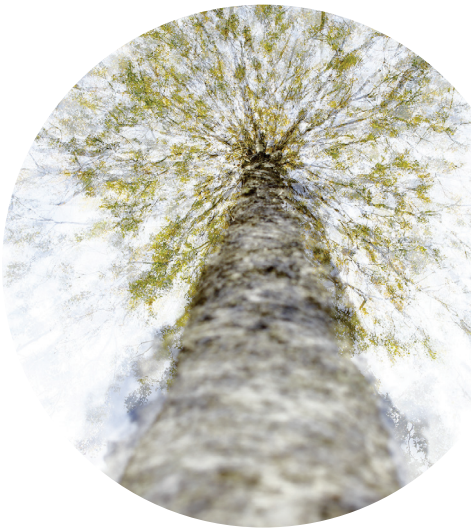
SOUS LA COORDINATION DE
SIGRID AUBERT
ET AURÉLIE BOTTA

NATURE ET SOCIÉTÉ

LES COMMUNS

UN AUTRE RÉCIT POUR LA COOPÉRATION TERRITORIALE



éditions Quæ

3
SÉCURISER LE DROIT À L'USAGE

Philippe Karpe, Sigrid Aubert

« Il ne s'agit pas de rejeter la modernité qui offre encore des services significatifs. Comme Alain Touraine, il s'agit de prendre conscience des limites qui émergent dans nos expériences de crise de société […] et de trouver des solutions à l'échelle de la complexité redécouverte, donc en trouvant des solutions tantôt dans la prémodernité, tantôt dans la modernité elle-même, tantôt de poser que seule une solution radicalement neuve, ne relevant ni de la tradition prémoderne ni de la modernité, s'impose. Il faut donc traverser les apports de la modernité. »
Le Roy (1998)

Ce chapitre réinterroge le concept d'État-nation au regard de l'exercice de la citoyenneté inspirée du droit des peuples autochtones.

Le droit des peuples autochtones constitue-t-il une opportunité pour faire valoir et faire reconnaître les communs ?
Le droit des peuples autochtones, parce qu'il introduit le principe d'autodétermination en droit international, et parce qu'il contribue à la diffusion de représentations différenciées du monde, peut enrichir le droit des communs. Dans le contexte du pluralisme juridique, il permet de révéler et de mobiliser des ordres juridiques distincts qui se côtoient dans la régulation des usages anthropiques de la terre et des ressources qu'elle porte.

Cimes de platanes en hiver dans le centre de Sommières (Gard), en exposition multiple (2017), © Jonathan Lhoir.

Comment repenser l'État-nation sur une base inclusive privilégiant le « vivre ensemble » ?
Les juristes sont plus particulièrement sollicités ; ils sont invités à adopter une posture de diplomate ou de « juriste errant », à s'ouvrir sur une autre vision du droit, un « droit rond », à se saisir de la juridicité* au regard des manières d'être et de faire des citoyens considérés, puis à les accompagner dans la coconstruction et l'animation d'espaces appropriés de régulation des usages de la terre et des ressources qu'elle porte. Quelles que soient la nature et la structure de ces espaces de régulation, il apparaît qu'ils constituent le creuset d'une interaction dynamique entre l'État, les collectivités territoriales et les citoyens, dont le dynamisme des communs, entendus comme unités politiques infra-étatiques originales, dépend en partie.

Quelles conséquences dans la reconstruction de la citoyenneté ?
La possibilité pour chacun de reconsidérer ses pratiques au regard de l'opportunité de restituer l'action collective et les communs dans le paysage institutionnel des interactions des territoires qui participent à l'édification du « vivre ensemble ».

Les solidarités qui renforcent à la fois le lien social et la conscience écologique contribuent à une meilleure prise en charge par les « acteurs du vivre ensemble » de la gestion de ressources partagées (voir chapitre 1). Si le renforcement de ces solidarités vise la satisfaction des besoins d'un ensemble reconsidéré d'êtres vivants sur les territoires (voir chapitre 2), il repose aussi sur un ensemble cohérent de dispositions légales qui facilitent à la fois l'émergence, l'existence et le maintien de communs tissés autour de la terre et des ressources qu'elle porte. Dans ce contexte, les processus de sécurisation des droits locaux sont l'expression des multiples possibilités d'adaptation des règles qui régissent les sociétés humaines : les peuples autochtones et les communautés locales sont généralement en capacité de produire, avec les institutions déconcentrées et décentralisées, un droit approprié au contexte particulier de leur territoire respectant, autant que faire se peut, les normes générales et abstraites produites par les États.

Le juriste « acteur du vivre ensemble » entreprend alors de saisir le droit non pas uniquement au travers des textes, mais également au travers de la juridicité exprimée par les pratiques des différentes parties en présence. Cet objectif le conduit à abandonner sa posture de juriste positiviste au profit d'une posture de « maître ignorant » (Rancière, 2009), ou plutôt de « maître apprenant », et finalement de « juriste

errant », pour rechercher au cas par cas l'expression du droit dans les pratiques des différents usagers de ressources potentiellement partagées. L'adoption de cette posture nous semble être appropriée pour les juristes qui souhaitent saisir le monde en action pour accompagner effectivement les collectifs d'usagers de ressources partagées dans les processus d'innovation sociale qui visent l'émergence, le maintien ou le renforcement de communs.

Le juriste acteur du vivre ensemble peut alors identifier différents ordres juridiques et en rechercher l'articulation. C'est en effet la dynamique du droit, c'est-à-dire sa capacité à évoluer sous l'impulsion des interactions qu'entretiennent ses sujets, qui garantira, à court, moyen ou long terme, la sécurité juridique des communautés d'usagers qui s'adaptent continuellement à l'évolution des milieux dans lesquels ils exercent leurs activités.

Ce chapitre se propose d'illustrer cette démarche au travers de la construction d'une argumentation juridique visant à opérationnaliser l'approche par les communs dans la situation d'action particulière que connaissent aujourd'hui les communautés locales établies dans le *county* de Marsabit, au Nord-Kenya. L'Agence française pour le développement (AFD) y soutient la mise en place de transferts de gestion de ressources naturelles renouvelables (forêt, faune et eau) de l'État aux populations locales[1]. Ces processus peuvent être considérés comme autant d'opportunités de sécurisation des droits locaux.

Le recours au droit des peuples autochtones par des collectifs d'usagers engagés dans la valorisation des communs pose question. Il est souvent associé à une menace par les États unitaires, pour lesquels il est l'expression d'un communautarisme préjudiciable à la cohésion de la Nation. Nous en proposons cependant ici une relecture inclusive susceptible de constituer le terreau d'un nouveau type de citoyenneté, la citoyenneté autochtone[*]. Cette proposition conduit le juriste positiviste à changer de posture et à adopter une démarche constructiviste dans la formulation même des normes qu'il mobilise. Plusieurs communs peuvent alors coexister sans s'exclure pour permettre l'exercice d'une justice sociale et écologique adaptée aux territoires sur lesquels interviennent simultanément la communauté internationale, l'État et les citoyens.

1. L'objectif global de ce projet de conservation de la biodiversité financé par l'AFD dans le nord du Kenya (Marsabit) est de parvenir à une utilisation durable des ressources naturelles (fourrage, eau et bois), tout en optimisant les fonctions de services écologiques, en particulier l'approvisionnement en eau, en pâturage et en énergie. Le projet propose d'atteindre cet objectif au moyen de la mise en place d'un réseau d'aires protégées et de réserves communautaires gérées de manière efficace, adaptative et concertée par le biais de partenariats associant des acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux et des communautés locales.

UNE POSSIBLE CONVERGENCE DES AUTOCHTONES ET DE L'ÉTAT

Le droit des peuples autochtones est souvent considéré comme une menace pour les États unitaires. L'approche par les communs peut cependant conduire à une relecture inclusive des textes qui le définissent.

LES AUTOCHTONES, UNE MENACE POUR L'ÉTAT ?

De prime abord, toute revendication en tant que « peuple autochtone » peut être perçue comme une menace ou un obstacle à tout processus de développement local, national et régional ou à toute ambition de construction ou de réaffirmation de la communauté de vie au sein d'un État-nation. Ceci tient d'une part à la description « des autochtones » admise en droit international, et d'autre part au premier des droits qui leur est reconnu selon l'Organisation des Nations unies (ONU) : l'autodétermination.

