

L'ÉVOLUTION DU DROIT FONCIER EN AFRIQUE OCCIDENTALE

Par K. OPOKU

Il n'est guère besoin d'insister sur l'exceptionnelle importance du droit foncier dans des pays à vocation agricole. En effet, dans la plupart des pays de l'Afrique de l'Ouest, l'agriculture constitue, malgré les plans de développement industriel qui se sont succédés à une cadence étonnante et avec beaucoup de bruit, l'activité prédominante de la majorité de la population. On comprend dès lors, sans peine, que sous le régime colonial aussi bien que dans la période de l'indépendance, les problèmes fonciers présentent un intérêt particulier.

L'immensité des terres africaines a depuis très longtemps exercé une sorte de fascination, non sans un mélange de crainte de l'inconnu, sur les Européens, venant des pays qui connaissent la rareté de la terre vacante. La faible densité de population, jointe à l'absence d'une occupation effective et visible ont conduit certains à la conclusion qu'il existerait en Afrique des terres sans maître.

Les méthodes rudimentaires de l'exploitation de la terre, l'insouciance et la facilité avec lesquelles des Africains abandonnaient leurs terres pour en occuper d'autres, leur peu de désir d'aliéner la terre suggèrent à certains que l'Africain n'avait aucune conception de la propriété foncière.

La méconnaissance des règles africaines au sujet de la terre, conduisit les pouvoirs coloniaux à la conclusion qu'il fallait donner aux Africains un droit de propriété à la façon romaine ou européenne.

Ainsi après avoir esquissé la conception négro-africaine de la propriété foncière, nous étudierons les modifications apportées à ce système traditionnel pendant la période coloniale et depuis l'indépendance.

I. La conception négro-africaine de la propriété foncière

On a souvent fait remarquer le sentiment quasi-religieux que beaucoup d'Africains éprouvent à l'égard de leur terre. De cette révérence envers la terre, certains ont déduit la règle de l'inaliénabilité de la terre dans le droit traditionnel. D'autres trouvent le fondement de la règle interdisant l'aliénation dans le caractère collectif de la possession foncière. Quelles sont les caractéristiques de la propriété foncière en droit traditionnel?

Avant d'étudier les caractéristiques du droit foncier négro-africain, il faut résoudre une question préliminaire, d'ordre terminologique, à savoir, l'applicabilité, ou la justesse des concepts et des expressions d'origine européenne à exprimer les notions africaines de propriété et de possession. M. Bachelet, par exemple, nous met en garde contre le danger de déformation dans l'usage des concepts européens¹. Il nous avertit contre toute interprétation individualiste de la possession foncière issue d'un raisonnement européen². Une semblable insatisfaction de l'usage des expressions

1 Bachelet, *Systèmes fonciers et réformes agraires en Afrique Noire* (1968), p. 111.

2 Bachelet, *op. cit.* p. 123.

juridiques occidentales dans l'étude des droits fonciers africains a été exprimée par M. Verdier³.

Il est incontestable que l'on ne peut employer les concepts et les termes juridiques européens, en parlant du système traditionnel, sans courir un certain risque de déformation et de dénaturation. Sommes-nous donc obligés de créer ou de rechercher une nouvelle terminologie juridique, réservée à l'étude du droit traditionnel africain et par là, affirmer l'autonomie d'une science juridique spécifiquement africaine? Nous pensons, pour notre part, que les concepts juridiques en usage en Europe, ou tout au moins, certains d'entre eux, sont suffisamment larges pour englober les institutions africaines. Au lieu de créer une nouvelle terminologie spéciale au droit traditionnel africain, on peut employer les termes occidentaux, quitte à préciser leur contenu quand ils sont appliqués aux droits africains⁴.

L'applicabilité des termes juridiques occidentaux aux problèmes fonciers du droit traditionnel est aussi l'opinion d'un des spécialistes du droit foncier traditionnel, le professeur Bentsi-Enchill. Dans son ouvrage, « Ghana Land Law », il estime que la pratique courante au Ghana d'employer les termes juridiques anglais pour exprimer les rapports du droit traditionnel, ne pose pas de véritables difficultés dans les cas où les rapports du droit traditionnel sont identiques ou analogues aux rapports du droit anglais que les termes décrivent. Mais d'autre part, il y a des cas où les termes anglais, tels que, « usufructuary », « trustee », « life estate » sont employés pour décrire des situations de droit traditionnel qui ne sont pas analogues aux rapports juridiques anglais. Dans ce deuxième cas, l'auteur estime qu'il faudrait trouver des termes plus aptes à exprimer les rapports du droit traditionnel. Selon l'auteur, le droit foncier du Ghana ne requiert pas une terminologie spéciale, différente de celle du droit anglais⁵.

Acceptant donc que les termes juridiques occidentaux sont des concepts assez larges qui peuvent avoir des contenus variables suivant les sociétés auxquelles ils sont appliqués, nous pouvons maintenant commencer à étudier les caractéristiques principales des droits fonciers négro-africains. On peut résumer les caractéristiques principales du droit foncier traditionnel dans les propositions suivantes:

- La terre appartient à un groupe, soit à la famille soit à la communauté (A);
- Le chef de la famille ou le chef de la communauté a la terre sous son administration (B);
- L'aliénation de terre est inconnue (C);
- La propriété individuelle est rare (D).

Il nous faut maintenant préciser le sens et la portée des propositions que nous venons d'énoncer.

A. La terre appartient au groupe, soit à la famille soit à la communauté.

Dans la plupart des sociétés africaines, la terre appartient ou bien à la famille ou bien à la communauté. Par la famille, nous n'entendons pas la famille-ménage, au sens européen mais la grande famille, la famille étendue ou plus exactement, le

³ Verdier, Chef de terre et chef du lignage, *Etudes de droit africain et de droit malgache*, p. 333. Voir aussi Bohannan, «Land», «Tenure» and «Land Tenure», *African Agrarian Systems*, (ed. Biebuick, 1963), p. 101; Smith, The unique nature of the concepts of western law, in *Canadian Bar Review*, Vol. VLVI 1968, p. 191.

⁴ Cf. Batiffol, *Droit International Privé* (1967), p. 341.

⁵ *Ghana Land Law*, pp. xi—xii.

lignage. Cette famille est constituée de tous les descendants d'un ancêtre commun, d'une ligne maternelle dans les sociétés matrilineaires et d'une ligne paternelle, dans les sociétés patrilineaires.

L'accession à la propriété ou à un office quelconque, est en général, basée sur l'appartenance au lignage⁶. La tenure foncière est donc une tenure lignagère. Mais il ne sera pas exact d'affirmer que toute personne étrangère au lignage est exclue de la jouissance de la propriété foncière. Souvent la terre appartient plutôt à la communauté qui se réduit à une collection de lignages, tous ayant un ancêtre commun mythique.

Cet ancêtre mythique est réputé le vrai acquéreur de la terre. Selon certains auteurs, cet ancêtre légendaire aurait conclu une alliance divine avec les dieux du sol et de ce pacte religieux on déduit ou explique le caractère quasi-religieux des sentiments que les Africains éprouvent envers la terre⁷.

Mais il y a une autre manière d'expliquer cette association fondamentale entre l'homme et la terre, qui prend souvent un aspect mystique et religieux⁸. La terre constitue, dans les sociétés agraires, la source principale de richesse. L'homme dépend de la terre pour sa survivance. Les conditions de la terre influencent la société qui s'y installe. Il n'est donc pas étonnant que ce qui dépend de la terre s'y identifie ou que la terre soit l'objet d'un culte.

La terre qui est un patrimoine familial pourvoie aux besoins non seulement des membres vivants de la famille mais aussi de ceux qui sont à naître. Les défunts aussi prennent un intérêt à la bonne gestion du patrimoine commun. C'est cette idée qui est exprimée par la parole d'un chef nigérien :

« A mon avis, la terre appartient à une grande famille dont de nombreux membres sont morts, quelques-uns sont vivants et dont d'innombrables sont à naître »⁹.

Il n'est pas besoin de recourir à une explication religieuse pour comprendre le fait que, par exemple, les Ashanti du Ghana considèrent que la terre appartient aux ancêtres qui continuent à prendre un vif intérêt à sa gestion.

La terre étant un patrimoine collectif et familial, elle est placée sous la gestion du chef.

B. Le chef de famille ou le chef de communauté a la terre sous son administration.

La position du chef de la communauté vis-à-vis de la terre communautaire est très semblable à celle du chef de famille en ce qui concerne la terre familiale, mais les deux positions ne sont pas identiques. Par conséquent, il nous faut d'abord envisager les droits et devoirs du chef de la communauté et puis ceux du chef de famille.

a) Le chef de communauté.

