



Le système torrens et la prescription acquisitive : analyse et plaidoyer pour la réforme de l'environnement normatif en republique democratique du congo

Edouard KANE SATY

Citer cette version :

E. KANE SATY, « Le système Torrens et la prescription acquisitive : analyse et plaidoyer pour la réforme de l'environnement normatif en République Démocratique du Congo », in RDU, vol. 1, n° 1/2024, Décembre 2024, pp. 303-326.

Édition électronique URL : <https://rdu.cd/article.php?id=1>

DOI : 10.67016 ISSN 3005-7078 (numérique)

ISSN 3005-706X (imprimé)

Dépôt légal : ZR 3.02310-57531

Les articles sont diffusés sous licence :



Vol.1, n° 1/2024



LE SYSTEME TORRENS ET LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE : ANALYSE ET PLAIDOYER POUR LA REFORME DE L'ENVIRONNEMENT NORMATIF EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Edouard KANE SATY

Professeur de Droit Privé à la faculté de droit de l'Université Pédagogique Nationale en RDC

Résumé

La prescription acquisitive ou usucapion permet d'acquérir la propriété d'un bien immobilier en raison de la possession qui doit remplir certaines conditions, notamment une possession régulière et de bonne foi conformément aux articles 648 et 647 du Code civil congolais livre III (CCL III). Mais il y a une contradiction qui ne s'inscrit pas, a priori, dans la logique du système Torrens adopté en RDC qui exclut la prescription acquisitive qui est incompatible avec la nécessité du certificat d'enregistrement imposé par l'article 36 et s. du livre II du Code civil ; sauf au profit de l'État congolais d'une façon exclusive en application de la loi foncière alors même que ce dernier n'a pas bénéficié de cette prescription. Le droit positif congolais manque d'intelligibilité.

Mots-clés : *Prescription acquisitive, usucapion, possession immobilière, acte Torrens, malfaçons juridiques, régime foncier, certificat d'enregistrement, intelligibilité, droit réel, sécurisation foncière, légitimité foncière.*

Abstract

Acquisitive prescription or usucapion makes it possible to acquire ownership of a property by virtue of possession, which must meet certain conditions, in particular regular possession in good faith in accordance with Articles 648 and 647 of the Congolese Civil Code Book III (CCL III). But there is a contradiction which does not, a priori, fit in with the logic of the Torrens system adopted in the DRC, which excludes acquisitive prescription, which is incompatible with the need for the registration certificate imposed by article 36 et seq. of Book II of the Civil Code; except to the exclusive benefit of the Congolese state in application of the Land Law, even though the latter has not benefited from this prescription. Positive Congolese law lacks intelligibility.

Keywords: *acquisitive prescription, usucapion, immovable possession, Torrens deed, legal defects, land tenure system, registration certificate, intelligibility, real right, securing land tenure, land legitimacy.*

Introduction

La prescription acquisitive ou usucapion permet d'acquérir la propriété d'un bien immobilier en raison de la possession qui doit remplir certaines conditions, notamment une possession régulière et de bonne foi conformément à l'article 648 du Code civil congolais livre III (CCL III).

Il est communément admis que le mot "usucapion" ou "prescription acquisitive" désigne la manière dont la propriété peut s'acquérir par une possession paisible et publique, prolongée dont la durée est fixée par la loi.

Mais dans la plupart des pays qui ont adopté le système Torrens ou « système de la force probante absolue », la prescription acquisitive n'a pas été admise dans leur système foncier¹.

Il en est ainsi en République Démocratique du Congo (RDC) depuis l'époque coloniale à ce jour. En effet, l'article 648 du Code civil congolais, qui existe depuis les codes et les lois du Congo Belge, dispose que « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par quinze ans ». L'article 647 de ce même code permet la prescription trentenaire de droit commun. Il y a donc une contradiction qui ne s'inscrit pas, a priori, dans la logique du système Torrens adopté en RDC qui exclut la prescription acquisitive.

En effet, suivant la note sous cet article 648 CCL III, du P.Jenisen sub Elis, du 18 avril 1950 (J.T.O., 1950-51 p.124 (avant l'indépendance du Congo Belge obtenue le 30 juin 1960), la prescription prévue par cet article ne peut s'accomplir, étant incompatible avec la nécessité du certificat d'enregistrement imposé par les articles 36 et s. du livre II du Code civil. Et malgré les modifications apportées au livre foncier par la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973, modifiée par la loi n° 80-008 du 18 juillet 1980, le Code civil Zaïrois (nom donné à la RDC en 1971 sous la deuxième république, après le coup d'État du général Mobutu en 1965), l'on a repris la formulation initiale de l'article 648 CCL III.

Ceci étant, l'article 660 du même Code civil dispose que « les dispositions du présent livre ne sont applicables en matière de propriétés foncières que pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux lois particulières sur le régime foncier. Le P. Jenisen, dans sa note, en a tiré les conséquences qui s'imposent en application de l'article 36 et suivants CCL II qu'il n'y a pas de place pour l'usucapion dans le système foncier au Congo Belge, aujourd'hui RDC.

De ce fait, l'on est devant une codification contradictoire : la générale sur la prescription acquisitive qui autorise l'usucapion et la loi spéciale sur le régime foncier qui l'exclut. C'est la cause principale de la malfaçon juridique qui caractérise l'impossibilité de l'usucapion en droit immobilier congolais depuis plus d'un siècle et demi. Les dispositions du système Torrens adoptées en RDC sont en vigueur depuis le 7 août 1861².

L'étude de la prescription acquisitive « embrasse » donc en RDC un champ plus étroit qu'à l'ordinaire, tout simplement parce qu'elle est prévue par la loi congolaise mais en réalité ne s'applique pas et par conséquent n'existe pas. D'habitude, l'on s'intéresse à la prescription acquisitive pour analyser ce mode d'acquisition de la propriété immobilière avec le souci de rendre sa compréhension plus facile, par la clarté de son analyse, plutôt que de le complexifier par l'affirmation légale d'un dispositif inapplicable.

De ce fait, l'on rassure que la protection du vrai propriétaire soit consolidée par l'inapplicabilité du principe, pourtant légal de l'usucapion. Quid alors de l'absence de la possession du bien immobilier par le vrai propriétaire après plusieurs années d'abandon ?

La réponse aussi très simple mais déroutante : c'est l'État congolais qui va bénéficier de ladite prescription, en vertu de la possession. Ainsi, l'État congolais est investi de cette prérogative à devenir propriétaire d'un bien immobilier par le biais de la prescription acquisitive conformément à l'article 107 de la loi foncière. L'État congolais va alors bénéficier d'une façon exclusive de la prescription acquisitive dans les conditions prévues à l'article 648 CCLIII auquel renvoi l'article 107 CCL II alors même qu'il n'y a pas eu de possession en sa faveur.

Comment une telle aberration a-t-elle été possible ? s'est indigné Rémy Kashama Tshikondo³ parce que l'État devient bénéficiaire d'une possession d'autrui. Le législateur congolais avant et après

¹ Ramilijaona Manuela, Appréciation du système foncier à travers la prescription acquisitive, Mémoire pour le Master II, Droit Privé Appliqué, Université d'Antananarivo, année universitaire : 2018-2019, soutenance du 26 août 2020

² Rémy Kashama Tshikondo, *Droit congolais de la propriété immobilière et foncière, analyse de lege lata*, éd. Médiaspaul, Kinshasa, 2020, p.35

³ Ibid., p.95.

l'indépendance a fait triompher le choix du principal pilier du système Torrens qu'est le certificat d'enregistrement comme seule voie juridique pour devenir propriétaire, au point de rendre ce certificat inattaquable. C'est donc une malfaçon juridique, non pas parce que le système Torrens, adapté en RDC, interdit l'usucapion mais parce que cette interdiction est associée à une possibilité offerte par le droit général.

Dans le sous-titre « relever les défis du foncier urbain en Afrique »⁴, Michel Max Reynaud et Djibril Diop renseignent sur de nombreux moyens de faire face aux problèmes fonciers urbains dans plusieurs pays africains. Sans être exhaustif, ils ont donné les exemples de l'Afrique de l'Ouest, de la Namibie, du Mozambique, du Kenya, de l'Afrique du sud, de la Tanzanie, de Madagascar, ...

Les auteurs passent en revue quelques exemples illustratifs de bonnes pratiques et instruments, que certains gouvernements africains ont utilisés. La RDC qui a pourtant une commission permanente de révision des lois, est restée « aux abonnés absents » pour moderniser son régime foncier.

