

(Contribution au symposium de la Banque mondiale,
Washington, mai 2007)

Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne

L'insécurité foncière chronique est l'un des principaux facteurs de blocage du développement économique dans beaucoup de pays du Sud et, singulièrement en Afrique. Paradoxalement, c'est l'archaïsme d'un droit écrit resté figé à l'époque coloniale qui constitue la principale cause d'insécurité tandis que, nécessité faisant loi, la société s'invente des pratiques plus moderne, basées sur une évolution accélérée de la coutume. Plutôt que de chercher à sauver le droit colonial, les bailleurs de fonds feraient mieux d'accompagner la formation d'une propriété de masse, fondée sur la possession de fait.

Le poison de l'insécurité foncière

L'insécurité foncière est omniprésente dans beaucoup de pays en développement, mais plus particulièrement dans les pays du Sud du Sahara.

Cette insécurité est multiforme :

- Incertitude du possesseur sans titre d'un terrain (cas de la majeure partie de la population) sur la pérennité de sa possession.
- Incertitude du titulaire d'un titre (cas plus rare) sur la validité de ce titre.
- Incertitude quant à l'identité des ayants droit avec lesquels un acquéreur doit négocier l'achat d'un terrain.
- Incertitude quant aux délais et aux coûts qui devront être engagés par cet acquéreur pour obtenir l'indispensable enregistrement administratif de son acquisition.

L'insécurité foncière touche aussi bien les populations urbaines que rurales. Seules y échappent les sociétés capables de négocier la sécurité de leurs implantations, au plus haut niveau, avec les Autorités en place, en dehors des cadres légaux.

Dans la plupart des villes africaines, au regard des lois théoriquement en vigueur, l'écrasante majorité de la population ne dispose d'aucun droit sur le sol où elle habite et sur la terre qu'elle travaille, au regard des lois théoriquement en vigueur.

Cette contribution fait sienne l'opinion largement partagée selon laquelle l'insécurité foncière est un poison qui bloque les germes du développement économique parce qu'il paralyse l'investissement. Le mal a déjà été décrit et analysé dans de nombreuses études. Il n'est donc pas utile de revenir dessus.

Par contre, l'analyse qui est faite habituellement des causes de cette insécurité, nous paraît largement erronée et c'est pourquoi, pensons-nous, les préconisations qui sont avancées pour guérir le mal, sont inadaptées. Dans certains cas, elles contribuent même involontairement à son aggravation.

En effet, les missions d'études qui se succèdent dans ces pays africains depuis une quarantaine d'année sur la thématique des solutions à apporter à l'insécurité foncière, font toutes à peu près les mêmes constats pour en déduire les mêmes conclusions qui se résument comme suit : « *Il faut aider le pays à réaliser un cadastre, au moins dans les régions à plus fort potentiel, afin d'y sécuriser la propriété et en attendant, il faut aider techniquement l'administration locale à délivrer plus rapidement des titres fonciers inattaquables* ».

Au fil des années, de nombreuses « expériences pilotes » largement financées par l'aide internationale ont été tentées, sans laisser de traces durables. Des programmes de plus grande ampleur ont aussi été lancés, en recourant à des prêts importants, mais la situation a fort peu évolué.

L'opinion défendue ici est que la clef de l'insécurité foncière ne réside pas principalement dans la carence des moyens techniques (cadastre informatisé, matériel topographiques, qualité des bornages, etc.) mais dans l'inadaptation du système législatif à la situation socio-historique. Plus précisément, il n'y aura pas de solutions économiquement viables à l'insécurité foncière tant que ces pays resteront sous l'emprise des principes du droit foncier colonial.

Droits européens versus droits coloniaux

Dans les discussions, ou même dans les rapports d'experts qui traitent de la question foncière en Afrique, il est habituel d'opposer le droit écrit *moderne* (aussi qualifié de droit français, ou espagnol, ou anglais...) et les coutumes anciennes informelles, la propriété traditionnelle. La voie de la modernisation est donc inscrite par avance dans la sémantique utilisée : pour se développer, le pays doit travailler à mettre en œuvre le droit *moderne* et les bailleurs de fonds internationaux peuvent l'aider en lui permettant de se doter des moyens techniques nécessaires.

On oublie simplement d'observer que ce droit foncier *moderne* n'a jamais été appliqué dans aucun des pays développés (Angleterre, Belgique, Espagne, France, ...) qui l'ont introduit en Afrique. Tout au contraire, le droit foncier que les anciennes *métropoles* appliquaient dans leurs colonies respectives était fondé sur des principes diamétralement opposés à ceux qu'elles avaient mis en œuvre chez elles précédemment pour traiter des problèmes équivalents.

Dans les pays européens et singulièrement en France, l'appropriation des sols est une affaire privée qui se règle entre voisins et dont l'Etat ne se mêle pas autrement qu'en entretenant un système pour arbitrer les conflits éventuels. Parlant de ces choses avec un géomètre russe en 1992, il eut cette formule percutante : « *Pourquoi faut-il que l'Etat vienne fixer la limite de mon terrain et de celui du voisin alors que nos chiens la connaissent ?* »¹

En Europe, les deux seuls soucis de l'Etat, vis-à-vis de la propriété foncière privée, sont d'abord de la taxer et ensuite d'entretenir le système judiciaire qui règlera les éventuels conflits de voisinage qui lui seront soumis. La Justice n'intervient d'ailleurs qu'assez peu car le droit de la propriété y repose sur deux principes qui ont pour effet de limiter les possibilités de contentieux :

- Le premier principe est que la possession paisible d'un terrain est une présomption de propriété. Autrement dit : ce n'est pas à l'occupant d'un terrain de prouver qu'il en est propriétaire, c'est au vrai propriétaire de prouver le contraire, en application de la vieille règle « possession vaut titre »².

