



LAW
ENVIRONMENT AND
DEVELOPMENT
JOURNAL

LEAD

LE DROIT FONCIER ET LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE COLLECTIVE EN AFRIQUE DE
L'OUEST FRANCOPHONE ÉTUDE À PARTIR DE L'EXEMPLE DU MALI

Alhousseini Diabate

ARTICLE

VOLUME
17/1



LEAD Journal (Law, Environment and Development Journal)
is a peer-reviewed academic publication based in New Delhi and London and jointly managed by the
Law, Environment and Development Centre of SOAS University of London
and the International Environmental Law Research Centre (IELRC).
LEAD is published at www.lead-journal.org
info@lead-journal.org
ISSN 1746-5893

ARTICLE

LE DROIT FONCIER ET LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE COLLECTIVE EN AFRIQUE DE L'OUEST FRANCOPHONE ÉTUDE À PARTIR DE L'EXEMPLE DU MALI

Alhousseini Diabate

This document can be cited as

Alhousseini Diabate, 'Le droit foncier et la propriété privée collective en Afrique de l'Ouest francophone Étude à partir de l'exemple du Mali',
17/1 *Law, Environment and Development Journal* (2021), p. 1,
available at <http://www.lead-journal.org/content/a1701.pdf>

Alhousseini Diabate, Docteur en droit privé, Enseignant-Chercheur à l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako au Mali, Email: alhoussemi44@gmail.com

TABLE OF CONTENTS

1.	Introduction	3
2.	Les vicissitudes de la propriété foncière privée collective	6
2.1	La remise en cause des conceptions traditionnelles de la propriété privée collective	6
2.1.1	La remise en cause par l'héritage du Code civil français	6
2.1.2	La remise en cause par la doctrine attachée aux principes généraux du droit civil français	8
2.2	Vers un renouveau du droit de la propriété privée collective	10
2.2.1	Le renouveau par le législateur	10
2.2.2	Le renouveau par la jurisprudence des Cours régionales de protection des droits de l'homme	11
3.	La revivification de la propriété privée collective par le recours aux droits fonciers coutumiers	13
3.1	Le recours aux droits fonciers coutumiers	13
3.1.1	La tendance à la valorisation des droits fonciers coutumiers	14
3.1.2	La nature juridique des droits reconnus au travers de la valorisation des droits fonciers coutumiers	15
3.2	Les singularités de la propriété foncière collective	17
3.2.1	Les singularités <i>inter partes</i> de la propriété foncière collective	17
3.2.2	Les singularités <i>erga omnes</i> de la propriété foncière collective	18
4.	Conclusion	18

1

INTRODUCTION

‘Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d’horreurs

n’eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé,

eût crié à ses semblables : Gardez-vous d’écouter cet imposteur ;

vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n’est à personne’.

J. J. Rousseau¹

Le droit foncier est ‘l’ensemble des règles applicables aux liens susceptibles de s’établir entre les personnes, physiques ou morales, publiques ou privées, et les terres, envisagées comme des sols² ou plus largement ‘l’ensemble des règles définissant les droits d’accès, d’exploitation et de contrôle des ressources naturelles (...). C’est donc un rapport entre les hommes et les groupes sociaux, à propos de la terre et des ressources qu’elle porte’.³ Quant à la notion de propriété privée collective, perçue sous l’angle du droit légué par le colonisateur français au Mali et en Afrique de l’Ouest francophone, elle apparaît à première vue comme un véritable oxymore dont on ne peut parvenir à une définition qu’au travers d’un rappel historique.

Au commencement était une trilogie : les divinités, le feu et la hache qui engendrèrent l’autorisation des

divinités créatrices de la terre, le droit de feu et le droit de hache. Pour occuper la terre sacrée, qui demeure d’esprits et de puissances surnaturelles, l’homme doit avant tout de formuler auprès des divinités créatrices de la terre une autorisation d’occupation qui se manifeste par des rites sacrificiels. C’est en échange de ces sacrifices que les divinités créatrices accorderont à l’homme ou aux familles l’autorisation de s’installer sur la terre. Cette autorisation confère aux familles des premiers occupants un droit de feu grâce auquel elles peuvent délimiter la parcelle qui leur est octroyée en la brûlant. Par suite, les premiers occupants procèdent au défrichage effectif des terres ainsi délimitées avec l’usage de la hache pour en faire un champ de culture, d’où le droit de hache. Ainsi, au premier droit, le droit de feu, vient s’ajouter un second droit, le droit de hache.⁴

A ces deux droits, viendront s’ajouter d’autres droits, car avec l’accord des premiers occupants et surtout de leur chef de famille ou de tribu, d’autres familles pouvaient venir s’installer et procéder à leur tour à un défrichage de la terre qui leur conférerait un droit de culture, se limitant à l’usufruit du sol, moyennant le plus souvent le paiement d’une redevance. D’où deux nouveaux droits, à savoir : le droit de culture et le droit de redevance. Enfin, suite aux guerres de conquête des terres par des chefs tribaux ou religieux, un dernier droit vint couronner l’architecture du système d’appropriation des terres : le droit du plus fort occupant.⁵

Comme on peut le constater, ces différents droits étaient essentiellement des droits collectifs puisque reconnus à une famille, à une tribu, à un village, ou à une communauté déterminée. Aussi avait-elle pour traits caractéristiques l’inaliénabilité et l’impossibilité de faire l’objet d’une transaction exogène.⁶

1 Jean-Jacques Rousseau, Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes, Blaise Bachofen et Bruno Bernardi (éd), Paris, Flammarion, (2008) 109.

2 Alain Roehgude, ‘Tendances récentes du droit de la terre en République du Mali’ (1977) 29(4) Revue internationale de droit comparé 721-746.

3 Papa Bangy Guisse, ‘le domaine national: une figure juridique complexe’ (2000) n°41 Juridis Périodique Revue de Droit et de science politique 87-100.

4 V en ce sens Bakary CAMARA, Évolution des systèmes fonciers au Mali: cas du bassin cotonnier de Mali sud Zone Office du Niger et région CMDT de Koutiala, (CODESRIA, Dakar, 2015), spécialement page 114 et suivantes.

5 ibid 114 et suivantes.

6 Guy-Adjété Kouassigan, L’homme et la terre. Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale, (Paris, Orstom 1966) 283.

C'est essentiellement sous ces différentes formes que la propriété privée collective s'est construite au Mali comme dans l'ensemble des pays de l'Afrique de l'Ouest francophone, en se fondant sur les us et coutumes de chaque communauté, et qu'elle a tenu des siècles durant jusqu'à ce qu'elle soit ébranlée par sa rencontre avec le législateur colonial français qui va la repousser avec une défiance non masquée.

En effet, le législateur colonial français, tout le long de sa domination en Afrique, a mis en œuvre différentes initiatives visant à remplacer le régime de propriété privée collective par le régime de propriété privée individuelle qui était le sien. L'objectif premier du colonisateur était de faire passer sous le contrôle de l'État des terres qui jusque-là étaient détenues par les communautés locales en vertu de leurs coutumes. C'est ainsi qu'il s'est principalement appuyé sur la théorie des 'terres vacantes et sans maître' inspirée du Code civil. Il a aussi introduit, par le décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française,⁷ le mécanisme de l'immatriculation foncière. L'immatriculation foncière peut être définie comme 'une procédure administrative d'enregistrement par laquelle l'autorité compétente reconnaît l'existence d'un droit de propriété sur un immeuble géométriquement et spatialement identifié'.⁸

Les mécanismes ainsi institués et reconduits après les indépendances, vont continuellement fragiliser les conceptions traditionnelles de la propriété foncière au profit d'un régime occidental de la propriété individuelle qui véhicule l'idée selon laquelle toute chose appropriée a pour vocation d'être le monopole d'une seule personne.

Sous l'influence du Code civil français, l'idée désormais associée au droit de propriété en Afrique de l'Ouest francophone est le modèle de la propriété privée

individuelle, avec comme traits caractéristiques l'absolutisme qui s'exprime dans la trilogie des attributs du droit de propriété : l'usus, ou le droit de se servir de la chose, le fructus, ou celui d'en retirer des fruits, l'abusus, enfin, qui est le droit d'en disposer par tous les actes matériels ou juridiques de transformation, de consommation, d'aliénation, ou même de destruction. Et, l'exclusivisme qui fait du propriétaire, sous réserve du respect de la loi et des règlements, le seul maître du bien objet du droit, à même d'exclure quiconque du bénéfice des utilités de son bien.

