

DE L'INTERVENTION DU JUGE EN MATIERE DE DIVORCE DU DROIT COUTUMIER

Par

Augustin MILAMBU BAIKA MUNGANGA

Chef de travaux et Diplômé d'Etudes Supérieures (UNIKIS)

INTRODUCTION

Les questions qui sont afférentes à la résolution des conflits conjugaux en l'occurrence le divorce, sont les plus préoccupantes, tant devant les tribunaux que dans toutes les coutumes en République Démocratique du Congo (RDC).

En effet, lorsque le pire survient dans le mariage, à cause de son imprévisibilité, il y a des faits et des circonstances qui contraignent les conjoints, expérimentés ou non, au pire : c'est le divorce.

Et pourtant, la famille est la cellule de base de toute communauté humaine et constitue un élément fondamental dans l'organisation de l'homme vivant dans la société pour laquelle une protection est nécessaire.

MULUMBA KATCHY souligne dans son ouvrage intitulé « Introduction générale au droit » que la famille est considérée comme une institution qui rassemble les personnes unies par la parenté, l'alliance ou l'adoption. Elle constitue la cellule fondamentale de la société motivée par l'affection naturelle des personnes qui la forment¹.

Cependant, le législateur congolais a garanti la protection de la famille afin d'établir l'équilibre et l'unité entre les époux par la loi n°87/010 du 1er Août 1987 modifiée et complétée par la loi n° 16/ 008 du 15 juillet 2016.

L'objectif principal est celui d'organiser une sécurité juridique à la famille pour sa stabilité et son unité.

Pour en arriver là, l'homme devait se présenter devant la famille, l'Eglise ou l'Etat, selon le cas, pour régulariser sa relation par le biais ou le lien du mariage.

D'après l'article 330 de la loi précitée, « le mariage est l'acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre

¹ MULUMBA KATCHY, *Introduction générale au droit*, 1^{ère} éd. Presses Universitaires du Congo, Kinshasa, 2005, p.133.

dans les liens d'un précédent mariage enregistré, établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la présence loi »².

La loi et la coutume dans sa diversité attendent des mariés une vie d'ensemble et stable. Cette union engendre les droits et obligations aussi bien dans le chef de l'homme que celui de la femme. On se marie pour le meilleur et pour le pire. Néanmoins, il arrive que ceux qui se sont déclarés unis pour toujours devant l'état civil, décident de se séparer.

Considérant les mutations sociales et l'institutionnalisation des droits de la femme dans nombreux pays, le rôle et l'intervention du juge attaché à la loi, demeure encore insuffisant pour vider le litige conjugal.

Aussi, assistons-nous à la transformation de la dualité originellement connue « d'évolués » et « indigènes » en binôme : « lettrés » et « illettrés » par devant les cours et tribunaux.

Face à cette dualité, quel est le rôle du juge ?

Celui de s'accrocher au droit civil ou celui de valoriser le droit coutumier condamné pourtant au recul par l'occidentalisation des us et coutumes proprement africains.

Au demeurant, le divorce entraîne la dissolution du lien de mariage. Chacun reprend sa liberté et change consécutivement d'état civil.

Dans le présent article, nous comptons développer les points suivants :

1. de la fonction juridictionnelle et décryptage des concepts ;
2. du droit écrit au droit coutumier ;
3. variétés légales des divorces ;
4. divorce et notions voisines.

² Article 330 de la loi 87/010 du 1^{er} août 1987.

1. DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE ET DECRYPTAGE DES CONCEPTS ;

L'article 546 de la loi n°87/010 du 1er août 1987 portant Code de la famille, dit : « le divorce résulte d'une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage à la demande de l'un des époux ».

Ainsi, l'officier de l'état civil en RD Congo, a un rôle important dans l'union de deux conjoints ; le juge n'en joue pas le moindre quant à la décision à prendre et à prononcer pour remettre les mariés dans leur pristin état.

Le législateur du Code de la famille, à l'instar de celui de l'ancien Code civil congolais, livre 1er, est silencieux quant à la définition du divorce. Il se borne à dire que le divorce résulte d'une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage sur demande de l'un des conjoints. La doctrine n'est pas muette quant à ce.

D'après Pierre de Quirini, « le divorce est la rupture légale du lien conjugal du vivant de deux époux »⁽³⁾.

Bompaka Nkeyi avance que le divorce est la rupture judiciaire du mariage. On peut déduire qu'il s'agit de la rupture d'un mariage valable, enregistré du vivant de deux époux. Il ne peut résulter que d'une décision judiciaire pour des causes déterminées par la loi⁽⁴⁾.

Pour le Petit Robert, le divorce est la séparation d'intérêts, des sentiments entre deux personnes liées au départ par un contra, une union⁽⁵⁾.