- Le second principe est celui de la prescription acquisitive. Cela signifie que pour contester valablement la prétention du possesseur du terrain à en être le propriétaire, il ne faut pas attendre trop longtemps. Passé le délai de prescription (30 ans, c'est-à-dire une génération³), tout recours devient irrecevable. Autrement dit, les enfants ne peuvent pas ressusciter les querelles de leurs grands parents si leurs parents y avaient eux-mêmes renoncé.

Appliqué dans leurs colonies respectives, un tel système foncier n'aurait pas permis aux anciennes puissances coloniales de s'y approprier le moindre terrain. C'est pourquoi un principe opposé y a toujours été utilisé, celui de la création de la propriété par l'Administration mise en place.

Ce système de création administrative de la propriété privée a été épuré et rationalisé par Sir Robert Richard Torrens, lors de la colonisation de l'Australie, au milieu du XIX^e siècle (*Torrens Act* du 2 juillet 1858). Il sera copié par toutes les puissances coloniales de l'époque et introduit dans leurs colonies selon le schéma suivant :

- Le territoire conquis est considéré comme *terra nullius* (une terre où ne s'exerce aucun droit), et déclaré propriété de la Couronne (ou de la République).

¹ Voir "Cadastre versus ownership" in "Russia, urban development and emerging property markets", 220 p., Adef, 1995

² C'est-à-dire que la possession paisible et de bonne fois d'un terrain a la même valeur qu'un titre de propriété.

³ Le délai de prescription qui, en France, est fixé uniformément à 30 ans depuis deux siècles, en matière immobilière, avait précédemment des durées variables selon les provinces et selon la qualité des requérants. Cette durée est parfois différente dans d'autres pays.

- L'Administration délimite des terrains (bornage) en application d'un plan cadastral préétabli (la planche à dessin commande le paysage).
- Ces lots sont attribués aux colons qui arrivent pour qu'ils les mettent en valeur (mise en culture, construction).
- Une fois le terrain mis en valeur, l'attributaire en devient propriétaire en recevant de l'Administration un *titre foncier*.
- Toute transmission de la propriété (par vente, héritage, etc.) se réalise par enregistrement du transfert du titre auprès de l'Administration qui en garantit la validité.

Cependant, en Afrique, surtout dans les régions où les activités agricoles étaient déjà importantes, il n'était évidemment pas possible de proclamer, comme en Australie⁴ qu'il n'existait aucun droit préexistant sur le sol. La solution fut alors de considérer que, en l'absence de documents juridiques écrits, il ne pouvait s'agir que d'occupations coutumières précaires susceptibles d'être révoquées (quitte à accepter la possibilité d'une indemnisation éventuelle) afin de faire place à ce qui était présenté comme le véritable droit moderne de propriété sur le terrain.

Lors des Indépendances, les nouveaux Etats conservèrent tous le système foncier colonial car son fonctionnement était avantageux pour le pouvoir en place, quel qu'il soit. Dans plusieurs cas, ils l'aggravèrent plutôt en alourdissant les contrôles administratifs sur le bornage, sur la mise en valeur des terrains, des formalités de publicité, etc..

Création de la propriété « par le haut » et « par le bas »

Pour simplifier, il est possible de distinguer dans l'histoire deux grands modes de gestation et de gestion de la propriété privée⁵ :

- Une fabrication de la propriété « *par le bas* » qui consiste à laisser les situations de fait (la possession paisible du terrain, son occupation longue et continue sans contestation) se transformer en situation de droit (la propriété foncière). C'est le modèle des pays « latins » où la propriété est une affaire strictement privée.
- Une fabrication de la propriété "*par le haut*" qui confie à l'Etat le soin de créer « *ex nihilo* » la propriété privée sur un territoire conquis réputé sans droit préexistant, puis d'en garantir la transmission et la conservation. C'est le système Torrens Australien devenu le modèle des systèmes fonciers coloniaux.

Le système foncier dit « *germanique* » est à mi chemin de ces deux systèmes. Il a consisté à passer, à la fin du XIXème siècle, d'une situation ancienne où la propriété s'était progressivement constituée « par le bas » comme dans les autres pays européens, à une gestion administrative « par le haut » des preuves juridiques de cette propriété. La réalisation de « livres fonciers » dans chaque commune permettait de transcrire l'état de la propriété au jour du passage d'un système à l'autre, puis d'assurer une gestion administrative de sa conservation.

Ce que l'on peut désigner comme le système foncier « *africain* » est lui aussi, à mi-chemin des deux modes de fabrication de la propriété, mais pour une toute autre raison. En effet, au lieu d'organiser un passage en bloc d'un système à l'autre⁶, on a préféré y laisser cohabiter les deux systèmes qui interfèrent et se contredisent. Il en résulte des situations chaotiques, à l'issue imprévisible, où le plus puissant parvient généralement à se faire appliquer celui des deux systèmes antagonistes qui l'avantage.

4 Dans l'Australie du XIXème siècle, les habitants autochtones ne sont pas des sujets de droit : ils n'ont aucune capacité juridique. Il faudra attendre 1967 pour qu'ils deviennent citoyens australiens et ce n'est qu'en 1993 que le Native Title Act ouvre la voie à une possible reconnaissance de droits sur le sol, aux premiers habitants, dans un territoire qui avait été déclaré Terra nullius depuis la prise de possession de 1788.