Malmenée et éprouvée, la propriété privée collective dans sa conception traditionnelle africaine ne semble plus avoir droit de cité tant l'hostilité et la défiance envers l'idée d'une appropriation collective des biens demeure encore vivace en droit français et par ricochet en droit moderne des anciennes colonies françaises. Si l'on considère le principe de la 'personnalité juridique' qui est un principe général de droit hérité du Code Civil français, on s'éloigne a priori de toute perspective d'une propriété privée collective de type familial, villageoise, tribal ou communautaire. En effet, le droit de propriété est par définition un droit subjectif ; or du principe de la 'personnalité juridique' il résulte que seules les personnes au sens juridique du terme peuvent être titulaires des droits subjectifs ainsi que le rappelle le doyen Carbonnier 'les personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits ; ce sont, d'une expression équivalente, les sujets de droit'.⁹ Et en droit positif français, il n'est reconnu que deux catégories de personnes, sujets de droit : les personnes physiques et les personnes morales de droit public ou de droit privé. S'agissant des personnes morales de droit privé, le droit français ne reconnaît la personnalité juridique qu'à une catégorie limitée et sous des conditions déterminées : les sociétés commerciales et civiles, les associations, les groupes d'intérêts économiques, les syndicats professionnels et les fondations.¹⁰ Cette énumération, comme on peut le constater exclut la famille, la tribu, le village, ou les communautés.

7 Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française <<http://www.alertefoncier.org/bibliotheque/d%C3%A9cret-du-26-juillet-1932-portant-r%C3%A9organisation-du-r%C3%A9gime-de-la-propr%C3%A9t%C3%A9-fonci%C3%A8re-en>>.

8 Gérard Ciparisse (dir.), *Thésaurus multilingue du foncier* (2^{ème} éd., FAO 2005).

9 Jean Carbonnier, *Droit civil*, 1/ Les personnes (21^{ème} éd., PUF 2000)11.

10 Hélène Martron, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé* (Coll. Thèses, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers 2011) 300.

Effacer la propriété privée collective de la mémoire juridique en Afrique de l'Ouest francophone : voilà l'objectif inavoué du législateur colonial français. Pourtant, le droit français de la propriété n'a jamais cessé de rêver de propriété collective. Après une rupture intervenue avec différentes formes de propriétés privées collectives de l'époque féodale à la révolution française,¹¹ le rêve s'est en effet réinventé avec vigueur ces dernières décennies partout en Occident et particulièrement en France autour du concept des 'communs'.¹² Ce concept des 'communs' dont l'émergence est liée aux crises respectives frappant le Marché, l'État-nation, l'occidentalisme du droit et les excès de l'individualisme,¹³ propose des figures de propriétés répondant aux préoccupations d'ouvrir à l'usage de tous ou à l'usage d'une communauté déterminée les utilités de certains biens, ou plus fortement de conserver des ressources en voie de raréfaction et de les transmettre aux générations futures, devenues quasi-sujets de droit émergent.¹⁴

Dès lors, que cache cet oxymore ? Et surtout comment expliquer qu'une conception unitaire de la propriété foncière, réduite à la propriété privée individuelle, soit toujours dominante dans les législations des pays de l'Afrique de l'Ouest francophone, alors qu'on constate son recul dans le droit positif de l'ancienne puissance colonisatrice ? Enfin, comment revivifier la propriété privée collective pour l'étendre aux catégories de la propriété privée collective de type familial, villageois, tribal ou communautaire ?

L'intérêt des questions ainsi posées n'est pas de réveiller les vieux démons de la colonisation au Mali et en Afrique de l'Ouest francophone. Il ne s'agit pas non plus de dresser les droits fonciers traditionnels africains, dont certains aspects sont aujourd'hui surannés, contre le droit moderne hérité de la colonisation française. Dans la présente étude, il s'agit surtout, de surmonter des obstacles relevant de la technique juridique, pour esquisser un nouveau portrait du droit de la propriété foncière privée collective. L'intérêt de cette approche méthodologique n'est pas que théorique. Il est aussi pratique, dans la mesure où la propriété privée collective en Afrique de l'Ouest francophone, après maintes vicissitudes, renaît aujourd'hui de ces cendres, sous les efforts conjugués des droits nationaux et du droit international. Et, dans cette dynamique, l'étude montrera non seulement qu'il est possible de surmonter les obstacles relevant de la technique juridique grâce à des mécanismes émergents en droit international et dans les droits nationaux ; en outre, elle démontrera qu'en mobilisant des mécanismes endogènes, tels que les droits fonciers coutumiers, il est possible de revivifier la propriété privée collective. Aussi, dans cette étude qui se focalise délibérément sur le foncier rural, nous partons de l'hypothèse que le concept de propriété privée collective recouvre de nos jours des réalités variées dont certaines correspondent aux catégories de propriété privée collective de type familial, villageois, tribal ou communautaire ; et que, le renforcement de ces figures de propriétés est un des moyens les plus adéquats pour la sécurisation foncière des terres occupées par des collectivités familiales, villageoises, tribales ou communautaires et dont celles-ci tirent l'essentiel de leur subsistance.

Ainsi, à l'aide d'une analyse de la propriété privée collective sous le prisme du droit foncier dans les pays de l'Afrique de l'Ouest francophone et à partir de l'exemple du Mali, cette étude qui se place résolument dans une approche de *lege ferenda*, mettra en lumière les vicissitudes de la propriété privée collective (I) et les possibles apports des droits fonciers coutumiers à la revivification de la propriété foncière collective (II) pour esquisser un nouveau portrait du droit de la propriété foncière privée collective en Afrique de l'Ouest francophone.

11 Emile de Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives* (Edition originale 1891, Hachette, 2016) 582.

12 M Cornu, F Orsi et J Rochfeld (dir), *Dictionnaire des biens communs* (PUF 2017); E Ostrom, *Gouvernance des biens communs, Pour une nouvelle approche des ressources naturelles* (éd. De Boeck 2010) 1240; B Parance et J de Saint Victor (dir), *Repenser les biens communs* (CNRS éd 2014) 314; B CORIAT, *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire* (éd. Les liens Qui Libèrent 2015)297; Etienne le Roy 'Les communs et le droit de la propriété: Entre concurrences et convergences' (2015) *Revue Foncière* n°4 ; Sarah Vanuxem, *La propriété de la terre* (Wildproject Éditions 2018)144.

13 Etienne le Roy (2015) précité 28-32.

14 Emilie Gaillard, *Généralités futures et droit privé : vers un droit des générations futures* (LGDJ 2011) 692.

2 LES VICISSITUDES DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE PRIVÉE COLLECTIVE

S'il y a une institution du droit au Mali et en Afrique de l'Ouest francophone qui a subi les assauts du législateur colonial, c'est bien la propriété privée collective et particulièrement en matière foncière. Jadis, dominée par une conception selon laquelle les liens entre l'homme et la terre sont plutôt collectifs, et que le régime de la propriété foncière doit avant tout assurer la sécurité du groupe ou au moins la sécurité de l'individu dans le groupe, le droit de propriété foncière a fini par épouser la conception romaine et individualiste imposée par le législateur colonial français. Durant toute sa domination, ce dernier s'est en effet focalisé sur l'idée que l'absence ou la faiblesse des droits endogènes de propriété privée en Afrique constituent le principal obstacle à la croissance et au développement économique. Il s'est alors servi de cette idée pour remettre profondément en cause les conceptions ancestrales de la propriété foncière (A).

Toutefois, ces dernières décennies, cette conception individualiste de la propriété foncière, qui a d'ailleurs été reconduite après les indépendances, semble subir l'usure du temps. En effet, l'un des aspects les plus marquants des récentes législations foncières en Afrique de l'Ouest francophone et particulièrement au Mali, c'est l'intérêt accordé à la propriété foncière collective. Cette reconnaissance de la propriété foncière collective va dans le sens d'un renouveau, dans la mesure où elle réhabilite des figures de propriétés collectives que le droit colonial a voulu effacer de la mémoire juridique (B).

2.1 La remise en cause des conceptions traditionnelles de la propriété foncière privée collective

Dans les conceptions traditionnelles africaines 'tout ce qui est création de la nature existe dans l'intérêt de tout le monde et ne saurait faire l'objet d'un droit de

propriété privée individuelle'.¹⁵ Dans un tel contexte l'importance des liens que les communautés établissent avec la terre est donc une évidence. Mais, cette vision est remise en cause par l'héritage du droit civil français qui promeut une conception plutôt individuelle et libérale de la propriété de la terre. Cette remise en cause devient flagrante lorsque l'on observe les critères d'appropriation des terres héritées du Code civil français (1) et la vision relayée par une doctrine attachée à certains principes généraux du droit civil français (2).