Par ailleurs, la jurisprudence congolaise n'a pas non plus donné une autre « vie juridique » à la possession et à l'usucapion, en corrigeant les intempérances législatives avérées en matière de prescription acquisitive ; ne fût-ce qu'en redonnant le vrai sens à la prescription acquisitive, conséquence juridique d'une réelle possession paisible et de bonne foi.

D'une façon maladroite, une doctrine minoritaire a cherché à donner « vie » à la prescription acquisitive dont l'exclusion de l'arsenal juridique congolais ne souffre pourtant d'aucune contestation, au regard des prescrits de la loi, en arguant qu'une place est possible pour la prescription acquisitive en RDC⁵

Ainsi, l'on analysera dans la première partie la rigidité de la transposition du système Torrens en RDC et le maintien des prescrits de la loi sur la prescription acquisitive comme vecteurs de malfaçons juridiques.

Les arguments juridiques tirés notamment des articles 648 CCLIII, 107 et 219 CCLII du régime foncier congolais, laissent entrevoir des malfaçons liées à l'incompatibilité de ces articles entre eux, du moins à une absence d'intelligibilité dans l'articulation juridique à cause des contradictions ; d'où, la seconde partie de l'analyse qui portera sur les malfaçons juridiques liées aux contradictions des prescrits de l'article 648 CCL III avec les articles 107 et 219 CCL (II.)

Première partie : La rigidité de la transposition du système Torrens en RDC et le maintien des prescrits de la loi sur la prescription acquisitive comme vecteurs de malfaçons juridiques.

La radicalité est la conséquence de la force probante absolue accordée au titre foncier dans le système Torrens tel qu'il a été conçu à l'origine en Australie.

La RDC et plusieurs autres pays d'Afrique, pendant la colonisation, se sont inspirés, sous l'égide des colonisateurs, de la législation australienne dite de « l'Act Torrens », qualifiée de force probante absolue, en posant le principe de la force absolue des énonciations du titre foncier à l'égard des tiers.⁶

C'est encore le cas aujourd'hui en RDC puisque le système hérité de la colonisation a été rendu pérenne par la loi du 20 juillet 1973, modifiée par la loi du 18 juin 1980.

Ceci étant, en RDC, depuis la colonisation toujours, l'article 229 (ancien article 36) de la loi foncière, en assujettissant d'une façon absolue la naissance de la propriété privée au préalable de l'enregistrement vide l'article 107, de la même loi, qui prévoit la prescription acquisitive de tout sens mais, structure au contraire, d'une façon évidente, la malfaçon juridique.

⁴ Michel Max Reynaud, Djibril Diop, Claire Simonneau, Relever les défis du foncier urbain en Afrique, pp. 29 à 32

⁵ Kifwabala Te, Kilezaya, la prescription acquisitive en matière immobilière est encore possible en droit positif congolais, note sous RCA 11792, C.A. Kinshasa/Matete (RD Congo), 18 décembre 2020, in Les analyses juridiques n°45, décembre 2021, pp83-84.

⁶ Ramilijaona Manuela, Op.Cit., p.24

Dès lors, la force probante absolue du certificat d'enregistrement inattaquable, associé à l'existence de la prescription acquisitive, en réalité fictive, quand bien même normée, sont des vecteurs de malfaçons juridiques.

L'on examinera comment l'essentialisation du certificat d'enregistrement et sa portée d'incontestabilité ont abouti à la fictivité de la prescription acquisitive, source de malfaçons juridiques (section I), alors même que le système Torrens connaît des variantes sur ce point qui aboutissent à la prescription acquisitive.

L'on examinera ensuite comment, le système Torrens, associé à la prescription acquisitive fictive, est la source de malfaçons juridiques en RDC (section II).

Section I : L'essentialisation du certificat d'enregistrement et ses conséquences négatives sur la prescription acquisitive

Il n'est pas sans intérêt de rappeler d'une façon succincte en quoi consiste le système Torrens pour mieux appréhender les malfaçons qui y sont associées en raison de la mauvaise articulation de la loi foncière, CCL II, loi spéciale et la loi générale, CCL III.

I. L'origine du système Torrens et son fondement

a. L'origine

En 1840, Robert Torrens, ancien agent de douane en Grande Bretagne, qui n'avait aucune formation juridique, s'est établi à Adélaïde, ville australienne dont la colonisation avait débuté une dizaine d'années plus tôt, pour poursuivre ses activités dans le domaine des douanes. R. Torrens trouvait paradoxal que les transactions immobilières soient plus complexes, plus coûteuses et offrent moins de sécurité aux acquéreurs que les mutations de navires. R. Torrens a obtenu, treize ans après son arrivée en Australie, un poste de registraire (registrar general) dans un bureau d'enregistrement et s'employa à simplifier le système d'immatriculation.⁷

b. L'objectif

L'objectif poursuivi par Torrens consistait donc à simplifier la procédure qui entourait l'aliénation des immeubles et la publicité foncière en transposant en matière immobilière le régime anglais de mutation des navires.⁸

En 1858, lors de l'adoption de « l'act Torrens », loi dite « Real Property Act », une bonne partie des terres de l'Australie était vacante et par la suite, de terres étaient concédées à des particuliers. Ces terres concédées étaient placées d'office sous le régime du Real property Act, en application de l'article 15.⁹

Le système d'avant était fastidieux d'après Sir Torrens. Il fallait donc en simplifier la procédure ; d'autant que son expérience, engrangée dans l'administration douanière, lui avait permis d'observer une méthode dont la sécurité, la simplicité, et la précision pouvaient inspirer le système foncier appliqué en ce temps-là. Il fallait simplement transposer en matière immobilière le régime anglais de mutation des navires¹⁰.

c. Comment y parvenir ?

Il fallait simplement faire de nombreux contrôles qui précèdent l'inscription du transfert d'un droit au registre foncier. Il fallait essentiellement définir l'origine de la propriété à l'aide d'une purge spéciale, laquelle purge sera consacrée par l'immatriculation.

Il fallait aussi créer un système de publicité hypothécaire ayant pour but de faire connaître exactement la condition juridique du sol, les droits réels et charges qui le grèvent.

⁷ François Brochu, Le système Torrens et la publicité foncière québécoise, Revue de Droit de MCGILL(LAWJOURNAL), 2002, vol.47, p.632

⁸ Idem

⁹ René Viollette, L'Act Torrens, son application en Australie et en Tunisie, Faculté de Droit de Paris, Thèse pour le doctorat, 12 juin 1900, gallica-bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64499198/f6.item.texteimage

¹⁰ Remy Kashama Tshikondo, *Op.Cit.*, p.34 ; François Brochu, *Op.Cit.*, p.632, Dikete Onatshungu, Du rôle de la volonté dans la transmission des droits réels immobiliers et de la sécurité des transactions immobilière, Thèse de doctorat en droit, UCL, Louvain (Belgique), 1976.

Organiser enfin des procédés de mobilisation de la propriété foncière et du crédit hypothécaire par un ensemble de moyens destinés à assurer la transmission rapide des immeubles, la constitution facile des hypothèques et de leur cession par voie d'endossement. Ces contrôles devaient rendre la fraude exceptionnelle¹¹.

d. Les principales dispositions de l'act Torrens adoptées au Congo

Les dispositions adoptées en 1858, en vigueur le 7 août 1861 ont continué à être adaptées en RDC après l'indépendance du Congo Belge le 30 juin 1960.

Sans être exhaustif, pour la sécurité foncière, les dispositions adaptées qui retiennent l'attention sont les suivantes¹².

- L'enregistrement rend le droit du propriétaire inattaquable (art.123);
- Seuls les droits, charges et servitudes mentionnés au folio matricule du certificat mobile sont opposables au propriétaire enregistré (arts.44, 46, 47) ;
- Du fait que les droits enregistrés ne peuvent être contestés ni remis en question, il ne reste que l'action en indemnité pour celui qui s'estime injustement privé d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier auquel il a droit (art.126) ;
- Le certificat qui établit la situation juridique exacte et complète de l'immeuble est crédité d'une force probante particulière à savoir l'inattaquabilité (art.33 in fine);

Il est généralement coutume de lire que les systèmes Torrens introduits en Afrique sont édulcorés¹³.

