

L'APPLICATION DE LA COUTUME EN DROIT CONGOLAIS DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES APRES LA REFORME DU CODE DE LA FAMILLE DE 2016

Par

Héritier MOLISHO BASOSILA

Apprenant en D.E.S/D.E.A à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa
Avocat au Barreau du Congo-Central
Chercheur

RESUME

La matière de famille est l'une des matières importantes dans la mesure où elle est le socle de toute une société. Dans son organisation, la loi demeure la principale source qui la régie ; cependant il faut aussi comprendre qu'à côté de la loi, il existe d'autres sources qui entrent en jeu dont notamment la coutume. Elle accompagne la loi pratiquement dans toutes les matières familiales et des personnes.

Dans plusieurs domaines de la vie, particulièrement en matière de famille et des personnes, le législateur du code de la famille s'est trouvé devant un dilemme lors de l'unification du droit congolais de la famille qui se traduisait par la position à prendre entre l'importation du droit purement étranger pour l'appliquer au Congo et la codification des règles coutumière.

En se décidant, le législateur a opté pour une solution intermédiaire en créant le droit écrit congolais de la famille et des personnes tout en laissant de l'autre côté l'application de la coutume conforme à la loi et aux mœurs locales qui jusqu'à ce jour elle demeure valable malgré la réforme du code de la famille en 2016.

Mots-clés : Coutume, loi, famille, Personnes, Reforme, Code de la famille, Application, Droit congolais, Contra legem, Secundum legem.

ABSTRACT

The family matter is one of the important matters insofar as it is the foundation of an entire society. In its organization, the law remains the principal source which governs it; however, it must also be understood that alongside the law, there are other sources that come into play, including custom. It accompanies the law practically in all family and personal matters.

In several areas of life, particularly in matters of family and persons, the legislator of the family code found himself faced with a dilemma during the unification of Congolese family law which resulted in the position to be taken between the importation of purely foreign law to apply it in the Congo and the codification of customary rules.

In deciding, the legislator opted for an intermediate solution by creating the Congolese written law of the family and persons while leaving on the other side the

application of custom in accordance with the law and local mores which until to date it remains valid despite the reform of the family code in 2016.

Keywords: *Custom, law, Family, People, Reform, Family code, Application, Congolese law, Contra legem, Secundum legem.*

INTRODUCTION

Nous sommes sans ignorer que la matière de famille est l'une des matières la plus importante dans la mesure où elle est le socle de toute une société. Le fait que l'introduction de la famille dans le domaine juridique soit récente ne facilite pas la définition de cette institution. En principe, la matière de la famille et des personnes sont organisées par la loi, comme pour dire que la loi est la source principale du droit de la famille et des personnes. Bien plus, il sied de rappeler que la loi n'est pas la seule source. A côté de la loi, il existe des sources prévues par l'ordonnance du 14 mai 1886 relative aux sources supplétives du droit dont notamment la coutume, qui fait l'objet de la présente réflexion, à côté de la doctrine, équité et jurisprudence.

Parlant de la coutume, qui est cet ensemble d'usages et de pratiques qui, par l'effet de la répétition, durant un certain temps et souvent revêtue d'une certaine publicité, s'impose à un moment donné comme une règle obligatoire susceptible, en cas de violation, d'une sanction sociale effective¹.

De ce point de vue, il s'est toujours posé en Droit congolais les problèmes à la fois de la preuve de l'existence de la coutume, celui de sa variabilité, celui de son contenu et celui de son adaptabilité à l'évolution de la société. A causes desdits problèmes, il est arrivé que naisse un sentiment d'incertitude à l'égard de cette source de droit. L'article 2 de l'ordonnance de 1886 précité donnait un début de solution à ces diverses préoccupations. Il indiquait que le juge qui se trouvait devant cette difficulté, pouvait éventuellement prendre l'avis d'un ou de plusieurs personnes choisies parmi les notables les plus capables. Nous sommes d'avis que cette solution reste d'actualité. Elle a d'ailleurs été formalisée par le code de l'organisation et de la compétence judiciaire qui accorde au Tribunal de Paix, qui a en charge les litiges relatifs à la famille et aux personnes, le pouvoir de statuer sur tout litige concernant la coutume².

La coutume accompagne la loi pratiquement dans toutes les matières familiales et de la personne. Cependant il n'est pas étonnant de se rendre parfois compte de sa présence et son importance chaque fois après une évolution ou changement législatif en vue d'appréhender et comprendre son

¹ E. LAMY, *Le Droit privé Zaïrois*, Kinshasa, PUZ, 1975, p.92

² J.P. KIFWABALA, *Droit civil congolais : Les personnes, les incapacités, la famille*, 2^{ème} éd., Lubumbashi, PUL, Les Analyses juridiques, 2018, p. 25.

repositionnement voire admettre sa suppression ou son maintien dans la résolution des différents problèmes de la vie sociale dont elle est ou mieux elle était appelée à résoudre.

De ce fait, nous voulons à travers ces lignes élucider le rôle de la coutume en matière de famille et des personnes tout en mettant un accent sur le maintien ou non de son application éventuelle après la réforme de la loi N° 87/010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille par la loi N° 16/015 du 8 juillet 2016. Ainsi la préoccupation majeure est de savoir : Que comprendre des notions et éléments de la coutume en droit congolais et qu'en est-il des cas d'application de la coutume dans le code de la famille tel que modifié à ce jour ?

Cette étude sera menée sur deux axes principaux dont le premier s'interroge sur quoi retenir sur la famille et son organisation ainsi que de la coutume (I) et le seconde traite des tranches de la coutume ainsi que l'état de la question sur la nécessité de la coutume en matière de famille (II).