2.1.1 La remise en cause par l'héritage du Code civil français

En imposant durant sa domination des critères d'appropriation de la terre, issus du Code civil, la législation coloniale française a laissé des traces devenues presque indélébiles dans les législations des pays de l'Afrique de l'Ouest francophone. Ces critères basés notamment sur la théorie des 'terres vacantes et sans maître' et sur le mécanisme de 'l'immatriculation foncière', ont en effet considérablement remis en cause les critères d'appropriation issus des coutumes des communautés locales et jadis basés sur les critères des premiers occupants et de la mise en valeur de la terre.

La théorie des 'terres vacantes et sans maître' est un héritage du Code civil français, puisqu'elle résulte historiquement des articles 539 et 713 du Code civil français. Selon l'article 539 'tous les biens vacants et sans maître (...) appartiennent au domaine public'. Et, aux termes de l'article 713 'les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat'. En s'appuyant sur ces dispositions, le législateur colonial a élaboré la théorie dite des 'terres vacantes et sans maître'. En vertu de cette théorie 'toutes les terres ne faisant pas l'objet d'une mise en valeur caractérisée par une emprise évidente et permanente sur le sol' étaient considérées comme des terres abandonnées et donc 'vacantes et sans maître' et devenaient de ce fait de plein droit la propriété de l'Etat.

La théorie coloniale des 'terres vacantes et sans maîtres' a été régulièrement reconduite dans les législations foncières africaines des indépendances à nos jours. C'est le cas au Mali avec l'ordonnance n° 27 du 31 juillet 1974 abrogeant la loi 61-30 du 20 janvier 1961, et son

¹⁵ Guy-Adjété Kouassigan (1966) précité 283.

décret d'application n° 143.¹⁶ L'article 4 du décret n°143 dispose en effet que 'sont considérés comme immeubles abandonnés : tout immeuble urbain ou rural resté non occupé par son propriétaire ou par un tiers justifiant d'un titre régulier ; tout terrain rural non exploité par son propriétaire ou par un tiers justifiant d'un titre régulier'. Auparavant, l'article 2 al. 1^{er} de l'ordonnance n° 27 du 31 juillet 1974 énonçait que '[s]eront considérés comme vacants et incorporés au Domaine de l'Etat du Mali par décret pris en Conseil des Ministres sans que les propriétaires puissent prétendre à une indemnité quelconque : Tout immeuble bâti ou non bâti immatriculé abandonné pendant dix années consécutives par ses propriétaires'. Les mêmes dispositions sont encore en vigueur puisque selon l'article 132 de l'ordonnance n°00-027 du 22 mars 2000 portant code domanial et foncier '[e]st considéré comme abandonné tout immeuble urbain ou rural, bâti ou non, non occupé ni exploité par son propriétaire ou par un tiers justifiant d'un titre régulier'. Enfin, aux termes de l'article 131 al. 1^{er} du même texte 'seront considérés comme vacants et incorporés au domaine de l'Etat par décision de l'autorité compétente, sans que les propriétaires puissent prétendre à une indemnité quelconque : tout immeuble immatriculé, bâti ou non, en zone rurale comme en zone urbaine, abandonné pendant trente années consécutives par son propriétaire'.¹⁷

La théorie des 'terres vacantes et sans maître', legs du Code civil français, est ainsi perpétuée par le législateur malien, à l'instar des autres législateurs des pays de l'Afrique de l'Ouest francophone.

La législation coloniale a ensuite introduit le mécanisme de l'immatriculation foncière comme procédure donnant presque exclusivement voie et vie à la propriété foncière. L'histoire de l'immatriculation foncière en Afrique de l'Ouest francophone s'appuie pour

l'essentiel sur trois textes coloniaux¹⁸ dont le décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française.¹⁹ La procédure de l'immatriculation aboutit à l'établissement d'un titre foncier qui est selon l'article 121 du décret de 1932 'le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation' et qui confère à son bénéficiaire un droit 'définitif et inattaquable'.

La formule a été reproduite dans les droits fonciers des anciennes colonies devenues indépendantes. Prenons encore pour illustration le cas du Mali qui a successivement reproduit le mécanisme de l'immatriculation avec l'ordonnance n°27 C.M.L.N. du 31 juillet 1974, abrogeant la loi 61-30 du 20 janvier 1961, et l'ordonnance n°00-027 du 22 mars 2000 portant code domanial et foncier. L'article 169 de cette dernière loi, à l'image des textes précédents, dispose que '[l]e titre foncier est définitif et inattaquable ; il constitue, devant les juridictions maliennes le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation'. On retrouve la même formule dans le projet de loi soumis au conseil des ministres le 11 mars 2020.²⁰ Ainsi au Mali, malgré l'adoption de nombreux textes et les évolutions sociopolitiques intervenues, une constante demeure : l'immatriculation est la procédure aboutissant presque exclusivement à un droit de propriété intangible sur la terre. Ainsi, seule l'existence d'un lien juridique précis concrétisé par un titre foncier attestant l'immatriculation fait d'une personne un propriétaire foncier.

Il faut toutefois souligner que l'existence d'un lien juridique précis concrétisé par un titre foncier attestant l'immatriculation ne suffit pas à préserver le droit de

16 Ordonnance n° 27 CMLN du 31 juillet 1974 portant incorporation au Domaine de l'Etat du Mali des titres fonciers abandonnés pendant dix années consécutives ou acquis depuis dix ans et non mis en valeur, et Décret d'application n° 143 PG.RM du 14 août 1975, JO RM 1975, 1274.

17 Ordonnance n°00-027 du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier Modifié par la loi n°02-008 du 12 février 2002 JORM du 8 Juillet 2016.

18 Décret du 20 juillet 1900 portant régime de la propriété foncière en Afrique Occidentale française; Décret du 24 juillet 1906 portant organisation du régime de la propriété foncière dans les colonies et territoires relevant du gouvernement général de l'Afrique Occidentale française; Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française.

19 Décret du 26 juillet 1932, précité.

20 L'article 143 de ce projet dispos que 'Le titre foncier régulièrement établi est définitif et inattaquable. Il constitue, devant les juridictions maliennes, le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation'.

propriété foncière. En effet, le bénéficiaire du titre foncier est tenu de 'mettre en valeur' la terre immatriculée, pour conserver son droit de propriété. La règle résulte de l'article 131 de l'ordonnance du 22 mars 2000 portant code domanial et foncier au Mali qui dispose que 'tout immeuble immatriculé, bâti ou non, en zone rurale comme urbaine, acquis depuis trente ans ou plus et dont la mise en valeur est inexistante ou insuffisante' est considéré comme vacant et incorporé au domaine de l'Etat par décision de l'autorité compétente, sans que le propriétaire puisse prétendre à une indemnité quelconque.

Cette dernière disposition donne l'impression que la conception exclusivement juridique du lien entre l'homme et la terre retenue par le droit français a été abandonnée par le législateur malien au profit de la conception endogène ne reconnaissant en pratique que les liens fondés sur l'usage du sol, en quelque sorte sur la mise en valeur économique de ce dernier, et consacrés par le pacte avec les Ancêtres représentés par le maître de la terre.²¹ Mais il s'agit d'une fausse impression car l'évocation ici de la notion de 'mise en valeur' n'est rien d'autre qu'une analyse économique du droit de propriété visant à mettre la terre au service des impératifs d'un développement économique. Cela est d'autant plus vrai dans la période des politiques d'ajustement structurel (PAS) où l'Etat fait de la terre un véritable levier de développement économique. En effet, dans le cadre des PAS lancées au début de la décennie 1980, le pays à l'instar de l'ensemble des pays de l'Afrique de l'Ouest francophone, a entrepris une politique de libéralisation d'envergure dans le secteur de l'agriculture. Cette politique, qui se traduira concrètement par la libéralisation des facteurs de production, notamment la terre, fera de l'accueil des investissements internationaux dans la terre et dans l'agriculture une stratégie d'accroissement des recettes fiscales et de la production agricole. Et, pour attirer les investisseurs, l'Etat s'est inscrit dans une logique de libéralisation et de monétarisation de la terre, ce qui ne peut se réaliser sans le concept de mise en valeur des terres.²²

²¹ Alain Rochegude (1977), précité, 721-746.

²² François Collart Dutilleul et Alhousseini Diabate, 'La sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation à l'épreuve des investissements internationaux en Afrique de l'Ouest : les risques d'une désillusion' (2016) *Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques de Bamako*, N°6, pp 199 à 214.

