

Mouhamadou Ba

L'inalienabilité de la terre en droit coutumier africain¹

The inalienability of the land in African customary law

SOMMAIRE: 1. Introduction - 2. La nature divine de la terre - 3. Le caractère collectif de l'appropriation de la terre - 4. Conclusion.

ABSTRACT: African customary law studied by scholars is reduced to a certain number of principles, including the inalienability of land, which is reductive for some and a mark of originality for others. But has enough thought been given to the real reasons behind this principle? For the sacredness, long advanced as a foundation, has turned out to be a transcendent reality rather than an immanent one, as the doctrine had perceived. As for collectivism, its conception is a manifest error due to an overestimation of the individual's subjection to the group, the person of the land chief and, above all, the ignorance of the African family's contours. This has given rise to theories, each more extravagant than the last, such as extremely extended families that absorb sons, slaves and clients, or village families without distinction between social and legal dimensions.

KEYWORDS: Collectivity, Custom, Family, Inalienable, Sacred.

¹ Cet essai s'inscrit dans le cadre d'une collaboration entre l'Université de Bologne (prof. Marco Cavina) et l'Université de Dakar FSJP-UCAD (prof. Samba Thiam).

1. Introduction

Il paraît aberrant de parler de droit de propriété foncière négro-africaine avant la colonisation européenne, qui aurait importé la notion pour l'acclimater sur le sol des colonies². L'inaliénabilité de la terre en droit coutumier africain semble s'y opposer³.

L'Afrique noire située au Sud du Sahara couvre, certes, une région très vaste⁴ marquée par une diversité des regroupements humains, des structures étatiques, des particularités culturelles et ethniques affichées, des différences de trajectoires historiques desquels résultent des institutions politiques et juridiques variées. Cela dit, plusieurs auteurs ont pourtant mené des études générales considérables sur « des lois et coutumes des peuples polyglottes habitant le vaste continent africain⁵ ».

Ces efforts d'analyse doctrinale ont abouti à la théorie du droit coutumier africain et malgache. Etant une famille juridique plus ou moins autonome, ses lettres de noblesse en droit comparé se traduisent ainsi :

Les droits de l'Afrique comportent une similitude suffisante touchant la procédure, les principes, les institutions et les techniques pour qu'il soit possible d'en rendre compte de manière globale ; on peut considérer qu'ils constituent une famille bien qu'on en puisse découvrir aucun ancêtre qui leur soit commun⁶.

Dès lors, le droit coutumier africain, malgré ses fortunes diverses⁷, peut être

² E. C. Gianola, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit : Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte d'Ivoire, le Ghana et le Mali)*, Paris 2000, p. 29.

³ R. Doublier, *La propriété foncière en AOF, Régime en droit privé*, Saint-Louis 1952, p. 9.

⁴ Cette région qui compte quarante-huit (48) Etats à l'époque moderne peut être divisée en trois zones : l'Afrique occidentale, l'Afrique centrale et australe et l'Afrique, la corne de l'Afrique et l'Afrique orientale. Cf. M. Badji, *Introduction historique à l'étude des institutions publiques et privées de l'Afrique au sud du Sahara (VIIIe-XXe siècle)*, Aix-Marseille 2012, p. 19 ss.

⁵ T. E. Olowale, *La nature du droit coutumier africain*, Paris 1962, p. 9.

⁶ Citation de A.N. Allot, *African Law*, in J.D.M. Derrett (éd.), *An Introduction to legal systems*, Londres, 1968, p. 131 repris de *Les grands systèmes de droit contemporains*, R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, Paris 2016¹², p. 483.

⁷ « Il est tantôt droit traditionnel, tantôt coutumes, tantôt droit local ». Cf. S. Traore, *Droit coutumier et coutume, Réflexion sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (quelques exemples de concepts tirés du droit soninke du Gajaaag-Sénégal)*, in *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. 47.

défini comme un ensemble de règles non écrites dégagées depuis des temps immémoriaux (en référence aux ancêtres) et qui ont pour vocation de régir la vie en société⁸.

S'agissant, en particulier de la terre, contrairement à la conception européenne reconnaissant à l'individu les prérogatives d'user, de jouir et d'aliéner la chose foncière, son appropriation en Afrique poserait des rapports juridiques collectifs de groupe à groupe. La terre qui est considérée dans le droit occidental comme un objet de propriété serait pour les africains, selon Guy A. Kouassigan, un bien sacré dans lequel « réside cette chaleur émotionnelle qui donne vie aux choses »⁹.

Sur la base de ces considérations, la doctrine coloniale élaborera, à ses débuts, une théorie de l'inaliénabilité des terres à propos de laquelle Emile Le Roy parlait de « mythe du référent colonial »¹⁰. Les auteurs africanistes et même africains ont repris avec fermeté ce principe pour lui donner des conséquences absolues et définitives sur la conception du droit de la terre¹¹. C'est dire que l'inaliénabilité ne signifie pas que le droit coutumier ignore la prérogative reconnue à son titulaire d'user de la terre d'en jouir pleinement les fruits d'une manière exclusive. Mais qu'à cause de ses fondements, il serait impossible d'en disposer à titre gratuit encore moins à titre onéreux. Elle est, en effet, insusceptible d'être aliénée ni individuellement et même pas collectivement et ce, de façon définitive et irrévocable. C'est la propriété qui s'en trouve, d'ailleurs, niée juridiquement¹².

Or s'il est constant que la terre ne fait pas l'objet d'échange marchand en droit coutumier, ce n'est certainement pas à cause des raisons invoquées. Le caractère sacré avancé suppose que la terre est prise comme une divinité à part entière, ce qui relève, pour nous, de l'ignorance du symbolisme au sein des croyances africaines. Elle serait également sous une sorte d'indivision juridique eu égard à son mode d'appropriation collective ignorant les contours de la dimension juridique de la famille africaine. C'est fort de ces considérations que nous posons la question de savoir quelle sont les véritables raisons qui justifient

⁸ Sur l'unité du droit africain Cf. M. Badji, *op. cit.* p. 209.

⁹ G. A. Kouassigan, *L'homme et la terre, Droit fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris 1966, p. 9.

¹⁰ E. Le Roy, *Caractère des droits fonciers coutumiers*, in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 5, Droit des biens, Abidjan 1982, p. 42.

¹¹ *Idem*, p. 79.

¹² Tandis que nombreux peuvent être les restrictions au pouvoir de disposition sans que la propriété ne s'en trouve annihilée. Cf. , *Droit civil : les biens*, F. Terre, F. Simler, Paris 2010⁸ , p. 132 ss.

L'inaliénabilité de la terre en droit coutumier africain ?

Cette question s'impose d'autant plus que des circonstances de fait liées à la politique coloniale, dans l'espace francophone tout au moins, ont favorisé l'assimilation des droits africains sur la terre au droit de propriété collective sans que les fondements indiqués ne constituent un obstacle majeur¹³. Ce qui a fait qu'à un moment donné, cette forme de propriété a été reconnue dans le cadre de la politique française d'immatriculation¹⁴. Qui plus est, ceux-ci ont été, à notre avis, louvoyés dans le sens de leur faire jouer un rôle de légitimation de la stratégie coloniale française de spoliation des terres africaines perpétrée jusqu'au-delà des indépendances.¹⁵

Par ailleurs, si les auteurs post-indépendances ont eu du mal à définir la nature du droit coutumier africain en général et la particularité du droit foncier coutumier ou traditionnel, l'impossibilité de disposer de la terre est au cœur de ces difficultés. Evidemment en se basant sur la théorie coloniale, il est quasi impossible d'en éviter les conséquences rétrogrades, primitives et contraires au développement¹⁶. C'est pourquoi conscient de cela, S. Traore a suggéré, parlant du droit coutumier et de la coutume, une nouvelle façon de concevoir quelques concepts qui doit être le nouveau langage du juriste des institutions traditionnelles africains.¹⁷ Notre modeste contribution abonde dans le même sens en abordant le caractère sacré et collectiviste fondement de l'inaliénabilité de la terre en droit coutumier.

Et l'intérêt pratique d'une telle étude serait de démontrer que si l'inaliénabilité est reconnue en droit coutumier, elle n'est pas insurmontable pour nos sociétés africaines modernes¹⁸. Elle participait d'un modèle marqué par une économie de subsistance plus ou moins autarcique qui n'était pas favorable au fait de livrer la terre à la tyrannie du propriétaire individuel¹⁹.

¹³ Cf. M. BA, *La gestion de la terre au Sénégal depuis le XV^eème siècle : analyse juridiques et historique*, Thèse de doctorat soutenue le 20 février 2020, FSJP-UCAD, p. 283.

¹⁴ Cf. les articles 83 et 84 du décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique Occidentale Française, J. O./A.O.F. 1933, p. 426.

¹⁵ Voir l'exposé des motifs de la loi sénégalaise n°64-46 du 17 juin 1964 relative au Domaine National, JORS n°3692 du 11 Juillet 1964. p. 905 ss.

¹⁶ A. François, *Le concept de développement : la fin d'un mythe*, in *L'information géographique*. Vol. 67, 2003, 4, p. 325 ss.

¹⁷ Cf. S. Traore, *Droit coutumier et coutume : Réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africains (quelques exemples de concepts tirés du droit soninké du Gajaaga-Sénégal)*, op. cit. p. 47 ss.

¹⁸ Cf. F. Terre, F. Simler, *ibid.*

¹⁹ Cf. M. Bachelet, *Titulaires de droits fonciers coutumiers*, in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, t.5, op. cit., pp. 62-63.

D'ailleurs, « Dans une communauté qui vit de l'agriculture, le droit à la terre est à la fois une nécessité et une évidence : exclure un paysan de la terre, c'est le condamner à la mort. L'essentiel est donc de cultiver la terre et non de la " posséder " »²⁰. Or les législateurs africains modernes confrontés à un contexte économique libérale, au lieu de replacer la terre coutumière dans une logique marchande et booster ainsi sa productivité, ont préféré l'immobiliser selon des modalités variées et au nom d'un prétendu respect dû à l'héritage des ancêtres²¹ se révélant, au fil du temps, « bien mince et parfois inexistant »²². C'est le cas de la Guinée, du Burundi, du Cameroun, du Togo qui ont choisi de l'incorporer purement et simplement dans le domaine de l'Etat ; de la Mauritanie et du Gabon dans la catégorie des terres réputées vacants et sans maître ; du Sénégal²³ dans un prétendu domaine national qui n'est qu'un leurre pour viser le domaine de l'Etat²⁴. Ce qui rendu possible une telle spoliation c'est l'inaliénabilité de la terre en droit coutumier africain dans ses fondements actuels.

Par considération de ce qui précède et qui est à la base de l'impossibilité de disposer de la terre, proposons de voir sa nature divine (2) et la portée collective son appropriation (3).

