

UNIVERSITEIT GENT
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

ACCES DE LA FEMME A LA TERRE
EN DROIT CONGOLAIS

PAR

Paulin MUNENE YAMBA YAMBA
Diplômé d'Etudes Supérieures en droit privé et judiciaire

Thèse présentée et défendue en vue de
l'obtention du Grade de Docteur en droit

Comité d'encadrement

Promoteur: prof. Dr. Mark VAN HOECKE

Membres: prof. Dr. Eva Brems

prof. Dr. Annelies WYLLEMAN

INTRODUCTION GENERALE

Dans cette partie introductive, nous allons aborder successivement les questions relatives à la recherche, à la méthodologie suivie, à l'hypothèse du travail et au plan de la thèse.

1. Question de recherche

Le droit foncier congolais est dualiste et inégalitaire à l'égard de la femme. En effet, à côté du droit écrit étatique d'inspiration européenne, subsiste le droit d'origine traditionnelle, appelé droit coutumier. Ce dualisme trouve son origine dans la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés. Elle définit les terres occupées par les communautés locales comme étant celles que ces communautés habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque – individuelle ou collective – conformément aux coutumes et usages locaux.¹ Tout en domanialisant les terres occupées par les communautés locales², la loi susvisée prévoit que les droits de jouissance régulièrement acquis sur ces terres seront réglés par une ordonnance du Président de la République³. Trente neuf ans après, force est de constater que cette ordonnance n'a jamais été prise.

En outre, la Constitution dispose en son article 34 alinéa 2 que l'Etat garantit le droit à la propriété individuelle ou collective, acquis conformément à la loi ou à la coutume. Cette disposition constitutionnelle, vise également sans doute, les terres coutumières lorsqu'elle garantit la propriété collective acquise conformément à la coutume.

Tout cela entraîne comme conséquence que ces terres continuent à être régies par les coutumes locales. Telle est également l'avis de la Cour Suprême de Justice lorsqu'elle décide qu'en attendant l'ordonnance présidentielle promise, les droits de jouissance sur les terres occupées par les communautés locales sont régis par le droit coutumier.⁴ Ainsi,

¹ Art 388 de la loi foncière

² Art 387 de la loi foncière

³ Art 389 de la même loi

⁴ CSJ, RC 1932 du 20 janvier 1988, in RJZ, supplément n°3, 1988, p 7

subsiste un droit écrit qui s'applique aux terres urbaines et rurales et un droit coutumier applicable aux terres appartenant aux communautés locales.

Or, selon la coutume, la terre est collective en ce qu'elle appartient au clan ou à la famille. Les membres du clan ou de la famille ne disposent que des droits de jouissance sur les portions de terres mises en valeur par eux. Mais sur ces terres, l'étendue des droits reconnus à la femme est variable et dépend de sa situation par rapport à la communauté «propriétaire.»

Dans tous les cas, la femme ne dispose pas des mêmes droits fonciers que l'homme. En effet, la femme membre du groupe dispose d'un droit de jouissance sur la portion de terre mise en valeur par elle. A ce titre, elle peut cultiver et récolter les produits de son travail. Mais, d'une façon générale, elle ne peut pas être cheftaine de terre communautaire, au motif qu'elle est appelée à quitter sa communauté pour rejoindre un jour celle de son mari. De ce fait, seul l'homme peut être chef de terre communautaire.

Lorsque la femme est mariée par un membre de la communauté propriétaire du sol, elle accède à la terre par le truchement de son mari. Pendant le mariage, elle a le droit d'utiliser le lopin de terre que la communauté a mis à la disposition de son mari. La durée de ce droit de jouissance est fonction de la durée de l'union conjugale. Ainsi, en cas de divorce, la femme est obligée de rentrer dans sa famille en laissant la terre mise en valeur au profit de son mari. En cas de veuvage, en principe, elle est également obligée de rentrer dans sa famille en laissant tout ce qui est incorporé au sol appartenant au clan ou à la famille de son défunt mari. En vertu de la coutume, la femme n'hérite donc pas de son mari.

Lorsque le système de parenté est patrilinéaire, la fille n'hérite pas de son père, encore moins la sœur de son frère. Seul le garçon peut être héritier ou encore le frère du de cujus. Si le système est matrilineaire, tous les enfants n'héritent pas de leur père. Ce sont les neveux qui héritent du frère de leur mère.

Tout compte fait, le droit foncier coutumier est inégalitaire à l'égard de la femme. Il privilégie l'homme, en lui accordant plus des droits que la femme.

La situation est différente sur les terres urbaines et rurales. Le sol étant la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat⁵, celui-ci n'accorde aux citoyens qu'un droit de jouissance appelé concession. Celle-ci peut être ordinaire ou perpétuelle. Pour y accéder, en principe, aucune condition liée au sexe n'est posée. C'est ainsi que la femme peut accéder à ces terres dans les mêmes conditions que l'homme. En cas de divorce, l'accès de la femme à la terre acquise pendant le mariage dépend du régime matrimonial choisi par les époux. En dehors du régime de la séparation des biens, les autres régimes permettent à la femme d'obtenir la moitié du patrimoine foncier acquis pendant le mariage. En cas de veuvage, la femme est héritière de la deuxième catégorie⁶ et bénéficie de l'usufruit du conjoint survivant qui porte notamment sur la maison habitée par les époux ainsi que la moitié de l'usufruit des terres attenantes que l'occupant de la maison exploitait personnellement pour son propre compte⁷. Elle hérite donc de son mari. La fille hérite également au même titre que le garçon⁸ et peut même être désignée liquidatrice de la succession.⁹

Il ressort de ce qui précède que les droits fonciers garantis à la femme sur les terres urbaines et rurales sont différents de ceux prévus sur les terres coutumières. En effet, la situation de la femme sur les terres urbaines et rurales semblent être meilleures par rapport à celle de son homologue se trouvant sur les terres coutumières. En effet, elle dispose des droits égalitaires par rapport à l'homme alors que sur les terres coutumières la situation de la femme est faite d'inégalité par rapport à l'homme. De ce fait, on peut affirmer que la femme qui se trouve sur les terres coutumières est encore dans une situation moins favorable par rapport à son homologue qui se trouve sur les terres urbaines ou rurales.

Ce traitement inégal est le fruit du dualisme juridique mentionné précédemment. En effet, il a introduit dans le droit congolais une incohérence qui se manifeste par la différence des conditions, quant à l'accès de la femme à la terre. La femme vivant sur les

⁵ Art 53 de la loi foncière

⁶ Art 758 b) du code de la famille

⁷ Art 785 du code de la famille

⁸ Art 758 a) du code de la famille

⁹ Art 795 al 1^{er} du code de la famille

terres occupées par les communautés locales n'accède pas aux droits fonciers dans les mêmes conditions que l'homme. Ses conditions d'accès à la terre sont également différentes par rapport à celles de son homologue se trouvant sur les terres urbaines et rurales.

Une autre situation d'inégalité concerne particulièrement la femme mariée. La loi n°87/010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille dispose que celle-ci doit obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne.¹⁰ En clair, cette disposition rend la femme mariée incapable du seul fait du mariage. Ainsi, comme l'accès à la terre passe par la conclusion d'un contrat synallagmatique, la femme mariée doit préalablement obtenir l'autorisation de son mari. Il y a là également un cas d'inégalité à l'égard de la femme. En effet, cette disposition met la femme mariée dans une situation d'infériorité, mieux d'inégalité, par rapport à l'homme et par rapport à la femme célibataire. Cette situation concerne la femme mariée vivant tant sur les terres urbaines, rurales que celles appartenant aux communautés locales.

Or, la Constitution prévoit des dispositions prohibant les traitements inégaux à l'encontre de toute personne, fondée sur la religion, l'origine familiale, la condition sociale, la résidence, les opinions ou les convictions politiques, la race, l'ethnie, la tribu, la minorité culturelle ou linguistique.¹¹ Concernant particulièrement la femme, la Constitution dispose que les pouvoirs publics veillent à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et assurent la protection et la promotion de ses droits. Elle oblige l'Etat de prendre dans tous les domaines, notamment dans les domaines civil, politique, économique, social et culturel, toutes les mesures appropriées pour assurer le total épanouissement et la pleine participation de la femme au développement de la nation.¹² Il y a là également une incohérence entre les dispositions légales du code de la famille et celles de la Constitution.

Cette contradiction existe également en ce qui concerne les traités et conventions internationaux auxquels la République Démocratique du Congo a adhéré ou ratifié. En

¹⁰ Art 448 du code de la famille

¹¹ Art 13 de la constitution

¹² Art 14 de la constitution

effet, aux termes de l'article 215 de la Constitution, les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie. Il convient de noter que tant dans le cadre de l'Union Africaine que dans celui de l'Organisation des Nations Unies, la République Démocratique du Congo a conclu des conventions internationales qui prohibent les inégalités à l'égard de toute personne en général et de la femme en particulier. Il en est ainsi notamment de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme. Il y a lieu de constater que les dispositions légales susvisées ainsi que les coutumes sont en contradiction flagrante avec les engagements internationaux pris par la République en la matière.

De ce qui précède, il y a lieu de se demander comment concilier les dispositions légales et coutumières discriminatoires à l'égard de la femme avec les dispositions constitutionnelles ainsi que celles des conventions internationales ratifiées par la République Démocratique du Congo qui interdisent la discrimination à l'égard de toute personne et particulièrement de la femme, lorsqu'on sait que ces deux dernières sources de droit sont hiérarchiquement supérieures à la loi et à la coutume. Que faire du principe général de droit selon lequel les sources inférieures doivent être conformes aux sources hiérarchiquement supérieures pour leur applicabilité ?

Comment remédier aux problèmes du dualisme juridique qui engendre des incohérences dans un système de droit qui organise la discrimination à l'égard de la femme ? Voilà l'étendue de la question de recherche qui fait l'objet de cette thèse et qui appelle les hypothèses du travail.

2. Hypothèses du travail

La femme vivant sur les terres appartenant aux communautés locales ainsi que la femme mariée sont dans une situation de discrimination, quant à leurs droits d'accès à la terre. Cette constatation nous mène à trois hypothèses de travail :

- (a) La discrimination de la femme vivant sur les terres coutumières est la conséquence du dualisme juridique qui caractérise le droit foncier congolais.

En effet, en laissant les droits de jouissance sur ces terres être totalement régis par la coutume, la loi organise ou mieux, permet la discrimination de la femme.

- (b) Quant à la femme mariée, sa discrimination est due à l'immobilisme du droit congolais de la famille sur la question de la capacité qui fait d'elle une incapable.
- (c) Dans les deux cas, il existe une incohérence entre la coutume, les textes légaux et la Constitution ainsi que les engagements internationaux pris par le pays en matière de discrimination et d'égalité de tous les citoyens en droit et devant la loi. D'où, la nécessité d'une méthodologie appropriée pour tenter de résoudre cette situation.

3. Méthodologie

Pour mener à bien cette étude, nous avons opté pour la combinaison de l'analyse positive du droit ainsi des approches empirique et historique. Aussi, avons-nous par moment fait recours à la méthode comparative.

L'analyse positive du droit nous a permis d'expliquer le droit tel qu'il est édicté par le législateur à travers les textes juridiques.

L'approche historique a été utilisée pour retracer l'évolution de la législation en matière foncière en général et particulièrement en matière d'accès de la femme aux droits fonciers.

La méthode comparative a été servie par moment pour comparer la situation de la femme congolaise en matière d'accès à la terre avec celle de la femme dans certains pays de l'Afrique subsaharienne. Elle a été également utilisée pour vérifier l'homogénéité des règles coutumières en matière foncière dans quelques pays de l'Afrique noire.