Les autochtones se décrivent selon plusieurs critères cumulatifs : différence de niveau de vie, dépendance, isolement, entre autres. Deux critères s'avèrent fondamentaux, l'antériorité d'occupation du territoire et l'auto-identification, laquelle permet à toute population de s'affirmer librement en tant qu'autochtone sans contrôle de la part des autorités publiques ou du reste de la communauté nationale, à l'exception des autres populations qualifiées elles-mêmes d'autochtones.

Cette menace est encore amplifiée par les droits reconnus à ces populations par l'ONU, droits parfois revendiqués également par la société civile. Ces droits sont nombreux et divers, mais ils sont tous fondés sur le droit politique fondamental : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, autrement appelé « droit à l'autodétermination ». Ce droit confère à son titulaire le droit de définir par lui-même et en toute indépendance son propre avenir et de le réaliser sans aucune ingérence externe. Ce droit fondamental général s'applique à la satisfaction des besoins essentiels à la vie et à l'épanouissement de toute communauté autochtone, et concerne l'accès aux ressources naturelles du sol et du sous-sol, terrestres comme maritimes.

Dans ces conditions, le recours au droit des peuples autochtones peut dans certains cas donner lieu à des conflits où l'intérêt général et les intérêts communautaires peuvent apparaître antagonistes (encadré 3.1).

La menace ressentie par les États est liée à la croyance que la reconnaissance de la qualité d'autochtone aboutisse finalement à la restriction des droits des non-autochtones, voire à leur exclusion dans les processus de décision (King, 2014). Cette menace ne peut cependant en aucun cas être associée à la finalité du droit des peuples autochtones. Les autochtones ne sont pas une menace ou un obstacle, bien au contraire. Seul le « juridisme », c'est-à-dire l'application stricte, rigide

Encadré 3.1. La portée conflictuelle du recours au droit des peuples autochtones au Kenya

Les peuples qui s'identifient au mouvement autochtone au Kenya sont principalement des pasteurs et des chasseurs-cueilleurs, des pêcheurs et de petites communautés agricoles. On estime que les pasteurs représentent 25 % de la population nationale, tandis que la plus grande communauté de chasseurs-cueilleurs compte environ 79 000 personnes. Les pasteurs occupent principalement les terres arides et semi-arides du Nord-Kenya et celles proches de la frontière entre le Kenya et la Tanzanie. Les chasseurs-cueilleurs comprennent les Ogiek, Sengwer, Yiaku, Waata, Awer (Boni). Tandis que les pasteurs incluent notamment les Turkana, Rendille, Borana, Maasai, Samburu, Ilchamus, Somali, Gabra, Pokot, Endorois. Tous sont confrontés à l'insécurité foncière et à la surexploitation des ressources, à un accès limité aux services publics, à une mauvaise représentation politique, à la discrimination et à l'exclusion. Leur situation semble s'aggraver d'année en année, avec l'intensification de la concurrence pour l'obtention de ressources naturelles sur les territoires où ils vivent (Jacquelin-Andersen, 2018). Selon cette définition, les quatorze ethnies qui peuplent le *county* de Marsabit, au Nord-Kenya, sont toutes des populations autochtones. Elles comptent essentiellement des pasteurs qui conduisent leurs troupeaux d'ovins, de camélidés, de caprins ou de bovins sur leurs territoires coutumiers respectifs, mais aussi sur ceux de leurs voisins, selon les alliances, les rivalités et les contraintes climatiques ou économiques auxquelles ils doivent faire face[1].

Dans ce contexte, les prérogatives de l'État kenyan sont régulièrement remises en cause. Ces atteintes portent sur les restrictions d'usages imposées par le Kenyan Forestry Service (KFS) et le Kenyan Wildlife Service (KWS), qui ont respectivement institué une Réserve nationale forestière et un Parc national sur les écosystèmes assurant le maintien du réseau hydraulique et l'existence des seuls points d'eau à ciel ouvert de la région encore accessibles en saison sèche. Les prérogatives de l'État kenyan ont aussi fait l'objet d'une contestation des populations autochtones dans le cadre de la construction du plus grand parc éolien d'Afrique initié en 2009. Ce projet énergétique soutenu par des investisseurs étrangers[2] devrait constituer à terme la principale source d'électricité du pays. Il est remis en cause

1. Les communautés voisines (pourvues en armes légères en provenance de Somalie et/ou d'Éthiopie) sont fréquemment engagées dans des affrontements meurtriers liés notamment à l'accès à l'eau et aux pâturages. À Marsabit, les communautés Rendile et Borana considèrent qu'elles ont « toujours » été ennemies. Des centaines de personnes, dont des femmes et des enfants, ont perdu la vie à la suite d'attaques et de représailles.

2. L'Union européenne et le fabriquant d'éoliennes danois Vestas Wind Systems. Google avait aussi manifesté son intérêt de participer au financement en 2015.

depuis 2014 par les communautés autochtones Samburu, Turkana et Rendille, qui se sont constituées en collectif afin de saisir les tribunaux. Ils revendiquent, en tant que communauté autochtone, leur droit à une consultation effective, à une indemnisation juste consécutive à l'appropriation abusive de leurs terres communautaires, et à un partage équitable des bénéfices issus de l'exploitation des ressources naturelles de leur territoire. En 2016, la Haute Cour de Meru (dédiée aux conflits fonciers et environnementaux de la localité) a refusé de suspendre les travaux engagés dans le cadre du projet et a renvoyé le conflit devant une commission d'arbitrage. L'échec de la procédure a conduit les communautés autochtones à saisir la Cour d'appel. Elles ont aussi lancé un appel aux organisations nationales et internationales de la société civile pour qu'elles fassent pression sur les membres du consortium, à savoir sur les gouvernements étrangers qui ont investi ou prêté l'argent nécessaire à la réalisation du projet, et sur le gouvernement kenyan. En janvier 2018, l'Union européenne a suspendu son financement en invoquant le non-respect des clauses de sauvegarde liées à l'obtention préalable du consentement des populations autochtones.

et décontextualisée des dispositions juridiques du droit des peuples autochtones le serait[2]. Si par contre le statut des autochtones est utilisé pour faire valoir une communauté de vie autour de l'usage de ressources partagées, il est en mesure de contribuer pleinement et simultanément au renforcement du lien social à différents niveaux d'organisation, du local à l'international.

LES AUTOCHTONES, UN ÉLÉMENT CONSTITUTIF DE L'ÉTAT-NATION

Sans se référer à la construction d'une nouvelle fiction juridique spécifique au continent africain, il est possible d'admettre que le droit

2. Cette posture est pourtant adoptée par certaines ONG internationales, par exemple dans les actions menées par Survival international et Amnesty International en faveur de la communauté Sengwer dans le cadre du projet « Water Tower Protection and Climate Change Mitigation and Adaptation » (WaTER), financé au Kenya par le Fonds européen de développement. Ce projet visait à protéger les forêts de haute altitude du mont Elgon et des collines de Cherangani, qui servent de réservoirs naturels et dont une grande partie de l'environnement du Kenya dépend pour son approvisionnement en eau. Il a été le théâtre d'exactions répétées et d'expulsions forcées commises par des agents du KFS au détriment de la communauté Sengwer. Cette situation a été condamnée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, qui a enjoint l'État kenyan à faciliter la délimitation des territoires ancestraux Sengwer et à prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir à la communauté Sengwer un accès et une utilisation sûrs et sans danger à ses terres ancestrales (Résolution relative aux activités portant atteinte aux droits de l'homme des Communautés autochtones du Kenya, CADHP/Rés. 394, LXII, 2018).

des peuples autochtones vise clairement, et sans aucun aménagement ou dénaturation, à reconstruire la communauté de vie propre des autochtones (Boutinot et Karpe, 2020). Or celle-ci ne peut être pleine que si elle est comprise comme solidaire de la reconstruction des communautés de vie établies à différentes échelles sur des territoires imbriqués. La traduction concrète de cette communauté de vie peut varier en fonction du contexte dans lequel elle est revendiquée et mise en œuvre, mais ses principes fondamentaux restent les mêmes. Suivant cette définition, elle peut aussi concerner l'État-nation.