2. *La nature divine de la terre*

Que la terre soit frappée de sacralité dans les cultures négro-africaines, cela ne fait l'objet d'aucun doute. Tous les auteurs sur le thème se sont accordés à dire que l'africain est religieux, si ce n'est superstitieux, jusqu'à la moelle des os²⁵. Aucun pan ni secteur de sa vie n'y ont échappé : de la royauté²⁶ à l'indigence, des humains aux animaux et même des choses. Tout se passait

²⁰ Cf. E. Le Bris, *Le statut du foncier dans les études de terroirs menées par les géographes en Afrique de l'ouest*, in *Enjeux fonciers en Afrique noire*, Paris 1982, p. 67.

²¹ Cf. le discours du Président de la République du Sénégal L. S. Senghor le 1^{er} Mai 1964. Voir B. Moleur, *Le droit de propriété sur le sol sénégalais : analyse historique du XII^{ème} siècle à l'indépendance*, thèse de doctorat d'Etat, FSJP-Université de Dijon, Vol. I, 1978, p. 1. ; M. Debene, *Un seul droit pour deux rêves*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, 1986, I, p. 59.

²² Cf. K. Mbaye, *L'expérience sénégalaise de la réforme du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, 1970, I, p. 38.

²³ Cf. *Les nouveaux régimes fonciers*, P-G Pougoue, M. Bachelet, in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 5, *op. cit.* pp. 251-252.

²⁴ Cf. BA, *op. cit.* p. 15 ss.

²⁵ Cf. M. Tamba, *Histoire et sociologie des religions au Sénégal*, Paris 2006, p. 15.

²⁶ Sur les aspects de la sacralité dans le domaine politique voir M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai sur les fondements du constitutionalisme dans les Etats d'Afrique Noire francophones*, Paris 1987, p. 69 ss.

comme si le sacré est la sève nourricière de l'arbre de la vie de l'africain ou la partie visible d'un iceberg enfoui dans les profondeurs de l'âme négro-africain.

L'étude de cet aspect a d'abord été l'apanage d'autres 'spécialistes' que sont les missionnaires, les anthropologues, les ethnologues et les sociologues avant d'être reprise par les administrateurs coloniaux et les juristes. Mais appliquée à la terre, elle pose que celle-ci n'est pas considérée comme un bien ordinaire. Elle serait une divinité en tant que telle insusceptible d'une appropriation : c'est ce que nous appelons une conception immanente de la sacralité de la terre (2.1). Alors que l'analyse de la sacralité de la terre, telle que cela résulte des croyances, montre plutôt une réalité transcendante de celle-ci (2.2).

2.1. Une conception immanente de la sacralité de la terre

Selon cette conception, ce qui fait de la terre un bien sacré c'est qu'elle est dotée d'une certaine vie. Elle ne serait pas, pour les africains, un simple bien matériel et corporel banal, mais plutôt un être mystique et mystérieux dont la sacralité occupe une place de choix dans la cosmogonie des peuples et à qui un certain culte doit être rendu conformément à la religion des négro-africains. C'est dans ce sens d'ailleurs qu'il faut la comprendre lorsqu'on la qualifie de 'mère nourricière'.

L'ouvrage du R. P. Tempels²⁷ n'est certainement pas étranger à cette conception. Car c'est le premier à avoir posé que le fondement de toute la pensée bantoue (et africaine par voie de conséquence) serait la notion de force vitale qui est une énergie habitant tout être : personne, animal ou chose et à des degrés variables²⁸. Dès lors, toutes les relations dans ce bas monde dépendraient de la plus ou moins forte intensité de cette force²⁹. Le pouvoir des uns sur les autres est ainsi directement fonction de cette force vitale : ceux qui en sont les plus pourvus dominant ceux qui en sont les moins si ce n'est les absorber purement et simplement³⁰.

C'est cette conception qui a été l'étalon de mesure des cultures africaines et

²⁷ Cf. P. Tempels, *La Philosophie Bantoue*, Paris 1961.

²⁸ Cf. A. Sironval, *La philosophie des Bantous*, 2015, p. 10.

²⁹ Cf. P. Tempels, *op. cit.*, p. 44.

³⁰ C'est ce qui s'est dit chez les Mossi par exemple en ces termes : « *En matière politique, le concept-cé est celui de Nam qui se rapporte au pouvoir du temps des origines (...) et à la force reçue de Dieu qui permet à l'homme de dominer autrui* ». Ce Nam tel que décrit résiderait chez le Mogho Naba, leur souverain, responsable de l'ordre général et métaphysique et non simplement politique. Cf. E. Le Roy, *Histoire des Institutions d'Afrique Noire*, Cours dactylographié, Paris 1979-1980, pp. 137-138.

serait leur conception de l'univers. C'est une sorte d'animisme béat qui serait à la base des religions africaines, de tous leurs systèmes de croyance, de représentation et du droit coutumier³¹. Et c'est ce qui a été repris sans discernement par bon nombre d'auteurs que nous qualifions de généralistes compte tenu de l'ampleur de leurs travaux.

Nous la décelons, par exemple, dans ce passage de Guy A. Kouassigan lorsqu'il écrivait que « la terre n'est pas uniquement considérée comme une richesse en soi. Elle est plus que cela et fait partie des multiples divinités qui peuplent les panthéons des divers groupements ethniques vivant en Afrique occidentale »³².

Bien que nous ne niions pas les rapports du sacré et de la terre ainsi décrite et sa présence dans diverses coutumes africaines, comme l'auteur³³ l'a si bien illustré, nous estimons que l'assimiler à une divinité procède d'une énorme confusion dans les croyances négro-africaines ; l'excès de généralisation d'une de ses modalités, le naturisme, ne tient pas compte de la particularité de certaines cultures. Et ce, d'autant plus que nous ne la rencontrons pas chez les auteurs qui ont, à titre principal ou accessoire, étudié la question de la sacralité dans le Sénégal traditionnel. Même si on note çà et là des références à ce caractère sacré de la terre, l'essentiel de leurs démonstrations consiste en une autre conception de la sacralité que nous avons qualifiée de transcendante et sur laquelle nous allons revenir.

2.1.1 *Une confusion dans les croyances négro-africaines*

Ce qui est communément appelé 'la religion' négro-africaine peut se révéler difficile à appréhender pour un observateur étranger non averti. Car derrière son apparence faussement simple, se cache une réalité des plus complexes que diversifiées. En, effet, cette religion présente une difficulté assez particulière du fait de son ésotérisme, son oralité et surtout de sa diversité qui en fait une réalité plurielle plutôt qu'unique³⁴.

Si on se limite d'ailleurs à la diversité de ses réalités, sans avoir besoin d'analyser les autres, il est possible de dénombrer quelques variantes qu'on peut retrouver individuellement ou collectivement dans une même région. C'est ainsi

³¹ Cf. P. Tempels, *op. cit.* p. 82.

³² Cf. G. A. Kouassigan, *L'homme et la terre, op. cit.* p. 111.

³³ D'ailleurs il reconnaît lui-même que le caractère sacré de la terre ne se retrouvent pas forcément dans toutes les coutumes de l'Afrique occidentale. R. P. TEMPELS, *La philosophie Bantoue, op. cit.* p. 93.

³⁴ Cf. L. Kesteloot, *Introduction aux religions d'Afrique*, Paris 2009, p. 9 ss.

qu'on peut distinguer dans les manifestations du sacré ce que les observateurs ont qualifié de fétichisme³⁵, de totémisme, de mânisme, de paganisme et d'animisme ou même de naturisme pour ne qualifier que la seule réalité des croyances africaines³⁶.

Or, la conception de la sacralité de la terre longtemps admise ne semble résulter que du seul naturisme si on s'en réfère au contenu intrinsèque de la théorie. La signification contenue dans le naturisme peut être résumée comme une adoration pure et simple de la nature. Combinée au totémisme, cela résulterait à une sorte de zoolâtrie doublée d'un cosmo-morphisme dont le résultat se résume à l'adoration de la faune, de la flore ainsi que des phénomènes naturels, comme des divinités. Ainsi la terre, le soleil, la lune, les étoiles, les fleuves seraient des divinités auxquelles l'africain rendrait un culte. Ceci peut bien être vérifié dans la culture de certains peuples que les auteurs se sont employés à citer à foison³⁷.

Seulement, de là à ne retenir que cette variante pour tous les peuples africains, c'est là où réside la confusion à notre avis. Tandis que d'autres variantes subsistent à côté d'elle comme le cas de ce qu'on a appelé Animisme et qui est une religion qui « exprime la spécification de la vie en figure et puissance (d'où l'existence des âmes, des génies, des ancêtres sublimés, des déités associées ou dérivées, intermédiaires entre l'homme et Dieu, qui animent l'univers et peuplent les panthéons traditionnels »³⁸; ou encore ancestrisme « appelé communément culte des ancêtres (ceux-ci tantôt divinisés, tantôt promus au rang de génie intercesseurs de l'homme auprès de Dieu, ont pour but de maintenir l'ordre social et d'assurer l'authenticité du culte et des croyants »³⁹.

Les exemples pouvant être cités à volonté, l'objectif de notre démarche vise à montrer combien il est péremptoire, face à une telle diversité, d'affirmer que tous les africains sans distinction de parcours historique, de culture spécifique, de région, de groupe et de croyance partageraient une même conception sacrée

³⁵ Encore que ce terme trop polémique dans sa valeur scientifique remonte aux premiers contacts des portugais avec les côtes de l'Afrique occidentale et il correspondait aux « *charmes et les objets du culte qu'ils remarquaient chez les indigènes* ». Ensuite son usage repris par les anthropologues a été étendu malencontreusement aux différents cultes des religions africaines. Cf. G. Parrinder, *La religion en Afrique occidentale*, Paris 1950. p. 24.

³⁶ Cf. A. Ndaw, *Penser l'Afrique noire*, Paris 2019, p. 48.

³⁷ C'en est le cas des Ashantis du Ghana, les Ana du Togo, les Ibo du Nigéria pour ne citer que ceux-là. Cf. G. A. Kouassigan, *L'homme et la terre*, *op. cit.* p. 111 ss.

³⁸ Cf. *Les religions d'Afrique noire ; textes et traditions sacrées*, L. V. Thomas, R. Luneau, t.1, Paris 1969, 1981, p. 12.

³⁹ *Ibid.*

de la terre et qui consiste à y voir une divinité en soi. Cette affirmation est d'autant plus discutable que l'appréhension de cette conception naturaliste de la croyance négro-africaine procède elle-même d'une erreur manifeste d'appréciation.

2.1.2. *Une mauvaise appréciation de la théorie naturaliste*

Cela relève d'une énorme erreur de croire que lorsque le Mossi⁴⁰ rend un culte au soleil, le Fon⁴¹ à la foudre, le Diola⁴² à la pluie, ils adorent ces phénomènes naturels en soi comme des dieux. Poser une telle hypothèse c'est ignorer, jusque dans leurs expressions les plus élémentaires, les manifestations du sacré dans les pratiques religieuses des africains⁴³ ; mais surtout, c'est ignorer la place primordiale du symbolisme dans les manifestations du sacré, place qui ne peut être comprise qu'en rappelant brièvement la conception cosmogonique résultant des croyances africaines.