I. NOTIONS ET ORGANISATION DE LA FAMILLE ET DE LA COUTUME

A. La famille : sens, diversité des qualifications, modèle et organisation

1. La famille selon le sens étymologique

Si l'on s'en tient à l'étymologie, la famille, familia, constitue le groupement des personnes vivant sous le même toit et des mêmes ressources. La familia est une unité économique, centre de production et de consommation. Cette définition de la famille ne nous intéresse pas.

Le Vocabulaire juridique, définit la "famille comme l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de sang, qui descendent d'un ancêtre commun". Elle est aussi "le groupe restreint des père et mère et de leurs enfants (mineurs) vivant avec eux (famille conjugale, nucléaire)³.

En outre, la famille désigne l'ensemble des personnes qui sont unies par le lien de sang et qui descendent d'un auteur commun ; autrement dit, des personnes unies par des rapports de parenté⁴.

2. Diversité des qualifications

La diversité actuelle des qualificatifs et spécificité du concept "famille" en droit congolais⁵. Le terme famille recouvre, dans le vocabulaire courant, des réalités diverses qui ne sont pas toujours des situations de droit, mais simplement de fait : la "grande famille" regroupe toutes les personnes

³ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd. Mis à jour, Paris, Quadrige/PUF, 2018, p.910, V° Famille.

⁴ A. WEIL, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1972, p. 139.

⁵ E. MWANZO idin'AMINYE, *L'égalité des époux en droit congolais de la famille*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 2009, p. 18 à 20.

descendant d'un ancêtre commun, la famille "traditionnelle" formée des : parents, enfants, grands-parents, voire arrière-grands-parents, et de plus en plus souvent, la famille "nucléaire" : le couple et les enfants.

La notion de famille africaine diffère de beaucoup de celle des Occidentaux à cause de son étendue. Il existe en effet divers types de famille en Afrique : la famille nucléaire, ou famille restreinte, d'inspiration européenne, et la famille traditionnelle africaine, qui revêt plusieurs formes généralement ramenées à deux la famille lignage et la famille-maison. La famille lignage est définie comme l'ensemble des descendants d'un ancêtre commun tandis que la famille maison est l'ensemble d'individus vivant dans une maison sous l'autorité du chef de ménage qu'ils considèrent comme leur père. La famille-lignage est appelée "parentèle", lorsqu'on l'envisage au point de vue social, et clan lorsqu'on l'envisage sur le plan politique.⁶

Pour l'Africain, la famille comprend tous les membres vivants reliés à l'ancêtre commun ou reconnu comme tel par un membre considéré comme chef de famille. Entre ces membres existe un lien de solidarité comprenant le devoir d'entretien, d'aide et d'assistance. La famille constitue ainsi un tout humain, social et économique pour l'Africain et il est inconcevable qu'il soit en dehors d'elle.

Il y a deux manières d'appartenir à une famille pour l'Africain : l'individu doit appartenir soit à la famille de son père, soit à celle de sa mère ; et le noyau d'où est issue cette personne est soumis ou bien au régime patrilinéaire ou bien au régime matrilinéaire.⁷ Dans le système matrilinéaire, la parenté se transmet par les femmes. Ego, individu de référence (féminin ou masculin) appartient au groupe de sa mère. Pour que deux individus appartiennent au même groupe de parenté, il faut qu'il y ait entre eux un lien de descendance par les femmes. Dans ce régime, un homme et le fils de son frère, par exemple, n'appartiennent pas au même groupe. Le fils du frère fait partie du groupe de sa mère. Seules les femmes transmettent la parenté. Les enfants d'un homme ne font pas partie de sa parenté mais de celle de sa femme. Remarquons qu'il existe des sociétés - chez les kongo notamment - qui poussent plus loin la logique matrilinéaire au point de considérer que c'est la mère seule qui procrée sans que le père n'y soit pour quelque chose. Il est simplement le mari de la mère. Chez les matrilinéaires, le statut social et l'héritage passent non pas d'une femme à ses filles mais des frères de la femme aux frères de ses filles. C'est le frère de la mère qui exerce l'autorité.

⁶ A. SOHIER, *Traité élémentaire de droit civil du Congo belge*, Maison Larquier, 1949, pp. 39-52.

⁷ G. KALAMBAY, « La situation actuelle des droits civils congolais : droit civil et coutumier et perspectives d'avenir », in *Problèmes Sociaux Congolais*, Bulletin trimestriel, CEPSI, n° 78, 1967, p. 103.

Dans le système patrilinéaire, en revanche, la descendance, tout comme les droits familiaux, se transmettent par les hommes. C'est donc de son père que le fils ou la fille tient son héritage et son statut social.

3. La famille consacrée par le code de la famille

La question qui est posée ici est de savoir quel type de famille consacre le Code de la famille. L'analyse des dispositions de ce Code laisse bien apparaître que celui-ci consacre une conception de la famille intermédiaire entre la conception traditionnelle africaine et la conception moderne d'origine européenne. En effet, bien qu'aux termes de l'article 701 la famille est définie comme "l'ensemble des parents et alliés d'un individu, tels que définis par la présente loi"⁸, il résulte de l'économie de cette matière que le législateur entend protéger en premier lieu le ménage, lequel, aux termes de l'article 700 du Code de la famille : "désigne les époux, leurs enfants non mariés à charge ainsi que tous ceux envers qui les époux sont tenus à une obligation alimentaire, pourvu que ces derniers demeurent régulièrement dans la maison conjugale et qu'ils soient inscrits au livret de ménage".