Le concept d'« État-nation » repose en effet sur une assimilation, sinon une équivalence, entre trois éléments : le Peuple, la Nation et l'État. La rencontre entre ces éléments « n'a rien d'universel ni d'apodictique. Nulle donnée conceptuelle *a priori*, mais seulement le mouvement de l'histoire explique que se soit opérée, dans ce cas, la fusion entre la citoyenneté, c'est-à-dire l'appartenance à un État dont on respecte la constitution et les règles, et la nationalité, c'est-à-dire l'appartenance à une nation dont on partage les valeurs et le patrimoine culturel » (Bédarida, 1996). Il ne s'agit pas d'une réalité « donnée, figée de tout temps, de toute éternité avatar d'une essence » (Kahn, 2014). En tant que réalité historique, l'État-nation est un phénomène moderne, mais aussi une réalité mouvante dont la vocation est de garantir la paix sociale.

La réactualisation des règles qui encadrent les usages anthropiques de la terre et de ses ressources naît à la fois de la coopération entre les institutions et du traitement des conflits entre usagers. Ces processus, constitutifs de la dynamique du droit, participent de la sécurisation des droits locaux. Leur reconnaissance par l'État et leur inscription dans le droit positif peuvent conduire à la reformulation de projets de sociétés déclinés au sein de différents territoires interdépendants. Ceci conduit *in fine* à reconsidérer la place et le rôle du droit positif dans les processus d'appropriation des règles d'usage des ressources partagées par les citoyens.

L'appel au régime spécifique des peuples autochtones devient alors un outil stratégique pour (re)mettre en débat les droits sur la terre et les ressources qu'elle porte, y compris dans la perspective de reconnaître, maintenir ou renforcer des communs. Il peut permettre d'envisager des alternatives, peut-être plus délibératives, consensuelles et pacifiées, en faveur des populations les plus vulnérables. Il autorise une ouverture et constitue le moteur d'une réappropriation des règles qui encadrent les usages anthropiques par les populations locales. L'institution d'espaces de dialogue et le renforcement des processus de « faire commun » participent de l'exercice d'une « citoyenneté autochtone », non pas entendue comme une « citoyenneté spéciale », mais comme un « slogan » visant, pour les populations minoritaires ou marginalisées, à réclamer, obtenir et réaliser finalement une pleine et réelle citoyenneté égale à celle du reste de la population du pays (encadré 3.2).

Encadré 3.2. Reconsidérer l'autochtonie au sein de l'État-nation : la Constitution kenyane de 2010

L'État kenyan n'a pas ratifié la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux (1989). Il n'a pas non plus approuvé la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (2007) et ne dispose pas de législation spécifique à ces populations.

Cependant, la Constitution kenyane de 2010 reconnaît l'autonomie des communautés autochtones au sein de la Nation[1] et « les questions relatives à ces communautés sont envisagées dans le contexte de celles relatives aux groupes vulnérables et marginalisés »[2]. Cette qualification des autochtones en tant que peuple marginal n'est pas propre au Kenya. Elle reste pourtant contestée par les organes des Nations unies de contrôle des droits de l'homme[3], qui maintiennent la qualification d'autochtone dans plusieurs documents officiels internationaux[4]. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples[5], à l'échelle de la région, et la Commission nationale kenyane des droits de l'homme[6], à l'intérieur du pays, soutiennent la qualification d'autochtone[7].

Le principe d'État-nation porté par la Constitution de 2010 reconnaît quoi qu'il en soit l'existence de droits particuliers sur une base ethnique ou historique au sein d'une communauté de vie en construction, elle-même potentiellement considérée comme un commun auquel il ne doit pas être porté atteinte.

La Constitution kenyane de 2010 reconnaît en effet le droit des communautés à gérer leurs propres affaires et à favoriser leur développement. Elle renforce pour ce faire leur participation[8] à l'exercice des pouvoirs de l'État et à la prise des décisions qui les concernent (article 174). Les approches inclusives sont encouragées dans tous les projets qui affectent la vie et le bien-être des citoyens, notamment au regard de leurs droits fonciers et environnementaux.

L'ordre juridique kenyan semble ainsi constituer un fondement solide pour la reconnaissance de droits locaux, même autonomes, en vue de garantir la paix sociale (article 63). Il ne s'agit pas de reconnaître des droits ethniques ou des droits collectifs à des ethnies pour qu'elles se perpétuent en tant que telles, mais bien d'inviter les citoyens à entrer dans les discussions au travers de leurs pratiques quotidiennes d'usages de la terre et des ressources qu'elle porte.

1. « Le gouvernement a respecté le droit d'un groupe particulier de personnes à se déclarer peuple autochtone ; cependant, toutes les personnes kenyanes d'origine africaine ont été considérées comme autochtones du pays » (CERD/C/SR.2531, 9 May 2017, § 5).

2. En ce qui concerne les droits de l'homme, le Kenya a ratifié la plupart des traités et conventions internationaux relatifs aux droits de l'homme, et n'a pas exprimé d'opposition à son adhésion à la Déclaration de 1992

sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, qui, comme la Déclaration des peuples autochtones, n'a pas de valeur contraignante en soi.

3. CERD/C/SR.2100, 19 août 2011, § 19 ; CERD/C/SR.2530, 8 mai 2017, § 25.

4. Elle figure par exemple dans les documents établis en vue de la mise en œuvre de la REDD+ (*Reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries*). Ceci pose question car les bailleurs sont soumis au droit international des Nations unies, mais ils ne peuvent pas non plus être en opposition avec la législation du pays hôte). Dans son rapport de visite au Kenya, le rapporteur spécial des Nations unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones a compris et finalement, d'une certaine manière, validé l'usage du qualificatif de populations vulnérables compte tenu de la situation historique du Kenya (A/HRC/4/32/Add.3, 26 février 2007, Annexe, § 8 et suivants), tout en demandant au gouvernement de ce pays de ratifier et de mettre en œuvre des textes internationaux qui ne confondent pas les autochtones avec les groupes vulnérables (A/HRC/4/32/Add.3, 26 février 2007, Annexe, § 92).

4. Arrêt du 26 mai 2017 sur l'Affaire « Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya, n° 006/2012 » concernant la communauté Ogiek de la forêt de Mau.

5. La Commission nationale des droits de l'homme du Kenya (KNCHR) est une institution indépendante créée par l'article 59 de la Constitution du Kenya 2010 et établie par la loi du Parlement sur la KNCHR (Kenya National Commission on Human Rights Act, 2011). C'est l'organisme chef de file de l'État en matière de promotion et de protection des droits de la personne. Les activités du KNCHR sont guidées par les Principes de Paris relatifs à la création et au fonctionnement d'institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme, approuvés par les Nations unies. La Commission nationale a été accréditée par le Comité international de coordination des institutions nationales des droits de l'homme (CIC), qui a son siège à Genève au Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme. Le KNCHR est membre du Réseau des institutions nationales africaines des droits de l'homme (NANHRI), le groupement régional du CIC pour l'Afrique. La Commission a deux mandats : elle fait office de garde-fou auprès du gouvernement dans le domaine des droits de l'homme, et elle assure un *leadership* en matière d'évolution des droits de l'homme au Kenya. L'objectif principal du KNCHR est d'enquêter sur les violations des droits de l'homme et d'y remédier, d'effectuer des recherches et de surveiller le respect des normes et standards relatifs aux droits de l'homme, de dispenser une éducation aux droits de l'homme, de faciliter la formation, les campagnes et le plaidoyer sur les droits humains, ainsi que de collaborer avec les autres acteurs au Kenya.

6. A/HRC/WG.6/21/KEN/3, 27 octobre 2014, § 10.

7. L'État « est tenu d'assurer une représentation adéquate des « groupes marginalisés » à tous les niveaux de gouvernement, de mener des actions positives en faveur de ces groupes et de promouvoir l'emploi des langues autochtones et la libre expression des cultures traditionnelles » (A/HRC/WG.6/21/KEN/1, 6 novembre 2014, § 73).