Selon L.V. Thomas :

La religion se présente d'abord comme une ordination de puissance : au sommet trône majestueusement L'Être suprême (Nyamé chez les ashantis ou les Akan, Rog Sén chez les sereres). Mais sa distance trop éloignée des hommes fait que l'on s'adresse rarement à lui et qu'on préfère le faire à des divinités intermédiaires qui sont plus proches des hommes et chargées d'intercéder entre ceux-ci et l'Être suprême : c'est tout ce qu'on a appelé génies, dieux secondaires, esprit ou mane dans la pyramide de la religion nègre⁴⁴.

Cependant, ces génies et esprit intermédiaires ont la capacité de se manifester ou de s'incarner directement dans le corps d'un animal, d'une volaille d'un arbre ou d'un phénomène naturel à tel point que l'identité des deux soit confondue dans le culte du sacrificateur. Ainsi, invoquer le support du réceptacle est le moyen de s'adresser à la divinité l'habitant et qu'il représente. Ce que l'auteur appelle « transfert de localité : Dieu et Soleil ; de fonction : Dieu

⁴⁰ C'est un peuple de l'Afrique de l'Ouest établi au centre de Burkina Faso, au nord du Ghana, du Togo et du Bénin.

⁴¹ Ils constituent la plus importante ethnique du Bénin. Ils sont localisés aussi au Togo.

⁴² C'est un peuple de l'Afrique de l'Ouest réparti entre la Gambie, le Sénégal et la Guinée Bissau.

⁴³ C'est dans ce sens que Cheikh Anta DIOP disait : « *la biche de Diane ou le coq gaulois ne sont que des symboles, sinon les Indo-Européens auraient connu le totémisme* ». Cf. C. A. Diop, *L'unité culturelle de l'Afrique Noire*, Paris p. 152.

⁴⁴ Cf. L. V. Thoma, R. Luneau, *op.cit.* p. 22.

et pluie ; transfert verbal qui recouvre tous les autres »⁴⁵. C'est ainsi que lorsque le Mossi rend un culte au soleil, il s'adresse à son dieu et non au Soleil ; *idem* pour le *Diola* qui en rendant un culte à la pluie s'adresse à son dieu et n'adore pas la pluie. On pourrait en dire autant de la terre pour certains groupes localisés dans certaines régions. Et le meilleur moyen de s'en convaincre est d'aborder maintenant la conception transcendante que nous croyons être la meilleure pour traduire l'idée de la sacralité de la terre.

2.2. Une réalité transcendante de la sacralité de la terre.

Il s'agit, ici, d'évoquer le caractère religieux et la diversité de conception des groupes peuplant les vastes territoires de l'Afrique noire traditionnelle. Force est de constater que l'islamisation a eu lieu très tôt dans l'histoire socio-culturelle quand bien même certains en sont mal influencés⁴⁶. Si on admet ce constat dans la culture traditionnelle⁴⁷, il est, toutefois, important de reconnaître que l'islam a dû agir, au moins, sur les mentalités et les croyances vu son implantation si ancienne. En effet, là où les aspects des croyances africaines ne sont pas totalement niés, il leur a été adjoint, tout de même, de nouveaux lieux et objets de culte⁴⁸ dont l'adoption est loin d'être sans conséquences sur le culte originel.

Aussi, dans les régions où l'islamisation a eu pour conséquence le rejet de la croyance traditionnelle, il lui a été substitué, au moins, de nouveaux êtres beaucoup moins sacrés que maléfiques. Mais pour ne pas aller dans le même sens que les ethnologues naturalistes qui, ne voulant apprécier les religions nègres que par une seule de leurs dynamiques, ont fini par ignorer totalement le phénomène syncrétique qui reste un des traits essentiels des sociétés qui ont connus l'influence religieuse, nous allons poser deux hypothèses. Il s'agira de voir la sacralité des terres dans les cultures islamisées, d'une part, et la sacralité de la terre dans les cultures traditionnelles, d'autre part.

2.2.1. La sacralité de la terre dans les cultures africaines islamisées.

On peut poser l'hypothèse chez les habitants de la vallée du fleuve Sénégal. Chez ceux-ci, en effet, l'islamisation date de très longtemps, depuis les lointains

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Sur la persistance de la religion traditionnelle cf., *Religion et évolution sociale*, T. Tshibangou, J. F. Ade Ajayi, L. Sannah in *Histoire générale de l'Afrique*, t. 8, *L'Afrique depuis 1935*, Paris 1986, p. 536 ss.

⁴⁷ Cf. B. Barry, *Le royaume du waalo : le Sénégal avant la conquête*, Paris 1972, p. 91 ss.

⁴⁸ C'est le cas chez les soninkés selon les études de S. Traore.

royaumes du *Tékrou* de *War Jabi*⁴⁹ et de *Sylla* au X^{ème} ou XI^{ème} siècle environ et a été consolidée par les différents régimes qui ont eu à se succéder jusqu'au plus récent d'entre eux en 1776 au *Fouta Tooro*. Bien qu'on ne puisse pas affirmer l'islamisation intégrale de ces sociétés traditionnelles sénégalaises, surtout pas en matière foncière⁵⁰, un fait reste tout de même établi : le phénomène du syncrétisme religieux a eu pour effet de substituer, au moins, les djinns de la religion musulmane, par exemple, aux divinités secondaires d'antan que représentaient les ancêtres, les génies protecteurs et les esprits. Dès lors, le résultat devient plus probable que la sacralité de la terre, loin de renvoyer à une divinité, devrait signifier qu'elle est habitée par des djinns ou des esprits maléfiques, le plus souvent, et que les premiers occupants devraient chasser par les vertus de la nouvelle foi ou trouver des compromis pour pouvoir s'établir⁵¹.

Ainsi, les *Soninkés*, par exemple, qui ont embrassé très tôt la religion musulmane (du 8^e au 11^e siècle), même si sans grande influence sur les coutumes foncières, ont consigné le sacré dans les espaces contenant ses représentations. S. Traore explique les manifestations du sacré dans le système foncier Soninké par les notions d'espace sacré et d'espace de renvoi⁵². En effet lorsqu'on lit ses travaux sur la question, on a l'impression que le sacré ne porte pas sur l'ensemble des terres soninké étudiées.

Il serait consigné hors des zones de culture constituées par les '*falo*', ou champs de berge, hors de l'entrée ou de l'intérieur des villages et de quelques autres emplacements cruciaux pour la vie de la communauté. Le sacré porterait, ensuite, sur les mosquées et les cimetières dans un premier temps, mais aussi et surtout sur les espaces réservés au culte des ancêtres et génies protecteurs du groupe, dans un second temps. C'est ce qu'il appelle les '*bullu*' ou '*munoni*' selon l'emplacement.

La sacralité de ces espaces semblerait, chez cet auteur, résulter de deux facteurs tout aussi aptes à rendre la terre impropre à l'agriculture : d'où son affectation au service du culte. Il s'agit de conditions pédologiques inappropriées ou du contenu symbolique, des objets réels ou imaginaires enterrés dans ces zones à l'occasion d'événements marquants la naissance d'un village, ainsi que le culte rendu aux génies en vue de solliciter leur aide et

⁴⁹ Cf. J. Ki-Zerbo, *Histoire de l'Afrique noire D'hier à Demain*, Paris 1972, p. 106. ; C. Coulon, *Le marabout et le prince (Islam et pouvoir au Sénégal)*, Paris 1981, p. 40.

⁵⁰ Cf. E. H. S. N Toure, *Société, pouvoir et régime foncier au Fouta Tooro (Sénégal) dans la première moitié du XIX^e siècle*, in *Bulletin de l'I.F.A.N.*, t. 46, sér. B n° 1-2, 1984-1985, p. 127.

⁵¹ Il en est ainsi dans le cas où les survivances de la religion traditionnelle sont fortes. Cf. M. Ba, *op. cit.* p. 187 ss.

⁵² Cf. S. Traore, *Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal : Exemple de la zone Soninké de Bakel : canton du Goy-Gajaaga (communauté rurale de Moudéri)*, *op. cit.* p. 34 ss.

assistance.

On se rend compte, à travers ces deux exemples, que les nouvelles croyances animant les cultures *Soninké* au moins sont peu compatibles avec ce ‘animisme béat’ qui verrait en toute chose une vie et en toute vie une force digne d’adoration. Ces nouvelles croyances, même si elles ne remettraient pas en cause substantiellement les cosmogonies africaines d’un univers animé par des forces, elles ont tout de même aligné ces forces sur le même registre que les êtres humains ; et loin de les craindre ou de les redouter, celui-ci devrait apprendre à composer avec elles d’une manière lucide et utile. Approche utilitaire de la croyance qui n’est pas trop absente chez les autres peuples plus proches des croyances traditionnelles.

2.2.2. *La sacralité dans les cultures africaines traditionnelles*

Ailleurs, la sacralité de la terre en soi ne veut pas dire qu’elle serait dotée d’une vie ou d’une certaine existence mystique et exceptionnelle ; mais plutôt qu’elle serait habitée par des êtres surnaturels, des esprits locaux⁵³ ou appartiendrait à des esprits mystiques qu’il faudrait charmer et amadouer à travers le culte qui leur est rendu avant tout établissement humain. Ces esprits pouvaient être les dieux tutélaires du groupe (tribu, ethnie, clan, village ou famille) avec qui un pacte d’alliance existe ; ou bien les ancêtres disparus du groupe et qui par un processus un peu complexe peuvent se transformer en génie ou en puissances parareligieuses dont l’âme continue d’animer et de veiller sur les membres établis sur la terre⁵⁴ ; ou encore des divinités secondaires qui serviront de sérieux intermédiaires entre le Dieu Suprême et le commun des

⁵³ Cf. S. Thiam, *Les indigènes paysans entre maisons de commerce et administration coloniale, pratiques et institutions de crédit au Sénégal (1840-1940)*, Aix-Marseille, 2007, p. 199 ; B. Camara, *Evolution des systèmes fonciers au mali : Cas du bassin cotonnier de Mali sud (Office du Niger et Zone CMDT de Koutiala, op. cit. p. 29 ss.*

⁵⁴ « Avant d’occuper un terrain libre, le Bamanan passait par le biais du Do ma ou Don na ba, celui qui connaît ou le « savant », pour rechercher le génie Gnana auquel appartient le terrain et surtout pour déterminer son gîte. Le gîte du génie peut être une colline, un rocher, une source d’eau, un arbre « extraordinaire » ou un bosquet, une forêt etc., aux environs de l’endroit où l’on veut s’installer. Le don na ba informe sur les conditions selon lesquelles le génie permet que l’on s’établisse sur son domaine pour y demeurer et cultiver. L’accomplissement des rituels conseillés par le don na ba constitue le contrat qui règle l’exploitation par l’homme du domaine territorial du génie. Le génie Gnana devient donc le génie protecteur des occupants de son territoire et devient Gnana dugu dasiri ou « génie protecteur du village ». Quiconque a pris part au contrat directement ou par représentation en bénéficie à condition d’en observer scrupuleusement les clauses (Monteil 1923 :227) ». *Idem*, p. 30.

vivants à défaut d'être des divinités de premier ordre lorsque leur sacralisation atteint un degré culminant⁵⁵.

