

## Le droit au partage équitable des biens des époux : relecture du droit congolais de la famille à la lumière du Protocole de Maputo

*Eric Katusele Bayongi\**

### Résumé

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a récemment publié une Observation générale interprétant l'article 7(d) du Protocole dit de Maputo. D'après cet article, la femme a droit à un partage équitable des biens conjugaux à la suite de la dissolution du mariage. Malgré la modification du Code congolais de la famille, ce droit est loin d'être mis en œuvre tel que le montre la lecture de la loi et de la jurisprudence pertinente.

### Abstract

The African Commission on Human and Peoples' Rights recently published a general comment interpreting article 7(d) of the so-called Maputo Protocol. According to this article, the woman has a "right to an equitable sharing of the joint property deriving from the marriage". Despite the modification of the Congolese Family Code, this right is far from being effective as it may derive from the law and pertinent cases.

### Introduction

Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (ci-après le Protocole de Maputo) a été adopté à Maputo au Mozambique, le 11 juillet 2003, et entré en vigueur le 25 novembre 2005.<sup>1</sup> Comparé à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme,<sup>2</sup> plusieurs dispositions le rendent original et pertinent pour l'Afrique même si plusieurs

\* Chef de travaux à l'Université de Goma, Doctorant à l'Université de Kinshasa (République Démocratique du Congo). E-mail : katusele@gmail.com.

1 Recueil de documents clés de l'Union Africaine relatifs aux droits de l'homme, Pretoria, 2018, p. 67; 42 Etats africains ont ratifié le Protocole de Maputo à la date du 16 octobre 2019, (www.au.int consulté le 21 octobre 2022).

2 Elle a été ratifiée par la République Démocratique du Congo le 17 octobre 1986, (www.ohchr.org consulté le 20 septembre 2021).

Etats soient parties à l'instrument onusien.<sup>3</sup> Au nombre de ses dispositions originales figure sans doute l'article 7 qui s'intéresse au sort des biens de la femme en cas de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage. Plus particulier est le point (d), lequel prévoit le droit au partage équitable des biens communs des époux. Cette disposition a été vue comme une des solutions au problème d'accès des femmes à la propriété (foncière) en Afrique.<sup>4</sup> Dans la mesure où la terre présente une valeur importante, il a donc paru nécessaire de lever les obstacles qui peuvent en empêcher l'accès aux femmes en Afrique.

La République Démocratique du Congo (ci-après la RDC) a ratifié le Protocole de Maputo le 09 juin 2008 à la suite d'une autorisation par le parlement congolais<sup>5</sup> conformément à l'article 214(1) de la Constitution du 18 février 2006. Le contexte dans lequel la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples appelait la RDC à ratifier ledit Protocole était au départ lié à la lutte contre les violences sexuelles<sup>6</sup> à une époque où les conflits armés et l'insécurité attiraient son attention. Les réponses adressées par la RDC dans ce domaine ont connu une avancée sur terrain grâce à l'action de la société civile avec celle du gouvernement à travers divers programmes.<sup>7</sup>

Toutefois, dans le domaine des rapports de famille, des problèmes subsistaient aussi bien dans les relations personnelles des conjoints que celles liées à leurs biens. En 2016, le Code de la famille a été modifié après près de 30 ans d'application.<sup>8</sup> Parmi les objectifs poursuivis figurait l'instauration de l'égalité entre homme et femme dans les rapports de famille. Bien que le Protocole de Maputo n'ait pas été explicitement cité aux côtés d'autres instruments juridiques internationaux ayant inspiré la modification du Code de la famille,<sup>9</sup> les efforts pour éviter des dispositions discriminatoires à l'égard de la femme sont remarquables aussi bien dans le domaine des effets extrapatrimoniaux que patrimoniaux du mariage.

- 3 *Frans Viljoen*, *International Law in Africa*, Oxford, 2015, pp. 249-259 et *Martial Jeugue Doungue*, La garantie des droits de la femme par le Protocole de Maputo comme condition du développement durable en Afrique, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 99, 2014, pp. 574-583.
- 4 Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, Résolution relative à l'élaboration des Observations générales sur l'article 7 (d) du Protocole à la Charte africaine relatif aux droits de la femme en Afrique – CADHP/Rés. 401 (EXT.OS/ XXIV), 2018 (disponible sur [www.achpr.org](http://www.achpr.org), consultée le 15 octobre 2022).
- 5 Loi no 06/015 du 12 juin 2006 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique, JORDC, 5 juin 2018.
- 6 *Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples*, Résolution sur la Situation des Femmes en République Démocratique du Congo – CADHP/Res.103(XXXX), 2006, (disponible sur [www.achpr.org](http://www.achpr.org), consultée le 15 octobre 2022).
- 7 Par exemple *Ministère du Genre, Famille et Enfant*, Stratégie Nationale de Lutte contre les violences basées sur le Genre révisée (SNVBG révisée), Kinshasa, 2019.
- 8 Adopté pour la première fois en 1987 et entrée en vigueur en 1988.
- 9 Loi n°16/008 du 15 Juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1er Août 1987 portant Code de la famille.