⁵ Voir J. Comby « La gestation de la propriété » in *Propriété et environnement*, Dalloz, 1998, ainsi que « La fabrication de la propriété » sur ce site.

⁶ Ce serait une hypothèse de travail possible, celle de « l'immatriculation de masse » et elle a souvent été proposée. Cependant, pour être généralisée, elle supposerait des moyens sans doute hors de portée de la plupart des pays africains. Elle n'est envisageable qu'à l'échelle de quelques quartiers urbains fortement valorisés.

Un système foncier ingérable

Conçu pour organiser une colonisation de peuplement dans un pays réputé sans droit préexistant, le [système Torrens](#) se heurte à des contradictions internes dès que l'on commence à reconnaître des droits fonciers antérieurs. Ces contradictions deviennent de plus en plus difficiles à surmonter au fur et à mesure que, *l'Etat de droit* se développant, les droits fonciers préexistants commencent à être pris plus au sérieux.

Avant les Indépendances, les administrations coloniales avaient déjà été obligées de composer, progressivement, avec les droits coutumiers préexistants, mais elles n'avaient pas eu grand mal à s'imposer. La solution juridique adoptée avait été de délimiter de vastes espaces où l'administration s'attribuait à elle-même un titre foncier après avoir donné quelques compensations aux occupants pour *apurer* la situation juridique des terrains selon la terminologie en usage.

Ce « *titre primaire* » (couvrant parfois plusieurs dizaines de kilomètres carrés) pouvait ensuite être divisé selon la procédure Torrens. Un plan de morcellement était réalisé et les lots étaient vendus en pleine propriété ou plus souvent concédés provisoirement à un attributaire en application de la procédure du « *permis d'habiter* » : Celui-ci disposait d'un certain délai (deux ou cinq ans) pour « mettre en valeur » le terrain (le construire ou le défricher) afin de pouvoir en devenir propriétaire. Ce *permis d'habiter* était destiné à se transformer ensuite en « *titre foncier* » sur la base d'un « *certificat de mise en valeur* » et d'un « *plan de bornage* » définitif.

Cette technique permit la planification et la construction des premières villes modernes mais en pratique, les demandes de *titres fonciers* restèrent l'exception. Compte tenu du coût élevé de la procédure d'obtention d'un titre, qui n'avait d'utilité réelle que si l'on voulait vendre, la plupart des occupants se contentèrent de l'ancien *permis d'habiter* délivré à l'attributaire initial, bien que ce permis soit juridiquement incessible et que sa validité soit de durée limitée. C'était quand même « *un papier* ».

Cependant, ces premiers *titres primaires* une fois lotis, il devint de plus en plus difficile d'en délimiter de nouveaux. En effet, dans le mouvement général de renforcement des droits individuels, les **ayants droit** coutumiers comme les simples occupants de fait, acceptèrent de plus en plus mal de se faire évincer sans chercher à monnayer leur départ, d'autant qu'un marché informel de ces terrains « sans titre » ou « coutumiers » commençait à devenir actif.

Aujourd'hui le marché foncier des terrains coutumiers s'est développé sur de vastes zones géographiques, à partir des périphéries des principales villes, en gagnant sur des zones rurales de plus en plus lointaines. Mais c'est évidemment un marché à haut risque puisque l'acquéreur n'a pas de garantie sur la nature des droits que son vendeur possède réellement sur le terrain.

Le droit positif en vigueur ne propose théoriquement qu'une solution : la demande d'un titre foncier par le vendeur. De fait, une procédure est prévue dans chaque pays, toujours à peu près la même avec quelques variantes :

- Reconnaissance du terrain sur lequel le requérant a préalablement jeté son dévolu ;
- Réalisation d'un plan et un bornage provisoire du terrain ;
- Vérification qu'il n'existe pas d'autres revendications de droits sur ce terrain grâce à une enquête publique après affichage et publication dans la presse ;
- Attribution à titre provisoire du terrain au requérant qui dispose d'un certain délai pour le « mettre en valeur », c'est-à-dire, dans le cas d'un terrain urbain, pour le construire ;
- Vérification de la réalité de cette « mise en valeur » avec délivrance d'un nouveau certificat,
- Vérification du bornage initial qui risque d'avoir été perturbé par les travaux en procédant à un second levé topographique
- Délivrance d'une décision d'attribution définitive du terrain.

A cette étape, l'attributaire ne dispose encore que d'un droit personnel, d'abord provisoire, ensuite définitif, sur le terrain. Celui-ci continue à faire partie du *domaine national* sous la tutelle de l'Etat. Pour que le terrain puisse être vendu par son attributaire, il faudra encore passer à une phase judiciaire, celle de l'immatriculation proprement dite à la Conservation foncière, qui aura pour effet de changer la

catégorie juridique du terrain pour le rendre privé. Alors seulement, après inscription au livre foncier, le titre foncier pourra être vendu en toute légalité.

Au Gabon, à l'occasion de la mise en place d'un programme informatisé qui devait permettre de suivre la procédure de bout en bout, on a compté pas moins de 134 étapes ou tâches successives depuis la première demande d'attribution jusqu'à l'inscription définitive du titre foncier.