Toutefois, le culte de ces divinités ne doit pas être envisagé dans une perspective purement eschatologique, mais dans une optique propitiatoire comme dans le culte *Sereer*⁵⁶ des pangols. En effet, selon le R. P. H. Gravand parlant du culte chez cette ethnie du *Siin* (Sénégal) « il est propitiatoire et non latreutique. Son objet premier n'est pas de rendre gloire à l'Être Suprême et aux pangols, même si la référence en est faite, mais de se rendre propices les forces de la nature ». Il ajoute plus loin : « Aussi l'objet du culte qui leur est rendu a-t-il pour but de maintenir leurs bonnes dispositions en accomplissant leurs volontés et en respectant leurs interdits »⁵⁷.

Selon L. V. Thomas le lien des forces sacrées avec les hommes peut prendre, dans certains cas, la forme d'un contrat synallagmatique « engageant réciproquement les parties en présence » et impliquant des obligations communes et réciproques qui justifient un certain droit de rétention de l'une des parties lorsque l'autre en venait à ne pas remplir sa part. Il semble en être le cas de cette imprécation des *Diola-diamat* que nous reprenons intégralement de l'auteur. A la place d'une adoration ou d'une prière au sens rituel du terme, nous assistons à d'amers reproches adressés aux puissances sacrées pour n'avoir pas honoré leur obligation de protection :

Kuhulung,
tu as laissé l'assay (sorcier)
dévorer l'âme de...X.
maintenant son esprit est gâté (malade).
Il ne peut plus travailler,
Il ne peut plus t'honorer,
Il embête les enfants,
Il terrorise les femmes de la concession,
A quoi sers-tu ?
A quoi bon t'offrir le bunuk (vin de palme) ?
On ne peut plus avoir confiance en toi.
Dyakut, Dyakut, Dyakut. (C'est mauvais)⁵⁸.

⁵⁵ Selon L. V. Thomas, R. Luneau d'ailleurs le constat demeure que « les autels des Pangols serer coïncidaient toujours avec d'anciennes tombes ou du moins avec leurs emplacements », *op.cit.* p. 52.

⁵⁶ Cette ethnie du Sénégal a été rangée dans la catégorie des groupes proches de la religion africaine du fait que leur influence religieuse s'est fait un peu tardivement par rapport à la perspective de notre étude. La première mission d'évangélisation du Sine remonte à 1849 selon le R. P. H. Gravand, *Visage africaine de l'Eglise : Une expérience au Sénégal, « lumière et nations »*, Paris 1961. p. 54.

⁵⁷ *Idem*, p. 46.

⁵⁸ Cf. L. V. Thomas, R. Luneau, *op. cit.* p. 66.

Les exemples peuvent être multipliés chez d'autres peuples où, en certaines circonstances, le lien unissant ces forces surnaturelles et les hommes semblent connaître ce que tout contrat synallagmatique connaît en cas d'inexécution par l'une des parties : la résiliation.

En définitive, on voit que si cette conception de la sacralité est revue dans son étendu et sa consistance, la terre en perdrait sa nature divine qui était sensée fonder son inaliénabilité. Elle serait un bien sacré, certes, mais susceptible de faire l'objet d'une appropriation nécessitant juste quelques rituels. Car tout comme le droit romain⁵⁹ est parvenu à s'affranchir du sacré en distinguant le *jus*⁶⁰ du couple *fas-mos*⁶¹ et ainsi laïciser le droit, le caractère sacré de la terre en Afrique et dans le territoire du Sénégal traditionnel pouvait connaître un compromis qui déboucherait, à coup sûr, sur la profanation des espaces convoités par les hommes et destinés à l'agriculture ainsi qu'à l'habitat.

Ces forces supérieures pouvaient être soit déplacées soit consignées dans des lieux consacrés à leur culte de sorte à ne plus constituer un obstacle ou un risque de collision entre intérêt matériel et intérêt religieux, moral ou culturel. C'est d'autant plus vrai que l'africain, tout autant que le romain, lorsqu'il adore les divinités et leur rend un culte, c'est moins par pure adoration que dans un esprit souvent opportuniste : l'essentiel n'étant pas de les aimer ou de les haïr mais d'établir une sorte de '*Pax Deum*'⁶² en leur rendant un culte pour attirer leurs avantages et d'éloigner, le mieux possible, leur colère.

Pendant même délivrée de l'emprise de la sacralité, la terre continue d'être ranger dans la catégorie des *res communis* tout aussi prompte à la rendre inaliénable alors que la portée collective de son appropriation qui en est le fondement est elle-même sujette à caution.

⁵⁹ D'ailleurs le processus de la comparaison de Rome antique et de L'Afrique traditionnel dépasse le cadre du sacré et embrasse toute la religion comme il en résulte de cette citation de W. Warde Fowler mentionnée dans la préface du livre de Geoffrey Parrinder par Edwin W. Smith « Le Romain primitif paraît avoir regardé toute vie, toute force, toute action, humaine ou autre, comme, en quelque sens, associé à une intervention divine ou spirituelle et comme en résultant ». Cf. G. Parrinder, *La religion en Afrique occidentale*, Paris 1950, p. 9.

⁶⁰ Pour ce terme latin désignant le Droit, Pierre Noailles nous dit : « *jus pour le droit humain* ». Il poursuit « Le jus, c'est la parole de la loi qu'expriment ceux qui parlent en son nom, avant tout le judex mais aussi les parties ». P. Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil, cours de Droit Romain Approfondi 1941-1942*, Paris 1943, p. 19.

⁶¹ « Le fas, c'est la parole divine exprimée par les représentants qualifiés des dieux, roi, prêtres, pontifes, (...). Le fas est la sphère libre d'activité des dieux ; c'est ce qui est permis ou ordonné par les dieux à coté de ce qui est ordonné par la loi ». *ibid.*

⁶² Paix avec Dieu.

3. *Le caractère collectif de l'appropriation de la terre*

L'inaliénabilité de la terre, en Afrique, s'est également nourrie du caractère collectif de son appropriation par les hommes⁶³. Ce qui en fait soit un bien classé dans la catégorie des *res communis*⁶⁴ soit un bien frappé de l'indivision eu égard aux modes collectives de sa gestion et de son exploitation : « la terre appartient à une grande famille dont beaucoup de membres sont morts, quelqu'uns sont vivants, et dont le plus grand nombre est encore à naître. »⁶⁵. Cependant il faut admettre que si l'individu cède, ainsi, devant la primauté du groupe, il n'en jouit pas moins d'une véritable personnalité (3.1.). Il faut également préciser malgré la collectivité qui reste un trait marquant des sociétés africaines, la terre n'en appartient pas moins à des familles déterminées dont seule la dimension juridique est prise en compte (3.2.)

3.1. *La personnalité de l'individu face à la primauté du groupe*

Les peuples africains ont longtemps vécu sous le sceau du collectivisme selon les avis convergents de tous les auteurs qui en ont étudié la question⁶⁶. De sorte qu'il peut sembler hérétique d'oser remettre en cause cette idée ou même la tempérer. Ce qui est loin d'être notre intention. Seulement si ces sociétés ont accordé une place aussi centrale au groupe sur l'individu, il convient de signaler que celui-ci n'en était pas pour autant dans les chaînes ni un *aliéné juris* du droit romain antique. Il avait, en effet, la liberté, sous réserve du respect des normes fondamentaux (qui sont obligatoires pour tout le groupe), d'organiser, au moins, sa famille sur certains aspects n'impliquant pas les intérêts collectifs. En outre, il lui était possible de détenir, contrairement au fils de famille de la *gens* romaine, un patrimoine propre qu'il constituait et administrait librement. C'est qui impose d'atténuer la soumission de l'individu au groupe en indiquant ses limites.

⁶³ Voir la doctrine coloniale : R. Doublier, *op. cit.*, p. 27 ; L. Geismar, *Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal*, Imprimerie du gouvernement de de l'AOF. 1933, p. 153. Voir aussi les auteurs modernes : G. A. Kouassigan, *l'homme et la terre*, *op. cit.* p. 53 ss. ; M. Bachelet, *Titulaires de droits fonciers coutumiers*, in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, *op. cit.*, p. 60 ss.

⁶⁴ Chose publique.

⁶⁵ Cf. T. E. Olawale, *op. cit.* p. 183.

⁶⁶ Cf. E. C Gianola, *op., cit.*, p. 193.

3.1.1. *La primauté du groupe sur l'individu*

Dans les sociétés traditionnelles africaines que l'individu soit lié à son groupe d'un lien indéfectible ceci est admis par tous les auteurs de la doctrine. En effet son statut juridique était fonction directe du statut social du groupe auquel il appartenait⁶⁷. En outre le groupe auquel il se rattachait, quel que soit l'échelon, était organisé d'une telle manière que sa voix s'exprimait généralement par la personne d'un chef dont la compétence et le pouvoir ont été un peu hypertrophié par les auteurs de la doctrine négationniste. Mais deux éléments ont été les plus déterminants dans la tentative d'assimiler l'individu africain à *l'aliéné juris* romain et que nous allons voir maintenant.

3.1.1.1. *La responsabilité collective.*

Le statut de l'individu dans une société dépendait du statut du groupe auquel il appartenait. De la famille à la lignée ; du clan au village ; de l'ethnie à la tribu quel que soit l'échelon à partir duquel il était rattaché, son statut juridique, ainsi que la capacité qui en découlait, dépendait du rang social du groupe auquel il appartenait.

Que ce soit avec les peuples qui ont atteint un certain degré d'hiérarchisation et de centralisation du pouvoir que les autres dits égalitaires ou segmentaires le constat reste le même : l'individu pris dans sa singularité ne jouait pas de rôle de premier plan. Son existence y était liée de manière intrinsèque à la vie du groupe auquel il appartenait et impliquait un certain nombre de devoirs auxquels il était astreint.

Parmi les éléments à la base de cette thèse figure le principe de la responsabilité pénale⁶⁸ du groupe lors de la commission de la faute par l'individu. En effet, contrairement au caractère personnel de la responsabilité pénale moderne, celle traditionnelle était très souvent collective en Afrique. On a constaté, en effet, dans certaines sociétés que c'était le groupe de rattachement statutaire qui était responsable en cas de faute de l'individu. De ce fait, c'est la responsabilité de tout le groupe qui était engagée et le devoir de réparation pesait sur l'ensemble de ses membres tenus d'apaiser soit la famille de la victime ou les esprits du groupe. Ainsi, en cas de crime commis ou subi par un individu d'un groupe donné, c'est à la famille qu'il revenait d'exercer le droit de vengeance ou, à défaut, de recevoir ou payer la compensation pénale ou le prix

⁶⁷ *Idem.* p. 173 ss.