Les dispositions relatives au partage des biens communs découlant du mariage n'ont pas été modifiées. Avec l'interprétation que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples donne à l'article 7(d) du Protocole de Maputo,<sup>10</sup> il y a lieu de se demander si le Code de la famille donne plein effet au partage équitable. L'examen du Code de la famille et de sa pratique montrera que tel n'est pas le cas et que des efforts supplémentaires devraient encore être fournis au niveau interne pour de plus nettes chances d'effectivité du partage équitable des biens communs découlant du mariage. Ces efforts incluent soit une interprétation téléologique des dispositions congolaises actuelles pour les orienter vers l'exigence d'équité posé par le Protocole de Maputo soit une modification de la loi. Pour nous en convaincre, il nous paraît nécessaire d'examiner d'abord ce qu'exige le droit au partage équitable des biens conjugaux (A) et ensuite la manière dont le Code de la famille l'a organisé (B).

#### **A. Portée du principe du partage équitable des biens conjugaux d'après le Protocole de Maputo**

Le Protocole de Maputo prévoit que le partage des biens matrimoniaux doit être équitable à son article 7(d). Il s'agit-là d'une obligation qui incombe à la RDC en tant qu'Etat partie. Au sens du Protocole de Maputo, le partage des biens devrait inclure l'approche « 50/50 » en tenant compte de la marginalisation historique dont sont victimes les femmes.<sup>11</sup> Le partage des biens communs doit essentiellement être influencé par ce qui est juste et équitable après un examen holistique des facteurs.<sup>12</sup> La justification de cette approche repose sur la nécessité de tenir compte de la contribution qu'apporte une femme au ménage dans l'hypothèse où elle n'a pas pu exercer un emploi. On comprend alors que le seul partage par moitié des biens communs ne suffit pas, il faut ajouter un autre élément pour véritablement équilibrer les parts de chacun. Il ne suffit donc pas qu'il y ait partage par moitié, mais encore il faut ajouter d'autres éléments dans l'appréciation. Pour que le partage soit équitable, il faudra notamment inclure dans la composition de la masse partageable, les « contributions non-rémunératoires »<sup>13</sup> et tenir compte de « la marginalisation historique dont sont victimes les femmes ».

Tel qu'exprimé, le droit au partage équitable des biens conjugaux contextualise le principe d'égalité dans le domaine des rapports patrimoniaux entre conjoints. En effet, le

10 *Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples*, Observation générale no 6 sur l'Article 7(d) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique, Banjul, 2020, p. 6, para 21.

11 *Commission Afr. DHP*, note 10, para 19.

12 *Commission Afr. DHP*, note 10, para 19.

13 « *Contributions non-matérielles* » désignent les contributions apportées au début du mariage et pendant la durée du mariage par le biais d'efforts non rémunérés et d'un travail de soins non rémunéré, y compris, mais non exclusivement, les soins aux enfants mineurs, les tâches ménagères dans la maison familiale, la culture et l'amélioration des terres, ou toute autre contribution non rémunérée (note 10, para 47).

principe d'égalité implique l'obligation pour les agents de l'Etat d'appliquer la loi aux individus sans discrimination (égalité devant la loi); il implique d'éviter de traiter différemment les personnes se trouvant dans une situation similaire ou de traiter de la même manière les personnes en situation différente (égale protection de la loi); il emporte l'interdiction de la discrimination dans la loi par le fait des agents de l'Etat ou des acteurs privés et enfin, il impose aux Etats une obligation positive de garantir une effective protection contre la discrimination structurelle ou systématique en adoptant des mesures positives (affirmatives) pour s'assurer qu'aucun groupe est désavantagé ou exclu de la communauté de manière permanente.<sup>14</sup>

Le principe d'égalité est effectivement prévu dans des dispositions générales du Protocole et fait partie des « valeurs positives africaines ». <sup>15</sup> Le Protocole de Maputo a même donné les moyens légaux et non légaux de mise en œuvre. <sup>16</sup> Cependant, lors de la rédaction, le choix des termes a fait débat entre Etats et il faut admettre qu'entre « égal » et « équitable », le Comité sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard de la femme a choisi le premier. <sup>17</sup>

Pour nous, un partage équitable renvoie à un partage juste. Le droit juste a été présenté par Aristote comme celui qui assure à chacun sa part; ce que les romains ont traduit par l'adage *suum quique tribuere*. Pour Aristote, assurer l'harmonie dans la cité passe par l'équilibre dans la distribution des biens et des honneurs. Alors que l'équilibre de ces derniers passe par une égalité géométrique, celui des premiers (les biens) passe par une égalité arithmétique. <sup>18</sup>

## B. L'approche limitée du partage équitable des biens conjugaux en droit congolais

Dans le cas congolais, le principe du partage équitable est affirmé par les textes de loi. <sup>19</sup> Dans le domaine du partage des biens conjugaux, il se traduit simplement par l'affirmation

14 Olivier De Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge, 2014, pp. 648-703.

15 Viljoen, note 3, p. 254.

16 Art. 4 du Protocole de Maputo; Viljoen, note 3, p. 258.

17 Voir avec intérêt, *Celestine Nyamu Musembi*, Article 7. Separation, divorce and annulment of marriage, in: Annika Rudman, Celestine Nyamu Musembi, Trésor Muhindo Makunya (ed.), *The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a Commentary*, Pretoria, 2023, pp. 167-170.

