



Titre : La dimension sociale du droit traditionnel africain : réflexion à l'aune des droits fonciers

Mamoudou BIRBA, Assistant en Histoire du droit, UFR/SJP, Université Thomas SANKARA, Groupe de Recherche sur l'Administration, les Institutions et le Fonctionnement de l'État (GRAIFE), Ouagadougou, Burkina Faso

Résumé : Les droits fonciers structurent la vie quotidienne des populations dans la société traditionnelle africaine en ce qu'ils se rapportent au domaine de la terre. Cette dernière qui constitue la base productive de l'alimentation et des pratiques culturelles est un facteur de reproduction sociale, revêtant ainsi un caractère essentiel pour le monde rural. La formation et la circulation des droits fonciers traditionnels sont alors sous-tendues par des considérations idéologiques et idéelles qui leur confèrent une dimension sociale. Dès lors, en considérant les contextes sociaux de pauvreté, de précarité et de vulnérabilité, on s'interroge sur les déterminants et les manifestations de la dimension sociale des droits fonciers traditionnels. A l'analyse, leurs fondements et leurs fonctions s'avèrent être des garanties à l'inclusion sociale, faisant ainsi écho aux droits économiques, sociaux et culturels contenus dans les droits de l'homme.

Mots clefs : droits de l'homme-droits fonciers-idéologie-social-société traditionnelle.

Abstract : Land rights structure people's daily lives in traditional African society insofar as they relate to the land domain. Land is the productive basis of food production and cultural practices, and is a factor in social reproduction, making it essential to the rural world. The formation and circulation of traditional land rights are therefore underpinned by ideological and idealistic considerations that give them a social dimension. Taking into account the social contexts of poverty, precariousness and vulnerability, we therefore examine the determinants and manifestations of the social dimension of traditional land rights. On analysis, their foundations and functions turn out to be guarantees of social inclusion, echoing the economic, social and cultural rights contained in human rights.

Keywords : human rights- land rights- ideology- social- traditional society.



Introduction

La terre, cet élément structurant les identités collectives¹ en Afrique, est un attribut de la vie. Elle constitue la base productive de l'alimentation et occupe ainsi une place essentielle dans les systèmes juridiques traditionnels africains. Ceux-ci la saisissent aux fins de régulation des droits d'accès. C'est alors à travers des processus coutumiers que les principes fonciers sont posés. Les droits sur la terre sont sous-tendus en effet par des principes structurés par des considérations d'ordre mystique tenant aux croyances en une continuité entre les mondes visible et invisible². Ces principes sont aussi secrétés par la société³ elle-même au regard de ses bases historiques, socioéconomiques et politiques. On note aussi que les droits sur la terre se caractérisent par leurs diversités tenant à la multiplicité des acteurs fonciers. Les formes d'emprise sur la terre et sur les ressources qu'elle supporte mettent en présence des acteurs que sont les agriculteurs, les éleveurs, les chasseurs et autres exploitants des produits forestiers ligneux et non ligneux. Ces catégories d'acteurs ont des logiques tout aussi différentes que leur nombre, mais il est une constante que la cohésion et les rapports entre ceux-ci sont confrontés à la réalité de l'existence de droits coutumiers⁴. Qui plus est, la constitution et la circulation des droits fonciers entre ces derniers reposent sur des supports et poursuivent des buts qui se rapportent à la faculté de tous d'assurer leurs moyens de subsistance. En effet, les modes d'accès à la terre que sous-tendent les droits des différents acteurs traduisent le droit pour tous de bénéficier d'une sécurité foncière⁵. D'une manière plus spécifique, il s'agit pour le monde paysan de se prémunir contre la pauvreté, la précarité, les fragilités de tous ordres, en somme la vulnérabilité sociale. Il s'avère alors nécessaire de réfléchir sur les fondements et les fonctions de ces droits fonciers en lien avec les moyens de subsistance, en considérant surtout

¹ Frédéric DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 269. Sur le sens de la terre comme « marqueur-clé de l'identité collective (...) », voir Séraphin NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines. Des origines à la fin du moyen âge européen*, Abidjan, ABC, 2019, p. 148.

² Michel ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP*, n°6, 1983, p. 95.

³ Jacques VANDERLINDEN, « Ex Africa semper », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, vol. 4, p. 1187.

⁴ Philippe LAVIGNE DELVILLE, « Comment articuler législation nationale et droits fonciers locaux : expériences en Afrique de l'ouest francophone », *Dossier Zones arides* n°86, Londres, IIED, 1999, p. 1. Disponible sur <https://www.iied.org/fr/7405FIIED>.

⁵ Etienne LE ROY, « La sécurité foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre », in Chantal BLANC-PAMARD et Luc CAMBREZY (ed.), *Dynamique des systèmes agraires : terre, terroir, territoire : les tensions foncières*, Paris, ORSTOM, 1995, p. 464 à 470. La sécurité foncière paysanne est d'abord une question de paradigme. Elle se distingue donc de la propriété privée telle qu'énoncée par l'article 544 du code civil de 1804 et qui se rapporte à une logique marchande de la terre. La sécurité foncière, à l'aune des droits traditionnels africains, s'entend d'un mode d'accès à la terre socialement acceptée et qui permet donc « (...) de disposer d'instruments ou d'outils adaptés aux besoins, maniables, adaptables et assez proches des représentations foncières des ruraux pour qu'ils puissent s'approprier ces dispositifs ».



les personnes et les populations démunies que les politiques publiques⁶ appellent à inclure dans les processus de développement. C'est donc l'objet de la présente contribution qui appréhende la dimension sociale du droit traditionnel africain à l'aune de la réflexion sur les droits fonciers.

En intégrant une précision terminologique, on note que la notion de social est tentaculaire en ce qu'elle intègre diverses réalités tant dans les sciences humaines comme en sociologie, en psychologie que dans les sciences sociales comme le droit. Elle n'a donc pas qu'une définition juridique, parce qu'assurément elle est consubstantielle à la société et la nature humaine. D'une manière générale, le social est un adjectif qui se rapporte à une société et aux phénomènes sociaux qui naissent, eux-mêmes, des faits sociaux⁷. Les phénomènes sociaux sont ainsi tributaires de la société par opposition aux phénomènes psychologiques. Au plan juridique, le social se veut polysémique en ce qu'il concerne la vie des travailleurs et donc les relations de travail ; il se réfère alors à la « *branche du Droit constituée par l'ensemble des règles régissant les relations du travail et englobant, dans l'opinion commune, la protection contre les risques (sécurité sociale)* »⁸. Il se réfère aussi à la société civile ou commerciale mais aussi aux modalités visant « (...) à promouvoir, par la solidarité, la sécurité de ses membres. Ex. sécurité sociale, avantages sociaux »⁹. Juridiquement, la référence au social se rapporte à l'idée d'intérêt général en ce qu'il concerne le service public, les aides à l'attention de la société tout entière dans un pays donné¹⁰. Sous cette considération, le social fait écho à l'amélioration des conditions matérielles de vie des membres de la société. Une fine analyse de la notion de social fait ressortir qu'elle correspond à la condition des personnes ou des populations pauvres ou vivant dans la précarité compte tenu de ce que les politiques publiques prônent généralement l'inclusion ou l'insertion de celles-ci. D'ailleurs, on fait observer que généralement ce sont « (...) les notions d'insertion, inclusion et exclusion (...) qui sont utilisées comme (...) paradigmes de l'action publique »¹¹. Ainsi, la référence au social se veut inclusive en ce qu'il englobe plusieurs dimensions comme, entre autres, la santé, l'alimentation, le logement,

⁶ Jean-Herman GUAY, « Les partis politiques et les inégalités sociales : au-delà de la rhétorique », in Stéphane PAQUIN, Luc BERNIER et Guy LACHAPPELLE (dir.), *L'analyse des politiques publiques*, Montréal, Les presses universitaires de Montréal, 2010, p. 166. Selon leurs bords idéologiques, les partis de gauche et de droite saisissent la question de la réduction des inégalités sociales, le rôle de l'Etat étant au centre de leurs approches respectifs.

⁷ Emile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Québec, Chicoutimi, coll. « Les classiques des sciences sociales », 2002, pp. 18-21.

⁸ Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2018, p. 2046.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Axelle BRODIEZ-DOLINO, « La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publique », in *Informations sociales*, 2015/2 n° 188, 2015. p. 12. Disponible sur CAIRN.INFO, shs.cairn.info/revue-informations-sociales-2015-2-page-10?lang=fr.



l'économie, le travail, l'environnement. La prise en compte du social s'entend d'une alternative aux incertitudes et à l'insécurisation sociale des populations créant des zones de précarité multiforme qu'engendrent les inégalités sociales et économiques¹². Le sens juridique du social intègre alors, d'une manière synthétique, les notions de solidarité, d'aide, d'assistance aux catégories sociales qui ne disposent pas des ressources matérielles pour faire face à leurs propres besoins nécessaires à la vie en société ou pour se prémunir contre d'éventuels périls.

Quant aux droits fonciers, une approche conceptuelle permet de les définir comme l'ensemble des règles de gestion du foncier pris dans une approche globale comprenant le fonds terre, les éléments qu'il supporte ainsi que les méthodes et systèmes d'exploitation. On fait référence dans la présente réflexion aux droits fonciers traditionnels africains appréhendés dans une approche d'endogénéité. Les droits traditionnels africains sont eux-mêmes les règles secrétées par les populations africaines au fil de leur histoire afin d'organiser les rapports sociaux. Ils se caractérisent par l'oralité, le mysticisme, le sacré¹³. Quand bien même ils sont issus d'une mosaïque socioculturelle, « *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* »¹⁴. Autrement, des principes communs irriguent les systèmes juridiques africains, conférant à ceux-ci une certaine unité¹⁵. On fait ici référence à la coutume qui, elle, intègre un sens double oscillant entre droit et us, usages, pratiques¹⁶. Ainsi les droits fonciers traditionnels sont ici saisis dans leur endogénéité tels que décrit : « *the traditional occupation and use which is the basis for establishing indigenous peoples' land rights, and not the eventual official recognition or registration of that ownership* »¹⁷. Des droits fonciers, il convient de retenir la notion de foncier qui se rapporte au « (...) *substantif juridique, signifiant l'ensemble des concepts et des règles applicables à la terre, à son usage, mais aussi aux produits qui y sont*

¹² Arnaud MORANGE, « Vulnérabilité et catégories de l'action sociale », in Matthieu LAVILLE et Philippe MAZERAU (ed.), *Vulnérabilités en écho dans les métiers relationnels : les savoirs professionnels interrogés*, INSEI, 2021, disponible sur <https://doi.org/10.4000/books.insei.1018>.