Raymond Guillien et Jean Vincent, dans leur lexique de termes juridiques, définissent le divorce comme étant une rupture du lien conjugal, prononcée par un jugement, soit sur la requête conjointe des époux (divorce par consentement mutuel), soit en raison de l'absence de communauté de vie (divorce – remède ou divorce – faillite), soit en raison de la faute commise par l'un des conjoints (divorce – sanction).

Le divorce est la dissolution définitive du mariage du vivant des époux à la suite d'une décision judiciaire rendue à la requête de l'un d'eux.

³ De QUIRINI, P., Que dit le Code de la famille, Cepas, Kinshasa, Faculté de Droit, 2003 – 2004, inédit.

⁴ BOMPAKA NKEYI M.C., *Droit civil les personnes*, UNIKI, Kindu, Faculté de Droit, 2003-2004, inédit.

⁵ Dictionnaire Nouveau Petit Robert, 1^{ère} éd. 1997, p.668.

Mulumba Katchy n'est pas en reste quand il écrit : le divorce est la rupture du lien conjugal ⁽⁶⁾.

La question reste posée. Comment le juge s'y prend-il ? Le fait-il en vertu de quelle juridiction ? Et quelles sont ses références ?

1.1. En quoi consiste la fonction du juge ?

Dans une société juridictionnelle, les règles de conduite en matière de conflit conjugal, sont relativement peu nombreuses et l'idée de performance est absente. Le jeu social y est essentiellement ritualisé. Dans ces conditions, le juge y exerce une fonction de pacificateur, restaurant l'ordre lorsqu'un conflit aigu risquerait de compromettre la suite de la vie en commun.

Dans la société gagnée à l'écriture, les règles de conduite à caractère juridique sont prises en considération et sont limitées par l'écrit. Le juge est appelé à se départir de son rôle passif d'arbitre pour adopter celui d'actif, d'entraîneur qui, tantôt par ses conseils, tantôt par ses décisions, s'efforce de concourir à la victoire de la loi.

Il est significatif que pour qualifier l'offre du juge dans une société libérale, Cambier utilise les expressions comme celles-ci : « rétablir l'ordre » et « assurer la paix judiciaire » ⁽⁷⁾.

La fonction du juge revient donc à trancher des contestations portant sur des droits et porter ainsi au pinacle et uniquement la volonté de la loi dans une situation litigieuse et pas souvent irréversible.

La fonction du juge est elle de décider et d'adjurer.

Donnant raison à l'un et tort à l'autre, il procède à l'examen des questions connexes notamment sur l'avenir du couple et la garde des enfants.

Les instances de conciliation et de conseils ne constituent qu'un préalable lequel aboutit positivement très rarement. Le juge s'empresse souvent à établir les responsabilités et se prononce en conséquence.

Il connaît aussi des contestations portant sur des droits des mariés. Il intervient a posteriori. Il faut donc, en principe que l'intérêt dont se prévaut la partie

⁶ MULUMBA KATCHY, *Introduction générale au droit*, 1^{ère} édition, Presses Universitaires du Congo, Kinshasa, 2005, p.141.

⁷ CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, première partie, la fonction de juger, la compétence, Bruxelles, 1972, p.186.

litigante ait acquis la netteté et la consistance d'un droit subjectif pour donner ouverture au droit d'action ⁽⁸⁾.

1.2. Le juge et le conflit conjugal

Le règlement du conflit conjugal, en l'occurrence le divorce, qui s'opère à l'initiative du juge traduit la volonté de la loi. Le juge tranche par voie de sentence exécutoire. Cette décision, après éventuel examen d'opportunités et les exigences d'intérêt général, reste contenue dans les limites tracées par la loi.

Concernant les relations familiales, le souci du juge est celui de protéger tantôt les enfants, tantôt le partenaire le plus vulnérable. Une égalité progressive au sein du couple, explique son intervention croissante dans la vie familiale.

Il sied de mentionner ici l'évolution des idées et des textes, laquelle (évolution), amène le juge à exercer une forme de « gestion assistée » à l'égard des familles, en crise. Il est obligé de prendre en charge des problèmes existentiels dans leur ensemble.

Le juge sanctionne ainsi moins des droits subjectifs en application de la loi et vise des droits objectifs ; pratique qui l'amène, le cas échéant, à se substituer aux titulaires de la fonction familiale ⁽⁹⁾.

La loi française du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce et instituant dans chaque juridiction de grande instance un ou plusieurs juges aux affaires matrimoniales, a tenté d'officialiser et de rendre plus opérationnel le rôle nouveau reconnu au juge de la famille ⁽¹⁰⁾. Nous retenons en passant que deux principes ont présidé à cette réforme :

- Le souci de centralisation et de continuité dans le règlement des difficultés familiales ; et
- La collaboration étroite des parties à l'élaboration de la solution au litige conjugal.