LES AUTOCHTONES, DES COMMUNAUTÉS D'USAGERS DE LA TERRE ET DE SES RESSOURCES

Dans de nombreuses régions du monde, des populations locales appréhendent les pâturages, l'eau ou les forêts comme des ressources partagées. Malgré certaines apparences, l'accès à ces ressources n'est pas libre mais négocié, souvent au sein et entre différents ordres juridiques en présence. Qu'ils soient appelés « coutume », « droit coutumier » ou « droit des usages », ces droits négociés, que l'on peut qualifier d'endogènes selon le terme consacré par Olivier Barrière (2012), ont la particularité de disposer, en tant qu'ordres juridiques autonomes, d'une dynamique propre de réactualisation des normes qu'ils produisent. Les différents ordres juridiques qui coexistent aux côtés du droit de l'État sur des territoires distincts, mais possiblement superposés ou juxtaposés, interagissent en permanence. Ils partagent certaines normes, ce qui en accroît la sécurité juridique, et sont en conflit sur d'autres, ce qui les fragilise. C'est dans ce contexte que des associations d'usagers ont été mises en place par les autorités étatiques, sans pourtant que les représentations usuelles, traditionnelles ou coutumières de la nature, qui constituent pourtant une base pour la construction et la réinterprétation des règles et des politiques par les populations locales elles-mêmes (voir chapitre 4), soient systématiquement prises en considération.

Dans certaines conditions pourtant, l'établissement renégocié d'une communauté de vie regroupant des usagers de ressources partagées peut garantir sa perpétuation en tant que communauté politique infra-étatique autonome, à savoir, sa contribution durable et simultanée à l'épanouissement économique social et culturel du groupe et à la construction de la Nation (encadré 3.3).

LES CONDITIONS D'UNE CITOYENNETÉ AUTOCHTONE

LE RENOUVELLEMENT DE L'APPROCHE JURIDIQUE

Comme tous les acteurs du vivre ensemble, les juristes sont amenés à réinterroger leur discipline de prédilection et à en reconstruire l'objet selon une perspective transdisciplinaire (incluant aussi des savoirs profanes ou locaux). Le droit positif gagne alors à être questionné et enrichi par les autres disciplines qui se préoccupent de la production, de l'interprétation et de l'application des normes, y compris au cours du temps et dans différentes cultures. Cette démarche, en facilitant la réappropriation du droit par les citoyens, contribuera à leur rendre leur capacité d'agir pour faire face, sur leurs territoires, à l'urgence sociale et écologique.

Encadré 3.3. L'établissement d'une autochtonie promotrice de communs au Kenya

À Marsabit, les autochtones ont été longtemps délaissés par le pouvoir central du fait de l'aridité du climat et de l'insécurité entretenue par des mouvements transfrontaliers non maîtrisés (avec le Soudan du Sud, l'Éthiopie et la Somalie notamment). Mais récemment, le droit de l'État a permis la constitution de plusieurs communautés d'usagers pour participer avec les services d'État à la gestion de l'eau, des forêts et de la faune sauvage[1].

Au niveau du *county*, le KFS coordonne des associations d'usagers (*community forest associations*)[2] pour gérer les forêts placées sous son autorité, et autorise notamment les femmes à accéder selon certaines conditions aux produits forestiers et à s'assurer ainsi des revenus. Le Northern Rangeland Trust[3] (NRT) a également institué des *community conservancies*[4] afin de « réduire les surcoûts »

1. Le Wildlife Conservation and Management Act de 2013 distingue la faune sauvage du reste des animaux, qualifiés, eux, de domestiques. Outre l'interdiction générale de la chasse adoptée par le gouvernement décrétée en 1977, la protection et la gestion de ces animaux se font en particulier dans le cadre d'aires de conservation qui peuvent prendre la forme de parcs nationaux, de réserves nationales, de sanctuaires, de *conservancies* ou de corridors.

2. Dans le Forest Conservation Short title and Management Act de 2016, Partie I-Préliminaire du Forest §, les termes suivants sont ainsi définis :
– « communauté » : un groupe clairement défini d'usagers de terres forestières identifiés sur la base de l'ethnicité, de la culture ou d'une communauté d'intérêts similaire ;
– « association de foresterie communautaire » : un groupe de personnes locales qui se sont enregistrées en tant qu'association ou autre organisation établie pour s'engager dans la gestion et la conservation des forêts ;
– « droits coutumiers » : les droits qui résultent d'une longue série d'actions habituelles ou coutumières, constamment répétées, qui ont, par cette répétition et par consentement ininterrompu, acquis la force d'une loi dans une unité géographique ou sociologique ;
– « communauté forestière » : un groupe de personnes qui ont une association traditionnelle avec une forêt à des fins de subsistance, de culture ou de religion.

3. Le NRT est une organisation non gouvernementale communautaire créée en 2014 dans le nord du Kenya par une coalition de dirigeants locaux, de politiciens et de défenseurs de la nature. Partant du postulat que la conservation de la faune sauvage dans la région est étroitement liée au devenir des communautés pastorales, NRT été créé pour soutenir le développement des *community conservancies* (Odote, 2013). Pour assurer la paix et conserver les ressources naturelles, l'ONG a mis en place trois *community conservancies* autour de Marsabit (Songa, Shurr et Jaldesa), en périphérie des zones de conservation de la biodiversité établies par l'État.

4. Une *conservancy* est un espace dédié à la conservation de la faune, et éventuellement à d'autres utilisations compatibles des terres, défini en tant que tel par un propriétaire foncier communautaire ou privé, un groupe de propriétaires ou une personne morale. C'est une aire protégée non étatique

subis par les populations qui « découlent de l'impératif de conservation de la faune sauvage ». L'institutionnalisation d'espaces de dialogue entre l'État et les communautés et entre les communautés elles-mêmes contribue substantiellement à entretenir ou à rétablir la communication entre les différents usagers de ressources partagées.

Le Community Land Act de 2016 permet en outre désormais l'établissement de droits fonciers communautaires. Cette loi est née en réaction aux exactions commises par les *counties* au détriment des populations locales vis-à-vis des terres qui leur étaient confiées sous le régime de *trust land*[5]. Or, bien qu'elle porte en elle le risque d'une application exclusive car fondée sur l'enregistrement (et la fixation) de limites territoriales de terres communautaires, elle a l'intérêt de reposer sur un processus préalable d'identification des « communautés » que les citoyens peuvent investir sous une multitude de formes différentes.

Le Community Land Act, en tant que texte fondateur, a l'intérêt de définir la « communauté »[6] comme un groupe consciemment distinct et organisé d'utilisateurs de terres communautaires. En renvoyant au terme de *users*, le texte ne disqualifie pas la forme politique des communautés d'usagers considérées, au contraire, il inscrit l'usage de la terre et de ses ressources dans un dialogue explicite[7]. Le terme de *users* introduit la possibilité de constitution d'une communauté politique infra-étatique autonome, cette autonomie étant un principe sous-jacent à la construction de l'État-nation. Cette requalification devrait conduire les communautés d'usagers à réfléchir à leurs conditions d'existence, passées, présentes et futures. Ceci les pousse à redéfinir les limites ou les conditions pour un

---

gérée par des ayants droit (Wildlife Conservation and Management Act de 2013, article 3 : « "wildlife conservancy" means land set aside by an individual landowner, body corporate, group of owners or a community for purposes of wildlife conservation in accordance with the provisions of this Act »).

5. Les terres sont confiées aux *counties* qui sont chargés de les administrer.

6. « Communauté » : un groupe consciemment distinct et organisé d'usagers des terres communautaires qui sont citoyens du Kenya et qui partagent l'une des caractéristiques suivantes :
– l'ascendance commune ;
– une culture similaire ou un mode de vie unique ;
– des caractéristiques socio-économiques ou autres caractéristiques communes similaires d'intérêt ;
– l'espace géographique ;
– un espace écologique ;
– ou l'appartenance ethnique (Community Land Act, 2016, Part I-Preliminary).

7. Finalement, peu importe le critère retenu de description des autochtones, bien que l'antériorité ou le lien et l'usage particuliers de la terre ait été privilégié par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (voir CADHP/IWGIA, 2005 ; 2007).

groupe d'individus à se voir attribuer des droits sur la terre[8] et, de ce fait, à envisager la terre comme un espace de ressources dont les richesses (quantité, qualité, diversité) devraient être plus équitablement distribuées.