¹³ Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droits contemporains, Introduction au droit comparé*, Paris, LGDJ, 2015, 3^{ème} édition, p. 367.

¹⁴ Hubert OUEDRAOGO, « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », *Études rurales*, n° 187, janvier-juin 2011, p. 90.

¹⁵ Voir Mamadou BADJI, *Introduction historique à l'étude des institutions publiques et privées de l'Afrique au sud du Sahara (VIIIe-XXe siècle)*, PUAM, 2012, p. 20.

¹⁶ Samba TRAORE, « Droit coutumier et coutume. Réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (quelques exemples de concepts tirés du droit soninké du Gajaaga-Sénégal) », *Annales africaines, Revue de droit, d'économie et de Gestion de la Faculté des Sciences juridiques et économiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar*, 1989- 1990-1991, p. 61.

¹⁷ UNDDRIIP (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) art.25, 26.1, 26.2; C169 art.14.1; C107 art.11, in International Land Coalition, *Indigenous peoples' rights to lands, territories and resources*, May 2013, P.8.



normalement rattachés [...] »¹⁸. Le législateur burkinabè définit, par ailleurs, le foncier comme « tout ce qui a trait ou se rattache à un fonds de terre ou à un bien fonds »¹⁹. Dans une approche synthétique, il est possible d'appréhender juridiquement le foncier de façon intégrale, comprenant alors le fonds terre, les éléments supportés par ledit fonds, ainsi que les systèmes d'exploitation, méthodes et règles de sa gestion que commande cette approche intégrale. Ainsi l'analyse juridique de la dimension sociale du droit traditionnel à partir des droits fonciers intégrera un décryptage de la substance desdits droits aussi bien dans leur approche préventive que réparatrice des situations d'insécurité et d'exclusion sociale. Cette dernière intègre aussi une dimension économique qui lui confère alors un contenu reflétant aussi les situations de précarité sociale qu'économique.

Si la notion de social n'est pas exclusivement une catégorie juridique, elle est saisie par le droit à travers les droits de l'homme, ces droits inhérents à la personne humaine. Ces droits suggèrent aussi bien une protection globale²⁰ de la personne humaine qu'une protection catégorielle²¹. Sous cette dernière considération, des catégories de personnes se retrouvent dépourvues des ressources nécessaires à une vie décente d'une manière à assurer leur dignité. Les ressources dont il est question se rapportent aux moyens de subsistance que sous-tendent l'accès à la terre et aux éléments naturels qu'elle supporte. La conception africaine de la terre représente, d'ailleurs, celle-ci comme étant « (...) mise au service des Hommes pour assurer leur

¹⁸ ROCHEGUDE Alain, « Foncier et décentralisation. Réconcilier la légalité et la légitimité des pouvoirs domaniaux et fonciers », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 26, Septembre 2001, p. 13.

¹⁹ Loi n° 034-2012/ AN du 2 juillet 2012 portant réorganisation agraire et foncière au Burkina Faso, article 4.

²⁰ Les instruments de protection globale des droits de l'homme englobent les instruments internationaux universels non conventionnels comme la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 mais aussi conventionnels universels. Au titre de ces derniers on peut citer les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ainsi que leurs protocoles additionnels qui constituent avec la DUDH la Charte internationale des droits de l'homme, la convention contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. Des instruments régionaux de protection des droits de l'homme se rapportent aussi à la protection globale. On a par exemple la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée dans le cadre de l'OUA du 17 juin 1981, la Convention interaméricaine des droits de l'homme adoptée dans le cadre de l'OEA (San José de Costa Rica, 22 novembre 1969).

²¹ Les instruments catégoriels de protection des droits de l'homme ont pour principal intérêt de protéger soit les droits de l'homme dans des situations particulières soit pour protéger une catégorie spécifique d'individus en raison de leur vulnérabilité. Il en est ainsi des Conventions de Genève du 12 août 1949 (Convention de Genève sur l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ; Convention de Genève relative au traitement des personnes civiles en temps de guerre), la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 et la Convention des nations unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989.



subsistance et permettre la survie de l'Espèce »²². Il y'a alors une « (...) *logique sociale des territoires* »²³ et subséquemment des droits qui y sont attachés. Les droits fonciers traditionnels semblent ainsi faire écho aux droits de l'homme dans la mesure où dans leurs fondements et leurs fonctions ils intègrent les questions d'alimentation, de logement, de manifestation culturelle de la personne humaine. En effet, le foncier, contrairement à une logique occidentale qui lui confère une valeur marchande à travers la notion de bien, n'entre pas dans la catégorie des choses commercialisables. Qui plus est, il n'est, en principe, pas susceptible d'appropriation privative. Alors, tel l'Etat social²⁴ qui garantit à ses citoyens les droits économiques et sociaux, la société traditionnelle africaine conçoit la terre comme le substrat pourvoyeur de l'ensemble des besoins d'ordres économiques, sociaux et culturels des populations. En effet, la base divine des droits et l'antériorité des premiers occupants déterminent les droits du groupe. Ces droits circulent ensuite dans et hors de la communauté en guise de solidarité avec l'autre, justifiant alors leur fonction sociale. Une approche comparative avec les droits économiques et sociaux permet de comprendre que les populations sans exception détiennent une sorte de droit de créance²⁵ envers la société traditionnelle compte tenu de ce que celle-ci est structurée autour d'institutions locales qui organisent les droits pour tous d'accéder à la terre et aux ressources. Il en est ainsi des droits des agriculteurs, des éleveurs, des pêcheurs, des chasseurs et autres exploitants des produits forestiers. Il s'ensuit une corrélation entre cette approche providentielle des droits fonciers traditionnels et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme comme le Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels du 16 décembre 1966 dont l'article 11 dispose que toute personne a droit « (...) à une *amélioration constante de ses conditions d'existence* ». Antérieurement, la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 s'est intéressée aux droits dont toute personne devrait jouir sur le foncier lorsque son article 17 stipule que « *toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété* ». Certes, référence est faite à la propriété qui au sens de l'article 544 du code napoléonien renvoie à des droits absolus opposables *erga omnes*, mais une fine lecture de la disposition de la DUDH

²² Keba M'BAYE, « Le régime des terres au Sénégal », in *Droit de la terre en Afrique (au sud du Sahara)*, Paris, Maisonneuve et Larose, Paris, 1971, p. 135.

²³ Philippe LAVIGNE DELVILLE, « Comment articuler législation nationale et droits fonciers locaux : expériences en Afrique de l'ouest francophone », *op. cit.*, p. 1

²⁴ René CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, Paris, éd. du CNRS, 1982, p. 167.

²⁵ HENNEBEL Ludovic, « Typologies et hiérarchie(s) des droits de l'Homme » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, n° 26-2010 pp. 426 et 427. Les droits de l'homme sont classés « (...) en plusieurs générations, en fonction du moment de leur émergence ». Ainsi les droits de deuxième génération constitués des droits économiques, sociaux et culturels sont qualifiés de droits de l'égalité formulés au début du XXème siècle. Ces droits sont dits de créance et donc « exigibles à l'Etat et qui réclament une intervention de ce dernier ».



permet de comprendre que l'enjeu est ici de consacrer pour tous le droit de bénéficier des avantages de la « terre mère »²⁶ pour ses besoins divers en alimentation, en logement et mêmes culturels. D'ailleurs, sur le droit à l'alimentation spécifiquement, on note que « dans sa logique intrinsèque et son essence même, [il] s'érige contre un certain nombre de réalités négationnelles et d'états carenciels divers, révélateurs de l'insatisfaction du besoin le plus élémentaire de l'être humain : se nourrir »²⁷. Des instruments régionaux de protection des droits de l'homme font aussi référence à cette faculté reconnue à tous de jouir de la terre et de ses ressources. Il en est ainsi de l'article 21 de la convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, du protocole n° 1 de la convention européenne des droits de l'homme du 20 mars 1952 et aussi de l'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981. On observe aussi, à la lecture de ces instruments régionaux, que la reconnaissance du droit de tous au foncier est résiduelle en ce qu'il est fait mention du droit de propriété alors même que dans les sociétés traditionnelles africaines, il sied d'évoquer la notion de maîtrise foncière²⁸ pour désigner les droits exclusifs sur la terre. A cet égard, la Déclaration des Nations unies sur le progrès et le développement dans le domaine social adoptée le 11 décembre 1969 semble intégrer le mode traditionnel africain d'accès à la terre en évoquant en son article 6 les « (...) principes de la justice et de la fonction sociale de la propriété », l'élimination de « la faim et la malnutrition » et la garantie du « droit à une nutrition adéquate » en son article 10, b) et surtout un système de sécurité ou de protection sociale pour les personnes vulnérables en son article 11 a) en vue de l'atteinte d'un niveau de vie adéquat. La même observation peut être faite pour les Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts adoptées le 11 mai 2012. Cet instrument non contraignant a, entre autres, pour objectif d'« (...) améliorer la gouvernance foncière, des pêches et des forêts, au profit de tous, en accordant une attention particulière aux populations vulnérables et marginalisées »²⁹. Partant du contenu normatif de ces instruments, on déduit que les mécanismes de protection de la personne humaine dans leurs dimensions socioéconomiques font écho aux systèmes juridiques traditionnels africains de gestion du foncier. En effet, l'ensemble de ces mécanismes juridiques postule une inclusion de tous au bénéfice des éléments

²⁶ Françoise MORIN, « Les droits de la Terre-Mère et le bien vivre, ou les apports des peuples autochtones face à la détérioration de la planète », *Revue du MAUSS*, 2013/2 (n° 42), p. 324.

²⁷ Abdoulaye SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, Genève, Zurich, Bâle : Schulthess, 2010, p. 25.

²⁸ LE ROY Étienne, « La sécurisation foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre », in *Terre, terroir, territoire. Les tensions foncières*, Paris, ORSTOM, col. Colloques et Séminaires / Dynamique des systèmes agraires, 1995, pp. 455-472.