18 *Aristote*, *Ethique à Nicomaque*; traduction F. et C. Khodoss, Paris, 1965, livre V. Pour les commentaires voir : *Michel Villey*, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2003, p. 81; *Jean Saint-Arnaud*, *Les définitions aristotéliciennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité*, *Philosophiques*, vol. XI, 1984, p. 162.

19 Articles 12 et 14 de la Constitution; articles 2 et 18 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2015 no 15/013 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité; Exposé des motifs de la loi no 16/008 du 15 Juillet 2016 modifiant et complétant la loi no 87-010 du 1er août 1987 portant Code de la famille (ci-après CF).

du partage par moitié des biens communs et des biens indivis.<sup>20</sup> La Cour de cassation congolaise confirme cette vision de choses (I) et la loi n'a pas incorporé expressément les contributions non-rémunératoires (II). Bien plus encore, la pratique des (ex-)conjoints passe généralement par des arrangements à l'amiables qui ne favorisent pas le partage équitable (III).

### *I. L'interprétation rigide par la Cour de cassation congolaise du partage égal*

Dans l'affaire *Bolokwa*,<sup>21</sup> la Cour de cassation congolaise reproche au juge du fond d'avoir attribué à la défenderesse au pourvoi 2/5 d'un immeuble et de tous les autres biens alors que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté universelle des biens. L'arrêt d'appel est ainsi cassé pour avoir violé le principe du partage par moitié des biens d'une telle communauté posé par l'article 535 du Code congolais de la famille. L'examen de l'affaire montre que la haute Cour ne s'est pas intéressée aux éléments qui auraient pu amener le juge du fond à aller au-delà de la moitié. En adoptant une telle approche, la Cour de cassation interprète donc de manière stricte le Code de la famille.

Pourtant, on aurait pu penser qu'elle est ouverte à plus que la moitié si on prenait en compte un autre arrêt rendu, cette fois-ci, en matière successorale. Dans l'affaire *Benabiayau*,<sup>22</sup> la Cour de cassation congolaise reprochait au juge de fond d'avoir partagé des biens en nature sans une évaluation préalable de sorte qu'il n'a pas démontré l'égalité des portions. Mais ce qui a captivé l'attention de la doctrine,<sup>23</sup> c'est que dans sa motivation, la haute Cour considère que si le juge de fond avait procédé à une évaluation monétaire des biens à partager, il aurait pu alors « démontrer clairement l'équilibre des portions » partagées. La doctrine s'est interrogée pour savoir si cette formule de la Cour voulait signifier que l'exigence d'égalité signifie la même chose que celle d'équilibre. On voit bien que si la Cour avait pu rebondir sur cette idée d'équilibre du partage des biens conjugaux dans l'affaire *Bolokwa* précitée, il y aurait probablement eu une porte ouverte à une approche qui va au-delà de la simple moitié.

### *II. Les contributions non-rémunératoires comme enrichissement sans cause*

A lire l'Observation générale no 6, les services rendus par une femme au ménage devraient être comptabilisés lors du partage. Cette solution est compréhensible dans un contexte où

20 Art. 503 du CF. On en trouve une application en régime de communauté universelle des biens qui est l'exemple type de la communauté des biens (art. 534 et 535 du CF).

21 *CSJ*, 23 septembre 2015, *A. Bolokwa c. M. Gieskes*, RC. 3815, in *Bulletin des Arrêts de la Cour Suprême de Justice. Année 2014-2015*, Kinshasa, 2016, pp. 343-345.

22 *CSJ*, 8 avril 2011, *Benabiayau L. et consorts c. Benabiayau Z.*, RC. 2524, in *Bulletin des Arrêts de la Cour Suprême de Justice. Année 2010-2013*, Kinshasa, 2014, pp. 117-120.

23 *Jean-Pierre Kifwabala Tekilazaya*, Régimes matrimoniaux, successions et libéralités, Lubumbashi, 2003, para 345.

certaines femmes au ménage n'effectuent pas un travail qui pourrait leur permettre de se constituer des biens, de sorte que lors du partage, seul le mari ou ses ayants droits se retrouvent avec un actif bien garni. Cette crainte pourrait effectivement être écartée si, en pratique, l'on tenait compte des services fournis durant le ménage. Il convient alors d'examiner si de la manière dont les régimes matrimoniaux sont réglementés en RDC, ces types de contribution peuvent être pris en compte lors du partage des biens conjugaux.