■ **Du point de vue de l'administration** elle-même, le système légal de régularisation foncière serait donc extraordinairement coûteux à gérer. Il supposerait, pour chaque parcelle, une succession de procédures impliquant au moins quatre visites sur le terrain et l'intervention de sept institutions différentes (administration du Cadastre, administration des Domaines, Conseil des ministres, administration de l'Urbanisme, Commission d'attribution, Conservation foncière, Tribunal).

Il est évident que, s'il était généralisé à tous les terrains d'un territoire, un tel système ne pourrait fonctionner dans aucun pays, même développé et disposant d'un solide appareil administratif. Si l'on calcule le coût que représente la gestion de l'ensemble des procédures nécessaires à la production finale d'un titre de propriété, on découvre qu'il peut devenir plusieurs fois supérieur à la valeur du terrain en cause et que les taxes et redevances pourtant lourdes supportées par l'attributaire n'en couvrent qu'une partie.

■ **Du point de vue de l'usager**, il s'agit d'un véritable parcours du combattant qui suppose de multiples démarches et le versement de redevances ou taxes successives (en s'en tenant aux seuls prélèvements légaux). La plupart des intéressés ne dépassent donc pas le stade de l'attribution provisoire, même si leur situation devient théoriquement illégale, passé le délai accordé pour la « mise en valeur ». Rares sont donc ceux qui, pour finir, transforment leur attribution définitive en titre foncier. Heureusement, car l'Administration serait bien incapable de suivre le rythme des demandes.

Dans un système aussi complexe et verrouillé par l'Administration, la garantie de la propriété ne peut concerner qu'un petit nombre de privilégiés et c'était bien son objet initial, lors de son introduction à l'époque coloniale.

Les garanties illusoires de la propriété de papier

Les garanties qu'offre le système Torrens à la conservation de la propriété foncière sont-elles aussi fortes qu'on le prétend ?

Dans les pays *neufs* où le développement de la propriété a pu se faire en terrain vierge (juridiquement parlant), la chose semble certaine, encore qu'il faille se demander si la très lourde fiscalité foncière qui est souvent en usage dans ces mêmes pays, n'est pas aussi pour beaucoup dans la bonne marche du système.

Au contraire, dans les pays de vieilles traditions foncières, comme les pays africains, où les droits préexistants n'ont pas vocation à être purement et simplement annihilés, c'est loin d'être le cas.

Un système de propriété fondé sur la délivrance de titres fonciers par une administration publique (ou privée) présente trois catégories de risques.

- Le premier risque, auquel on ne pense habituellement pas, est trivial mais bien réel : dans une région chaude, humide et pauvre, comme l'Afrique, le papier ne se conserve pas très longtemps. Celui qui n'a jamais visité les archives de certaines Conservations foncières de villes africaines aura sans doute du mal à le croire, mais après quelques dizaines d'années, un ou deux changements de régime, des restrictions de crédit interdisant de réparer à temps les fenêtres et d'acheter des armoires, les titres fonciers, plans de bornage et autres pièces juridiques censées garantir la pérennité de la propriété « de la manière la plus absolue », ne sont parfois plus que des amas de cellulose. Quant aux données informatiques (pour la période la plus récente), elles ne résistent souvent pas beaucoup mieux à l'épreuve du temps, compte tenu de la précarité des structures administratives qui en ont la charge.

- Le second risque, inversement, est lié au caractère juridiquement imprescriptible du titre foncier⁷. Faute d'une bonne conservation des titres et surtout des plans, il peut arriver que de nouveaux titres fonciers chevauchent d'anciens titres, ou que des constructions soient réalisées sur des terrains laissés à l'abandon depuis de nombreuses années jusqu'à ce que les héritiers du titulaire d'un ancien titre, conservé dans les papiers de famille d'un particulier, ne se manifeste pour faire valoir leur droit devant un tribunal qui leur donnera normalement gain de cause. Or comment délimiter de nouveaux titres fonciers « inattaquables » si les plans des anciens titres, normalement détenus par l'administration, ont en réalité été « égarés » ou sont si détériorés qu'ils sont devenus inutilisables ?
- Le troisième risque est souvent cité mais peut-être moins répandu qu'on ne l'imagine : il est tentant, dans une administration très mal payée, de produire contre rétribution certains documents de convenance. Il est d'ailleurs possible d'observer dans certains registres fonciers des pages blanches (numérotées) qui permettent certains arrangements a posteriori. Inversement les pages déchirées peuvent être nombreuses dans les vieux registres les mieux conservés.

Existe-t-il une alternative et laquelle ?

Propriété sans borne ni cadastre : la preuve par l'histoire

L'idée qu'il soit possible de sécuriser la propriété foncière sans passer par le préalable d'un cadastre, ni même d'un bornage de tous les terrains, ne repose pas sur une spéculation théorique mais sur la prise en compte d'un fait historique indéniable et de grande échelle : dans tous les pays européens, la généralisation de la propriété privée du sol et la sécurisation juridique des transactions ont été portés à un haut niveau de fiabilité bien avant que ne soient réalisés des cadastres et sans même que le bornage des terrains ne soit la règle.

Comment ce résultat a-t-il été obtenu ? Reste-t-il encore aujourd'hui certains enseignements à en retenir ?

Pour s'en tenir au cas de la France, si l'on définit le droit de propriété appliqué au sol, comme le droit de vendre l'usage ou les revenus d'un terrain, le premier texte connu qui en fasse une application générale à l'ensemble du pays, remonte à 1371⁸. Depuis cette date, le droit de cultiver une terre moyennant versement d'une redevance (équivalent du *lease hold* anglais) comme le droit de percevoir ces redevances (équivalent du *free hold* anglais) s'achètent et se vendent sans égard pour le statut personnel de l'acquéreur (un marchand peut acheter une terre noble). C'est la traduction juridique de la fin du régime féodal.