A bien observer, il semble clairement que le législateur a organisé principalement deux sortes de famille : la famille-ménage de l'article 700 précité et la famille-parenté de l'article 701 du Code de la famille, protégée non seulement dans le cadre du ménage mais aussi en dehors de lui en tant que famille alimentaire. On constate, d'une part, que la famille-parenté est plus étendue que la famille traditionnelle africaine, d'autre part, que la famille-ménage est à son tour plus étendue que la famille conjugale, dite aussi famille nucléaire ou famille restreinte, d'inspiration européenne. Il s'agit, à bien voir, d'une conception dualiste de la famille composée des époux et de leurs enfants sans considération de leur âge et de la grande famille regroupant les autres parents par le sang ou par alliance.

4. Organisation de la famille par la coutume

La famille n'est pas toujours organisée par les règles juridiques du droit moderne mais aussi des règles traditionnelles qualifiées de coutumières donc issus des coutumes locales. La coutume se forme tout simplement d'un usage, un mode de vie, la manière de vivre propre à un groupe social donné avec ses contraintes librement acceptées par les membres de ce groupe⁹.

Alors, dans ce sens, la coutume constitue donc une source de droit de la famille, dans son acception large, la coutume est entendue comme étant toutes les règles de droit qui se dégagent des faits et des pratiques dans un milieu

⁸ Art. 701 du CF.

⁹ MULUMBA KATCHY, *Initiation à l'étude du droit coutumier congolais*, Kinshasa, CREJA, 2011, p. 9.

social en dehors de l'intervention du législateur, elle est donc synonyme de droit non légiféré c'est-à-dire la règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé et de la croyance en existence d'une sanction à l'observation de cet usage, elle constitue une source de droit, à condition de ne pas aller à l'encontre d'une loi¹⁰.

Ainsi, il sied de noter que dans la société traditionnelle congolaise, on ne peut parler de l'individu sans le situer au préalable dans une structure familiale. La famille se présente sous diverses formes, à savoir premièrement le foyer considéré comme une famille restreinte, nucléaire composée du père, de la mère et des enfants, deuxièmement comme la parentèle ou famille au sens large qui se définit comme l'ensemble des personnes issues d'un commun ancêtre vivant, rassemblées en un même lieu, généralement la concession, soumises au même chef, le plus âgé de la génération aînée (père ou oncle utérin), responsable de la vie économique (il est gestionnaire des biens collectifs), de l'équilibre politique et en milieu animiste, du culte voué aux puissances tellurique ou aux mânes ancestraux dont il est père et troisièmement comme le clan qui est une forme encore plus large de la famille considéré comme l'ensemble de tous les descendants, par filiation maternelle ou paternelle, d'un ancêtre commun, et qui porte le nom de la collectivité, il comprend tous les membres des deux sexes, vivants et morts, qui ont reçu le sang de l'ancêtre¹¹.

B. Définition, importance et éléments constitutifs de la coutume

1. Définition de la coutume

La coutume est une manière à laquelle la plupart se conforment dans un groupe social le droit coutumier étant un ensemble de règles juridiques que constituent les coutumes. Aussi, la coutume est un usage juridique de formation spontanée, accepté par tout le groupe social intéressé. Elle naît d'une série d'actes, « *acta assidua* » publics et paisibles, c'est-à-dire dont toute violence est exclue à l'origine et qui ne sont heurtés à aucune contradiction sérieuse. Elle se distingue ainsi de la voie de fait, basée sur la force à laquelle il faut parfois se résigner mais qui ne crée jamais le droit. Les actes qui fondent la coutume doivent avoir été répétés pendant un certain temps. La coutume exprime ainsi le sentiment du droit dont s'inspire à un moment donné, le groupe considéré¹².

¹⁰ AMISI HERADY, *Droit civil, Vol. I, Les personnes, les incapacités, la famille*, 4^{ème} édition, EDUPC, Kinshasa, 2016, p. 24.

¹¹ MULUMBA KANYUKA et MULUMBA KATCHY, *Droit coutumier congolais*, 3^{ème} édition, Kinshasa, CREFIDA, 2018, pp.35-36.

¹² *Idem*, p.14.

Toujours dans cet ordre d'idée, la coutume doit être entendue comme l'ensemble des usages, des pratiques et habitudes répétés par les membres d'une communauté et qui les considèrent comme ayant un caractère obligatoire. Elle est en d'autres termes, l'ensemble des habitudes et usages nés de comportements antérieurs répétés qui guident et façonnent les comportements ultérieurs¹³.

Certaines règles de droit ne sont le fruit d'aucun texte mais se sont établies peu à peu avec le temps et ont puisé leur autorité dans la tradition. Il s'agit des règles coutumières. « On appelle coutume », écrivait Pothier, « des lois que l'usage a établies et qui se sont conservées sans écrits par une longue tradition. » (Loi au sens le plus large du terme).

A la différence des règles écrites que nous avons étudiées, la coutume n'émane pas de l'État mais s'est élaborée de manière lente, spontanée et populaire, ce sont les gens qui créent les coutumes. Si la coutume ne trouve pas sa source dans un écrit, rien n'interdit une fois que la coutume est née qu'elle soit portée par écrit.

Le terme coutume a aujourd'hui plusieurs significations : dans un sens très large, il désigne toutes les sources non écrites du droit objectif. Dans un sens plus restreint, on assimile parfois coutume et usage mais la coutume au sens classique du terme (sens strict) est une notion plus restrictive qu'il faut distinguer de notions voisines comme les usages et les pratiques.