Le Community Land Act stipule cependant qu'il est désormais indispensable de tout écrire (conditions d'accès, temps de procédures…). Mais l'écriture fixe les règles et ce n'est pas la façon de faire des structures traditionnelles qui privilégient l'oralité. La loi ne devrait pas être trop contraignante ni sur les procédures ni sur la forme des actes d'administration des terres communautaires. Les procédures devraient aussi pouvoir être adaptées au temps des communautés (par exemple le délai attribué par l'État pour régulariser les inventaires fonciers des terres communautaires est de 18 mois, et une demande a été faite par le *county* de Marsabit au Parlement de réviser cette disposition de la loi). Cependant, même imparfaite, cette loi constitue une opportunité pour reconsidérer les « ressources communes » si l'esprit et l'objectif des communs restent le critère d'analyse, d'application et d'interprétation de la loi. L'État-nation kenyan en cours de construction serait-il en soi un commun ?

8. Dans le Community Land Act de 2016, Partie I-Préliminaire du Forest §, les termes suivants sont ainsi définis :
– « communauté d'intérêts » : la possession ou la jouissance de droits, de privilèges ou d'intérêts fonciers communs, le fait de vivre dans la même région géographique ou d'avoir une telle association apparente ;
– « terre de réserve communautaire » : toute terre mise de côté pour la communauté ou toute terre attribuée par la communauté enregistrée à des fins d'occupation et d'utilisation individuelles ;
– « régime foncier communautaire » désigne les pratiques non écrites en matière de propriété foncière dans certaines collectivités où les terres appartiennent à une famille, à un clan ou à un dirigeant communautaire désigné, ou sont contrôlées par eux ;
– « droits fonciers coutumiers » s'entend des droits conférés par le droit coutumier, les coutumes ou les pratiques coutumières africaines ou en découlant, à condition que ces droits ne soient pas incompatibles avec la Constitution ou toute loi écrite.

Le droit des autochtones n'est pas contraire aux communs. Il en est l'expression même. Cependant, il souffre de défauts, qu'il partage en fait avec le droit positif qui saisit en général les communs. Tout d'abord, il ne constitue pas en soi l'expression d'un véritable pluralisme juridique. Le droit des autochtones reste en effet fondé et construit suivant un modèle d'organisation juridique en fait spécifique à l'Occident, alors qu'il ambitionne de s'appliquer à des contextes culturels très différents. Il est pensé et aménagé en adéquation avec un modèle de société fondé

sur la croissance économique aujourd'hui inadapté pour faire face à l'urgence sociale et écologique[3].

Le droit positif est aussi structuré par une hiérarchie des normes qui lui permet de se détacher de la morale pour acquérir une indépendance assurant une neutralité théorique. La pyramide des normes (Kelsen, 1997) repose sur le présupposé que chacune d'elles reçoit la validité de sa conformité à la norme supérieure. En passant d'un niveau de norme à l'autre, les faits juridiques relevant de situations d'actions situées (dans le temps, l'espace, la culture, l'écosystème…) sont associés à des normes générales et abstraites qui, en isolant d'un point de vue conceptuel la situation d'action considérée (Latour, 2007), garantissent sa régulation au sein d'un État de droit. Mais cela le conduit à légitimer et à sécuriser la reproduction à l'identique de nos sociétés modernes. L'évolution et l'intégration des questions de justice sociale et écologique dans la démarche juridique ne peuvent dans ce contexte se faire qu'aux marges et sur le temps long. Cela tient notamment à la nécessité de « compatibilité » des différents niveaux de normes, que ceux-ci relèvent de la hiérarchie des normes ou de leur segmentation entre les différentes branches du droit.

Le droit des autochtones doit donc être « décolonisé » pour être en lien avec les communs (Le Roy, 2020a). Mais cette décolonisation, aujourd'hui encore insuffisante, n'est possible et réelle que si elle s'intègre dans une révolution radicale de la pensée juridique. Nous proposons alors l'introduction d'une autre vision du droit : le « [droit] rond » (figure 3.1).

Le droit positif est une injonction linéaire : on part d'un objectif pour atteindre un résultat, quelles que soient les différentes étapes (ordre ou nature) à investir. Les normes s'ajoutent et se superposent les unes aux autres pour préserver un ordre cohérent garant de la sécurité des relations entre les personnes juridiques reconnues (figure 3.2). Les innovations en faveur de la justice sociale et écologique sont donc fragiles, car elles échappent à la sécurité juridique qui découle de la cohérence de l'ordre étatique historiquement construit. La prise en compte d'une question sociale ou environnementale y apparaît marginale et difficile à intégrer dans un système de compatibilité des normes de droit positif privilégiant les équilibres économiques institutionnalisés. Par contre, dans le droit rond, la question de l'institutionnalisation n'est pas une

3. Le droit positif produit à l'échelle des États, dans le cadre d'un modèle de société fondé sur la croissance économique, organise les relations entre l'État et les sujets de droit considérés la plupart du temps comme des agents économiques. Son existence est fondée sur une volonté sociale de se départir du droit naturel (entendu comme un droit idéal inhérent à la nature de l'homme).

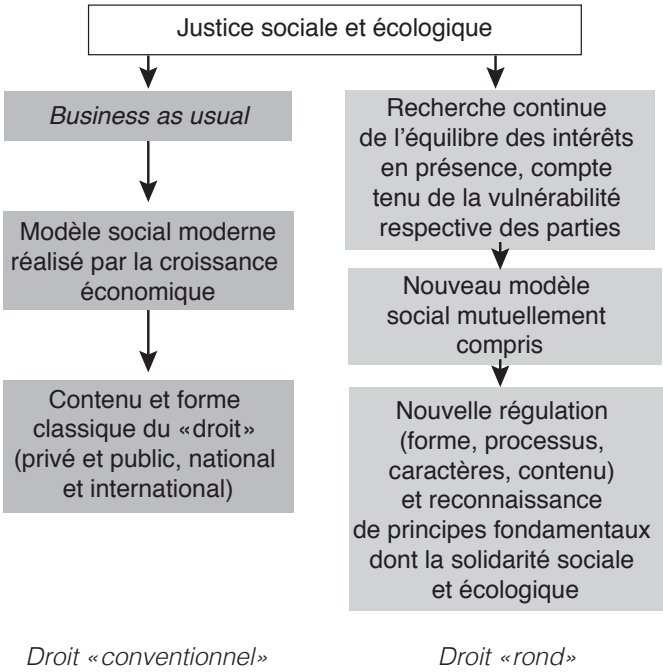


Figure 3.1. Plaidoyer pour un «droit rond» (Karpe *et al.*, 2021).

question préalable à l'identification des parties prenantes, à la défense et à la sécurisation de leurs relations. Celles-ci sont recherchées selon une dynamique propre plutôt que *via* une autorité extérieure établie. Le droit rond est un «espace de régulation», occupé par les citoyens qui investissent le dialogue entre différents ordres juridiques pour promouvoir leurs communautés de vie respectives. Il est une source d'inspiration pour le juriste acteur du vivre ensemble.

Le juriste positiviste change alors de posture pour pouvoir agir rationnellement dans un monde incertain dont le projet d'avenir est en cours de réécriture. Ce changement de posture consiste à prendre en compte le rôle actif que jouent les autres contextes de droit sur les collectifs, les sociétés en devenir. Le droit rond concentre son analyse sur les traces que la juridicité laisse dans l'espace social par sa circulation. Ce changement de posture, d'«expert/traducteur du droit» à celui d'«acteur du vivre ensemble», change radicalement l'objectif du juriste et donc l'objet de son dévouement. L'approche par les communs invite à ce changement, notamment dans les situations d'action où les interventions sont financées par l'aide publique.