La vente se réalise devant témoins et un notaire rédige en plusieurs exemplaires l'acte qui décrit le bien et ses limites, donne l'identité des témoins. Rien d'original, on retrouve la même pratique dans les anciens pays arabes. Encore aujourd'hui, au Maroc, pour les ventes de terrains non immatriculés, on rédige des *actes adoulaires* (l'*Adoul* est le notaire coutumier) selon le même principe.

Tant que les ventes sont rares, voire exceptionnelles, la seule mémoire des témoins est suffisante. Quand le marché foncier est devenu beaucoup plus actif, au XVIII^e siècle, le risque est apparu qu'un même bien soit vendu à plusieurs acheteurs différents devant plusieurs notaires. Ou que le même terrain serve de garantie à plusieurs emprunts contractés auprès de plusieurs banques. Pour y parer, il a été créé en 1771 un *Bureau de l'enregistrement des hypothèques* : dans chaque ville, un double de tous les actes de vente devait y être déposé et un registre en était tenu pour leur donner *date certaine*.

Il n'y avait toujours pas de cadastre et le bornage des terrains restait exceptionnel. Le terrain était toujours décrit par ses délimitations physiques (le ruisseau, la chemin, la falaise, le talus, etc.), sa taille approximative et le nom des propriétaires voisins.

⁷ Dans le système Torrens, la validité du titre foncier, une fois délivrée, est indéfinie. La plupart des législations africaines ont rendu caduque la validité des titres détenus par des étrangers, mais l'abandon d'un terrain par un propriétaire national n'est habituellement pas une cause de caducité.

⁸ Lettre patente de Charles V du 9 août 1371.

Les premiers⁹ cadastres apparaissent à la fin du XVIIIème siècle dans le royaume de Savoie, non pas pour garantir la propriété qui n'était nullement menacée, mais pour répartir l'impôt public plus équitablement¹⁰ entre des citoyens qui supportaient de moins en moins bien l'arbitraire de sa répartition.

C'est toujours dans un but fiscal que le système est imité par Napoléon qui lance la réalisation de cadastres en 1807 (le principe en avait été adopté en 1790). Il faudra quarante ans pour l'achever... et ce n'est qu'en 1953 que l'on articule en France le système du *Cadastre* et celui de la *Conservation des hypothèques* grâce au *fichier immobilier* qui donne le numéro cadastral du bien faisant l'objet d'un acte déposé à la *Conservation*.

Durant des siècles, le système de propriété privée aura donc fort bien fonctionné, avec peu de contentieux (par rapport aux cent millions de biens foncier répertoriés), sans avoir besoin de cadastre.

Cette digression historique ne vise nullement à proposer un retour en arrière. Tout au contraire elle vise à montrer qu'il est possible d'avancer dans la sécurisation des transactions sans prendre prétexte de l'absence de moyens techniques, topographiques et informatiques.

Cependant, un tel résultat n'aurait pas pu être obtenu sans deux autres éléments essentiels qui, eux, font toujours défaut en Afrique : la fiscalité foncière et le principe de la prescription acquisitive.

Les vertus de l'impôt foncier dans la gestation de la propriété

Il existe deux grands types de fiscalités foncières dont les effets économiques et juridiques sont diamétralement opposés.

D'un côté *les taxes annuelles* payées par les propriétaires ou les occupants à raison de la valeur des biens qu'ils possèdent ou occupent (*property tax* sur les valeurs vénales comme en Amérique du Nord ou taxes sur les valeurs locatives comme dans les pays européens) ; de l'autre, *les taxes perçues à l'occasion des ventes, des héritages ou des procédures* de régularisation de l'enregistrement des propriétés.

- Les premières ont pour effet de décourager la détention de terrains dont on n'a pas un usage suffisamment rentable, mais aussi à inciter à l'enregistrement effectif des mutations. Les lettres de protestation envoyées par un propriétaire-contribuable à l'Administration d'un cadastre fiscal visent à le faire rayer : « je ne suis plus propriétaire, j'ai vendu à untel » ou « mon terrain est moins grand que ce que vous prétendez », etc.
- Les secondes, au contraire, en l'absence d'une forte organisation juridico-administrative, incitent à ne déclarer les mutations qu'avec retard ; ou à ne pas les déclarer du tout ; ou encore à conserver des terrains dont on n'a pas vraiment l'usage.

Dans l'Europe pré industrielle où se constituait le système d'appropriation privée des sols, le foncier était de loin la principale matière imposable. Être propriétaire, c'était d'abord avoir le droit de payer de lourdes taxes. Personne n'avait donc intérêt à revendiquer un terrain qu'il n'utilisait pas, ou un terrain sur lequel il ne percevait pas de redevances ou de loyers. La liste des propriétaires d'un village n'était rien d'autre que la liste des contribuables, et l'on ne se battait pas pour en faire partie.

A l'inverse, dans les pays africains, l'impôt foncier annuel a longtemps été pratiquement inexistant, alors que les prélèvements sur l'enregistrement des mutations ou sur la régularisation de la propriété sont habituellement considérables. La propriété foncière y est vécue comme un privilège difficile et coûteux à obtenir mais qui vous mettra ensuite à l'abri de toute atteinte de l'Administration. Il est ainsi frappant de constater, dans beaucoup de villes qui manquent pourtant cruellement d'infrastructures, le grand nombre de parcelles viabilisées qui restent inutilisées. Le foncier devient un outil stérile de conservation de la valeur.