Les services rendus en cours de ménage sont plutôt susceptibles d'être entendus comme contribution aux charges du ménage. Pourtant, la contribution aux charges du ménage est un devoir de chaque conjoint. Selon la loi congolaise, chaque époux contribue aux charges pécuniaires du ménage selon ses facultés et son état.<sup>24</sup> La doctrine reconnaît que cette contribution peut être en numéraire ou en nature.<sup>25</sup> C'est ainsi qu'elle admet que l'accomplissement des services ménagers est une forme de contribution. Cependant, cette contribution doit rester dans les proportions pour équivaloir accomplissement du devoir. La contribution suppose l'accomplissement des charges « nécessaires » à l'entretien quotidien du ménage ainsi qu'à l'éducation des enfants, en proportion de la situation respective et des possibilités financières et professionnelles de chacun des époux.<sup>26</sup> La contribution doit rester dans le nécessaire et doit rester dans les possibilités de chaque époux : tout ce qui va au-delà est donc à restituer, en d'autres termes.<sup>27</sup>

Il faut ajouter que parmi les contributions qui vont au-delà des proportions, figurent celles qui sont faites par un seul conjoint sans l'apport de l'autre puisque d'après la loi, la contribution est faite par chacun. Il en résulte que si l'un des conjoints ne contribue pas alors qu'il devait le faire mais que seul l'un d'entre les deux supporte seul la charge, ce dernier aura droit au remboursement du surplus. Il en sera ainsi, notamment, lorsqu'un conjoint a abandonné sans juste motif la maison conjugale en refusant d'y retourner.<sup>28</sup> Pendant le temps de l'abandon, l'autre supporte seul les charges et de ce fait, aura naturellement droit au remboursement du surplus qui aurait dû incomber à celui qui a abandonné le toit conjugal. La loi a prévu une solution au problème par lequel un des deux conjoints ne contribue pas à son devoir de charges pécuniaires du ménage : l'action en pension alimentaire<sup>29</sup> qui peut s'accompagner d'une perception directe<sup>30</sup> avec beaucoup de facilités dans l'exécution forcée.<sup>31</sup> Une telle solution serait de nature à supprimer la possibilité

24 Art. 475 du CF.

25 *Isabelle Dauriac*, Les régimes matrimoniaux, Paris, 2004, p. 44; *François Terré et Philippe Simler*, Droit civil. Les régimes matrimoniaux, Paris, 2011, p. 48.

26 Art. 476 du CF.

27 Une telle demande en indemnité est souvent accueillie, en droit étranger, au titre de l'enrichissement sans cause : *Bernard Vareille*, Contribution des époux aux charges du mariage, in *Michel Grimaldi* (dir.), Droit patrimonial de la famille, Paris, 2011, p. 34.

28 Art. 478 du CF.

29 Art. 480 du CF.

30 Art. 481 du CF.

31 Art. 482 et 483 du CF.

d'une réclamation ultérieure lors du partage des biens conjugaux. Notons qu'aucun délai de forclusion n'a été prévu pour l'exercice de cette action qui, normalement doit être introduite en procédure d'urgence vu sa finalité. Mais en application du droit commun, l'action en demande de pension alimentaire se prescrit par cinq ans.<sup>32</sup> Plus encore, les époux ne se font pas des comptes, ils sont censés contribuer au jour le jour, sans besoin de retirer une quittance.<sup>33</sup>

Les époux rendent également service à l'occasion de la représentation. Il est prévu une possibilité de représentation légale (mandat domestique<sup>34</sup>), de représentation judiciaire (lorsque l'un des époux ne peut manifester sa volonté),<sup>35</sup> de représentation conventionnelle (expresse<sup>36</sup> ou tacite<sup>37</sup>) ainsi que la gestion d'affaires.<sup>38</sup> Lorsqu'un conjoint a agi comme représentant de l'autre, il peut réclamer remboursement si on se réfère au droit commun.<sup>39</sup>

La question qui se pose alors au sens du Protocole est celle de savoir si les contributions non-rémunératoires sont prises en compte par la loi congolaise à l'occasion du partage des biens. Abordant ce problème, le Professeur *Jean-Pierre Kifwabala* constate que dans le cadre du régime de la séparation des biens, aucune disposition du Code de la famille n'a prévu la possibilité pour un conjoint de réclamer sur les propres de l'autre un remboursement des services rendus en cours de mariage.<sup>40</sup> Mais en se fondant sur le droit français qui admet la possibilité de réclamer de tels services grâce à l'institution de la société de fait ou à l'enrichissement sans cause, l'auteur conclut que cela est possible même en droit congolais.<sup>41</sup>

Remarquons que la discussion menée par lui se situe dans le cadre du régime de la séparation des biens alors que le Protocole couvre plutôt les biens communs découlant du mariage. Et s'il fallait admettre la possibilité de prendre en compte ces contributions non-rémunératoires en droit congolais, il y a des obstacles à franchir. D'abord à propos du fondement tiré de la société de fait, un problème pourrait se poser au sujet du but d'une société comparé à celui du mariage. En effet, si dans la société les associés recherchent le partage du profit ou des pertes (*affectio societatis*), dans le mariage c'est plutôt la formation d'une union durable et la perpétuation de l'espèce (*affectio familiaris*). Ensuite, à propos de l'enrichissement sans cause, il est reconnu non seulement de manière générale comme

32 657 du CCLIII.