²⁹ Objectif 1.1.



naturels susceptibles de garantir la dignité de la personne humaine sur fond d'accès libre, équitable et juste. La situation des personnes démunies se trouve alors être prise en compte quand tous ces mécanismes juridiques traduisent l'inclusion de tous.

Ainsi posé le sujet questionne les modes traditionnels africains de gestion du foncier. Ces modes se rapportent aux mécanismes endogènes originaux à l'œuvre en Afrique avant toute influence extérieure. A cet égard, une perspective historique permet de faire ressortir que les systèmes traditionnels basés sur les droits fonciers originellement africains à l'œuvre pendant la période précoloniale feront place à l'introduction du régime de la domanialité publique et de la propriété sur la base de l'immatriculation des terres considérées comme « *vacantes et sans maîtres* »³⁰ dans le contexte du choc colonial. Quand bien même ces droits fonciers traditionnels étaient censés disparaître pour faire face au régime de la propriété, ils ont survécu au regard du fort attachement des populations locales. Dans sa conception locale, le foncier structure la vie quotidienne des personnes. Qui plus est, de par sa dimension mystique il se veut le réceptacle des esprits gardiens de la société parmi lesquels les ancêtres fondateurs. C'est dire que le foncier se conçoit comme un refuge pour tous et les droits y afférents sont subséquentement imprégnés de cette logique sociale. Les droits fonciers ont alors vocation à organiser l'accès juste et équitable de tous aux ressources foncières d'une manière qui prenne en compte les plus démunis. Dès lors, en considérant cette perception de la terre et des droits qui en découlent, la question centrale qui sous-tend cette étude est la suivante : Qu'est ce qui détermine la dimension sociale des droits fonciers traditionnels ?

Il s'agira alors pour nous d'interroger la substance et la consistance des droits fonciers traditionnels à l'aune de la prise en compte des besoins vitaux de toute personne quelle que soit sa situation sociale. Ce postulat révèle tout l'intérêt de l'étude. Ainsi, au plan théorique cette étude nous permet d'appréhender un champ majeur du droit africain, notamment les droits fonciers traditionnels sous l'angle de leur formation. Les sources et les fondements de l'autorité de ces droits qui structurent le monde paysan nécessitent un décryptage à l'aune des exigences de la vie en société et de la dignité humaine. Au plan pratique, cette contribution suggère une appréhension de la place de l'homme dans les droits traditionnels africains. D'une manière plus spécifique, elle nous permet de saisir le niveau d'inclusion des plus démunis de la société et subséquentement la fonction sociale des mécanismes juridiques y afférents. Les droits fonciers

³⁰ Gouvernement général de l'AOF, *Réglementation domaniale et foncière*, Textes généraux, Rufisque, Imprimerie du gouvernement général, 1953, p. 34.



qui organisent l'accès à la terre et les possibilités d'alimentation et de logement semblent, en effet, structurer lesdits mécanismes tant leur portée en droit africain est certaine et étendue.

Dans la perspective d'apporter des réponses à la problématique posée, la présente contribution s'appuie sur une approche doctrinale. La démarche intègre aussi une perspective historique qui permettra d'appréhender l'antériorité des droits fonciers, les pratiques et les logiques d'acteurs. Par ailleurs, l'immersion dans les systèmes juridiques traditionnels africains analysés parallèlement aux mécanismes juridiques modernes confère à la fois une démarche comparative et une approche normative à cette démonstration. Au total, l'analyse se veut exégétique et décryptera les droits fonciers traditionnels sous le double aspect de leur constitution et de leurs moyens comme garantie³¹ de la protection des personnes vulnérables. C'est ainsi qu'on appréhendera dans un premier temps les fondements sociaux des droits fonciers traditionnels (I) et dans un second temps, les fonctions sociales de ceux-ci (II).

I. Les fondements sociaux des droits fonciers traditionnels

Considérer les droits fonciers traditionnels comme des mécanismes juridiques ayant des fondements sociaux renvoie à questionner les déterminants qui fondent un tel postulat. Assurément, les vecteurs qui permettent d'arguer de la capacité des droits à prévenir la vulnérabilité devraient revêtir une justification résistant à toute remise en cause. Les éléments de justification garantissent la sécurité des droits fonciers eux-mêmes et tiennent à deux types de fondements qui s'imbriquent. Il y'a d'une part les fondements idéologiques (A) et d'autre part les fondements juridiques (B).

A. Les fondements idéologiques

Les fondements idéologiques des droits fonciers traditionnels ont vocation à traduire leur légitimité. En effet, ceux-ci montrent que la formation des droits fonciers traditionnels ne s'est pas faite *ex nihilo*. Elle obéit à des considérations sociohistoriques mais aussi métaphysiques. La légitimité des droits fonciers est alors sous-tendue par leur antériorité (1) mais aussi par leurs bases divines (2).

1. L'antériorité des droits fonciers

³¹ Maurice KAMTO, « Remarques introductives », in S.F.D.I., *actes du Colloque d'Aix-en-Provence : Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 79. Cité par Armel Ghislain TAPSOBA, *La protection des déplacés environnementaux en droit international*, Thèse, Université Thomas SANKARA, 2022, p. 1. D'une manière générale, vu comme ayant une finalité anthropique, le droit est conçu dans ses manifestations diverses comme « un droit des usages et de la conservation, ensuite comme un droit des catastrophes, puis comme un droit de prévention et de précaution. Il est aujourd'hui tout cela à la fois ».



Dans la société traditionnelle africaine, d'une manière générale les règles juridiques sont fondées sur un pluralisme normatif³², se formant ainsi selon diverses considérations dont l'histoire du peuplement. La création juridique dans le domaine du foncier obéit à cette approche qui légitime les droits des premiers occupants de la terre et partant ceux de leurs descendants. C'est dire que la terre occupe une place essentielle dans la vie de l'africain et l'indicateur de la légitimité juridique est constituée par l'ordre d'arrivée et d'installation. Il y'a alors une dimension spatiotemporelle dans la formation des droits fonciers traditionnels. Dans les mythes de fondation des sociétés africaines, l'antériorité de l'occupation de la terre détermine la nature du droit que l'on y détient. Ainsi la légitimité des autorités chargées de la régulation des droits sur la terre « (...) *tient en général de l'antériorité d'installation* »³³. Nombre de légendes relatives à la fondation des sociétés font référence à un pacte³⁴ que le premier occupant aurait passé avec les esprits de la terre qui lui permirent à cette condition de s'installer. L'esprit, très souvent incarné par un animal tutélaire, est par la suite représenté à l'effigie dudit animal en forme de masque sacré autour duquel des rites à cadence régulière ou spontanée sont organisés. On rend ainsi hommage à la force tellurique pour ses bienfaits mais aussi on y fait recours pour résoudre des situations périlleuses dont lui seul détient la solution au regard de son emprise spirituelle sur la terre.

Les mythes de fondation intègrent aussi une dimension idéale en ce qu'on estime que l'ancêtre fondateur, assurément en raison de sa probité, a reçu une forme d'autorisation *intuitu personae*, l'ayant permis de porter le premier coup de hache aux fins du défrichage et de la culture de la terre pour sa subsistance. On évoque ainsi le droit du premier défrichage car pour ce qui est de l'origine des droits fonciers « (...) *un groupe errant s'est fixé à un endroit propice, ses membres ont défriché, par le feu ou par la hache, ce qui serait désormais le lougan familial* »³⁵. Il va sans dire que ce privilège relatif au défrichage constitutif des droits légitimes revient au premier occupant. Les croyances locales aidant, il s'ensuit une acceptation populaire des prérogatives reconnues aux premiers occupants d'organiser les droits fonciers. Qui plus est, il se dégage une logique dans l'appréhension de l'antériorité de l'installation comme base de formation des droits fonciers compte tenu de ce qu'on pourrait imaginer que les occupants

³² Étienne LE ROY, « Pourquoi faut-il, encore, plaider la cause de la décolonisation du droit au Sahel (et ailleurs) ? », *Afrique contemporaine*, vol. 271-272, n° 1-2, 2020, p. 56.

³³ Philippe LAVIGNE DELVILLE, « Comment articuler législation nationale et droits fonciers locaux : expériences en Afrique de l'ouest francophone », *op. cit.*, p. 1.

³⁴ Guy-Adjété KOUASSIGAN, *L'homme et la terre, contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, *op. cit.*, p. 50.

³⁵ Keba M'BAYE, « Le régime des terres au Sénégal », *op. cit.* p. 135.



successifs de la terre ont pu se référer aux premiers déjà sur place soit par une alliance³⁶ ou une convention ou encore en faisant allégeance à ces derniers. C'est ce que fait observer Bernard DURAND qui souligne qu'en matière d'occupation du sol « *une famille s'installe dans une région inhabitée, bientôt suivie d'autres familles à qui elle donne l'autorisation de s'implanter* »³⁷. On déduit alors que la base de ces droits est irriguée par une logique aussi bien métaphysique que sociale et donc objective.

Partant de la formation des droits fonciers sur la base de l'antériorité, on comprend la constitution de la chefferie de terre mais aussi des divers droits dérivés. Il convient de faire observer que les droits des occupants, autres que les premiers, sont des droits dérivés en ce qu'ils sont liés et donc fonction des droits détenus par les chefs de terre. Les divers droits sont alors structurés d'une manière à distinguer fondamentalement les droits premiers ou exclusifs de ceux dérivés. Chez les *Nuni* du Burkina Faso, les droits exclusifs sont détenus par le chef de terre qui conserve une maîtrise foncière et cette capacité à détenir ces droits et de les exercer est le « *signe que les divinités ont agréé l'installation des premiers occupants dont il est le descendant et le légat. La chefferie de terre se trouve ainsi monopolisée par un groupe de gens appelés les tia-tian (les gens de la terre) et fondée sur une étroite relation entre ces derniers et les divinités locales. Ces dernières auraient exclusivement décidé que ce groupe soit l'intermédiaire entre elles et les autres groupes* »³⁸. Les premiers détenteurs de droits fonciers du fait de leur antériorité conservent aussi la responsabilité de satisfaire aux besoins d'accès aux ressources foncières de tous, y compris les personnes et populations démunies.