En réaction contre la dispersion des juges et la multiplication des procédures, l'institution d'un juge aux affaires matrimoniales a pour effet de permettre au même magistrat de connaître de l'ensemble de problèmes soulevés par la relation familiale et d'en appliquer la réglementation y afférente.

⁸ DABIN, J., *le droit subjectif*, Maison d'édifier, Paris, 1952, p.102.

⁹ VAN CAMPERNOLLE J., « Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial », in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, 1978, p.571.

¹⁰ Cette réforme aboutit à la promulgation d'une loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce publiée dans JORF, n°122 du 27 mai 2004, p.319.

Le juge a, tour à tour, pour mission de tenter une conciliation entre les époux avant et pendant l'instance de divorce ; de mettre l'affaire en état, de rédiger le jugement et d'examiner ultérieurement les problèmes soulevés par l'exécution de la décision.

1.3. Les préalables avant le jugement

Avant la décision ultime, mais bien souvent malheureuse à l'égard des enfants, le juge conseille et oriente les parties (article 55 du Code de la famille) ; et reste compétent pour tous les problèmes subséquents.

Ainsi, après le prononcé du divorce, le juge statue sur les demandes de fixation de la pension alimentaire et du régime de garde des enfants ; problèmes qu'il tranche souvent d'office quand ces derniers ne sont pas explicitement soulevés par/dans la requête.

Un courant d'idées a conduit, en son temps, les parlementaires belges à déposer une proposition de loi créant des « tribunaux de la famille ».

L'objectif ultime qui apparaît dans le développement de la proposition vise la protection et l'aide de la famille dans son ensemble. De ce fait, une juridiction spécialisée semble nécessaire pour s'occuper de tous les problèmes concernant la famille. Des problèmes posés au sein de la famille par l'un ou l'autre des parents ou enfants ainsi que des problèmes posés par la jeunesse en conflit avec la loi ou abandonnée.

M. Raymond le dit mieux : « dès qu'une difficulté surgirait dans une famille et que le tribunal de la famille en serait saisi, un dossier « famille » serait ouvert à la juridiction de la même manière que s'ouvre un dossier de la procédure, mais avec la différence essentielle que le dossier famille, une fois ouvert, le resterait » ⁽¹¹⁾.

Il s'observe que la loi du 14 juillet 1976 en France, relative aux droits et devoirs des époux et aux régimes matrimoniaux, a, en effet, multiplié les interventions du juge dans la vie de la famille et dans les conflits conjugaux qui y adviennent. Tantôt il intervient comme arbitre des dissensions familiales ; tantôt il pallie l'incapacité de gestion d'un des conjoints ou remède à ses actes intempestifs par des mesures de prévention et d'annulation.

En outre, le rôle du juge se cristallise dans le règlement des crises conjugales, lorsque l'un des époux manque gravement ou que l'entente entre les

¹¹ ROUARD, P., La nouvelle proposition de la loi créant les juridictions de la famille, in *Revue juridique*, 1976, p.477.

conjoint est sérieusement perturbé ; il appartient au juge de prendre les mesures urgentes et provisoires relatives à la personne et/aux biens des époux et des enfants.

Une gamme apparemment illimitée de mesures s'offre ainsi au juge de paix en vue d'assurer un règlement à la fois rapide et toujours modifiable de la situation de crise. A ce niveau, l'intervention du magistrat s'apparente plus à celle d'un administrateur qu'à un juge entendu au sens classique.

Même lorsqu'il apprécie souverainement les intérêts mis en cause, suite aux comportements discordants du couple, le juge ne dispose que de pouvoirs contenus et liés dans la mesure où il s'agit toujours pour lui d'assurer le respect des situations et cadres légaux ; de pourvoir au règlement de questions de droit sensu lato, de maintenir enfin l'ordonnement juridique.

Le recours croissant fait à la procédure du référé, réalise une extension de l'œuvre du juge en amont ; si l'on admet cependant que l'ordonnance n'est rendue «rebus sic standibus » (clause entendue dans tout traité, selon laquelle le changement des circonstances existant après sa conclusion, entrainerait sa caducité ; autrement dit, l'inadaptation d'un traité qui le rend difficilement applicable, doit inciter les parties à les réviser d'un commun accord ; c'est une expression du droit public international appliquée ici dans un sens analogique) ; et peut donc toujours être modifiée voire révoquée. Il y va tout autant d'une extension en aval, vers le post judiciaire, domaine dans lequel l'on a souvent classé la révolution (ou le retour) coutumière des conflits conjugaux.

