Une telle démarche processuelle s'oppose radicalement aux “**stratégies de remplacement**” consistant en un changement brutal des formes existantes de tenure par d'autres formes jugées plus équitables ou plus rentables par l'État. **Approche processuelle va de pair avec “stratégie adaptative”**: celle-ci renvoie aux modalités par lesquelles l'État tente d'associer le droit foncier étatique existant³ avec le droit de la pratique, c'est-à-dire les pratiques foncières appliquées sur le terrain par les acteurs confrontés aux conflits, et s'identifiant à des tentatives de reformulation du droit étatique existant, alors que la “stratégie de remplacement” se définit au contraire par une logique d'amélioration de la tenure foncière qui est à la fois coercitive et uniformisante.

Par conséquent, la **coexistence de droits fonciers** qui se concurrencent sur un même espace et la **séparation/démembrement** de droits parmi plusieurs espaces ou individus, constituent la notion centrale autour de laquelle gravite le processus de pacification agissant comme mode intermédiaire de règlement des conflits de tenure dans la province du KwaZulu/Natal.

3. Travail de terrain: Enquêtes auprès des populations et des administrations

La pacification, envisagée comme produit de la combinaison de deux modes de régulation, a donc pour objet de sécuriser (et donc de formaliser puisque l'enjeu du processus réside dans la réarticulation de la norme étatique avec la norme sociale) les droits vulnérables, c'est-à-dire ceux dont la coexistence et/ou la séparation pose problème au regard du droit officiel. Mon programme de recherche se décline ainsi en deux grandes phases :

a/ Études des perceptions et pratiques foncières des populations vulnérables

Analyse des formes de tenure foncière vulnérables en raison des lois discriminatoires de l'Apartheid, sur le terrain urbain et rural du KwaZulu/Natal. Mes cas pratiques ont été identifiés sur la base de ce qu'ils sont susceptibles de m'apporter en termes de compréhension de la coexistence et de la séparation d'une large variété de droits conflictuels sur un même espace.

- le cas des **salariés agricoles** (*farm workers*) et celui du **fermage en travail** (*labour tenancy*) que l'on rencontre dans les zones régies par le droit de propriété privée (*freehold areas*);

- le cas des résidents des *townships*, le problèmes des *squatters* et de l'invasion des terrains et celui, plus général, de **l'habitat informel**, qu'il convient d'étudier dans les zones urbaines et péri-urbaines

- le cas des **terres régies par le droit coutumier** et contrôlées par les autorités traditionnelles: cas pratique de Upper Tugela Catchment et du district de Mtubatuba (région de Sainte Lucia au nord du KZN).

b/ Études des mécanismes juridiques étatiques de formalisation de la tenure

Il s'est agi, ensuite, de procéder à l'**étude des mécanismes juridiques** mis en place par le Department of Land Affairs, **destinés à améliorer la tenure du sol** (“*upgrading*

³i.e. Common Law qui érige la propriété perpétuelle et libre comme modèle de propriété, et l'Indigenous Law qui fait de la gestion communautaire un principe foncier essentiel.

tenure ”). Selon le postulat que nous avons établi, la voie de la généralisation des titres de propriété matérialisant la propriété privée ou des droits fonciers individualisés, n’est pas en mesure, dans le contexte sud-africain, d’accroître la sécurité foncière. Ce n’est pas le titre foncier qui fait le rapport foncier comme ce n’est pas le respect d’une procédure qui assure la sécurisation foncière.

L’invention de formules expérimentales de tenure établissant un compromis entre des formes individualisées de droits et des formes purement coutumières (comme au KZN) fut donc un axe d’investigation essentiel de notre étude.

En définitive, mon travail a consisté à répondre à quatre types d’interrogation afin d’établir qui sont les détenteurs de droits et quels sont les types de droits fonciers qui se superposent et sont conflictuels.

- qui a des droits prioritaires sur la terre ?
- qui a des droits affaiblis en raison des anciennes lois discriminatoires ?
- qui sont les “ occupants bénéficiaires ” (“ beneficial occupants ”) des mesures provisoires ?
- y a-t-il des populations ou des individus qui occupent actuellement des terres dont les droits attachés à la propriété appartiennent clairement à une autre partie ?