Mais s'agissant du Congo Belge, il ne s'agissait pas d'une simple adaptation de l'act Torrens, d'un système édulcoré mais plutôt d'une transposition. En effet, Dikete a renseigné ceci : « le rapporteur du Conseil Colonial, qui était l'un des grands bâtisseurs du monument législatif de la colonie, écrivait ce qui suit : « Dans la plupart de ses dispositions, ce projet sur la transmission de la propriété immobilière n'est que le développement et la codification de nombreuses règles éparses dans les décrets, ordonnances et règlements rendus à l'origine de l'État Indépendant du Congo. Il faut reconnaître à l'honneur des premiers dirigeants de l'État Indépendant qu'ils ont eu le mérite de s'approprier les principales règles de l'« Act Torrens », comme législation organique de la transmission de la propriété foncière, à peu près au même moment où, sous l'influence française, elles étaient introduites dans la Régence de Tunis ».¹⁴

Par ailleurs, il ressort de la loi du 20 juillet 1973 et de l'exposé des motifs sur cette loi que les principes du décret du 6 février 1920 qui avait complété le décret du 22 août 1885 ont été maintenus dans leur ensemble au Congo (Zaïre à l'époque).¹⁵

e. Quels sont les piliers du système Torrens ?

Parmi les piliers du système Torrens qui peuvent être déclinées sous une trilogie des principes fondateurs pour l'asseoir, il y a le principe du rideau, le principe du miroir et le principe de l'assurance.¹⁶

1. Le principe du rideau qui est un concept qui rend inutile toute investigation relative à l'histoire juridique d'un titre de propriété parce qu'il n'y a plus la nécessité de recourir aux titres antérieurs, de regarder derrière le « rideau » qui devait être dressé entre le vendeur et le titre de ses auteurs.
2. Le principe du miroir est appelé surtout le principe « d'incontestabilité du titre » parce que le titre permet à toute personne de bonne foi de se fier à l'image juridique d'un immeuble reflétée par le livre foncier parce qu'il y a une confiance aveugle dans le livre foncier.

¹¹ Dikete Onatshung, *Op.Cit.* p.16 ; François Brochu, *Op.Cit.* p.653

¹² Remy Kashama Tshikondo., *Op.Cit.* p.35 ; Alain Stemmans, De la transmission de la propriété immobilière, in Droit Civil du Congo Belge, T III, Larcier, Bruxelles, 1956, pp.212-213

¹³ Grain de Sel n°57, Janvier-Mars 2012, (partie 1&2) www.comby-foncier.com

¹⁴ Dikete *Op.Cit.* pp.212-213.

¹⁵ *Ibid.*, p.179

¹⁶ François Brochu, *Op.Cit.* p.636

3. Le principe d'assurance qui permet de limiter le préjudice subi par une personne dont le droit de propriété se trouve définitivement éteint à la suite de l'inscription, au registre foncier, du titre d'un acquéreur de bonne foi qui porte sur le même immeuble.

La RDC ne connaît pas ce troisième pilier qui s'appuie sur l'assurance mais ne retient que le certificat d'enregistrement inattaquable sur lequel repose les principes du rideau et du miroir.

À partir du moment où le droit congolais a opté pour le système d'immatriculation et de la publicité foncière, hérité de « l'Act Torrens », avec comme effet l'existence de la propriété immobilière légalement établie par l'établissement d'un certificat d'enregistrement constatant ce droit (art. 219 et s. de la loi), la possession immobilière ne peut donner naissance à la prescription acquisitive. En effet, c'est principalement l'article 219 (ancien article 36) du livre foncier qui subordonne toute existence légale d'un droit réel immobilier et foncier par l'existence d'un certificat d'enregistrement.¹⁷

C'est à partir de ce dispositif qui repose uniquement sur l'exigence du certificat d'enregistrement inattaquable que le système Torrens a exclu l'usucapion.

Section II. Le système Torrens associé à la prescription acquisitive comme source des malfaçons juridiques en RDC.

On parle généralement de malfaçon pour les travaux mal exécutés des ouvrages, c'est-à-dire, des travaux qui ne sont pas conformes avec les réalisations attendues selon les règles de l'art.

D'après Serge Braudo, Conseiller honoraire à la cour d'appel de Versailles, le nom « malfaçon » est souvent utilisé comme étant l'équivalent de vice de la chose vendue alors que le vocable ne devrait être utilisé que pour caractériser le travail défectueux de l'entrepreneur, même si celui-ci fournit aussi les matériaux. On utilise aussi le mot « désordre »¹⁸

Cette notion de malfaçon des ouvrages a inspiré la malfaçon juridique. C'est dans la force probante absolue du certificat d'enregistrement inattaquable, associé à l'existence juridique de la prescription acquisitive que se trouve le germe de malfaçons juridiques.

I. La notion de malfaçon juridique

Le concept d'une malfaçon juridique s'inscrit dans cette logique des règles de droit qui ne correspondent à aucune réalité juridique ou à aucune applicabilité juridique voire à une difficulté d'application au regard des faits juridiques en présence que les règles sont censées régir.

S'agissant des causes des malfaçons juridiques, invoquées pour cerner l'ensemble des causes génératrices des retards pris dans l'adoption en vue de l'amélioration de l'application des lois,¹⁹ « il convient de ne pas isoler le texte d'application du texte à appliquer. Certaines difficultés trouvent en effet leur source dans la mauvaise qualité des lois. Il s'agit donc d'appréhender les défauts intrinsèques à la loi qui amenuisent son applicabilité, avant d'envisager les solutions qui pourraient conduire à l'améliorer ».

Dans cet ordre d'idée, l'auteure préconise d'appréhender l'origine des difficultés qui sont des malfaçons législatives latentes.

La première évidence écrit-elle est donc la mauvaise qualité rédactionnelle des textes, leur manque de clarté et d'intelligibilité, qui se répercutent sur l'office du pouvoir réglementaire. Un article de loi équivoque ou obscur, impliquera une opération de clarification au stade de sa mise en application. Il incombera alors au pouvoir réglementaire de « percer le mystère » de la loi, et cette nécessité n'ira pas en faveur de la rapidité d'adoption de la disposition.

¹⁷ Remy Kashama Tshikondo, *Op.Cit*, p.201

¹⁸ Dictionnaire juridique.com

¹⁹ Perrine Preuvot, L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement, *Revue du droit public* - n°1 01/01/2012. pp.5-6

Et l'auteure de citer Jean-Jean Hyest qui renseigne qu'il faut ajouter « l'intempérance normative » dont le corollaire est la fréquence d'adoption des textes qui fragilisent leur chance d'être appliqués parce qu'il faut augmenter le rythme législatif d'une façon effrénée, ce qui conduit à revenir à des intervalles de temps trop réduits dans certains domaines, construisant par là un droit mouvant ; alors même que parfois, il ne faut pas trop vite prendre les textes d'application car on va changer la loi.

Cette frénésie législative n'existe pas en RDC où, au contraire, il y a plutôt une rareté législative de lois qui auraient pu, voire dû être corrigée à cause des défauts législatifs que relèvent les contradictions constatées notamment par Remy Kashama²⁰, notamment du fait d'absence d'harmonie entre les lois, parce que les dispositions légales doivent s'insérer dans une panoplie d'autres dispositions et être compatibles entre elles. Il n'y a donc pas de symétrie entre intempérance normative constatée en France mais plutôt une dissymétrie du fait de la pérennisation de certaines dispositions législatives maladroitement normées depuis plus d'un siècle et demi.

« Un texte lisible est un texte intelligible, c'est-à-dire aisément compréhensible. Il est généralement simple, c'est-à-dire dénué d'archaïsme ou de formules trop spécialisées, et doit être concis ». ²¹

Michel Grimaldi²² soutient que la sécurité juridique est réclamée par la pratique notariale. En effet, comme P. Preuvot et A. Flückiger, il soutient que s'agissant de la sécurité objective, elle postule que la règle de droit soit connaissable et intelligible.

Qu'en est-il de la force probante absolue du certificat d'enregistrement ?

II. La force probante absolue du certificat d'enregistrement comme vecteur de malfaçon juridique

Le certificat d'enregistrement est inattaquable. Tel qu'il est associé à l'existence normée de l'usucapion, il devient un vecteur de malfaçons juridiques.

D'après l'article 227 de la loi foncière du 20 juillet 1973, tel que modifié et complété par la loi du 18 juin 1980, les droits constatés par le certificat d'enregistrement sont inattaquables.

L'exclusivité du certificat d'enregistrement est la seule preuve de droit de propriété (a). Mais le droit comparé prouve le contraire, qu'il y a aussi une place pour l'usucapion, même dans le système Torrens (b).

a. L'exclusivité du certificat d'enregistrement comme seule preuve de droit de propriété et de droits réels comme vecteur de malfaçons juridiques

1. Les effets légaux du certificat d'enregistrement

La modification de l'article 227 par la loi n°80-008 du 18 juillet 1980 qui a confirmé le principe selon lequel le certificat d'enregistrement fait foi de la concession a introduit un délai de deux ans endéans lequel on est désormais autorisé à attaquer les droits qu'il constate.