Cette observation faite dans une communauté rurale africaine montre que les droits fonciers sont gradués selon les statuts sociaux qui tiennent de l'histoire du peuplement. Les statuts sociaux déterminent les types de droits et l'autochtonie n'est pas une condition exclusive pour la détention des droits exclusifs. En effet, les groupes sociaux traditionnels africains peuvent être constitués de groupes de familles formant un lignage ou un clan dont il est possible de situer dans l'histoire un ancêtre commun. Toutefois, la famille africaine est parfois composite, tout comme l'est la société entière dans la mesure où des personnes extérieures au groupe peuvent par la suite être assimilées. Ces dernières sont partie intégrante du groupe, partageant

³⁶ Bernard DURAND, *Histoire comparative des institutions. Afrique-Monde Arabe-Europe*, Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1983, p. 315.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Hyacinthe OUEDRAOGO, *Le pays nuni (Sud de l'actuel Burkina Faso) des origines à 1960*, thèse de doctorat, Université Ouaga I, 2018, p. 154. Cité par Mamoudou BIRBA, *Droits fonciers et biodiversité au Burkina Faso : le cas de la province de la Sissili*, Université de Limoges, 2020, p. 87.



ainsi sa culture et ses rites. Il en est ainsi des esclaves affranchis³⁹ qui prennent le nom de leurs anciens maîtres et aussi des migrants assimilés du fait de leur présence très ancienne au sein du groupe. Ainsi à côté des droits exclusifs, d'autres acteurs détiennent des droits dont l'importance varie selon le mode d'emprise sur les ressources foncières. Une classification des droits fonciers est faite ainsi qu'il suit à partir de l'exemple du pays Bassari au Sénégal. On distingue ainsi « 1) *Un droit de passage [...]. 2) Un droit de prélèvement d'une ressource naturelle spontanée ou de résidus de récolte [...]. 3) Un droit d'exploitation correspondant à un faire-valoir de la ressource, dont l'objet est d'en tirer profit au travers d'une production agricole, sylvicole, pastorale, halieutique ou cynégétique [...]. 4) Un droit d'exclusion permettant le contrôle de l'espace qui conduit à l'exclusion et à l'affectation de l'accès à la ressource [...]* »⁴⁰. La formation des droits fonciers obéit ainsi à une démarche processuelle basée sur des considérations sociétales de sorte que tous les acteurs sociaux y adhèrent. Il s'agit alors d'un ordre social qui détermine leurs logiques respectives en matière d'accès à la terre. Qui plus est, ces droits fonciers conservent une part de mysticisme qui renforce leur légitimité.

2. Les bases divines des droits fonciers

A l'instar des droits traditionnels africains dont la formation est largement sous-tendue par des prescriptions divines, les droits fonciers tiennent aussi leur légitimité de considérations mystiques. En effet, le droit est fonction de la représentation du monde et des croyances qui en découlent. La conception du monde structure la pensée juridique dans la mesure où la création juridique et le régime des sanctions sont fonction de la source de l'autorité de la règle de droit. On imagine dans le contexte des sociétés traditionnelles africaines que le monde n'a pas été créé *ex nihilo* et que des forces mystiques le structurent dans son fonctionnement⁴¹. On part du postulat d'un chaos originel dans lequel étaient engluées les forces de l'ordre et du désordre. Le monde physique ou visible qui se veut le reflet d'un monde invisible qui en est alors la matrice est mis en mouvement par les forces du bien, l'homme et tous les êtres rationnels devant œuvrer à éviter le péril⁴². Dans le monde visible, l'homme détient alors une place exceptionnelle

³⁹ Samba THIAM, *Introduction historique au droit en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2011, p. 158. Voir aussi Amadou Hampaté BA, *Amkoullel l'Enfant Peul*, Mémoire Tome I, Arles, Actes sud, 1991, pp. 121 et s.

⁴⁰ Olivier BARRIERE, « Gestion de l'environnement en pays Bassari (Sénégal oriental) ; réflexion sur un droit de l'environnement au Sénégal », *Revue canadienne droit et société / Canadian Journal of Law and Society*, vol. 18, n° 1, 2003, pp.73-101.

⁴¹ Camille KUYU MWISSA et Étienne LE ROY, « À la racine des conflits : approche anthropologique et interculturelle », in Imen BENHARDA (éd.), *L'art de pacifier nos conflits. De la négociation à la médiation*, Érès, 2022, p. 23.

⁴² Michel ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP*, n°6, 1983, p. 95.



compte tenu de ce qu'il devra, par des rites, permettre aux forces divines de faire triompher l'ordre⁴³. Il y'a alors dans les systèmes juridiques traditionnels africains la prégnance de ces considérations métaphysiques qui suggèrent que les règles soient conformes à la volonté des esprits gardiens du monde.

La pensée juridique traditionnel intègre une sorte de tandem humains et non humains. D'une manière générale, même si le droit est le résultat de processus, us et rites coutumiers, sa dimension métaphysique fait une place primordiale à des droits qui se veulent aussi des prescriptions des esprits. C'est en cela qu'on comprend les rapports totémiques⁴⁴ à certaines espèces sacrées de faune ou de flore dont la protection est censée être une injonction des forces invisibles. La même observation est faite pour les espaces dit sacrés qui ne doivent être profanés sous peine de sanctions le plus souvent administrées par les esprits. Une fine lecture des rapports sociaux et juridiques aux ressources foncières emmène ainsi à appréhender les relations entre l'homme et la nature qui se caractérisent par une continuité compte tenu de ce que la plupart des non-humains sont dotés d'une « (...) *intérieurité analogue à celle des humains* »⁴⁵. En effet, l'animisme⁴⁶ présent dans les croyances africaines n'oppose pas la nature à la culture, le premier étant d'essence divine et le second d'essence sociale. A cet égard, la filiation divine des droits fonciers se justifie et appelle certaines conséquences.

Partant de la filiation divine des droits fonciers, ces derniers ne peuvent être encadrés dans des rapports marchands en ce que l'objet du droit n'étant pas un bien, il ne saurait entrer dans le champ du commerce. Il en est de même pour les ressources que supportent la terre dont l'accès fait aussi l'objet de droits fonciers divers comme le droit de cueillette, le droit de chasse, le droit de pâture. La terre, support des droits fonciers, est le réceptacle d'énergies vitales à la vie de l'homme. Dans la cosmogonie africaine, elle est alors au nombre des forces transcendantes,

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Thomas LEROSIER, « Philippe Descola, Par-delà nature et culture : Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2015, 800 pages », Questions de communication, 2017/1 n° 31, 2017. p. 556. Disponible sur CAIRN.INFO, shs.cairn.info/revue-questions-de-communication-2017-1-page-555?lang=fr. Philippe DESCOLA fait du totémisme une des matrices ontologiques et le décrit comme la « (...) *ressemblance des intérieurités, ressemblance des physicalités [et] distribue les entités du monde dans des familles ontologiques rassemblant des humains et des non-humains selon qu'ils partagent certains attributs physiques et psychiques* ».

⁴⁵ Philippe DESCOLA, *L'écologie des autres. L'anthropologie et la question de la nature*, Paris, Quae, coll. « Sciences en questions », 2011, pp. 85-86.

⁴⁶ Philippe DESCOLA, « L'animisme est-il une religion ? », Entretien avec Philippe DESCOLA, *Sciences Humaines*, 6 novembre 2006. https://www.scienceshumaines.com/l-animisme-est-il-une-religion-entretien-avec-philippe-descola_fr_15096.html. Quatre schémas fondamentaux ou matrices ontologiques que sont l'animisme, le totémisme, le naturalisme et l'analogisme sont identifiés. L'animisme, lui, « *attribue à tous les êtres humains et non humains le même genre d'intériorité, de subjectivité, d'intentionnalité. Il place la différence du côté des propriétés et manifestations physiques : apparence, forme du corps, manières d'agir, comportements* ».



étant en cela au début et à la fin de l'être symbolisé par l'enterrement du cordon ombilical et du corps sans vie⁴⁷. Un rapport marchand au foncier supposerait un mode onéreux d'acquisition des droits fonciers comme c'est le cas de l'immatriculation foncière dans le régime de la propriété. L'ordre naturel⁴⁸ dans lequel sont inscrit ces droits leur confère un titre gratuit et donc accessible à tous. Partant de cette caractérisation des droits fonciers, leur fondement mystique et religieux suggère qu'ils soient au service de l'humain. Les droits sur la terre ont ainsi pour propriété de permettre à leurs titulaires de subvenir à leurs besoins vitaux, de conserver ou acquérir leur dignité. C'est en cela qu'ils sont propices à la protection des populations et personnes démunies.

Les considérations sociopolitiques qui irriguent les droits fonciers traditionnels semblent aussi déterminer l'ancrage juridiques desdits droits. Ainsi, les fondements juridiques des droits fonciers traditionnels se conçoivent comme des incidences de ces considérations sociopolitiques. Ces fondements juridiques constituent alors des vecteurs contre la vulnérabilité sociale.

B. Les fondements juridiques

Appréhender les fondements juridiques des droits fonciers traditionnels comme étant à même de garantir la protection des personnes vulnérables emmène à décrypter les fondamentaux de ces droits. Ces derniers déterminent l'état des droits fonciers en permettant de comprendre les données idéologiques et idéelles qui y conduisent. Deux éléments fondamentaux dont l'un se rapporte à l'ancrage des droits fonciers et l'autre à leur modèle juridique seront scrutés. Ainsi dans un premier, on décèle en ces droits aussi bien une approche de droit naturel (1) qu'une approche de droit négocié (2).

1. Une approche de droit naturel

Partant de leur filiation divine, les droits traditionnels africains et plus spécifiquement les droits fonciers font écho au droit naturel. Qui plus est, l'autre pan des droits traditionnels, à savoir la coutume concourt aussi de l'approche jusnaturaliste des droits fonciers. En effet, la coutume est d'abord une somme de pratiques, d'us et d'usages. Elle est alors classée dans la catégorie des faits sociaux en ce qu'elle se rapporte à « *un ensemble d'usages d'ordre juridique, qui ont acquis force obligatoire dans un groupe socio-politique donné (...)* »⁴⁹. Les règles juridiques

⁴⁷ *Droits fonciers et biodiversité au Burkina Faso : le cas de la province de la Sissili*, Université de Limoges, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁸ Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droits contemporains, Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 372.