L'approche empirique consiste à fonder la connaissance sur base de l'accumulation d'observations et des faits mesurables, dont on peut extraire des principes généraux par un raisonnement inductif, allant par conséquent du concret à l'abstrait.

Dans le cas d'espèce, nous avons fait recours aux interviews pour vérifier le contenu du droit coutumier et à la consultation de la jurisprudence tant coutumière que moderne pour mesurer le niveau d'applicabilité des règles coutumières et de droit écrit.

Le droit coutumier africain en général, et congolais en particulier, est caractérisé par l'oralité. Cela s'explique par le fait que l'écriture était inconnue à l'origine de la majorité des sociétés traditionnelles africaines. Il existe, certes, des études qui ont été consacrées au droit foncier coutumier congolais, mais celles-ci non seulement datent pour la plupart de l'époque coloniale mais elles ne sont pas toujours à portée de main. En outre, elles ne sont pas toujours orientées vers les questions qui concernent particulièrement les femmes. Ainsi, il était nécessaire d'organiser des interviews avec les dépositaires de la coutume dans les milieux ruraux pour vérifier d'abord si les principes régissant le droit foncier coutumier n'ont pas changé du fait d'une probable évolution de la mentalité. Ensuite, chercher à savoir s'il existe des principes communs régissant le droit foncier coutumier, en dépit de la diversité des tribus.

Pour ce faire, nous avons organisé les interviews sur deux sites entre 2010 et 2011. Le premier site retenu se trouve dans la province de l'Equateur, plus précisément dans la localité de Bumba où la tribu majoritaire est le Mbunza ou Mbudja. Le deuxième site est celui du peuple Dinga dans la collectivité d'Idiofa dans la province de Bandundu.

Le choix de ces deux sites a été dicté par le système de parenté qui régit les deux peuples. En effet, le peuple Mbunza est régi par le système patrilinéaire et le Dinga est soumis au régime matrilineaire. Ces deux systèmes disposent des règles différentes quant à l'accès de la femme à la terre, même s'il existe des points communs.

Dans chaque site, nous avons retenu un échantillon composé de cinquante personnes, choisies selon leur connaissance en droit coutumier. Ainsi l'échantillon a été composé des juges assesseurs ou juges coutumiers, des enseignants, des chefs coutumiers, des chefs des groupements et des notables du lieu. L'interview a été menée sur base d'un questionnaire conçu d'avance. Il a été question de procéder par un jeu de question réponse avec les interlocuteurs qui ne savaient pas lire et écrire. Pour ceux qui savaient lire et écrire, il leur avait été soumis le questionnaire pour donner par écrit la

réponse à chaque question posée. Pour certaines personnes interviewées, nous étions allés au-delà du questionnaire, lorsqu'elles nous paraissaient avoir des informations pertinentes.

Le nombre des personnes interrogées peut paraître insuffisant. Mais cela est dû à la modicité des moyens financiers dont on disposait. En effet, dans un pays comme la République Démocratique du Congo, il n'est pas facile de se déplacer, avec ses propres moyens, d'une province à l'autre. Les moyens de transport sont non seulement difficiles mais aussi coûteux. Même à l'intérieur d'une province, le déplacement n'est pas aisé à cause de l'impraticabilité des infrastructures de communication.

Une fois sur le lieu d'investigation, il faut encore faire face à certaines contraintes. En effet, pour mobiliser les personnes avec lesquelles on organise les interviews, il faut les motiver. Pour ce faire, il est nécessaire de disposer d'une somme d'argent pour notamment leur servir la boisson traditionnelle, faute de quoi, ils se rendront indisponibles. Ainsi, devant ces difficultés, il n'était pas possible d'élargir l'échantillonnage.

Pour pallier à cette insuffisance, nous nous sommes appuyé sur les résultats des enquêtes organisées pendant l'époque coloniale sur presque toute l'étendue du territoire nationale. Ces enquêtes ont porté sur la connaissance du droit coutumier en général dont l'un des aspects est le droit foncier coutumier. Les résultats de ces enquêtes menées par les territoriaux ont été publiés dans le Journal des Tribunaux d'Outre-mer, en sigle JTO et dans le Bulletin des Juridictions Indigènes et de droit coutumier congolais, en sigle BJI.

Pour compléter nos informations sur le droit coutumier, nous avons également fait recours aux études réalisées par les chercheurs en la matière. Il s'agit essentiellement des publications qui ont été faites par les magistrats coloniaux, des prêtres, des territoriaux ainsi que des anthropologues. Il convient de mentionner que l'étude du droit coutumier n'a plus fait l'objet de publications après l'indépendance. Les études susmentionnées ont été réalisées surtout pendant l'époque coloniale. Il y a lieu cependant, de mentionner la récente publication du professeur Mulumba Katchy sur l'introduction générale à l'étude du droit coutumier congolais, parue en 2011.

La jurisprudence, avons-nous affirmé, nous a servi de mesurer le degré d'applicabilité des règles coutumières ou celles édictées par le législateur. Concernant la jurisprudence sur le droit foncier coutumier, nous avons consulté quelques décisions judiciaires rendues par les tribunaux coutumiers publiées dans le Bulletin des juridictions indigènes et de droit coutumier congolais. Nous avons aussi consulté la jurisprudence publiée par Jean Sohier dans son ouvrage consacré au Répertoire de la jurisprudence coutumière. L'ouvrage de Johan Pauwels sur la question a été également mis à contribution. Actuellement, ces tribunaux sont en voie d'être remplacés par les tribunaux de paix. Là où ils fonctionnent encore, leurs décisions sont difficilement accessibles parce qu'ils ne sont plus publiées.

Au regard de ce qui précède, Il convient de reconnaître que les résultats auxquels nous aboutissons sont limités, et ce, pour des raisons ci-après : d'abord, compte tenu de l'immensité du territoire national, les deux territoires choisis pour réaliser les enquêtes ainsi que l'échantillonnage des personnes interviewées semblent être limités, quand on sait que la République Démocratique du Congo compte environs 450 tribus.

Ensuite, il est admis que le droit coutumier est un droit qui n'est pas figé. Il est flexible. En effet, sa flexibilité est due au fait qu'il s'adapte aux circonstances. D'où la nécessité d'exprimer la prudence quant à la généralisation de l'identité de la situation de la femme sur toute l'étendue du territoire. C'est dans ce sens d'ailleurs que Philippe Lavigne Delville écrit ce qui suit :

«Toutes les études de terrain le montrent, les systèmes fonciers locaux ne sont pas ces droits figés tels qu'ils ont trop longtemps été décrits, faute d'une attention suffisante. Ils évoluent et la logique même du coutumier, où les droits se négocient auprès des autorités sur la base de quelques principes partagés, autorise une grande souplesse. En plantation, en bas-fonds, de nouvelles règles foncières ont été inventées pour répondre à de nouveaux modes d'exploitation du milieu, de nouveaux rapports sociaux. Les règles foncières évoluent également face à des changements importants dans les conditions de la production, ou lorsque la pression sur les ressources s'accroît. Il n'y a donc pas de système'' traditionnel'' ou coutumier en soi, mais il y a des formes de régulation foncière qui sont de type coutumières. »¹³

¹³ P. Lavigne Delville, Comment articuler législation nationale et droits fonciers locaux : expériences en Afrique de l'Ouest francophone, in *Politique des structures et action foncière au service du développement agricole et rural*, 1998, p2

De son côté, Kafui Adjmagbo-Johnson explique le caractère évolutif du droit foncier coutumier par les facteurs comme la raréfaction des terres, l'implantation de cultures de rentes, l'affaiblissement de la famille étendue et la monétarisation.¹⁴

Le caractère évolutif du droit foncier coutumier est aussi mentionné dans un article consacré à la politique de réforme agraire rwandaise et la nouvelle loi foncière vue sous l'angle du genre. Dans cette étude, les auteurs notent que les règles coutumières foncières ne sont pas simplement suivies mais constamment adaptées ou réinterprétées en fonction des situations spécifiques.¹⁵

De son côté, le professeur Mulumba Katchy note également ce qui suit :

« Le droit coutumier congolais n'est pas figé. Il est dynamique, progressiste ; il s'épure de ses éléments négatifs considérés comme des tares ; il évolue et s'adapte aux mutations perpétuelles de la société moderne, creuset des synergies de la mondialisation. Cette évolution s'avère certes lente, prudente, mais sûre ; elle doit être l'œuvre du progrès des multiformes mœurs congolaises dont la finalité est de réaliser la fusion, l'intégration totale des différents systèmes juridiques.¹⁶ »

Il convient également de noter que la question de l'accès de la femme à la terre déborde le cadre de la République Démocratique du Congo. Elle est d'actualité presque dans tous les pays de l'Afrique subsaharienne et même à travers le monde. L'Union africaine est préoccupée par la question. En effet, dans une étude consacrée au cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique, elle note ce qui suit :

« Il faut admettre toutefois, qu'en dépit de la sacralité de la terre et des rapports fonciers en Afrique, le système patriarcal qui domine l'organisation sociale a tendance à produire des discriminations à l'encontre des femmes en matière de propriété foncière et de maîtrise des ressources foncières. Cette situation a été renforcée, d'abord par la législation foncière importée qui a eu tendance à renforcer le système patriarcal en conférant les titres et les droits d'héritage aux membres mâles de la famille uniquement, sur la base du principe que les femmes, particulièrement les femmes mariées ne peuvent accéder à la terre qu'à travers leurs conjoints ou leurs enfants de sexe masculin ; cette situation résulte en second lieu, des effets pervers de certaines dispositions des Constitutions africaines et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui aboutissent à des discriminations en matière de statut personnel, contre le droit des femmes à un traitement égal devant la loi.¹⁷ »

¹⁴ Kafui Adjmagbo-Johnson, La propriété à l'épreuve de la législation foncière et agraire, in *Pénant*, 4^{ème} trimestre, 1992, p 215

¹⁵ A. Ansoms et N. Holvoet, La politique de réforme agraire rwandaise et la nouvelle loi foncière vue sous l'angle du genre, in *L'Afrique des grands lacs*, annuaire 2006-2007, p 77.

¹⁶ Mulumba Katchy, Introduction à l'étude du droit coutumier congolais, Kinshasa, CREJA, 2011, p 21

¹⁷ Union africaine, Banque africaine de développement et Commission économique pour l'Afrique, *Cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique*, Addis-Abeba, Ethiopie, 2010, p 9

De son côté, l'ONU-HABITAT note que l'octroi effectif aux femmes des droits au sol, à la propriété et au logement est l'un des défis difficiles auxquels ait à faire face le monde contemporain.¹⁸

Concernant la jurisprudence en matière des terres urbaines et rurales, notre choix a été porté sur les décisions rendues par les tribunaux de grande instance ainsi que les tribunaux de paix. Ce choix est justifié par le fait que selon la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, les tribunaux de grande instance sont compétents pour connaître des litiges fonciers portant sur les terres urbaines et rurales. Les tribunaux de paix connaissent des litiges portant sur les droits fonciers collectifs et individuels régis par la coutume mais aussi des litiges fonciers ou immobiliers qui naissent à l'occasion du divorce.¹⁹ Mais, il n'a pas été possible de consulter les décisions rendues par toutes les juridictions de la République. Nous avons choisi de nous limiter aux décisions rendues par les tribunaux de Kinshasa et de Lubumbashi principalement et accessoirement ceux du Bas-Congo. Ce choix est justifié par le fait que les deux villes constituent des pôles où les activités judiciaires sont abondantes et qu'on peut assez facilement trouver une diversité des conflits fonciers.