Le chef a sous son autorité la terre communautaire, pour le bénéfice de tous les membres de la communauté. Il possède cette propriété en sa position constitutionnelle de chef et non pas en sa qualité personnelle. Il est plutôt un fideicommissaire,

⁶ Ibid, p. 25; Alliot, M. Cours d'Institutions Privées Africaines et Malgaches, 1963—1964, p. 219.

⁷ Verdier R., op. cit., p. 336.

⁸ Busia K. A. The position of the chief in modern political systems of Ashanti, pp. 40—42.

⁹ Elias, T. O. The Nature of African Customary Law, p. 62; Nigerian Land Law and Custom, p. 182.

un « trustee ». Sa position de « trustee » est illustrée par le fait que, quand une terre est, par exemple, expropriée pour cause d'utilité publique, c'est à l'occupant de la terre et non pas au chef qu'il faut verser l'indemnité. Sa position de « trustee » empêche le chef d'aliéner la terre sans le consentement des autres membres de la communauté.

Le devoir principal du chef est de distribuer la terre aux diverses familles qui constituent la communauté. Lorsqu'une parcelle allouée à une famille est abandonnée, ce qui arrive souvent, ou lorsque la famille s'éteint, chose rare, la terre revient au chef pour une nouvelle allocation aux autres familles. Lors de l'allocation de terre, le chef reçoit les cadeaux de la part des donataires pour exprimer leur reconnaissance et pour signifier qu'ils n'entendent nullement prétendre à aucun titre de propriétaire.

Quand les étrangers désirent avoir des parcelles de terre, ils doivent s'adresser au chef du village, par l'intermédiaire d'une famille déjà établie dans la communauté qui les adopte, souvent par une sorte de pacte de sang. L'allocation faite à l'étranger est aussi accompagnée des cadeaux. L'étranger ne peut aliéner ni louer la terre sans le consentement du chef et de son conseil.

Si une parcelle est abandonnée par l'occupant pendant une longue période, le chef a le droit de la reprendre. De même, le chef peut reprendre la terre si l'occupant ne paie pas certaines redevances traditionnelles. Ces redevances ont un caractère purement symbolique et non pas monétaire. L'occupant qui, par un acte criminel, par la méconnaissance des usages locaux ou par tout autre mauvais comportement, trouble l'ordre public, peut être expulsé par le chef. Mais même évincé, l'occupant garde toujours son droit aux fruits de son travail. Par exemple, s'il a planté des arbres, il a toujours le droit de revenir sur la terre pour y couper les arbres.

Après le décès du chef de la communauté, tous les droits qu'il avait sur les terres communautaires vont, non pas à ses descendants proches mais plutôt à son successeur à la position de chef. Bien sûr, la propriété personnelle du chef et celle qu'il possédait en sa qualité de chef de sa propre famille, vont à ses descendants.

Le fait que le chef de la communauté est souvent aussi le chef de sa propre famille, a engendré beaucoup de confusion.

b) Le chef de famille.

Le chef de famille est unanimement considéré comme un « trustee » qui a sous son administration et sous son contrôle la terre familiale dont il n'est pas propriétaire. La position du chef de famille comme un « trustee » fut affirmée dans la célèbre affaire d'Amodu Tijani v Secretary of State¹⁰. Dans cette espèce, une parcelle de terre, appartenant à une famille de Lagos, avait été expropriée pour cause d'utilité publique. Parmi les questions auxquelles l'on devait apporter une réponse, était celle de savoir à qui l'on devrait payer l'indemnité. La Section Juridique du Conseil Privé devant laquelle l'affaire fut finalement portée, répondit que l'indemnité devait être payée au chef de famille, en tant que représentant de la famille et non pas en sa qualité personnelle. Il devrait ensuite verser la somme aux occupants de la parcelle.

¹⁰ (1921) 2 A. C. 399.

Certains chefs de famille, oubliant leur position de représentant, ont essayé de réclamer pour leur bénéficiaire personnel des droits étendus sur les terres familiales. Cependant, il est certain que cette attitude, souvent inspirée par le désir d'accroître la richesse personnelle, va à l'encontre de l'esprit des droits traditionnels.

La nature représentative de la position du chef est démontrée par le fait qu'il est élu par les membres de la famille. Bien que ce soit le fils aîné du chef décédé qui est souvent élu, il n'y a rien d'automatique à cette règle. On peut estimer que le fils aîné ne remplit pas les conditions requises pour accéder à la dignité de chef. Par exemple, quelqu'un qui est connu pour sa prodigalité, son intempérance ou son manque de diligence, se verra exclu de cet office de peur qu'il ne compromette les affaires familiales. Mais il arrive qu'un chef mourant désigne un successeur. Cette désignation n'est pas concluante en soi mais il faudrait de très graves raisons pour ne pas la suivre.

Le devoir principal du chef de famille de d'allouer les parcelles de terre aux membres de la famille et de veiller à leur bon usage. Son devoir de surveillance implique le pouvoir d'évincer l'occupant qui méprise les usages traditionnels. Mais le chef doit avoir une bonne raison pour évincer un occupant. Sa seule mauvaise humeur, ou son caprice, ne suffit pas. Une bonne raison serait, par exemple, le fait que l'occupant ait essayé d'aliéner sa parcelle de terre sans le consentement du chef.

Comme tout autre membre de la famille, le chef a le droit d'occuper une propriété de la famille. Mais il a en plus le droit de percevoir des loyers et les autres profits. Il est le seul habilité à recevoir de l'argent pour le compte de la famille. On aurait pu penser que, le chef, étant le seul autorisé à recevoir de l'argent, il y aurait une obligation pour lui de rendre compte de son office à la famille. Or, si le chef est tenu d'exécuter son devoir d'une façon équitable et honnête, il n'est pas obligé de rendre compte aux autres membres de la famille¹¹. Le seul remède qu'il reste à une famille, mécontente de son chef, c'est de le changer.

Les pouvoirs d'administration du chef de famille connaissent une autre limitation, du fait qu'il existe une règle contre l'aliénation de terre.

C. L'aliénation de terre est interdite dans le droit foncier traditionnel.

L'opinion très répandue et généralement acceptée, est que dans le système foncier négro-africain la terre est inaliénable. Selon Elias, il n'y a peut-être pas d'autre règle plus fondamentale dans le droit foncier traditionnel du Nigéria que celle de l'aliénation de terre, leur explication du fondement de cette règle diffèrent. Kouassigan¹⁴. Si tous les auteurs s'accordent sur l'existence d'une règle contre l'aliénation de terre, leur explication du fondement de cette règle diffèrent. Certains auteurs donnent à cette règle un fondement religieux, d'autres préfèrent un fondement économique.

Selon l'explication religieuse, la terre aurait une origine divine, datant du pacte religieux passé entre le premier occupant et les dieux de la terre. Cette origine divine interdit toute transaction tendant à mettre la terre dans le commerce. Selon M. Verdier:

¹¹ Sarbah, *Fanti Customary Law*, p. 78.

¹² *Nigerian Land Law*, p. 181.

¹³ *Family Property Among the Yoruba*, p. 34.

¹⁴ *L'homme et la terre*, p. 89.

« Le droit sur la terre prend ici sa source dans le pacte initial d'alliance entre la terre et le premier occupant et se transmet à ses héritiers, à qui incombe la charge de réactualiser périodiquement l'alliance dans le culte agraire »¹⁵.

Cette théorie d'alliance sacrificielle, nous dit M. Van den Wiele, se trouve dans la légende et dans la théorie de la force vitale selon laquelle « le premier homme du clan, songeant à s'établir s'arrêta en un lieu qui parut lui convenir, mais il dut au préalable obtenir l'autorisation de la puissance surnaturelle qui l'habitait »¹⁶.

L'explication religieuse connaît une variante qui repose sur la notion africaine de l'appropriation. Selon la pensée africaine, seules les choses obtenues par les efforts humains, individuels ou collectifs, peuvent être l'objet de propriété et par conséquent, l'objet d'aliénation. La terre, comme la mer, les rivières et l'air ne sont pas le résultat des efforts humains mais de la création divine et ne pourraient être l'objet d'une appropriation. Ceci explique le diction africain qu'on trouve chez plusieurs peuples: « La terre est à Dieu ».

Mais si la terre n'appartient pas à l'homme, celui qui cultive une parcelle de terre, et par là joint ses efforts personnels à la création devient propriétaire de tout ce qu'il y met et de tout ce qui résulte de ses efforts. Ainsi celui qui plante des arbres fruitiers est propriétaire non seulement des arbres mais aussi des fruits qui y poussent. Le travail est donc le véritable fondement des droits de propriété dans la pensée juridique africaine.