⁴⁹ Emile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, pp. 18-21. Pour DURKHEIM, le fait social « *se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus (...)* ».



produites suivant un processus aussi bien transcendant qu'immanent sont alors l'expression d'une légitimité locale. Sous cette considération, les droits fonciers traditionnels procèdent d'une mise en œuvre d'une volonté divine ou d'une logique de perception. Ainsi que le conçoivent les théoriciens du droit naturel, ce dernier s'entend d'un droit immuable bâti sur des principes de la droite raison, une « (...) *conception d'un droit idéal supérieur aux lois positives* (...) »⁵⁰. Pour PUFENDORF, le droit issu de la raison ou de la nature est appelé ainsi « (...) *parce qu'il accompagne l'homme dès le moment de sa naissance, indépendamment de toute volonté humaine, et par un pur effet de l'institution divine* »⁵¹. Antérieurement, la conception du droit par GROTIUS se rapportait aussi à un droit naturel⁵² qui se veut supérieur aux règles institutionnelles car emportant l'idée même du juste. A l'analyse, le propre du naturel est, en plus d'être juste, d'être libre et équitable pour tous. Ce fond idéal du droit naturel se retrouve dans les droits fonciers traditionnels dont l'attribution à quiconque devrait se faire sur fond de justice, de gratuité et de solidarité envers les plus vulnérables.

En outre, sur la base du droit naturel, on peut déceler dans les droits fonciers traditionnels une idée des droits de l'homme. Le droit est ici considéré comme le reflet d'un ordre naturel et donc rationnel. D'ailleurs, la philosophie aristotélicienne développée par le jusnaturaliste religieux Saint Thomas D'AQUIN appréhende la loi d'une manière générale et les droits de l'homme en particulier comme « *une promulgation de la loi naturelle* »⁵³. De grandes déclarations comme la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qualifient les droits de l'homme de « *droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* »⁵⁴, traduisant ainsi le fait que toute personne dotée de raison peut les découvrir. De là, la protection des populations démunies par les droits fonciers dont la substance rencontre les droits de l'homme est concevable. La protection dont il est question fait référence à la garantie des moyens de subsistance, de logement mais aussi contre la précarité sociale et économique en cas de périls sociaux ou environnementaux⁵⁵. On note, d'ailleurs, que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 consacre, en plus des droits de l'homme, des devoirs qui postulent une certaine

⁵⁰ Joseph CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne Edouard DUCHEMIN, 1227, 2^{ème} édition, p. 13.

⁵¹ Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* (éd.1740), Paris, Hachette Bnf, 2019, p. 7.

⁵² Hugo GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis* [note bibliographique], *Revue internationale de droit comparé*, 1954, n° 6-4 pp. 863-864.

⁵³ Jean MORANGE, *Droits de l'Homme et Libertés publiques*, Paris, PUF, 1997, p. 45.

⁵⁴ Préambule de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁵⁵ Armel Ghislain TAPSOBA, *La protection des déplacés environnementaux en droit international*, op. cit., pp. 66 à 71. On note que les catastrophes naturelles font peser des menaces graves sur les droits économiques et socioculturels à la santé, au logement, à l'eau et à l'alimentation des populations vulnérables.



solidarité de l'individu envers sa famille et la communauté nationale⁵⁶. La même observation est faite dans les droits nationaux. Ainsi l'article 18 de la constitution burkinabè du 11 juin 1991 fait cas de l'assistance « *aux cas sociaux* » comme constitutive de droits socioculturels reconnus au titre des droits fondamentaux. L'article 15 de la constitution sénégalaise de 2001, lui, adopte une approche on ne peut plus sociale sur la question de l'accès à la terre quand il évoque « *le droit d'accéder (...) à la possession de la terre* » comme un droit constitutionnel. Antérieurement dans le XXème siècle, certaines constitutions garantissaient déjà des droits sociaux prenant en compte les plus démunis. Il en est ainsi de la « *Constitution française de 1946, qui prévoyait le droit au travail et à l'enseignement gratuit, et la Constitution italienne de 1947, qui comporte le droit aux soins médicaux gratuits pour les indigents* »⁵⁷. On se rapproche là de la conception traditionnelle africaine de l'accès à la terre qui postule en principe un droit équitable et gratuit pour tous.

Ainsi, les droits fonciers traditionnels, à l'image du droit naturel ont un sens social et symbolisent le droit pour tous de jouir des éléments de la nature. Ils sont, à cet égard, inhérents à la personne humaine en considération de son statut d'homme et sont en principes incessibles, inaliénables et incompressibles. En demeurant dans le prolongement de cette analyse des droits fonciers qui les assimilent au droit naturel, on comprend que lesdits droits conservent aussi une approche de droits de modèles négociés.

2. Une approche de droit négocié

L'approche d'un droit de modèle négocié se conçoit dans le mode d'organisation sociale qui emporte aussi la régulation des rapports sociaux et la gouvernance des ressources. Pour ce qui est de leur organisation sociopolitique, les sociétés traditionnelles africaines se caractérisent par le collectivisme⁵⁸. Le collectivisme ou communautarisme s'entend de la primauté de la collectivité sur l'individu. En effet, « *la famille occupe une place essentielle dans les règles juridiques. L'individu ne compte guère, et la famille permanente est la véritable titulaire de droits* »⁵⁹. Cette primauté de la famille ou du groupe se conçoit comme une prédisposition à la solidarité face à une société qui peut se montrer instable avec un risque d'insécurité⁶⁰. La primauté du groupe est perceptible à tous les échelons sociaux, à savoir la famille, le lignage,

⁵⁶ Article 29, al. 2 et 4 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

⁵⁷ Abdoulaye SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, op. cit., p 18.

⁵⁸ Pierre-François GONIDEC, « L'Afrique précoloniale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, t. 2, p. 17.

⁵⁹ Bernard DURAND, *Histoire comparative des institutions. Afrique-Monde Arabe-Europe*, op. cit., p. 149.

⁶⁰ *Ibid.*



le clan ou la tribu. De là, le collectivisme postule une idée de « *propriété collective* »⁶¹ sur les ressources. Qui plus est, se fondant sur les logiques différentes des acteurs sociaux, le collectivisme intègre aussi l'idée d'une « *complémentarité des différences* »⁶² d'une manière à sauvegarder l'équilibre social. C'est dans ce contexte que se conçoit le droit de modèle négocié qui, contrairement à d'autres systèmes de droit comme le système romano-germanique⁶³, ne se manifeste pas en règles de portée générale et impersonnelle⁶⁴. L'idée de négociation est aussi sous tendue par la cosmogonie africaine qui conçoit le monde comme étant créé par différenciation d'énergies⁶⁵ où forces de l'ordre et du désordre se côtoient. L'univers étant alors en mouvement, le droit se veut le fruit d'une négociation compte tenu de ce qu'il n'est pas toujours fixé à l'avance. L'exemple des ressources communes montre à juste titre que l'accès des différents acteurs, agriculteurs, éleveurs et chasseurs, est une négociation permanente aux fins d'une utilisation paisible et durable.

A l'analyse, l'ordre négocié s'oppose à un ordre institutionnel qui suppose des prescriptions législatives ou réglementaires qui s'imposeraient aux acteurs ou qui légitimeraient⁶⁶ la norme. Le droit de modèle négocié vise la régulation dans un contexte de représentations différentes des ressources, et sur la question foncière, l'enjeu est d'aboutir « (...) à la formation d'un espace négocié qui associe les acteurs concernés avec leurs archétypes sociétaux au processus d'élaboration de normes »⁶⁷. A cet égard, le foncier est le lieu de manifestation de droits divers, des droits exclusifs des premiers occupants de la terre aux droits d'usage des autres utilisateurs qui se rapportent généralement, dans le contexte des sociétés traditionnelles, à la culture, à la cueillette, au ramassage, à la vaine pâture entre autres. Ces droits d'usage, eux, permettent un accès aux ressources foncières indépendamment du statut de l'utilisateur en ce qu'ils recouvrent aussi le sens d'« (...) une servitude purement personnelle, due à une personne déterminée

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Étienne LE ROY, « L'horizon de la juridicité, comparer les différences dans leurs complémentarités pour repenser le droit dans une perspective globale de régulation des sociétés contemporaines », in SACCO Rodolfo (dir.), *Les frontières avancées du savoir du juriste : l'anthropologie juridique et la traductologie juridique*, Actes du colloque ISAIDAT, Turin, 25-28 avril 2007, p. 128.

⁶³ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 7 s. La règle de droit dans le système romano-germanique a un caractère général, impersonnel et abstrait.

⁶⁴ Étienne LE ROY, « À qui, à quoi sert la propriété foncière dans les pays du Sud ? Itinéraire d'une recherche », *Transcontinentales*, 2011, p. 2.

⁶⁵ Camille KUYU MWISSA et Étienne LE ROY, « À la racine des conflits : approche anthropologique et interculturelle », in Imen BENHARDA (éd.), *L'art de pacifier nos conflits. De la négociation à la médiation*, Érès, 2022, p. 23.

⁶⁶ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction de EISENMANN Charles, coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, p. 85.

⁶⁷ Olivier BARRIERE, Jean-François FAURE, « L'enjeu d'un droit négocié pour le Parc amazonien de Guyane », *Natures Sciences Sociétés*, n° 20, 2012, pp. 167-180, p. 177.



indépendamment de la possession d'aucun fonds »⁶⁸. Sous cette considération, les droits fonciers traditionnels s'analysent comme pouvant constituer des garanties à la protection de tous et spécifiquement des personnes en situation de pauvreté contre le manque de ressources ou la précarité socioéconomique. Qui plus est, le modèle de droit négocié que revêt ces droits fonciers postule aussi une prévention des conflits ou encore une résolution suivant des modes alternatifs de résolution⁶⁹ comme la conciliation, la facilitation, l'arbitrage. Le fait est que l'exercice de divers droits sur les mêmes ressources est susceptible de créer des conflits dans une société traditionnelle où les différences ont vocation à être sauvegardées pour la paix sociale. Il s'agit alors de restructurer la société en faisant recours à tout procédé qui peut ramener la paix. D'ailleurs, s'il peut être fait recours à un juge, il convient de souligner que ce dernier n'est pas une institution prédéterminée ; « *il y a un juge spécifique à chaque acte antisocial [et celui-ci] n'est pas un individu mais l'ensemble de la société au sein de laquelle certaines personnes fonctionneront comme des officiels des rites appropriés* »⁷⁰. On en déduit alors que les droits africains en général sont une construction de tous les jours, revêtant alors un caractère flexible en ce qu'ils peuvent être modulés pour prendre en compte toutes les situations qui se posent. Tel est le modèle des droits fonciers qui, en raison de la négociation, sont à même de favoriser un accès aux ressources foncières aux populations vulnérables dont le statut ou la situation sociale ne les aurait pas permis de bénéficier.