Le nouvel article 227 consacre cependant, ce que Pr Brochu caractérise par l'incontestabilité différée qui s'oppose, comme d'après l'article 227 ancien, à l'incontestabilité immédiate.²³

Du fait que la propriété immobilière n'existe et n'est transmise légalement que par l'établissement d'un certificat d'enregistrement constatant ce droit, selon les prescrits de l'article 219 et s. de la loi foncière, tout autre mode de création ou de transmission des droits réels immobiliers est inopérant à constater l'existence légale de ces droits ».²⁴

²⁰ Remy Kashama Tshikondo, Op.Cit, p.474

²¹ Alexandre Flückiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 21 dossier : La Normativité) - Janvier 2007

²² Michel Grimaldi, La sécurité juridique, un défi authentique, rapport de synthèse du 111^e congrès des notaires de France, Defrénois, mai 2015, numéro hors-série, p.699

²³ François Brochu, Op.Cit, p.641

²⁴ Vincent Kangulumba Mbambi ; Théorie Générale des Biens et Théorie Spéciale des Droits Réels Fonciers et Immobiliers Congolais, Précis de Droit Civil des Biens, éditions Academia, Collection Bibliothèque de Droit Africain, 2012. pp.255-256 (Version en ligne)

Avec en plus, de par la Constitution de la transition du 4 avril 2003 (art. 9), et de par la loi foncière, (art. 53), le sol et le sous-sol congolais sont devenus la propriété de l'État congolais. Les particuliers ne peuvent en avoir qu'un droit de jouissance, appelée, concession. Le sol est un droit universel, exclusif, absolu, inaliénable et imprescriptible ; même si le paradoxe de cette disposition est que l'on peut quand même devenir propriétaire de son bien immobilier²⁵.

Quant à l'effet de l'enregistrement, dès l'adoption de la loi foncière pendant la colonisation, il s'est agi de subordonner l'acquisition de toute propriété foncière soit de la part de l'État, soit des mains des indigènes, au moment où cela était encore possible, à l'enregistrement du titre au livre d'enregistrement. Il y a par conséquent exclusion de l'usucapion comme un moyen, une preuve, à devenir propriétaire.²⁶

2. La position jurisprudentielle sur les effets du certificat d'enregistrement

S'agissant de la transmission immobilière, la CSJ (ancêtre de la Cour de Cassation en RDC), a rappelé que le juge d'appel n'a pas violé les dispositions légales visées au moyen, car en matière de transmission des droits immobilières, l'enregistrement est un acte créateur des droits immobiliers²⁷.

Une jurisprudence constante confirme que la preuve de droit de propriété et de droits réels qui en découlent est exclusivement le certificat d'enregistrement établi par le conservateur des titres fonciers, actuellement, conservateur des titres immobiliers. Pour la CSJ, ce mode de preuve par l'investiture officielle d'enregistrement tendant à assurer la sécurité juridique des biens immobiliers ainsi que le crédit foncier qui en découle a un caractère d'ordre public.²⁸

Cependant, cette décision de la CSJ a été critiquée par une partie de la doctrine, notamment par Kangulumba Mbambi qui soutient que le certificat d'enregistrement n'a nullement pour vertu de transmettre la propriété immobilière. Mais le certificat d'enregistrement constate officiellement, par l'enregistrement, qu'il y a eu transfert de propriété entre deux ou plusieurs personnes au départ d'un acte qui peut être sous seing privé.²⁹

La CSJ a aussi eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que le certificat d'enregistrement est un titre inattaquable, notamment CSJ, RC 174, 30 novembre 1977, bulletin des arrêts de la cour suprême de justice, année 1976, année d'édition 1978-pp.148-155) et CSJ, RC 279, 8 août 1979 bulletin des arrêts de la cour suprême de justice, année 1979, année d'édition 1984,-pp.181-185)³⁰

En droit comparé, l'existence du principe d'irrévocabilité ou d'incontestabilité qui est la pierre angulaire du système Torrens est aussi dégagée par la doctrine qui a analysé différentes dispositions, comme le fait qu'un propriétaire dont le titre apparaît au registre foncier ne peut se voir contester les droits préalablement inscrits, sauf en cas de fraude. Il s'agit aussi du fait qu'aucune action en revendication ne peut être exercée contre le propriétaire inscrit. Mais encore qu'un acquéreur de bonne foi peut faire fi de la connaissance qu'il aurait eue d'une transaction non inscrite au registre foncier au moment de son inscription. Enfin, la protection du titulaire de bonne foi des droits inscrits au registre foncier lorsqu'il y a erreur ou à la suite des manœuvres frauduleuses.³¹

Si en RDC on s'en tient à exclure la prescription acquisitive du fait du système Torrens, le droit comparé nous donne une autre lecture de la prescription acquisitive, même dans le système Torrens.

²⁵ Vincent Kangulumba Mbambi, Op.Cit, pp.252-254

²⁶ Dikete, Op.Cit, p.222

²⁷ Odon Nsumbu Kabu, Cour suprême de justice, héritage de demi-siècle de jurisprudence, les analyses juridiques, 2015 P.825

²⁸ Cependant, Kifwabala analyse différemment le sens de cet arrêt : « bien que le concept d'inattaquabilité du certificat d'enregistrement apparaisse dans l'exposé des motifs de la loi foncière, qu'il soit soutenu par certains auteurs et certaines décisions judiciaires dont cet arrêt de la CSJ du 30 novembre 1977, il n'est pas correct de soutenir l'inattaquabilité du certificat d'enregistrement en ayant référence à l'article 227 de la loi foncière. Car dit-il, dans cette disposition, le législateur consacre expressis verbis l'inattaquabilité des droits constatés par le certificat d'enregistrement ». Le certificat d'enregistrement est donc une réalité juridique différente de l'inattaquabilité des droits constatés par le certificat. Si les droits constatés au certificat d'enregistrement sont inattaquables dans les conditions prévues à l'article 227 de la loi foncière, le certificat lui-même, en tant qu'instrument de constat des droits, ne l'est pas ; du moins sur les mêmes dispositions ».

²⁹ Vincent Kangulumba, Op.Cit, p.456

³⁰ Odon Nsumbu Kabu, Op.Cit, pp.786-788

³¹ François Brochu, Op.Cit, p.2

b. Le droit comparé et la prescription acquisitive dans le système Torrens

Dans ce système, écrit Vincent ³²: « il est inconcevable que le titulaire d'un droit de propriété immobilière soit dépossédé et donc qu'il recoure aux actions possessoires. Les actions possessoires ne peuvent se concevoir qu'en matière mobilière ; ce qui donc exclut naturellement la prescription acquisitive ».

Or, il y a lieu de nuancer cette affirmation qui nie la prescription acquisitive dans le système Torrens. En effet, certains droits également issus du système Torrens ont adopté la prescription acquisitive.

« C'est un lieu commun de lire, dans les rares ouvrages de langue française contenant des développements approfondis sur le système Torrens, que la prescription acquisitive n'a aucune raison d'être en Australie et qu'elle aurait été supprimée lors de l'implantation, à partir de 1858, de nouvelles règles sur le transfert de propriété et la publicité foncière. Il est vrai que les principes fondamentaux du système Torrens, notamment celui d'« incontestabilité » du titre porté au registre foncier, peuvent sembler incompatibles avec un mode de preuve et d'acquisition de la propriété fondé sur la possession prolongée d'un immeuble. Il serait, d'une part, logique que la prescription acquisitive soit devenue inutile en tant que moyen de preuve et que, grâce à la force probante des droits inscrits au registre foncier, la « probatio diabolica » n'existe plus dans le système Torrens. D'autre part, il paraîtrait injuste qu'un possesseur, nécessairement au courant de l'existence des droits d'un titulaire inscrits au registre foncier, puisse, sur la seule base de sa possession, obtenir un titre au mépris des inscriptions contenues au registre et qu'il dépouille ainsi le titulaire de son bien »³³.

Et l'auteur, d'une part, de faire la démonstration par les statistiques d'abord : « en 1920, une étude menée par Hogg, constatait que seuls sept États seulement, sur les vingt-deux ayant adopté le système Torrens dans le monde, interdisaient le recours à la prescription acquisitive »³⁴.

D'autre part, en illustrant ses affirmations par certaines approches de la prescription acquisitive, notamment en Australie, dans certaines situations de blocage où les inscriptions pour des raisons diverses, étaient devenues inexactes, la majorité des États australiens acceptent donc, pour des raisons diverses, la prescription acquisitive³⁵ dont le dernier est la Nouvelle-Galles du sud en 1979³⁶, même si les approches peuvent être différentes comme en Australie-Méridionale, l'État du Queensland et la Nouvelle-Zélande où la prescription acquisitive est circonscrite aux immeubles sans maître³⁷.