33 Art. 476, al. 2 du CF.

34 Prévue à l'article 477 du CF.

35 Prévue à l'article 498(2) du CF et dans une certaine mesure par l'article 486 du CF.

36 Art. 498(1); art. 509(1) du CF (dans le cadre de la séparation des biens).

37 Dans le cadre du régime de la séparation des biens : art. 509(2) du CF.

38 Art. 498(3) du CF.

39 *François-Collart Dutilleul et Philippe Delebecque*, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, 2019, p. 583.

40 *Kifwabala*, note 23, p. 62.

41 Note ci-dessus.

une hypothèse de « quasi-contrat » innommé,<sup>42</sup> mais encore de manière spécifique dans la réglementation des régimes matrimoniaux.<sup>43</sup> D'après la loi, une indemnité est accordée au conjoint dont le patrimoine s'est appauvri ou à ses héritiers.<sup>44</sup> L'indemnité est, de préférence, prélevée sur les biens communs (ou indivis<sup>45</sup>). Il suppose qu'un patrimoine s'est enrichi au détriment de l'autre sans justification légale, judiciaire ou conventionnelle.<sup>46</sup> Mais quand il en vient de l'appliquer aux contributions non-rémunératoires, il pourrait se poser le problème des conditions. L'enrichissement sans cause suppose l'absence d'une cause objective (légale, conventionnelle, judiciaire) tout comme d'une cause subjective (intention libérale).<sup>47</sup> Or la contribution aux charges du ménage est une obligation légale et les époux sont censés avoir contribué au jour le jour; en outre, le surplus de la contribution doit surpasser l'objection qui pourrait attirer dans l'orbite de l'affection ou de l'amour entre conjoints ce sacrifice consenti. Tout ceci rend difficile l'intégration des contributions non-rémunératoires dans les dispositions en vigueur en RDC.

### *III. Les effets pervers du partage amiable des biens conjugaux en droit congolais*

La théorie tout comme la pratique laisse beaucoup de place aux parties dans les opérations qui mènent au partage des biens conjugaux. Le Code de la famille, en revoyant aux dispositions sur le partage des successions, semble ouvrir la possibilité d'un partage amiable.<sup>48</sup> Ces opérations passent généralement par la séparation des biens propres et des biens communs à travers un inventaire, puis le paiement des dettes dues aux créanciers et enfin le partage de la masse commune, l'actif net.

*Kifwabala* écrit que dans le régime de la communauté réduite aux acquêts, l'inventaire des biens s'établit de commun accord entre parties (époux entre eux ou avec les ayants droits) sauf contestation.<sup>49</sup> Si une partie décide de saisir le tribunal en matière de liquidation du régime matrimonial, la procédure civile congolaise, régie notamment par le principe du dispositif, l'invite à présenter au juge ses moyens. C'est ainsi que les parties produisent l'inventaire des biens et demandent au juge de prononcer la liquidation du régime. Cette

42 CSJ, 29 décembre 1993, *Ntumba Kabeya Mulumba c. Putela Bashingo*, RC 014/TSR, in Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice, Kinshasa, 2003; *Jean-Marcel Mulenda Kipoke*, Droit des obligations. Sources des obligations, Kinshasa, 2013, p. 358.

43 Art. 510(2) et (3) (en régime de séparation des biens) et 526 (en régime de communauté réduite aux acquêts) du CF.

44 Art. 512 et 513 du CF.

45 Art. 514 en régime de séparation des biens.

46 *Philippe Malarie et Laurent Aynès*, Droit des obligations, Paris, 2016, para 1063-1065.

47 *Mulenda*, note 42, p. 361.

48 Il en est ainsi en matière de régime de communauté réduite aux acquêts (art. 530(2) CF) et de communauté universelle (art. 535(3) CF).

49 *Kifwabala*, note 23, pp. 75-79, para 107.

demande repose également sur leur proposition commune ou individuelle.<sup>50</sup> Et la même procédure semble être suivie en matière de liquidation du régime matrimonial après décès.<sup>51</sup> Il s'ensuit donc que dans certains cas, c'est la volonté des parties qui prime et dans des cas de contestation, le juge est appelé à intervenir. Des exemples nous sont donnés par un collectif d'auteurs qui se sont préoccupés de la liquidation du régime matrimonial dans un contexte de décès.<sup>52</sup> Ces exemples montrent que le juge s'est réservé de liquider le régime matrimonial parce que soit la « veuve » n'apportait pas la preuve de son mariage avec le *de cuius*, soit sans raisons aucune, soit parce que le *de cuius* s'était remarié sans que le régime matrimonial d'un premier mariage ait été liquidé.<sup>53</sup> Toutefois, parmi tant d'autres cas, deux affaires ont été choisies pour illustrer comment les droits de la femme peuvent être mis en danger lors du partage des biens conjugaux.