De ce qui précède, les droits fonciers, de par leurs fondements idéologiques et juridiques, justifient une sécurité juridique pour leurs titulaires et une responsabilité sociale pour eux de pourvoir aux besoins en ressources foncières de tous, y compris les populations en situation de précarité. Ces fondements s'analysent ainsi comme constitutifs d'une approche préventive de la protection des populations vulnérables contre le manque de ressources vitales mais aussi contre les situations périlleuses comme les famines, les catastrophes naturelles. Ils se veulent en cela des vecteurs, voir des piliers contre la pauvreté et les périls sociaux. Dans une autre approche, les droits fonciers traditionnels, de par leurs fonctions, peuvent être appréhendés comme à même d'assurer les équilibres sociaux. Ils sont ainsi des facteurs réparateurs de la précarité sociale dans la mesure où ils constituent des moyens d'action sur celle-ci.

⁶⁸ PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, Victor Lagier, 1824, tome sixième, p. 6.

⁶⁹ Adriana HERRERA et Maria Guglielma DA PASSANO., *Gestion alternative des conflits fonciers*, Rome, FAO, Manuels sur les régimes fonciers no 2, 2007, pp. 1-21.

⁷⁰ NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines. Des origines à la fin du moyen âge européen*, op. cit., p. 166.



II. Les fonctions sociales des droits fonciers traditionnels

La formation des droits fonciers traditionnels est sous-tendue par une logique sociétale qui est aussi déterminée par les contraintes locales. C'est ainsi que sur la question de l'inclusion des populations vulnérables, ces droits fonciers remplissent un certain nombre de fonctions. De par deux d'entre ces fonctions, ils conservent un objectif de gestion durable des ressources foncières. Ainsi, c'est à travers les fonctions de rationalité (A) et de durabilité (B) que les droits fonciers constituent une garantie pour le bien être des personnes en situation de précarité.

A. Les fonctions de rationalité

Les fonctions de rationalité des droits fonciers traditionnels se rapportent au modèle d'action qu'ils suggèrent sur le foncier de par la régulation qui en est faite. En vertu du collectivisme qui caractérise les sociétés traditionnelles africaines, le mode de gestion du foncier demeure de type communautariste. Cette forme de gestion foncière s'articule autour des maîtrises foncières communes (1) et de la circulation des droits fonciers (2).

1. Les maîtrises foncières communes

Dans les sociétés traditionnelles africaines, la terre fait l'objet d'une gestion commune. C'est du moins le principe de gestion que postule le collectivisme qui caractérise lesdites sociétés. La terre fait l'objet d'une appropriation commune et le chef de terre, au nom de sa légitimité consécutive à sa filiation avec l'ancêtre fondateur, est généralement chargé de répartir les droits des groupes qui composent la société. Ainsi à la tête d'un groupe homogène comme la famille ou le lignage se trouve un aîné qui, à son tour, organise les droits du groupe selon l'intérêt du groupe et aussi le statut de chaque membre. On note que généralement les champs sont cultivés par tout le groupe aux fins de production des ressources nécessaires à sa subsistance. La terre est alors un objet de patrimoine commun au groupe en ce qu'au lieu de « *s'attacher à un intérêt privé, le patrimoine commun se rapprocherait davantage de l'intérêt d'un groupe* »⁷¹. Tel est la caractéristique de maîtrise foncière commune que recouvre l'ensemble des droits que les membres du groupe détiennent sur la terre. Le concept de maîtrise foncière s'oppose au droit de propriété qui se rapporte au droit absolu qu'on exerce sur une chose en ce qu'il confère à son titulaire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. On serait là dans une logique marchande où l'objet du droit de propriété peut être un bien et donc aliénable par son propriétaire. Sous cette considération la maîtrise foncière traduit d'une manière différente le rapport à la terre objet de

⁷¹ Olivier BARRIERE, « Une gouvernance environnementale dans une perspective patrimoniale : approche d'une écologie foncière », in EBERHARD Christoph (dir.), *Droit, gouvernance et développement durable*, Paris, Karthala, 2005, p. 85,



ladite maîtrise. Celle-ci n'étant pas un bien mais une ressource vitale, elle ne peut être aliénée. La maîtrise foncière exprime alors une idée d'emprise légitime sur le foncier et subséquemment une responsabilité de gestion. Elle est en effet définie comme « *l'exercice d'un pouvoir et d'une puissance donnant une responsabilité particulière à celui qui, par un acte d'affectation de l'espace, a réservé, plus ou moins exclusivement ou absolument cet espace* »⁷². Il s'ensuit que la maîtrise foncière est une prérogative qui procède d'une légitimité qui explique que ce soient les groupes descendants du premier occupant de la terre qui l'exercent.

La maîtrise foncière commune se veut ainsi un moyen de sauvegarder un patrimoine collectif dans l'intérêt du groupe. Une analyse plus fine de cette fonction est qu'il s'agit d'une méthode endogène de pourvoir aux besoins des membres du groupe et ainsi de garantir la disponibilité continue des moyens d'existence. Autrement, une appropriation privative sous-entend le droit d'exclure d'autres usagers des ressources foncières et d'aliéner son bien alors même que la maîtrise commune garantit la reproduction sociale du groupe. En sus, cette forme d'appropriation et de gestion foncière postule une gestion rationnelle des ressources foncières au regard des enjeux fonciers communs au groupe. Dans sa consistance, la maîtrise foncière telle que pensée et mise en œuvre dans la société traditionnelle africaine prend en compte les idées d'inclusion, de partage, de solidarité. Assurément, tout membre du groupe social, indépendamment de sa fonction⁷³, est assuré d'avoir accès à la terre ou aux ressources qui y sont produites. Ainsi, l'idée de protection des populations pauvres s'épanouit mieux dans ce contexte d'inclusion, de partage et de solidarité. Qui plus est, dans la cosmogonie africaine la terre a pour propriété de servir de base nourricière pour l'homme et cela exclut un rapport exclusivement juridique avec elle. On a alors pu faire observer que la terre est plus qu'un bien en ce qu'« *elle occupe dans bien des panthéons locaux une place spéciale. Elle n'est pas considérée dans sa simple matérialité, car pour beaucoup de sociétés ouest-africaines, elle est moins ce qu'elle représente que ce qu'elle suggère aux Hommes (...) Ceux-ci sollicitent d'elle plus qu'ils ne lui arrachent l'essentiel de leur subsistance. Il s'ensuit que les rapports entre l'Homme et la terre ne peuvent être uniquement juridiques* »⁷⁴. Le rapport à la terre est ainsi et aussi extra juridique et les droits fonciers traditionnels, quand bien même issus du système

⁷² Étienne LE ROY, « L'apport des chercheurs du LAJP à la gestion patrimoniale », texte paru dans *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 23, juillet 1998, pp. 29-57.

⁷³ Michel ALLIOT, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 7-8, 1985, pp. 79 à 100. Pour la société traditionnelle africaine, « (...) *l'univers est un ensemble de fonctions qui déterminent des êtres. C'est le cas des fonctions familiales et sociales qui déterminent le statut des individus* ».

⁷⁴ Guy-Adjété KOUASSIGAN, *L'homme et la terre, contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris, Berger Levrault, 1966, p. 11.



juridique local, devraient subséquemment refléter un rapport idéal de ses titulaires à celle-ci. Ce type de rapport se rapporte à la sacralité mais aussi à l'humanisme. A cet égard, les droits fonciers traditionnels font l'objet d'une circulation au sein et en dehors du groupe, assurément, pour que les différents titulaires puissent bénéficier des ressources que procure la terre.

2. La circulation des droits fonciers

Pour autant que ce soit une gestion de type communautaire du foncier qui prime dans les sociétés traditionnelles africaines, des droits individuels sont reconnus aux usagers. Les droits collectifs sur la terre axés sur le régime des maîtrises foncières communes n'excluent pas que d'autres types de droits coexistent. Cette coexistence de droits fonciers est organisée dans le cadre de la gestion collective. C'est dire que la maîtrise collective se veut le principe d'appropriation et de gestion foncières, admettant alors des exceptions⁷⁵ qui permettent à l'individu de jouir de la possession de la terre. Ces exceptions concernent les droits individuels reconnus à des individus sans que ces derniers ne puissent toutefois se prévaloir de droits exclusifs à l'image du droit de propriété. Ces prérogatives individuelles sont tributaires des droits collectifs et n'obéissent pas à une logique institutionnelle qui supposerait leur obtention directe⁷⁶ par leurs titulaires. A titre illustratif, bien souvent, en plus des champs communs pourvoyeurs des ressources du groupe, d'autres espaces sont mis à la disposition de certains membres dudit groupe, en raison de leurs fonctions familiales ou sociales, pour la production de ressources complémentaires. Il en est ainsi des épouses du groupe qui disposent d'espaces pour la production de denrées nécessaires à la consommation familiale. Il en est de même pour les jeunes hommes ayant quitté le célibat qui peuvent se voir octroyer un lopin de terre pour des activités propres. En tous les cas, ces espaces ne sauraient être dissociés du patrimoine foncier commun du groupe. Qui plus est, leurs utilisateurs n'y exercent leurs activités qu'après avoir contribué aux travaux communs sur le champ collectif qu'administre le chef du groupe. Il en est ainsi chez les *Nuni* du Burkina Faso où le constat est fait que « (...) *toute la famille travaille sur le champ familial dans la matinée ; la soirée étant réservée aux membres de la famille, y compris les femmes, possédant des champs individuels sans toutefois être maîtres de la terre* »⁷⁷. Il s'agit ici d'une circulation de droits fonciers au sein du groupe social et cela

⁷⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁷⁶ Michel MERLET, « Différents régimes d'accès à la terre dans le monde : Le cas de l'Amérique latine », *Mondes en développement*, 2010/3 n° 151, 2010. p.35-50. Disponible sur CAIRN.INFO, shs.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2010-3-page-35?lang=fr. Les régimes d'accès à la terre tendent à privilégier les mécanismes modernes comme l'immatriculation et partant la propriété et les marchés fonciers dans le contexte de l'acquisition ou la location à grande échelle de terre.