⁶⁸ Même si la distinction des affaires civiles et les affaires pénales dans le droit traditionnel africain reste niées.

du sang.

En outre, s'il s'agissait d'apaiser les esprits courroucés de la société toute entière, c'est sur tous ses membres que reposait la responsabilité d'organiser le sacrifice expiatoire pour chasser le mal. Cette règle se justifiait par le principe de la solidarité qui liait tout membre à son groupe d'origine et qui l'unissait à celui-ci d'une manière indéfectible. Un principe qui est apprécié en pareils termes par A. Quellien :

Si nous considérons l'individu, nous voyons que, dans la société noire, l'homme isolé ne peut exister, ou il possède, ou il est possédé. Il n'y a pas d'état d'indépendance pour l'individu, s'il est isolé il se réfugiera près d'un autre individu qui le défendra, à condition qu'il lui fournisse certaines prestations matérielles ou pécuniaires. Il résulte de cet état social, qu'il y'a forcément une solidarité familiale, les parents payent collectivement pour la faute d'un des leurs⁶⁹.

Toutefois, nous nous étonnons beaucoup, avec T. E. Olawale, de la place aussi ténue réservée à l'homme dans les sociétés africaines. Et comme si l'étranger n'avait pas droit de circulation autrement qu'à être réduit en esclave ou qu'il choisisse de se soumettre aux liens du clientélisme tandis que des règles de l'hospitalité étaient scrupuleusement observées dans les sociétés traditionnelles africaines. Des règles qui allaient de l'adoption provisoire dans un groupe d'accueil à l'intégration définitive purement et simplement sous diverses conditions⁷⁰.

Le lien de l'individu à son groupe se manifestait également sur le plan privé et politique. Ainsi tous les aspects de la vie de l'individu y étaient soumis : il était admis, par exemple concernant le mariage traditionnel africain qualifié de coutumier⁷¹, que la volonté des futurs mariés n'était même pas recherchée. Celui-ci avait pour condition de fond le consentement des familles ainsi que le versement de la dot que fixait la coutume de la jeune fille. Et c'est dire autrement par la famille de la femme qui s'exprimait à travers ses canaux officiels admis en la matière⁷².

Le lien qui unissait l'individu à son groupe, et dans le cas qui nous occupe, se manifestait en outre sur les rapports de production-consommation.

⁶⁹ Cf. A. Quellien, *La politique musulmane dans l'AOF*, Paris 1910. p. 64.

⁷⁰ Cf. sur cette question T. O. Olawale, *La nature du droit coutumier africain*, Paris 1961. pp. 124-125.

⁷¹ Cf. en cela aux travaux de Maurice Kamto à propos de l'emploi des notions de coutume et de tradition dans l'étude des sociétés africaine. M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai sur les fondements du constitutionalisme dans les Etats d'Afrique Noire francophones*, op. cit. p. 162 ss.

⁷² Cf. G. A. Kouassigan, *Quelle est ma loi : Traditions et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris 1974, p. 233 ss.

Ainsi la société traditionnelle africaine présentait une structure économique qui différait de celle du monde occidental moderne basée sur la place de l'individu et sa quête de profit dans le cadre d'un système capitaliste d'exploitation. En Afrique traditionnelle, les économies présentaient une structure fermée car reposant, dans leurs grandes majorités, sur l'agriculture (économie de subsistance pour certains). La monnaie y jouait un faible rôle et l'essentiel des transactions reposait sur l'échange des biens qualifié de troc.

3.1.1.2. *Le système de production collectif*

Le plus important c'est que le système de production reposait sur les fameux principes d'unité de production et son corollaire d'unité de consommation.

Effectivement, l'essentiel des terres était exploité par les unités de base de la société. Ainsi les familles, qui sont des systèmes regroupant un certain nombre de maisons ou de foyers, détenaient l'ensemble des champs de production et chaque membre était tenu d'accorder un certain nombre d'heures et de jours de travail aux champs collectifs de la famille ce système nous est expliqué par Samba Traoré chez les soninkés⁷³. Et le produit de ces champs une fois récolté et traité était stocké dans les greniers familiaux et mis sous la garde du chef de la famille chargé d'en gérer l'utilisation. Ce qui peut faire croire, à tort, que ceci lui appartenait (c'est forcément ce qui a poussé un bon nombre d'auteur à assimiler le chef de famille africain au *pater familias* du droit romain).

Par contre, celui-ci était tenu de fournir à tous les membres de la famille les moyens de sa propre subsistance :

L'individu est subordonné à la collectivité ; car c'est du bien commun que dépend le bien individuel ; donc le droit privé est subordonné au droit public. Ce qui ne veut pas dire que l'individu est une quantité négligeable et que les civilisations méridionales, par opposition aux nordiques, font très peu cas des unités humaines, de la personnalité humaine⁷⁴.

3.1.2. *La personnalité de l'individu malgré la primauté du groupe*

L'individu, dans les sociétés africaines, contrairement à l'opinion généralement admise, n'était pas « dans les chaînes » ; il n'est pas aliénable à sa famille et il ne l'est pas plus à son chef qui aurait tous les droits sur lui. Son

⁷³ Cf. S. Traore, *Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal : Exemple de la zone Soninké de Bakel : canton du Goy-Gajaaga (communauté rurale de Moudéri)*, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Dakar, 1991, p. 82 ss.

⁷⁴ Cf. C-A. Diop, *op. cit.* p. 136.

individualité ne s'efface pas face à la toute majesté de sa famille. C'est ce qui, à notre avis, est une grosse erreur qui relève de l'ignorance des groupements humains de l'Afrique traditionnel ainsi que leur mode de fonctionnement.

Si le groupe est responsable pénalement des agissements d'un de ses membres, c'est moins par incapacité de celui-ci que par les mécanismes de règlement des conflits dans une société où il n'y avait pas assez, parfois, un système de centralisation du pouvoir coercitif aussi élaboré que dans nos Etats modernes avec un appareil administratif et un système juridictionnel. La nature intrinsèque des institutions existantes faisait des groupements familiaux et communautaires des rouages politico-juridiques et judiciaires incontournables dans la distribution de la justice. C'est pourquoi la justice y était exercée au niveau familial par les chefs de famille, au niveau du village par le chef du village et ce, jusqu'au royaume où parmi les fonctions reconnues au souverain figurait en bonne position celle de juge suprême ou si ce n'est juge de premier et dernier ressort sur les affaires présentant une certaine gravité.

S'y ajoutaient des mécanismes mettant l'accent sur des procédés non contentieux de règlement des conflits dans une société où la conception de la justice était très éloignée de celle de la justice européenne de type tranché. Feu K. Mbaye disait dans ce sens « Pour l'Africain généralement, la justice est avant tout non pas contentieuse, mais conciliatrice. Nous avons recours à la justice pour régler des conflits à l'amiable, mais nous sommes rarement en conflit au sens contentieux du terme ». Une conciliation qui, pour réussir, devait non seulement réunir les protagonistes, mais aussi tous ceux que l'infraction a pu atteindre et au rang desquels figurent les familles.

Dans un tel contexte, se saisir directement de la personne d'un délinquant, réel ou supposé, et prétendre lui appliquer directement la justice d'un groupe auquel il n'appartient pas risquerait de paraître beaucoup moins comme un acte de procédure qu'un acte de belligérance. Cela paraîtrait comme une véritable immixtion dans les affaires internes d'un groupe de personnes si ce n'est un acte de représailles qui peut déboucher sur des conséquences désastreuses quant à la cohabitation des différentes familles, villages, clans etc. C'est comme à l'époque actuelle lorsque le délinquant, qui n'a pas été saisi sur les lieux du crime rentre, entre temps, dans son pays d'origine. Qu'est ce qui risquerait d'arriver si l'Etat d'accueil tentait d'extirper sa personne sans passer par la fameuse procédure de demande d'entraide judiciaire ou d'extradition ?

Il ne faut pas, non plus, oublier que toutes les sociétés africaines traditionnelles ne présentaient pas une structure si centralisée et hiérarchisée de répression des fautes. C'est ce qui explique, dans ce contexte, en cas de commission d'une infraction, plutôt que d'engager la personne du délinquant, c'est celle du groupe entier qui l'était.

Cela devait en être ainsi. Car dans les structures centralisées, le problème ne se posait pas, du moins, pas de la même sorte. Il y avait, au moins, une organisation judiciaire centralisée et hiérarchisée à la base de laquelle, on retrouvait des juridictions de province et, au sommet, une justice du souverain qui coiffait l'ensemble du système de sorte que la responsabilité collective reculait face à la responsabilité individuelle. Et on peut reprendre le même raisonnement concernant les affaires privées comme le mariage, la succession et la capacité de jouissance des droits politiques. C'était le cas dans pratiquement tous les royaumes du Sénégal traditionnel où les raisons qui ont été invoquées par bon nombre d'observateurs sur l'origine des souverains sont liées au rôle d'arbitre, de juge reconnu à celui-ci. En effet, si on prend le cas du *Damel* d'un royaume wolof du Sénégal dénommé *Kayoor*, il fut d'abord le juge suprême d'une classe de noble appelé *Kangam* avant d'être souverain. Un autre souverain appelé *Njajaan Ndiaye* serait sorti des eaux pour régner sur le *Jolof* en tant que juge. Ainsi en est-il aussi de la famille régnante des *Gelwar* au *Siin* et au *Saalum*⁷⁵.

Mais là où la toute suprématie du groupe connaissait des limites sérieuses c'est sur la question de la production agricole. L'existence des champs familiaux n'entravait en rien le droit de tout chef de ménage ou de foyer, aux femmes et parfois même aux mineurs, qui le désiraient, de disposer de leurs propres lopins de terre dont les revenus ne sont pas affectés à la subsistance de la famille mais à des fins propres et personnelles. S. Traore nous en donne les détails dans sa thèse.

Et par ailleurs, selon Guy A. Kouassigan, si le régime de la terre en Afrique à évoluer de la maîtrise collective à la propriété individuelle ceci n'est pas dû simplement au contact avec la culture occidentale du XIX^{ème} siècle. Le droit des individus à occuper une parcelle de terrain à leur nom propre et pour des fins individuelles, imprégné d'un nouveau principe de préférence, tout contrairement à la coutume, et la substitution des cultures de traite aux cultures de subsistances, a eu pour conséquence de fixer les individus sur leur terre d'exploitation. C'est ce qui serait responsable de la transformation des modes de maîtrise collective en droit de propriété individuelle de type civiliste⁷⁶.