9 Il existait précédemment chez certains grands propriétaires des « terriers », sortes de cadastres privés avec des plans très schématiques destinés à conserver la mémoire des redevances à percevoir.

10 Jusque là on répartissait la charge de l'impôt entre les provinces, puis entre les villages de la province, puis dans chaque village, on répartissait à nouveau cette charge entre une liste de propriétaires dont on estimait arbitrairement les surfaces de terre exploitées (le rôle fiscal qui se présentait à l'origine comme un rouleau).

Le premier axe de réforme devrait donc être le renforcement du système de prélèvement des taxes foncières annuelles par les municipalités. Le développement des [registres fonciers urbains \(RFU\), au Bénin](#), semble une bonne pratique à suivre. Non seulement on fait ainsi rentrer l'impôt, mais on travaille aussi à la clarification de l'appropriation des espaces urbains. En effet lorsque les occupants, même sans aucun titre, de parcelles urbaines, auront dû payer une taxe foncière pendant plusieurs années, il deviendra difficile de prétendre qu'ils n'ont pas de droit d'être reconnus comme propriétaires ; une simple réforme législative suffira, sans avoir à engager des coûts administratifs : il suffira alors de décider que les reçus fiscaux constituent une présomption suffisante de propriété en l'absence de preuve contraire.

Le principe pacificateur de la prescription acquisitive

Après l'impôt foncier, le second facteur essentiel à la gestation de la propriété « par le bas » est l'adoption du principe juridique de la prescription acquisitive. De quoi s'agit-il ?

Le propriétaire légitime d'un terrain est celui qui l'a acquis régulièrement (achat, héritage, etc.) auprès de son propriétaire précédent. Mais d'où celui-ci tirerait-il sa légitimité ? Et le précédent ? Dans le système Torrens « pur » la réponse est simple : la légitimité renvoie à un droit de conquête initial et à l'attribution du terrain à un premier propriétaire.

Dans les pays européens, bien malin qui pourrait remonter à un propriétaire initial. Chacun sait depuis longtemps que l'appropriation des territoires est le fruit de guerres et de massacres successifs, que chaque groupe veut imposer sa propre Histoire, qu'il n'y a pas de premier occupant et qu'il faut pourtant organiser la paix.

Le principe de la prescription acquisitive qui remonte au droit romain¹¹, tourne résolument le dos à la légitimité légendaire du premier occupant. Tout au contraire, on considère que l'occupation d'un terrain, son utilisation, sa mise en culture est constitutive de droit dès lors que celle-ci est « paisible », c'est-à-dire exercée publiquement, de manière continue, sans que personne ne proteste, pendant un certain délai. Passé ce délai de prescription, il devient impossible à quiconque d'engager un recours.

Ce délai a pu être extrêmement court. Dans la Rome républicaine, celui qui cultivait un champ et qui réalisait une récolte deux années de suite, sans que personne ne proteste, en devenait légalement le propriétaire. Dans les pays arabes, l'idée traditionnelle de la propriété fondée sur le travail de valorisation des terrains en est très proche. Dans certaines provinces du Moyen âge européen, le délai de prescription a pu, au contraire, atteindre jusqu'à cinquante ans. En France, depuis deux siècles il s'est stabilisé à trente ans, l'âge de la peine majorité civile à l'époque¹², le temps d'une génération.

Aujourd'hui au Brésil, la récente introduction d'une prescription acquisitive de cinq ans, au bénéfice des populations pauvres, sur le terrain d'assiette d'une maison qu'elles auraient construite sur un terrain dont elles n'avaient pas la propriété, mériterait une analyse objective de ses résultats (encouragement à investir sur ce terrain, ne serait-ce que par auto construction, ou encouragement à de nouvelles « invasions foncières » ?)

Rien de tout cela en Afrique où s'affrontent encore deux légitimités aussi fragiles l'une que l'autre : celle qui repose sur le « *droit du premier occupant* » mythique et celle qui se fonde sur la délivrance d'un document administratif.

L'introduction légale d'un système de prescription acquisitive à l'encontre des titres d'origine administrative permettrait d'assainir certaines situations. Mais en ce qui concerne la propriété dite coutumière, on se heurte à une difficulté : la fréquence des superpositions de droits différents (mais non contradictoires) sur un même espace, ce qui contrevient à la vision réductrice de la propriété foncière qui voudrait qu'un propriétaire dispose de tous les droits sur un terrain ou n'en possède aucun.

11 Ce principe n'était appliqué qu'en Italie, au citoyen romain. Dans les colonies conquises, la propriété pouvait être instituée par le général vainqueur qui distribuait des terres à ses troupes et les archéologues ont mis en évidence des « cadastres » réguliers organisant de tels lotissements.

12 L'idée était de protéger les propriétaires mineurs qui n'auraient pas été en mesure d'engager un recours judiciaire pendant leur minorité.

Pour apporter aux pratiques sociales le secours pacificateur de la loi, il est nécessaire de les faire concorder en redéfinissant juridiquement le contenu des droits de propriété, en fonction des particularismes locaux les plus solides plutôt que de vouloir à tout prix plaquer une vision abstraite et absolutiste des droits de propriété qui n'existe pas plus en Afrique que dans l'Europe d'hier qui en conserve encore de nombreuses traces.