Cette variante de l'explication religieuse pourrait, avec justesse être qualifiée de sociale car elle explique le caractère collectif des tenures traditionnelles. Etant donné le caractère très rudimentaire des outils et les denses forêts, un homme seul peut défricher très peu de terre. Il lui faudra donc faire appel à la famille et à la communauté. La terre ainsi défrichée, grâce à l'effort collectif, devient une propriété collective.

L'explication religieuse et sa variante sociale ne sont pas les seules explications de la règle contre l'aliénation de terre.

L'explication économique est fondée sur le principe de demande et d'offre. En effet, les tenants de cette explication disent: on ne peut vendre une commodité si elle se trouve en telle abondance. Dans ce cas il n'y aura aucune demande. Il n'y a pas de vente par manque d'acheteur. Il n'y aurait donc pas une véritable règle contre l'aliénation de terre mais plutôt une rareté de vente par manque d'intérêt matériel et financier.

Que penser de ces explications du fondement de la règle de l'inaliénabilité de la terre en droit traditionnel? Il est indéniable que l'explication religieuse paraît, au premier abord, très vraisemblable. Tous les africanistes estiment que la religion et les interdits religieux jouent un rôle considérable dans la vie africaine. Il aurait été très étonnant que la terre, la plus importante source de richesse, ne soit entourée de règles d'ordre religieux, et soit souvent considérée comme une divinité. Mais on ne peut expliquer la règle de l'inaliénabilité en se référant au caractère sacré de la terre. Même dans les régions où la terre ne fait pas l'objet d'un culte, on trouve une telle prohibition.

L'explication fondée sur le caractère collectif des droits fonciers et du travail agricole en Afrique, présente beaucoup de poids. Cette argumentation est basée sur le mode d'acquisition, partout reconnu en Afrique: le travail. Mais cette argumen-

15 Op. cit., p. 336.

16 Van den Wiele, *Le droit des biens dans la coutume et son évolution dans l'Etat du Congo*. Cours professé à l'Institut des Hautes Etudes d'Outre-Mer 1964-65. p. 28.

tion explique seulement le caractère collectif des droit fonciers et l'opposition entre les droits individuels et les droits collectifs et ne justifie pas l'interdiction faite à la collectivité entière.

L'explication économique paraît être la plus acceptée parmi les juristes anglophones. Ainsi, Elias, après avoir examiné les divers arguments, se prononce en faveur de l'explication économique¹⁷. Malgré le poids considérable de cette explication, elle n'explique pas tout. Elle n'explique pas la diminution de la force de cette interdiction dans les régions où l'activité économique n'est pas très avancée.

Les insuffisances de toutes ces explications de la règle de l'inaliénabilité, nous oblige à combiner les raisons d'ordre socio-économique pour obtenir une explication satisfaisante. Chacune des théories que nous venons d'étudier, nous semble-t-il, met l'accent sur certains aspects du droit foncier et néglige les autres.

Quelque soit le fondement véritable de la règle de l'inaliénabilité, il est indiscutable que de nos jours l'aliénation de la terre est assez fréquente dans l'Afrique de l'Ouest. On la signale chez les Ashantis et les Ewes du Ghana, les Ibos et les Yorubas du Nigeria, les Baulés de la Côte d'Ivoire et les Ouolofs du Sénégal¹⁸.

La discussion de la règle de l'inaliénabilité de la terre nous amène naturellement, à nous demander si dans ce système où la terre est en général une propriété collective, l'individu peut être propriétaire de la terre ou si, au contraire, la propriété individuelle y est inconnue.

D. La propriété individuelle est rare.

Si la propriété foncière est, dans le droit traditionnel négro-africain, collective, appartenant à la famille ou à la communauté, et que l'origine divine ou mystique de l'acquisition de la terre a engendré une règle ou une pratique de non-aliénation de terre, nous sommes amenés à nous demander quel est au juste le droit que l'individu peut avoir sur la terre.

L'opinion générale est que la notion de propriété individuelle n'existe pas dans le droit traditionnel. Cette opinion se trouve exprimée dans l'affaire célèbre d'Amodu Tijani v Secretary of Southem Nigeria¹⁹. Le juge y déclare que:

« Pour comprendre le droit foncier indigène, il faut se rappeler que la notion de la propriété individuelle est tout à fait étrangère aux conceptions indigènes. La terre appartient à la communauté, au village ou à la famille mais jamais à l'individu ».

Une semblable opinion est exprimée par M. Labouret:

« Le mot propriété dont nous usons bon gré mal gré à notre insu, au sens romain, avec ses attributs si crûment dessinés, ne convient pas ici: son seul emploi serait souvent source d'erreur. Celui de possession ou du droit possessif exprime mieux la relation conçue de l'homme avec son bien²⁰.

Quel est cette notion de propriété que l'on prétend de ne pas trouver dans le droit traditionnel? Pour les juristes français, et les autres juristes de la tradition romaine, la notion de propriété a un sens assez précis. Dans cette conception, la propriété comporte trois prérogatives, reconnues au titulaire de ce droit: l'« usus » ou le droit

17 Nigerian Land Law and Custom, p. 181.

18 Bachelet, op. cit. 184.

19 (1921) A. C. 399, 404

20 Paysans d'Afrique Occidentale, Paris 197.

de se servir de la chose, le « fructus » ou le droit aux produits de la chose et l'« abus » ou le droit d'en disposer soit par la consommation soit par l'aliénation ou par la destruction. En plus la propriété est perpétuelle et ne cesse pas au décès du propriétaire. Elle se transmet aux héritiers du propriétaire à moins qu'il n'y ait des dispositions testamentaires contraires. Le juriste français considère donc qu'un droit qui ne répond pas aux caractéristiques que nous venons d'énumérer, n'est pas pleinement un droit de propriété absolu²¹. Au plus il admettra que ce droit pourrait être classé parmi un des démembrements de la propriété, d'ailleurs assez limités en droit français.

Le titulaire du droit de propriété en droit traditionnel, a, en général, toutes les prérogatives qu'un propriétaire français a sur sa terre, sauf le pouvoir d'aliéner. Il a l'« usus » car il peut faire sur sa parcelle tous les usages qui ne sont pas interdits par le droit traditionnel. Il jouit de tous les fruits de son travail sur la terre. Mais le propriétaire africain n'a pas cette prérogative importante qui est le droit d'aliéner. Devrions-nous donc en conclure qu'il n'est pas vraiment un propriétaire puisque la liberté de disposition ne lui est pas reconnue? La propriété et l'inaliénabilité ne sont pas complètement contradictoires. Evidemment pour un juriste français, il n'est pas facile d'accepter l'idée que l'on puisse être propriétaire sans avoir le droit de disposer librement de la chose. Comme nous l'avons déjà dit plus haut, la règle de l'inaliénabilité doit être considérée comme un moyen de protéger le patrimoine commun. Chaque société a le devoir de protéger ses ressources les plus importantes. La terre se trouve être la ressource la plus importante dans les pays africains et par conséquent, soumise à des réglementations assez strictes quant à son aliénation.

Même dans les systèmes romanistes, la propriété connaît de nos jours des limitations considérables. C'est ainsi que le législateur peut apporter aux droits de propriété des restrictions établies dans l'intérêt général. Ces restrictions peuvent être dictées par des raisons de développement économique, de salubrité ou même par des raisons d'ordre esthétique. En somme on reconnaît même dans les pays de l'individualisme la fonction sociale de la propriété foncière.

Si le juriste français accepte difficilement la conception d'un propriétaire qui n'a pas le droit d'aliéner la chose, le juriste anglais, en revanche ne serait pas trop surpris par l'idée. La Common Law n'a pas toujours admis que le propriétaire d'un « freehold » puisse librement en disposer. Les règles féodales l'obligeaient à la transmettre à son héritier.

La conception négro-africaine de la propriété rejoint, à un autre égard, celle de la Common Law. Selon la théorie, personne n'est propriétaire absolu de la terre en Angleterre. La propriété absolue existe au profit de la couronne. Tous les propriétaires anglais possèdent donc des droits subordonnés au rendement de quelques services féodaux ou au paiement en argent. Mais nous savons qu'en réalité le propriétaire anglais, celui qui a un « fee simple » a autant de prérogatives que le propriétaire français. De même, dans le droit traditionnel africain, la propriété absolue se trouve investie dans la famille ou dans la communauté. L'idée que la notion de propriété est étrangère au droit traditionnel, pourrait, semble-t-il s'appliquer au droit anglais avec autant de justifications²².

21 David, R. Les grands systèmes de droit contemporains, 1969, p. 359.

22 Bentsi-Endhill, op. cit., p. 222.

On a aussi comparé le propriétaire africain à un usufruitier. Mais il est clair que cette assimilation n'est pas exacte. On sait que dans le droit français, l'usufruit donne à son titulaire le droit d'user, pendant sa vie, et de jouir des biens d'une autre personne, à charge d'en conserver la substance. Au décès de l'usufruitier, son droit s'éteint. Le propriétaire africain ne jouit pas d'un « jus in re aliena ». D'abord parce qu'il détient une parcelle de terre appartenant à une famille dont il est membre. Le décès ne met pas fin à son droit, qui est transmissible à ses proches parents.