### 1. Cas d'un partage à l'amiable survenu sans contestations

L'affaire que nous choisissons de dénommer *LK c. JM* nous donne une première illustration de la pratique. Cette affaire a été récemment tranchée par un tribunal de grande instance du ressort de la Cour d'appel du Nord-Kivu. LK et JM ont été mariés depuis plus de 18 ans; de leur mariage sont nés 5 enfants. Après une vie pleine d'événements irritants pour le mari, ce dernier a décidé d'introduire une requête en divorce. Tel que le veut la procédure, le juge saisi organisa une instance de conciliation qui se solda par un échec. Ce qui ouvrit la voie à l'instance en divorce. Le mari se plaignait notamment de l'orgueil de son épouse et de l'abandon du toit conjugal à certaines époques par cette dernière.

Pendant que l'affaire était en cours, le couple décida de signer un acte transactionnel et de répartir les biens. En effet, l'acte transactionnel a été signé le 08 juillet 2020 et le jugement a été rendu le 10 août 2020.<sup>54</sup> Le juge affirme se réserver quant au règlement et au partage des biens faute d'élément d'appréciation alors que le demandeur avait produit un inventaire des biens.<sup>55</sup> Cet acte renseigne que les conjoints avaient des biens immeubles

50 La démarche se confirme dans une affaire actuellement en cours sous RC 2721 au Tribunal de paix de Goma. Me Franck Shukuru, avocat des parties dans cette dernière, nous a confié qu'il prépare avec son client un projet d'inventaire et de liquidation qui sera communiqué à la partie adverse et qui sera débattu devant le juge. Si la partie adverse ne conteste pas, il y a de fortes chances que le juge l'entérine.

51 C'est ce que nous montre le jugement Tribunal de paix de Goma, 29 mars 2021, RC 2036, inédit dans laquelle veuve S.T. saisit le juge sollicitant la liquidation du régime matrimonial pour éviter l'insécurité juridique qui planerait sur les biens acquis avec son défunt mari.

52 *Kisimba Bondo Kis et autres*, Etude jurisprudentielle de la liquidation du régime matrimonial des époux pour cause de mort face à la succession, *KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques*, Vol. 7, 2020, p. 42.

53 Tribunal de paix/L'shi-Kamalondo 5 juin 2008 RC 2614; Tribunal de paix/L'shi-Kamalondo, 4 septembre 2012, RC. 2785; Tribunal de paix/L'shi-Kamalondo, 5 juin 2008, RC 2614.

54 Tribunal de paix de Butembo RC 3110/I/SUM, 2020, inédit.

55 Note 54, 21<sup>ème</sup> feuillet.

(maisons et champs) ainsi que des meubles (véhicules, briques, bois, animaux ...). L'acte transactionnel montre que la maison conjugale a été donnée au mari qui affirme à son tour, l'avoir cédée aux 5 enfants. L'épouse reçoit un champ de café avec véhicule en propriété exclusive. Puis, les trois autres champs, les animaux sont répartis par moitié entre les deux ex-conjoints alors mariés sous le régime de la communauté universelle. Selon ce régime, les biens des époux acquis avant et pendant le mariage sont répartis par moitié. L'acte transactionnel prétend être arrivé à ce partage par moitié puisque *a priori* l'ex-mari reçoit la maison conjugale et la femme reçoit un champ, un véhicule et les produits du champ. Ensuite, les autres biens sont partagés par moitié. Les informations en notre possession laissent entendre que l'ex-mari a insisté que la maison conjugale lui soit laissée car son identité y est sociologiquement attachée. En plus du fait qu'il a cédé cet immeuble à ses enfants, cela est une diminution qu'il subit dans ses droits et alors, l'ex-épouse qui reçoit un champ avec ses produits y compris un véhicule ne peut prétendre être lésée. Cette transaction appelle des observations qui nous interpellent sur les forces et faiblesses du droit congolais en la matière.

La première observation concerne la validité même de la transaction en matière de liquidation d'un régime matrimonial. L'article 332 du Code de la famille dispose : « Sauf disposition contraire, les règles de la présente loi sont impératives et d'ordre public. Aucune convention conclue en considération d'une union distincte du mariage tel que défini à l'article 330 ne peut produire les effets du mariage ». Le Professeur *Eddy Mwanzo*, en commentant cette disposition, note qu'elle est extrêmement importante dans la mesure où des conventions qui iraient en sens contraire ne seraient pas valides.<sup>56</sup> En effet, il est vrai que l'autonomie de la volonté permet aux personnes de passer des contrats en toute liberté sauf, bien entendue, à ne pas porter atteinte aux règles impératives, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.<sup>57</sup> En matière de mariage, l'article 332 du Code de la famille réaffirme cette limitation de l'autonomie de la volonté en rendant impératives les règles sur le mariage. Cependant, le Professeur *Jean-Pierre Kifwabala* relance le débat lorsqu'il écrit que la règle du partage par moitié des biens communs en régime de communauté universelle des biens n'est pas d'ordre public et que les époux peuvent y déroger.<sup>58</sup> Nous ajoutons, pour notre part, que l'article 493 du Code de la famille dispose de manière pertinente que « Les conventions entre époux sont valables pour autant qu'elles ne nuisent pas aux droits et intérêts des personnes faisant partie de la famille, aux intérêts pécuniaires des époux, ainsi qu'à l'ordre légal des successions ». Cet article 493 semble nuancer l'article 332 précité et devient, pour nous, une exception admettant des conventions entre époux, y compris les transactions. Il s'ensuit que les conventions faites avant que le mariage ne soit dissout

56 *Eddy Mwanzo idn' Aminye*, Que dit le Code de la famille de la République Démocratique du Congo. Commentaire article par article, Paris, 2019, p. 234.