L’objectif des interrogations qui sont développées ci dessus doit rester fondamental : approfondir chaque question et déterminer les conséquences de leur croisement.

4. Les résultats de mes recherche: la thèse que je soutiens

Objet de ma thèse: c’est de voir que dans ce qui fonde la sécurisation foncière (entendue comme un processus) émerge l’apparition d’un droit nouveau métissé et en perpétuel changement. Par conséquent, dans l’analyse de la contribution de la réforme foncière à la sécurisation des droits vulnérables, j’étudie comment la dynamique du changement social se situe au coeur du droit ou comment le droit se construit, s’adapte, se moule, s’insère, s’imbrique, se coule dans le conflit pour en épouser les formes et le désamorcer.

Thèse: Les lois foncières mettent en place des procédés visant non pas tant à reconnaître des droits nouveaux aux personnes historiquement désavantagées mais à inventer des solutions pratiques de résolution du conflit venant sanctionner la violation du droit. La mise en place de solutions visant à sécuriser le régime foncier précède et fonde la reconnaissance des droits fonciers. Autrement dit, la formule “ *Remedies precede rights* ” inspire la législation foncière réformiste en Afrique du Sud.

Tout l’enjeu de la réforme foncière pourrait résider dans le passage de la notion *d’ownership* à celle de *freehold*, c’est-à-dire à une forme d’atténuation du droit de propriété plein et entier, ainsi qu’à une conception processuelle de la propriété contenue en filigrane dans le droit de *common law*, mais qui pourrait être développée en Afrique du Sud par le biais d’un démembrement du droit de propriété en plusieurs droits réels inférieurs - conformément à la notion déjà présente de “ *bundle of rights* ” - qui pourraient être redistribués. De cette mutation du droit de propriété privée en droits inférieurs redistributifs résulte la sécurisation de la tenure foncière.

A propos de la **conception processuelle** de la propriété: résumé schématique:

- **démembrement de l'ownership en droits réels inférieurs**: hypothèse que les droits fonciers (land rights) ne sont en aucun réductibles à la notion abstraite de propriété (*ownership*) qui domine le **paradigme foncier occidental**. Il est fondamental de contester le postulat suivant lequel les droits fonciers, en tant que droits réels inférieurs, doivent être définis négativement, c'est-à-dire pour ce qu'ils ne sont pas: *l'ownership*, droit réel suprême dont découle les autres droits réels qui lui sont hiérarchiquement inférieurs. Promouvoir l'idée d'une autonomisation des droits fonciers, processus par lequel un partage des droits devient possible (aspect redistributif rendu possible par la coexistence du pluralisme juridique);

- **autonomisation du droit coutumier**: mutation de la norme coutumière zulu en zones rurales et péri-urbaines. Le droit de la pratique révèle des stratégies de contournement. En zones rurales, les labour tenants devenus propriétaires tentent de reproduire un schéma coutumier sur une réalité qui lui est complètement étrangère. Cette logique s'apparente davantage à une communautarisation des enjeux et des règles de vie sociale dans un environnement régis par le droit moderne (common law-title deed).

En résumé, nous pouvons dire que des **stratégies de contournement** s'opèrent à un double niveau: d'abord, une stratégie de contournement **de la norme coutumière en train de muer vers un droit communautarisée ayant recours aux instruments du droit moderne étatique**; ensuite une stratégie de contournement **de l'ownership qui est en train de se muer en une multitude de droits réels autonomes**.