Ceci nous renseigne, en d'autres termes, sur le fait que le fameux principe du collectivisme agraire traditionnel africain devrait être tempéré par celle de l'exception de la personnalité juridique individuelle⁷⁷. C'est dire finalement que

⁷⁵ Cf. M. BA, *op. cit.* p. 79 ss.

⁷⁶ Cf. G. A. Kouassigan, *L'homme et la terre*, *op. cit.* p. 205 ss.

⁷⁷ D. Biebuyck, parlant des relations entre le groupe et l'individu au sein des systèmes fonciers africains, disait ceci : « la tenure foncière était..., en même temps, « communautaire » et « individuelle », « communautaire » dans le sens que les droits individuels dépendaient des relations sociales de l'individu et de son appartenance à un groupe ayant son organisation

le caractère collectif de la maîtrise des terres obéissait beaucoup plus à un type d'économie bien déterminé sans en être tributaire, ce qui nous fait dire qu'il faut chercher ailleurs le fondement de l'inaliénabilité que dans le caractère collectif de son exploitation.

3.2. *La dimension juridique de la famille en matière foncière*

L'étendue de la famille africaine a été décisive dans l'élaboration du caractère collectif de la terre. Par contre sa détermination montre une certaine surévaluation de ses dimensions (3.2.1.) ne permettant pas d'en identifier les véritables caractères de base (3.2.2).

3.2.1. *La surévaluation de la dimension la famille en matière foncière.*

La surévaluation de la famille africaine en matière foncière découle du fait de l'ignorance des contours (3.2.1.1.) et de la méprise de la personne du chef qui en incarne l'autorité (3.2.1.2.).

3.2.1.1. *L'ignorance des contours de la famille africaine.*

La famille africaine a été, tour à tour, comparée à la famille de type arabo-musulman⁷⁸, la famille de type romain et la famille de type féodal sans être aucune d'entre elles. Nous pouvons, en effet, citer M. Bourjol⁷⁹ pour qui, il existe en Afrique deux types de famille : la famille de type gentilice décadent et la famille de type féodal. En outre, sous prétexte qu'elle était large, son étendue en a été tellement étirée qu'on a finalement l'impression qu'en Afrique, il n'y avait pas de société en soi mais de grandes familles qui s'étendaient aussi loin que le permettent les limites du village, du clan où de la tribu. Léopold S. Senghor disait dans ce sens que : « la société est formée de cercles concentriques de plus en plus larges qui s'étagent les uns sur les autres, imbriqués les uns dans les autres pour ainsi dire et formés sur le type même de la famille »⁸⁰ Et des auteurs se sont empressés d'en déduire une propriété collective de la terre constituant ainsi un obstacle majeur à toute appropriation en dehors du groupe.

propre. « Individuelle » dans le sens que, à tout moment, des personnes particulières avaient des droits définis de participer à l'usage et de partager le produit de lopins de terre particuliers », D. Biebuyck, *Introduction*, in *African Systems* (Oxford 1963) p. 14.

⁷⁸ Cf. A. Quellien, *La politique musulmane dans l'Afrique Occidentale Française*, *op. cit.* pp. 62-63.

⁷⁹ M. Bourjol, *Théorie générale des coutumes africaines*, thèse de doctorat, Toulouse, 1952, p. 324.

⁸⁰ Cf. L. S. Senghor, *Ce que l'homme noir apporte*, Paris 1939, repris de G. A. Kouassigan, *op. cit.* p. 58.

Ce sont ces deux conceptions visiblement exagérées que nous allons nous employer à tempérer ici en les exposants pour montrer combien elles ont contribué à flouer la vraie signification de la famille africaine.

Pour le premier écueil, l'auteur de *L'homme et la terre* semble avoir bien compris combien il était exagéré et insensé de vouloir saisir les limites de la famille africaine autrement que par ses spécificités propres. En effet, la *gens* romaine tout comme la famille de type féodal sont deux catégories impropres à décrire ce qu'il convient d'appeler la famille africaine. Si l'une comme l'autre s'en rapprochaient par le caractère assez étendu, elles s'en éloignaient du point de vue de son organisation. Celle-ci admettait, certes, un chef au sommet mais entouré d'un conseil de l'ensemble des chefs de ménage dont l'avis était aussi valable que le sien même s'il en était le digne représentant. Tandis que dans la famille romaine, par exemple, si grand soit son étendue et sa consistance, une seule voix y était autorisée : c'était celle du *Pater* maître de la *Domus* qui exerçait sur ses membres des puissances diverses et importantes. Sur ses enfants et les enfants de ses fils, sa *Patria Potestas* impliquait droit de vie et de mort, contrainte matrimoniale, et possibilité de louer leur force de travail en transférant leur *Mancipium* à un autre *Paterfamilias*. Il pourrait donc exercer ce *Mancipium* sur les enfants qu'un autre *Pater* a mancipé, et qui étaient à son égard *loco servi* ou *in servili conditione*⁸¹.

Cependant, même si Kouassigan et tant d'autres ont compris les spécificités organiques de la famille africaine, ils semblent ne pas mettre l'accent sur ses limites. Or, en Afrique deux notions liées au droit de la famille risquent de semer la confusion dans l'analyse des observateurs s'ils n'y prennent pas garde. Il s'agit de la famille au sens juridique du terme et de la famille au sens social. En effet, au sens social la famille africaine pouvait regrouper des individus d'horizon très différents n'ayant aucun lien de parenté avec l'ancêtre fondateur. Pour cette modalité de rattachement au groupe la consanguinité jouait un faible rôle si ce n'est pas du tout. Ainsi :

sont considérés comme membres d'une famille donnée, des individus qui n'ont aucun lien physiologique avec l'ancêtre fondateur du groupement familial considéré. C'est le cas des serviteurs, clients, esclaves affranchis, et même des travailleurs étrangers participant aux activités communes⁸².

Ce n'est que conçu de cette manière qu'on peut comprendre la parenté par

⁸¹ Pour aller plus loin sur ces questions, cf. J. Cels-Saint-Hilaire, *La République des tributs : Du droit de vote et de ses enjeux aux débuts de la République romaine (495-300 av.-J.-C.)*, Toulouse, 1995, p. 54 ss.

⁸² Cf. G. A. Kouassigan, *L'homme et la terre*, *op. cit.* p. 60.

alliance et même la parenté à plaisanterie voire la parenté de localité ou totémique qui sont toutes impliquées, et à juste titre d'ailleurs, lorsqu'on parle de famille élargie en Afrique.

Mais nous croyons que cette dimension sociale de la famille ne peut pas entrer en compte lorsqu'il est question de droits fonciers en Afrique traditionnelle. Ce serait d'autant plus inacceptable que les membres d'un même village ou d'une même région, par exemple, affiliés à une même famille selon « le cercle concentrique » considéré, seraient appelés à se succéder les uns les autres conformément aux règles de dévolutions traditionnelles du pouvoir et des biens. Autrement dit, à la mort du Père de famille 'l'esclave-fils aîné', le client ou cousin plaisant, pourrait lui succéder à la seule condition de respecter la primogéniture et le régime de dévolution des biens retenu par la société. Ce serait absurde et contraire à la réalité de fonctionnement des sociétés africaines. La règle voudrait, à ce niveau, que ce soit le fils aîné du chef ou son neveu le plus âgé qui soit appelé à la succession. C'est un tel malaise que Kouassigan a senti sans doute au point de tempérer un peu sa théorie dans son ouvrage en introduisant la distinction entre collectivité villageoise homogène et collectivité villageoise hétérogène étant entendu que la première n'est composée que de gens appartenant à la même famille juridique tandis que l'autre serait composée de gens appartenant à des familles différentes⁸³. Et il justifie la spécificité de la famille africaine dans les règles filiations patrilinéaires ou matrilineaire qui sont, certes, nécessaires mais pas suffisant en la matière.

La famille africaine trouve sa singularité en elle-même au double plan de son organisation et de son fonctionnement. Et il n'est nul besoin d'en distendre les limites à l'infini pour justifier son originalité au risque de faire perdre de vue sa dimension juridique seul critère de détermination du régime des terres. C'est sa seule consistance juridique qui permet d'y rattacher les individus selon un mode de filiation sanguine ou utérine. Car comme l'a rappelé M. Kouassigan le mode de filiation dans les sociétés africaines n'est pas que patrilinéaire ou 'consanguin'. Il faudrait même dire qu'il l'est devenu plus tard sous l'effet des influences selon C. A. Diop. Pour ce dernier le régime du matriarcat ou filiation matrilineaire est le régime naturel de l'Afrique et s'étend partout sur le continent de l'Egypte Antique au Ghana en passant par l'Ethiopie⁸⁴. Et que si on retrouve le patriarcat ou régime patrilinéaire un peu partout sur le continent, c'est dû à

⁸³ *Idem*, p. 72 ss.

⁸⁴ « Il s'agit de l'Ethiopie décrite par Hérodote et Diodore de Sicile et dont la capitale antique, Méroé, située près du confluent du Nil blanc et du Nil bleu a été découverte par Cailliaud sous la Restauration. Son emplacement correspond approximativement au Soudan actuel ; on l'appela aussi Nubie et Pays de Sennâr. L'Ethiopie actuelle, dont la capitale est Axoum, n'en était qu'une province périphérique ». Cf. C. A. DIOP, *op. cit.* p. 53 ss.

l'effet des influences arabes et nordiques dont ce système est le trait caractéristique.

Au-delà des preuves que l'auteur apportait, ceci semble bien être corroboré au Sénégal chez les *Sereer*. Et selon P. Diagne, si « les règles d'une double filiation se sont assez tôt imposées dans la société du Sine-Saloum » il n'en demeure pas moins que « C'est un Bâton maternel qui a tracé le Sine »⁸⁵. On peut en dire autant des Wolofs du *Kayoor* et du *Waaloo* où la dévolution du pouvoir, aussi bien politique que foncier, dépendait beaucoup plus du « *Mène* »⁸⁶ que du « *Guénio* »⁸⁷ et que seul le *Jolof* constituait en cela une exception du fait certainement de l'influence soudanaise notamment de la suzeraineté du Mali.

Une fois ces règles de filiations déterminées, la famille, au sens juridique, africaine pourrait être définie comme une agrégation de personnes liées à un ancêtre fondateur selon un critère maternel ou paternel, soumis au même statut et régie par les mêmes règles d'organisation et de fonctionnement. D'où la notion de communauté qui doit être préférée de loin et séparée soigneusement de celle de collectivité pour décrire cette réalité de groupement apparenté pour qualifier la famille africaine au sens juridique⁸⁸.

Cependant, au niveau des règles de fonctionnement de cette communauté, notamment à propos de la personne du chef qui incarnait l'autorité, beaucoup d'errements ont été également notés de la part des auteurs.