L'on retiendra que l'élaboration de la notion d'acte juridictionnel est relativement récente. Aussi, l'arbitrage des conflits par les méthodes coutumières a subi l'assaut des dispositifs dictés par le droit écrit lequel est emprunté entièrement à/de l'occident.

1.4. La méthode de juge

1.4. 1. Le juge du droit écrit et le juge coutumier

La méthode du juge traditionnel, mieux, coutumier est dialectique. De la libre discussion des parties en conflit sur le juste partage et la bonne conduite, se dégage la solution de droit.

En effet, le « juge » ou l'arbitre coutumier n'applique pas une règle préétablie ou définie d'avance. Il trouve le droit au terme d'un échange d'opinions qui conduit au prononcé d'une sentence soumise à l'approbation des membres de l'assemblée à la «barza » en Afrique.

Le jugement procède donc d'un travail de dialogue et de rhétorique par échange d'arguments largement basés sur les faits et organisés autour des lieux communs représentant les valeurs qui, héritées de la tradition, structurent la vie du groupe.

1.4.2. La structure de la décision du juge du droit écrit

Le juge du Code de la famille ou juge-arbitre a comme mission de trancher des contestations particulières en application des normes générales. Il n'est donc pas étonnant que sa méthode soit logique et formelle, articulée autour de chaînes de syllogismes selon les quels :

- la loi représente la majeure ;
- les données de fait, la mineure ; et
- le dispositif du jugement, la conclusion.

A l'autonomie institutionnelle judiciaire correspond ainsi son autonomie méthodologique. L'on comprend que la méthode du juge ainsi conçue devient aujourd'hui de plus en plus malaisée au fur et à mesure que s'accroissent les tensions conceptuelles et idéologiques qui affectent le système juridique. Il s'impose au juge une méthode de raisonnement téléologique en rapport avec la finalité de l'équité prônée de longue date en doctrine ⁽¹²⁾, mais restée peu appliquée jusqu'ici. Le juge suit un schéma avec des critères déjà établis :

a. Le critère formel.

Suivant ce critère, « le juge se prononce sur des cas d'espèce ; ses décisions interviennent a posteriori ; il statue sur demande ; sa mission s'accomplit par des actes solennels et spécialement formulés son œuvre s'exerce dans le cadre d'une procédure particulière ». ⁽¹³⁾.

Tant dans le procès civil que pénal, le juge n'est saisi d'un litige que sur demande ou requête. C'est bien là ce qui le différencie des autres fonctions qui agissent souvent d'office.

En vertu du même schéma, le juge fait respecter des exigences de la procédure quant à la forme et au fond. Il s'agit notamment :

- de la publicité des débats ;

¹² On peut lire à sujet :

- DE PAGE M., *De l'interprétation des lois*, Bruxelles – Paris, 1925.
- VANDER EYKEN P., *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles – Paris, 1907.

¹³ CAMBIER C., *Droit judiciaire civil, la fonction de juger, la compétence*, Bruxelles, 1972, p.144.

- du contradictoire ; et
- du droit de la défense qui apparaît comme le corollaire obligé en rapport avec la solennité et la formulation.

b. Le critère fonctionnel

L'acte de juger est défini de manière classique dans une relation de soumission totale à la loi. La fonction d'administrer est également soumise à la loi, à l'instar de toutes les fonctions. Cambier le dit mieux: « Le service de la loi est la mission revenant au juge. Celle d'administrer consiste à pourvoir dans le respect de la légalité, à ce que l'intérêt général qui est son affaire commande » (14).

Tout compte fait, le juge ne peut se prononcer ni ultra ni infra petita. Il est entièrement soumis à la loi.

c. Le critère organique.

La fonction de juger peut être envisagée d'après son organisation judiciaire. Le juge trouve dans le pouvoir organisateur qui lui est donné et dans les dispositions ainsi que les dispositifs de base que celui-ci arrête, des traits particuliers et principalement l'assurance de ménager l'indépendance de la fonction exercée.

L'analyse doit donc se faire tout en nuances à partir d'un faisceau de critères dont le principal est probablement celui déduit du type de rapport fonctionnel que le juge entretient avec la loi. Cette relation du juge avec la loi ne peut que se concevoir de façon malaisée quant à l'intervention de ce dernier en matière de divorce ; c'est-à-dire la séparation légale de ceux qui se sont unis pour le meilleur et pour le pire. S'il en est ainsi du juge en droit écrit, qu'en est-il en droit coutumier ?

2) Du droit écrit au droit coutumier.

Nous avons analysé l'intervention du juge en matière de divorce en droit écrit. Nous nous sommes fixés comme objectif de vérifier et de poser en postulant que cette intervention ne vide pas ou n'épuise pas les litiges conjugaux qui se présentent. Il nous faut alors tourner notre regard vers d'autres possibilités ; il s'agit notamment du droit coutumier.