Cependant, la consultation de ces jugements n'a pas été aisée. En effet, étant donné que ces décisions judiciaires ne sont plus publiées depuis de nombreuses années, il a fallu que nous descendions aux greffes des tribunaux pour recueillir les jugements. L'état des archives ainsi que les mœurs de ceux qui travaillent en ces lieux n'ont pas été de nature à nous faciliter la tâche. En effet, les archives sont mal tenues là où elles existent. Souvent, elles sont inexistantes du fait des actes de vandalisme dont les tribunaux sont souvent victimes à l'occasion des événements politiques ou autres manifestations sociales.

En outre, les fonctionnaires commis à ces services ne sont pas motivés du fait d'une *rémunération* insatisfaisante. De ce fait, ils arrivent souvent en retard sur leur lieu

¹⁸ ONU-HABITAT, Droits des femmes au sol, à la propriété et au logement : Guide global pour les politiques publiques, mars, 2007, p7

¹⁹ Art 110 et 111 de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

de travail et ils ne sont pas disposés pour rendre service à ceux qui en ont besoin. Pour qu'ils acceptent de mettre à la disposition des chercheurs les archives, il faut qu'ils soient motivés. La motivation consiste à leur remettre une somme d'argent. Dans ces conditions, il est difficile de rassembler le nombre des jugements souhaités.

En plus de cette difficulté, il convient de mentionner celle en rapport avec la distance à parcourir d'une ville à l'autre pour chercher les jugements. L'étendue du pays et l'état des voies de communication nous ont obligés par moment de prendre l'avion pour se déplacer d'un lieu à l'autre à la recherche de la jurisprudence. Cela a eu des conséquences sur nos recherches parce que nous n'avons pas eu des moyens financiers conséquents pour faire face à la situation. Qu'à cela ne tienne, nous avons pu récolter un nombre appréciable des décisions judiciaires pouvant nous permettre de jauger le niveau d'applicabilité de règles de droit édictées par le législateur.

Les données empiriques ont été complétées par la consultation des ouvrages consacrés au droit foncier et au droit de la famille. Il convient toutefois de noter qu'au Congo, les publications dans ces domaines sont à compter du doigt. Nous pouvons citer essentiellement les ouvrages publiés par le professeur G. Kalambay Lumpungu sur le régime général des biens et sur le régime foncier et immobilier ; l'ouvrage du professeur Lukombe Ghenda sur la même question, celui du professeur V. Kangulumba Mbambi sur la même matière, sans toutefois oublier la publication du professeur Kifwabala de l'Université de Lubumbashi en la matière. Cependant, aucune de ces publications n'a été orientée vers la question de l'accès de la femme à la terre. C'est cela l'originalité de notre étude qui nécessite l'annonce du plan.

4. Plan du travail

Il convient avant toute chose de noter que les terres occupées par les communautés locales ainsi que les terres rurales se trouvent dans l'espace rural. Mais les deux types de terre sont régis par deux droits différents : droit coutumier et droit écrit. Comme nous l'avons déjà affirmé, le droit coutumier s'applique aux terres des communautés locales et le droit écrit concerne les terres rurales sur lesquelles les pouvoirs publics peuvent accorder aux particuliers, personnes physiques ou morales, des

concessions foncières. Les droits fonciers de la femme ne sont pas de même étendus sur ces deux types de terre. Ainsi, étant donné que les droits fonciers de la femme sur les terres rurales sont identiques avec ceux qu'elle détient sur les terres urbaines, nous avons estimé utile d'analyser ces deux dernières situations ensemble.

Ainsi, outre l'introduction et la conclusion, ce travail est subdivisé en trois parties. La première partie est consacrée aux droits fonciers de la femme sur les terres appartenant aux communautés locales, la deuxième partie est axée sur les droits fonciers de la femme sur les terres rurales et urbaines et la troisième partie porte sur l'harmonisation des droits fonciers de la femme.

**PREMIERE PARTIE : DROITS FONCIERS DE LA FEMME SUR
LES TERRES DES COMMUNAUTES LOCALES**

Les terres appartenant aux communautés locales se trouvent essentiellement dans l'espace rural. Dans cet espace, il existe juridiquement deux catégories des terres ayant des statuts distincts : terre rurale et terre des communautés locales ou terres coutumières. La différence entre ces deux catégories de terre se situe seulement au niveau du régime juridique applicable. En effet, sur le plan matériel, il existe une confusion entre les deux catégories. D'ailleurs, les terres rurales appartenant à l'Etat ont toujours fait l'objet de contestation de la part des communautés locales qui se sentent victimes de spoliation de la part de celui-ci. Il est donc difficile d'estimer en termes de pourcentage l'étendue de chaque catégorie. Mais selon certaines statistiques, l'espace rural occupe dans son ensemble plus de 80% du territoire national dont 34,11% de terres arables et 52% des forêts.²⁰

Sur les terres appartenant aux communautés locales, la femme fait l'objet de discrimination quant à ses droits fonciers. Cette discrimination trouve sa source dans les principes qui gouvernent ces terres. Voilà pourquoi, avant d'analyser la situation foncière de la femme sur ces terres, nous avons cru bon d'étudier d'abord la nature et les principes de gestion de ces terres. Cette partie sera clôturée par une conclusion partielle.

**Chapitre 1 : Nature et Principes de gestion de terres des communautés
locales**

Avant de déterminer la nature et les principes qui gouvernent les terres des communautés locales, il est nécessaire de circonscrire la notion relative à cette catégorie de terre. Ainsi ce chapitre est subdivisé en trois sections. La première sera axée sur ce qu'il faut entendre par terre des communautés locales, la deuxième va analyser la nature

²⁰ T. Diebo Mazey, Lutte contre la pauvreté et création des richesses en milieu rural en Afrique subsaharienne : la problématique de l'implication des banques commerciales dans la finance rurale et la microfinance en milieu rural(cas de la RDCongo), Mémoire de DEA, Faculté des sciences économiques, Université de Kinshasa, 2009-2010, p 15

de droits que possèdent ceux qui occupent ces terres et la troisième analysera les principes de gestion de ces terres.

Section 1 : Notion de terres des communautés locales

Les terres des communautés locales sont, selon l'article 388 de la loi n° 73- 021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, celles que ces communautés habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque – individuelle ou collective – conformément aux coutumes et usages locaux.

Tout en définissant la terre appartenant aux communautés locales, la loi précitée ne donne pas la définition de la communauté locale. Cette définition est donnée par la loi n°011/ 2002 du 29 août 2002 portant code forestier. En effet, l'article 1^{er} de cette loi au point 17 définit la communauté locale comme « une population traditionnellement organisée sur la base de la coutume et unie par des liens de solidarité clanique ou parentale qui fondent sa cohésion interne. Elle est caractérisée, en outre, par son attachement à un terroir déterminé.²¹ » Sur le plan de l'organisation territoriale, la communauté locale peut être l'équivalent du secteur ou de la chefferie. En effet, la loi organique n°08/ 016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces définit le secteur et la chefferie comme suit :

« Le secteur est un ensemble généralement hétérogène de communautés traditionnelles indépendantes, organisées sur base de la coutume. Il a à sa tête un chef élu et investi par les pouvoirs publics.²² »

« La chefferie est un ensemble généralement homogène de communautés traditionnelles organisées sur base de la coutume et ayant à sa tête un chef désigné par la coutume, reconnu et investi par les pouvoirs publics.²³ »

²¹ Art 1point17 de la loi n°011/ 2002 du 29 août 2002 portant code forestier

²² Art 66 al 1 de la loi organique n°08/ 016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces

²³ Art 67 al 1 de la loi précitée

Il convient de noter que la définition de terres des communautés locales telle que donnée par la loi foncière de 1973, est la reproduction fidèle de l'article premier alinéa 1 du décret du 3 juin 1906 relatif aux terres indigènes. En effet, cet article dispose : « Sont terres occupées par les indigènes, aux termes des dispositions précitées, les terres que les indigènes habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque conformément aux coutumes et usages locaux ». Comme on peut le remarquer, le législateur de 1973, n'a fait que remplacer le mot « indigène » par le groupe des mots « communautés locales ». Ce remplacement peut se justifier par le fait que le mot indigène a une connotation coloniale.

Le décret du 3 juin 1906 avait notamment pour but de donner une interprétation large au droit d'occupation reconnu aux indigènes par le décret du 1er juillet 1885 qui dispose en son article 1^{er} ce qui suit : « Nul n'a le droit d'occuper des terres vacantes, ni de déposséder les indigènes des terres qu'ils occupent ; les terres vacantes doivent être considérées comme appartenant à l'Etat ». Cette disposition a fait l'objet d'une interprétation abusive de la part de l'administration coloniale, aboutissant au confinement des autochtones sur des territoires étroits. Cette situation avait provoqué une vive critique de la politique coloniale vis-à-vis des indigènes. Voilà pourquoi, en date du 23 juillet 1904, le Roi - Souverain avait mis sur pied une commission d'enquête ayant pour but de recueillir toutes les informations en rapport notamment avec la situation foncière des indigènes. Voici ce qu'on peut lire dans ce rapport :

« La législation de l'Etat Indépendant n'a point défini ce qu'il faut entendre par "terres occupées par les indigènes" et les tribunaux de l'Etat n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question. A défaut de définition légale, on semble avoir généralement admis, au Congo, qu'il faut considérer comme occupées par les indigènes exclusivement les parties du territoire sur lesquelles ils ont installé leurs villages et établissent leurs cultures.

« On a même admis que sur les terres occupées par eux, les indigènes ne peuvent disposer des produits du sol que dans la mesure où ils en disposaient avant la constitution de l'Etat.....

« Comme la plus grande partie des terres au Congo n'est pas mise en culture, cette interprétation accorde à l'Etat un droit de propriété absolu et exclusif sur la presque totalité des terres, avec cette conséquence qu'il peut disposer, à lui seul, de tous les produits du sol, poursuivre comme voleur celui qui recueille le moindre fruit ou, comme receleur, celui qui l'achète, défendre à qui que ce soit de s'installer sur la plupart des points du territoire; elle enserme l'activité des indigènes

dans des espaces très restreints; elle immobilise leur état économique. Ainsi appliquée abusivement, elle s'opposerait à toute évolution de la vie indigène ».²⁴

Mais comme le décret de 1906 n'avait pas défini ce qu'il fallait entendre par cultiver et exploiter, l'administration coloniale a eu encore la charge de préciser la portée de ces termes de la manière suivante :

- Par « cultivent », il faut considérer comme cultivés par eux et, par conséquent, reconnaître comme terres indigènes, quelle que soit leur étendue, les terres qui, quoique laissées temporairement en jachères, sont comprises parmi celles qu'ils mettent périodiquement en culture.²⁵
- Par « exploitent », il s'entend de toute espèce d'utilisation des terres par les indigènes, quels que soient donc les avantages qu'ils en retirent ou la forme de ces avantages : qu'ils consistent en cueillette, telle la cueillette des fruits de palme, ou extraction de terre ou de produits minéraux telles les terres plastiques, les salines, etc...²⁶

L'administration précise que l'exploitation susceptible de servir de base à l'appropriation du sol par les indigènes doit être faite à titre privatif et à titre permanent ou périodique.

E. Boelaert signale qu' à côté de cette interprétation, d'autres instructions ont été données par le Gouverneur Général aux agents chargés de délimiter les terres occupées par les indigènes et de constater la nature des droits d'occupation. Voici les termes de ces instructions :

« ...le Gouvernement n'entend pas révoquer la tolérance dont les indigènes ont profité jusqu'à présent, mais il importe de définir exactement la nature des droits des indigènes et le régime des terres qui en sont affectées en déterminant les conditions sous lesquelles ces terres pourraient passer en cas de vente ou de location en mains de tiers acquéreurs.