Il s'agit de faire entre usage et coutume. En principe la différence tient au fait que la coutume est obligatoire, l'usage ne l'est pas. L'usage est ce qui se fait habituellement, il est à la base de la coutume et on sera en présence de coutume lorsque l'usage sera ressenti par la population comme obligatoire. La coutume est une règle de droit alors que l'usage est une pratique sans caractère obligatoire et sans porté juridique. La coutume est une règle issue de l'usage et de la croyance populaire en sont caractère obligatoire. La coutume, entendue comme un usage régulièrement et universellement suivi dans un milieu social¹⁴.

2. Importance et éléments constitutifs de la coutume

Pris comme telle, notre préoccupation serait de savoir en quoi la coutume serait importante en matière de famille alors que le droit écrit a déjà organisé sa formation et sa protection dans tous les contours. Affirmons sans crainte d'être contredit que malgré cette organisation du droit moderne ou écrit, la coutume a encore son rôle et vaut son pesant d'or car parfois la loi elle-même

¹³ G.D. KASONGO LUKOJI, *Cours d'Introduction au droit coutumier*, G2 Droit, UWB, 2019-2020, p. 10.

¹⁴ BOMPAKA NKEYI et ABETEMANI R., *Les résistances du droit coutumier précolonial*, édition Lulu, Morris ville, 2019, p. 2.

renvoie de fois, certaines choses à la coutume qui doit l'organiser car avec la coutume, il y aura la paix sociale dans la communauté voire la coutume complète ou fait la suppléance de la loi.

Les auteurs sont unanimes que, pour parler de la coutume il faut réunir deux éléments : l'élément matériel, la pratique et l'élément intellectuel ou psychologique c'est-à-dire la conscience ou la conviction que l'usage répété est obligatoire¹⁵.

On peut retrouver dans l'élément matériel deux aspects dont d'une part les comportements suffisamment répandus dans l'espace c'est-à-dire qu'il faut que l'usage soit largement répandu dans le milieu social, dans une profession, dans une localité et d'autre part les comportements suffisamment répandus dans le temps c'est-à-dire qu'il est nécessaire, en effet, pour qu'il ait coutume que l'usage soit constant, permanent, régulièrement suivi, qu'il soit ancien et qu'il ait une certaine durée.

L'élément psychologique par contre exige à ce que l'usage ainsi répandu dans l'espace et dans le temps doit comporter ce que l'on appelle l'*opinio necessitatis*, c'est-à-dire il doit être considéré comme revêtant la force obligatoire par la population qui le suit¹⁶.

Dans le même ordre d'idée, La coutume est une règle issue de l'usage et de la croyance populaire en son caractère obligatoire, c'est son élément psychologique.

L'élément matériel de la coutume est constitué d'un usage qui est la répétition dans le temps et collectif. L'usage doit contenir quatre caractères :

- 1. Ancien**, On enseigne que l'usage doit exister depuis un certain temps, mais aucun délai minimal n'est précisé, dans l'ancien droit le délai était fixé à 40 ans.
- 2. Constant**, Il indique que l'usage doit avoir été suivie de manière habituelle et sans discontinuer.
- 3. Général**, Cela signifie que l'usage doit être suivi par tous et par toutes les personnes intéressées.
- 4. Notoire**, Ce caractère doit être connu au moins de la majorité des intéressés. Il conduit à se poser la question de savoir comment la coutume est connue.

Quelles sont les preuves de la coutume ?

¹⁵ BOMPAKA NKEYI et R. ABETEMANI, *Op. Cit.*, p.3.

¹⁶ AMISI HERADY, *Op. Cit.*, p. 25.

La coutume doit être prouvée par celui qui l'invoque, il lui faut en apporter la preuve de son existence et de son contenu. Cela prend forme d'attestation rédigé par des organismes locaux, certains de ses documents sont appelés des parères. Le juge peut faire état de sa connaissance personnelle d'une coutume. Pour résumer tous les caractères on peut utiliser la citation « Une fois n'est pas coutume »

Le passage de l'usage à la coutume se fait par association d'un élément matériel et psychologique. Cet élément psychologique se définit par la croyance chez les sujets de droit aux caractères obligatoires de l'usage auquel ils se conforment spontanément. Cet élément psychologique est l'*opinio necessitatis*.

Ce caractère obligatoire existe indépendamment de toute loi ou toute jurisprudence. Sans l'élément psychologique, l'usage reste extra-juridique.

Aussi, c'est le fait de suivre la règle coutumière avec la conviction d'agir en vertu d'agir une règle obligatoire. Toute règle de droit a un caractère obligatoire. Le sentiment du caractère obligatoire de la règle coutumière apparaît comme son élément matériel, c'est à dire de manière spontanée. Un jour, les individus ont la conviction que suivre la coutume est obligatoire : c'est l'élément psychologique de la coutume. Les personnes qui suivent cet usage doivent avoir le sentiment qu'il s'impose à elle avec la force d'une règle de droit. L'usage est alors devenu coutume et une véritable règle de droit est apparue. Il faut enfin dire qu'elle est sa place en droit interne, dans notre système juridique actuel¹⁷.

II. DES TRANCES DE LA COUTUME AINSI QUE L'ETAT DE LA QUESTION SUR LA NECESSITE DE LA COUTUME EN MATIERE DE FAMILLE

A. Trances de la coutume

1. Place de la coutume face au droit

Dans l'ancien droit, les coutumes avaient valeurs de droit. Mais de nos jours, il faut se demander où se situe la coutume dans la hiérarchie des normes. Il arrive que la coutume soit reprise dans une loi, elle aura force de loi parce qu'elle aura changée de nature.

La coutume est une source du droit objectif. Elle est à l'origine de règles de droit qui composent le droit objectif. C'est toutefois une source secondaire pour deux raisons : secondaire d'un point de vue quantitatif car dans l'ensemble des règles qui composent le droit objectif, les règles coutumières sont extrêmement minoritaires et secondaires également d'un point de vue qualitatif car l'autorité d'une règle de droit coutumière est inférieure à celle de la règle de droit écrite.