Par ailleurs, au Canada, l'Alberta est la seule des six provinces ayant adopté le système Torrens à autoriser la prescription acquisitive³⁸.

La prescription acquisitive, qui semble être nécessaire dans certaines situations, n'est, à l'inverse de la France et du Québec, plus un moyen de preuve de l'existence des droits réels immobiliers dans une bonne partie des pays qui ont adopté le système Torrens mais plutôt un mode d'acquisition consenti aux possesseurs qui ont mis, par leur travail, en valeur un immeuble délaissé par un propriétaire et par ses ayants droit.³⁹

Deuxième partie : Les malfaçons juridiques liées aux contradictions des prescrits des articles 648 CCL III sur la possession et 107 CCL II sur la prescription acquisitive

Le Code civil français définit la possession en son article 2255 comme suit : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom (ancien article 2228) ».

³² Vincent, Op.Cit, p.119

³³ François Brochu, Op.Cit, pp.656-657

³⁴ *Ibid.*, p.654

³⁵ *Ibid.*, p.658

³⁶ *Ibid.*, p.660

³⁷ *Ibid.*, p. 661

³⁸ *Ibid.*, p.662

³⁹ *Ibid.*, p.665

Quant au droit congolais, c'est l'article 622 CCL III qui définit la possession comme suit : « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ».

C'est une définition « copiée-colée » de l'article 2228 ancien du Code civil français reprise par l'article 2255 nouveau.

Cette identité commune de la définition justifie le rapprochement juridique fait de l'analyse de la notion de possession dans les deux droits mais aussi de ses conséquences différentes sur la prescription acquisitive.

Lorsqu'on analyse la prescription acquisitive, l'on ne peut éclipser la possession qui est le déterminant essentiel de l'usucapion qui, malheureusement, même normée selon les prescrits de l'article 648 CCL III, ne peut remplir la fonction que le droit lui réserve aussi virtuellement.

Cette possession immobilière en droit congolais n'est donc pas « exprimable » dans la pratique, malgré sa codification (section I).

La conséquence juridique d'une possession virtuelle et dénaturée est une source des malfaçons du fait de la contradiction avec la prescription acquisitive telle qu'elle est édictée dans le livre foncier.

L'on peut interroger sans filtre sur le pourquoi d'une telle incongruité ? Il y a par conséquent lieu de tirer les conséquences du bilan d'un système Torrens figé dans le temps en RDC, alors même que plusieurs ex-colonies en Afrique et d'autres pays dans le monde, ayant aussi adopté ce système, ont modernisé les leurs (section II).

Section 1 : La possession immobilière inexprimable dans la pratique en droit congolais comme source de malfaçon juridique

Il n'est pas sans intérêt de rappeler d'une façon succincte, comme pour le système Torrens (supra première partie), la possession et son rôle afin d'appréhender en quoi c'est une malfaçon du fait de sa virtualité en RDC.

I. Le régime juridique traditionnel de la possession et ses conséquences

L'on sait que la possession peut permettre dans certaines circonstances, d'acquérir la propriété. Les modalités par lesquelles s'opère cette acquisition varient selon que la chose possédée est de nature mobilière ou immobilière. L'on analysera seulement la possession immobilière, objet du sujet. Il y a deux éléments essentiels constitutifs de la possession à savoir le corpus (élément matériel) et l'animus (élément intellectuel). (a) Quelles sont alors les qualités requises de la possession pour pouvoir prescrire et ses conséquences ? (b)

La possession doit ensuite remplir certaines conditions pour être efficace.

a. Les deux éléments constitutifs de la possession immobilière pour prescrire

Il est unanimement reconnu que la possession est un pouvoir de fait exercé sur une chose. Cela suppose que celui qui exerce ce pouvoir de fait puisse accomplir quelques actes d'appréhension ou de disposition. En substance, la possession suggère la présence d'un objet (corpus) et le fait de se considérer comme le titulaire du droit (animus).

§1. Corpus

C'est l'élément objectif de la possession. Le corpus est le fait d'exercer effectivement une puissance sur une chose, de se comporter comme le propriétaire, c'est-à-dire d'exercer les attributs qui sont octroyés à un propriétaire comme l'usus, le fructus et l'abusus⁴⁰.

Par ailleurs, l'exigence d'une maîtrise matérielle de la chose n'exclut donc pas la possession des biens incorporels⁴¹.

⁴⁰ Venessa Valette Ercole, *Fiches de Droit des biens, rappel de cours et exercices corrigés*, 3ème éd. Ellipses, Paris, 218 William Dross, *précis domat droit privé : Droit des biens*, 5ème éd. LGDJ Lextenso, 2021, p.83

⁴¹ Amandine Cayol, *Le droit en fiches et en tableaux*, éd. Ellipses, 2019, p.294 ; William Dross, *droit des biens*, 5^eédition, p.213 .

L'article 2255 du Code civil français qui définit la possession comme résultante de la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom (ancien article 2228) suffit à justifier la possession des biens incorporels du fait de la jouissance ou l'exercice de prérogatives qui y sont attachées.⁴²

§2. L'animus

C'est la seconde condition indispensable à la possession. Il s'agit d'un état d'esprit, d'une intention de se comporter comme le véritable propriétaire.

En matière de possession, il ne paraît donc pas suffisant, pour être possesseur, d'exercer un pouvoir de fait sur la chose, d'avoir la chose sous son emprise : d'autres personnes peuvent avoir à leur disposition des choses qu'elles ne possèdent pourtant pas. Ainsi, pour être considéré comme possesseur d'une chose, il faut en plus, agir comme si on en était le maître, c'est-à-dire avoir un esprit, une mentalité ou un comportement de propriétaire.

L'animus exprime donc la dimension psychologique de la possession et traduit la nature du droit que le possesseur entend exercer.⁴³

L'animus s'apprécie normalement en la personne du possesseur. Néanmoins, il faut aussi tenir compte des principes du droit des successeurs parce que l'héritier est considéré comme étant le continuateur de la personne de son auteur, sans qu'on ait besoin de le caractériser en tant que tel⁴⁴.

C'est la combinaison de ces deux éléments, à savoir le corpus et l'animus qui fondent la possession. Pour que la possession existe, il faut donc la réunion de ces deux éléments : matériel (corpus) et psychologique (animus). Cela a comme implication, sauf exception, en principe, que l'on ne peut concevoir une possession sans corpus et il n'y a pas non plus de possession sans animus.

b. Les conditions de la possession ou conditions d'efficacité de la possession et ses conséquences

Telle que définie, l'on aurait pu croire qu'il suffit de posséder pour bénéficier des effets juridiques. En pratique, la possession ne peut produire des effets que si elle remplit certaines conditions qu'impose le droit. Il en est ainsi s'agissant de la possession en RDC.

Comme en droit français, le principe et le siège légal de la matière en RDC est l'article 623 CCL III qui dispose que « pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ».

En effet, l'article 2258 du Code civil français et l'article 648 du Code civil congolais font de la possession un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé de rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi pour la prescription trentenaire mais avec l'exception de mauvaise foi pour la prescription abrégée de 10 ans en France et de 15 ans en RDC.

Ceci étant, l'usucapion est un effet spécifique attaché à la possession même si rien ne commande que leur domaine se confondent⁴⁵.

Les conséquences juridiques, lorsqu'on remplit toutes les conditions décrites ci-dessus, est de prescrire pour devenir propriétaire. Cela semble aussi évident en RDC mais malheureusement, il n'en est rien parce que la loi foncière congolaise prohibe simplement l'usucapion malgré la possession prévue à l'article 648 CCL III qui renvoie à loi foncière pour les conditions de son application. Dès lors, il y a manifestement une malfaçon juridique.

II. La conséquence juridique d'une possession virtuelle ou dénaturée comme source des malfaçons juridiques

⁴² Amandine Cayol, Op.Cit, p.294

⁴³ William Dross, Op.Cit, p.213

⁴⁴ Lionel Andreu, Nicolas Thomassin, Cours de Droit des Biens, édition Qualino, Lextenso, 92044 Paris la Défense Cedex, 2021, p.222

⁴⁵ William Dross, Op.Cit, p.237

L'on sait que l'adoption de l'acte Torrens et le maintien du dispositif acceptant l'usucapion sont le symbole de la mise en place d'un dispositif législatif inapplicable que ne voulait surtout pas le législateur congolais depuis la colonisation, à savoir l'usucapion.