2.1.2 La remise en cause par la doctrine attachée aux principes généraux du droit civil

Alors que la conception traditionnelle africaine met en avant des figures de propriété collective s'appuyant sur le groupe, le droit français quant à lui apparaît comme l'expression parfaite de la consécration légale de la forme individuelle d'une propriété qui ne peut être reconnue qu'à une personne (physique ou morale) dotée de 'la personnalité juridique'. Aussi, l'idée que seules les catégories de personnes dotées de 'la personnalité juridique' peuvent être propriétaires fonciers est de longue date défendue et relayée en Afrique de l'Ouest francophone par la doctrine attachée aux principes généraux du droit civil.

Cette vision qui s'oppose à l'idée qu'un groupement familial ou une communauté villageoise puisse être un sujet de droit et donc avoir la qualité de personne morale pouvant être titulaire des droits subjectifs sur la terre a été défendue pour la première fois par Malengreau.²³ Selon lui, pour qu'un groupement familial ou une collectivité villageoise constitue

une personne morale non pas fictive mais réelle, il ne suffit pas d'une participation à des traits communs, d'une union matérielle, comme celle qui découle de la parenté, il faut une finalité commune, formellement distincte de la fin individuelle de chacun des membres du groupe. Or cette finalité commune est absente des groupements indigènes fondés sur le lien de parenté.²⁴

Malengreau ajoute que 'la constitution d'un patrimoine commun, même ajouté à une solidarité économique, n'est pas une condition suffisante de l'existence de cette finalité commune'.²⁵

Ainsi, selon cette vision, l'élément constitutif de la personne morale n'apparaît pas dans le groupement

²³ Guy Malengreau, *Les droits fonciers coutumiers chez les indigènes du Congo Belge : essai d'interprétation juridique* (Mémoires, Collection in-8°, Tome XIX, fasc. 1, 260 p. 1947).

²⁴ *ibid* 58.

²⁵ *ibid* 58.

familial et la collectivité villageoise parce que les membres ne poursuivent pas une finalité commune ou un but collectif à l'image de l'affectio societatis de la société commerciale. De plus, elles ne correspondraient à aucune des catégories de personnes connues du droit civil: elles ne sont pas une personne morale de droit privé, encore moins une personne morale de droit public. Cette vision est la traduction de l'article 1832 du Code Civil français en vertu duquel l'existence d'un groupement en particulier d'une société, requiert la preuve de la représentation organisée d'intérêts collectifs appelant la protection juridique.²⁶ C'est cette exigence qui a conduit la jurisprudence française à refuser dans de nombreuses situations la personnalité juridique à des communautés ou tribus souhaitant faire valoir leurs droits subjectifs.²⁷ Cette vision est également la traduction d'un principe général du droit civil français selon lequel les droits subjectifs ne sont attribués qu'aux sujets de droit, c'est-à-dire aux personnes dont le droit objectif reconnaît l'existence en leur accordant la personnalité juridique.

Mais cette vision ne fait pas l'unanimité, elle est même remise en cause par une doctrine qui soutient de plus en plus l'idée de reconnaître des droits subjectifs à un groupement ou à une communauté déterminée.

S'opposant à l'idée défendue par Malengreau, Decottignies avait déjà défendu la thèse favorable à la reconnaissance de la personnalité morale aux collectivités notamment villageoises.²⁸ Selon l'auteur, la collectivité villageoise présente tous les critères habituellement retenus pour la reconnaissance de la personnalité morale à un groupement. Elle dispose d'un conseil composé généralement de tous les chefs de quartiers et présidé par un chef. En tant qu'organe d'expression collective et de défense d'intérêts différents de ceux des membres de la communauté, elle n'est pas dominée par la personnalité du chef. D'autre part la communauté villageoise dispose d'un patrimoine, composé de biens

qui lui sont propres, même s'il s'exerce sur ceux-ci des droits individuels : il s'agit des biens d'intérêt général comme les pâturages, etc.²⁹

Qui plus est, on ne peut être plus royaliste que le roi, car le Code civil lui-même, renferme encore des figures persistantes de propriétés collectives.

D'abord, certaines figures anciennes restent exemplaires en ce qu'elles montrent la voie d'une propriété plus inclusive, soucieuse de ménager plusieurs intérêts et pénétrée de l'idée d'une appropriation collective de la terre. Le cas des 'biens communaux' dont le régime est encore fixé par l'article 542 du Code civil est à cet égard assez significatif. L'article 542 du Code civil dispose que les biens communaux sont 'ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis'. Le texte évoque ainsi le droit acquis des habitants à la propriété des biens communaux. En vertu de ce droit dont l'exercice est collectif, les habitants peuvent que ce soit au moyen du droit de pâturage, du droit de chasse ou bien encore du droit d'affouage, accéder aux biens communaux et en retirer certaines utilités.³⁰ Sur ce point, un auteur rappelant l'article 542 du Code Civil, affirmait récemment que si les habitants d'une commune ont un droit acquis à une propriété sur les biens communaux, cela n'est rien d'autre qu'une propriété collective.³¹ Au-delà du cas spécifique des biens communaux, nous pouvons mentionner le cas des 'droits de bandite' et 'droits de pacage', sortes de droits réels sui generis reconnus à une communauté d'habitants sur les forêts du seigneur, leur permettant de faire paître leurs troupeaux durant une certaine période de l'année et de prendre dans les forêts, toute l'année, le bois nécessaire au chauffage et à la

26 Jean-Pierre Gridel, 'La personne morale en droit français', (1990) 42(2) *Revue internationale de droit comparé* 495-512.

27 En 1976 la Cour d'appel de Paris a dénié la personnalité civile à une tribu des Nouvelles-Hébrides (Paris, 20 déc. 1976, D. 1978, 373).

28 Roger Decottignies, 'Personnalité morale en Afrique noire' (1958) *Annales africaines* 11-36.

29 Guy-Adjété Kouassigan (1966), précité. Spécialement page 101 et suivantes.

30 Fabien Girard, 'La propriété inclusive au service des biens environnementaux : Repenser la propriété à partir du bundle of rights', In Eve Truilhé-Marengo (dir.), *Regards croisés sur les objets et les pratiques scientifiques et techniques* (Cahiers Droit, Sciences & Technologies, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016) 185.

31 Jacques Viguié, 'Soliloque iconoclaste d'un publiciste ingénu sur les origines de la propriété collective', In Daniel Tomasin (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat* (Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006) 167.

construction.³² Ces droits sont définis comme les droits réels 'qu'une personne physique (dite 'usager') ou une collectivité de personnes (dite 'collectivité ou communauté usagère') possède sur un fonds boisé (dit 'forêt usagère'), et qui lui permettent de percevoir, dans la limite de ses besoins, certains produits et d'en jouir dans le cadre d'une réglementation spéciale'. Ces droits qui sont encore de nos jours expressément visés par l'article 636 du Code civil et dont le régime est fixé par le Code forestier, ont conservé une certaine importance dans le cas des forêts non domaniales bénéficiant du régime forestier (c'est le cas, par ex., des forêts communales) et des forêts privées.³³

Par ailleurs, il existe encore de nos jours en droit français un grand nombre de situations dans lesquelles une masse de biens (communauté légale, indivision), un bien (tontine, œuvre de collaboration) ou une partie d'un bien (mitoyenneté, copropriété des immeubles bâtis) sont soumis à la maîtrise collective de plusieurs et non au droit individuel d'un seul.³⁴

Quoi qu'il en soit, un mouvement doctrinal émerge actuellement partout dans le monde et particulièrement en France pour proposer, à partir de la notion 'des communs', des figures de propriétés collectives répondant aux préoccupations d'ouvrir à l'usage de tous ou à l'usage d'une communauté déterminée les utilités de certains biens, ou plus fortement de conserver des ressources en voie de raréfaction et de les transmettre aux générations futures.³⁵

2.2 Vers un renouveau du droit de la propriété foncière privée collective

Ces dernières décennies le législateur malien (1), inspiré et encouragé par les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme(2), participe grandement au renouveau du droit de la propriété privée foncière collective.

2.2.1 le renouveau par le législateur

Ces dernières décennies ont été marquées en Afrique de l'Ouest francophone par un regain de reformulation des législations foncières. L'un des aspects les plus marquants de ces nouvelles législations est l'intérêt accordé à la reconnaissance de la propriété foncière collective. Cette reconnaissance de la propriété foncière collective va dans le sens d'un renouveau, dans la mesure où elle réhabilite des figures de propriétés collectives que le droit colonial a voulu effacer de la mémoire juridique en Afrique de l'Ouest francophone.