Ne pas centrer la thèse sur la notion de pluralisme, c'est-à-dire que mon but n'est pas de démontrer la formation d'un droit plural mais plutôt de démontrer que **le métissage en gestation est rendu possible par la dynamique du conflit**. C'est autour du conflit que se trouve la fondation d'un droit métissé. Sans conflit, il n'y a pas de réforme foncière démocratique et négociée qui soit possible. Le processus "pacificateur" invente du conflit car il s'alimente du conflit pour progresser. La réforme de la tenure foncière s'apparente ainsi à un **processus de résolution des conflits fonciers par la mise en place d'une logique fusionnelle du droit aux formes mêmes des conflits**. Mais le système n'est viable (i.e. le métissage juridique) que parce qu'il est changeant; il faut donc que le processus de droit métissé créé, invente du conflit pour se reproduire et se pérenniser. La fragmentation en droits réels engendre de nouveaux conflits car les droits sont autonomes, découplés de la propriété privée et ainsi c'est cette autonomie qui permet le mouvement; les droits réels inférieurs se repositionnent sans cesse, une fois redistribués ils ne deviennent pas figés car les mécanismes de redistribution ne sont pas seulement d'origine étatique (auquel cas une rigidification demeure toujours possible) mais sont le fait des conflits. Ce sont la nature et les formes que prennent les conflits liés à la tenure qui déterminent la forme et le contenu des droits réels (du mécanisme de fragmentation de la propriété privée) et par conséquent le mouvement ou la mutation des enjeux redistributifs.

La théorie des droits fragmentés (*bundle of rights* du *common law* mais aussi droits de la pratique) **permet, autorise, rend possible le processus foncier redistributif ainsi que la recomposition d'un système foncier fragmenté en un modèle unifié et**

plural, car les droits fragmentés⁴ ont le mérite d'épouser les fondements des conflits. La théorie de la fragmentation des droits, en acceptant et en intégrant les règles du jeu des conflits, respecte les rapports de force établis sur le terrain. Mieux encore, elle s'en appuie et elle s'en sert pour résoudre la source du conflit. **D'où le recours à la négociation et à la médiation pour sécuriser les droits fonciers vulnérables. De cette négociation entre les acteurs sociaux** (dont l'Etat qui reste un acteur fondamental dans la politique d'orientation foncière et à travers ses juridictions formelles de résolution des litiges - *la Land Claims Court* entre autres) **émerge un projet foncier redistributif qui ne sera viable que si deux conditions sont réunies:**

- la communautarisation des enjeux fonciers
- un rôle de l'Etat qui soit déterminant dans sa capacité de réguler les conflits

La théorie des droits fragmentés s'intègre parfaitement à la logique du conflit, beaucoup mieux que ne pourrait le faire le modèle civiliste, dans le contexte sud-africain. A cet égard, **la théorie de la fragmentation de la propriété en droits réels et personnels qui soient autonomes constitue un miroir inversé des conflits.** Autrement dit, l'idée défendue est la suivante: le morcellement du régime foncier en droits inégalitaires et vulnérables ne peut être recomposé et les droits sécurisés que par la consécration juridique d'une fragmentation foncière intégrée dans un modèle unifié et régulé par des instances juridictionnelles et communautaires.

5. Plan

Idee du passage d'un système foncier imposé à un système négocié qui tend vers un système partagé.

Rappel thèse: sécurisation foncière qui passe par un processus de fragmentation du droit de propriété privée en droits réels; l'aspect redistributif des droits, qui est un facteur de justice sociale, a le mérite de conférer à la réforme un aspect adaptatif et processuel et de permettre une unification du système foncier sans monopole étatique (*à opposer à l'idéologie de l'apartheid, facteur de division, instrumentalisation du pluralisme comme un facteur d'exclusion des noirs à la sécurité foncière; idée que les droits fondés sur les permis pouvaient être des droits sécurisés mais l'injustice et la mécanique oppressive du système foncier entier faisait qu'il n'y avait qu'une sécurisation imposée et non pas négociée*).

6. Conclusion:

- Dynamiques du conflit comme vecteur de sécurisation des droits: Autres expériences africaines?
- Communautarisation des enjeux fonciers sous contrôle étatique: autre exemple africain?

⁴démembrement de l'ownership en droits réels autonomes, incorporation des droits résultant des comportements sociaux des acteurs - les faits sociaux accédant alors à la vie juridique - , du droit coutumier et du droit étatique (d'inspiration civiliste et de common law).

- Quelles autres voies de sécurisation en Afrique?