57 Art. 32 du CCLIII.

58 *Kifwabala*, note 23, p. 90, para 128.

sont défendables sous l'angle de l'article 493 ci-dessus si les conditions<sup>59</sup> y posées sont remplies. Ces conventions seraient encore plus défendables lorsque les conjoints insèrent une clause expresse ou tacite à l'effet de différer les effets de leur convention jusqu'après la dissolution du mariage. Ce terme suspensif ne poserait pas de problème, à notre avis. Plus défendable serait encore une convention passée par les ex-conjoints après la dissolution du mariage.

La deuxième observation porte sur l'évaluation des biens. Tout lecteur de l'acte transactionnel constatera que les biens y sont cités en nature et ne sont pas évalués en argent. Il est simplement dit telle maison située à tel endroit est le droit de M. LK et tel champ avec ses produits y compris tel véhicule est exclusivement attribué à Mme JM. Les informations en notre possession renseignent que l'évaluation a été volontairement ignorée par les parties car ce qui les intéressait vraiment c'était la rupture du lien conjugal le plus tôt possible. Pourtant, il apparaît clairement selon la situation géographique de ces immeubles que leur valeur n'est pas d'égalité rapprochée. La maison conjugale est située au centre-ville où les immeubles peuvent avoisiner les 200.000 USD en fonction de la dimension. Le champ accordé à l'ex-épouse est situé dans le milieu rural et dont les dimensions quoiqu'élevés (hectares) ne pourraient pas avoisiner ce montant. Si on y ajoute la cession faite par LK aux 6 enfants, il est possible de soutenir que par ce geste, le mari subit une diminution au point qu'il est alors perdant. Mais c'est sans compter le fait que les enfants sont encore mineurs. Le premier a 16 ans au moment du partage et de ce fait le père et la mère continuent d'exercer l'autorité parentale. La clause de l'acte transactionnel qui stipule que JM n'a aucun droit sur cet immeuble l'exclut complètement de toute concurrence qu'elle pourrait faire au père de ses enfants. Ainsi, le père semble garder seul le pouvoir d'agir pour ses enfants en toute matière relative à cet immeuble. En outre, le champ donné à l'épouse demande des efforts pour qu'il produise une récolte intéressante. Sa valeur intrinsèque ne peut à elle seule suffire et pourrait s'augmenter de ce qu'il produirait : ce qui reste aléatoire et diminue les chances qu'il s'agisse là d'un partage équitable.

La troisième observation porte sur les pouvoirs de contrôle du juge. L'acte transactionnel sous examen avait par la suite été entériné par le juge sans se poser trop de questions puisqu'il entraînait dans la suite logique de la rupture du mariage au constat de l'échec de la tentative de conciliation. En outre, les parties voulaient également en finir avec leur union, le juge a vite fait de se débarrasser du dossier en prenant une sorte de jugement d'expédient. Comme le mot l'indique, « expédient » pour « expédier » l'affaire, chose qui semble répandue dans la manière des juges d'entériner les actes transactionnels.<sup>60</sup> Il est

59 *Eddy Mwanzo idn' Aminye*, Droit civil : les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, Morris ville, 2021, p. 30.

60 On le voit également dans des affaires qui n'ont rien à voir avec notre sujet actuel mais dans lesquels le juge ne se donne pas l'occasion de vérifier la portée de l'arrangement des parties. Il en a été ainsi par exemple dans une affaire où un débiteur a signé un acte de conciliation pour empêcher la saisie de son immeuble (TGI-Butembo, 5 octobre 2004, RC 592 466-468).

regrettable qu'aucune disposition n'oblige le juge à vérifier l'équité du partage sinon, il l'aurait certainement fait.

La quatrième observation, enfin, concerne l'objet du partage. On constate dans l'acte transactionnel que seuls les biens en nature sont évoqués, rien n'est dit à propos des services éventuellement supplémentaires qui auraient mérité une attention. Les visées de l'observation générale no 6 de la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples analysée ci-haut ne peuvent être atteintes dans ce contexte. Il est permis de se dire que l'acte transactionnel évite de prendre en compte des aspects immatériels de la vie conjugale, ce qui peut dissimuler une véritable inégalité. Il ne serait pas convainquant de penser que les parties y auraient renoncé puisqu'alors leur volonté ne serait pas libre et éclairée car n'ayant pas inclus les services dans les calculs.