La première figure réhabilitée est celle de la propriété foncière familiale. Elle est même une des figures prioritairement considérées par le législateur malien dans les récentes réformes législatives, puisque selon la loi d'orientation agricole adoptée en septembre 2006,

la politique de développement Agricole du Mali a pour but de promouvoir une agriculture durable, moderne et compétitive reposant, prioritairement sur les exploitations familiales agricoles reconnues, sécurisées, à travers la valorisation maximale du potentiel agro écologique et des savoir-faire agricoles du pays et la création d'un environnement propice au développement d'un secteur agricole structuré.³⁶

Aux termes de l'article 13 de cette loi, l'exploitation agricole familiale est 'constituée d'un ou de plusieurs membres unis librement par des liens de parenté ou des us et coutumes et exploitant en commun les facteurs de production en vue de générer des ressources sous la direction d'un des membres, désigné chef d'exploitation, qu'il soit de sexe masculin ou féminin'. Selon cette loi, qui distingue l'exploitation agricole familiale de l'entreprise agricole,³⁷ afin de disposer de la personnalité morale, les exploitations agricoles

32 Fabien Girard (2016), précité 185-236.

33 *ibid.* pp.185-236.

34 Cyrille Duvert, 'La propriété collective' (2002) Petites affiches N°90 (6 mai 2002)4.

35 Auteurs précités en note de bas page numéro 17.

36 Loi n°06-045 du 5 septembre 2006 portant loi d'orientation agricole. JORM-spécial du 02 septembre 2006.

37 Selon l'Article 20 de la loi d'orientation agricole l'entreprise agricole est une exploitation agricole gérée à titre individuel ou en société et employant exclusivement une main d'œuvre salariée conformément à la législation du Travail en vigueur'.

familiales sont immatriculées sans frais auprès des services compétents de l'Etat et répertoriées sans frais auprès des Chambres d'Agriculture sur le registre prévu à cet effet.³⁸ L'article 16 alinéa 2 de la loi d'orientation agricole ajoute que 'l'immatriculation confère à l'exploitation agricole familiale la personnalité morale sans préjudice des droits de propriété foncière des tiers'. Ainsi, sous condition d'immatriculation auprès des services compétents, le législateur malien attribue la personnalité morale à l'exploitation agricole familiale.

En plus du cas de l'exploitation agricole familiale, le législateur malien a opéré une autre innovation avec l'adoption de la loi du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole.³⁹ Il s'agit de la propriété collective des communautés rurales au travers de l'institution d'un régime des terres agricoles des communautés rurales. En effet, la loi du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole institue et distingue quatre régimes fonciers agricoles au Mali: les terres agricoles de l'Etat; les terres agricoles des Collectivités territoriales; les terres agricoles des communautés rurales et les terres agricoles des particuliers.⁴⁰ Selon cette loi, les terres agricoles des communautés rurales sont toutes les terres liées au droit foncier coutumier, les espaces vitaux villageois et les terres agricoles familiales.⁴¹ L'accès aux terres agricoles des communautés rurales se fait principalement par succession conformément aux dispositions coutumières⁴² et tout ayant droit peut demander la constatation de ses droits et la délivrance d'une attestation de détention coutumière et/ou de possession foncière.⁴³ Ainsi, les communautés rurales disposent des droits fonciers sur tous les fonds de terre liés au droit foncier coutumier, aux espaces vitaux villageois et aux terres agricoles familiales. Ces droits dont la reconnaissance est concrétisée par 'une attestation de possession foncière' ou 'une attestation de détention' de droits fonciers coutumiers, peuvent être individuels ou collectifs, transmissibles par

succession et cédés entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, dans des conditions définies par les us et coutumes et déterminées par la réglementation en vigueur.⁴⁴

Le législateur malien coupe ainsi le cordon ombilical avec le Code civil français pour consacrer des droits subjectifs aux communautés rurales. Ce faisant, le législateur malien reconnaît, au grand dam de la doctrine fidèle aux principes généraux du droit civil, la qualité de sujet de droit aux communautés rurales et subséquemment il crée en droit positif malien une troisième catégorie de personne 'la communauté rurale' dotée de la personnalité juridique. La loi du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole constitue de ce fait un événement marquant dans l'évolution du droit en République du Mali depuis l'accession du pays à l'indépendance.

Cette remarquable évolution du droit foncier malien s'inscrit dans une tendance contemporaine qui s'est intensifiée ces dernières décennies sous l'égide des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme.

2.2.2 Le renouveau par les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et surtout la Cour interaméricaine des droits de l'homme, précurseur en la matière, participent grandement à l'élaboration d'instruments nouveaux consacrant un droit collectif sur la terre et visant spécifiquement la protection des communautés locales.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est un organe de recours en cas de violation des droits de l'homme par les États africains. En février 2010, dans l'affaire des Endorois c Kenya,⁴⁵ elle a rendu une décision devenue emblématique dans les annales de la jurisprudence relative à la propriété foncière collective en Afrique, parce que, pour la première fois,

38 Art. 17 de la loi d'orientation agricole, précitée.

39 Loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole au Mali, JORM du 21 Avril 2017.

40 Art 4 de la loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole.

41 Art 12 al. 2 de la loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole.

42 Art 19 de la loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole.

43 Art 34 de la loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole.

44 Art 38 de la loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole.

45 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c Kenya (2009), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, n° 276/03, 49e sess, 27e rapport d'activité [Endorois c Kenya].

elle s'est prononcée sur une question relative à la personnalité juridique d'une communauté en lien avec la terre.

En l'espèce, l'Etat kényan avait expulsé dans les années 1970 des tribus d'éleveurs proches des Masaïs, les Endorois, de leurs terres ancestrales situées dans la province de la Vallée du Rift pour y aménager une réserve faunique et des complexes hôteliers bâtis sur les rives du lac Bogoria. Après plusieurs procédures infructueuses devant les juridictions nationales, la communauté Endorois, soutenue par deux ONG déposa une plainte devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. La communauté alléguait entre autres la violation d'un droit de propriété collective sur leur terre ancestrale résultant du déplacement des membres de la Communauté Endorois.⁴⁶

Faisant suite à cette requête, la Commission a tout d'abord retenu d'une part, que 'la possession traditionnelle a des effets équivalents à ceux d'un titre de propriété octroyé par l'Etat et donne le droit d'exiger une reconnaissance officielle et un enregistrement de la part de l'Etat' et d'autre part, que

les membres de la communauté autochtone ayant involontairement quitté la terre de leurs ancêtres ou qui en ont perdu la possession en conservent le droit de possession et de propriété, même s'ils ne disposent pas de titre légal, à moins que les terres n'aient été transférées légalement à des tiers de bonne foi, et le cas échéant, ils conservent des droits de restitution de ces terres ou de terres équivalentes.⁴⁷

Enfin elle conclut, en s'appuyant, tant sur la spécificité de la charte africaine qui consacre les droits des peuples que sur les définitions de la propriété élaborées en

droit international, que les Endorois sont des peuples autochtones 'statut leurs permettant de bénéficier de la charte africaine protégeant les droits collectifs'.⁴⁸ Ainsi, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a explicitement reconnu aux communautés Endorois un droit de propriété foncière collective.

Cette décision de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, devenue l'instance juridictionnelle la plus dynamique en matière de reconnaissance et de protection des droits collectifs fonciers des communautés locales. Parmi ses nombreuses décisions,⁴⁹ une des affaires récentes retiendra plus particulièrement l'attention : affaire Saramaka c. Suriname.⁵⁰

L'affaire a opposé le peuple Saramaka à l'Etat du Suriname suite à l'octroi par celui-ci de concessions forestières et minières sur les terres ancestrales des Saramakas.⁵¹ Les Saramakas sont en effet des descendants d'esclaves africains déportés vers la colonie néerlandaise du Suriname dans la seconde moitié du XVII^e siècle. Par traité avec la couronne hollandaise en 1762, ils avaient obtenu la liberté et l'autonomie sur une large portion de forêts tropicales. En 1997 le gouvernement du Suriname a octroyé à des multinationales des concessions forestières et minières sur plus de 13 millions d'hectares se trouvant en terres traditionnellement occupées par les Saramakas,

46 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c Kenya (2009), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, n° 276/03, 49^e sess, 27^e rapport d'activité [Endorois c Kenya].

47 *ibid*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, (2009), n° 276/03, 49^e sess, 27^e rapport d'activité [affaire Endorois c Kenya].

48 *ibid*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, (2009), n° 276/03, 49^e sess, 27^e rapport d'activité [affaire Endorois c Kenya].

49 Entre autres : Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, 31 août 2001, Arrêt sur le fond, Série C, n° 79 ; Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname, 15 juin 2005, Série C, n° 124 ; Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, 29 mars 2006; Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391 ; Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, 17 juin 2005, Série C, n° 125.

50 Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire Saramaka People v. Suriname, 28 novembre 2007.