La proposition niant l'existence de la propriété individuelle en droit traditionnel, devient difficile à soutenir, si l'on accepte que dans un passé lointain, un individu ou un groupe d'individus ont acquis la terre. D'ailleurs, la notion de propriété familiale suppose une acquisition originale par le fondateur de la famille.

Comme nous l'avons dit à maintes reprises, chaque individu a droit aux fruits de son travail. Si une personne défriche une parcelle de terre et la cultive, il devient difficile de nier qu'il en acquiert la propriété. Mais il y a deux raisons principales pour la rareté de la propriété individuelle en droit traditionnel. La première tient à la nécessité du travail collectif dans le monde africain, la seconde est due aux règles de succession.

Le caractère rudimentaire des outils agricoles dans les pays africains, et l'immensité de la forêt, militent contre l'acquisition individuelle. Dans beaucoup de régions tropicales telles que les pays Ashanti ou Yoruba, pour rendre la terre utilisable, il fallait faire appel aux autres membres de la famille ou de la communauté. Cet appel aux efforts collectifs empêchait la naissance d'une propriété individuelle²³. Les règles de succession ne sont pas non plus favorables à la constitution de la propriété individuelle. Au décès du propriétaire, toute terre acquise à titre personnel se trouve transmise à la grande famille, à défaut de dispositions testamentaires contraires. Le testament étant assez rare dans la plupart des sociétés africaines, on peut comprendre comment les terres deviennent propriété familiale. On assiste donc à un processus inverse à l'individualisation de la terre qui résulte de l'acquisition individuelle.

L'acquisition individuelle peut se faire par le moyen des cadeaux. L'individu peut recevoir une parcelle de terre à titre gratuit d'un groupe qui n'en a pas besoin. De la même façon, par un accord commun, les membres de la famille peuvent partager la terre familiale et ainsi mettre fin à l'indivision qui est la condition normale de la terre. Cela ne fait aucun doute que l'individu qui acquiert une parcelle de cette manière en a la propriété à titre personnel. Ceci est de jurisprudence constante tant au Ghana qu'au Nigéria²⁴.

Au terme de ces discussions, nous pouvons conclure que le caractère collectif de la propriété foncière en droit traditionnel ne favorise guère l'apparition de la propriété individuelle et décourage également l'aliénation de terre. La notion de propriété dans le droit africain est essentiellement la même que celle que l'on trouve dans beaucoup de communautés agricoles. Elle a pour premier souci, la sauvegarde de la terre, source de richesse. De ce souci sont nées des limitations aux droits individuels. Ceci n'empêche tout de même pas la naissance de la propriété individuelle. Le chef dont le consentement était nécessaire pour tout acte affectant

²³ Rattray, R. S. *Ashanti Law and Constitution*, p. 348.

²⁴ Ghana — *Lokko v Konklofi* (1907) Ren. 450; *Sam v Tham* (1924) D. Ct. 1921—25, 63; *Kodadja v Tepko* (1931) D. Ct. 1929—31, 45. Nigeria — *Lewis v Bankole* (1906), 1 N. L. R. 86; *Oshodi v Balogun* (1936) 4. W. A. C. A. 1.

la terre n'avait pas plus de droits qu'un simple particulier sur la terre collective. Ces caractéristiques du droit foncier traditionnel devaient connaître des modifications, liées au phénomène de la colonisation et au passage d'une économie de subsistance à une économie de marché.

II. Les modifications du droit foncier traditionnel

Le droit foncier traditionnel, tel que nous l'avons vu plus haut, était conçu pour une société traditionnelle où les intérêts collectifs correspondaient à ceux des chefs politiques qui connaissaient bien les limites de leur pouvoir. Dès que les intérêts des gouverneurs et ceux de la collectivité entière ne furent plus les mêmes, les oppositions se sont montrées. Ainsi la présence des autorités coloniales qui ne voyaient pas les problèmes fonciers de la même façon que les Africains, était propre à créer des difficultés. Le pouvoir colonial cherchait à étendre ses droits au préjudice des Africains qui entendaient garder leur terre selon les règles traditionnelles.

Laissée longtemps isolée et privée des courants de la modernisation, la société traditionnelle avait produit un système foncier qui répondait aux besoins d'une économie fermée. Le contact avec l'Europe créa des besoins nouveaux dans la société africaine et l'obligea à sortir de l'économie de subsistance pour l'économie de marché, et entraîna aussi des modifications dans les rapports fonciers.

Aussi après avoir étudié les prétentions de l'Etat colonial sur les terres africaines, nous nous attacherons à étudier les transformations provoquées dans le droit foncier par le contact avec l'Europe.

A. Les prétentions de l'Etat colonial sur les terres africaines

Les vastes étendues de terres inexploitées et apparemment sans maître, ont attiré dès le début de la colonisation, l'attention du pouvoir colonial, qui voulait non seulement accroître son contrôle sur toute l'étendue des territoires, mais aussi assurer la mise en valeur de ces territoires. Pour ce faire, on eut recours à la théorie du domaine éminent et aussi à la notion de biens vacants et sans maître.

La théorie du domaine éminent comporte deux propositions: que les chefs africains avaient, avant la colonisation, la propriété éminente des terres qui se trouvaient dans leur région, et que ce droit a été transféré, par suite de conquête ou par traité, au pouvoir colonial qui leur a succédé.

Cette théorie a été employée par les Britanniques aussi bien que les Français au cours de leur longue histoire de colonisation. Mais en ce qui concerne l'Afrique de l'Ouest, les Français l'ont utilisée davantage que les Britanniques.

Les Britanniques, en général, n'adoptèrent pas la politique que les « terres vacantes et sans maître » appartenaient à l'Etat. Mais les tentatives dans cette direction ne manquaient pas. Ainsi au Ghana, le gouvernement se proclama propriétaire des minéraux se trouvant dans le sous-sol dans la région du nord, par le « Minerals Ordinance » de 1936. Dans la région centrale, en pays Ashanti, les Britanniques prétendaient avoir droit à la terre de Kumasi, la capitale régionale, mais en 1943, cette terre fut transférée au roi d'Ashanti (« Asantehene »). Dans le sud du Ghana,

dite « la Colonie », le gouvernement essaya en 1897 par le « Public Lands Bill » d'établir le droit de la Couronne à toutes les terres de la Colonie mais cette tentative souleva la colère et l'opposition des chefs et des intellectuels qui protestèrent contre cet acte de spoliation. La tentative fut abandonnée.

Non seulement le gouvernement ne prétendit-il pas, en général, avoir des droits sur les terres du Ghana, mais au contraire, il prit des dispositions, pour sauvegarder les droits de la population africaine. Ainsi dans le Nord du Ghana, le « Land and Native Rights Ordinance » proclama que les terres de la région étaient la propriété des indigènes et les soumit à la protection et au contrôle du gouverneur, pour le bénéfice des indigènes. A part les droits des Africains, tout autre titre ou concession accordé sans l'autorisation préalable du gouverneur était censé nul et sans effet.

Des lois semblables furent passées pour les autres régions du Ghana. En somme, les droits fonciers traditionnels au Ghana n'étaient pas directement bouleversés par les Britanniques qui reconnaissaient aussi qu'il n'y avait pas de terre vacante au Ghana²⁵.

Comme au Ghana, les Britanniques n'eurent pas de prétentions sur les terres nigériennes, sauf dans le cas de Lagos qui était différent de celui des régions orientale, occidentale et du Nord²⁶.

A Lagos, le gouvernement britannique prétendait avoir des droits sur les terres, par suite du traité signé entre ses représentants et le roi Docémo du Lagos en 1861. Selon les Britanniques, la Couronne britannique aurait succédé aux droits de Docémo. Comme nous essayerons de le démontrer plus tard, ces prétentions étaient sans aucun fondement. Cette question fut soulevée dans l'affaire célèbre de l'Attorney-General of Southern Nigeria v John Holt²⁷ et dans une autre affaire, souvent citée, Amodu Tijani v Secretary, Southern Provinces²⁸.

Ayant reconnu la fausseté de leur prétention, sur le rapport d'une commission d'enquête présidée par Sir Mervyn L. Tew, les Britanniques renoncèrent à toutes les prétentions de la Couronne et reconnurent que les terres de Lagos continuaient d'être régies par les principes du droit traditionnel.