L'on fera, d'une part l'analyse juridique des contradictions des articles qui sont incompatibles (1) et ; d'autre part, une analyse de l'impossible possession au profit de l'État congolais bénéficiaire de la prescription acquisitive (2).

1. L'analyse juridique des contradictions de l'article 648 du CCL III avec les articles 107 et 219 du régime foncier.

Il y a manifestement une incompatibilité déjà soulignée entre l'article 648 CCL III qui prévoit l'usucapion avec l'article 107 CCL II de la loi foncière qui l'exclut et l'article 219 de la même loi foncière qui exige un certificat d'enregistrement qui exclut in fine l'usucapion (a). L'article 107 est également incompatible avec l'article 648 dont il se réfère pour accorder le bénéfice de la prescription acquisitive à l'État congolais (b).

a. L'incompatibilité entre l'article 648 CCL III avec les articles 107 et 219 CCL II

L'article 648, depuis les codes et lois du Congo Belge⁴⁶, dispose : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par 15 ans ».

La prescription acquisitive est normée en droit spécial, régime foncier, par les prescrits de l'article 107 du livre foncier qui dispose : « sauf exception établie par une loi particulière, la prescription des droits fonciers et immobiliers du concessionnaire perpétuel fait acquérir ces droits à l'État dans les conditions prévues par le titre XII (« De la prescription ») du livre III du Code civil, spécialement les dispositions de l'article 648. Les droits en état de délaissement feront l'objet d'une gestion d'affaires, dans les conditions prévues à la deuxième partie de la présente loi ».

L'article 219, qui est une reproduction de l'article 36 du CCL II issu du décret du 28 mars 1949 et de celui 6 Février 1920, dispose que « le droit de jouissance d'un fonds n'est légalement établi que par un certificat d'enregistrement du titre foncier », vidant ainsi tout sens à l'article 648 CCL III.

L'on doit cependant préciser que le nouvel article 219 ne se démarque de l'ancien article 36 qu'en ce qu'il remplace le concept de droit de propriété privé du sol par celui de droit de jouissance du fonds.

Ceci étant, « il faut dès lors considérer que tous les développements et commentaires faits au sujet de l'ancien article 36, valent également pour l'actuel article 219 ; étant précisé que l'inattaquabilité du certificat d'enregistrement est différée à deux ans⁴⁷.

L'usucapion est, en principe, un moyen de défense qu'on oppose à celui, fût-il le véritable propriétaire, qui revendique un bien, en faisant valoir la possession utile et non équivoque qu'on a exercé sur ledit bien pendant un certain laps de temps. Pour cela il faut une certaine unité entre les dispositions du droit général et celle du droit spécial.

La difficulté essentielle résulte de la précision légale, claire et explicite sur la possibilité de prescrire après 15 ans pour une prescription abrégée, voire 30 selon les prescrits de l'article 647, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

Or, l'article 107 de la loi foncière exclut également d'une façon légale, claire et explicite la prescription prévue à l'article 648 CCL III.

Aucune solution n'est donc possible du fait de l'application du texte spéciale qui est la loi foncière, dès lors qu'il existe une incompatibilité entre les deux dispositifs.

Il existe également une incompatibilité entre l'article 648 CCL III et l'article 219 du livre foncier (CCL II).

⁴⁶ Code, tome 1 matières civiles, commerciales, pénales, mis à jour au 31 Décembre 1959, édition Larcier, Bruxelles, 1960

⁴⁷ Remy Kashama Tshikondo, *Op. Cit.*, p.202

Les articulations de ces deux articles 107 et 219 du livre foncier sont les deux principales règles spéciales existantes, incompatibles avec l'article 648 CCL III, même si c'est in fine que l'article 219 exclut la prescription acquisitive.

Dès lors, la possession de l'article 648 CCL III n'est que virtuelle, parce qu'irréalisable.

b. La contradiction entre l'article 648 CCL III et l'article 107 CCL II

L'articulation de l'article 107 du livre foncier qui prévoit la prescription acquisitive au bénéfice de l'État, complexifie la notion de la possession.

En effet, le rapport entre le droit commun et le droit spécial est régi par l'article 648 CCL III qui s'applique sous réserves des règles particulières du livre foncier.

Cet article 648 CCL III semble résoudre la question de la délicate articulation entre l'article 648 CCL III avec le texte spécial, principalement avec les articles 107 et 219 du livre foncier.

En réalité, il y a toujours un cloisonnement parce que l'article 107 du livre foncier les réunit d'une façon « maladroite » juridiquement.

L'impératif de ne pas prescrire tire sa légitimité in fine de l'article 219 du livre foncier (article 36 ancien) et surtout de l'article 107 qui exprime clairement l'impossibilité de prescrire, sauf au profit de l'État.

L'impératif de prescrire tire sa légitimité de l'article 648 CCL III qui prévoit la prescription immobilière, à tel point qu'une infime minorité de la doctrine congolaise⁴⁸, considère qu'il y a de la place en RDC pour la prescription acquisitive en application de cet article.

En effet, l'État va bénéficier de la possession de l'article 648 alors même qu'il n'a jamais eu de possession au sens du droit tout court.

Pour Remy Kashama Tshikondo⁴⁹, une telle approche ne se justifie pas. En effet, écrit-il « le législateur fait un rapprochement inédit et incohérent entre d'une part la prescription extinctive qu'il institue à l'article 101 point 7 de la loi foncière et d'autre part, la prescription acquisitive organisée par l'article 648 du code civil Livre III, laquelle est, aussi absurde que cela parait, désormais l'apanage du seul État même lorsque celui-ci n'a pas été possesseur de l'immeuble. C'est illogique et contraire à la théorie même de prescription qui suppose que celui qui la revendique a possédé la chose pendant un certain laps de temps. Décréter que la prescription des droits fonciers et immobiliers du concessionnaire perpétuel fait acquérir ces droits à l'État est tout simplement hérétique ».

Par quel mécanisme donc, s'interroge-t-il, l'État peut-il prescrire et devenir propriétaire d'un bien (un immeuble) qu'il n'a jamais possédé et mieux encore qui a plutôt été possédé par un tiers ?⁵⁰

Ainsi, lorsque l'État va bénéficier de la prescription acquisitive, prévue à l'article 107, il va se réfugier derrière une possession imaginaire qui n'existe pas en droit.

Il y a dénaturation légale de la possession immobilière et par conséquent une autre malfaçon juridique tirée de la contradiction de l'article 648 CCL III et de l'article 107 CCL II.

Accepter la possession au profit de l'État qui n'a pas possédé donne une base juridique erronée que celle qui repose sur la base de la possession réelle. Ce serait ajouter une autre définition inextricable de la possession.

Dès lors, l'on peut simplement analyser l'article 107 du livre foncier comme une prérogative de l'État congolais, même si la loi ne la désigne pas comme telle.

⁴⁸ Kifwabala Tekilezaya, la prescription acquisitive en matière immobilière est encore possible en droit positif congolais, note sous RCA 11792, C.A.Kinshasa/Matete (RD Congo), 18 décembre 2020, in Les analyses juridiques n°45, décembre 2021, pp.83-84.

⁴⁹ Remy Kashama Tshikondo, *Op.Cit.*, p.95.

⁵⁰ Remy Kashama Tshikondo, *Op.Cit.*, p.95.

Section 2 : Faire le bilan du système Torrens en matière de prescription acquisitive vers une approche de la sécurité objective

En RDC, le régime foncier a toujours rejeté l'usucapion au motif que la législation en vigueur ne connaît pas d'autres propriétaires en dehors du titulaire d'un certificat d'enregistrement. L'on doit sortir de l'approche qui rejette l'exception de l'usucapion pour une approche juridique discutable sur son bien-fondé (I). À partir du moment où il y a des malfaçons juridiques avérées depuis plus d'un siècle et demi, il y a urgence pour les corriger (II).

I. Sortir de l'approche du principe d'illégitimité de l'usucapion en RDC

Une partie de la doctrine rejette le principe même de l'usucapion pour protéger le vrai propriétaire.

En effet, depuis l'époque coloniale, l'on soutient que le droit personnel du possesseur ne saurait faire échec au droit réel du propriétaire enregistré. En d'autres termes, l'exception ne serait pas adéquate à l'action,⁵¹ parce que, le possesseur a, en réalité, un droit de créance et ne saurait faire face au titulaire d'un droit réel. Dès lors, la défense tirée de la prescription, serait en droit congolais, totalement inappropriée.