¹⁷ KASONGO LUKOJI G. D, *Op. Cit.*, p. 18.

Dans bien de cas, les règles coutumières sont mises en action et sont appelées à s'appliquer en vertu d'une prescription formelle du législateur ou de l'autorité réglementaire. En d'autres termes, c'est le législateur lui-même ou l'autorité réglementaire qui, comme dans une partie du football, fait la passe à la coutume pour qu'elle s'applique à telle ou telle situation. La loi renvoie ainsi une question quelconque à l'empire de la coutume. L'on parle alors dans ce cas, de la coutume *secudum legem* c'est-à-dire la coutume comme une seconde loi¹⁸.

Aussi, dans l'histoire de l'humanité, la vie en société se manifestait par des attitudes qui s'affirmaient en se répétant et en se précisant de plus en plus, ce sont les manières d'être, les usages, les habitudes qui, en se stabilisant, deviennent des nécessités et créent la règle. Ces attitudes extérieures et notoires étaient nécessaires pour la constitution, le maintien et le développement de la société et pour sa défense sociale. De ces considérations, on se rend compte que la coutume est la première source de droit qui se réalise nécessairement et spontanément, sans aucun truchement scripturaire. L'antériorité de la coutume comme source créatrice est chose évidente et, dans l'histoire des institutions juridiques, elle constitue le fait générateur du droit¹⁹.

La coutume s'applique également en l'absence de la loi et en dehors d'un renvoi express de la loi. A ce sujet, il y a lieu de faire ici mention des prescrits de l'article premier de l'ordonnance du 14 mai 1886 : « quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulguée, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ». en vertu de ce texte que nous estimons non encore abrogé à ce jour, la coutume est appelée à s'appliquer, en première position, à toute contestation, ici de droit civil, lorsque la question à régler n'est pas régie par un règle écrite de droit²⁰.

2. Types des renvois de la coutume et cas de la coutume de renvois admis en droit congolais

a. Types de renvois

Dans certain cas, la loi procède par renvoi à la coutume. Le renvoi peut-être expresse ou implicite.

– **Le renvoie expresse** est l'hypothèse où la loi de façon explicite va être renvoyé à la coutume.

– **Le renvoie implicite**, la catégorie de coutume par le renvoi implicite est plus controversée, parce qu'il s'agit de l'hypothèse selon laquelle la loi renvoi à

¹⁸ AMISI HERADI, *Op. Cit.*, p.26

¹⁹ R. MUSHIGO-A-GAZANGA, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour Suprême de Justice du Congo*, Bruxelles, Académia-Buyllant, 2002, p. 14

²⁰ AMISI HERADY, *Traité de Droit des relations familiales*, 1^{ère} édition, Kinshasa, E.U.A, 2023, p. 22.

des notions cadres comme les bonnes mœurs ou le bon père de famille. C'est à la jurisprudence dans certains cas d'interpréter ces notions.

b. Quelques cas de renvois de la coutume admis en droit congolais

Nous pouvons les illustrés notamment en matière de mariage, de la dot et autre où la loi elle-même renvoie les matières à la coutume.

Il existe les exemples légions où le code de la famille renvoie expressément certaines matières à la coutume dont notamment les cas et articles ci-après :

L'article 212 dispose que toute personne capable peut exercer ses droits civils conformément à la loi ou à la coutume, sauf les exceptions établies par la loi.

L'article 212 établit que toute personne peut exercer ses propres droits à condition qu'elle en soit capable. Cet article établit par le grand principe selon lequel la capacité d'exercice est la règle et l'incapacité l'exception. De plus, l'allusion à la coutume dans cet article indique qu'en cette matière la coutume peut encore s'appliquer lorsqu'elle n'est pas contraire à la loi.

L'article 340 parle de la forme des fiançailles est réglée par la coutume des fiancés. En cas de conflit des coutumes, la coutume de la fiancée est d'application. Les fiançailles ne donnent lieu à aucune inscription dans les registres de l'état civil.

En ce qui concerne la forme des fiançailles, l'article 340 renvoie aux coutumes des fiancés. Si les fiancés sont régis par une même coutume, c'est celle-ci qui s'appliquera à eux ; si, au contraire, ils ne sont pas régis par une même coutume, c'est généralement la coutume de la fiancée qui s'applique. L'article 340 précise aussi que les fiançailles ne donnent pas lieu à une inscription à l'état civil. La modification de cet article 2016 a consisté au remplacement du futur « sera d'application » par le présent « est d'application ». Mais dans la logique des choses, le conflit naît avant la solution, donc le futur était plus justifié.

Le futur époux et sa famille doivent convenir avec les parents de la future épouse d'une remise de biens et/ou d'argent qui constituent la dot au bénéfice des parents de la future épouse. Le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée au moins en partie. Nonobstant toute coutume contraire, la dot peut être symbolique.

L'institution de la dot occupe une place de choix dans le Code de la famille. Les articles 361 à 367 lui sont consacrés. L'article 361, al. 2 énonce que "le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée au moins en partie". Cette disposition fait donc de la dot une condition de fond du mariage et ce, en référence aux pratiques coutumières congolaises. Le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée au moins en partie,

dit l'alinéa 2 de l'article 361. Donc, pas de mariage sans versement de la dot. Mais la dot peut être symbolique.

La nouvelle formulation de cette disposition introduite lors de la réforme de 2016 insère la possibilité de remettre les biens, l'argent ou les deux ensembles comme composantes de la dot. Dans l'entendement, il s'agit des « biens en nature »²¹.