Dans le cas du Nigéria du Nord, il n'était pas question de succession du gouvernement britannique aux Emirs puisque cette partie du pays était un protectorat. Toutefois, le gouvernement pouvait acquérir des titres fonciers par cessions. Les prétentions du Royal Niger Company aux titres fonciers dans le Nord par voie de traité avec les chefs locaux furent rejetées par le « Northern Lands Committee » de 1908. En 1910 fut promulgué le « Land and Native Rights Proclamation ». L'article 2 de cette loi déclarait que toutes les terres du Nord, occupées ou non, étaient des terres indigènes. L'article 3 disposait que: « toutes les terres indigènes sont mises sous les contrôle du Gouverneur. Ces terres seront administrées pour le bénéfice des indigènes du Nord du Nigéria. Aucun titre d'occupation ou d'usage ne serait valable qu'avec l'accord du Gouverneur ». Le Gouverneur devait être guidé dans ses décisions par le droit traditionnel et les usages locaux. Il pouvait concéder les baux et les droits d'occupation mais toute tentative par le concessionnaire d'aliéner son droit entraînait la perte de ce droit.

25 Bentsi-Enchill, *op. cit.* 22.

26 Elias, *op. cit.* 6—58.

27 (1910) 2 N. L. R. 1.

28 (1921) 3 N. L. R. 21.

Dans les régions orientale et occidentale du Nigéria, les mêmes principes de la protection des terres indigènes furent suivis. Le « Native Lands Acquisition Proclamation » de 1900 interdit aux étrangers d'avoir des droits fonciers, sans l'accord du Gouverneur. Le but était de contrôler l'aliénation des terres faites par les habitants au profit des étrangers.

Bien que le gouvernement ne prétendit avoir des droits étendus sur les terres indigènes, le « Public Acquisition Ordinance », autorisa le gouvernement à occuper les terres vacantes pour cause d'utilité publique sans compensation. Il va sans dire que l'expropriation des terres occupées n'était possible que moyennant une indemnité raisonnable.

La politique des Britanniques en matière foncière était, au moins au début de la colonisation, le contraire de celle du gouvernement français.

Le gouvernement français se proclama propriétaire éminent des terres coloniales en tant que successeur aux droits des anciens chefs locaux, auxquels il s'était substitué. De plus, le gouvernement français se déclara propriétaire des terres vacantes et sans maître (Art. 10 du décret du 23. 10. 1904). La France fondait sa prétention aux terres africaines sur les traités passés avec les chefs locaux; selon ces traités toutes les terres et les droits de souveraineté de ces chefs seraient transférés à la France, en tant que successeur. Ces prétentions provoquèrent beaucoup de procès, notamment celui du Cayor. Dans cette affaire, la France, faisant état de sa qualité de successeur de l'ancien chef du Cayor (Sénégal), et des traités qu'elle avait signés le 26 août 1833 avec le Danel de Cayor et ceux de 1764 et 1765 avec ses prédécesseurs, revendiquait les droits sur les territoires ainsi acquis et sur ceux acquis par suite de conquête, et tous les droits ayant appartenu à l'ancien chef. La France considérait les indigènes qui occupaient des parcelles de terre dans cette région, comme n'ayant qu'un droit de jouissance précaire et révocable. Cette thèse fut acceptée pendant longtemps par la jurisprudence²⁹.

Malgré les critiques qu'elle soulevait, la théorie de domaine éminent resta en vigueur jusqu'en 1933 quand un arrêt de la Cour d'Appel de l'A.O.F. la condamna. mettant en relief le caractère illégitime de droits sans titre que les anciens souverains du Dahomey prétendaient avoir³⁰.

La prétention de l'Etat colonial d'avoir acquis des droits de propriété par suite de succession et par des traités signés avec les souverains locaux est critiquable à plusieurs égards.

Du point de vue du droit international public, il n'est pas certain qu'on puisse considérer les traités signés entre un pouvoir colonial et un chef africain comme valables. Le traité de droit international public, comme le contrat de droit privé interne, est un accord entre deux ou plusieurs personnes ayant la personnalité juridique. Il s'ensuit donc qu'il ne peut y avoir de traité entre un Etat, sujet de droit international public et une autre personne, comme le chef tribal, qui n'a pas de personnalité juridique en droit international. De plus, la plupart de ces traités, faits après conquête, étaient rédigés en français, et signés par les chefs illettrés qui ne se rendaient pas compte de l'étendue des concessions ainsi faites au vainqueur. Ce dernier y mettait souvent toute la pression que l'on peut imaginer.

29 Cour d'appel de l'A. O. F. 8 février 1907, Daour Diop et Consorts et Louis Abadie c. domaine de l'Etat, Rec. Dareste 1907, p. 78; Cour d'appel de l'A. O. F. 1er mars 1907, Abdon Cogna Diop et Abadie c. Alpha Diol, domaine de l'Etat et Ficatier, Rec. de la Législation Coloniale 1907, p. 97; Cour d'Appel de Bordeaux, 24 juin 1903, Rec. Dareste, 1904 III, p. 159; Cour d'Appel de l'A. O. F. 16 juillet 1915, Rec. Dareste 1916 III, p. 76.

30 Cour d'Appel de l'A. O. F., 10 mars 1933, Etat français c. D'Almeida, Penant 1933, I, p. 252.

Du point de vue du droit interne, cette prétention aux droits de propriété, fondée sur la théorie du domaine éminent, était critiquable.

La Révolution Française était faite, inter alia, pour abolir les droits et les privilèges féodaux, et il devient difficile de soutenir que le droit éminent, aboli en France, au nom du droit naturel, était pourtant applicable en Afrique.

Du point de vue du droit africain, la prétention de l'Etat colonial à des droits fonciers par suite de sa succession aux souverains locaux était sans doute insoutenable. Nous avons suffisamment démontré que les chefs n'étaient pas les propriétaires des terres qui se trouvaient dans leur région. La terre, patrimoine collectif, était seulement placée sous l'administration du chef qui, en tant que chef, ne pouvait prétendre à des droits fonciers. Pour transférer la propriété, il aurait dû en être propriétaire. Comme le dit la maxime, « nemo dat quod non habet ». Tout ce que le chef aurait pu transférer au pouvoir colonial, c'était la souveraineté politique (« imperium »), et non pas le « dominium » qui appartenait à la collectivité. Comme le remarque M. Kouassigan, « Les liens du sujétion étaient personnels et non réels »³¹.

L'Etat colonial fondait ses prétentions aux terres africaines non seulement sur sa qualité de successeur des anciens chefs locaux mais aussi sur sa qualité d'Etat, pour recueillir les biens vacants et sans maître. L'article 1 du décret du 15 novembre 1935, comme l'article 10 du décret du 23 octobre 1904, disposait que les terres vacantes et sans maître en A.O.F. appartenaient à l'Etat.

Cette deuxième prétention non plus n'était pas fondée. C'est un lieu commun de dire que, si les immenses terres en Afrique sont souvent inexploitées, il serait rare d'en trouver que l'on puisse considérer comme sans maître. Comme l'affirme M. Bentsi-Enchill, c'est un principe du droit traditionnel au Ghana qu'il n'y a pas de terres sans maître dans le pays³². Cette observation pourrait être étendue aux autres pays de l'Afrique Occidentale.

La motivation principale des prétentions coloniales, était celle d'assurer la mise en valeur des terres et d'apporter aux droits fonciers traditionnels les modifications qui répondent aux exigences de la vie moderne et du développement économique.

B. Les transformations du droit foncier traditionnel

Sous le régime colonial, le statut des personnes comportait deux systèmes distincts: celui du droit européen et celui du droit traditionnel. A cette dualité de statut des personnes correspondait, dans les colonies françaises, une dualité de statut foncier. Le statut de la propriété était déterminé, en général, par le statut personnel du propriétaire: la propriété des personnes de statut européen était régie par le Code Civil ou le système de l'immatriculation. La propriété des personnes de statut traditionnel, était soumise au droit traditionnel. La position dans les territoires britanniques était différente, étant donné la politique générale d'empêcher l'acquisition des droits fonciers par les Européens.

Comme dans la matière de statut des personnes, les dispositions furent prises pour permettre aux indigènes qui le désiraient, de soumettre leur propriété au droit européen. Ce dernier, par rapport au droit traditionnel, présentait certains avantages et répondait mieux aux exigences du développement du pays.

³¹ op. cit. 234.
³² Op. cit. 175.

Le souci du développement était aussi la motivation des prétentions de l'Etat français sur les terres africaines. En effet le développement des colonies exigeait la certitude et la stabilité en matière foncière. Le caractère collectif de la propriété foncière ne favorisait pas la certitude car on n'était jamais sûr que celui qui prétendait avoir le droit de céder une parcelle de terre était véritablement autorisé à faire cette session. L'achat de terre réservait souvent beaucoup de surprises pour l'acheteur. Après l'aliénation de la terre plusieurs personnes viendront faire des revendications. L'incertitude des frontières entre les parcelles ajoutait encore à l'instabilité des droits fonciers.