⁷⁷ Mamoudou BIRBA, *Droits fonciers et biodiversité au Burkina Faso : le cas de la province de la Sissili*, op. cit., p. 187.



procède non seulement d'une responsabilisation des titulaires de droits mais aussi d'une équité au regard de leurs fonctions d'épouses pourvoyeuses de ressources ou d'époux ayant des charges sociales désormais plus importantes.

La circulation des droits fonciers implique aussi les membres extérieurs au groupe. Cette modalité d'acquisition de droits concerne généralement des migrants en quête de terres arables ou d'autres ressources foncières comme le pâturage. Cette forme de circulation de droits se veut particulière relativement aux droits d'usages, parfois très ponctuels, en ce qu'elle suppose l'installation durable de membres extérieurs au groupe sur le patrimoine commun à l'image du bail emphytéotique en droit moderne. A cet égard, on a pu arguer d'une « *surévaluation de la dimension de la famille en matière foncière* »⁷⁸ pour signifier que la maîtrise collective répondait à « *un type d'économie bien déterminé* »⁷⁹ sans être exclusive. D'ailleurs, on fait observer qu'il convient de relativiser⁸⁰ le caractère inaliénable de la terre en ce qu'il faut distinguer « *la terre sacrée de ses apparences matérielles, les terres objets de droits* »⁸¹. Sur ces terres objets de droit « *s'applique le principe d'exo-intransmissibilité [signifiant qu'on] peut prêter ou louer la terre à des étrangers au lignage, mais non la céder à titre définitif* »⁸². In fine, les exceptions au principe de maîtrise foncière commune emportent l'idée qu'une régulation juridique excluant toute indépendance est à l'œuvre dans les droits traditionnels. L'intérêt est de sauvegarder le patrimoine commun, réguler les modes d'accès et d'exploitation dans un objectif de rationalité et subséquemment de disponibilité permanente pour tous. Sous cette considération la protection des personnes en situation de précarité se retrouve être prise en compte dans cet objectif social. C'est là une fonction des droits fonciers traditionnels tout comme la durabilité des ressources l'est aussi.

B. Les fonctions de durabilité

Les fonctions de durabilité que revêtent les droits fonciers sont tributaires du sens de la terre dans la société traditionnelle africaine. Celle-ci étant une ressource vitale avec laquelle le

⁷⁸ Mohamadou BA, « L'inaliénabilité de la terre en droit coutumier africain », *Revue Afrilex*, Janvier 2024, pp. 19 à 20. Disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux.fr/>

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Caroline PLANÇON, « Droit, foncier et développement : les enjeux de la notion de propriété étude de cas au Sénégal », *Revue Tiers Monde*, 2009, 2009/4 n° 200, p.842. Disponible sur CAIRN.INFO, shs.cairn.info/revue-tiers-monde-2009-4-page-837?lang=fr.

⁸¹ Alain ROCHEGUDE, *Le droit de la terre au Mali. Un aspect juridique du développement économique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 1976, 2 t., pp. 1-100. Cité par Caroline PLANÇON, « Droit, foncier et développement : les enjeux de la notion de propriété étude de cas au Sénégal », op. cit., p. 842.

⁸² Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 256. Cité par Caroline PLANÇON, « Droit, foncier et développement : les enjeux de la notion de propriété étude de cas au Sénégal », op. cit., p. 843.



rapport n'est ni marchand ni exclusivement juridique, elle suggère des modes d'accès non onéreux. L'acquisition des droits fonciers est alors basée sur les principes d'équité (1) et de solidarité (2) dans une perspective de maintien de la ressource et incidemment de reproduction du groupe sociale.

1. Un principe d'équité

On part du postulat que les droits fonciers traditionnels n'ont pas une logique développementaliste compte tenu de la symbolisation de la terre comme ressource sacrée⁸³ mise à la disposition de l'homme pour vivre. Cette dernière ne fait pas l'objet d'un échange marchand dans la mesure où une telle approche exclurait certaines catégories de personnes, notamment les plus pauvres, de la jouissance d'un patrimoine naturel. C'est donc dire que la régulation juridique du foncier intègre des considérations humanistes. L'idée qui sous-tend alors l'accès à la terre suggère que celui-ci soit fondé sur un principe d'équité. En effet, si on admet que des droits exclusifs sont appliqués sur la terre en raison de la fonction sociale de leurs titulaires, cette conception juridique n'exclut pas que d'autres formes d'usage qu'on pourrait qualifier d'utilités⁸⁴ soient exercées. Les utilités en droit traditionnel s'opposent aussi au droit de propriété et se rapportent à des formes de rapports à la terre comme cueillir, cultiver, couper, pâturer, pêcher⁸⁵. Il s'agit alors d'objets de droits incorporels qui se veulent des prérogatives⁸⁶ reconnues à d'autres acteurs. Les utilités ne concernent donc pas la terre elle-même, mais s'inscrivent dans une logique de partage des ressources d'une manière équitable entre les différents acteurs. L'équité se rapporte ici à l'accès aux différentes ressources foncières selon les besoins propres à chaque utilisateur. Une constante est en effet que « *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*

⁸³ Guy-Adjété KOUASSIGAN, *L'homme et la terre, contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, op. cit., p. 2.

⁸⁴ Olivier BARRIERE, « Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable : prospective d'un "droit de la coviabilité" des systèmes sociaux et écologiques », in Victor DAVID (ed.), *Le développement durable en Océanie : vers une éthique nouvelle ?*, Aix-en-Provence, PUP, PUAM, 2015, pp. 215 ss.

⁸⁵ Olivier BARRIERE, « Du droit des biens au droit des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes », in Alexandra LANGLAIS, *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quelques questionnements juridiques ?*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2019, p. 124.

⁸⁶ *Ibid.*



accumulation individuelle »⁸⁷. C'est dire que les droits fonciers divers peuvent être exercés simultanément de sorte que chaque acteur puisse pourvoir à ses propres besoins.

Sur l'exercice simultané des divers droits fonciers, il convient de faire observer que dans les sociétés traditionnelles africaines, les droits sur la terre et sur les ressources qu'elle supporte sont dissociés, ce qui explique l'existence de divers pouvoirs traditionnels chargés chacun de réguler les droits sur des ressources spécifiques⁸⁸. Il en est ainsi du chef de la brousse, du chef des eaux qui se distinguent, tous deux, du chef de terre. Toutefois, la terre étant le substrat naturel qui supporte les autres ressources, son attractivité est déterminée par son potentiel environnemental, agricole, pastoral, hydrique. Cette dualité juridique sur le foncier explique que dans certaines sociétés, des types d'activités comme la cueillette du karité et du néré ne soient reconnues qu'aux femmes indépendamment du lieu de situation des arbres. De même, il est interdit aux membres extérieurs au groupe de planter des arbres qui tradiraient une intention de délimitation et d'appropriation privative de la terre⁸⁹. Il s'agit ici d'autant de considérations qui démontrent que les droits fonciers sont accordés suivant une approche de durabilité des ressources. Le partage équitable en vue de satisfaire les besoins divers est assurément un gage de durabilité des ressources foncières. A titre de comparaison, c'est une équité dans le partage des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques⁹⁰ que promeut la convention sur la diversité biologique adoptée le 5 juin 1992 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement. Ainsi, l'objectif poursuivi par la régulation juridique endogène du foncier est d'inclure tous les potentiels acteurs, y compris les populations vulnérables, au bénéfice des avantages de la nature. L'équité est, par ailleurs, profitable aux populations ne disposant pas suffisamment de ressources et dont la situation est désavantageuse au plan social et économique. C'est, en cela que la solidarité se veut aussi un principe irriguant les droits fonciers traditionnels.

2. Un principe de solidarité

La philosophie de la gestion durable des ressources postule également un principe de solidarité dans l'accès aux ressources foncières. Le principe de solidarité s'imbrique d'ailleurs à celui de l'équité pour une meilleure protection des populations pauvres compte tenu de ce que l'idée

⁸⁷ Hubert OUEDRAOGO, « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », *op. cit.*, p. 70.

⁸⁸ Mamoudou BIRBA, *Droits fonciers et biodiversité au Burkina Faso : le cas de la province de la Sissili*, *op. cit.*, p. 386.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁰ Article 1 relatif aux objectifs de la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992.



d'équité suppose aussi un partage avec autrui non pas sur des bases exclusivement juridiques mais aussi solidaires. Les droits fonciers traditionnels intègrent ainsi une dimension solidariste dans la mesure où la terre demeure la principale base pourvoyeuse de ressources dans les sociétés traditionnelles africaines majoritairement agraires. La solidarité se manifeste ici, aussi bien entre membres du même groupe qu'avec des personnes étrangères en ce que « *la solidarité intra ou intercommunautaire était une des vertus, un des piliers du fonctionnement des sociétés traditionnelles africaines et de leur conception de l'existence de l'Homme en société* »⁹¹. A l'égard des personnes étrangères au groupe, dans la cosmogonie des sociétés traditionnelles africaines, la solidarité s'apparente à une œuvre de charité. Bien souvent les migrants en quête de terre ou de pâturage sont mus par le besoin de combler une absence de ressources vitales vécue dans leurs lieux de provenance. « *L'être humain est un remède pour son semblable* »⁹² dit-on chez les *Nuni* du Burkina Faso pour traduire le devoir d'assistance que cette communauté entend exercer vis-à-vis de l'étranger.