Dès lors, il est soutenu par cette doctrine, d'une part, que l'usucapant ne peut prendre l'initiative de l'action. Il ne peut pas saisir la justice aux fins d'obtenir que son droit, fondé sur la prescription, soit reconnu, en dehors de toute contestation de sa possession parce que « ce serait lui donner une action, alors que le législateur n'a entendu lui donner qu'une défense : « sous prétexte d'appliquer la loi, ce serait incontestablement la modifier ».⁵²

Mais encore, pour Voirin et Gourbeaux cités par Remy Kashama Tshikondo⁵³, un possesseur n'a jamais besoin de réclamer la propriété de la chose qu'il possède, car la possession lui procure tous les avantages de la propriété.⁵⁴

Il est permis de douter de cette approche de la possession singulièrement défensive parce qu'elle ne permet pas l'équité. Avant tout, l'approche de Stemans manque de pertinence dans la mesure où il vise un propriétaire qui dispose déjà d'un certificat d'enregistrement ou qui est assujéti à l'obligation d'avoir un certificat d'enregistrement.

Devant un propriétaire négligeant sa possession à vie, sans avoir inscrit ses droits au livre foncier, concrètement sans consolider son droit de propriété, n'est-il pas judicieux de par le mécanisme de la prescription acquisitive de conférer les droits de propriété à celui qui aurait mis en valeur le bien immobilier, s'interroge Brochu comme le prévoient les législations du système Torrens qui ont accepté la prescription acquisitive, d'autant plus que dans certains états, qui pourtant ont adopté le système Torrens, la prescription acquisitive est admise. Le possesseur doit faire constater en justice l'accomplissement de la prescription acquisitive. Le propriétaire dépossédé ne peut, en pratique, s'objecter à la perte de son droit qu'en soulevant le non-respect, par le possesseur, de l'une des conditions requises pour prescrire⁵⁵ et le refus de la prescription n'étant simplement qu'un « anachronisme » du fait de l'élimination supposée de l'insécurité liée au principe d'incontestabilité du titre foncier⁵⁶.

II. Corriger les malfaçons avérées dans l'articulation juridique de la possession et de la prescription acquisitive

D'ordinaire, les malfaçons juridiques sont corrigées par le législateur lui-même ou par la jurisprudence. Quid alors du législateur congolais sur ce point (a) et de la jurisprudence lorsqu'on sait que, s'agissant de la jurisprudence congolaise, la constitution lui consacre un pouvoir judiciaire et non pas une autorité judiciaire (b).

⁵¹ Alain Stemmans, De la transmission de la propriété immobilière, in *Droit Civil du Congo Belge*, T III, Larcier, Bruxelles, 1956, p. 297

⁵² Remy Kashama Tshikondo, *Op.Cit.*, p.94

⁵³ Idem

⁵⁴ Ibid

⁵⁵ François Brochu, *Op.Cit.*, p.664

⁵⁶ *Ibid.*, p.665

a. Inciter à la réflexion pour faire évoluer le droit sur l'usucapion ou la supprimer

Au fil de la démonstration de la prescription acquisitive en droit comparé dans le système Torrens (supra), il s'impose une évidence, celle de prendre en compte la possession au-delà du titre pour favoriser la prescription acquisitive selon le modèle décrit dans les pays qui l'ont adopté ou selon le système français voire canadien ou un autre. Il y a nécessité, voire obligation, de modifier l'article 107 de la loi foncière pour éviter la malfaçon structurelle.

L'on a mis en lumière le constat selon lequel « la prescription acquisitive est considérée « par plusieurs » comme étant absolument nécessaire au sein d'un système de publicité foncière de type Torrens »⁵⁷.

Il s'agit surtout de suggérer quelques déterminants pour rendre perfectible, ne fût-ce que sur l'essence des concepts juridiques et a fortiori les techniques juridiques qui y sont associées, la loi foncière.

La possession immobilière engendre la prescription acquisitive qui permet, fût-ce d'une façon marginale, le droit à devenir propriétaire. Il faut faire part aux principes dans un premier temps et aux normes de droit dans un second temps.

Les pistes non exhaustives de solutions peuvent être orientées vers deux directions essentielles suivantes :

- Quid de la prescription acquisitive dans le système Torrens en droit comparé ? Quel peut être le rôle créateur de droits par la jurisprudence ?
- Doit-on imposer le temps de la réflexion s'agissant des règles figées depuis plus d'un siècle et demi ? C'est le rôle du législateur. D'une manière générale, pourquoi ne pas suivre des exemples de ceux qui sont sortis du système Torrens ?⁵⁸

b. Quid du rôle créateur de la jurisprudence pour faire évoluer ce droit ?

La jurisprudence congolaise a été constante pour appliquer le droit congolais avec ses malfaçons en rejetant toutes les demandes tendant à solliciter le bénéfice de la prescription acquisitive, notamment CSJ, RC.752, 23 février 1987. Dans cet arrêt, la CSJ « rejette la décision de juge d'appel qui a considéré à tort que la partie défenderesse avait acquis par prescription la portion de terre empiétée, alors que la prescription acquisitive est incompatible avec la nécessité du certificat d'enregistrement imposé par l'article 219 de la loi du 20 juillet 1973 telle que modifiée et complétée par celle du 18 juillet 1980 (CSJ recueil p 816). Bien avant, dans le même sens.⁵⁹

La définition de la jurisprudence qui retient l'attention est celle qui désigne, dans un sens plus étroit, le sens qu'une juridiction, ou un ensemble de juridictions donnent habituellement à une règle de droit donnée. Sous cet angle, c'est cette définition de la jurisprudence, c'est-à-dire interprétative du droit qui retient notre attention dans sa fonction normative entendue comme une interprétation, ce qui suppose de reconnaître avec nuance, son statut de source du droit, même si c'est une question qui a toujours été discutée en doctrine.

Dans ce rôle créateur de la jurisprudence, on retiendra qu'il y a deux pôles émetteurs de droit mais interactifs avec un déplacement limité de l'un vers l'autre.⁶⁰

Mais pour Pr Philippe Jestaz, les deux pôles sont interactifs avec Oscillation d'un pôle à un autre.

Il s'agit de la loi et du juge évidemment. Il parle des pôles habilités officiellement à fabriquer le droit ou du moins à le dire. Mais ces pôles en général sont beaucoup plus nombreux : pratiques privées, sources administratives, doctrine au sens étroit, doctrine au sens large, ... Au fond le droit vient de partout et à la limite un colloque réunissant professeurs et praticiens peut déboucher sur une réforme législative ou sur un revirement de jurisprudence. Mais en la forme, le processus de création ne résulte

⁵⁷ *Ibid.*, p.664

⁵⁸ Joseph Comby, *Sortir du système foncier colonial*, p.139

⁵⁹ CA, ELIS, 19 mai 1953, JTO., 1954, pp.9 et s

⁶⁰ Philippe Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1996, p.299

plus aujourd'hui que d'un jugement ou d'un texte, toutes les sources officielles se déversant dans les deux sources officielles.

De son côté, le juge rend parfois des décisions provocantes qui consistent à appliquer une loi à la lettre pour obliger le Parlement à prendre ses responsabilités. Et surtout chacun des deux, juge ou législateur, tient compte de l'œuvre accomplie par l'autre.

Dans ces conditions, le déplacement d'un pôle à un autre ne peut prendre la forme que d'oscillations variables, selon les secteurs et toujours réversibles.

C'est ainsi souvent en France, où la jurisprudence joue un rôle non négligeable dans l'évolution de normes juridiques. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations constituent une réforme majeure du Code civil largement inspirée par la jurisprudence. Mais ce rôle n'existe que là où la justice est indépendante.

Ce ne sont pas des exemples qui manquent où les juridictions suprêmes prennent leurs responsabilités pour faire évoluer le droit. L'on pourra citer, sans être exhaustif, à travers le monde, la Cour Suprême d'Algérie qui avait fait un revirement jurisprudentiel, en acceptant la prescription des droits successoraux au bout de 33 ans, ce qui avait supprimé la possibilité d'une revendication perpétuelle par les héritiers.⁶¹

Il faudra aussi s'interroger sur la portée de cet arrêt de la troisième chambre de la CCJA sur le pouvoir judiciaire congolais qui refusait d'appliquer, selon la loi congolaise, le principe de la saisissabilité de biens de l'État commerçant et son incidence indirecte sur la gestion des entreprises commerciales dont l'État congolais et actionnaire⁶².

S'agissant de la prescription acquisitive, la Cour de Cassation (ex CSJ) a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de se prononcer sur des situations où la prescription acquisitive rentre dans les prescrits de la loi concernant la possession, alors même que cette possession dans les faits n'a jamais eu lieu (cf. art. 107 de la loi foncière de la RDC). Elle aurait pu, peut-être, tout en appliquant les prescrits de la loi, replacer dans son contexte juridique la notion de possession au lieu de rester dans la superficialité de certaines normes juridiques inappropriées, telles que codifiées par les lois congolaises.