Les grandes sociétés concessionnaires préféraient tenir leur concession de l'Etat colonial que des chefs tribaux. Il n'est pas besoin de réfléchir longtemps pour comprendre que les concessionnaires préféraient avoir affaire avec le gouvernement colonial. Ceux qui détenaient le véritable pouvoir économique dans les colonies étaient convaincus de la nécessité d'introduire un système foncier qui offrait plus de stabilité et qui permettait de connaître plus facilement les titulaires des droits fonciers.

L'introduction de la propriété foncière individuelle, par le système de l'immatriculation et de la constatation, fut réalisée par étapes successives. Déjà en 1865 l'arrêté qui déterminait les formes dans lesquelles les terrains vagues pouvaient être concédés, invitait les indigènes à demander des titres réguliers de concessions, faute de quoi ils ne pouvaient s'attendre à la protection de la loi. Comme on pouvait le prévoir, aucun Africain qui détenait sa terre selon les règles traditionnelles ne demanda ce titre de concession. Comment pouvait-il en être autrement? Le possesseur africain, convaincu d'avoir un titre incontestable, reconnu par le droit traditionnel, ne voyait pas l'utilité de demander à un étranger une légalisation de son droit et par là mettre ses droits en question.

Un décret du 8 octobre 1925 institua un mode de constatation des droits fonciers des indigènes de l'Afrique Occidentale Française (Des décrets semblables furent promulgués pour le Togo-décret du 15 août 1934 et pour le Cameroun-décret du 21 juillet 1932). Le but essentiel du système établi par ces décrets était de constituer, de définir et de garantir, par la création d'un registre, les droits appartenant aux Africains qui en faisaient la demande. Un titre délivré après enquête sur le terrain et l'examen des oppositions, confirmait le possesseur dans les droits qu'il énumérait, comme lui appartenant et conformément au droit traditionnel. Cette procédure n'était pas obligatoire et avait un but éducatif: celui de préparer les Africains au régime de la propriété individuelle. Mais ce système n'eut pas de succès auprès des Africains qui n'en voyaient pas l'utilité.

Les Africains des territoires français, même ceux qui gardaient leur statut traditionnel et dont la propriété, en principe, relevait du droit traditionnel, pouvaient aussi avoir recours non seulement au système du Code Civil mais aussi à celui de l'immatriculation. Le système de l'immatriculation, inspiré du système australien de l'Act Torrens, fut introduit par le décret du 24 juillet 1906, modifié par le décret du 26 juillet 1932. Sous ce système, l'immeuble immatriculé est pourvu d'un livret, inscrit sur un registre. Ce livret contient mention de toutes les transactions concernant l'immeuble. Après l'immatriculation, l'immeuble ne changeait pas de statut avec le statut des propriétaires successifs. Le décret permettait aux indigènes, qui détenaient les terres selon le droit traditionnel, de les faire immatriculer. L'immatriculation avait pour effet de confirmer les indigènes qui en faisaient

demande, dans leur droit d'usage, et d'y adjoindre le droit d'aliéner, et ainsi de les rapprocher du droit de propriété, selon la conception romaniste.

Les effets de l'immatriculation étaient contraires à l'esprit du droit foncier traditionnel. L'immatriculation permettait aux collectivités ou à certains de leurs membres de faire immatriculer la terre collective et par là faire sortir la terre du patrimoine collectif. Le système conférait un titre définitif qui, sauf en cas de vol, ne pouvait être attaqué, et même en ce cas, par une action personnelle et non pas réelle, contre l'auteur du dommage.

L'immatriculation était en principe facultative, mais dans certains cas, elle était obligatoire. Elle était obligatoire pour toute aliénation faite par un indigène au profit d'un Européen.

Le régime de la constatation et celui de l'immatriculation avaient tous le même but: encourager l'individu à sortir de l'indivision de la tenure collective traditionnelle, de se dégager de l'emprise de la collectivité, pour entrer effectivement dans le courant de l'économie moderne.

Le même besoin de faire évoluer le droit foncier traditionnel était reconnu par le gouvernement britannique mais il ne semble pas avoir agi avec la même urgence. En effet aucune législation n'était passée pour encourager les Africains à mettre les terres régies par le droit traditionnel sous l'empire de la Common Law. Bien sûr, deux Africains, profitant de la dualité des lois existant en matière foncière pourraient d'un accord commun placer leur terre sous la Common Law. Mais dans ce cas il n'y avait pas de règle spéciale pour les questions foncières. On appliquait les règles générale pour déterminer quel système, droit traditionnel ou Common Law, devait régir leur transaction. Les juges de la Common Law n'acceptaient pas facilement qu'une parcelle de terre, tenue selon le droit traditionnel passe sous l'empire de la Common Law, simplement parce que les transactions relatives à cette terre avaient été faites selon le droit anglais. Ainsi dans deux arrêts, il a été décidé qu'une parcelle de terre, régie par le droit traditionnel, qui a fait l'objet d'une hypothèque anglaise, puis l'objet d'une aliénation dans les formes anglaises ne cessait pas d'être régie par le droit traditionnel³³.

Les Britanniques ont si peu dérangé les règles de tenure foncière qu'un auteur a pu écrire que la loi applicable aux questions foncières était le droit traditionnel³⁴. Suivant la tendance habituelle des Britanniques, la conviction de la nécessité d'un système foncier moderne ne les amena pas à tenter de modifier directement le système traditionnel. Ils préféreraient laisser s'opérer ces changements indirectement par les effets de leur présence. L'intervention directe par voie de législation n'était pas à leur goût. Il faut dire que même dans les pays francophones où le législateur est intervenu directement, la plupart des Africains n'adoptèrent pas le nouveau système. De plus, il n'est pas certain que l'intervention législative était faite pour le bonheur du pays³⁵.

Qu'on applausisse à l'intervention législative ou non, il faut convenir qu'elle indiquait la voie que le développement du pays allait suivre. L'effet du contact entre les Européens et les Africains, sous la forme de la colonisation, cette forme d'acculturation typique de notre époque, était l'adoption par l'Africain des habitudes, des méthodes et de la culture du colonisateur. Un des effets de ce contact, était l'intro-

33 *Adjuah v Wilson* F. C. 1926—29, p. 261; *Enimil v Tuakyi* (1950) 13 W. A. C. A. 8.

34 Bentsi-Endhill, *op. cit.* 23.

35 Cf. Kéba M'baye. *Droit et Développement en Afrique Francophone de l'Ouest*, in *Les Aspects Juridiques du Développement Economique* (ed Tunc), 1966, 135.

duction de la culture de certains produits pour l'exportation vers les pays industrialisés. La production pour l'exportation marque le passage d'une économie de subsistance à une économie de marché. Cette nouvelle économie implique l'adoption de vues et de valeurs appropriées qui entraînent l'affaiblissement de la tenure collective en faveur d'une individualisation de la propriété foncière. L'introduction de produits d'exportations a eu des effets décisifs sur la conception des tenures foncières en ce sens que la culture de ces produits, par exemple, le cacao, exige des travaux qui durent des années et le planteur doit avoir la certitude que sa possession de la terre ne sera pas discutée. D'où la tendance de celui qui plante des arbres à se considérer non seulement comme propriétaire de ces produits mais aussi de la terre. Cette possession de fait est progressivement acceptée par le droit traditionnel d'autant plus facilement que de tous temps on a reconnu le travailleur comme propriétaire des fruits de son travail.

L'attitude générale des Africains envers la terre change sous les effets du contact avec l'Europe. Nous avons déjà vu que dans la société traditionnelle, la terre était souvent l'objet d'un culte et l'on montrait beaucoup de révérence à son égard. Le christianisme, qui en Afrique allait de pair avec la colonisation, exigeait une conversion totale de la mentalité de l'Africain. La nouvelle religion faisait perdre aux institutions africaines leur caractère sacré et les exposait à l'épreuve de l'efficacité. L'inadaptation des institutions anciennes à la nouvelle situation devenait de plus en plus évidente et celles-ci étaient obligées de justifier leur existence. Comme le dit M. Kouassigan :

« Les choses perdent de leur signification ontologique pour n'apparaître désormais que dans leur utilité pratique »³⁶.

Cette désacralisation de la terre est allée si loin que, par exemple, à Kumasi, on a pu convertir un ancien cimetière en jardin d'enfants.

Désormais l'accent sera mis sur l'exploitation efficace de la terre et le respect des règles traditionnelles va perdre de l'importance.