L'enquête locale à laquelle vous vous livrerez, conformément à ma dépêche précitée, devra fixer les caractères propres de ces droits originaires indigènes. Ce n'est évidemment pas une propriété même collective. Ce n'est pas davantage un usufruit ou une servitude. C'est plutôt un droit réel sui generis grevant la propriété au profit d'un ou plusieurs collectivités. »²⁷

De son côté, O. Louwers estime que l'interprétation administrative n'a pas de valeur légale, elle est même équivoque et imprécise. Il se demande qu'en cas d'une

²⁴ Recueil usuel de la législation de l'Etat Indépendant du Congo, T5, p 673.

²⁵ P. Piron et J. Devos, Codes et Lois du Congo belge, matières civiles, commerciales, pénales, Bruxelles, Larcier, 1960, p 424

²⁶ P. Piron et J. Devos, *op.cit*, p 673

²⁷ E.Boelaert, Législation foncière de l'Etat Indépendant du Congo et Droit naturel, in *Aequatoria* n°2, 1954, p 45

contestation née à la suite de l'interprétation de cette disposition, sur quelle base les tribunaux trancheront-ils ? Il déplore que le décret susvisé permette toutes les interprétations qu'on veut. Et de ce fait, de région à région, on pourrait dire de fonctionnaire à fonctionnaire, ou de gouvernement à gouvernement, on constate des interprétations très différentes; les unes sont restrictives de la notion de « terres indigènes », d'autres libérales. L'avenir des indigènes est devenu de plus en plus incertain et précaire. Avec l'évolution de la situation économique, avec le développement de la colonie, les natifs peuvent de nouveau se trouver cantonnés dans les espaces étroits et être à la merci des occupants des terres entourant leurs villages²⁸.

E. Boelaert va dans le même sens, lorsqu'il note que le décret de 1906 a compliqué la question des terres indigènes au lieu de la trancher définitivement. En effet, souligne-t-il, depuis la promulgation de ce décret, les textes légaux semblent même éviter le terme « terres indigènes » pour parler de « terres grevées de droits réels soit d'habitation, soit de culture, soit d'exploitation ». L'administration, renchérit-il, a introduit la théorie des « droits sui generis », qui ne trouve aucune base dans le décret de 1906, dans le but de restreindre les terres indigènes.²⁹

De tout ce qui précède, il ressort que les textes sur les terres indigènes ont posé beaucoup des problèmes dans la pratique. La question qui se pose est celle de savoir pourquoi le législateur de 1973 a reconduit pratiquement le même texte pour régler la question des terres des communautés locales. Le problème de la délimitation de ces terres se pose encore jusqu'à présent. A mon avis, il serait peut être à la base du blocage de l'ordonnance du Président de la République prévue par l'article 389 de la loi foncière de 1973, qui doit régler les droits de jouissance régulièrement acquis par les communautés locales individuellement et collectivement.

Il sied de noter que la définition des terres indigènes comme celle des terres des communautés locales a pour but de délimiter ces terres, afin de permettre à l'Etat de dégager l'espace foncier nécessaire pour le développement socio-économique du pays.

²⁸O. Louwers, Le problème des terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°47, 1954, p 67

²⁹ E.Boelaert , *op. cit*, p 46

Cependant, la détermination de la nature des droits fonciers des communautés locales est une nécessité qui s'impose.

Section 2 : Nature du droit de communautés locales

Aucun texte de loi ne donne la nature des terres appartenant aux communautés locales. Les textes tant coloniaux que du Congo indépendant se limitent à définir ces terres comme celles d'occupation. Devant ce vide, c'est la controverse qui a gagné du terrain. Mais la discussion tourne autour de la question de savoir si le droit des communautés locales sur leurs terres est un droit de propriété ou pas. D'une façon générale, on distingue d'une part ceux qui pensent qu'il ne s'agit pas d'un droit de propriété et d'autre part ceux qui soutiennent qu'il s'agit d'un droit de propriété. Les arguments des uns et des autres portent sur des points suivants : le caractère aliénable ou inaliénable de la terre en droit coutumier, la conception indigène de la terre, le concept d'occupation de la terre et enfin la conception de la propriété indigène par rapport à la propriété européenne. Comme ces arguments se recourent, nous pensons utile de pouvoir les analyser simultanément afin d'éviter de nous répéter. Ainsi, dans les lignes qui suivent, nous allons reprendre les arguments des uns et des autres avant de prendre position.

§ 1. Aliénabilité ou inaliénabilité des droits fonciers coutumiers

Ceux qui refusent d'admettre que les droits fonciers coutumiers sont des droits de propriété, s'appuient sur le fait que la terre en droit coutumier est inaliénable. Ainsi, disent-ils, la faculté d'aliéner est un élément essentiel du droit de propriété. Ils préfèrent qualifier les droits fonciers coutumiers comme étant des droits d'occupation et d'usage ou encore des droits sui generis.³⁰

³⁰ E.Kremer , Le droit foncier coutumier du Congo belge, in *Bulletin des juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°9, 1956, p243

Les défenseurs du droit de propriété objectent, en faisant remarquer que, refuser la propriété des terres coutumières aux groupements locaux sous prétexte qu'il leur manque la faculté d'aliénation, qui dans les droits romain et européens-occidentaux serait un élément essentiel du droit de propriété, c'est fausser la question en prenant ces législations comme des modèles universels pour juger toutes les autres à leur image.

D'ailleurs, disent-ils, des juristes éminents estiment que le jus abutendi des Romains, constituant dans leur droit un des attributs du propriétaire, ne signifie point droit d'aliénation, de disposition juridique, mais bien droit de disposition matérielle, le droit de transformer la substance d'une chose, allant même jusqu'au droit de la détruire. Dans ce cas, personne, hormis Dieu ou des êtres supérieurs à l'homme, ne pourrait être propriétaire d'un fonds puisqu'aucun être humain ne saurait transformer un fonds comme tel. Disposer matériellement d'une terre, c'est la détourner de sa destination normale pour lui en donner une particulière. Or, ce droit les indigènes le possèdent assurément ; ils ont donc le droit d'abusus de leur domaine.³¹

Selon le professeur G. Malengreau, le fait de l'inaliénabilité n'amoindrit pas la propriété, car il ne porte pas sur la propriété elle-même, mais plutôt sur la capacité du titulaire des droits de propriété.³²

Quant à A. Sohier, quelle que soit la qualification attribuée à ces droits, dans la mesure où ils constituent des droits de jouissance absolue, privative, perpétuelle, ils sont assimilables au droit de propriété.³³

S'interrogeant sur le sens réel de l'inaliénabilité, A. Sohier revient à la charge, en estimant que ce principe veut que le clan ne puisse pas conventionnellement céder les droits fonciers à titre définitif. Mais les droits pouvaient être démembrés, cédés temporairement ou même pour une durée indéfinie. D'autre part, les droits pouvaient être abandonnés; notamment par émigration ou en s'inclinant devant le droit du plus fort. Et

³¹ Ibidem

³²G. Malengreau , Les droits fonciers coutumiers chez les indigènes du Congo belge, Bruxelles, IRCB, 1947,p 71

³³ A.Sohier , Les terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n° 53, 1954, p157

ceci n'excluait pas qu'un contrat ne fut conclu à cette occasion, dans le cas d'un traité de paix terminant une guerre.³⁴

De son côté, J. Vannes pense que le droit de disposition n'implique pas nécessairement le droit d'aliénation, autrement dit, on peut être propriétaire d'une chose et ne pas pouvoir la vendre, le droit d'aliénation n'étant qu'une caractéristique du droit de propriété et non pas un élément essentiel de celui-ci. Le fait de pouvoir transformer la nature d'un terrain suffirait à lui seul, en principe, pour faire conclure au droit de propriété dans le chef de l'auteur de la transformation. Le fait de ne pas pouvoir aliéner une chose n'implique pas nécessairement l'absence de propriété ; il peut n'être qu'une restriction au principe de la plénitude des pouvoirs du propriétaire ; cette restriction pourra provenir soit de la nature de la chose elle-même, soit d'une convention mais elle n'est pas par elle-même exclusive du droit de propriété.³⁵

Le professeur Lukombe note d'abord que l'inaliénabilité ne détruit pas pour autant la propriété foncière coutumière qu'elle limite cependant l'absolutisme. Mais dans quel système juridique, s'interroge-t-il ensuite, le principe de la propriété n'est-il pas conçu comme susceptible de relativité ? il prend l'exemple de l'article 544 du code civil Napoléon qui, après avoir affirmé que la propriété est un droit absolu, s'empresse d'ajouter que l'on ne doit en faire un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Selon cet auteur, cette limitation ou relativité traduit à vrai dire le souci des rédacteurs du code de tenir compte des données de l'ordre social. De même, sous le ciel africain, la pensée juridique africaine a pu prévoir les obligations des propriétaires fonciers, telle celle de ne pas aliéner la terre. Dans ce système, la relativité du droit de propriété se traduit alors par ce fait que les règles juridiques imposent au propriétaire certains devoirs. Ces derniers sont, ici aussi, justifiés par les données particulières de l'ordre social.³⁶

³⁴A. Sohier, Les problèmes des terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°63, 1955, p126

³⁵J.Vannes, Le droit foncier coutumier en territoire de Kabongo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°7,1954, p166

³⁶Lukombe Nghenda, Droit civil: les biens, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2003, p385

Voilà l'argument des uns et les contre-arguments des autres sur la question de l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des droits fonciers coutumiers. Le second élément de la discussion concerne la conception que les indigènes se font de la terre.

§2. Conception coutumière de la terre

Plusieurs théories ont été avancées sur la conception que les africains ont de la terre. Globalement, elles tendent à affirmer que la propriété de la terre appartient aux ancêtres ou aux êtres supérieurs à l'homme. Seuls ces êtres ont la faculté d'aliéner la terre mais les vivants disposent des droits absolus et exclusifs d'occupation et d'usage. Ainsi, les droits des vivants ne sauraient être analysés comme un droit de propriété.³⁷ Le professeur Mulumba Katchy va dans le même sens lorsqu'il affirme que la terre coutumière est la propriété commune du clan, des vivants et des morts ; celle –ci revêt un caractère magique et sacré.³⁸

Les études menées sur terrain dans le cadre de l'enquête sur le droit foncier coutumier semblent attester cette thèse. En effet, dans une étude sur le droit foncier dans le groupement Bena Kankonde, province du Kasai, voici ce que rapporte J. Van Boeckhout :

«Les véritables propriétaires de ces terres sont les ancêtres(Bankamba) dont le chef de groupement est le représentant vivant; il est copropriétaire par sa descendance. Le chef de groupement n'a pas le droit ni les pouvoirs de disposer de ces terres d'une manière absolue et exclusive; il est chargé par les ancêtres de conserver ce patrimoine et de les représenter dans les litiges nés de cette propriété. Il est le mandataire des véritables propriétaires disposant des droits et des pouvoirs nécessaires pour sauvegarder leurs intérêts et pour garder intact ce legs foncier.