3.2.1.2. *La méprise de la personne du chef de famille africaine*

La personne du chef⁸⁹ au *Fuuta* du Sénégal, telle que décrite par A. S. Kane

⁸⁵ Cf. P. Diagne, *Pouvoir politique traditionnel en Afrique occidentale, Essai sur les institutions politiques précoloniales*, Paris Présence Africaine, 1967, p. 61.

⁸⁶ Matrilinéarité.

⁸⁷ Patrilinéarité.

⁸⁸ « L'expérience nous a appris que le foncier africain, en particulier dans sa forme précoloniale, se qualifie mieux de communautaire que de collectif ou d'individualiste. » nous dit E. C. Gianola, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit : Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte d'Ivoire, le Ghana et le Mali)*, Paris-Montréal 2000, p. 60.

⁸⁹ A ce niveau nous avons jugé utile de reprendre les propos de Cheikh A DIOP tenu sur le chef de la famille Aryen pour montrer combien ce type à t-il, probablement, influencé les premiers observateurs des sociétés africaines. Il disait, après avoir retracé les traits culturels de L'Afrique, que : « Par contre, chez les Aryens, le style nomade de la vie fait de chaque clan, c'est-à-dire de chaque famille, une entité absolue, une cellule autonome, indépendante dans toutes ses déterminations, se suffisant à elle-même, au point de vue économique et autres. Aussi, le chef de famille n'a-t-il de compte à ne rendre à personne, aucune autorité au-dessus de la sienne, aucune morale en dehors de la morale domestique. Cette situation,

à certains endroits de son manuscrit, peut porter à équivoque. On peut lire, en effet, chez cet auteur que :

Le chef de famille tient toutes les personnes sous son autorité, les fait travailler comme il l'entend. » ou encore « Si les droits du chef ne sont pas respectés, celui-ci peut recourir à l'application de coup de cordes sur le dos des récalcitrants. Leur mise au fer lui est loisible, comme la reprise des biens qu'il leur avait donnés. La désobéissance des femmes peut entraîner des châtements corporels et le divorce⁹⁰.

Bien qu'au départ de son ouvrage l'auteur s'est évertué à définir la famille de la manière la plus large⁹¹, force est de constater qu'il entretenait une confusion énorme entre le chef de la famille comme chef de ménage ou de maison et le chef de la famille comme unité de base de la société. Dans sa définition de la famille indigène tous ceux-là qu'il citait sont dans une minorité ou une incapacité juridique les plaçant sous la garde du père (c'est le cas des enfants, des femmes et des serviteurs). C'est ce qui justifie la puissance paternelle excessive sur eux qui ne dépasse pas le cadre de cette maison. Et il est mal sain d'utiliser le terme de famille au sens africain du terme pour qualifier cette situation contrastant à bien des égards avec celle décrite par G. Kouassigan comme représentant de la famille, base de la société négro-africaine.

D'ailleurs, un élément très déterminant du droit africain de la personne tirée du statut juridique d'un enfant né d'une union entre une femme servile et un homme libre nous servira d'argument décisif pour prouver que le chef de famille africaine n'est pas ce *Pater* de type gentilice trop autoritaire. La règle admise par le droit traditionnel africain de la personne c'est que l'enfant suit la condition juridique de sa mère. Autrement dit, s'il naît d'une mère esclave, son statut personnel devrait suivre le même que cette dernière, à moins que, le père soit en même temps le maître de la mère. Car, et c'est là où la famille africaine

née durant la vie nomade, se perpétuera longtemps, après la sédentarisation ; Fustel de Coulanges a montré que le droit privé, chez les Aryens, est antérieur à la fondation de la cité, et que c'est la raison pour laquelle, pendant longtemps, l'Etat n'avait aucun pouvoir pour intervenir dans la vie privée des familles, c'est-à-dire, qu'à Rome et en Grèce, pendant des siècles, on pouvait tuer son fils, sa femme, son esclave ou les vendre sans commettre un crime à l'égard de l'Etat qui était alors la Cité. Le pouvoir public s'arrêtait à la porte des maisons », C. A. Diop, *op. cit.* p. 136.

⁹⁰ Par le chef de canton de Kanel (Sénégal) 1907 A. S. Kane, *Contume civiles et pénales toucouleur (cercle de Matam)*, in *CJ/AOF*, t. 1, Paris 1939. p. 61.

⁹¹ « Le mot famille doit s'entendre dans son sens le plus large. La famille comprend toutes les personnes soumises à une même puissance y compris les serviteurs. » C'est-à-dire « Le père, les épouses, les frères et sœurs non mariés, les serviteurs composent la famille indigène », A. S. Kane, *op.cit.* p. 60.

et wolof plus précisément se démarquait et se singularisait par rapport aux autres systèmes, si le droit de la famille était compatible avec le fait qu'un homme libre soit maître de son épouse esclave, il ne pouvait admettre que l'enfant soit esclave de son propre père. Et que par conséquent, cette situation entraînait automatiquement l'émancipation de l'enfant. Ainsi, l'enfant naît libre si son père est le maître de sa mère⁹². Cela prouve largement que le père de famille n'est pas le *paterfamilias* dont le pouvoir sur les membres ne distinguait pas le statut d'enfants, de clients et esclave.

Après ces éléments clarifiés, il reste à déterminer les caractères de base réels de la famille africaine entrant en compte dans la détermination des éléments constitutifs du régime juridique de la terre.

3.2.2. *Les caractères de base de la famille africaine*

Deux éléments à notre avis permettent de d'identifier la famille africaine et de comprendre le rôle qu'elle joue dans l'appropriation de la terre : il s'agit de sa structure hiérarchique et de ses règles de transmission des biens et des charges.

3.2.2.1. *La structure hiérarchique de la famille*

S'il y a un élément caractéristique des sociétés africaines, c'est bien la structure verticale de la société à la base. Même dans les sociétés dites de type égalitaire, on retrouve cette forme d'organisation pyramidale qui laisse une part importante à l'âge. C'est certainement à ce niveau qu'on doit rechercher l'explication du culte rendu aux ancêtres déifiés par-ci et sublimés par-là. Ainsi, même dans les sociétés aussi égalitaires que celle des Diola du Sénégal, il est constant que les ancêtres occupaient une place de choix au niveau des panthéons. Les différentes familles, constituant le ciment de la société, étaient organisées en mode hiérarchique dont le sommet était occupé par un chef entouré par le conseil de famille constitué à son tour par les différents chefs de ménage. Ceux-ci jouaient un rôle d'aide et d'assistance pour éclairer les décisions prises par le sommet dans la conduite des affaires concernant le groupe.

Les sociétés inégalitaires, présentant beaucoup plus de structures centralisées et étatiques, ne dérogeait pas à la règle. Une part belle y est également réservée aux anciens car représentant des ancêtres selon certains ou porteurs de la sagesse nécessaire à la conduite des affaires du groupe ou même dépositaires

⁹² Cf. A. B. Diop, *La société wolof : Tradition et changement*, Paris 2012 p. 172.

des coutumes ancestrales qui guidaient le fonctionnement des choses. D'ailleurs, la représentativité de leur structure centrale, un trait caractéristique de ces systèmes, se faisait par cooptation des différents chefs dont le statut de la famille était admis à jouer un quelconque rôle dans l'exercice du pouvoir au sein de la société.

C'est ainsi que la royauté *sereer* admettait au sommet un ' *Mad a Sinig* ', roi élu du *Siin*, mais également chef de la Famille des *Gélwar*, seul admis à occuper cette fonction ; un ' *Jaraaf a Mag* ' chef de la famille des hommes libres et incarnant les *Lamaan* détenteurs du pouvoir foncier et le grand *Farba*, chef des esclaves de la couronne qui, bien que de condition servile, n'en jouait pas moins un rôle politique capital⁹³.

La gestion du territoire à travers ces deux types d'administrations centrale et locale ne dérogeait pas, non plus, à la règle ; ce sont les chefs de famille locaux qui étaient appelés à cette charge qu'ils soient de condition libre ou non, de statut noble ou casté ou simplement des étrangers ne participant pas aux catégories et hiérarchies de la société hôte. C'est ainsi que l'administration du *Damel* au *Kayoor*, lui-même chef de la famille des *Palène Dedd* représentant du *Burba* avant l'indépendance, au-delà des éléments de sa propre lignée ainsi que ceux serviles à son propre solde, doit compter sur l'administration dite des *Jamburr* constituée par les *Lamaan* proprement dit, les *Serignes* chefs de communautés religieuses et les dignitaires des castes et des minorités tels *Ardo*, *Fara Teug*, *Fara Diougnougne*, *Mabe*, *Maalaw* et autres.

Dans tous les cas les groupements humains en Afrique ne fonctionnaient pas en ordre dispersé. L'individu y était soumis à la vie du groupe qui est placé sous l'autorité d'un chef. C'est pour cette raison qu'on a parlé de chefferie lorsqu'il a été question de faire la typologie politique de ces sociétés. Car les premiers observateurs ont été frappés par le nombre impressionnant de chefs ou notables qu'on rencontre çà et là faisant croire qu'il n'y avait pas véritablement d'organisation politique digne de ce nom mais simplement de roitelets ou chefferies. C'est d'ailleurs dans ce cadre qu'il faut comprendre la politique coloniale dite d'association qui, étant consciente du rôle que ces chefs ou notables jouaient dans la société et de façon incontournable dans le processus de commandement, a dû s'accommoder à cette réalité en se les adjoignant dans le fonctionnement de son administration. Le point culminant d'une telle stratégie a été d'ailleurs l'érection d'une véritable école dite des fils de chefs en vue de préparer les futurs collaborateurs autochtones de l'administration coloniale compte tenu du rôle qui était le leur.

Cependant, il ne faut pas se méprendre sur les pouvoirs stricts de ces chefs

⁹³ Cf. M. Ba, *op. cit.* p. 88 ss.

lorsqu'il est question de la gestion des biens familiaux, la terre en l'occurrence. Bien qu'ils aient eu la plénitude des pouvoirs au sein de la collectivité qu'ils représentaient, ils devaient user de ces pouvoirs non seulement en parfaite harmonie avec leurs congénères dont la somme des ménages constituait la consistance du groupe, mais aussi et surtout en 'bon père de famille' qui ne laisse aucune part à l'arbitraire. Car ils étaient, à leur tour, soumis au principe de l'effacement de leurs intérêts individuels au profit de ceux du groupe. Ceci faisait d'eux, en ce qui concerne les biens du groupe dont la terre, de simples administrateurs dans toute la plénitude du terme, et non des seigneurs ou des propriétaires comme d'aucuns ont voulu les faire passer. Ils exerçaient des pouvoirs d'administration, de distribution, de conservation ou de gestion à l'égard de ces biens et non de disposition à titre onéreux ni à titre gratuit⁹⁴ à moins que cela ne soit une décision prise collectivement par la famille, cas dans lequel, ils prenaient toutes les mesures nécessaires pour la réaliser. Nous voulons viser en cela les décisions d'allouer à une communauté hôte les terres de la famille en vue de son établissement ou encore la décision de la communauté d'abandonner des terres au profit d'autres beaucoup plus propices ou productives.