III. Les réformes du droit foncier

L'accession à l'indépendance par les pays ouest-africains n'a pas entraîné un bouleversement de leur système foncier. Au contraire, des lois ont été promulguées ici et là, avec l'objet de parfaire l'ancien système, de clarifier et de simplifier ses règles. Les principes du système de l'immatriculation sont appliqués par les tribunaux dans le même esprit que les tribunaux coloniaux. Les tenures du droit traditionnel subsistent avec les modifications qui lui ont été apportées sous le régime colonial. Cette continuité du système foncier a été remarquée par des auteurs. Par exemple, M. Bachelet déclare :

« En définitive, les Droits Fonciers Coutumiers africains n'ont pas été l'objet d'un mépris systématique de la part du législateur tant colonial qu'africain, il semble toutefois que ce dernier manifeste à leur encontre une certaine volonté de les transformer progressivement en règles plus précises et surtout plus uniformes »³⁷.

36 Op. cit. 246.

37 Bachelet, op. cit. 311.

La stabilité du système foncier ne signifie pas pour autant la persistance des conceptions traditionnelles chez tous les Africains. Nous avons déjà remarqué qu'à la fin du régime colonial, la conception négro-africaine de la propriété foncière était mise en rivalité avec la conception occidentale de la propriété. La conception traditionnelle qui se traduisait en pratique par la tenure collective correspondait parfaitement aux besoins de l'économie de subsistance. Mais l'introduction des produits d'exportation tels que le cacao, et le développement de l'économie de marché ont renforcé les tendances à l'individualisation de la propriété foncière. De plus, les pouvoirs coloniaux encourageaient cette forme de propriété, considérée comme plus apte à répondre aux exigences du développement de ces pays. On a déjà remarqué que dans plusieurs régions, par exemple, au Ghana, au Niger, au Cameroun et en Côte d'Ivoire, la vente et l'appropriation individuelle de la terre, est de pratique courante:

« Le développement de l'esprit d'appropriation des moyens de production est la conséquence la plus importante de la transformation du paysan ouest-africain en agent économique moderne. Les économies ouest-africaines pré-coloniales étaient essentiellement communautaire. Mais à la lumière de tous les développements précédents, notamment de ceux relatifs à la formation du capital, il est évident que ces structures collectives sont en train de disparaître sous la poussée de l'individualisme. Ce phénomène apparaît avec un éclat particulier à propos du facteur de production par excellence des économies agricoles: la terre » (Osenda Afana)³⁸.

Etant donné la poussée remarquable vers l'individualisme, plusieurs questions se posent: faut-il hâter l'évolution des tenures communautaires vers des tenures plus individualisées, à l'image de la propriété du type occidental? Ou au contraire, doit-on accepter la coexistence des tenures collectives et des tenures individuelles, et ainsi laisser l'évolution du régime foncier au jeu des forces socio-économiques, la tendance la plus forte l'emportant à la fin?

Les opinions les plus diverses ont été exprimées sur les avantages et les inconvénients respectifs de la propriété collective et de la propriété individuelle. Nous n'avons pas l'intention de prendre position sur ce débat éternel. Nous voudrions simplement faire quelques observations concernant la situation africaine.

Le problème foncier en Afrique n'est pas, à l'opposé de la situation en certains pays latino-américains, celui de la redistribution de terre. Il n'est pas question de donner à chaque paysan une parcelle de terre. D'ailleurs, le paysan ouest-africain n'a pas eu à se plaindre de manque de terre. Sans doute la rareté et la cherté de la terre se feront sentir dans l'avenir mais pour le moment, ce n'est pas le problème essentiel.

Le problème essentiel, c'est la rentabilité des sols. Comment peut-on assurer la meilleure utilisation des terres? Ce problème, dans une large mesure, relève de la réforme agraire plutôt que de la réforme du régime juridique. Il s'agit de la bonne utilisation des sols, par des techniques efficaces et modernes, plutôt que d'une meilleure et juste répartition des terres. Bien sûr, il n'est pas toujours facile de faire une distinction nette entre ce qui est du droit foncier et ce qui relève de l'agronomie. D'ailleurs, la répartition des sols peut avoir des répercussions importantes sur leur exploitation. Par exemple, un paysan qui travaille une terre appartenant à une autre personne serait vraisemblablement tenté de ne pas y

38 Op. cit. 175, L'économie de l'Ouest Africain, Paris 1966.

mettre toutes ses forces. Au contraire, un système qui donne à chaque paysan une parcelle de terre, pourrait par là l'inciter à travailler davantage. Mais la redistribution de terre n'aboutira-t-elle pas en un morcellement qui empêcherait des travaux à grande échelle? En outre, donner à chaque paysan une parcelle de terre avec des titres négociables n'est pas toujours la meilleure façon d'améliorer son sort.

Devant la complexité et l'importance de la question foncière, on comprend facilement que la plupart des Etats africains se soient bornés, pour le moment du moins, à maintenir le statut quo et de n'apporter que les modifications jugées nécessaires, au système foncier hérité de la période coloniale. Certains Etats se sont efforcés de mettre sur pied un régime foncier qui s'éloigne du régime antérieur et qui répond aux impératifs du développement.

Nous examinerons brièvement quelques unes des réformes faites depuis l'indépendance, en étudiant le cas du Cameroun (A) et du Sénégal (B).

A. Cameroun³⁹

Le régime foncier du Cameroun Oriental a été modifié à certains égards depuis l'indépendance mais la dualité de statut foncier, celui de droit moderne et celui de droit traditionnel subsiste. Les règles concernant l'immatriculation ont été modifiées. Un délai de trois ans est donné à ceux qui détiennent des propriétés foncières dans les formes du Code Civil, pour faire immatriculer leur propriété.

La procédure de la constatation des droits fonciers coutumiers est maintenue, avec la différence qu'il existe maintenant deux systèmes de constatation. L'une est destinée à la constatation des droits fonciers individuels, au profit d'un membre d'une collectivité sur les terrains qu'il occupe conformément à la coutume. L'autre procédure sert à la délimitation des terres collectives.

A côté de la division classique du domaine public et du domaine privé de l'Etat, on a créé une troisième catégorie, le patrimoine collectif national. Cette nouvelle catégorie correspond à la partie du domaine privé qu'on appelait, sous le régime colonial, les terres vacantes et sans maître. En effet, le patrimoine collectif national englobe toutes les terres sauf celles qui font l'objet d'un titre (Code civil, immatriculation, constatation) au profit d'un particulier ou qui sont dans la possession des collectivités, et à l'exception des terres appartenant à l'Etat au titre de son domaine public et de son domaine privé.

Les pouvoirs de l'Etat sur le patrimoine collectif national sont très larges. L'Etat en est le gérant dans l'intérêt de tous, et il doit l'utiliser en vue du développement du pays.

La possibilité de disputes, semblables à celles qui opposaient l'administration coloniale aux populations africaines, à propos des terres vacantes et sans maître, a été prévue par le législateur qui a pris ses précautions. On distingue entre les droits collectifs qui sont exercés d'une façon sporadique ou intermittente et ceux qui sont d'exercice permanent. Les droits qu'on exerce de temps en temps, tel que le droit de pêche ou de cueillette sont précaires et disparaissent dès qu'ils deviennent incompatibles avec l'usage que l'Etat entend donner à la terre sur laquelle ces droits s'exercent. L'Etat peut donc affecter ces terres à une exploitation qu'il juge plus rentable. Les droits, dont l'exercice est permanent, sont de deux sortes: ceux exercés par les collectivités et ceux exercés par les membres des collectivités.

Pour les droits exercés par les collectivités, une procédure spéciale, de délimitation des terres collectives a été prévue. Cette procédure est purement administrative. Elle consiste en l'établissement de procès verbaux et puis en un décret qui leur donne effet. L'objet principal de cette procédure c'est de délimiter la terre sur laquelle s'exerce les droits collectifs. Toutefois l'Etat se réserve le droit de limiter définitivement l'espace dans laquelle une collectivité peut étendre ses activités. Ces droits collectifs ne sont donc ni absolus ni perpétuels.

La procédure de constatation des droits individuels poursuit les mêmes buts que ceux poursuivis sous le régime colonial: encourager la reconnaissance des droits fonciers individuels en invitant les individus à faire constater leurs droits sur les terres qu'il occupent. Cette procédure, réglementée par le décret loi du 9 janvier et le décret du 30 janvier 1964, est similaire aux anciennes méthodes de constatation. Tout membre d'une collectivité qui croit avoir un droit individuel sur une parcelle de terre, peut demander à une commission de confirmer l'existence du droit qu'il détient selon les règles traditionnelles. Les oppositions à cette demande sont entendues et tranchées par une commission administrative. Les appels sont recevables par les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Après examen des documents, et des oppositions s'il y en a, la commission délivre un livret foncier qui équivaut à un titre inattaquable et, le détenteur d'un livret foncier peut demander l'immatriculation de la parcelle. Toutefois le terrain demeure inaliénable pendant une période de 5 ans, à dater de la délivrance du titre.

