
De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes

Hubert M.G. Ouedraogo



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/etudesrurales/9388>

DOI : 10.4000/etudesrurales.9388

ISSN : 1777-537X

Éditeur

Éditions de l'EHESS

Édition imprimée

Date de publication : 1 août 2011

Pagination : 79-93

Référence électronique

Hubert M.G. Ouedraogo, « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », *Études rurales* [En ligne], 187 | 2011, mis en ligne le 01 janvier 2011, consulté le 07 septembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/etudesrurales/9388> ; DOI : 10.4000/etudesrurales.9388

DE LA CONNAISSANCE À LA RECONNAISSANCE DES DROITS FONCIERS AFRICAINS ENDOGÈNES

Hubert M.G. Ouedraogo

TRAITER AUJOURD'HUI des droits fonciers coutumiers pourrait paraître anachronique tant le concept « coutumier » a été étroitement associé au passé colonial de l'Afrique et à une forme de résistance à la modernité et au progrès. La présente réflexion se situe aux antipodes de cette perception. Nous soutenons en effet que la question des droits fonciers coutumiers est d'une grande actualité, particulièrement à l'heure où l'Afrique est en quête de nouvelles politiques foncières à même de contribuer à relever les défis du développement et de la paix. Ce faisant, cette contribution est une invitation à procéder à un « droit d'inventaire » relatif à l'héritage coutumier, et ce au nom de valeurs considérées comme universelles.

Nous ne prétendons pas fournir ici « la » réponse à la question longuement débattue des droits fonciers coutumiers : nous n'en avons ni le temps ni les moyens. Saisissant l'opportunité de l'appel à contribution au numéro anniversaire d'*Études rurales*, cet article invite modestement des chercheurs plus autorisés à remettre sur le métier une question qui a occupé le devant de la scène foncière pendant

toute la première moitié du siècle précédent et qui, non résolue, continue à sous-tendre l'ensemble des réformes foncières africaines de l'après-indépendance. Si la discussion proposée ci-après, volontairement générale, allégée et sans prétention, permettait de renouveler les questionnements et d'alimenter le débat sur les droits fonciers coutumiers, l'objectif serait pleinement atteint. C'est pour cette raison que notre texte adoptera une perspective politique plutôt que juridique ou technique.

Avant d'aller plus loin, il nous semble fondamental de clarifier l'objet de la discussion. Nous inscrivant dans une perspective pluraliste des faits sociétaux, nous partons de l'hypothèse que les communautés africaines ont généré, à travers leur histoire, des systèmes fonciers qui leur sont propres et dont on ne peut comprendre la cohérence et la logique qu'en les regardant pour ce qu'ils sont et non pour ce qui leur manque. Nous désignons ici ces systèmes comme « les systèmes fonciers africains endogènes ». Nous ne renoncerons pas pour autant, et par commodité, à user du terme « coutumier ». Faut-il ajouter que le fait coutumier n'est pas le propre des sociétés africaines ? L'Europe, si attachée à la loi et aux règles écrites, a connu des périodes de prédominance des droits coutumiers. La France, qui a produit en 1804 cette œuvre intemporelle qu'est le Code civil napoléonien, a longtemps été divisée entre pays de la coutume, au Nord, et pays du droit écrit, au Sud. Des tentatives de codification de l'ensemble des coutumes y ont même été engagées aux XV^e et XVI^e siècles [Vanderlinden 1987].

Le discours abondant sur les droits africains endogènes durant la période coloniale,

et même au-delà, a contribué à brouiller leur image. Envisagés dans le cadre du contexte colonial, ces droits étaient qualifiés de « coutumiers » et ont fait l'objet de tentatives ambiguës de codification¹, alors que, envisagés dans le cadre du contexte précolonial, ces droits étaient qualifiés de « traditionnels » [Maquet 1965]. Cette distinction entre « droits coutumiers » et « droits traditionnels » montre bien que les droits africains tels que compilés par l'administration coloniale n'avaient sans doute plus grand-chose à voir avec les droits originels tels qu'intériorisés et vécus par les populations.

Dans les dernières décennies du siècle précédent, on semble avoir renoncé à l'ambiguïté que véhiculait cette distinction, pour forger le concept de « pratiques foncières locales »² qui traduirait plus fidèlement la réalité des expériences de régulation foncière observées sur le terrain. Ce concept exprime le renoncement des sociétés africaines contemporaines à reproduire purement et simplement les principes ancestraux dans la gestion des rapports sociaux sans pour autant se conformer strictement aux textes législatifs et réglementaires promus par l'État. D'une certaine manière, il exprime la capacité d'adaptation et la créativité juridique des communautés locales africaines.

Dans ce contexte d'incertitude conceptuelle, nous prenons le parti de traiter des droits fonciers dits coutumiers non pas comme des règles statiques instituées par on ne sait quelle autorité traditionnelle, mais comme un ensemble de principes fondamentaux de régulation des rapports sociaux caractérisés par leur dynamisme et leur flexibilité. Ces principes résultent des expériences heureuses et malheureuses accumulées par la société et transmises de génération

en génération ; ils résultent également des compromis négociés par la société pour faire face, au mieux, aux changements auxquels elle a été confrontée. Enracinées dans l'histoire et bénéficiant de l'adhésion populaire, les coutumes, foncières notamment, bénéficient d'une incontestable légitimité et ont démontré une extraordinaire capacité à résister aux tentatives, plus ou moins déguisées, des États coloniaux et postcoloniaux, destinées à leur substituer de nouvelles normes dites modernes.