Tel est le cas par exemple de la célébration du mariage en famille prévue à l'article 369 du code de la famille en disposant que La célébration du mariage en famille se déroule conformément aux coutumes des parties, pour autant que ces coutumes soient conformes à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

En cas de conflit des coutumes, la coutume de la femme est d'application.

L'article 369 indique quelles sont les coutumes applicables au mariage lorsque celui-ci est célébré en famille. D'après cet article, le mariage peut être soumis soit aux coutumes des parties lorsque celles-ci sont régies par la même coutume, soit par l'une des coutumes des deux parties en présence. En cas des conflits des coutumes, c'est celle de la femme qui s'applique. Dans tous les cas, cette coutume doit être conforme à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La modification de cet article en 2016 a porté sur la ponctuation et en l'ajout de la « loi » et des « bonnes mœurs » comme éléments d'appréciation de la coutume qui gouvernera la célébration du mariage en famille²².

B. Etat de la question sur la nécessité de la coutume en matière de la famille

1. Problème de choix entre la loi et la coutume

Confrontés au lendemain de l'indépendance au choix entre "modernité" et "tradition", entre "loi" et "coutume", les législateurs africains ont dans l'ensemble opté pour la loi parce que celle-ci leur apparaissait comme l'instrument privilégié pour imposer, ou tout au moins épauler, l'action générale en faveur du développement et réaliser notamment l'unité nationale et la croissance économique. C'est en cela que l'on a pu parler d'un "droit du développement"²³.

Dans l'élaboration du droit de la famille, le problème qui s'est posé au législateur congolais a été celui de la source d'inspiration qu'il lui fallait choisir. Dans ce contexte qui était celui du Congo lors de l'élaboration de l'actuel Code de la famille, deux solutions étaient concevables : -la première consistait à copier purement et simplement une législation étrangère, belge ou française

²¹ E. MWANZO Idin'AMINYE, *Que dit le Code de famille de la République démocratique du Congo ? Commentaire article par article*, Paris, Etudes africaines, Série droit, L'Harmattan, 2019, p. 202.

²² E. MWANZO Idin'AMINYE, *Que dit le Code de famille...*, *Op. Cit.*, p. 207.

²³ C. DESOUCHES, Résumé des débats. Actes du colloque de la Sorbonne : "la vie du droit en Afrique", in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Economica, 1980, p. 501.

par exemple ; -la seconde consistait à s'inspirer des systèmes juridiques d'origine traditionnelle : ceux-ci étaient matérialisés par les coutumes dont on pouvait envisager une codification.

2. Les probables solutions et choix du droit congolais

La première solution consistant à recourir à une législation étrangère, précisément celle de l'époque coloniale, comme modèle de la codification, à l'instar de la position adoptée par certains législateurs africains du droit de la famille, devait être exclue²⁴. Une raison semblait justifier le rejet du droit belge comme modèle de la codification congolaise. N'était-il pas paradoxal que le Congo, devenu indépendant, continue à régir la matière de la famille par des textes à la rédaction desquels il n'a jamais participé et qui surtout n'avaient pas été rédigés pour régler les problèmes spécifiques susceptibles de se poser dans la colonie ?

En revanche, la seconde voie consistant à s'inspirer des systèmes juridiques d'origine traditionnelle semblait tentante pour la simple raison suivante : en codifiant les coutumes, ou en faisant du droit coutumier la source d'inspiration principale du nouveau droit familial, on pouvait penser que les justiciables seraient alors plus facilement enclins à respecter les règles adoptées, celles-ci répondant plus directement à leurs aspirations que les règles du droit occidental élaborées pour des mentalités différentes. En un mot, une telle solution permettrait d'assurer une parfaite adéquation entre la règle de droit et les sujets de droit. Ainsi, évitait-on de créer un problème "d'acculturation juridique"²⁵.

3. Tempérament à la solution du droit congolais et sous problème

Le législateur du Code de la famille n'a pas complètement opté pour cette seconde voie. On pourra alors se poser la question de savoir pourquoi ce Code n'est ni une compilation ni une codification des coutumes. La coutume traditionnelle présentait trop d'inconvénients pour qu'elle puisse servir de base unique à la législation nouvelle. Plus précisément, les caractéristiques du droit coutumier sont en contradiction avec la motivation de la réforme. Elle est un droit d'origine tribale, fondé sur des divisions ethniques : chaque ethnie, sinon chaque fraction d'ethnie a sa coutume qui lui est propre.

Parmi les diverses coutumes en vigueur, il était ainsi inconcevable que l'une d'entre elles fut élevée au rang de loi plutôt que celle d'une autre ethnie, car tous les individus dont la coutume n'aurait pas été choisie n'auraient pas manqué d'y voir un signe de faveur²⁶.

²⁴ E. MWANZO Idin'AMINYE, *L'égalité des époux...*, *Op. Cit.*, p.5.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

On nous objectera que nous posons mal le problème : le législateur congolais pouvait puiser dans le droit traditionnel des principes communs à toutes les ethnies et faire ainsi œuvre utile de transaction. Sans doute existe-t-il des analogies entre les coutumes congolaises²⁷ et, bien souvent, les différences entre ces coutumes ne sont pas aussi profondes qu'on pourrait le croire²⁸. Mais un système juridique peut-il se bâtir en se référant à des points des détails similaires ? Si des grands principes ne se retrouvent pas à travers l'ensemble des systèmes, toute tentative d'unification devra, ou bien sacrifier les particularismes trop marqués, ou bien n'être qu'une tentative.