¹⁴ Idem, p.186.

2. 1. Dénonciation d'unicité juridique de façade.

La définition du rôle du juge en matière de conflit conjugal ou divorce semble actuellement devenir difficile et malaisée.

En cette matière de divorce, le rôle du juge a toujours été conçu sur de nombreux plans qui se complétaient, se confondaient ou se juxtaposaient selon les paramètres sociopolitiques en présence.

Tant que les impératifs sociétaux sont demeurés, le fondement et la raison d'être explicite de l'union conjugale, il a été manifestement possible de considérer le juge comme chargé d'apprécier les comportements des époux et de développer en conséquence certaines interventions spécifiques d'ordre pénal ou civil.

Le législateur congolais n'a pas encore voulu adopter, à cet égard, la solution radicale qui aurait pu provoquer à juste titre la création d'un tribunal de la famille.

La loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant celle n°87J010 du 1^{er} Août 1987 portant Code de la famille se contente de renvoyer à la coutume sans vouloir l'intégrer totalement sinon de façon mitigée et très limitée avec recommandation constante: « pourvu qu'elle soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs », notion, du reste très critiquable.

Sur les pas d'A. Durieux, nous pensons que la donne « coutume » n'est pas à négliger ni écarter totalement ou la traiter comme un appendice ou pour le moins, de façon purement subsidiaire.

Surtout quand nous considérons la dimension du rapport interpersonnel des époux en crise ; dimension que la loi ou le juge a difficile à scruter sinon difficilement même en s'appuyant sur les séances, de fois administratives de conciliation.

Dans ce cas, en effet, il ne serait sans doute plus permis de parler d'une réelle fonction de juger. Comme la démarche qui viserait à atteindre le cœur de la relation conjugale supposerait, selon nous, que le juge de l'ordre judiciaire s'estompe pour faire place à un acteur nouveau dont le rôle serait à concevoir entièrement pour les besoins d'une résolution susceptible d'intégrer les approches coutumières locales de la RD Congo.

Autrement dit, l'introduction de la problématique du divorce et de sa spécificité au prétoire, aboutirait à ce que ce dernier venait à disparaître pour se fondre dans un système nouveau et particulièrement, en l'occurrence l'arbitrage coutumier.

Cette référence aux coutumes en dépit de l'existence de la loi, nous intéresse au plus haut point. Loin de nous l'entreprise anachronique ou l'idée de vouloir ressusciter à tout prix les vieilles polémiques idéologiques surannées ; elles consistaient à opposer les sociétés sans écriture à celles qui n'en ont pas. Elles visaient aussi l'antériorité de l'oral par rapport à l'écrit. Nous voudrions simplement saisir comme en recul la rencontre entre « l'ordre judiciaire coutumier » et le droit belge, français, etc. ⁽¹⁵⁾

Il s'agit ici de reconsidérer en amont la valorisation des coutumes et l'implication des communautés traditionnelles ; et en aval les représentations, valeurs ou reperds de la coutume.

2.2. Coexistence du droit écrit et droit coutumier en matière de Divorce

Aujourd'hui, « il n'est pas faux d'affirmer que le juge et la justice sont largement dévalorisés dans bon nombre d'Etats africains. Les échos que l'on peut avoir des sentiments et de l'attitude des justiciable même au-delà de la vision que l'on en a de l'extérieur du continent » ⁽¹⁶⁾.

Dans la vie courante des congolais, tout se passe comme si la référence à la loi et aux coutumes est facultative. Quelques exemples illustrent parfaitement cette coexistence :

- a) remettre sa femme chez ses parents, aller rayer le nom de son épouse à l'Etat civil, à la collectivité ou à la zone, c'est un acte très courant dans la pratique courante chez certains co-citoyens congolais.
- b) Il est souvent arrivé même dans le chef du conjoint survivant de se soumettre aux coutumes qui exigent le paiement d'une indemnité de décès à l'occasion de la mort de l'un des époux ⁽¹⁷⁾.
- c) Il est arrivé aussi que la veuve, avant d'annoncer le décès de son mari à sa famille biologique, déménage nuitamment tous leurs biens en un autre endroit non connu des membres de la famille du défunt ou de cujus, afin d'échapper au traitement prescrit par la coutume.

¹⁵ On peut lire : AMSELLE J.L., Qui, dans son essai logique métisse oppose de la manière critique à la raison ethnologique occidentale habituée aux oppositions : oralité et écriture, civilisation et barbarie, christianisme, islam et paganisme.