Les terres sont inaliénables, incessibles et hors commerce. La propriété de terres ne peut faire l'objet d'un contrat quelconque et la convention ayant la cession de la propriété comme objet n'est pas valable et frappée d'une nullité absolue ; les conditions essentielles (consentement des ancêtres et capacité du mandataire) pour la validité de cette convention font défaut. Les ancêtres ne donnent pas leur consentement pour la cession de la propriété de leurs terres puisqu'aucun pouvoir ne lui a été donné par les mandants ».³⁹

Mayer va dans le même sens, lorsque analysant la conception de la terre chez les Bena Tshitolo, il note que :

³⁷E. Kremer , *op. cit*, p245

³⁸ Mulumba Katchy, *op. cit*, p 113

³⁹J. Van Boeckhout , Le droit foncier chez le groupement Bena Kankonde du secteur Bena Ngoshi province Kasai, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°2, 1957, p33

« La terre ne peut être vendue, car elle renferme les esprits des ancêtres. Elle appartient non seulement aux vivants mais aussi aux morts de la famille. Pour l'indigène, la propriété du sol n'est pas seulement une question d'espace ; c'est aussi une question de temps. Car elle remonte dans le passé et s'étend déjà sur toutes les générations futures.

La propriété est donc collective dans le sens de la famille ; n'importe quel parent peut exploiter le sol réservé à son clan. Ce clan comprend en outre les parents décédés ».⁴⁰

Analysant ces théories, Kremer pense que le refus de reconnaître aux groupements la propriété foncière tire souvent son origine lointaine de l'absence de la faculté d'aliénation dans le chef des groupements. Il poursuit, en affirmant que, ces théories peuvent être justes au point de vue philosophique, mais ne valent pas dans le domaine juridique.

Le professeur Kalambay pense que les arguments avancés par les partisans de la thèse métaphysique sont certes séduisantes, surtout pour les peuples dont on a vanté le sens religieux profond, mais malheureusement elles ne résistent pas toutes à une analyse approfondie de la conception philosophique et métaphysique des autochtones, car si les morts sont nu-propriétaires du domaine foncier ou s'ils sont dans l'impossibilité physique d'assister à une assemblée des vivants, ils ont, selon la conception bantoue du pouvoir, leurs représentants accrédités sur la terre, dans la personne du chef ou des chefs de famille. Ce chef représente parfaitement les morts et les vivants, dès lors il serait capable de parler au nom de tous et d'aliéner le domaine foncier, tout au moins en partie. Mais en fait le chef n'agit pas ainsi, sauf dans certaines circonstances où il est forcé de le faire lorsque, par exemple, il doit mettre certains biens en gage.⁴¹

Voilà l'état de la question en ce qui concerne la conception indigène de la terre. Le troisième argument sur lequel porte la discussion concerne l'occupation effective de la terre par les indigènes.

§ 3. Concept d'occupation effective de la terre

⁴⁰Ch. Mayer, Enquête sur le droit coutumier des Bena Tshitolo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 2, 1953, p25

⁴¹G.Kalambay Lumpungu, Le droit foncier zaïrois et son unification, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p377

Pour s'accaparer des terres indigènes en les déclarant vacantes et par conséquent les domanialiser, l'administration coloniale tirait argument du manque d'occupation effective et réelle de ces terres par les communautés locales. C'est ainsi qu'elle avait défini les terres indigènes comme celles qu'ils habitent, cultivent et exploitent d'une manière quelconque conformément aux coutumes et usages locaux.⁴²

Ceux qui pensent que les indigènes étaient propriétaires de ces terres avancent des arguments contraires pour démontrer que les terres indigènes, sont effectivement et réellement occupées par ceux qui en sont propriétaires. Ci- dessous, nous reprenons quelques arguments avancés.

Il y a appropriation d'un fonds, pense le professeur Malengreau, lorsqu'une personne l'occupe avec la volonté d'en acquérir la propriété. Sur le plan juridique, « occuper » ne signifie pas occupation exhaustive, mais occupation dans un sens ou dans un autre, voire occupation symbolique. Il suffit que l'occupant fasse servir son fonds dans un but déterminé et choisi par lui et qu'il ait l'intention d'empêcher chaque intrus d'y exercer des droits.⁴³

Selon Kremer, ceux qui refusent la propriété de leurs terres aux collectivités indigènes, sous prétexte qu'elles ne les occupent pas exhaustivement, confondent le sens usuel du mot occupation avec son sens juridique⁴⁴. Il y a occupation acquisitive d'un bien sans maître, affirme Sohier, dès qu'il existe une prise de possession suffisante pour pouvoir y exercer les droits dont on s'empare. Ainsi par exemple, j'occupe une maison lorsque je m'empare de sa clé et m'installe dans son rez- de- chaussée, même si je laisse vide les pièces des étages. A fortiori, quand dans ces pièces j'exerce des activités. Chasser en installant un garde-chasse, exploiter les bois, faire la récolte des fruits sont assurément des modes de prise de possession des forêts qui, faits avec la volonté de se les approprier, en constituent l'occupation. Lorsqu'un agriculteur pratiquant la culture

⁴² Voir ce qui a été dit supra p 3

⁴³G. Malengreau , *op cit*, pp 77-78

⁴⁴ E.Kremer , *op cit*, p 246

extensive laisse une partie de ses terres en jachère pendant la période de régénération, il cesse de les occuper au sens vulgaire, il n'en perd pas la possession au sens juridique.⁴⁵

Toute la législation foncière de l'Etat Indépendant, note E.Boelaert, a perdu de vue que pratiquement toutes les populations congolaises vivaient en grande partie de la chasse, la pêche et la cueillette. Elles ne vivaient que grâce à la forêt. Celle-ci leur procurait logement, vêtement et nourriture. C'est leur domaine forestier qui devait leur procurer les sticks, les feuilles, les lianes pour la construction et l'entretien de leurs maisons et des dépendances ; les ustensiles de ménage, de culture, les engins de chasse et de pêche; les poteries, les nasses, les nattes, les médicaments, les stimulants, les ornements; les fibres pour leurs vêtements, et toutes ces mille choses qui composent la vie. Il s'agit là d'une occupation effective selon les possibilités et les besoins des indigènes.⁴⁶

L'occupation de la terre patriarcale, renchérit E.Boelaert, est suffisante pour justifier la propriété. En droit naturel, il n'est pas indispensable que j'épuise l'utilité d'une chose ou d'une terre pour pouvoir la dire mienne; il suffit que je la fasse servir, d'une façon réelle, mais de mon choix, à ma personne, et que j'aie la volonté d'interdire à tout étranger un usage quelconque indépendant de mon consentement. Dès lors l'occupation effective est jointe à l'intention, et l'on a tous les éléments constitutifs du titre de la propriété. Le propriétaire qui cultive la moitié de son domaine et laisse l'autre moitié en réserve de chasse ou en jachère n'est pas moins propriétaire de cette moitié-là.⁴⁷

Le quatrième point de discussion concerne la question de savoir si la propriété telle que prévue en droit occidental est conçue de la même manière par les Africains.

§ 4. Conception européenne et africaine de droit de propriété

⁴⁵A. Sohier , Les terres indigènes, in *Journal des Tribunaux D'Outre-mer*, n°50, 1954, P116

⁴⁶E. Boelaert , législation foncière de l'Etat Indépendant et Droit naturel, in *Aequatoria*,n°2, 1954, p49

⁴⁷E. Boelaert , *op cit*, p 50

Nous allons d'abord donner les arguments de ceux qui pensent que la propriété foncière coutumière pouvait être analysée en se référant aux caractères de la propriété en droit occidental, ensuite voir les arguments de ceux qui pensent que la propriété foncière coutumière obéit à une autre conception de chose.

1. Conception européenne de la propriété

Les tenants de cette thèse estiment que le droit foncier coutumier est un droit de propriété parce qu'il renferme tous les caractères attachés à ce droit. En effet, tel que prévu dans le code civil napoléon, la propriété est un droit exclusif, perpétuel, général et absolu.

Dans son étude sur le droit coutumier du Congo belge, A. Sohier écrit notamment que le chef, en prenant possession d'un territoire non occupé, il le faisait avec l'intention d'acquiescer d'abord la souveraineté politique, mais aussi l'usage exclusif de la terre et de tous ses produits. Désormais personne n'aurait pu y exercer de droits sans son autorisation. Il n'est pas douteux que les droits ainsi acquis répondent à la définition de la propriété en droit européen. C'est d'ailleurs renchérit-il, un fait d'expérience que le Noir a parfaitement la notion de la propriété du sol. Sans doute, la prise de possession ne s'accompagne pas d'une occupation et d'une exploitation intensives de tout le territoire, mais explique-t-il, il en est de même en Europe où il y a des forêts, des terres incultes, sans qu'on songe à contester la nature du droit des propriétaires.⁴⁸

Dans une étude consacrée à la tenure foncière coutumière dans un monde moderne, Liz Alden Wily définit la tenure foncière coutumière comme la propriété foncière issue des systèmes pratiqués par la plupart des communautés africaines en milieu rural pour faire valoir et organiser la propriété, la jouissance et l'accès, et pour régler l'utilisation et le transfert.⁴⁹

⁴⁸A. Sohier, Le droit coutumier du Congo belge, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 10, 1946, p 308

⁴⁹ Liz Alden Wily, La tenure foncière coutumière dans un monde moderne in *Rights + ressources*, Janvier 2012, p1

Pour sa part, analysant les spécificités des régimes fonciers africains, Pierre-Claver Kobo note que les droits fonciers coutumiers sont assimilés purement et simplement, à des droits de propriété de conception romaine.⁵⁰

Mais les partisans de la thèse négationniste estiment que ce droit n'est pas exclusif parce que le titulaire du droit coutumier sur la terre ne se réserve pas toutes les utilités présentes et futures de leur domaine. En effet, disent-ils, si tout premier venu s'installe, cultive, chasse, pêche, et cueille des fruits à son gré, comme bon lui semble et sans permission, les droits cessent d'être exclusifs et l'on ne doit plus parler de la propriété.⁵¹ En outre, pensent-ils, l'esprit africain traditionnel ne connaît pas l'appropriation du sol, le principe est que le droit de propriété appliqué à un objet quelconque réside dans le travail qui a produit l'objet ou le fait acquérir, la terre ne peut être considérée comme le produit d'un travail humain, elle n'a pas de valeur patrimoniale. Elle est comme le ciel et la mer, appartient à des divinités.⁵² A cette critique, les auteurs de la thèse affirmative répondent qu'il s'agit là d'une simple tolérance qui n'est pas gouvernée par une règle de droit. Cette tolérance est justifiée par la situation de fait extrêmement simple d'une population peu nombreuse déployant une activité limitée sur des terres fort étendues. Mais les propriétaires fonciers, lorsqu'ils se sentent forts, s'arrogent toujours le droit d'expulser les intrus même après plusieurs générations.⁵³

Le caractère perpétuel de ce droit se justifie par le fait qu'il ne s'éteint pas par le non-usage. En effet, la collectivité ne peut pas perdre une partie de son domaine par le non-usage.⁵⁴ Ce droit est également général, dans la mesure où il accorde aux membres du groupe la faculté de tirer tous les usages du domaine collectif dans les limites prévues par la coutume.⁵⁵

2. Conception coutumière africaine de la propriété

⁵⁰ P.C. Kobo, Spécificités des régimes fonciers africains, in *Pénant*, 4^{ème} trimestre 1990, p228.

⁵¹ Lukombe Nghenda, *op. cit*, p 375

⁵² Mohamed Yahya Ould Abdel Wedoud, Réflexion sur la propriété foncière en Mauritanie à la lumière de la nouvelle législation foncière et domaniale, in *Pénant*, octobre-novembre 2005, p475

⁵³G Malengreau, *op. cit*, p112

⁵⁴G. Kalambay Lumpungu, *op. cit*, p375

⁵⁵ Ibidem

La propriété prévue par le code civil possède trois attributs qui sont l'usus, le fructus et l'abusus. Les tenants de la thèse affirmative de la propriété foncière coutumière pensent qu'elle a aussi les trois attributs.