Deux arguments laissent convaincre que le droit traditionnel ne pouvait être pris comme modèle de la nouvelle législation. Tout d'abord, à la suite de M. ALLIOT, nous estimons que "le droit traditionnel refuse des opérations et des institutions qui font apparaître à un moment donné une modification de la situation juridique...Il apparaît donc comme un effort pour nier le temps, principalement dans son aspect créateur"²⁹. L'idée maîtresse du droit coutumier est qu'il faut éviter tout changement dans l'organisation sociale³⁰.

Aussi, le droit traditionnel, matérialisé par la coutume, présente-il deux inconvénients majeurs : il se veut résolument contre tout changement, ce qui le rend inadapté au développement ; il ne comporte qu'une fixité et une certitude très relatives, dans la mesure où l'interprétation sera déformante, chaque fois que le maintien de la cohésion sociale l'exigera.

5. Faut-il déduire que la coutume est absente dans le nouveau code de la famille révisé ?

Absolument pas ! La Commission³¹ chargée de l'élaboration de ce Code a considéré qu'il fallait réaliser dans le domaine du droit de la famille une véritable réforme de structure. Elle a posé comme principe le maintien de certaines règles coutumières susceptibles d'être conservées et aménagées. Aussi le Code de la famille se présente-t-il comme un code moderne de droit

²⁷ M. VANSINA souligne très nettement cette unité fondamentale des coutumes congolaises lorsqu'il affirme : " les cultures du Congo se ressemblent fortement quand on les compare aux autres cultures africaines et encore plus si on les compare aux autres cultures du monde". V. Introduction à l'Ethnographie du Congo, EUC, Kinshasa, 1966, préface, p. 5.

²⁸ En matière de mariage par exemple, toutes les coutumes congolaises retiennent le versement de la dot parmi les conditions de fond du mariage. "Pas de mariage sans paiement de dot". Cette condition a été également retenue par le législateur du nouveau Code de la famille en son article 361, al. 1^{er}.

²⁹ J. POIRIER (sous la dir.), "Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats francophones et à Madagascar" in *Etudes de droit africain et de droit malgache*, Ouvrage collectif, Editions Cujas, 1965, pp. 236 et suiv., spéc. p. 237.

³⁰ R. DAVID, *Op.Cit.*, p. 162.

³¹ E. MWANZO Idin'AMINYE, *L'égalité des époux...*, *Op. Cit.*, p.5.

écrit, adapté aux mœurs et à la mentalité congolaise. L'exposé des motifs de ce Code est d'ailleurs on ne peut plus explicite à ce sujet : " La protection efficace de la famille, appelle nécessairement l'abandon de la diversité des règles juridiques auxquelles elle est actuellement soumise du fait de l'existence d'un droit écrit colonial d'un côté et de la multiplicité des coutumes de l'autre. C'est pourquoi, le législateur a tenu à mettre sur pied des règles qui régissent la famille, en conformité non seulement avec l'authenticité congolaise mais aussi avec les exigences d'une société moderne"³². Les membres de la Commission ont donc fait l'effort d'adapter l'œuvre de codification aux exigences de la vie moderne et aux impératifs du développement, sans pour autant sacrifier l'africanité et l'originalité congolaise.

Ainsi, si l'on envisage l'ensemble du Code de la famille, on peut aisément constater que l'idée dominante est la foi dans le modernisme, d'où un Code de présentation résolument moderne et dans lequel on retrouve l'ensemble des principes qui sont supposés assurer le développement ; mais il n'en demeure pas moins, comme nous l'avons souligné précédemment, que le poids du passé inspire certaines dispositions de ce Code. Ainsi, au triomphe apparent du modernisme répond comme un écho la résistance de la tradition³³.

Pendant, si le Code de la famille n'a pas rompu explicitement avec la tradition, il s'en éloigne profondément : l'abolition de la polygamie, le remplacement de la répudiation par le divorce judiciaire que les deux époux ont également la possibilité de réclamer, la suppression de l'institution du sororat ou du lévirat... Mais, dans d'autres domaines, et non des moindres puisqu'ils touchent au statut de la femme et à l'égalité des époux dans le mariage, le législateur n'a pas voulu s'écarter de la tradition. L'incapacité de la femme y était affirmée et consacrée dans des nombreuses dispositions et, dans plusieurs domaines, le Code de la famille consacrait, sans ambiguïté, le privilège de masculinité.

Or, plus de deux décennies après l'entrée en vigueur du Code de la famille, et sous la pression des nécessités sociales et économiques actuelles, la situation de la femme congolaise a évolué et semblait ne plus cadrer avec la position adoptée par le législateur. On assiste peu à peu à une remise en cause "des contraintes traditionnelles...qui pèsent de manière spécifique ou préférentielle sur les femmes"³⁴. Ces dernières travaillent de plus en plus en dehors du foyer, ce qui entraîne évidemment de profonds changements dans leur vie.

³² Exposé des motifs de la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille, p. 7.

³³ E. MWANZO Idin'AMINYE, *L'égalité des époux...*, *Op. Cit.*, p.5.

³⁴ R. MALU MUSUAMBA, "Le travail des femmes en République démocratique du Congo : exploitation ou promesse d'autonomie ?" in *Congo Forum*, mars 2006, p. 43.