¹⁶ WEMBOLUA OTSHUDI H., De l'appropriation des normes des droits de l'Homme par des Magistrats pour l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des droits de l'homme en RD Congo, in *Revue Annuelle de Doctrine*, 2010, Kinshasa, p.18.

¹⁷ Loi n°87/010 du 1^{er} août 1987 portant de la famille, in *J.O*, num spécial, août 1987, Art 545§ 1 : « sont abrogées les coutumes prescrivant le paiement d'une indemnité de décès à l'occasion de la mort de l'un des époux »

- d) Aux funérailles de beaucoup de nos compatriotes, on entend souvent dire que le défunt a légué tous ses biens ou sa maison comme si la veuve n'avait rien produit ni contribué de quelque manière que ce soit à l'acquisition, à la sauvegarde ou à l'accroissement du patrimoine familial. L'article 758 de la loi précitée est pourtant très éclairante à ce sujet.
- e) La pire des situations est celle dans laquelle, dès l'annonce de la mort du mari, sa famille biologique confisque des clés de la chambre à coucher du défunt et même ses effets personnels jusqu'à la clôture du deuil. Lorsque toutes les cérémonies de deuil se terminent, elle est renvoyée chez elle mains vides ou juste avec quelques biens qu'on lui remet comme « simple cadeau » si elle était appréciée par certains membres comme une bonne femme.
- f) Il n'est pas rare de constater que malgré leur mariage célébré en bonne et due forme devant l'officier de l'Etat civil, certains congolais se croient ou se considèrent comme très généreux lorsqu'en cas de rupture de leur mariage, ils proposent à leurs conjoints de choisir ou d'amener tout ce qui leur semble bon parmi les biens du foyer comme si, lors de leur mariage, les deux époux n'avaient pas choisi un régime matrimonial parmi les trois proposés par le Code de la famille en ses articles 505, 516 et 533.
- g) Sont encore nombreux des congolais, même parmi les intellectuels, qui se limitent à célébrer leur mariage en famille, coutumièrement sans se préoccuper de se présenter devant l'officier de l'état civil en vue d'en obtenir le constat et la protection juridique suivant le prescrits des articles 368 et 370 du Code de la Famille congolais.
- h) De nos jours on entend souvent la femme régulièrement mariée, en voie d'être répudiée par son mari, exiger que ce, dernier lui remette une lettre à présenter à ses parents comme preuve du divorce; alors que seul un jugement régulièrement rendu par un tribunal, constitue l'ultime preuve du divorce (article 572 du Code de la famille congolais).

Tous ces cas et tant d'autres imaginables ne sont malheureusement pas judiciairisés à cause de nombreuses difficultés dues notamment à l'ignorance et à la pesanteur des coutumes.

Nous sommes devant une coexistence du droit écrit et du droit coutumier. L'épreuve n'est pas la moins âpre.

En fait, « Traditionnellement, dans les sociétés l'expression du droit reste populaire et s'exprime autrement que dans la doctrine, la jurisprudence ou la loi. Le

droit est une solution possible qui, combinée à d'autres solutions également possibles, finit dans une subtile chimie dialectique à la pratique de laquelle tout le groupe aboutir à la solution du conflit et au rétablissement de l'harmonie sociale » (18).

La force de la coutume étant encore assez forte malgré l'imposition du droit écrit, il y a lieu d'envisager d'autres études voire l'inventaire des coutumes en vue d'une nouvelle intégration ; tout au moins envisager la vulgarisation du Code de la famille suivant les quatre aires linguistiques existant en RD Congo : Swahili, Lingala, Tchiluba et Kikongo.

Ceci nous amène à examiner maintenant les variétés légales et évolution des divorces.

3) Variétés légales des divorces

Nous avons retenu deux types essentiels de divorce :

3.1. Le divorce-sanction

Cette conception sous-entend la notion de la faute qui est une violation d'une obligation découlant des devoirs réciproques des époux.

Voilà pourquoi le Code civil congolais livre premier prévoyait quatre causes de divorce à savoir : l'adultère, les excès, les sévices ou les injures graves et la condamnation pénale entachant l'honneur.

a. L'adultère

La loi consacre une certaine discrimination que la révisitation de droit a essayé de corriger :

Pour la femme, toute infidélité est cause de divorce pour cause d'adultère, même lorsqu'il s'agit d'un acte isolé.

Pour le mari, l'infidélité doit être accompagnée de circonstances de nature à lui imprimer le caractère d'une injure grave (19). En d'autres termes, le mari doit avoir entretenu de façon continue des relations avec la même femme (concubine) ou l'adultère doit avoir été commis à la résidence conjugale.

b. Les injures graves

Les injures constituent une sorte de dépotoir en ce sens qu'elles regroupent toutes les causes de divorce.