Finalement, il est moins nécessaire, nous semble-t-il, de définir « le coutumier » que d'identifier les gisements de légitimité foncière. Les droits fonciers coutumiers, en effet, revêtent à nouveau une importance particulière dans le débat sur les politiques foncières en Afrique. Il s'agit notamment de relever le défi que représente la prise en compte et la sécurisation effective des droits légitimes des populations locales, sans pour autant ouvrir la porte à un renforcement des exclusions et injustices dont sont porteurs certains principes coutumiers.

Après une réflexion sur l'originalité des droits fonciers coutumiers, nous proposerons un retour critique sur le traitement qu'en a fait l'État colonial, avant de présenter les pistes les plus prometteuses de réhabilitation des droits fonciers coutumiers dans le cadre des politiques en cours.

1. Voir le manuel *Coutumiers juridiques de l'AOF*, Comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique-Occidentale française, Paris, Larose, 1939.

2. On peut faire remonter ce concept au colloque de Saint-Riquier (1983) portant sur le thème « Les pratiques foncières locales dans la production et la reproduction de l'espace en Afrique noire ».

L'originalité des droits fonciers coutumiers

À travers un effort de déconstruction de ce qu'ils considèrent comme la conception ethnocentriste dominante des droits coutumiers, des auteurs illustres ont, depuis longtemps, entrepris de révéler ce qui constituait l'originalité de ces droits [Olawale 1956 ; Alliot 1985]. Cet apport à la connaissance des droits africains mérite, aujourd'hui plus qu'hier, d'être rappelé, poursuivi et consolidé. Michel Alliot, entre autres, affirme que, partant de la perception qu'ils avaient de leurs propres droits, les auteurs de la période coloniale ont plus souvent, dans les droits africains, vu ce qu'ils n'étaient pas que ce qu'ils étaient :

C'est une caricature plus ou moins efficace d'un point de vue administratif et judiciaire, une vraie mystification qui fait adhérer les colonisés à une conception négative de leurs expériences « juridiques » [*op. cit.* : 87].

Les systèmes fonciers coutumiers ont en effet été observés à partir du négatif de la photographie plutôt qu'à partir de la photographie elle-même. Ce qui frappait surtout les auteurs de la période coloniale, c'est que les droits fonciers ne reposaient pas sur l'écrit mais sur une tradition orale, que ces droits n'étaient pas uniformes mais très divers, qu'ils n'étaient pas individuels mais collectifs, ou encore qu'ils ne comportaient pas le pouvoir d'aliéner, qui est l'essence même de la propriété civiliste. On l'aura compris, les droits fonciers coutumiers africains étaient scrutés et évalués à partir du droit foncier métropolitain, tel que régi par le Code civil. Or, on le sait, la conception civiliste de la propriété est aux antipodes de la conception

coutumière des rapports que les hommes entretiennent entre eux à propos de la terre. Il ne s'agit pas ici de reprocher aux auteurs de la période coloniale d'avoir porté un regard comparatif sur les rapports fonciers : il leur aurait seulement fallu aller un peu plus loin et essayer de comprendre pourquoi ce qui est la règle ici n'est pas la règle ailleurs.

Au lieu de rechercher ce qui « manque » aux droits fonciers africains endogènes, on devrait les regarder comme des systèmes dotés d'une logique interne : de fait, ils apportaient des réponses cohérentes aux questions que se posaient les sociétés africaines sur le foncier à un moment donné. C'est ce que nous tenterons de faire dans les lignes qui suivent, tout en nous efforçant de ne pas porter de jugement de valeur. Notre hypothèse est que deux facteurs majeurs semblent façonner l'originalité de ces droits : la conception spirituelle animiste du monde et l'exigence sociale de solidarité entre les hommes.

La conception animiste du monde repose sur l'idée que les éléments de la nature sont animés par des forces cosmiques qui leur confèrent une puissance surnaturelle. C'est le cas des animaux sauvages et des arbres, mais c'est tout particulièrement le cas de la terre, supposée renfermer dans ses entrailles des énergies divines lui conférant la capacité de produire, de nourrir les hommes et d'influer positivement ou négativement sur le devenir de la société toute entière³. Par l'intermédiaire du culte des ancêtres et des divers rites

3. Voir Hubert Ouedraogo, « Les coutumes relatives aux forêts et à la gestion des ressources naturelles au Burkina », Rome, FAO, s.d.

agaires exécutés par les « prêtres de la terre » (ou « chefs de terre »), la société tente de se concilier les forces de la nature. Cette conception animiste du monde est à mettre en rapport avec des principes coutumiers fondamentaux, tels la sacralité de la terre, son inaliénabilité et le rôle du chef de terre. Plus qu'un facteur de production ou qu'une simple ressource économique, la terre est un « lieu »⁴, un élément de l'identité sociale et culturelle des hommes. La conception animiste se reflète également dans la place qu'occupent les prêtres de la terre dans la gestion foncière locale, certains n'hésitant pas à les comparer à de véritables « cadastres vivants », dont la fonction essentielle est de concilier les hommes et les « esprits de la terre ».

Quant à l'exigence de solidarité foncière, elle joue un rôle important dans le contexte de sociétés dépendant quasi exclusivement de l'accès à la terre pour leur survie et leur reproduction. Confrontées à de nombreuses incertitudes écologiques et à des vulnérabilités sociales récurrentes, les sociétés africaines ont mis en place des systèmes fonciers relativement ouverts : ainsi, les droits fonciers sont investis dans le lignage, favorisant entre ses membres une répartition équitable et non une accumulation individuelle. Appartenir au lignage était suffisant pour bénéficier d'un droit inaliénable d'accès à la terre permettant de la mettre en valeur⁵. Au-delà des membres du lignage, même les « étrangers »⁶ pouvaient, sur demande et grâce aux systèmes de « prêts » et de « dons » de terre, bénéficier d'une portion du patrimoine foncier lignager ou communautaire, et ce tant que la communauté ou les lignages disposaient de réserves. Priver une

personne de l'accès à la terre était considéré comme illégitime, sauf s'il s'agissait d'une sanction par exclusion du groupe (et donc de la terre).