Nul ne doute aujourd'hui de l'évolution de la condition de la femme au Congo par rapport à ce qu'elle était il y a une trentaine d'années. Le changement de mentalité est amorcé, et l'on peut même dire que les comportements évoluent. La société congolaise s'ouvre et l'association conjugale se métamorphose. Même si ces changements ne sont pas rapides ni effectifs, il y a lieu de reconnaître que la société accepte de plus en plus les changements qui s'amorcent. "Au niveau individuel un nombre croissant de femmes congolaises apprécie la perspective d'une plus grande liberté de mouvement dans la conduite de leur vie ainsi que dans leurs relations familiales et sociales."³⁵

³⁵ R. MALU MUSUAMBA, *Loc. Cit.*, p. 47

CONCLUSION

Dans plusieurs domaines de la vie, particulièrement en matière de famille et des personnes le législateur du code de la famille s'est trouvé devant un dilemme lors de l'unification du droit congolais de la famille qui se traduisait par la position à prendre entre l'importation du droit purement étranger pour l'appliquer au Congo et la codification des règles coutumière.

Nous avons vite compris le législateur a opté pour une solution intermédiaire qui a consisté à prendre une grande partie du droit de la colonie harmonisée avec les situations du terrain et le renvoi des autres matières trop encrées à la tradition aux us et coutumes locales pour ainsi créer une harmonie tout en évitant que les lois trop étrangères à nos mentalités tombent en désuétude.

Nous réaffirmons haut et fort que la nécessité d'appliquer la coutume en matière de la famille et des personnes même après la réforme du code de la famille en 2016 est encore d'actualité non seulement parce que la loi portant code de la famille elle-même renvoie nombreux cas à la coutume, c'est aussi du fait de la survivance de l'ordonnance du 14 mai 1886 et aussi du prescrit de l'article 118 alinéa 1 de la loi organique n°13/011-b du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire qui dispose expressément que « si une contestation doit être tranchée suivant la coutume, les cours et tribunaux appliquent celle-ci, pour autant qu'elle soit conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Cela revient à dire que malgré la réforme la coutume est encore et toujours d'application en droit congolais de la famille et des personnes.

Cependant, le vrai problème demeure le comportement et l'attitude des autorités judiciaires dans l'application de la coutume qui se caractérisent souvent par l'excès de pouvoir et la mauvaise appréhension de la coutume. Dans la plupart des cas nous avons aussi remarqué la résistance de certaines coutumes que nous pouvons qualifier de *contra legem* qui ont même influencé la jurisprudence.

BIBLIOGRAPHIE

A. Textes constitutionnel et légaux

- Constitution de la RDC du 18 février 2006 telle que révisée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 in *Journal Officiel de RDC*, 52^{ème} année, numéro spécial du 05 février 2011.
- Constitution de la République démocratique du Congo modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, in *JORDC*, 52^{ème} année, numéro spécial du 5 février 2011.
- Loi N° 09/001 du 10 Janvier 2009 portant protection de l'enfant in *J.O. RDC*, 50^{ème} Année, N° Spécial du 25 Mai 2009.
- Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille modifiée par la loi n°16/008 du 15 Juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 01 août 1987 portant code de la famille in *JORDC*, 57^{ème} année, Numéro spécial, Juillet 2016.
- Loi organique N° 13/11-B du 11 Avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire in *JORDC*, 54^{ème} Année, Numéro spécial du 4 mai 2013.

B. Doctrine

1. AMISI HERADY, *Droit civil, Vol I, Les personnes, les incapacités, la famille*, 4^{ème} édition, EDUPC, Kinshasa, 2016.
2. AMISI HERADY, *Traité de droit des relations familiales*, 1^{ère} édition, Kinshasa, E.U.A, 2023.
3. BOMPAKA NKEYI et ABETEMANI (R), *Les résistances du droit coutumier précolonial*, édition Lulu, Morris ville, 2019.
4. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd. Mis à jour, Paris, Quadrige/PUF, 2018.
5. DESOUCHES (C), Résumé des débats. Actes du colloque de la Sorbonne : " la vie du droit en Afrique", in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Economia, 1980.
6. KALAMBAY LUPUNGU (G.), "La situation actuelle des droits civils congolais : droit civil et coutumier et perspectives d'avenir", in *Problèmes Sociaux Congolais*, Bulletin trimestriel, CEPSI, n° 78, 1967.
7. KASONGO LUKOJI (G.D.), *Cours d'introduction au droit coutumier*, G2 Droit, UWB, 2019-2020.
8. KIFWABALA (J.P.), *Droit civil congolais : Les personnes, les incapacités, la famille*, 2^{ème} éd., Lubumbashi, PUL, Les Analyses juridiques, 2018.
9. LAMY E., *Le Droit privé Zaïrois*, Kinshasa, PUZ, 1975.
10. MALU MUSUAMBA (R.), "Le travail des femmes en République démocratique du Congo : exploitation ou promesse d'autonomie ?" in *Congo Forum*, mars 2006.

11. MULUMBA KANYUKA et MULUMBA KATCHY, *Droit coutumier Congolais*, 3^{ème} édition, Kinshasa, CREFIDA, 2018.
12. MULUMBA KATCHY, *Initiation à l'étude du droit coutumier congolais*, Kinshasa, CREJA, 2011.
13. MUSHIGO -A-GAZANGA Gingombe (R), *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour Suprême de Justice du Congo*, Bruxelles, Académia-Bruyllant, 2002.
14. MWANZO idin'AMINYE (E), *L'égalité des époux en droit congolais de la famille*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 2009.
15. MWANZO idin'AMINYE (E), *Que dit le Code de famille de la République démocratique du Congo ? Commentaire article par article*, Paris, Etudes africaines, Série droit, l'Harmattan, 2019.
16. POIRIER (J), "Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats francophones et à Madagascar" in *Etudes de droit africain et de droit malgache*, Ouvrage collectif, édition Cujas, 1965.
17. SOHIER (A), *Traité élémentaire de droit civil du Congo belge*, Maison Larcier, 1949.
18. WEIL (A.), *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1972.