¹⁸ RYCKMANS, A. et MWELANZAMBI BAKWA, *Droit coutumier africain, Proverbes judiciaires Kongo (Zaire)*, l'Harmattan, Paris, 1992, p.9.

c. La condamnation pénale entachant l'honneur

Le Code de la famille la classe ainsi ; en fait,
La condamnation pénale entre dans la catégorie des injures graves.

d. Les excès et sévices

Les excès s'entendent des actes de violence qui soient de nature à mettre la vie en danger ; tandis que les sévices désignent des actes de violence présentant un caractère de cruauté caractérisée sans aller jusqu'à mettre la vie en danger.

On considère que les excès sont des actes de violence de nature à mettre la vie du conjoint en danger. En revanche, les sévices sont perçus comme étant de mauvais traitements matériels et corporels. Selon la jurisprudence coloniale, des voies de fait commises avec récidive, la transmission d'une maladie vénérienne, les relations sexuelles anormales suffisent pour parler de cette cause de divorce ⁽¹⁹⁾.

Autrement dit, le juge ne peut prononcer le divorce que s'il relève de la charge d'un époux ou des deux, une faute résultant de la méconnaissance des obligations du mariage imputable, à son auteur.

3.2. Le divorce-remède ou divorce-faillite

Pour cette variété de divorce, la cause est indépendante de toute considération de faute.

Il s'agit ici de l'échec du mariage, la rupture de fait de l'union conjugale. Contrairement au premier, il admet que tout fait, toute situation, tout état de choses qui a pour but de rendre la vie conjugale insupportable, ou sans objet, est cause de divorce.

Il s'agit là d'une conception consacrée par le Code de la famille de 1987 en RDC ; lequel n'admet le divorce qu'à la suite de « la destruction irrémédiable de l'union conjugale ». ⁽²⁰⁾

Cette destruction peut résulter de certaines circonstances, de toute situation, de tout fait qui démontreront au juge que l'union est irrémédiablement détruite et nécessite un remède. Ainsi défini et classifié selon les types, le divorce sera mieux identifié en le distinguant des notions voisines.

¹⁹ LEOPOLDVILLE, 10 septembre 1929, jurisprudence coloniale, 1980, 1, p.245, in SOHIER, p.294.

²⁰ Code de la famille de 1987, Loi n°87/010 du 1^{er} août 1987, art 549 : « Chacun des époux peut agir en divorce en fondant son action sur la destruction irrémédiable de l'union conjugale ».

En RDC, le juge a désormais une tâche facile du fait que la loi n'a pas compliqué les variétés de divorces. Ce qui n'est pas le cas en France et en Belgique où on distingue :

- Les divorces par consentement mutuel comprenant :
 - Le divorce sur demande conjointe
 - Le divorce sur demande acceptée
- Les divorces contentieux :
 - Le divorce pour faute
 - Le divorce pour rupture de la vie commune
 - Le divorce pour cause objective

Nous n'allons pas développer ces notions dans le présent article. Elles relèvent néanmoins du droit civil comparé. Examinons plutôt les notions voisines du divorce.

4) Divorce et notions voisines

En réfléchissant sur l'intervention du juge en matière de divorce, nous n'oublions point de mentionner cette autre notion en rapport avec des situations avoisinant le divorce :

- La séparation de fait ;
- La nullité ;
- La mort de l'un des époux.

4.1. Divorces et séparation de fait

La séparation de fait n'est pas le divorce. Il s'agit là d'une rupture de fait et non de droit. C'est une situation irrégulière généralement considérée comme fautive dans ce chef du responsable des faits et, en principe, juridiquement inorganisée. Aux yeux de la loi, le mariage subsiste intact alors que les époux vivent séparés.

Cette séparation est faite soit par l'accord bilatéral des époux, soit par la volonté de l'un d'eux.

L'élément intentionnel le plus important dans la séparation est l'absence des liens affectifs entre les époux.

Au demeurant, toute séparation de fait n'est pas véritable si les liens affectifs persistent ⁽²¹⁾. A ce sujet, même le code canonique qui s'oppose mordicus au divorce, laisse entrouvrir au canon 1157 la séparation des corps avec maintien des liens conjugaux avec l'autorisation de l'ordinaire du lieu ; sous réserve des empêchements durement qui puissent provoquer la nullité du mariage.

4.2. Divorce et nullité du mariage

Le mariage une fois célébré, peut être frappé de nullité. La nullité d'un mariage à titre de sanction de violation des conditions du mariage, ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi ou lorsque le mariage a été contracté en violation de l'article 330 de la présente loi ⁽²²⁾. On peut retenir comme causes :

- L'absence de consentement : lorsque le mariage a été contracté sans le consentement de l'un des époux, peu importe la cause, la nullité du mariage doit être prononcée (art. 402) ;
- Les vices de consentement : cas de la violence celui qui, sous l'empire de la violence, a contracté un mariage, peut en demander l'annulation ;
- Défaut d'âge requis : lorsque l'un des époux ou les époux n'avaient pas l'âge ; en l'absence de dispense, la nullité du mariage doit être prononcée (art. 406 la. 1).