Si le droit d'usage ainsi que celui de jouissance sur les terres coutumières ne sont pas discutables, celui de disposer est au cœur de la controverse. C'est même l'argument principal qui est à la base de la négation de ce droit. A ce sujet, les partisans de la thèse affirmative avancent plusieurs arguments pour tenter de justifier leur position.

Discutant sur la question de savoir si chez les Kuba il existe la propriété foncière, Vansina pense qu'on ne peut transposer le concept de propriété romaine en droit coutumier kuba parce qu'il s'agit là de deux systèmes juridiques différents. Mais on peut bien concevoir une notion de propriété qui est différente. En droit coutumier kuba, l'usufruit n'est pas le seul privilège du propriétaire mais que celui-ci peut disposer de ces terres, puisqu'un village cède des terres à un autre village. En fait, renchérit-il, toutes les qualités requises par le droit romain sont présentes et le concept est donc d'application, si l'on considère que dans cette société la terre n'a aucune valeur marchande. Il nous semble, par ailleurs, qu'une étude plus poussée chez d'autres peuples primitifs permettrait de découvrir que l'inaliénabilité totale est, en fait, plus rare qu'on ne l'a pensé.⁵⁶

De son côté, J.Vannes, dans son étude sur le droit foncier coutumier en territoire de Kabongo note que :

« L'indigène ne cède pas son domaine; en particulier, il ne le vend pas. Mais ce fait de ne pas vendre et de ne pas pouvoir le faire, n'implique nullement l'absence du droit de disposition du domaine par quoi se manifeste, entre autres, le pouvoir de propriétaire. En effet, le droit de vente n'épuise pas à lui seul le droit de disposition; le droit de disposer d'une chose peut s'exercer de différentes manières; entre autres la vente d'une chose est une manifestation du droit de disposition; il en est d'autres : assécher un marais, transformer une forêt en terre de culture, vider un lac naturel, tout cela, c'est transformer la nature d'une chose ou sa destination et ce sont là des manifestations évidentes du droit de disposition. »⁵⁷

⁵⁶J. Vansina, Le régime foncier dans la société kuba, in *Zaire*, novembre 1956, p 903

⁵⁷J.Vannes, le droit foncier coutumier en territoire de Kabongo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°7, 1954, p172

Dans sa thèse consacrée à l'unification du droit foncier congolais, le professeur Kalambay pense que malgré l'élément d'inaliénabilité grevant le domaine foncier des groupements traditionnels, ce domaine constitue d'abord une propriété et ensuite une propriété collective dans le sens qu'il appartient à la collectivité traditionnelle groupant un nombre indéfini d'individus remplissant certaines conditions prévues par la coutume. Le principe de cette propriété collective est que les droits sur la terre sont partagés par une collectivité, c'est-à-dire, ces droits sont le plus souvent fractionnés entre la collectivité et les individus qui la composent en ce sens que l'individu a le droit d'utiliser les terres tandis que la communauté a celui de fixer le caractère et l'étendue de cet usage pour les autres et pour l'individu. Ainsi donc, continue-t-il, nous pensons que la collectivité traditionnelle est titulaire du droit de propriété coïncidant avec son domaine foncier. Mais en vertu de ce qui vient d'être dit, les droits qu'exercent la collectivité et ses membres concurremment sur le domaine foncier sont complexes et ne trouvent pas d'équivalents dans le code civil.⁵⁸

Le professeur Lukombe va dans le même sens lorsqu'il note qu'aucune réserve ne devrait être émise sur ce que le droit coutumier sur la terre est un droit de propriété et ce, que la propriété soit prise en tant que fait ou en tant que concept théorique. Mais, poursuit-il, admettre l'existence du droit coutumier de propriété ne saurait empêcher que celui-ci soit à considérer comme un droit dont la différenciation juridique n'est pas entièrement achevée.⁵⁹

René Rarijaona pense de la même manière au sujet du droit foncier africain et malgache. Selon l'auteur, ce droit ne peut pas être réduit à un simple droit d'usufruit, il s'agit bien d'un véritable droit de propriété. En effet, si le titulaire jouit d'un certain nombre de prérogatives, il est tenu à des obligations. Mais, poursuit-il, ce droit est un système juridico-religieux, en ceci qu'il porte encore l'empreinte des conceptions sociales et religieuses des populations.⁶⁰

§5. Notre opinion sur la question

⁵⁸ G.Kalambay Lumpungu, *op.cit*, pp 367-368

⁵⁹ Lukombe Nghenda, *op. cit*, p 382

⁶⁰ R. Rarijaona, *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar*, Paris, Cujas, 1967, p 46

Nous constatons d'abord que ce débat est alimenté par le refus de qualifier avec exactitude la nature des droits des communautés locales par les pouvoirs publics tant de l'époque coloniale que ceux d'aujourd'hui. Ensuite, la conception occidentale du droit de propriété est différente de la conception coutumière du même droit, surtout lorsque l'objet du droit de propriété est la terre. En effet, les principes qui régissent la terre coutumière en Afrique en général, et en République Démocratique du Congo en particulier, sont trop éloignés des principes européens en la matière. D'où, il est difficile pour quelqu'un qui n'a pas pris du temps pour comprendre le mécanisme régissant cette matière de se faire une idée exacte de la situation. La confusion qui entoure ce débat trouve sa cause principale en la référence constante au concept du droit romain. Or, comme le constate Rarijaona, le droit coutumier africain et malgache est un droit qui n'a pas encore atteint un degré de différenciation permettant de lui trouver une correspondance dans le droit européen. C'est un droit qui porte plus ou moins profondément les marques des conceptions religieuses et des structures sociales, lesquelles en font leur originalité.⁶¹

En outre, à la suite de Félicien Challaye, nous pensons qu'il faut se garder de croire que les formes du droit sont identiques dans toutes les sociétés, à tous les moments ; ne point parler de la propriété, de l'héritage, comme s'il n'y avait qu'un seul type immuable de propriété ou d'héritage.⁶² E.Boelaert va dans le même sens lorsqu'il souligne avec pertinence qu'il est évident que le droit de propriété est adapté à l'ensemble des institutions sociales d'un pays, qu'il doit y avoir donc des différences de système d'après les pays et le temps. Dans ce sens, on peut même dire que la propriété n'existe pas, qu'il y a des propriétés. Mais toutes ces formes, tous ces systèmes évoluant de propriété n'en trouvent pas moins dans le droit naturel leur commun dénominateur, et les historiens qui traitent de ces systèmes parlent aussi bien de la propriété dans les sociétés primitives que de la propriété romaine ou quiritaire. Pour être différents, ces divers systèmes n'en sont pas moins légitimes et dignes de respect.⁶³

⁶¹ R.Rarijaona , op. cit, p25

⁶² F. Challaye, Histoire de la propriété, col. Que sais-je ?, Paris, P.U.F, 1967, p 94

⁶³ R.P.E. Boelaert, L'Etat Indépendant du Congo et les terres indigènes, Bruxelles, Académie royale des sciences coloniales, 1956,p 15

Mais une autre question est de savoir si ce débat garde encore son actualité. La pertinence de la question se justifie par le fait qu'aujourd'hui, l'Etat est devenu l'unique propriétaire foncier. En effet, l'article 53 de la loi n° 73/021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés dispose que « Le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat ». Le même principe est aussi affirmé par la loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier qui dispose en son article 7 que les forêts constituent la propriété de l'Etat. Cette mesure étatique est justifiée par le professeur Kangulumba lorsqu'il écrit qu'au plan de l'anthropologie juridique, l'option d'appropriation du sol par l'Etat semble rencontrer la conception et le statut de la terre de la grande majorité de Congolais dans la mesure où le sol a toujours été considéré comme un bien à usage commun, certes sous la surveillance d'une autorité clanique ou publique. En effet, poursuit l'auteur, la conception congolaise de la propriété est « communautaire » alors qu'il n'est pas exclu des droits individuels à l'intérieur de toute propriété.⁶⁴

Il ressort de ces dispositions que les terres tant urbaines que rurales appartiennent à l'Etat. La loi foncière a rendu les terres des communautés locales domaniales⁶⁵ et a promis que le droit de jouissance acquis régulièrement par ces communautés devrait être réglé par une ordonnance du Président de la République⁶⁶.

Sur le plan purement juridique, il y a lieu d'affirmer que si avant la promulgation de la loi de 1973, les autochtones avaient sur leur terre un droit de propriété, depuis l'entrée en vigueur de celle-ci, le droit foncier des communautés locales n'est plus un droit de propriété. C'est un droit de jouissance comme dans les circonscriptions urbaines⁶⁷. D'ailleurs, la loi n°11/022 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'agriculture dispose en son article 18 que :

«Il est reconnu à chaque communauté locale les droits fonciers coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur ses terres conformément à la loi.

⁶⁴ V.Kangulumba Mbambi, Précis de droit civil des biens, Tome 1, Louvain- la- Neuve, Bibliothèque de droit africain, 2007, p328

⁶⁵ Article 387 de la loi foncière

⁶⁶ Article 389 de la loi foncière

⁶⁷ Il convient de noter que dans les circonscriptions urbaines, l'Etat accorde aux particuliers les droits de jouissance appelés concessions. Ces concessions peuvent être perpétuelles ou ordinaires.

L'ensemble des terres reconnues à chaque communauté locale constitue son domaine foncier de jouissance et comprend des réserves des terres de cultures, de jachère, de pâturage et de parcours, et les boisements utilisés régulièrement par la communauté locale.⁶⁸»

Il convient de noter que cette loi qui date de décembre 2011, confirme que le droit des communautés locales sur leur terre est un droit de jouissance et non un droit de propriété. Mais elle ne donne pas plus de précision sur la nature de ce droit de jouissance. Cela nous paraît compréhensible. En effet, cette loi n'a pas pour but de déterminer la nature des droits fonciers que la population peut détenir et particulièrement les communautés locales. Cela relève, conformément à la loi foncière, d'une ordonnance du Président de la République. Mais, étant donné que l'ordonnance promise n'a jamais été prise, il y a un vide parce que la nature exacte de ce droit de jouissance n'est pas encore déterminée. Ce vide est également déploré par Nyamugabo Mpova lorsqu'il écrit que cette ordonnance qui aurait réglé cette importante question n'a jamais été prise. Elle devrait prévoir la façon dont les terres occupées par les communautés locales s'acquièrent, se transmettent et aurait pu certainement éviter des conflits qui naissent suite à la concession de ces terres par l'administration foncière à des personnes étrangères à ces communautés.⁶⁹

Cependant, sur le plan pratique, les communautés locales se comportent en véritable propriétaire foncier à côté de l'Etat. Ainsi, aucune exploitation de ces terres n'est possible sans l'accord de ces « communautés propriétaires ». Un auteur a mieux exprimé cette situation, lorsqu'il écrit que la population s'épanouit et se reconnaît volontiers dans l'orthodoxie juridique coutumière, qui donne compétence en matière de l'affectation et de l'utilisation des terres, aux notabilités du village, du clan et de la chefferie. Il nous semble, ajoute-t-il, que les chefs coutumiers ne se sentent pas concernés par tout ce qui est prévu par la loi foncière et une telle attitude fait du droit écrit l'apanage d'une poignée d'intellectuels souvent citadins et de commerçants qui les corrompent.⁷⁰ Dans le même sens, Nyamugabo constate que la coexistence de la coutume

⁶⁸ Loi n°11/022 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'agriculture.