Une autre conditionnalité qui sera abordée ensuite est l'ouverture à tous les actes privés d'un système d'enregistrement leur donnant date certaine, sans que l'administration ait pour autant à donner son aval au contenu de ces actes.

Redécouvrir la multiplicité des droits sur le sol

Le territoire est plus que l'addition des terrains qui le composent : le propriétaire n'est pas le souverain de son terrain. Dans chaque pays les prérogatives du propriétaire ont à être définies et bornées : contrairement à ce qu'avaient fantasmé les révolutionnaires de 1789 et à ce que prétendent les nouveaux idéologues, la propriété n'est pas un droit absolu¹³. En ce complexifiant, les sociétés urbaines modernes redécouvrent les superpositions de droits différents sur le même sol et l'exercice collectif de certains de ces droits.

Il est possible de sécuriser juridiquement la propriété sans que celle-ci soit nécessairement l'appropriation, par un seul individu, de tous les droits susceptibles d'être exercés sur un terrain parfaitement délimité au centimètre près¹⁴.

A Londres, d'anciennes familles aristocratiques (ou les sociétés qu'elles ont créées, comme *Grosvenor*) sont toujours propriétaires des terrains de plusieurs quartiers, ce qui n'empêche pas chaque immeuble d'avoir un propriétaire différent qui paie une redevance pour l'occupation du terrain. Pourquoi serait-il inacceptable d'avoir l'équivalent dans une ville africaine où l'on passe souvent d'un extrême à l'autre en reconnaissant la famille d'un ancien « chef de terres » pleinement propriétaire des terrains de tout un secteur, après avoir voulu nier tous ses droits, alors qu'elle n'y disposait en réalité que de droits plus honorifiques que pécuniaires ?

En Suisse, les descendants des anciens habitants d'un village peuvent se constituer en « bourgeoisies » pour continuer à y gérer certaines ressources naturelles (forêts) à la place des habitants plus récents qui n'ont pas les mêmes droits, en applications de règles bien établies. Pourquoi ne pas légiférer de manière novatrice en écrivant les lois et règlements qui correspondent aux réalités locales plutôt que de chercher à appliquer des normes standards, conçues dans des contextes totalement différents et qui en définitive, restent lettres mortes ?

Au contraire, le système foncier colonial fonctionne comme le lit de Procuste¹⁵. Au lieu de protéger les droits existants, il les détruit au motif qu'ils ne sont pas conformes à l'unique format qu'il avait prévu : un droit individuel détenu sans partage ni limitations.

Or, un droit de propriété efficace n'a pas besoin d'être absolu. Ceci à une condition : qu'il soit défini juridiquement par rapport aux autres droits exercés sur le même sol.

Prenons l'exemple classique du chef coutumier qui dispose de certaines prérogatives traditionnelles sur le terroir d'un ancien village de la périphérie d'une grande ville. Comment interpréter ses droits ? La rigidité du droit foncier colonial conduit à des solutions imprévisibles aussi nuisibles les unes que les autres : soit il faut le considérer comme un grand propriétaire qui bénéficiera de plus-values foncières considérables, soit il faut nier qu'il dispose du moindre droit. La vérité est évidemment entre les deux mais faute de savoir lui donner une expression juridique moderne, l'urbanisation de ce terroir va nécessairement se réaliser en dehors de tout cadre juridique.

Par réalisme, dès avant la fin de la période coloniale, on avait admis la possibilité des mutations sur les droits coutumiers théoriquement inaccessibles. Cela a été « ***l'attestation de vente*** » des « droits

13 Le caractère fantasmagorique de l'absolutisme du droit de propriété éclate de manière amusante dans la définition qui en est donnée dans l'article 544 du code civil, où sa proclamation comme « le droit le plus absolu » ne sert qu'à introduire, dans la phrase suivante, la possibilité d'en modifier le contenu non seulement par des lois mais par de simples règlements.

14 Voir « [L'impossible propriété absolue](#) » in *Un droit inviolable et sacré* Adef, 1990, 358 pages

15 Brigand fou de la mythologie grecque qui arrêta les voyageurs sur la route de Mégare. Il forçait ses victimes à s'étendre sur un lit, puis leur coupait les pieds s'ils étaient plus grands que le lit, ou leur étirait leurs jambes s'ils étaient trop petits.

indigènes » réalisée devant des témoins avec un représentant de l'administration. Mais par crainte de voir cette nouvelle procédure beaucoup plus simple et, en réalité, beaucoup plus moderne, prendre le pas sur le système de l'immatriculation et des titres fonciers, on a bien pris soin d'en faire une procédure du pauvre, en évitant qu'elle ne puisse jamais procurer aucune garantie sérieuse assimilable à celle du titre foncier.

En particulier, il n'en a jamais été tenu aucun registre.

En finir avec le vieux droit foncier colonial

Le modèle foncier africain se caractérise, certes, par son dualisme.

- D'un côté, un droit écrit, qualifié de « moderne » mais qui n'est en réalité que le vieux droit colonial, qui, compte tenu de ses lourdeurs et de son formalisme, n'est capable de gérer qu'une faible partie du territoire.
- D'un autre côté un système *traditionnel* non écrit, qui inclut à la fois des pratiques réellement archaïques d'appropriation et de mise en valeur collectives des sols sous la domination des notables, mais aussi des pratiques de plus en plus répandues d'appropriation individuelles de l'espace et d'échanges marchands des terrains qui fonctionnent en marge de toute loi.