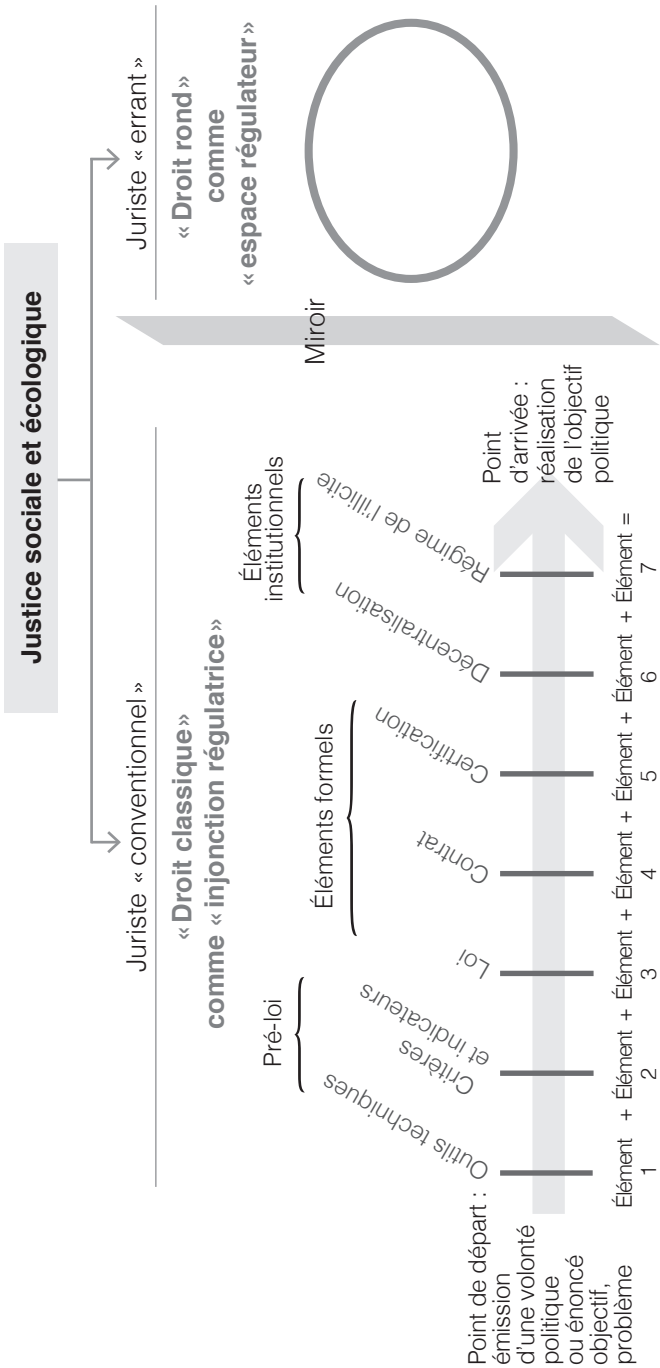


Figure 3.2. Deux visions du droit.

L'ACTION POLITIQUE POUR INFILTRER LE DROIT POSITIF

Au travers de l'évaluation partagée de l'application du droit positif et de la prise en considération des pratiques des collectifs œuvrant pour le renforcement des solidarités sociales et écologiques sur un territoire donné, le juriste acteur du vivre ensemble initie une action politique. Il participe à l'évolution des normes juridiques en mettant en exergue différentes modalités d'interprétation et d'application de ces normes par des collectifs d'usagers de ressources partagées. La finalité du droit étant la pacification des relations sociales, l'investissement de cette dynamique permet d'enrichir les réflexions liées à l'élaboration des politiques publiques, et notamment, mais pas seulement, celles liées à l'intérêt de réviser ou non le cadre légal et réglementaire[4].

Sur le terrain, le droit positif (lois, règlements et contrats) se trouve en effet confronté à certaines interprétations qui, par faute de moyens ou de motivation, peuvent le détourner de sa vocation première. De même, en situation de pluralisme juridique[5], le droit endogène, du fait de sa dynamique propre, revêt des formes très différentes en fonction des contextes et des statuts des personnes auxquels il s'applique. L'observation des pratiques des acteurs va alors permettre d'apprécier la manière particulière dont les normes juridiques en interaction sont produites, interprétées et appliquées sur les territoires. Au-delà de l'analyse des textes, l'attention du juriste acteur du vivre ensemble doit donc également se porter sur les pratiques administratives (sanctionnées par des actes d'administration) et de règlement des conflits (sanctionnés par des décisions) associées aux usages de la terre et de ses ressources.

La prise en compte de la dynamique du droit contribue ainsi à clarifier, à renforcer, et donc à sécuriser les relations entre les acteurs investis dans une activité dont le succès repose sur la coopération, que ces acteurs soient des personnes privées ou publiques. L'écriture du droit (rédaction de statuts créant une personne morale, établissement de procédures ou de rituels liés à la délivrance d'un acte administratif, à l'établissement de procès-verbaux, à la valorisation des usages ou à l'obligation de publicité) sanctionne concrètement les accords passés entre les acteurs. La sécurisation juridique de ces accords vise à contrer

---

4. Rappelons que, conventionnellement, l'écriture du droit ne commence qu'à partir du moment où ces politiques sont explicitement (re)formulées, idéalement dans le cadre de projets de territoire.

5. Le pluralisme juridique renvoie au constat de la coexistence de plusieurs ordonnancements juridiques, concurrents ou non, mobilisés par une société donnée en vue de la pacification des relations sociales. Reconnu par l'État, il conduit à la reconnaissance d'une pluralité de solutions normatives à un même problème. Il peut aussi constituer un instrument d'analyse des arbitrages que les individus effectuent entre les multiples possibilités qui s'offrent à lui (appliquer, contourner, détourner le droit de l'État, innover, inventer, contester au risque de contrevenir au droit positif).

les atteintes susceptibles de leur être portées, durant le temps, par les parties prenantes elles-mêmes, ou par des tiers.

L'analyse des pratiques administratives et judiciaires permet d'enrichir les réflexions à la fois sur les moyens permettant d'accroître la sécurité juridique (et donc la pérennité) des usages de la terre et des ressources qu'elle porte, et sur les voies à emprunter (rédaction de textes légaux, réglementaires, administratifs, ou de plaidoyers, renforcement des capacités des agents, communication d'informations juridiques) pour accroître l'efficience des cadres légaux et réglementaires en vigueur. Elle facilite *in fine* leur prise en compte dans les argumentaires juridiques qui contribuent à alimenter, le cas échéant, des processus de réformes juridiques et institutionnelles.

Le consentement libre, informé et préalable (CLIP) initialement envisagé dans le cadre du droit des peuples autochtones constitue dans ce contexte un dispositif potentiellement intéressant pour les communs. S'il est envisagé comme un processus de partage continu de l'information, il contribue à renforcer la capacité des titulaires de droits à faire valoir leurs prérogatives et celle des débiteurs d'obligations à remplir leurs devoirs (encadré 3.4).

Encadré 3.4. L'exercice de la « citoyenneté autochtone » au Kenya

En lien avec le souci de l'affirmation, de la pérennisation et du renforcement de l'État de droit et de la démocratie, il existe en effet au Kenya une institutionnalisation forte de la citoyenneté et de la proximité[1]. Ceci se traduit spécialement par :

– la multiplication des situations de contribution et de contrôle obligatoires des individus et des groupes à la gestion des affaires publiques nationales et locales[2] ;

– le caractère subsidiaire et motivé de l'intervention de l'État central ;

– et une attribution de principe du pouvoir de décision et de gestion aux unités territoriales décentralisées (les *counties*)[3].

Il s'agit de mettre le citoyen, y compris dans sa diversité culturelle et ethnique, au centre et à la base de tous les pouvoirs, de toutes les activités et de toutes les décisions politiques et sociales, environnementales ou non. Ceci se constate notamment au travers du souci sans cesse répété d'informer et de former la population[4], mais aussi au regard de la volonté d'éviter toute forme de dévoiement du principe de participation par l'introduction de plusieurs garde-fous : possibilité pour le peuple de réviser la Constitution (article 257), droit au référendum local (County Governments Act, 2012)…

La gestion de proximité est privilégiée (article 191, § 2, 3 et 4 de la Constitution). Les intérêts locaux sont ainsi protégés au niveau

national par le Sénat, qui y trouve la justification de son existence (article 96, § 1 de la Constitution). Des règles sont fixées de manière à éviter tout conflit entre les deux niveaux de gouvernement et, ainsi, à préserver leur autonomie respective et la direction de proximité. Le droit national ne l'emporte que dans des situations limitativement et clairement énumérées, la supériorité du droit local étant dès lors posée de principe, et celle du droit national comme une exception.