⁶⁹ Nyamugabo Mpova, Réflexion critique sur la gestion de la loi foncière, in *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : Quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, p32

⁷⁰ M. Ulworho Genombe, La question des terres, vecteur de la guerre en Ituri, in *Paroles de justice*, 2005, p175

avec la loi foncière passe à travers les chefs coutumiers qui jouent un rôle de premier plan dans la gestion du patrimoine foncier. Dans beaucoup des contrées, poursuit-il, c'est au chef coutumier qu'il faut s'adresser; c'est à lui qu'il faut payer la redevance appelée « kalinzi » au Sud-Kivu chez les Bashi; « makasu » ou « nsaki dia mungwa » chez les Bakongo. Même dans la Ville de Kinshasa, c'est le chef coutumier humbu ou teke qui trône et distribue les lopins de terre à ses conditions.⁷¹ Telle est la situation actuelle, nous y reviendrons plus loin. Comment alors ces terres sont-elles gérées ? C'est l'objet de la troisième section de notre étude.

Section 3. Principes de gestion des terres des communautés locales

Nous avons dit que les terres des communautés locales sont régies par la coutume. La multitude des tribus, et par conséquent des coutumes, existant en République Démocratique du Congo peut, a priori, rendre aléatoire une étude dans ce contexte. Mais, il convient de noter que l'analyse approfondie de la question a démontré qu'il existe des principes communs applicables à toutes ces coutumes quel que soit le système de parenté (matrilinéaire ou patrilinéaire). C'est dans ce sens que le professeur Kalambay conclut à l'unicité des principes fonciers dans toute la République Démocratique du Congo, à la suite de l'étude menée par Biebuyck en la matière.⁷² Analysant l'incidence du régime foncier sur le développement agricole au Zaïre, le professeur Lumpungu Kamanda va dans le même sens lorsqu'il écrit que chez les Bashi comme chez les Banande, le régime des terres est sensiblement le même que celui des autres régions de la République.⁷³ De son côté, Pierre Gannagé note que les droits fonciers, en dépit de leurs origines différentes et de la physionomie propre de chacun d'eux, revêtent des traits communs qui tendent à les rapprocher. Ils se présentent comme des droits collectifs établis dans l'intérêt du clan, de la tribu ou de la communauté religieuse. La terre chez beaucoup de peuplades d'Afrique, appartient ainsi au groupe qui l'a reçue de ses ancêtres et doit y demeurer de génération en génération. Elle constitue une valeur sacrée, les individus n'exerçant sur elle que des droits d'administration et de jouissance. Elle est, par

⁷¹ Nyamugabo Mpova, *op cit*, p32

⁷² G. Kalambay Lumpungu, *Droit civil : Régime foncier et immobilier*, vol II, 2^{éd}, Kinshasa P.U.C, 1999, p 68

⁷³ Lumpungu Kamanda, *Le régime foncier au Zaïre et son incidence sur le développement agricole*, in *Cahiers Economiques et Sociaux*, vol xi, n^os 3 et 4, 1973, p65

suite, inaliénable, cette inaliénabilité dérivant de sa nature et garantissant son affectation.⁷⁴ Dans une conférence sur l'évolution juridique de la société congolaise, Lafontaine, alors Procureur du Roi à Léopoldville, souligne que si le Congo belge est un, le Congo indigène ne l'est pas, et toutes les coutumes ne sont pas identiques de l'Ituri au Bas-Congo, ni de l'Oubangi au Katanga. Cependant renchérit-il, avec nombre d'auteurs, nous croyons qu'il y a moyen de découvrir des dispositions communes et que ce n'est en vérité que sur des détails d'application qu'il y a des différences importantes entre les coutumes bantoues.⁷⁵

Dans une étude relativement récente sur les conflits fonciers en Ituri initiée par R.C.N Justice et Démocratie⁷⁶, on peut lire ce qui suit :

« Sur le plan foncier, toutes les coutumes sont presque semblables : la terre est un bien commun à un lignage, un clan, un groupement sous l'autorité et la gestion du chef de clan, du groupement ou du lignage. A l'intérieur de chaque communauté, les membres ont droit égal de jouissance et d'usage de la terre. Celle-ci n'est pas aliénable, c'est –à-dire non cessible ni transmissible. En cas de succession au trône, l'héritier n'apparaît que comme le continuateur du pouvoir de gestion de la terre. En effet, la terre n'est pas un bien personnel du chef coutumier.⁷⁷ »

C'est ce fond commun qui nous intéresse. Cependant, nous ne manquerons pas de souligner certaines particularités liées à telle ou telle autre coutume. Cette section sera analysée en trois paragraphes. Le premier sera axé sur les droits collectifs fonciers, le deuxième va être consacré aux droits individuels et le troisième au caractère inaliénable de ces droits.

§ 1. Caractère collectif du droit foncier coutumier

Selon deux enquêtes que nous avons menées successivement dans le territoire de Bumba dans la province de l'Equateur ainsi que dans celui d'Idiofa dans la province de Bandundu, il s'avère qu'à la question de savoir: selon votre coutume, à qui appartient la terre ? La totalité des personnes interrogées ont répondu que d'après leur coutume, la

⁷⁴ P.Gannagé, Les droits fonciers coutumiers : rapport général, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1970, pp 1102-1103

⁷⁵ Lafontaine, L'évolution juridique de la société congolaise, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1, 1956, p158

⁷⁶ RCN Justice et Démocratie est une organisation non gouvernementale internationale de droit belge qui œuvre dans le domaine de la justice et de la démocratie.

⁷⁷ RCN Justice et Démocratie, Les conflits fonciers en Ituri : de l'imposition à la consolidation de la paix, www.rcn-ong.be, septembre 2009, p 27

terre appartient au clan.⁷⁸ Cette même constatation est faite également par Ulwortho Genombe qui écrit ce qui suit au sujet du droit foncier dans le district de l'Ituri :

« D'une façon générale, les terres sont une propriété des villages qui les répartissent entre les clans. Ceux-ci, à leur tour, les attribuent aux différentes familles pour l'exploitation. Les terres ainsi affectées deviennent une propriété inaliénable et sont bien délimitées. Elles demeurent un héritage foncier que les générations se lèguent dans le respect des limites fixées au premier lotissement. »⁷⁹

Omari souligne qu'en droit foncier coutumier bakusu de la province de Maniema, le village est propriétaire du sol dans ses limites. Les terrains incultes, les cours d'eau, la faune et la flore de la circonscription, forment l'ensemble des biens communs, autrement dit, la propriété collective. Là, c'est la liberté absolue d'exploitation.⁸⁰ La situation est identique en droit foncier coutumier camerounais. En effet, on peut lire ce qui suit dans les écrits de Ngongang-Ouandji : « Quelle que soit l'emprise de l'homme sur la terre, celle-ci est considérée comme bien inaliénable de la famille, de la collectivité ou clan. »⁸¹ Le professeur Mulumba Katchy va dans le même sens lorsqu'il écrit : « Dès que le territoire est acquis, il devient la propriété collective et exclusive du clan. La terre appartient à la parentèle, au clan, aux ancêtres.⁸² »

A la question de savoir : qui gère les terres du clan ? Toutes les personnes interrogées ont répondu que c'est le chef du clan. Le clan est donc titulaire d'un domaine foncier dont les délimitations sont précisées souvent par une rivière, une colline, un grand arbre etc. Dans tous les cas, les limites du domaine foncier appartenant à un clan sont connues et respectées par les clans voisins.⁸³

Ce sont les membres d'un clan réunis dans un village ou dans plusieurs villages qui occupent le domaine foncier de celui-ci. Ils y exercent des droits fonciers tant

⁷⁸ Ces enquêtes ont été menées dans le cadre de mes recherches. Parmi les personnes interrogées, il y avait des notables, des juges assesseurs, des enseignants, des chefs coutumiers ainsi que les chefs de groupements. Il convient de noter qu'à Bumba, les personnes interrogées appartiennent à la tribu Mbudja. Elles sont patrilinéaires. En revanche, les personnes interrogées à Idiofa sont de la tribu Dinga, elles sont matrilineaires. D'une façon générale, l'échantillon a été constitué de cent personnes, en raison de cinquante par tribu.

⁷⁹ Ulwortho Genombe, *op. cit.*, p164

⁸⁰ A.J. Omari, Le droit foncier congolais, in *La Voix du Congolais*, n° 48, 1950, p138

⁸¹ A. Ngongang-Ouandji, La dévolution successorale au Cameroun, *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, p 656.

⁸² Mulumba Katchy, *op.cit.*, p112

⁸³ G. Kalambay Lumpungu, Les droits fonciers coutumiers à travers la législation de la République Démocratique du Congo, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1970, p 1177

individuels que collectifs très précis tels que : culture, habitation, chasse ou pêche.⁸⁴ C'est ce qui fait dire aux anthropologues juridiques que la tenure foncière en Afrique a un caractère communautaire. Cela veut dire que l'individu est complémentaire au groupe dans ce sens qu'il possède des droits individuels sur une parcelle de terre en raison de sa qualité de membre d'une communauté, son statut dérivant de cette appartenance.

S'agissant particulièrement de culture, les terres y relatives sont distribuées à chaque famille suivant ses besoins, étant donné que tous les membres de la communauté ont un droit égal d'exploitation des terres communautaires.⁸⁵

De l'entretien que nous avons eu au mois d'avril 2010 avec monsieur Misato Likpangbola, du village Yaligimba dans la chefferie Itimbiri, il s'avère que le chef de groupement délimite les terres appartenant à chaque localité. Il appartient au chef de localité de mettre à la disposition de chaque famille les terres dont elle a besoin. Chaque membre de famille reçoit du chef de famille une portion de terre pour exploitation.⁸⁶

De son côté, monsieur Masha Lekansie, notable Dinga, de la chefferie Mateko affirme que chaque membre du clan doit s'adresser au chef du clan pour obtenir une portion de terre à exploiter. Cela se justifie par le fait que celui-ci est la seule personne qui connaît bien les limites de terre de chaque membre du clan.⁸⁷

Comme on peut le constater, au sein de la tribu, il existe plusieurs clans qui sont propriétaires fonciers. Ce genre d'organisation est le plus représentatif en République Démocratique du Congo.⁸⁸ Mais à côté de cette organisation, on trouve aussi des groupements à caractère politique. Dans ces groupements, le territoire est composé de mosaïques de domaines fonciers affectés à chacun des groupements. Il est généralement admis que la base du régime foncier est constituée par les groupes de parenté et les représentants politiques ne disposent pas des domaines fonciers proprement dits, mais exercent seulement des pouvoirs politiques sur les zones, qui très souvent, englobent

⁸⁴E. Gianola-Gragg , Réflexions sur le droit foncier nzakara(la Centrafrique et le Zaïre), in *Droit et Cultures*, n° 28, l'Harmattan, 1994, p152.

⁸⁵E. Gianola- Gragg, *op. cit*, p152

⁸⁶ Cette contrée se trouve dans le territoire de Bumba. Elle est occupée par la tribu Mbudja qui est patrilinéaire. La personne interviewée est un enseignant.

⁸⁷ Nous avons eu un entretien avec ce monsieur au mois de mai 2010. Il est de la tribu Dinga, qui est matrilineaire.

⁸⁸ G.Kalambay Lumpungu , *Droit civil : Régime foncier et immobilier*, vol II, 2éd, Kinshasa, P.U.C, 1999, p68

plusieurs entités foncières.⁸⁹ Dans l'organisation administrative actuelle du pays, ces chefs dirigent les chefferies⁹⁰ mais aussi le groupement⁹¹. Entant que chef de chefferie, il est le chef de l'organe exécutif de cette entité. Sa désignation se fait conformément à la coutume locale.⁹² Actuellement le pays compte à peu près 230 chefferies.⁹³ Comment se fait la gestion foncière dans l'un ou l'autre type d'organisation sur le domaine collectif ?