Pour ce qui est de la solidarité entre membres du même groupe social, la terre reste un élément structurant le lien social et l'assistance aux plus démunies du groupe se traduit par la garantie pour ceux-ci de ne pas en être exclus. C'est ainsi que dans la société traditionnelle « *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)* »⁹³. La primauté du groupe étant de mise, la sanction nécessitant une exclusion du groupe est prononcée sans appel par le chef⁹⁴ pour traduire la gravité de la faute commise mais aussi la déchéance que cela implique. Il s'agit ici d'une déchéance de droit, en l'occurrence celui d'accéder au patrimoine commun pour bénéficier de ses avantages. Ainsi, la terre se veut le socle de la solidarité sociale dans la société traditionnelle africaine. Aussi, les droits fonciers qui en régulent l'accès sont un moyen de mise en œuvre de ladite solidarité. On comprend, par ailleurs, que la solidarité soit un attribut de la gestion durable de la terre dans le double objectif de pérenniser le potentiel des ressources vitales et de garantir leur disponibilité pour tous. Il y'a alors un alliage entre le rapport juridique à la terre avec des rapports d'ordres moraux ou religieux. La dimension morale et religieuse du

⁹¹ Albert TEVOEDJRE, « L'Etat moderne africain et l'organisation de la solidarité », in *L'Etat moderne horizon 2000. Aspects internes et externes*, Mélanges offerts à Pierre-François GONIDEC, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 529-535. Cité par Abdoulaye SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, op. cit., p. 405.

⁹² Mamoudou BIRBA, *Droits fonciers et biodiversité au Burkina Faso : le cas de la province de la Sissili*, op. cit., p. 104.

⁹³ Hubert OUEDRAOGO, « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », op. cit., p. 70.

⁹⁴ Roland SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, 2003, 2^{ème} édition, p. 173.



rapport à la terre confère aux droits fonciers une fonction de garantie de la dignité humaine en ce qu'on fait de la solidarité avec autrui un devoir en ne lui refusant pas d'exercer des droits sur la terre. L'idée de solidarité sur fond d'accès de tous au foncier coïncide avec la nécessité de protéger les populations pauvres ou en situation de précarité. Leur inclusion dans le partage des avantages est ainsi une alternative à leur situation de pauvreté et de précarité. Du reste, la troisième génération des droits de l'homme qui regroupe « *le droit au développement, le droit à la paix, le droit à un environnement sain et écologiquement équilibré, le droit de propriété sur le patrimoine commun de l'humanité et le droit à l'assistance humanitaire* »⁹⁵ correspond à ces fonctions de protection des populations pauvres et fragiles contenues dans les droits fonciers traditionnels.

A l'analyse, la solidarité ajoutée à l'équité sont des attributs d'un développement durable. Le développement durable, outre l'utilisation des ressources d'une manière à garantir leur potentiel pour les générations futures⁹⁶, signifie pour les populations locales la garantie d'une reproduction sociale. En effet, les rapports culturels et idéels au foncier requièrent que la ressource soit préservée dans le double objectif de la disponibilité des moyens de subsistance et de l'exercice des activités religieuses et culturelles. Par ailleurs, la gestion rationnelle du foncier que postule le mode de gestion traditionnel témoigne d'une dynamique de gouvernance foncière qui coïncide avec les objectifs de respect de la dignité humaine d'une manière permanente aussi longtemps que la ressource foncière est disponible et contrôlée.

Conclusion

L'analyse de la protection juridique de l'inclusion sociale des personnes et populations en situation de pauvreté à partir des droits fonciers traditionnels fait ressortir une constante. La substance et la symbolique de ces droits coïncident avec les valeurs d'humanité qu'incarne la protection des droits de l'homme au plan universel. Il y'a alors une corrélation entre les droits fonciers traditionnels et les exigences de protection des droits de l'homme, notamment dans leurs aspects concernant la dignité humaine. Ils font, en effet, écho aux idées d'inclusion, de solidarité et d'assistance que suggèrent les mécanismes de protection des droits de l'homme en ce que d'un point de vue éthique, de part et d'autre, les droits dont il est question renvoient à

⁹⁵ Karel VSAK, « révisiter la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification », *Liber Amicorum Hector Gros Espiell*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1649-1679. Cité par HENNEBEL Ludovic, « Typologies et hiérarchie(s) des droits de l'Homme » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, op. cit., p. 426.

⁹⁶ CMED (Commission Mondiale pour l'Environnement et le Développement), *Notre avenir à tous* (Rapport Brundtland, 1987), Montréal, Édition du Fleuve, 1989, p. 14.



l'identité universelle de la personne humaine⁹⁷. D'une manière plus spécifique, les droits fonciers traditionnels constituent un rempart contre la vulnérabilité des personnes et populations démunies à divers égards.

Tels que construits dans les sociétés traditionnelles africaines, les droits fonciers s'érigent comme des vecteurs de protection des populations vulnérables. Ces dernières se caractérisent par une absence de moyens matériels pour répondre aux exigences de la vie en société ou de faire face à des situations périlleuses comme la faim, les maladies et les catastrophes naturelles. Les droits fonciers postulent un type de rapport spécifique à la terre qui permet de prendre en compte lesdites populations. En effet, leurs fondements idéologiques sont des axiomes d'une exigence morale à inclure les personnes défavorisées dans les processus de développement social. Cela s'entend aussi du partage des ressources naturelles en ce qu'en intégrant une perspective idéale, lesdites ressources ne sont pas des créations humaines et leur accès par tous devrait être évidente. Les droits sur les ressources foncières se sont formés au fil de l'histoire du fondement des sociétés traditionnelles et les mythes qui l'accompagnent. Si les premiers occupants de la terre détiennent des droits exclusifs dont héritent leurs descendances, l'adhésion populaire à l'idée d'une acceptation divine de ceux-ci sur la terre contribue à légitimer lesdits droits. Ces droits ont alors un fondement idéologique qui postule qu'ils doivent être des moyens de prévention de la vulnérabilité. A ces fondements idéologiques s'ajoutent des fondements juridiques. Ceux-ci font état de droits fonciers fondés sur une approche de jusnaturalisme et qui s'émancipent d'un ordre institutionnel qui les enfermerait dans un modèle d'individualisation⁹⁸ des droits fonciers. Les droits fonciers sont ici d'ordre naturel, préexistants à l'homme qui ne devrait pas alors les inscrire dans un rapport marchand, la terre n'étant pas un bien. La terre est le principal attribut de la vie et les rapports immatériels⁹⁹ qu'on entretient avec elle sont encadrés dans des considérations magico-religieuses¹⁰⁰. Dès lors, on sort des caractéristiques classiques du droit comme sa portée générale et impersonnelle pour intégrer un droit de modèle négocié. Ce modèle correspond à un droit africain plutôt flexible¹⁰¹, emportant sa mise en sourdine au besoin, pour prendre en compte des situations non prévues comme l'assistance aux

⁹⁷ Pierre Marie DUPUY et Yann KERBAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, 14^{ème} édition, p. 291.

⁹⁸ L'individualisation se rapporte à la détention d'un droit réel sur la terre. Elle coïncide le régime de propriété où des procédés comme l'immatriculation foncière permettent de constituer des droits individuels sur la terre.

⁹⁹ Bruno LATOUR, Sommes-nous postmodernes ? Non, amodernes ! Etapes vers une anthropologie de la science, in Robin HORTON *et al.*, *La pensée métisse : croyances africaines et rationalité occidentale en questions*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, pp. 91-115.

¹⁰⁰ Philippe LAVIGNE DELVILLE, « Comment articuler législation nationale et droits fonciers locaux : expériences en Afrique de l'ouest francophone », *op. cit.*, p. 1.

¹⁰¹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001, 10^{ème} éd., p. 107.



populations démunies et indigentes. Qui plus est, ces fondements juridiques garantissent une sécurité juridique¹⁰² de l'accès à la terre en ce que ce sont des institutions légitimes qui régulent cet accès.

La garantie des droits fonciers traditionnels comme moyens de protection juridique des populations en situation de pauvreté se rapporte aussi à leurs fonctions. Lesdites fonctions se veulent sociales et postulent ainsi des objectifs d'inclusion et d'assistance. Le fond idéologique qui se rattache alors aux droits fonciers est que ceux-ci poursuivent un objectif de rationalité d'une manière à ce que la ressource soit permanemment disponible et accessible à tous, y compris les personnes les plus défavorisées. Pour ce faire le principe de gouvernance foncière est basé sur une appropriation collective de la terre que signifie la notion de maîtrise foncière commune. Dans cette approche de gestion foncière, l'inclusion sociale est de mise dans la mesure où toute personne membre du groupe est à priori bénéficiaire des avantages qui y sont susceptibles d'être tirés. Qui plus est, la logique qui sous-tend aussi les maîtrises foncières communes est que les droits fonciers peuvent faire l'objet de circulation aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieure du groupe. L'accès à la terre et les droits d'usages sont ainsi contrôlés d'une manière à éviter les appropriations privatives, voire les accaparements de terre¹⁰³. Sous cette considération, les droits fonciers ont aussi une fonction de durabilité compte tenu de ce que celle-ci est un rempart à la perte ou à la diminution des ressources. C'est pour cela que cet objectif de durabilité suggère un usage équitable et solidaire des ressources foncières.

En définitive les droits fonciers tels que construits dans la société traditionnelle africaine sont sous-tendu par un fond de protection de droits fondamentaux comme la vie, l'alimentation, la dignité humaine. Leur base idéologique se veut alors humaniste compte tenu de ce que la protection des populations et personnes démunies est de mise dans leur manifestation. A cet égard, la coïncidence des droits originellement africains avec les mécanismes universels des droits de l'homme pourrait être mieux affirmée.

¹⁰² Philippe LAVIGNE DELVILLE, « Qu'est-ce que la sécurité foncière et comment la renforcer ? », *Comité technique foncier et développement*, juillet 2017, p. 1.

¹⁰³ Michel MERLET, « Les accaparements de terres dans le monde : une menace pour tous », *Revue Pour*, 2013/4 n° 220, 2013, p.95. Disponible sur CAIRN.INFO, shs.cairn.info/revue-pour-2013-4-page-95?lang=fr.. L'expression accaparement des terres a été usitée dans le cadre de la crise des prix alimentaires en 2008, de nouveaux acteurs, autres que les agropasteurs du monde rural, s'étant intéressés à la terre pour y effectuer d'importants investissements. Le comité technique « Foncier et développement » décrit l'appareillement des terres comme une appropriation et une concentration des terres aux mains des nouveaux acteurs.