Le pouvoir judiciaire contribue à la concrétisation de cette volonté politique, spécialement par son indépendance et son impartialité, grâce notamment à une nomination fondée sur des critères strictement professionnels (article 166 de la Constitution), son accessibilité à tout citoyen (article 11, § 2 du Small Claims Court Act, 2016) et par la prise en compte des cultures et des pratiques locales, sans discrimination, en particulier dans le cadre des conflits environnementaux et fonciers (article 18(a)(ii) de l'Environment and Land Court Act, 2011).

1. L'ascendance commune ancestrale est à la base de la définition d'une communauté, d'une famille clanique ; ce lien social semble être le plus structurant avant l'appartenance territoriale et religieuse. Les autorités coutumières veulent réglementer la société, mais leur capacité disparaît lentement. La politique prend les devants, notamment en matière de revendications et de traitement des rivalités. Les périodes électorales sont tendues, mais les gens votent (en une seule fois) pour leurs représentants de clan.
2. Article 10, § 2, alinéa a de la Constitution pour une reconnaissance solennelle, et article 69, § 1, alinéa d de la Constitution pour une reconnaissance spécifique dans le domaine environnemental.
3. Au niveau local, le gouvernement est assuré par le County Assembly et le County Executive (article 176, § 1 de la Constitution), qui sont investis respectivement du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif au niveau local. À l'instar du gouvernement national, celui du *county* doit également refléter la réalité, y compris dans sa diversité et sa marginalité, de la composition de la population locale. Et, pour la même raison que pour le niveau national, cela est assurément motivé par la même volonté de constituer une véritable communauté de vie locale.
4. Notamment, articles 95 et 96 du County Governments Act, 2012.

DES LIGNES DIRECTRICES POUR L'ÉTABLISSEMENT DES ACTES JURIDIQUES

Les éléments qui précèdent permettent d'envisager sous un autre angle la nature juridique, les procédures suivies et le contenu des dispositions internes des contrats que les communautés d'usagers passent avec les tiers, et notamment avec le secteur privé. Le droit des peuples autochtones, s'il nourrit la reconstitution de communautés de vie autour de ressources partagées, permet d'investir la dynamique du droit pour

asseoir un statut spécifique des collectifs d'usagers et, de ce fait, reconsidérer le régime des accords qu'ils passent avec les tiers.

La personnalité juridique des collectifs d'usagers

Dans le cadre d'une citoyenneté autochtone, les collectifs d'usagers de la terre et des ressources qu'elle porte revendiquent des droits fondamentaux, cherchent à les faire reconnaître et à sécuriser leur exercice sur leur territoire. Les représentants du secteur privé qui seraient amenés à contractualiser avec ces communautés politiques infra-étatiques sont ainsi confrontés à une « souveraineté » d'une nouvelle nature, encadrée par le droit national et international (Karpe, 2008). C'est dans ce contexte qu'ils sont amenés à négocier leur présence sur le territoire des autochtones. Que ces représentants du secteur privé prennent la forme d'ONG de conservation, d'entreprises privées ou d'institutions de recherche, les modalités de leur contribution au projet politique de la communauté de vie sollicitée devront être explicitées et respecter l'organisation sociale préexistante. Ainsi, si le cadre légal attribue généralement le statut associatif à ces communautés d'usagers, leur relation avec la ou les collectivités territoriales sur lesquelles s'établissent les espaces et les ressources concernées par le projet ne saurait être éludée. Ce sont elles qui permettront d'investir la dynamique du droit à considérer (autonomie de gestion, de décision, de contrôle et de sanction, ressources budgétaires et modalités d'allocation des fonds, rapports entre les différentes communautés de vie établies sur le territoire et avec l'État). Ainsi, si la gestion communautaire des ressources naturelles telle que posée par un grand nombre de législations nationales permet d'attribuer une personnalité juridique à une communauté de vie, celle-ci ne saurait être réduite à la rédaction de documents administratifs souvent maladroitement déclinés à partir de documents *pro forma* qui ne font pas sens aux yeux des populations ciblées.

Les conséquences sur le régime des conventions avec le secteur privé

Lors des accords conclus avec les communautés locales dans le cadre du développement durable ou de la conservation des ressources naturelles, il ne devrait pas pouvoir être envisagé qu'une entité privée extérieure se substitue aux organisations sociales préexistantes en charge de définir les conditions de la régulation des activités anthropiques sur des ressources partagées. Si toutefois cette perspective devait être investie, elle ne pourrait l'être que dans le cadre strictement encadré d'une délégation de mission de service public, y compris en matière de gestion administrative et financière. À ce titre, l'accès à l'information sur la terre et les ressources naturelles constitue une priorité, tant pour les

pouvoirs publics que pour les différentes communautés d'usagers. Il est important que cette information revête une forme compréhensible et puisse être appropriée par les communautés, car elle peut être source de conflits, surtout lorsque l'information introduit un intérêt commercial sur les ressources communes (encadré 3.5). Il apparaît donc essentiel, dans le cadre des interventions subventionnées par la puissance publique, y compris lorsqu'elles impliquent des acteurs privés, de privilégier le « faire commun » et de s'appuyer sur des indicateurs qui pourront initier le dialogue entre les bénéficiaires, le bailleur, le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage (Aubert *et al*., 2020).

Encadré 3.5. Analyse des actes d'administration proposés par le Northern Rangeland Trust à la *community conservancy* de Songa

À Marsabit, les modes de vie des populations locales évoluent rapidement. Les hommes et les jeunes se déplacent toujours avec les troupeaux, mais sans les femmes et les enfants. Les animaux sont toujours là, mais les activités économiques se diversifient, les petits magasins se développent et les sédentaires sont de plus en plus nombreux. Les parcours des troupeaux changent[1], et les pasteurs utilisent le téléphone portable pour localiser les ressources et entrer en contact avec les autres ayants droit. Les populations humaines les plus vulnérables sont celles qui n'ont pas de bétail ou d'emploi et qui vivent principalement dans les villes. À Marsabit, beaucoup de femmes sont célibataires avec des enfants. La solidarité sociale entre les membres d'une même communauté pallie le système national de protection sociale, qui n'est pas suffisant pour permettre aux personnes vulnérables de vivre correctement (10 ou 15 euros par mois). Dans ce contexte, l'accès au foncier ne repose plus seulement sur l'organisation du pastoralisme. Au niveau des *counties*, l'intensification agricole reste un objectif prioritaire pour le développement territorial. Beaucoup disent qu'il faut remplacer l'élevage extensif par de la culture irriguée (potentiellement possible avec la multiplication de forages), mais d'autres restent très attachés au mode de vie nomade. Un nouveau projet de société devrait émerger pour discuter des choix et des modalités d'affectation de l'espace sur le

1. La division et la distribution des grands pâturages en espaces plus petits affectés à des groupes particuliers remettent en question les règles de réciprocité. La référence à la capacité de charge pour éviter le surpâturage conduit par ailleurs les éleveurs non pas à vendre des animaux, mais à les envoyer ailleurs, ce qui crée de nouveaux conflits. Les grands espaces communs de pâturage se transforment en petits îlots établis autour des points d'eau permanents.

court, le moyen et le long terme, et de leurs conséquences sur les solidarités sociales et écologiques.