51 OTIS Ghislin, 'Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme' (2009) Recherches amérindiennes au Québec 39(1-2) 99-108.

contraignant ces derniers à déguerpir de leurs terres ancestrales. Par suite, les Saramakas ont déposé une plainte auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme afin d'obtenir la protection de leurs droits fonciers collectifs. La demande a ensuite été transmise à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Devant la Cour, l'État du Suriname faisait valoir qu'une telle propriété commune n'existait pas dans la législation nationale et qu'il ne pouvait donc pas reconnaître aux Saramakas un droit que cette législation ne prévoyait pas. Il faisait valoir également que s'il devait reconnaître un tel droit original au Peuple Saramaka, ce serait discriminatoire pour le reste de la population du pays.

Dans son jugement rendu le 28 novembre 2007, la Cour a conclu que le peuple Saramaka possède un droit sur le territoire qu'il occupe dans la forêt tropicale de l'État du Suriname et que l'État du Suriname doit non seulement reconnaître l'existence de la personnalité juridique de ce peuple, mais doit garantir la possibilité pour les Saramakas d'exercer des droits collectifs sur leur territoire. La Cour fonde sa décision sur l'article 21 de la convention américaine, qu'elle interprète à la lumière des décisions des Comités d'application des deux Pactes internationaux (relatifs aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels) pour retenir que

les membres du peuple Saramaka forment une communauté tribale protégée par les normes internationales de droits de l'Homme qui protègent le droit de propriété collective sur les territoires qu'ils utilisent et occupent traditionnellement, droits fondés sur l'utilisation et l'occupation ancestrales de leur terre et des ressources nécessaires à leur survie physique et culturelle.⁵²

La Cour interaméricaine des droits de l'homme consacre ainsi explicitement un droit foncier collectif au profit des communautés locales.

3

LA REVIVIFICATION DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE COLLECTIVE PAR LE RECOURS AUX DROITS FONCIERS COUTUMIERS

La notion de droits fonciers coutumiers désigne 'un ensemble de prérogatives ou d'avantages reconnus aux individus ou groupes d'individus par les normes coutumières ; en d'autres termes, les droits réels détenus par les individus ou les groupes d'individus en vertu des normes coutumières'.⁵³ Ces dernières décennies, ces droits fonciers coutumiers ont fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur partout en Afrique de l'Ouest francophone. Au Mali notamment, plutôt que de rester cantonné dans un droit écrit dont les principes généraux sont restés figés à l'époque coloniale, le législateur a fait le choix de recourir aux droits fonciers coutumiers pour revivifier la propriété collective fondée sur la possession coutumière des terres. En même temps, poussé par la société civile, par des organisations paysannes et des populations, qui ne supportaient plus de subir les conséquences du mépris de leurs droits fonciers coutumiers, le législateur n'a eu d'autres choix que de revaloriser la propriété collective fondée sur les droits fonciers coutumiers. C'est ainsi que le recours aux droits fonciers coutumier a permis de redonner vie à une propriété foncière collective (A) dont il est intéressant de souligner les singularités (B).

3.1 Le recours aux droits fonciers coutumiers

Longtemps méprisés, les droits fonciers coutumiers sont depuis quelques années mobilisés par les législateurs nationaux pour la revivification de la propriété foncière. Avant de s'interroger sur la nature juridique des droits reconnus au travers de la valorisation des droits fonciers coutumiers au Mali (2)

⁵² Saramaka People v. Suriname, précité, (Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007).

⁵³ Gerti Hesseling, Moussa Djire et Barbara Oomen, 'Le droit en Afrique : expériences locales et droit étatique au Mali', (Afrika-Studiecentrum, 2005) 294.

nous insisterons d'abord sur la tendance contemporaine à la reconnaissance des droits fonciers coutumiers en Afrique de l'Ouest francophone (1).

3.1.1 La tendance à la valorisation des droits fonciers coutumiers

Avant d'insister sur cette récente tendance à la valorisation des droits fonciers coutumiers, notons que le législateur togolais a anticipé cette question à travers son ordonnance du 6 février 1974 fixant régime foncier et domanial,⁵⁴ puisque déjà à cette date il a opéré la reconnaissance des droits fonciers coutumiers. Aux termes de l'article 2 de cette ordonnance, '[l]’État garantit le droit de propriété aux individus et aux collectivités possédant un titre foncier délivré conformément à la loi. L’État garantit également le droit de propriété à toute personne ou collectivité pouvant se prévaloir d’un droit coutumier sur les terres exploitées’. Ainsi, à travers l’alinéa 2 de cette disposition, le législateur togolais consacre clairement la reconnaissance des droits fonciers coutumiers.

Pour les autres pays, il faut véritablement attendre les débuts de la décennie 1990 pour voir cette tendance se confirmer.

Le législateur nigérien fut le premier à amorcer cette nouvelle tendance. En effet, dès l’année 1993 avec l’adoption de l’ordonnance du 2 mars 1993 portant principes d’orientation du Code rural, le législateur nigérien a inscrit en lettres d’or les droits fonciers coutumiers dans son droit positif. L’article 8 de cette ordonnance, qui élève le droit coutumier au même rang que le droit écrit, dispose que ‘La propriété du sol s’acquiert par la coutume ou par les moyens du droit écrit’. L’article 9 de la même ordonnance précise que ‘la propriété coutumière résulte de : l’acquisition de la propriété foncière rurale par succession depuis des temps immémoriaux et confirmée par la mémoire collective ; l’attribution à titre définitif de la terre à une personne par l’autorité coutumière compétente ; tout autre mode d’acquisition prévu par les coutumes des terroirs’. Et l’alinéa 2 de cette disposition d’ajouter que ‘la propriété coutumière confère à son titulaire la

propriété pleine et effective de la terre’.⁵⁵ On ne peut mieux proclamer la reconnaissance des droits fonciers coutumiers.

A son tour, le législateur béninois s’est inscrit dans la logique de reconnaissance légale des droits coutumiers en 2007 avec la loi n° 2007-003 portant régime foncier rural en République du Bénin⁵⁶ et en 2013 avec la loi n° 2013-01 portant code foncier et domanial en République du Bénin.⁵⁷ Avec ces textes, le législateur béninois bascule les terres ‘objets de droits établis ou acquis selon la coutume et plus largement les pratiques et normes locales’⁵⁸ / dans les ‘terres privées’ (au même titre que les terrains immatriculés), et crée un nouveau statut juridique pour ces parcelles, le ‘certificat foncier’.⁵⁹ Ainsi, il reconnaît et confirme les droits fonciers coutumiers qui débouchent sur la délivrance d’un certificat de propriété foncière.

Encouragé par les précédents nigérien et béninois, le législateur malien s’est inscrit dans un processus de reconnaissance des droits fonciers coutumier, commencé en 1986⁶⁰ et surtout en 2000 avec le Code domanial et foncier et achevé en avril 2017 avec l’adoption de la loi portant sur le foncier agricole. Déjà en 2000, la reconnaissance officielle des droits fonciers coutumiers a été clairement établie par l’article 43 du

⁵⁴ Ordonnance N° 12 du 6 février 1974 fixant régime foncier et domanial, J.O.R.T du 16 mars 1974.

⁵⁵ Ordonnance n° 93 - 015 du 2 mars 1993 portant principes d’orientation du Code rural au Niger. <<http://www.droit-afrique.com/upload/doc/niger/Niger-Code-1993-rural.pdf>>.

⁵⁶ Loi 2007- 03 du 16 octobre 2007 portant régime foncier rural en République du Bénin. <<https://legis.cdij.bj/index.php/loi-n-2007-03-du-16-octobre-2007-portant-r-gime-foncier-rural-en-r-publique-du-b-nin>>.

⁵⁷ Loi n°2013 01 du 14 janvier 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin modifiée par la loi n°2017 15 du 26 mai 2017. <<https://www.droit-afrique.com/uploads/Benin-Code-2013-domanial-et-foncier-MAJ-2017.pdf>>.

⁵⁸ Art. 7 de la loi 2007-003 portant régime foncier rural en République du Bénin.

⁵⁹ Philippe Lavigne Delville, ‘La réforme foncière rurale au Bénin. Émergence et mise en question d’une politique instituante dans un pays sous régime d’aide’ (2010) *Revue française de science politique*, (Vol. 60), p. 467-91.

⁶⁰ Code domanial et foncier, Loi n° 86-91/AN-RM du 12 juillet 1986 <https://www.globalprotectioncluster.org/_assets/files/field_protection_clusters/Mali/files/HLP%20AoR/Mali_Land_Tenure_Code_1986_FR.-pdf>.