## 2. Un cas de partage à l'amiable suivi d'une contestation

L'affaire *BM c. NB* nous en donne une illustration.<sup>61</sup> Après un partage intervenu entre conjoints en présence des membres de famille qui en furent témoins, madame BM ne fut pas satisfaite et s'irrita de voir son mari NB céder certains champs partagés à des enfants nés hors mariage et à ses concubines. Elle reprochait à son mari d'avoir distribué au passage un champ propre lui légué par son défunt beau-père. Le mari se défendait en niant les faits et en affirmant qu'il a distribué les champs qui lui revenaient en propre tout en gardant pour sa survie un champ acquis à la suite du partage. Les membres de la famille et les amis du couple ont témoigné en confirmant que d'après eux le partage des biens entre les deux époux avait été équitable. Le tribunal débouta la femme au motif qu'aucune preuve de la séparation ou du divorce n'avait été apportée dans cette affaire.

L'attitude du juge est surprenante dans cette affaire. Tout porte à croire que madame BM n'a pas formulé ses arguments sous l'angle des régimes matrimoniaux parce qu'il n'y avait pas encore dissolution du mariage mais certainement un contexte de conflit semblable à une séparation de fait. Au lieu de trancher l'affaire, le juge préfère se dédouaner à la manière de Ponce Pilate en considérant qu'un autre Tribunal devra se prononcer sur l'état civil des époux, sur l'état de lieu de leurs biens ainsi que sur leur partage en fonction du régime matrimonial.<sup>62</sup> Pourtant, le Tribunal pouvait considérer qu'elle a affaire à un litige ordinaire impliquant l'examen des conventions entre époux sous l'angle de l'article 493 du Code de la famille. Il nous semble que certains cas illustrent le fait que les époux adoptent des actes menaçant les biens conjugaux dont les conséquences sont pourtant dramatiques pour la vie en couple.<sup>63</sup> Si BM et NB se trouvaient en instance de divorce, il n'est pas non

61 TGI/Uvira, 19 juillet 2004, RC 1606, *BM c. NB*, in *Avocats Sans Frontières*, Des jugements et arrêts des juridictions des ressorts des Cours d'appel de Bukavu, Goma, Kananga, Kindu et Kisangani. Edition critique, Kinshasa, 2005, pp. 275-281.

62 TGI/Uvira précité.

63 Dans des affaires en divorce, le mari allègue que son épouse s'est illustrée pendant leur vie commune au vol des biens de la famille et qu'elle voulait dissimuler les titres de propriété de la

plus interdit à l'une des parties d'introduire une action pour couper court aux manœuvres de l'autre sans attendre le moment du jugement définitif sur la dissolution du mariage. Ce qu'on peut remarquer est que le Tribunal a été saisi pour se prononcer sur un partage survenu dans un couple en conflit, mais il a refusé de le faire.

## Conclusion

L'article 7(d) du Protocole de Maputo exige un partage équitable des biens conjugaux mais ne reçoit pas un écho satisfaisant aussi bien dans la loi que dans la jurisprudence congolaise. Du point de vue du droit congolais, la lecture des textes en vigueur et leur application peut donner l'impression que la femme ex-mariée est bien protégée. Cependant, la pratique des actes transactionnels montre que le partage peut être inéquitable notamment par l'absence d'évaluation des biens et par l'inattention portée aux services rendus en cours de mariage qui paraissent non nécessaires à la tenue du ménage. Ainsi, la proposition la plus pratique pourrait tourner autour de trois aspects. D'abord, il conviendrait soit d'élaborer des dispositions expresses sur les opérations de liquidation du régime matrimonial au sein du régime primaire soit d'interpréter téléologiquement celles qui existent. A ce jour, seul l'article 503 du Code de la famille est pertinent en ce qu'il se limite à disposer que : « Le partage de l'actif et du passif se réalisera quant aux biens communs ou présumés indivis par moitié ». En l'étoffant, il y aurait alors un avantage à inclure les considérations liées aux contributions non-rémunératoires tout en laissant aux dispositions relatives au régime spécialement choisi par les époux le soin de donner des précisions supplémentaires. Ensuite, le législateur devrait permettre la nomination d'un liquidateur du régime matrimonial comme il en est le cas en matière des successions. Ceci pourrait constituer une option supplémentaire aux époux permettant d'assurer une évaluation globale de tous leurs biens y compris des services rendus. Enfin, en réglementant les opérations de liquidation du régime matrimonial, le législateur devrait prévoir la possibilité pour le juge de contrôler les transactions faites par les époux même en l'absence d'une contestation.

maison familiale (Tribunal de paix de Goma 17 septembre 2012, *RD 047*, inédit) ou que l'épouse a emporté tous les biens qui se trouvaient dans la maison (Tribunal de paix 17 septembre 2012 *RD 037* inédit); dans une autre affaire en divorce, la femme se plaint que son mari a entrepris pendant leur vie conjugal de vendre l'immeuble conjugal ou à le grever d'hypothèque à son détriment et à celui de ses enfants (Tribunal de paix de Goma, 17 septembre 2012, *RD 837*, inédit); etc.