Au-delà de la diversité qui caractérise les systèmes fonciers locaux coutumiers, la conception spirituelle animiste et l'exigence sociale de solidarité foncière garantissent aux systèmes africains une certaine homogénéité [Ouedraogo 1989] :

- la terre est une ressource sacrée et constitue un patrimoine communautaire ;
- la gestion du patrimoine foncier communautaire sacré est assurée par le chef de terre, descendant de l'ancêtre fondateur du village, celui-là même qui a conclu une alliance originelle avec les esprits de la terre ;
- les droits sur la terre sont équitablement répartis entre les lignages membres de la communauté, le chef de lignage étant chargé de mettre la terre à la disposition des membres de son lignage ;
- du fait de son caractère sacré, la terre est inaliénable ; les droits concédés aux « étrangers » retournent dans le patrimoine lignager quand il y a abandon ou arrêt prolongé de l'exploitation de la terre.

4. Voir le manuel *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, Paris, Karthala, 1991.

5. Exception faite des femmes, considérées comme des « étrangères » puisque appelées à quitter leur famille pour se marier.

6. Entendus ici comme n'appartenant pas à la communauté. Ces « étrangers » font l'objet, en Côte d'Ivoire par exemple, d'une distinction entre « allochtones » et « allogènes ».

Retour critique sur la question foncière coloniale et sur les droits coutumiers

La question foncière a constitué une des préoccupations majeures dans les territoires de l'ex-AOF. Le développement économique de ces territoires dépendait en effet de la mise en valeur de leur important potentiel en terres arables. Cette mise en valeur passait notamment par la mobilisation des capitaux des compagnies coloniales. Pour ces compagnies, le préalable à l'investissement était la sécurité foncière. La question foncière coloniale y a été abordée sous le double aspect de la constitution du domaine (privé) de l'État, d'une part, et de la garantie des droits fonciers des particuliers, d'autre part.

En ce qui concerne la constitution du domaine privé, la question que l'administration coloniale avait à résoudre était de savoir comment faire passer sous le contrôle de l'État des terres qui jusque-là étaient détenues par les communautés locales en vertu de leurs coutumes. La constitution d'un domaine privé de l'État était perçue comme le moyen le plus sûr de mettre les terres des territoires coloniaux à la disposition des compagnies coloniales. Sur le plan de la technique juridique, la constitution du domaine privé de l'État s'est principalement appuyée sur la théorie doctrinale de la succession d'État, avant de rechercher un fondement légal dans le principe des « terres vacantes et sans maître » inspiré du Code civil napoléonien (articles 538, 539 et 713), et traduit dans le décret foncier colonial de 1935 [Atta et Zoungrana 2010]. La succession d'État, qui théorise le droit de conquête, pose le principe que, du fait de la

signature de traités entre les chefs coutumiers africains et la France, l'État colonial a succédé à l'ensemble des pouvoirs détenus par ces chefs (y compris les droits sur la terre) [Dégni-Ségui 1979]. Cette théorie ne résiste pas véritablement à l'analyse, notamment quand on sait que les chefs signataires des traités sont les chefferies politiques elles-mêmes, et que celles-ci ne possèdent généralement pas de pouvoir de gestion foncière. Dans de nombreuses sociétés africaines, le chef politique gère les hommes, et le chef de terre gère les terres.

La théorie bien connue des « terres vacantes et sans maître » considère que toutes les terres ne faisant pas l'objet d'une mise en valeur caractérisée par une emprise évidente et permanente sur le sol sont de plein droit la propriété de l'État. Ces terres sont donc intégrées au domaine privé de l'État. On peut objecter à cette théorie que, dans le cadre des systèmes fonciers et agraires africains endogènes, la non-exploitation effective d'une terre ne signifie ni son abandon ni l'absence d'une maîtrise foncière. Les systèmes agraires africains en particulier reposaient sur de longues jachères pratiquées par les communautés d'agriculteurs ainsi que sur l'exploitation transhumante des ressources naturelles par les communautés pastorales. Autant de choses que ne prend pas en compte la théorie des « terres vacantes et sans maître ».

La distinction classique entre « domaine public » et « domaine privé » de l'État a été maintenue dans les territoires coloniaux. Mais, alors que dans la métropole, cette distinction ne résulte d'aucun texte (elle constitue en effet

une œuvre jurisprudentielle), des textes spécifiques présentent précisément et par le biais de l'énumération en quoi consiste le domaine public dans les territoires coloniaux. Parmi les biens énumérés comme éléments du domaine public, on citera entre autres le littoral, les cours d'eau et les voies de communication.