Lors de la réforme du droit des contrats en France par exemple, c'est la codification de diverses jurisprudences qui a donné de la « fermeté » à certaines règles (Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification, revue des contrats hors-série, juin 2018, p37).

S'agissant du juge constitutionnel, la saisine est pratiquement identique en RDC qu'en France (avec la QPC). La Cour Constitutionnelle Congolaise est, comme le Conseil constitutionnel français, compétente pour connaître du contrôle de la constitutionnalité des lois et actes ayant force de loi et aussi des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant ou par une juridiction⁶³.

Au final, poursuit Remy Kashama Tshikondo, l'objectif de la saisine en inconstitutionnalité du juge constitutionnel congolais est, comme pour la QPC en France, le même, à savoir, obtenir l'inapplicabilité (l'abrogation en France) d'une disposition de loi ou d'un acte ayant force de loi qui viole la constitution et lèse les droits des parties et, en l'occurrence, le droit de propriété⁶⁴.

Et de conclure, ce sont là des instruments à la disposition des propriétaires, qui ont vocation à faire protéger leurs biens, notamment immobiliers, contre des dispositions des lois liberticides et attentatoires à leurs droits⁶⁵.

⁶¹ Ramiljaona Manuela, *Op.Cit.*, p 5.

⁶² Edouard Saty, l'incidence du revirement de la cour commune de justice concernant l'immunité d'exécution sur la gestion des sociétés commerciales d'État et sur le pouvoir judiciaire congolais, in *Cahiers Africains des Droits de l'Homme ainsi que le Développement*, journal de Faculté de Droit, 24^{ème} année, n°067 Vol.1, mai-juin, 2020, pp.193-235. Voir CCJA, 3^{ème} ch. n°103/2018, 26 avril 2018-la société de Grand Hôtel à Kinshasa/C l'État Congolais.

⁶³ Remy Kashama Tshikondo, *Op.Cit.*, p.462

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Ibid.*

Conclusion

Le système Torrens paraît être simple à appliquer et surtout adaptable à toutes les situations parce qu'il repose sur la protection qu'il est censé apporter grâce au certificat d'enregistrement des biens immobiliers censé être inattaquable.

Mais négativement, le maintien du système Torrens est aujourd'hui dépassé dans plusieurs pays qui l'ont adopté, du moins, a atteint ses limites dans la mesure où il ne peut garantir une sécurité maximale aux propriétaires immobiliers du fait de la complexité des situations d'occupation du sol.

En RDC, le système tel qu'il fonctionne dans un cadre juridique avec « l'infinité des coquilles et hérésies, c'est-à-dire de malfaçons, induites par ces réformes, notamment celle de 1973, inspire une solution plutôt pragmatique et de bon sens. La deuxième grande réforme, celle réalisée en 1980, n'a pas non plus été reluisante parce qu'aucune rigueur n'y a été observée. Des dispositions spécifiques ont subi des modifications sans tenir compte ni des principes de droit, ni de la cohérence du système. Si l'article 53 qui accorde la propriété du sol et du sous-sol congolais à l'État a été le point d'orgue de la réforme opérée le 18 juillet 1973 ; en 1980, la réforme s'articula essentiellement autour de l'art.227. Celui-ci, parce qu'il confère l'inattaquabilité absolue aux droits, notamment celui de propriété immobilière, constatés par le certificat d'enregistrement aurait favorisé, dans sa formulation originare, la fraude dans le secteur⁶⁶.

La conclusion d'Alexandre Flückiger s'impose s'agissant des qualités requises de la norme législative à savoir : « L'idée de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal ; idéal chaque fois revendiqué mais jamais atteint. Parfaitement précise et prévisible, la loi deviendrait terriblement lourde et compliquée ; légère et simple, la réalité la rattraperait rapidement, car la complexité évitée se reporterait immédiatement sur les textes d'application, sur la jurisprudence et la pratique. Aucune solution définitive ne peut être apportée à cette problématique. Les deux faces de la clarté sont condamnées à s'opposer. Francis Bacon était déjà parvenu à cette conclusion il y a plus de trois siècles, concisément et précisément : « L'obscurité dans l'expression des lois vient de ce qu'elles sont trop verbeuses, trop bavardes ou, au contraire, de leur excessive brièveté »⁶⁷

Seulement, l'efficacité de la mise en place de ce statut Torrens et le maintien du dispositif légal sur l'usucapion est antinomique, à coup sûr, du sens de diligence et de responsabilité attendue de l'État congolais et de la jurisprudence.

L'analyse met également en lumière, s'agissant de la sécurisation foncière, que les carences déjà constatées ailleurs depuis l'avènement de l'acte Torrens, ont été corrigées contrairement à la RDC.

Aujourd'hui, l'on sait que les possesseurs coutumiers et les démarcheurs néo-coutumiers : sont à l'origine des morcellements effectués en zone périphérique des villes, ce constat n'épargne pas la RDC⁶⁸ où les villes n'ont pas des superficies limitées mais s'étendent au fur et à mesure que la population augmente pour moult raisons.

Joseph Comby⁶⁹ renseigne sur quatre logiques juridiques derrière le continuum des droits en Afrique. Depuis les Indépendances, il a analysé les deux légitimités foncières antagonistes, la *coloniale* et la *coutumière*, qui ont évolué profondément, surtout dans les régions urbanisées, mais à des rythmes différents, selon les types d'acteurs et selon les localisations. Certains observateurs en viennent alors à parler d'un *continuum des droits fonciers* allant du formel à l'informel, du centralisme étatique à la décentralisation communale, urbain etc.... Il préconise notamment la sortie du système Torrens (ONU Habitat, 2010) ». ⁷⁰

⁶⁶ *Ibid.*, p.469

⁶⁷ Alexandre Flückiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 21 dossier : La Normativité) - Janvier 2007

⁶⁸ Michel Max Raynaud, Djibril Diop, Claire Simonneau, possesseur coutumier et de marcheur néocolonial, p.60

⁶⁹ Joseph Comby, Sortir du système foncier colonial, p. 139

⁷⁰ Sietchiping, Alioune Badiane, Sécurisation foncière et urbanisation en Afrique sub-Saharienne, p29.

À Madagascar par exemple, où le système Torrens a été abandonné, pour ne citer que cet exemple parmi tant d'autres⁷¹, après avoir fait le constat selon lequel le système du livre foncier avait montré ses limites parce qu'il n'avait pas permis de répondre au besoin de sécurité foncière des usagers, l'État a modifié sa législation après avoir constaté que face à la crise foncière, les usagers ont inventé un droit foncier local par défaut, fait de « petits papiers ».

Il fallait donc mettre en place un système qui permettrait de valider non seulement les droits de propriété issus des règles coutumières mais également les droits établis selon les usages du moment et du lieu.

L'objectif principal de la politique foncière était de « répondre à la demande massive de sécurisation foncière dans de brefs délais et à des coûts ajustés au contexte économique, par la formalisation des droits fonciers non écrits et par la sauvegarde et la régularisation des droits fonciers écrits ». L'un des axes stratégiques de la politique foncière était la rénovation de la réglementation et c'est dans ce cadre que la loi 2005-019 du 17 Octobre 2005 fixant les principes régissant les statuts des terres a été prise. Cette loi a apporté diverses innovations sur les principes du système foncier à Madagascar.

Mais on peut encore s'inspirer des modèles qui ont été initiés en Afrique dans divers pays (voir supra) mais et les adapter aux réalités congolaises. L'on sait qu'il y a plusieurs formes d'occupation du sol qui sont des manifestations d'un ou des droits fonciers. Dans certains cas, plusieurs systèmes juridiquement acceptables peuvent coexister, comme des systèmes statutaires, coutumiers voire religieux dans les pays islamiques⁷².

Le 4 janvier 2022, le bureau de la commission Politique, Administrative et Juridique de l'Assemblée Nationale a publié un communiqué dénonçant « les discours fallacieux qui mettent en cause la pertinence de la réforme » en cours sur la modification de la loi foncière n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier.

Les dysfonctionnements constatés sur la prescription acquisitive ne constituent qu'une des malfaçons juridiques contenues dans la loi foncière en RDC. Il faut néanmoins une réforme en vue d'une mise en œuvre de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, quand bien même c'est un idéal difficile à réaliser.

⁷¹ Ramilijaona Manuela, Op. Cit, pp33-34)

⁷² Michel Max Raynaud, Djibril Diop, Claire Simonneau, Repenser les moyens d'une sécurisation foncière urbaine. Le cas de l'Afrique francophone, p.32.