Code domanial et foncier qui confirme les droits fonciers coutumiers exercés individuellement ou collectivement sur les terres non immatriculées en précisant que 'nul individu, nulle collectivité ne peut être contraint de céder ses droits si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation'. De même, l'article 44 du Code domanial et foncier indique que ces droits fonciers coutumiers peuvent, à la suite d'une enquête publique et contradictoire, faire l'objet d'un titre opposable aux tiers qui constate l'existence et l'étendue de ces droits. À la suite du Code domanial et foncier, le pays a adopté le 11 avril 2017 la loi portant sur le foncier agricole.⁶¹ Tout comme le texte précédent, cette loi consacre la reconnaissance des droits fonciers coutumiers et institue un régime des 'terres agricoles des communautés rurales' comprenant les terres agricoles liées au droit foncier coutumier, les espaces vitaux villageois et les terres agricoles familiales. Et l'article 44 de cette loi d'ajouter que 'tout détenteur coutumier de terre agricole peut demander la constatation de ses droits et la délivrance d'une attestation de détention et /ou de possession foncière'.

Enfin, le législateur burkinabé à son tour décidé de reconnaître les droits fonciers coutumiers⁶² avec l'adoption de la loi du 16 juin 2009 portant régime foncier rural.⁶³ Comme le souligne Ouedraogo, c'est à travers la notion de 'possession foncière rurale' que le législateur burkinabé a tenté de progresser vers une reconnaissance des droits fonciers coutumiers.⁶⁴ Le législateur burkinabé définit la 'possession foncière rurale' comme étant 'le pouvoir de fait légitimement exercé sur une terre rurale en référence aux us et coutumes fonciers locaux'.⁶⁵ Aux termes de l'article 44

de cette loi 'tout possesseur foncier rural dont la preuve de la possession a été établie conformément aux dispositions de la présente loi bénéficie de la délivrance d'une attestation de possession foncière rurale par le maire de la commune concernée.' L'alinéa 2 de cette disposition ajoute que 'l'attestation de possession foncière rurale est un acte administratif ayant la même valeur juridique qu'un titre de jouissance tel que prévu par les textes portant réorganisation agraire et foncière au Burkina Faso'.

Il faut toutefois souligner que d'autres législations répugnent à redonner à la propriété privée collective son lustre d'antan. C'est notamment le cas de la loi sénégalaise sur le domaine national qui a pour ainsi dire mis de côté les droits coutumiers.⁶⁶

Qu'à cela ne tienne, la reconnaissance légale et la valorisation des droits fonciers coutumiers sont ainsi devenue une réalité dans de nombreux pays de l'Afrique de l'Ouest francophone.

3.1.2 La nature juridique des droits reconnus au travers de la valorisation des droits fonciers coutumiers

La loi du 11 Avril 2017 portant sur le foncier agricole au Mali énonce à son article 30 que 'les droits réels sont reconnus sur les terres agricoles, dans les formes et conditions définies par la réglementation en vigueur' et l'article 34 de la même loi ajoute que 'tout détenteur coutumier de terre agricole peut demander la constatation de ses droits et la délivrance d'une attestation de détention et /ou de possession foncière'. Dès lors, de quels droits réels s'agit-il? Et quelles sont la nature et la portée juridiques des attestations de détention coutumière et de possession foncière, comparées au titre foncier défini de longue date comme étant le document juridique garantissant un droit de propriété définitif et inattaquable?

On pensera à l'usufruit qui est un démembrement du droit de propriété, un droit réel qui s'exerce sur la chose d'autrui. On explique qu'il procède d'une répartition des éléments constitutifs de la propriété : à l'usufruitier, l'usus et le fructus ; au nu-propriétaire,

61 Loi n°2017-001 du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole au Mali.

62 Hubert MG Ouedraogo (2011), 'De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes', *Études rurales*, 187 p.79-93.

63 Loi no 034-2009/AN du 16 juin 2009 portant régime foncier rural au Burkina-Faso. <<https://www.ecolex.org/details/legislation/loi-no-034-2009an-du-16-juin-2009-portant-regime-foncier-rural-lex-faoc095496/>>.

64 Hubert MG Ouedraogo (2011) précité, *Études rurales*, 187 p.79-93.

65 Article 6 de la loi no 034-2009/AN du 16 juin 2009 portant régime foncier rural au Burkina-Faso.

66 Loi N° 64-46 DU 17 Juin 1964 relative au Domaine national (J.O. 3692, p. 905).

l'abusus.⁶⁷ En effet, l'attestation de détention coutumière et de possession foncière ont pour traits communs de se distinguer du titre foncier, qui demeure, en droit positif malien, le document juridique garantissant un droit de propriété définitif et inattaquable et qui offre à son titulaire tous les attributs de la propriété à savoir l'usus, le fructus et l'abusus. Aussi, relevant du régime des terres non immatriculées, ces différents documents reposent sur l'idée d'une relation de fait entre un individu ou une collectivité et la terre. Cette relation correspond, en droit privé des biens, au mécanisme de la possession. Or en droit privé des biens, la possession n'est pas synonyme de propriété ainsi que nous le rappelle le doyen Carbonnier pour qui la possession n'est que 'la maîtrise de fait, le pouvoir physique exercé sur une chose, que ce pouvoir de fait coïncide ou non avec le pouvoir de droit, avec la propriété'.⁶⁸ Aussi, le titulaire du droit sur la chose d'autrui n'est pas propriétaire de la chose mais seulement du droit qui porte sur elle, il possède un jus, un droit incorporel.⁶⁹

Dès lors pour la collectivité d'usufruitiers, la nature des droits reconnus peut être assimilée soit à un droit de superficie, soit à un droit d'usage privatif ou dans une certaine mesure à un droit de propriété. Le droit de superficie s'exerce sur les zones de transhumance, de pâturage, de pêche et sur les points d'eaux. Sur ses zones, les éleveurs et les pêcheurs peuvent se voir reconnaître un droit d'usage prioritaire, mais le droit d'usage prioritaire n'exclut pas l'exercice des us et coutumes communs aux éleveurs et aux pêcheurs en matière de gestion et d'exploitation des zones de pâturage et de pêche, notamment l'accès des tiers aux points d'eau, le droit de parcours et de pacage et de pêche.⁷⁰ L'exercice de ces droits de superficie renvoie à

la distinction faite par le droit moderne et qui détermine trois types de catégories de choses : la chose appropriée (*res propriae*), la chose commune (*res communis*) et la chose sans maître (*res nullius*). Les droits de superficie correspondent à la catégorie des *res communis*, car comme le dit le doyen Carbonnier 'il y a des choses qui par leur nature répugnent à toute appropriation'. Concrètement, cela signifie qu'il y a une forme d'universalité des droits d'usage sur certaines zones (zones de transhumance, d'élevage, de pêche, et points d'eaux) et aussi certaines ressources renouvelables (herbes, poissons, espèces animales chassées, les arbres, les fruits et leurs produits).⁷¹

Quant au droit d'usage privatif il s'exerce collectivement par les membres de la communauté sur les terres agricoles des communautés rurales qui comprennent tous les fonds de terre détenus par les communautés en vertu d'une attestation de possession foncière ou d'une attestation de détention de droits fonciers coutumiers dûment établis. Ce sont les terres des communautés rurales liées au droit foncier coutumier, les espaces vitaux villageois, et les terres agricoles familiales. Le droit d'usage privatif confère donc à un groupe déterminé un droit de jouissance exclusif sur la terre et les ressources de leur terroir. De ce fait, le droit d'usage privatif est plus qu'un droit de superficie. Mais est-ce à dire que le droit d'usage privatif confère droit de propriété ? Il semble que non car si la communauté a un droit d'usage et de jouissance exclusif, l'Etat reste bel et bien maître et propriétaire de la terre. La règle résulte d'une part, du principe de domanialité qui fait de l'Etat le maître des terres sur l'étendue du territoire national, et d'autre part, du décret 1955 par lequel le législateur colonial confirmait les droits fonciers coutumiers à condition qu'ils aient une existence de fait et s'exercent sur des terres non immatriculées et appropriées selon les règles du Code Civil.⁷² En définitive, le droit d'usage privatif renvoie pour plusieurs raisons à la notion d'usufruit dont il est le diminutif.⁷³ Ainsi que l'énonce l'article 578 du Code civil français '[l]usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance'.

67 Marc Nicod, 'La quasi-propriété de l'usufruitier ou la propriété usufructuaire', In Daniel Tomasin (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat* (Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006) 197-202.

68 Jean Carbonnier, *Droit civil, les biens-monnaie, immeuble, meuble* (Presses Universitaires de France, 19 éd. Paris, 2000) 398.