C'est ce que rapporte P. Darest, selon G. Kouassigan analysant les pouvoirs du chef à l'égard des biens de sa communauté, en ces termes :

en 1895, le Bour Sine, chef des provinces sérères déclarait que la presque totalité du sol appartenait à des familles sérères et que sa situation de souverain ne lui permettait pas plus d'en disposer qu'elle ne lui permettait de disposer des terres de sa propre famille, même de celle dont il avait la jouissance⁹⁵.

Ceci montre, à suffisance, qu'être chef dans une communauté *sereer*, et on retrouve la même chose chez les Wolofs du *Waalo* et du *Kayoor*, ne donne pas à l'égard des biens de celle-ci d'autres pouvoirs que ceux d'administration et de gestion. C'est un des traits caractéristiques du régime de la terre dans les sociétés traditionnelles sénégalaises, trait de caractère renforcé par un autre dont la conséquence majeure est de préserver la terre au sein de la communauté d'origine. C'est ce second trait que nous allons voir à présent.

3.2.2.2. *La transmission du pouvoir de gestion et succession*

⁹⁴ Cf. T. E. Olowale, *op. cit.* p. 185 ss. ; M. Bachelet, *Titulaires de droits fonciers coutumiers*, in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, *op. cit.* pp. 31-62.

⁹⁵ Repris de G. A Kouassigan, *L'homme et la terre op. cit.* p. 84.

En droit moderne, le mode de transmission des biens pour cause de mort retenu est traduit par les seuls termes de succession et d'héritage quel que soit le mode individuel ou global de la transmission. Dans tous les cas l'étalon de mesure qui a permis de forger l'institution dans les systèmes dit modernes semble être l'individu. Ce qui les rend peu aptes à traduire la situation complexe des sociétés traditionnelles qui ont été, aussi, confrontées aux fameux problèmes du sort des biens au décès de leur propriétaire ou de leur administrateur et lui ont donné un certain nombre de solutions aussi valables et raisonnables que celle du droit commun.

Plutôt que les clichés de certains auteurs selon lesquels « à l'origine le droit successoral n'était pas un droit individuel car les biens ont d'abord été la propriété du groupe familial, de la tribu. »⁹⁶, nous pensons que les sociétés traditionnelles africaines connaissaient également la notion de patrimoine individuel et ne pouvaient en aucune manière ignorer la question de sa dévolution telle que perçue par le droit commun moderne. Au contraire, la soumission de l'individu à son groupe n'étant pas un obstacle à l'existence de sa personnalité juridique, il avait, par conséquent, la latitude de constituer un patrimoine propre qu'il pouvait transmettre à sa progéniture conformément au mode de filiation en vigueur dans son groupe⁹⁷.

La tradition avait soigneusement distingué les catégories de biens en patrimoine individuel et patrimoine collectif et les soumettait à des régimes différents selon les modes de filiation bilinéaire qui ont fini de s'imposer dans toutes ces sociétés même si le mode naturel africain était celui de la filiation matrilineaire⁹⁸. Ainsi, la succession selon la filiation patrilinéaire d'emprunt, étant beaucoup plus indiquée pour transmettre les biens du défunt parmi sa descendance en ligne directe, servait à partager les biens du *de cuius* à caractère individuel tels les objets personnels, le produit des récoltes ailleurs que sur le champ familial et le bétail dans certaines sociétés. Car le défunt l'ayant acquis durant son existence à titre individuel et personnel, cela devait revenir à sa progéniture selon les règles de partage communes à ce type de filiation.

Tandis que pour l'autre catégorie de biens dite de la communauté, ou lignagère telle que la terre, les esclaves de la lignée ainsi que d'autres biens capitaux pour la survie de la communauté, les règles de succession de type matrilineaires alliées à la règle de primogéniture présentaient beaucoup plus des garanties de les conserver au sein du groupe. Car, d'une part, appartenant à tous et placé sous la garde d'un chef, la disparition de celui-ci ne pouvait donner lieu,

⁹⁶ Cf. S. Guinchard, *Droit Patrimonial de la famille au Sénégal*, Paris 1980, p. 372.

⁹⁷ Cf. M. Ba, *op. cit.* p. 33 ss.

⁹⁸ Cf. *idem.* p. 36 ss.

tout au plus, qu'à une succession à sa charge selon les mêmes règles que celle qui l'avaient préposé à ce poste plutôt que le partage de biens dont le propriétaire survit à la disparition de son représentant.

D'autre part le mariage, étant une institution sacralisant l'alliance entre deux familles à travers l'union de leurs membres, avait pour conséquence un transfert d'appartenance de l'épouse de sa famille d'origine à celle de son époux. De ce fait, la règle de la conservation de ces biens, dont la terre, au sein de la communauté excluait, *de jure* comme *de facto*, les femmes de la succession de la terre dit-on souvent, mais du poste d'administrateurs de ces biens, devrait-on dire, de crainte de les transférer dans leurs familles d'accueil du fait de leur mariage. Voilà l'autre caractère de la famille africaine vu sous l'angle des modes de filiation et en rapport avec la transmission des biens en leur sein.

C'est cette dualité de régime des successions que P. Diagne traduit chez les *sereer* en ces termes : « la tradition a-t-elle déposé dans les lignages établis par les femmes l'essentiel des droits transmissibles-touchant la survie de la communauté- : (droits politiques, maîtrise des terres et du bétail, etc.) » tandis que la filiation par les pères ne possède qu'une compétence limitée et ne règle en principe que des droits de gestion. Des droits de gestion qu'il traduit par « (usufruit », transmission des biens, meubles etc. il veut certainement viser des biens à dimension individuelle n'ayant pas l'allure des premières cités⁹⁹. Et pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la distinction des esclaves de traite et des esclaves de case dans les cultures africaines. Les derniers, esclaves de la communauté, sont transmis selon les règles de filiation matrilineaires tandis que les autres, esclaves de particuliers, le sont selon les règles de filiation patrilinéaire.

4. Conclusion

A travers l'inaliénabilité de la terre, nous avons voulu rappeler le rôle fondamental que le principe a joué dans l'histoire du droit foncier coutumier africain en tout ce qu'il avait de différent et de contrastant avec le droit occidental. Il a, ainsi, servi de critère notable à l'effort de dégager toute l'originalité de la conception des rapports de l'homme à la terre en Afrique. Cependant une mauvaise perception de ses fondements a eu des conséquences juridiques allant dans le sens de nier la propriété des communautés et des individus sur la terre. C'est ça la conception des terres dites coutumières dans les législations coloniales et post-indépendances africaines. Ainsi

⁹⁹ Cf. P. Diagne, *Pouvoir traditionnel en Afrique occidentale : Essai sur les institutions politiques précoloniales*, Paris 1967, p. 60.

l'interprétation du caractère sacré a eu pour conséquence d'affirmer la nature divine de la terre. Ce qui en fait un « être » insusceptible de faire l'objet d'une appropriation. Tandis que ce caractère sacré, loin de correspondre à cette conception que nous avons qualifiée d'immanente, signifie plus précisément que la terre est habitée par des esprits, des génies ou forces surnaturelles avec lesquels il faut composer avant tout acte d'occupation. Le caractère collectif de cette appropriation, quant à lui, a été interprété dans le sens de nier toute personnalité à l'individu face à la primauté de son groupe, d'une part ; et au groupe dont les limites ont été tellement élargies qu'il en perd toute identité organique. Or, s'il est admis que la famille africaine était très élargie jusqu' à inclure « tous les descendants d'un ancêtre lointain, réel ou mythique, ayant conscience d'une commune filiation »¹⁰⁰, il n'en demeure pas moins que c'est une cellule de la société dont la filiation peut être établie quel que soit le nombre de générations pris en compte. Sur la fiabilité des généalogies on peut lire ceci :

Les traditions à caractère officiel consistent en généalogies, listes royales, récit d'origine dynastique, privilèges des chefferies, mais aussi en chartes de droits sur la terre, en coutumes juridiques concernant les eaux, les bêtes, les arbres, les étrangers, etc. Les traditions privées relatives à des groupes restreints, familles, fidèles d'un culte, corporation d'artisans, etc., sont souvent moins bien conservées, mais ont plus de chance d'être véridiques. Elles peuvent servir pour contrôler la véracité des traditions officielles¹⁰¹.

C'est cette famille juridique qui doit, seule, être considérée lorsqu'il est question de prérogatives en matière foncière. Elle était organisée selon un modèle hiérarchique respectant scrupuleusement le critère de l'âge. Et sa structure était coiffée par un chef dont le rôle d'administrateur et de gestionnaire contrastait beaucoup avec la figure d'un *0* exerçant un *patria potestas* sur tous les membres.

Toutefois dans le cadre de la doctrine coloniale, ses caractères, et bien d'autres principes originaux des cultures traditionnelles africaines, ont été travestis dans le sens voulu par la stratégie de domination. En effet, l'article 75 du décret du 10 Novembre 1903, suite à l'affirmation du principe de respect des coutumes indigènes, a réservé à l'autorité le privilège de juger leur compatibilité avec les principes de la civilisation occidentale. Dans ce contexte, l'inaliénabilité posée sur la base de ces fondements a servi à exposer au grand

¹⁰⁰ G. Nicola, *La société africaine et ses réactions à l'impact occidental*, in *L'Afrique noire contemporaine*, dir. M. Merle, 1968, p. 182.

¹⁰¹ *Histoire générale de l'Afrique : I. méthodologie et préhistoire africaine*, dir. : J. Ki-Zerbo, Paris 1986, p. 92.

jour la pétulance du nègre pour justifier la confiscation de ses terres¹⁰².

La survenance des indépendances a, certes, fait prendre conscience aux auteurs africains et africanistes de l'urgence de s'émanciper des idées reçues de l'Europe. Ce qui les a d'ailleurs entraînés sur un vaste chantier, entre autres, d'élaboration d'une théorie générale de la propriété foncière coutumière. Aussi, est-il réaffirmé que cette propriété traditionnelle était inaliénable du fait de la divinité de la terre et de son appropriation collective plutôt qu'individuelle. Suivi en cela par la plupart des législateurs modernes, l'économie agraire de beaucoup de pays s'en est trouvée plombée du fait de solutions hybrides partagées entre les impératifs du développement et un conservatisme qui se veut fidèle aux héritages traditionnels.

Toutefois notre étude tendait à relativiser l'inaliénabilité en nous appuyant sur les efforts d'élaboration d'une théorie de la propriété foncière de type coutumier ou traditionnel qui ne peut plus buter sur l'obstacle de la sacralité de la terre ni son caractère collectif. Mais elle laisse tout entier le problème de la reconnaissance juridique d'une telle propriété qui reste, tout de même, inaliénable.

¹⁰² P. Ngoma-Binda, *La pensée politique africaine contemporaine*, Paris 2013, p. 252.