Une fois le domaine privé de l'État constitué, ce dernier était en mesure d'attribuer des terres en pleine propriété aux particuliers qui en faisaient la demande et de garantir les droits ainsi accordés. C'est à l'institution de l'immatriculation foncière qu'est revenue la mission d'organiser l'accès des particuliers aux terres domaniales et de sécuriser ces droits. Inspiré du « Torrens Act » australien, le système de l'immatriculation répondait clairement à la volonté de donner, dans les territoires coloniaux, une base certaine à la propriété foncière et d'assurer une transmission sécurisée des droits réels. L'immatriculation foncière peut être définie comme « une procédure administrative d'enregistrement (du bas latin "*matricula*" : registre) par laquelle l'autorité compétente reconnaît l'existence d'un droit de propriété sur un immeuble géométriquement et spatialement identifié »⁷. En fait, il s'agissait de publier, dans des registres appelés « livres fonciers », les droits de propriété, les droits réels afférents ainsi que les modifications pouvant les affecter au cours de leur vie juridique. D'un point de vue pratique, cela a pris la forme d'un véritable état civil des terres. Une fois un immeuble immatriculé, son régime était définitif, c'est-à-dire qu'il ne pouvait plus retomber sous le coup du droit foncier coutumier.

De fait, l'immatriculation foncière ne concernait pas la grande masse des détenteurs

de droits coutumiers. Ce système supposait en effet l'existence préalable d'un droit de propriété qui, du point de vue de l'administration coloniale, était ignoré des systèmes fonciers traditionnels africains. Un détenteur de droit coutumier ne pouvait donc accéder à l'immatriculation qu'à condition d'avoir réuni les éléments constitutifs de la propriété. Conçue principalement pour les compagnies coloniales et pour les élites africaines, l'immatriculation faisait l'objet de procédures longues, complexes et coûteuses, destinées à assurer l'individualisation physique (délimitation et bornage) et juridique (affectation d'un numéro unique à chaque immeuble). Ces procédures étaient sans doute adaptées aux propriétés de grande taille et d'une réelle valeur économique mais elles ne convenaient assurément pas aux petites propriétés coutumières de faible valeur. En outre, ces procédures n'étaient pas à la mesure des capacités techniques et financières des populations locales africaines.

Ajoutons que l'immatriculation foncière était facultative. Il appartenait donc à chaque propriétaire d'en requérir le bénéfice. Compte tenu de sa complexité et de son coût, on comprend que les détenteurs de droits fonciers coutumiers se soient massivement abstenus de faire immatriculer leurs terres. Ceux qui ont recouru à cette procédure sont surtout les compagnies coloniales et les rares élites africaines, et ce pour sécuriser leurs terres et leurs investissements.

Sous certaines conditions, les détenteurs de tenures coutumières pouvaient requérir

7. Voir Gérard Ciparisse, *Thésaurus multilingue du foncier*, FAO, Rome, 2005.

l'immatriculation de leurs droits. Ils devaient, pour cela, procéder à l'individualisation de leur terre et établir l'absence de droits opposables. En pareil cas, la décision d'immatriculation avait pour effet de « transformer leur tenure antérieure en droit de propriété » [Rolland et Lampué 1949].

Avec le recul, on peut mesurer combien l'objectif de l'administration coloniale d'obtenir une immatriculation progressive de l'ensemble des terres était peu réaliste.

Face à l'échec de l'immatriculation foncière, l'administration coloniale a cherché un mécanisme plus adapté à la sécurisation des droits fonciers coutumiers des populations. Ce qui a surtout consisté à constater l'existence de ces droits, sans pour autant les assimiler à des droits de propriété.

La première tentative de sécurisation des droits fonciers coutumiers résulte du décret du 8 octobre 1925. Par ce texte, l'administration coloniale autorise toute personne détenant des droits fonciers conformément aux coutumes locales à en faire constater l'existence via une procédure prévue à cet effet [Mbaye 1971 : 148 *sq.*]. L'ensemble des pièces rassemblées pour justifier l'existence des droits coutumiers constitue ce qu'on appelle le « livret foncier ». Ce livret constate simplement l'existence de ces droits mais ne garantit pas la propriété foncière, celle-ci ne pouvant être établie, selon la législation coloniale, que via la procédure d'immatriculation. Contrairement au titre foncier inattaquable et irrévocable que délivre l'immatriculation, le livret foncier n'est valable que jusqu'à ce qu'une preuve contraire vienne l'invalider. Malgré son caractère novateur, le décret de 1925 pêchera par son ignorance du

caractère collectif des tenures foncières coutumières en général.

La seconde tentative de sécurisation des droits fonciers coutumiers résulte du décret du 20 mai 1955⁸. Ce texte reconnaît clairement l'existence des droits fonciers coutumiers [*ibid.*] tout en organisant la constatation des tenures, tant individuelles que collectives, par leur inscription au livret foncier. Seuls les droits individuels ou collectifs constatés dans ce livret et comportant une emprise évidente et permanente sur le sol ainsi que le pouvoir de disposer de la terre pouvaient faire l'objet d'une demande d'immatriculation. Quant aux autres droits constatés dans le livret, ils pouvaient être transférés dans le contexte local, uniquement entre personnes soumises au régime coutumier.

Après leurs indépendances acquises dans les années 1960, les États africains ont le plus souvent procédé à la nationalisation du système foncier colonial, en particulier via l'immatriculation foncière. On aurait pu s'attendre à ce que, dans un souci de justice sociale, les nouveaux États s'orientent vers la reconnaissance pleine et entière de la propriété foncière coutumière. Il n'en fut rien. Nombre de législations nationales, s'appuyant sur des critères d'efficacité économique, ont développé de l'hostilité à l'égard des droits fonciers coutumiers. Les arguments servant à justifier cette hostilité étaient tantôt relatifs à l'efficacité des politiques de développement tantôt d'ordre technique.

8. Ainsi que du décret du 10 juillet 1956 qui en porte application.

Les États africains ont considéré que, s'agissant du développement agricole, la ressource stratégique qu'était la terre se retrouvait dans les faits sous le contrôle des autorités coutumières, perçues comme conservatrices et hostiles à la modernisation.