En définitive, la nullité et le divorce sont des décisions du juge ; la différence réside dans le fait que :

- La nullité suppose un mariage irrégulier ; c'est-à-dire célébré en violation de la loi ;
- Alors que le divorce résulte d'un mariage régulier et a pour seule conséquence la destruction irrémédiable de l'union conjugale.

Nous notons que la nullité a des effets rétroactifs contrairement au divorce.

4.3. Divorce et mort de l'un des époux

La mort d'un conjoint libère l'autre des liens conjugaux et des devoirs personnels. Le survivant est libre de contracter une nouvelle union. La femme a l'obligation de respecter le délai de viduité.

Ainsi, si le divorce résultant d'un contentieux, un litige tranché devant et par le juge, éteint tous les droits et obligations des époux ; il n'en est pas de la mort. La

²¹ MEULDERS, M.T., Cours de Droit des personnes : Mariage, divorce et séparation des orps, paternité et filiation, autorité parentale, 1988-1989, p.70.

²² Loi n°87/010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, art. 396.

dissolution du mariage résultant de la mort entraîne la dissolution et la liquidation du régime matrimonial convenu entre époux devant l'officier de l'état civil.

CONCLUSION

La préoccupation majeure de cet article était celle d'identifier les contours de l'intervention du juge en matière de divorce d'une part et, partant de ses décisions ou jugements, de dégager des écarts en rapport avec le droit coutumier que l'Occident a contraint au recul d'autre part.

Dans le droit écrit, le juge est enfermé par la loi. Le divorce est assimilable à une menace de la sécurité d'une vie en société. Il faut à tout prix extirper ce mal au nom de l'ordre public et, consécutivement, pour la paix en société.

En outre, les mutations et transformations subies par la société congolaise ; les exigences de la loi, le manque d'instruction chez nombreux congolais ainsi que la diversité des coutumes, correspondraient aux écarts constatés entre la transposition de la dualité juridique doublée d'écarts entre les jugements rendus et l'arbitrage des sages coutumiers en matière de divorce.

Nous nous sommes rendu compte qu'en RDC, nombreux conflits conjugaux, en l'occurrence le divorce, trouvent facilement des solutions positives voire durables dans et par les coutumes qu'au prétoire.

Le législateur congolais, soucieux de protéger et de stabiliser la famille (base naturelle de toute communauté humaine), a organisé le divorce. Ceci semble pourtant paradoxal à bien d'égards. Ce paradoxe s'explique par le fait que l'unité et la stabilité du mariage ainsi que celle de la famille ne doivent pas amener le législateur à maintenir de force les époux dans une union définitivement brisée.

Il faut aussi considérer que l'individualisme croissant et le goût de la liberté défient à jamais la solidarité et le communautarisme africains ; le droit écrit a décapité l'ordre africain en la matière. Il convient de trouver une issue et c'est la « *ratio legis* » du divorce.

Tout en recommandant au législateur d'intégrer les us et coutumes africains susceptibles de concilier par les proverbes, les maximes ⁽²³⁾ les parties

²³ Voici par exemple une recommandation d'un Sage africain à un Prétendant « Diangazi teka wawana ye lunyangu » (« Si tu veux manger de noix de palme, entends-toi d'abord avec la fibre des noix » : avant d'épouser une femme, il faut s'entendre avec ses parents.

litigames, le législateur doit favoriser les solutions parajudiciaires. Il devra éviter de faire du divorce un vecteur de l'immoralité notoire en République Démocratique du Congo.

En définitive, les futures recherches peuvent se pencher sur la diversité de coutumes, si possible, la ré-inventorier, en attendant, nous pouvons dire aux détenteurs d'une thèse conclut facilement à une impossibilité face à la diversité des coutumes que « dans les pays de droit écrit même très évolués où le droit est relativement immuable, nous connaissons de jurisprudences contradictoires. Il serait anormal qu'il n'en existe pas en droit coutumier »⁽²⁴⁾.

RYCKMANS, A. et MWELANZAMBI BAKWA C., *Droit coutumier africain, Proverbes judiciaires Kongo (Zaire)*, l'Harmattan, Paris, p.47.

²⁴ SONIER J., *Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumière du Congo et du Rwanda-Urundi, jusqu'au 31 décembre 1953*, Larcier, Bruxelles, 1957, p.17.