Dans ce contexte, il est possible et même recommandé de relire, de commenter et de faire évoluer les actes d'administration établis par le Northern Rangeland Trust (NRT) pour appuyer notamment la *community conservancy* (CC) de Songa, qui regroupe des Rendile au sud de la Réserve forestière nationale de Marsabit. Selon les termes du protocole d'entente (Memorandum of Understanding) établissant le cadre de la collaboration envisagée en 2016, il s'agit pour NRC[2] « d'aider les communautés locales de la zone du projet à gérer et à bénéficier de la conservation de la faune et de la gestion des ressources naturelles » et de renforcer leur capacité « à gérer de manière indépendante la conservation et l'utilisation durable de la faune et des autres ressources naturelles et à en tirer profit ». Pour ce faire, la compagnie s'oblige à fournir un soutien opérationnel et technique à la CC, à faciliter la résolution des conflits concernant les ressources naturelles, en particulier les questions liées à l'eau et aux pâturages, à faciliter la communication avec les autres organismes de conservation, à superviser et à gérer tout équipement de conservation « qui pourra être temporairement enregistré à titre d'actif du NRC avant le transfert de propriété à la CC » et, enfin, à promouvoir et à négocier des partenariats mutuellement bénéfiques pour le développement du tourisme. De son côté, la CC nouvellement créée s'oblige, vis-à-vis de la compagnie, à collaborer avec le gouvernement pour mettre fin aux activités illégales dans le secteur de la faune sauvage et à entretenir de bonnes relations avec les communautés voisines comme au sein de la communauté. Au travers de ce protocole, la NRT entend s'imposer comme un acteur politique du territoire par le biais d'une entité légalement

2. NRT est un trust, mais dans la plupart de ses relations avec les communautés locales, les conventions sont signées au nom de Northern Rangeland Compagny pour faciliter les transferts financiers. Une troisième structure, NRTT (NRT Trading), une coopérative, a également été créée afin d'abord de développer et exploiter des entreprises autonomes et liées à la conservation telles que LivestockWORKS et BeadWORKS, ensuite d'aider au développement d'entreprises axées sur la conservation (tel le tourisme) en renforçant les capacités commerciales au sein des *conservancies*, en attirant des investisseurs et en négociant des accords avec des opérateurs commerciaux, et enfin de diversifier et d'augmenter le revenu des ménages par le développement des compétences, les possibilités d'emploi, et l'accès au financement par le biais du Programme d'autonomisation économique de Nabulu et du Northern Rangelands SACCO, une coopérative d'épargne et de crédit. Cette nébuleuse n'est pas facilement appréhendable par les usagers de la *conservancy* de Songa. Pourtant, il importe que les contributions respectives de ces différentes entités soient mieux explicitées dans le sens où elles portent en elles-mêmes un modèle de société qui risquerait à tout moment d'être dévoyé.

constituée à l'échelle infracommunautaire. Mais comment cet engagement politique est-il perçu et vécu par les communautés de vies préexistant à l'établissement de la CC ? Au-delà des actes administratifs élaborés dans ce contexte, notamment le plan d'aménagement et le règlement de la CC, quelle est la réelle appropriation de ce projet politique par les populations locales ? Il est important de se poser cette question avant d'investir dans la construction d'infrastructures touristiques de luxe, notamment lorsqu'elles s'établissent sur du foncier au statut flou par ailleurs remis en question par le Community Land Act. *In fine*, selon la convention de 2016, c'est au NRC que revient la charge de la gestion des fonds alloués à la convention et la fourniture des comptes détaillés à la CC, chaque partie conservant ses droits de propriété intellectuelle sur tous les matériaux produits dans le cadre de la convention[3]. Ainsi, grâce au recrutement de gardes locaux (un temps armés avant l'opposition du *county* à cette pratique) et à la mise à disposition d'un véhicule, l'intervention du NRT a effectivement contribué à réduire les vols de bétail sur le territoire de la communauté. Elle permet également de renseigner un système de suivi de la faune sauvage[4] qui permet d'apprécier la diversité et l'état des populations d'animaux présents sur le territoire. Si ce suivi permet effectivement d'avoir une image de la faune sauvage susceptible d'être valorisée, notamment au niveau touristique, il ne contribue cependant pas directement à mettre en discussion à l'échelle locale les enjeux de la coexistence entre faune sauvage et bétail domestique (rôle des éléphants dans l'ouverture de sentiers dans les espaces de végétation arbustive, accès aux points d'eau, compétition sur le fourrage, transmission des maladies…). Les bénéficiaires de la CC, qu'il s'agisse des

3. Documents, rapports, cartes, diagrammes, œuvres audiovisuelles, graphiques et tableaux, photographies (dont les négatifs), programmes informatiques, tableaux et compilations de données, y compris les ensembles de données des systèmes d'information géographique et toute analyse découlant de ces ensembles de données, notamment les tableaux et compilations de données enregistrées et intégrées dans un ordinateur ou un support utilisé conjointement avec un ordinateur, ou autre travail développé par cette partie aux fins du présent protocole.

4. Le Wildlife-Conservancy Management Monitoring System (Wildlife-CoMMS©) a été conçu comme « un moyen simple et rentable pour les conservations de recueillir et de surveiller les tendances en matière d'abondance et de comportement de la faune, d'activités illégales, de mortalité de la faune et de conflits entre l'homme et la faune ». L'objectif de ce suivi est de « fournir des informations sur les tendances de l'abondance des principales espèces sauvages et les menaces qui pèsent sur elles, d'aider à déterminer l'impact de la gestion sur les populations sauvages et d'évaluer si les conservatoires atteignent leurs objectifs de conservation » (Wildlife-CoMMS. *A Guide to Ranger-Based Monitoring of Wildlife and Illegal Activities*, Juliet King, Northern Rangelands Trust, 2013).

communautés locales ou du personnel employé, ont leur propre perception et leur propre vision de leur environnement naturel et des populations de la faune locale. Ils ont probablement aussi leur propre « système d'information » pour évaluer l'état de leur environnement et de la faune sauvage avec laquelle ils coexistent, d'où la nécessité de disposer d'un système d'information qui ait un sens pour les usagers des terres et des ressources naturelles, qui puisse être régulièrement mis à jour, un système d'information utile à la prise de décision. Ainsi, le modèle juridique et économique des CC tel qu'il a été mis en place par le NRT est remis en question par l'évolution du contexte légal kenyan et la volonté des populations locales de se voir réinvestir pleinement dans leurs prérogatives. Le NRT s'appuie sur le Land Group Representative Act de 1968, qui avait institué les *Groupe ranches* et la possibilité pour une partie de la communauté d'alénier des terres au profit d'un concessionnaire privé. Mais la constitution de 2010, et surtout le Community Land Act de 2016, rétablit le pouvoir politique des communautés sur leurs terres, et dès lors le statut foncier des *conservancies* doit être précisé, et, le cas échéant, respecter les règles d'organisation politique locale instituées par la législation.

CONCLUSION

L'opérationnalisation de l'approche par les communs comprend en elle une critique du droit tel qu'il est généralement enseigné et pratiqué, lorsqu'il est conçu comme un système normatif plus ou moins rigide imposé par l'État. Au-delà du droit positif, pour les acteurs du vivre ensemble, le droit se construit résolument comme une capacité de chaque individu à investir un système normatif continuellement renégocié au regard des événements qui contraignent les sociétés à s'adapter et à évoluer.

Le droit des communs (Aubert et Karpe, 2019), ou tout simplement le droit commun, réinvesti par les juristes qui adoptent la posture de « maître apprenant », de « juriste errant », est celui qui s'attache à valoriser les usages qui participent simultanément à l'inclusion sociale et à la protection des ressources. Ce n'est pas un droit à défendre systématiquement par des réformes ou des réaménagements du cadre légal et réglementaire. Cette perspective peut être envisagée, dans certains cas, portée par les différentes communautés locales concernées, mais l'important est de promouvoir, au quotidien et dans l'action, la pratique du droit. Partant des pratiques des acteurs, le droit des communs (le droit commun) se donne pour objectif d'investir les espaces qui permettent

aux usagers de participer eux-mêmes à la production des normes encadrant la réalisation du projet de société qu'ils souhaitent investir sur leur(s) territoire(s), notamment dans le cadre de la mise en œuvre des politiques de décentralisation/déconcentration.

Si la reconnaissance des communs constitue un objectif politique explicite dans le cadre de projets de territoires, alors l'approche par les communs permet de relire les textes de droit et d'investir les marges de manœuvre qu'ils autorisent selon un processus inclusif. Cette approche pose les conditions d'une médiation entre les parties prenantes qui inscrivent leurs revendications dans la reconnaissance de différents ordres juridiques en présence. Partant de la singularité des médiés, le médiateur (le juriste acteur du vivre ensemble) propose d'enrichir les différents collectifs d'usagers de la terre et des ressources qu'elle porte pour leur permettre d'accoucher de « solutions » originales, qui ne viennent ni de l'un ni de l'autre, mais de leur volonté sincère de vivre ensemble.