Cette argumentation appelle des réserves.

Dans le régime coutumier, les terres rurales ne sont pas appropriées par les chefs coutumiers : elles le sont le plus souvent par les lignages et les familles, et ce à la suite d'un processus d'affectation progressive des terres communautaires aux lignages. Certes, une partie des réserves foncières villageoises continue d'être gérée par les chefs de terre. Toutefois ces réserves communautaires sont de plus en plus limitées du fait des dynamiques démographiques et des flux migratoires internes.

On évoque le rôle, dans la gestion foncière, des « autorités coutumières » comme s'il s'agissait d'une catégorie uniforme. En réalité, il faut distinguer entre « chefferie terrienne » et « chefferie politique ». Les chefs de terre ont des compétences reconnues de gestion foncière. Cependant, ils perdent de leur influence à mesure que diminuent les réserves foncières et qu'augmentent les responsabilités des lignages. Quant aux chefs politiques, bien qu'ils ne soient pas directement chargés de la gestion foncière, ils entretiennent avec les chefs de terre des relations de respect mutuel et d'étroite collaboration : les premiers ont besoin des seconds sur le plan rituel, tandis que les seconds reconnaissent aux premiers leur prééminence politique et leur témoignent une totale soumission.

Il faut relativiser l'hostilité des chefs coutumiers aux programmes de développement

agricole. L'intérêt premier d'un chef coutumier est en effet le bien-être de la population qu'il administre. Plus cette population est nombreuse et aisée, plus grands sont son prestige et sa puissance économique. Les réticences des chefs coutumiers tiennent davantage au fait que les services de l'État ne les consultent pas suffisamment et ne les impliquent pas assez, sans parler des rivalités d'influence au niveau local.

Du point de vue technique, les arguments des États africains reproduisent le discours de l'administration coloniale selon lequel les droits fonciers coutumiers, extrêmement diversifiés, manquent d'homogénéité, et l'absence de codification de ces droits est un facteur majeur d'insécurité juridique parce qu'on ne sait jamais quel droit appliquer.

Cette argumentation appelle à nouveau des commentaires de notre part.

En effet, au-delà de la diversité des normes locales de régulation foncière il existe des principes largement partagés par tout un ensemble de communautés, ce qui confère un minimum de cohérence et d'unité aux systèmes fonciers africains. En outre, on peut se demander si la revendication d'uniformisation juridique n'est pas un travers propre aux systèmes juridiques européens. Un certain degré d'uniformisation est certes indispensable dans le cadre du vouloir vivre-ensemble des nouvelles nations africaines. Toutefois, le pluralisme juridique n'est pas forcément antinomique d'une régulation foncière locale efficace ; il peut au contraire être un atout dans le contexte de sociétés caractérisées par une grande diversité ethnique et écologique.

Quant à l'absence de codification des coutumes, l'échec de l'expérience des coutumiers

juridiques nous incite à aborder cette question avec précaution. Une compilation bien pensée des règles foncières locales n'est pas insurmontable. Notre préférence va cependant à l'utilisation des connaissances disponibles pour élaborer des législations foncières nationales plus adaptées et plus efficaces. Une autre façon de valoriser les coutumes et pratiques foncières locales serait, y compris dans le cadre de législations nationales idoines, de laisser plus d'espace aux mécanismes de régulation locaux et de prendre en considération les particularismes sociaux et culturels. La décentralisation et la promotion du principe de subsidiarité sont de nature à favoriser une telle approche.

Vers un renouveau des droits fonciers coutumiers ?

Jusqu'à présent, les questions foncières étaient abordées essentiellement à travers une approche juridique technique. De manière caricaturale et donc imparfaite, on pourrait dire que la scène de la recherche foncière africaine a été occupée principalement par des juristes attachés à une définition méticuleuse des règles et procédures foncières, et par des anthropologues focalisés sur l'identification et l'analyse des particularismes fonciers. À de rares exceptions près⁹, ces deux catégories d'acteurs traitaient le même « malade » mais parlaient très peu entre eux. Cette dernière décennie a été marquée par un regain d'intérêt des États africains pour la formulation de politiques foncières. Il nous semble que cette évolution a replacé le questionnement relatif aux droits fonciers coutumiers au rang des problèmes prioritaires.

Pour lever toute équivoque, convenons d'abord de ce que nous entendons par « politiques foncières ». Les politiques foncières sont un ensemble cohérent de considérations et principes traduisant la vision des États et définissant les orientations de l'action publique dans le domaine du foncier. Une politique foncière bien conçue doit reposer sur la mise en évidence du contexte général de l'accès aux terres et de leur utilisation, et sur la mise en perspective de la question foncière avec celle du développement ; elle doit aussi apporter des réponses appropriées aux questions identifiées. Cette définition n'a pas d'autre prétention que de mettre en exergue les considérations suivantes :

- La question foncière doit être considérée comme relevant clairement de la sphère publique ; à ce titre, elle interpelle en premier lieu l'État, sans pour autant faire de lui le seul acteur légitime dans la prise de décision.
- Avant d'élaborer les règles juridiques et de déterminer les procédures administratives de leur mise en œuvre, il convient de clarifier les problèmes et options sur lesquels s'accorde la collectivité nationale. Une telle clarification nécessite que les politiques foncières soient formulées dans le cadre d'une approche inclusive, consultative et concertée.
- Les politiques foncières sont des outils dont la vocation est d'exprimer les consensus majeurs construits patiemment et collectivement autour des problèmes fonciers. Ces politiques ne sauraient être considérées comme

9. Cas notamment du Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

définies une fois pour toutes : elles doivent, au contraire, être périodiquement évaluées et ajustées en fonction des nouvelles dynamiques et des nouveaux enjeux.