69 Frédéric Zenati-Castaing, 'La propriété, mécanisme fondamental du droit', In Daniel Tomasin (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat* (Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006) 243-9.

70 Article 42 de la loi 11 avril 2017, précitée.

71 Papa Bangy Guisse (2000), précité, 87-100.

72 Art. 3 du décret de 1955, précité.

73 *ibid* Décret de 1955.

Toutefois, dans la durée et avec l'effet du temps, l'usufruitier peut accéder à la pleine propriété de la terre. C'est alors l'hypothèse de l'usucapion que le législateur malien évoque, en des termes quelque peu confus, à l'article 29 de la loi sur le foncier agricole qui dispose que

dans les affaires de revendication en détention coutumière ou de possession de terres agricoles, notamment la propriété et des droits qui en découlent, la possession de la terre non immatriculée ou non enregistrée est acquise par l'exploitant après vingt (20) ans d'exploitation continue et régulière sans contestation, ni paiement d'un quelconque droit ou taxe.⁷⁴

L'usucapion permet ainsi à celui qui possède une terre, sans titre ou avec un titre même précaire, d'accéder à la pleine propriété au bout de vingt ans, dès lors qu'il est établi que la possession de la terre a été continue et non interrompue, paisible, publique, et non équivoque.⁷⁵

3.2 Les singularités de la propriété foncière collective

Les droits reconnus aux membres de la collectivité, relativement aux ressources communes, présentent des singularités bien marquées tant entre les membres formant la collectivité (1) qu'entre ceux-ci et les tiers (2).

3.2.1 Singularités inter partes de la propriété collective

A l'intérieur du groupe chacun des membres dispose de droits dont la jouissance harmonieuse n'est possible qu'à travers la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et intérêt collectif, mais aussi par la protection du bien commun.

Les dispositions de la loi d'orientation agricole relatives aux exploitations agricoles au Mali précisent que 'les membres d'une exploitation agricole sont égaux en droit et en devoir'.⁷⁶ De même, les dispositions de la loi du 11 Avril 2017 portant sur le foncier agricole relatives à la transhumance, à l'élevage et à la pêche, reconnaît aux éleveurs et aux pêcheurs les mêmes droits sur les ressources naturelles situées sur leur terroir d'attache.⁷⁷ Ces dispositions consacrent ainsi des droits d'usages concurrents au profit de chacun des membres du groupe. Ces droits d'usages s'exercent dans les terres des communautés rurales liées au droit foncier coutumier, les espaces vitaux villageois, les terres agricoles familiales, les zones de pâturage, et les zones de pêche, zones dans lesquelles l'on note purement et simplement un droit naturel des populations locales à la terre et à ses ressources. En effet dans ces zones les populations locales y ont un accès libre sous réserve de ne pas en abuser et de ne pas porter atteinte aux droits des autres. Chaque membre de la communauté a les mêmes droits sur la terre et ses ressources qu'un autre membre de la même communauté.

Les membres de la communauté ne disposent pas que des droits sur la terre et les ressources communes, ils ont également chacun l'obligation de préserver et d'entretenir le bien commun. L'article 17 de la loi d'orientation agricole précise à cet égard que 'les membres d'une exploitation agricole familiale, qu'ils soient de sexe masculin ou féminin, ont l'obligation d'œuvrer à la rentabilité économique et sociale de l'exploitation'. Toutefois, la loi met à la charge du Chef d'exploitation l'obligation de promouvoir des pratiques de gestion participative et des mesures incitatives au sein de l'exploitation.

Enfin, en cas de différends liés à la jouissance des droits ou à l'exercice des devoirs, les parties doivent recourir à la médiation de la Délégation locale de la Chambre d'Agriculture avant tout recours juridictionnel.⁷⁸ Cette mesure vise surtout à préserver la cohésion du groupe invité à explorer les mécanismes non juridictionnels.

⁷⁴ Loi n°2017- 001/ du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole au Mali, JORM du 21 Avril 2017.

⁷⁵ Cass. 3e civ., 12 oct. 2011, n° 11-40.055 : JurisData n° 2011-021586.

⁷⁶ Art. 19 de la loi d'orientation agricole, précitée.

⁷⁷ Art. 41 et 42 de la loi du 11 Avril 2017 portant sur le foncier agricole, précitée.

⁷⁸ Art 19 al 2 Loi d'orientation agricole, précitée.

3.2.2 Singularités erga omnes de la propriété foncière collective

A l'égard des tiers la propriété foncière collective présente des singularités qui sont autant de limitations dans les capacités des membres du groupe à opérer individuellement des transactions portant sur les terres communes.

Dans le cas de l'exploitation agricole familiale, le législateur encourage la collectivité des propriétaires à se choisir un représentant unique afin de faciliter la gestion des biens tant en ce qui concerne les rapports entre eux qu'avec les tiers. Ainsi de l'article 14 de la loi d'orientation agricole, il ressort que le chef d'exploitation 'représente l'exploitation dans tous les actes de la vie civile'. Le chef de d'exploitation est donc la seule personne dont la mission est de gérer et conserver les biens communs de la collectivité et de la représenter à l'égard des tiers.

Mais dans d'autres situations, le législateur impose des mécanismes impliquant l'ensemble des membres de la famille ou de la communauté. C'est le cas notamment de toute transaction sur les terres objet d'une détention ou d'une possession collective. L'article 17 de la loi du 11 Avril 2017 portant sur le foncier agricole dispose que 'toute transaction sur des terres, objet d'une détention ou d'une possession collective, est soumise à l'autorisation préalable du Conseil de Famille concerné. Ledit Conseil de Famille est composé de tous les ayants droit. L'autorisation, recueillie à l'effet de l'alinéa 1^{er} du présent article, est consignée dans un procès-verbal de réunion, dont copie est jointe à l'acte de transaction'.

Enfin, avec un décret du 4 avril 2018 le législateur malien a institué les commissions foncières villageoises et de fractions.⁷⁹ Elles sont composées de représentants des autorités coutumières, des agriculteurs, des éleveurs, des pêcheurs et des groupes de femmes et de jeunes. Avec l'institution de ces commissions, dont l'un des principaux buts est de mettre les populations locales au centre des prises de décisions relatives à la gestion

des terres agricoles de leurs terroirs, toute acquisition massive de terre par un tiers ne peut être faite sans l'accord des dites commissions. L'objectif est de protéger les communautés rurales contre les accaparements des terres par des prédateurs fonciers.

4 CONCLUSION

Le point de départ de cette étude était de comprendre, à partir de l'exemple du Mali, la place qu'occupe la propriété privée collective en droit foncier des pays de l'Afrique de l'Ouest francophone.

L'étude a révélé que la propriété privée collective était connue des sociétés africaines avant leur rencontre avec le colonisateur français. Elle était même de loin la plus importante des formes d'appropriation de la terre. Mais la rencontre avec le législateur colonial a ébranlé cette forme de propriété pour lui substituer la propriété privée individuelle fondée sur la conception romaine et occidentale. Cette conception a perduré dans les législations des Etats indépendants et a continué de fragiliser la conception de la propriété foncière africaine basée sur l'appropriation collective de la terre.

Mais après maintes vicissitudes la propriété privée collective renaît de ses cendres particulièrement en droit foncier malien. Poussé par la société civile, les paysans et la population, et encouragé par les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme, le législateur malien a entrepris ces deux dernières décennies des réformes d'envergure pour élaborer des instruments nouveaux visant spécifiquement la protection des communautés locales. Ainsi, au Mali des figures de propriétés collectives que le droit colonial a voulu effacer de la mémoire juridique ont été réhabilitées. Les droits fonciers coutumiers sont aussi de plus en plus mobilisés pour renforcer la propriété foncière fondée sur la possession coutumière des terres et redonner vie à la propriété privée collective.

Toutefois, le tableau d'ensemble n'est pas reluisant car encore de nos jours de nombreux pays de l'Afrique de l'Ouest francophone répugnent à redonner à la propriété privée collective son lustre d'antan. Pourtant,

⁷⁹ Décret n°2018-0333/p-rm du 4 avril 2018 fixant la composition et les modalités de fonctionnement de la Commission foncière villageoise ou de fraction. JORM du 13 avril 2018.

la récurrence des conflits fonciers partout en Afrique de l'Ouest francophone liée à une insécurité foncière grandissante dont l'une des causes est justement la méconnaissance ou la faible reconnaissance de la propriété foncière collective des communautés rurales, appelle à une plus grande valorisation de la propriété privée collective.

*LEAD Journal (Law, Environment and Development Journal) is jointly managed by the
Law, Environment and Development Centre, SOAS University of London
soas.ac.uk/ledc
and the International Environmental Law Research Centre (IELRC)
ielrc.org*