Plutôt que de s'épuiser à financer un système extraordinairement coûteux qui est sensé assurer la fabrication bureaucratique de la propriété, mais qui ne concernera jamais qu'une minorité de la population, il est évidemment préférable de sécuriser à moindre coût, les pratiques foncières aujourd'hui sans cadre législatif véritable, qui concernent la plus grande partie des populations et de l'espace.

Il est paradoxal de proposer à d'anciens pays colonisés qui se sont débarrassés de leurs colonisateurs, de calquer leur droit foncier sur celui de *pays neufs* où les anciens colonisateurs ne l'avaient conçu que pour se débarrasser des droits des populations autochtones.

Cinq axes de travail

1. Développer la fiscalité foncière annuelle

Le développement de la fiscalité foncière annuelle dont les collectivités territoriales ont besoin pour trouver des ressources, a aussi une autre vertu très positive, celle de raffermir et clarifier les droits de propriété : en définitive, le paiement de l'impôt devient le mode pratique de reconnaissance du propriétaire.

Au contraire les taxes et prélèvements perçus à l'occasion des procédures de mutation, de succession, de régularisations, ont des effets contre productifs car ils découragent la plus grande partie des populations de régulariser leur situation.

Rappelons que le prélèvement d'un impôt foncier ne suppose pas l'existence préalable d'un cadastre comme le montre des siècles d'histoire fiscale sous toutes les latitudes. La réalisation d'un cadastre ne doit venir que comme une amélioration de l'équité du système fiscal et son coût doit rester en rapport avec l'amélioration obtenue.

L'existence d'un impôt foncier annuel est par ailleurs assez incitative, pour rendre inutile le contrôle administratif de la *mise en valeur* d'un terrain et doit conduire à supprimer le certificat du même nom.

2. Organiser l'enregistrement des actes

Il existe de fait un marché des terrains « coutumiers » plus important que celui des titres fonciers, seul reconnu par la loi. Plutôt que d'en nier l'existence, il vaut mieux lui donner le moyen d'en réduire progressivement les risques.

Un progrès peu coûteux serait de permettre l'enregistrement et la conservation juridique des actes de cession, sans perception d'autre taxe qu'une redevance correspondant au simple coût de fonctionnement du système, en ne donnant comme seule garantie que la véracité de l'acte et sa date.

Rien n'interdira aux parties de trouver des garanties supplémentaires en enregistrant un plan de bornage.

3. Développer les systèmes d'adressage

Qu'il s'agisse de percevoir l'impôt foncier ou de rédiger des actes de cession, il est nécessaire de désigner la localisation des biens. En l'absence de cadastre général attribuant un numéro à chaque parcelle, il est possible au cas par cas de faire localiser un terrain par GPS et de le border, mais ce n'est pas une solution généralisable.

Reste alors la simple description littérale du bien qui est utilisée dans les actes notariés traditionnels. Mais cela suppose que les noms des lieux et des voies existent et qu'ils soient bien répertoriés. On retrouve ici le nécessaire développement des systèmes d'adressage¹⁶ par ailleurs indispensable pour tous les actes de gestion administrative courante.

4. Retourner le système foncier

Pour fonctionner correctement, c'est tout le système foncier qui doit être retourné, les principes du système actuel ayant été conçus dans un but diamétralement opposé à celui qui doit être poursuivi aujourd'hui.

A. Le point central est d'introduire explicitement la possession paisible et continue comme origine de la propriété plutôt que de chercher seulement à composer avec elle. Et pour cela adopter le principe de la prescription acquisitive avec un délai de prescription qui pourrait être ramené par exemple à 20 ans, y compris à l'encontre des titres fonciers.

B. Le second point stratégique est de briser le monolithisme du droit de propriété véhiculé par le droit colonial. Le droit doit correspondre aux réalités sociales. En Afrique, comme dans les anciennes sociétés rurales européennes, il est rare que tous les droits sur un terrain appartiennent au même individu. Cela ne signifie nullement que ce soit l'anarchie. Une règle de droit moderne sait fort bien rendre compte des superpositions de droits sur un même espace. Il en existe de multiples exemples. Mais il faut faire l'effort de légiférer à partir des fonctionnements sociaux réels et non à partir de concepts idéologiques désincarnés.

5. Organiser une réflexion commune aux pays de la région

La mise en œuvre des deux réformes juridiques stratégiques évoquées ci-dessus n'est pas très complexe techniquement mais suppose un gros travail d'explications, y compris entre spécialistes.

Il en va de même de multiples points secondaires qui seraient aussi à aborder comme :

- l'instauration de commissions locales d'arbitrage pour départager les conflits fonciers entre voisins ;
- la transformation massive des « permis d'habiter » en titres de propriété ;
- la transition de la propriété lignagère à la propriété individuelle ;
- la dissolution des indivisions, etc.

Compte tenu de la taille souvent modeste des pays de la région qui partagent les mêmes problèmes et de leur manque de ressources humaines, face à l'ampleur de la révolution conceptuelle qu'il s'agit d'introduire, c'est sans doute à l'échelon régional qu'il faudrait commencer à réunir un groupe d'experts chargé de prendre la mesure des dysfonctionnements puis de proposer les principes et les textes fondateurs d'un système foncier africain moderne qui corresponde aux besoins et aux moyens des pays de la région.

Joseph Comby

www.comby-foncier.com

¹⁶ Voir , sous la direction de Catherine Farvacque-Vitrovic, « Adressage et gestion des villes », The World Bank, 272 p., 2005