Considérés de la sorte, les processus d'élaboration des politiques foncières doivent absolument impliquer l'ensemble des acteurs légitimes, qu'ils soient publics ou privés, nationaux ou locaux. Nul besoin d'insister sur le fait qu'en Afrique de l'Ouest, les populations rurales, qui représentent la grande majorité des propriétaires et utilisateurs de la terre, doivent aujourd'hui être considérées comme des acteurs de premier plan. Il s'agit non seulement de tenir compte des intérêts de ces groupes mais aussi de mettre sur la table les questions dont ils sont porteurs. Partout où les politiques foncières ont, de manière plus ou moins parfaite, donné la parole aux acteurs concernés (Niger, Burkina Faso), la question des droits fonciers coutumiers est apparue comme une question primordiale à résoudre à travers la formulation des politiques foncières.

L'ordonnance foncière nigérienne de 1993 a été parmi les premières en Afrique de l'Ouest à ouvrir la voie à un courant favorable à la reconnaissance des droits fonciers coutumiers¹⁰. Sans aucun complexe, le législateur nigérien a fondé la reconnaissance de la propriété foncière à la fois sur le droit écrit et sur la coutume. Le caractère révolutionnaire de son intervention doit être apprécié à sa juste valeur. La conception coloniale, qui tendait à nier l'existence de la propriété coutumière en posant la propriété civiliste comme seul modèle acceptable, doit aujourd'hui être fondamentalement remise en question. Il convient en effet de rappeler que la propriété ne se

limite pas aux seules frontières de l'article 544 du Code civil de 1804. En d'autres termes, on ne saurait nier l'existence de la propriété coutumière au seul motif qu'elle ne comporte pas l'attribut de l'*abusus*¹¹. D'ailleurs, des biens frappés d'une clause d'inaliénabilité (successorale notamment) sont concevables en droit civil, sans que, pour autant, soit entamée la qualité de la propriété. De même, le caractère collectif d'une propriété ne saurait justifier la contestation de son existence, comme nous le rappellent les nombreux cas de copropriété, y compris dans le cadre courant du régime matrimonial de communauté des biens. On peut donc oser soutenir que la substance de la propriété se trouve non pas seulement dans l'individualisme du pouvoir d'aliéner mais aussi et surtout dans la maîtrise exercée sur la chose, laquelle confère la prérogative d'exclure (les non-propriétaires). Les communautés africaines disposent, à des échelles diverses, d'une maîtrise effective sur les ressources foncières de leurs terroirs et territoires. Sauf en cas d'usage de la force, nul ne peut y accéder sans une autorisation préalable, sous peine de subir des sanctions aussi bien d'ordre judiciaire que d'ordre magico-religieux.

10. Il faut cependant rendre justice à la loi foncière togolaise qui, dès 1974, avait posé le principe de la reconnaissance des droits fonciers coutumiers : « L'État garantit le droit de propriété aux individus et aux collectivités possédant un titre foncier délivré conformément à la loi. L'État garantit également le droit de propriété à toute personne ou collectivité pouvant se prévaloir d'un droit coutumier sur les terres exploitées. » (Article 2, ordonnance 6 du 12 février 1974)

11. Pouvoir d'aliéner la chose.

On peut donc conclure de tout ce qui précède que la « propriété » coutumière est une réalité, avec ses propres caractéristiques. Il ne faut cependant pas confondre les détenteurs de la propriété coutumière avec les détenteurs du pouvoir de gestion du patrimoine foncier collectif que sont le chef de terre et le chef de lignage. Les véritables propriétaires de la terre sont la communauté et les membres du lignage considérés de façon collective. De ce point de vue, l'absence de pouvoir d'aliénation du chef de lignage ou de l'un des membres du lignage ne devrait pas être considérée comme une insuffisance mais au contraire comme un principe approprié de conservation et de bonne administration d'un patrimoine foncier collectif. C'est cette propriété coutumière qui a été consacrée et reconnue de façon pleine et entière par le législateur nigérien dans l'article 8 de l'ordonnance de 1993¹².

Sans doute inspiré par le précédent nigérien, le législateur burkinabé a récemment décidé de reconnaître les droits fonciers coutumiers¹³. L'approche est cependant moins directe et moins radicale, et ce probablement dans un esprit de conciliation avec les administrations domaniales, souvent gardiennes d'une certaine « orthodoxie foncière » héritée de la période coloniale. C'est à travers la notion de « possession » que le législateur burkinabé a tenté de progresser vers une reconnaissance des droits fonciers coutumiers. Les juristes définissent la possession comme étant un « pouvoir de fait » exercé sur une chose. En cela, la possession doit être distinguée de la propriété, qui, elle, constitue un pouvoir de droit exercé sur la chose. L'intérêt de la notion de possession est que, sous certaines

conditions, la situation de fait peut se transformer en situation de droit, et le possesseur devenir propriétaire.

Selon la théorie doctrinale qui l'a forgée, la possession n'existe que si le possesseur réunit deux éléments essentiels : le *corpus*, c'est-à-dire la détention matérielle de la chose, et l'*animus domini*, c'est-à-dire l'intention, en détenant la chose, de s'en considérer comme le véritable propriétaire. Pour être utile, c'est-à-dire pour produire les effets juridiques escomptés, la possession doit en outre être continue, paisible et publique.