Le décret du 30 janvier 1964 définit la procédure et la composition de la commission qui doit statuer quand l'Etat propose d'incorporer dans son domaine privé des terres coutumières. Ce système est une sorte d'expropriation. Les terres qui ne sont pas mises en valeur ne font pas l'objet d'une indemnisation. Même dans le cas des terres exploitées, la terre elle-même n'est pas prise en considération dans le calcul de l'indemnité. Seules les installations ou les récoltes sont prises en considération. Ainsi le législateur camerounais fait sien le principe traditionnel que la terre n'est à personne et que seul le travail mérite une compensation.

Le législateur camerounais entend inciter, par diverses méthodes, les personnes à mettre en valeur leur terre. Cette réforme s'oriente vers la modernisation progressive du système foncier traditionnel sans trop s'éloigner des conceptions africaines.

Le souci de ne pas bouleverser complètement le système traditionnel ne semble pas se trouver au même degré chez le législateur sénégalais qui adopte une réforme plus radicale.

B. Sénégal⁴⁰

La réforme foncière sénégalaise du 17 juin 1964 est peut-être la plus radicale de l'Afrique Francophone. Par cette réforme, l'Etat se substitue aux groupements ethniques qui possédaient le droit éminent sur les terres. Ce changement ne touche pas le paysan qui même avant cette réforme n'était pas propriétaire de la terre qu'il

39 Cf. S. Méloné, *La parenté et la terre dans la stratégie du développement: l'exemple du Sud-Cameroun*, Thèse, Paris 1968; L. A. Owandi, «Les droits fonciers coutumiers au Cameroun», R. J. P. 1970, No. 4, 1163—1174.

40 Cf. K. M'baye, «Le régime des Terres au Sénégal» in *Le droit de la terre en Afrique (UNESCO) 1971*, 131—157; A. Diop, «L'évolution de la propriété immobilière au Sénégal», R. J. P. 1970, No. 4, 699—712.

cultivait. L'Etat devient désormais le maître de terre au Sénégal et aucune transaction relative à une terre ne peut avoir lieu sans son intervention. Le nouveau système ne connaît qu'un seul type de propriété de droit moderne. Le système du Code Civil et celui de l'immatriculation sont fusionnés. Un délai de deux ans est donné pour l'immatriculations des biens soumis au régime du Code Civil et pour l'achèvement des immatriculations en cours lors de la promulgation de la loi du juin 1964. Après ce délai, il ne sera plus possible pour un particulier de faire immatriculer ses biens. Seul l'Etat aura la faculté de recourir à cette procédure. Les terres qui se trouvent en dehors du régime de l'immatriculation, parce qu'elles sont régies par les droits traditionnels, qu'elles aient été constatées ou non, se trouvent avec les terres vacantes et sans maître, dans la catégorie du domaine national. Cette catégorie est distincte du domaine public et du domaine privé de l'Etat.

Le domaine national est composé de quatre catégories de terres: les zones urbaines, les zones classées, les zones des terroirs et les zones pionnières. Les zones urbaines sont situées dans les territoires communaux. Les zones classées sont des zones à vocation forestière ou de protection et qui font l'objet d'un classement. Les zones des terroirs sont des terres servant à l'habitat rural, à la culture et à l'élevage. Toutes les autres terres qui n'entrent pas dans une des catégories ci-dessus énumérées, constituent les zones pionnières.

L'Etat a des pouvoirs étendus sur les zones de terroirs qui sont constituées par des terres actuellement cultivées. Ces terroirs sont mis en valeur par des organismes locaux contrôlés par l'Etat. L'organisation et le fonctionnement de ces organismes sont basés sur des notions communautaires. Des conseils ruraux ont été créés pour veiller à la bonne utilisation des terres. Chaque conseil rural a sa composition propre suivant les conditions de vie dans la région mais ses membres sont choisis parmi les villageois, les fonctionnaires et les agents de l'Etat exerçant dans la localité et les représentants des coopératives agricoles. Le conseil rural délibère sur tout droit d'usage s'exerçant dans son territoire sauf les exploitations minières, les exploitations commerciales de la végétation arborée et des droits de chasse et de pêche. Le conseil peut émettre des vœux sur les mesures qu'il juge utile de prendre pour la meilleure exploitation des terres situées dans son territoire.

La fonction essentielle du conseil rural est de procéder à l'affectation des terres. Le droit du titulaire est établi pour une période indéterminée et ne peut faire l'objet d'une transaction. L'exploitation de la terre doit être pratiquée par le titulaire lui-même et il perd ce droit pour un des motifs suivants:

insuffisance de mise en valeur;

inobservation de la réglementation applicable au terroir;

changement de résidence en dehors du terroir;

cessation d'exploitation personnelle;

et pour des motifs d'intérêt général déterminés par le Conseil Rural.

Les conseils ruraux représentent le nouveau maître de terre, c'est-à-dire, l'Etat. Malgré le bouleversement qu'implique cette réforme, le paysan continue de cultiver sa terre comme ses ancêtres, car les droits acquis sont respectés par l'Etat. Dans le cas du décès du titulaire, ses héritiers traditionnels ont un droit de préférence pour l'usage de la parcelle. Ils ont la possibilité de faire valoir ce droit dans les six mois qui suivent le décès.

Toute la réforme sénégalaise est dominée par la notion d'intérêt général et de bonne mise en valeur. L'octroi d'un droit sur une parcelle de terre est révocable si le titulaire ne la cultive pas au maximum car le développement général dépend dans une large mesure de l'usage rationnel et effectif de la terre.

Le législateur sénégalais, comme le législateur camerounais, s'inspire des traditions africaines dans une certaine mesure. Toutefois il n'hésite pas à s'écarter de la tradition si cette dernière agit comme un frein au progrès.

Conclusion.

Ainsi le législateur africain s'est attaqué au problème qui s'était déjà posé au législateur colonial: la mise en valeur de ces terres immenses. Contrairement au pouvoir colonial, retardé par des hésitations et des oppositions, le législateur africain a pris des mesures qu'il a jugées nécessaires dans ce domaine. Partout en Afrique, l'Etat joue un rôle capital dans le développement. Il n'est donc pas étonnant que l'Etat cherche à contrôler l'usage des terres. L'extension du pouvoir de l'Etat va certainement susciter des critiques.

Peut-on dire que ces Etats ont amélioré le niveau de vie de leurs citoyens par le contrôle de l'exploitation des terres? La production agricole a-t-elle augmentée? Il est difficile de donner des réponses catégoriques à ces questions. Il faudrait attendre encore pour juger la portée réelle de ces réformes.

The Development of Land Law in West Africa

By KWAME OPOKU

Despite the various plans for industrialization which have been made by the African countries, agriculture still constitutes the main occupation of the vast majority of their inhabitants. Rules concerning rights in land are therefore of practical importance in the daily lives of most Africans.

Traditional African law favours collective ownership of land and discourages the acquisition of permanent individual rights. The aim here is to safeguard the main source of wealth for the whole community and to prevent the exploitation of others by the sole means of rights in land. Chiefs and heads of family act as administrators on behalf of the group but have no special personal privileges.

With the advent of colonial rule and the introduction of market economy, the traditional conception underwent modifications: the colonial regime claimed title to land by virtue of conquest of the traditional rulers, thus attributing to them rights which they never had; individualistic conceptions of the imposed European law enabled many Africans to claim exclusive rights in land.

The transformation of traditional land law conceptions through the process of individualization of rights did not cease with independence; on the contrary, it has gained further ground and much of the post-independence reform has been merely to consolidate, clarify and simplify the previous system. At the same time, as the examples of Cameroun and Senegal show, there is a determination to protect collective interest by means of increased state control in the acquisition and exploitation of land.

The Anglo-Rhodesian Constitutional Conflict

By FRANZ NUSCHELER

The study starts from the thesis that the Unilateral Declaration of Independence (UDI) or, as the British Imperial Government see it, "Illegal Declaration of Independence" (IDI) in 1965 was a consequence of the British colonial policy in Central Africa, a policy that proclaimed "paramountcy of African interests" while practising "white supremacy", a policy that established the white minority regime in Rhodesia and tolerated its racist laws.

The theory is based on an analysis of the development of the constitutional and electoral politics. It is shown how the British government connived at the manipulation of the electoral law, at the qualifications for franchise meant to prevent the political emancipation of the African majority and the concept of "partnership" was to prevent further radicalisation of the so-called "Nationalists" without impairing white domination. The British government did not use either its legal competence or its political responsibility to reduce the economic exploitation and the political discrimination of the Africans. The British "wind of change" was too late and too mild for Rhodesia.

Part two analyses the British efforts to solve the conflict caused by the UDI: from the hardly effective national and international sanctions, the "Tiger"- and