La théorie doctrinale de la possession a été appliquée aux droits fonciers coutumiers au Burkina. Dans le cadre de la législation burkinabé anciennement en vigueur, la détention coutumière de la terre constituait en effet une simple situation de fait. Cette situation n'était pas synonyme d'occupation illégale des terres dans la mesure où la loi elle-même reconnaissait aux populations rurales le droit de continuer leur occupation et exploitation coutumière. En réalité, le législateur burkinabé et l'administration foncière ont, pendant longtemps, reconnu la situation de fait que constituait la propriété coutumière. Il restait donc à trouver l'argumentation juridique permettant de passer du fait au droit : c'est cette opportunité qu'offrait la théorie de la possession.

12. Ordonnance n° 93-015 du 2 mars 1993 portant principes d'orientation du Code rural.

13. Loi n° 034-2009/AN du 16 juin 2009 portant régime foncier rural.

Il faut rechercher la justification de cette théorie dans une sorte de présomption de légitimité du possesseur : le plus souvent, la situation de fait, notamment la propriété coutumière, coïncide avec la réalité des rapports fonciers tels que perçus et vécus localement. Il y a donc en principe très peu de contestation entre acteurs locaux. Rendre la situation de fait conforme au droit fournit une base juridique à la consolidation de la paix locale et à la pacification des rapports fonciers. En d'autres termes, on peut considérer que la théorie de la possession a un rôle de préservation de l'ordre social et de la paix publique. Sans le dire, c'est la légitimité du monopole foncier de l'État qui a été ici remise en cause par le législateur burkinabé.

En tant que possesseur, le propriétaire coutumier burkinabé, individuel ou collectif, se voit délivrer une attestation de possession foncière. À la différence de l'approche radicale du législateur nigérien, qui place sur un plan d'égalité la propriété coutumière et la propriété selon le droit écrit, le législateur burkinabé laisse perdurer un dualisme désuet en matière de reconnaissance des droits fonciers : d'un côté, des titres de propriété pour les propriétés immatriculées ; de l'autre, des attestations de possession (valant simples droits de jouissance) pour les propriétés coutumières.

Quelques enseignements au sujet des processus en cours de politiques foncières

La tendance actuelle, qui consiste à élaborer des politiques foncières en Afrique, représente une chance unique d'apporter une réponse appropriée et durable à la question des droits

fonciers coutumiers. Pour ce faire, les processus en cours doivent commencer par reconnaître que cette question est la question prioritaire dont il faut se saisir sans faux-fuyant¹⁴. Cette question est cruciale parce que la grande majorité des Africains, surtout les ruraux, occupent et exploitent leurs terres en vertu des coutumes foncières locales. Les politiques foncières qui les ignoreraient seraient vouées à l'échec car sans prise avec les réalités du terrain. En revanche, considérer et sécuriser ces droits dans leur diversité, c'est créer les conditions d'une réconciliation de la légitimité et de la légalité foncières. C'est ainsi que les législations foncières africaines seront en mesure de produire des résultats concrets quant aux détenteurs locaux de terres et seront aussi en mesure de favoriser le développement.

Paradoxalement, apporter une réponse appropriée à la question des droits fonciers coutumiers pourrait permettre aux États africains de faire face à la situation, on ne peut plus controversée, de « l'accaparement » de leurs terres rurales. Dans une recherche récente consacrée à ce sujet, la Banque mondiale, tout en reconnaissant les progrès des nouvelles politiques africaines en matière de sécurisation des droits coutumiers, affirme que, le plus souvent, ces droits ne sont pas reconnus mais considérés comme relevant du domaine de l'État et sont, de ce fait, attribués sans compensation à des investisseurs étrangers¹⁵.

14. Voir « Cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique. Addis Abeba. Initiative UA-CEABAD sur les politiques foncières en Afrique 2010 ».

15. Voir « Rising Global Interest in Farmland : Can It Yield Sustainable and Equitable Benefits ? ». World Bank, Washington DC, septembre 2010, p. 31.

Au-delà de l'objectif technique de réconciliation de la légalité et de la légitimité, la reconnaissance et la sécurisation des droits fonciers coutumiers est une nécessaire mesure de justice sociale pour pallier les errements de l'histoire africaine. Depuis de nombreuses générations, les populations détiennent leurs droits sur la terre en vertu des coutumes locales. Il est temps de questionner la légitimité de mécanismes politiques et juridiques mis en place à la période coloniale et reconduits par les États après les indépendances, et dont le principal but était de s'approprier les terres détenues par les populations locales. Cette question, hautement subversive, est cependant déjà ouvertement posée, non pas par les chercheurs mais par les populations locales. Et ce à travers les résistances actives ou passives que celles-ci mettent en œuvre pour reconquérir les larges réserves foncières dont elles ont été hier injustement dépossédées ou pour s'opposer aujourd'hui à l'attribution de larges portions de leur patrimoine aux élites urbaines ou à des investisseurs étrangers.

La reconnaissance des droits fonciers coutumiers ne saurait pour autant être un encouragement à l'aggravation des injustices et iniquités foncières qui touchent certaines catégories sociales au sein des communautés africaines. On le sait, les sociétés traditionnelles africaines sont profondément inégalitaires : elles reposent à la fois sur des hiérarchies d'âge et

de statut social, et sur une stratification et répartition des fonctions sociales essentielles. Au nombre des conséquences foncières de cette organisation sociale inégalitaire, on retrouve les difficultés d'accès à la terre pour les jeunes, la marginalisation foncière des femmes, ou les exclusions foncières des « allochtones »¹⁶, fondées sur des revendications d'autochtonie.

À travers les évolutions qui affectent l'environnement politique, économique, social et culturel africain, la transformation des rapports fonciers est déjà à l'œuvre sur le continent. Le droit d'inventaire tant appelé de nos vœux n'en est que plus justifié : il devrait pouvoir se réaliser à l'occasion des dialogues nationaux qui accompagnent désormais la plupart des formulations de politique foncière. C'est à travers le prisme de l'universalisme philosophique qui fonde la démocratie et les droits de l'homme que le relativisme culturel qui nourrit la spécificité des droits fonciers coutumiers africains devrait trouver sa légitimité d'aujourd'hui.

Plus que jamais, les politiques foncières doivent être envisagées moins comme des questions de technique juridique que comme de véritables choix de société.

16. Voir Mamadou Zongo, « Foncier et migration. Fiches foncières ». Paris, Comité « Foncier et Développement », 2010.

Bibliographie

Alliot, Michel — 1985, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison du LAJP* 7-8 : 79-100.

Atta, Koffi et Pierre T. Zoungrana — 2010, *Logiques paysannes et espaces agraires en Afrique*. Paris, Karthala.

Dégni-Ségui, René — 1979, « La succession d'État en Côte d'Ivoire ». Thèse d'État. Université d'Aix-Marseille.

Maquet, Jacques J. — 1965, « Droit coutumier traditionnel et colonial en Afrique centrale. Bibliographie commentée », *Journal de la Société des Africanistes* 35 (2) : 411- 418.

Mbaye, Keba — 1971, « Le régime des terres au Sénégal », in *Le droit de la terre en Afrique au sud du Sahara*. Paris, Maisonneuve et Larose.

Ouedraogo, Hubert — 1989, « Réformes agro-foncières et développement en Afrique », *Revue burkinabé de droit* 15 : 89-106.

Rolland, Louis et Pierre Lampué — 1949, *Précis de droit des pays d'outre-mer*. Paris, Dalloz.

Vanderlinden, Jacques — 1987, « The Recording of Customary Law in France during the 15th and 16th Centuries and the Recording of African Customary Law », *Journal of African Law* 31 (1) : 29-36.

Pour en savoir plus

Alliot, Michel (avec Étienne Le Roy, Francis Snyder et Pierre Boilley) — 2006, *Juridicités : approche du droit au Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris* (Cahiers d'anthropologie du droit, hors-série). Paris, Karthala.

Durand-Lasserve, Alain — 2006, « Évolution comparée des filières coutumières de la gestion foncière coutumière et de la gestion foncière urbaine dans les pays d'Afrique sub-saharienne : Afrique du Sud, Bénin, Cameroun, Ghana, Kenya, Sénégal, Tanzanie ». Paris, PRUD-CNRS.

Kouassigan, Guy A. — 1966, *L'homme et la terre : droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*. Paris, ORSTOM-Berger-Levrault.

Lavigne-Delville, Philippe ed. — 1998, *Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? Réconcilier pratiques, légitimité et légalité*. Paris, Karthala, Coopération française.

Le Roy, Étienne, Alain Karsenty et Alain Bertrand — 1996, *La sécurisation foncière en Afrique : pour une gestion viable des ressources renouvelables*. Paris, Karthala.

Lund, Christian — 2000, *Régimes fonciers en Afrique : remises en cause des hypothèses de base*. Londres, IIED.

Olawale, Elias T. — 1956, *The Nature of African Customary Law*. Manchester, MUP.

Ouedraogo, Hubert — 2006, « Décentralisation et pouvoirs traditionnels : le paradoxe des légitimités locales », *Mondes en développement* 34 (1) : 9-29.

Willy, Liz Alden — 2006, « The Commons and Customary Law in Modern Times. Rethinking the Orthodoxies », in *Land Rights for African Development*. Washington DC, IFPRI.

Résumé

Hubert M.G. Ouedraogo, *De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes*
Les droits fonciers coutumiers sont au cœur de l'histoire agraire ouest-africaine. Au-delà de leur apparente diversité, des traits communs caractérisent ces systèmes fonciers. Un regard critique sur cette question montre que l'on ne saurait les appréhender pour ce qu'ils ne sont pas, et donc sous-estimer ce qu'ils sont. Les droits fonciers coutumiers sont en effet d'une grande actualité, particulièrement à l'heure où l'Afrique est en quête de nouvelles politiques foncières à même de contribuer à relever les défis du développement et de la paix. Aussi la réflexion devra désormais répondre à une double exigence : reconnaître la légitimité des droits locaux fondés sur les coutumes et reconnaître la nécessité d'un droit d'inventaire de l'héritage foncier traditionnel. L'auteur adopte ici une perspective politique plutôt que juridique ou technique.

Mots clés

Afrique de l'Ouest, droits fonciers coutumiers, politiques foncières, droit d'inventaire

Abstract

Hubert M.G. Ouedraogo, *African Endogenous Property Rights: from Knowledge to Acknowledgement*
Customary land rights are at the heart of the agrarian history of West Africa. Beyond their apparent diversity, the various systems of land tenure and ownership share a number of common features. A critical perspective on the issue shows that it is important not to misconstrue and therefore underestimate them. Customary land rights are a highly topical issue at a time when Africa is seeking to develop new tenure and ownership policies capable of addressing the challenges of peace and development. Research in the area will need to meet two requirements: first, it will need to acknowledge the legitimacy of local rights based on custom; second, it will need to recognize the need for the benefit of inventory in traditional inheritance. This paper adopts a political perspective rather than a legal or technical perspective.

Keywords

West Africa, customary land rights, land policies, benefit of inventory