Disons que dans les deux types d'organisation, c'est le chef de clan qui gère le domaine foncier, c'est lui le chef de terres. D'une façon générale, les prérogatives du chef sont les suivantes :

1° il est chargé de la répartition des terres de culture ou de pâturage et des terrains de chasse entre les différentes familles étendues ; il répartit également les endroits pour la pêche.⁹⁴ Il convient de noter que le chef procède à une telle répartition lorsque les terres deviennent rares. Dans les zones où les terres sont nombreuses, chaque famille peut choisir les endroits qu'elle trouve mieux pour exercer ses activités.

2° il redistribue les terres non occupées de suite de l'extinction de la parentèle ou de l'abandon définitif de celles-ci par un groupe.

3° il est le gérant des terres non réparties, sur lesquelles, tout membre de la collectivité peut tirer des ressources, en application du principe selon lequel les terres collectives sont communes par destination.⁹⁵

4° le chef est également compétent pour retirer à une famille les terres qu'elle possède en excédant par suite d'une diminution de ses membres, pour les attribuer à une autre famille qui en a besoin.

⁸⁹ Ibidem

⁹⁰ La chefferie est définie comme un ensemble généralement homogène de communautés traditionnelles organisées sur base de la coutume et ayant à sa tête un chef coutumier désigné par la coutume, reconnu et investi par les pouvoirs publics.

⁹¹ Le groupement est défini comme une communauté traditionnelle organisée sur base de la coutume et érigée en circonscription administrative sous l'autorité d'un chef coutumier désigné par la coutume, reconnu et investi par le pouvoir public. Il est subdivisé en villages.

⁹² F. Vunduawe te Pemako, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2007, p507

⁹³ L. De Saint Moulin et J.C Kalombo Tshibanda, *Atlas de l'organisation administrative de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, CEPAS, 2005, pp 201-234.

⁹⁴E. Kremer , *op. cit*, p273

⁹⁵E. Kremer , *op. cit*, p274

5° il est aussi compétent pour défendre les droits fonciers du groupe. A ce titre, il accorde et retire aux étrangers l'autorisation de s'installer et de tirer du domaine les moyens de leur subsistance.

Le chef de terres a aussi un pouvoir religieux, en sa qualité de descendant de l'ancêtre premier occupant. C'est lui qui reste en communication avec les esprits de la terre et avec les mânes, afin d'assurer la fertilité du sol et la prospérité du groupe.⁹⁶

Il peut arriver que dans un clan qu'il y ait un chef de terre, chargé des fonctions administratives et un autre ayant des attributions religieuses ou surnaturelles. Ce dernier, qui peut être un homme ou une femme, a le pouvoir de provoquer l'intervention des mânes des ancêtres en vue de rendre la fertilité au domaine du clan ou d'en provoquer la stérilité. C'est à lui que le véritable chef de terres s'adresse en cas de disette, de pénurie de gibier ou de poisson afin de remédier grâce à son pouvoir magique à une situation difficile pour le clan.⁹⁷

C'est ici les lieux de noter les similitudes existant entre les droits fonciers coutumiers de divers pays d'Afrique noire. En effet, s'agissant des pouvoirs dévolus au chef de terres, voici ce qui est écrit sur les droits fonciers coutumiers au Gabon :

« ...Le chef de clan a des pouvoirs relatifs à l'octroi des droits individuels et temporaires sur la terre, tels que les autorisations de construire, de planter, de pêcher, de chasser, etc. ces droits précaires ne portent pas sur la propriété de la terre, mais sur la jouissance ; c'est pourquoi le chef de clan peut décider seul de l'octroi de ces droits, déléguer ses pouvoirs au chef de lignage, au chef de village. S'agissant de la nature des pouvoirs du chef de clan, on peut dire qu'ils ont à la fois une nature profane et religieuse. Les pouvoirs profanes du chef de clan sont essentiellement ceux de représentant du clan, d'administrateur du territoire clanique, de conservateur des terres ancestrales, d'animateur et d'organisateur des activités agraires. C'est le même chef qui adresse les prières des vivants aux ancêtres défunts, c'est lui qui leur offre les sacrifices ; c'est encore lui qui s'adresse aux divinités, qui dirige les opérations de sécurité relatives aux travaux agricoles. Des cérémonies tendant à bénir les instruments agricoles et les travailleurs eux-mêmes sont nécessaires, le chef en est sinon l'officiant du moins le principal responsable. »⁹⁸

⁹⁶ Ibidem

⁹⁷R. Philippe, Notes sur le régime foncier au Lac Leopold II, in *Aequatoria*, 1954, n°2, p54

⁹⁸ P-L. Agondjo- Akawe , Les droits fonciers coutumiers au Gabon(société Nkomi, groupe Myene), in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1970, p 1144

En contrepartie des prérogatives dont ils disposent, les chefs bénéficient de certains avantages en termes des tributs sur les activités de leurs sujets. Ces tributs se payent en nature. Ainsi, les chasseurs devraient payer les produits de la chasse, les agriculteurs, les produits agricoles et les pêcheurs, les produits de la pêche.

A ce sujet, analysant le régime foncier au Lac Léopold II, René Philippe note que chez les Bolia⁹⁹, c'est au chef de terre que reviennent les redevances sur les produits du sol, de la chasse et de la pêche. S'agissant particulièrement de la redevance due au chef de terre pour les cultures, elle ne s'applique pas aux plantes ordinaires, telles que le manioc et les bananes. Elle concerne des produits ayant une valeur marchande plus élevée. C'est notamment le cas de courges, arachides et tabacs. La redevance est fixée à un panier de chacun des produits taxables.¹⁰⁰

Ainsi par exemple, pour les produits du sol, le chef a droit à un panier de safu.¹⁰¹ Il a également droit à un panier de nsali.¹⁰² Pour les produits de la chasse, tout dépend de la nature de la bête sauvage abattue. Généralement, le chef a droit à la cuisse et une partie de la queue. Mais pour certaines bêtes spéciales, il peut soit prendre l'entièreté de la bête, quitte à remettre au chasseur une somme d'argent en contrepartie, soit s'accaparer de la grande partie de la bête.¹⁰³ Les éléments recueillis sur terrain nous renseignent que dans la coutume Dinga, de la province de Bandundu, le tribut est appelé "Milambo." Il est exigé tant pour les activités agricoles que pour la chasse. La situation n'est pas totalement identique lorsque le chef de terre dépend d'un chef politique.

Dans les groupements politiques, l'organisation de l'autorité est complexe. Cette complexité tient à la manière dont le chef politique accède au pouvoir. D'une façon générale, le chef est un personnage qui a su s'imposer à un moment donné pour arriver au pouvoir. Les scénarios peuvent se présenter comme suit : soit, un chef de clan peut s'imposer en soumettant les autres clans d'une même tribu sous son autorité. Dans ce cas,

⁹⁹ Le Bolia est une tribu qui se trouve dans la contrée anciennement dénommée Lac Léopold II. Dans la configuration administrative actuelle, il s'agit du district de Maï Ndombe dans la province de Bandundu et le lac Léopold II s'appelle lac Maï Ndombe.

¹⁰⁰R. Philippe, *op. cit*, p56

¹⁰¹ Le safu est un fruit saisonnier issu d'un arbre appelé safoutier

¹⁰² Le nsali est un fruit sauvage mais saisonnier également.

¹⁰³R. Philippe, *op. cit*, p53

il devient chef politique. Soit, un chef étranger qui s'impose par la conquête et réussit à soumettre les autochtones sous son autorité. Ce dernier cas est rare au Congo, comme l'a indiqué le professeur G. Malengreau.¹⁰⁴

Dans tous les cas, les chefs politiques laissent aux autochtones le pouvoir d'organiser la gestion de leur terre et ils ne s'occupaient que du pouvoir politique. De cette manière, ils assument la direction politique et les chefs des clans gèrent la terre. Telle est notamment la situation chez le Bolia, où le chef politique appelé Nkumu s'occupe du pouvoir politique et les Isafu gèrent le sol.¹⁰⁵ La même situation se retrouve chez le Basengele. On trouve d'une part le clan régnant appelé Bekundi, qui exerce le pouvoir politique et les Bikinda qui sont des chefs de terre. La séparation des pouvoirs chez ces peuples se justifie par René Philippe de la manière suivante:

«Lors de l'arrivée des Bolia, une grande partie du sol était occupée par les clans Badia-Baboma qui en furent chassés par les envahisseurs. Toutefois après d'infructueux efforts de cultures, de nombreuses chasses sans abattre un seul gibier, des multiples tentatives de pêche dans les rivières et les mares, les conquérants se virent obligés de rappeler les autochtones cachés dans les forêts et parmi eux, les chefs premiers occupants de la terre envahie.

Forcés par les circonstances, ils confirmèrent dans leurs droits de premier occupant du sol les chefs Basengele qui à leur tour se soumièrent au pouvoir politique des envahisseurs. Ces derniers n'exercent un pouvoir total, politique et foncier, que sur les terres qu'ils trouvèrent encore libres à leur arrivée.»¹⁰⁶

De son côté, Lebrun rapporte que dans le territoire de Kabalo, plusieurs chefferies sont soumises au même régime. On a d'un côté le Kulu ou Mwine Tanda, chef de terre et de l'autre côté Mulohwe, chef politique.¹⁰⁷ Vannes va dans le même sens, lorsqu' en analysant le régime foncier coutumier dans le territoire de Kabongo, il note que les conquérants de la lignée de Kabongo respectaient les droits de propriété des populations conquises et se contentaient de leur imposer le tribut ; nulle part dans le territoire de Kabongo, renchérit-il, nous n'avons pu recueillir un seul exemple où un chef ait donné à qui que ce soit des terres en pleine propriété.¹⁰⁸

¹⁰⁴G. Malengreau, *op. cit*, p 189

¹⁰⁵R. Philippe, *op. cit*, p 52

¹⁰⁶R. Philippe, *op. cit*, pp55-56

¹⁰⁷ A.G.Lebrun , De la tenure de la terre chez les populations indigènes du territoire de Kabalo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, 1956, n° 8, p195

¹⁰⁸J. Vannes, *op. cit*, p 167

En échange de la protection que le chef politique apporte aux divers clans soumis à son autorité, il reçoit des tributs. On peut définir le tribut comme étant une quotité remise à une autorité supérieure d'une partie du produit de l'activité exercée sur un fonds. Le tribut se distingue du loyer, en ceci qu'il est versé tant par le propriétaire du sol que par l'étranger. En outre il n'est payé à l'autorité que par la personne qui dépend d'elle. Il se rapporte donc aux activités développées par les membres des tribus ou par les étrangers qui sont sous son autorité. Ces tributs qui lui sont apportés généralement par le chef de terre, constituent un signe de la reconnaissance de son autorité par ce dernier et sa soumission envers lui.

Les tributs concernent principalement les produits de chasse. C'est que chaque fois que les clans organisent le feu de brousse sur leur terre, le produit de cette chasse est partagé entre les chasseurs, le chef de clan, le chef politique et les membres du clan. Certaines bêtes sont l'exclusivité du chef politique. A ce sujet, analysant les droits fonciers coutumiers dans le territoire de Kabalo, secteur Bena Kamania, groupement Bena Baleo, Lebrun note qu'en ce qui concerne les fauves et grands animaux (lions, léopards, crocodiles, éléphants, hippopotames) la coutume interdit le dépeçage par le chasseur. En effet, dès que la bête est tuée, le chasseur en prend la queue et avertit le chef de clan sur les terres duquel la bête a été abattue. Ce dernier doit immédiatement avertir le chef politique qui vient personnellement sur place ou délégué l'un des ses lieutenants pour diriger le dépeçage de l'animal. Ainsi, la peau revient de droit au chef politique, les dents, griffes, et une quantité de viande proportionnelle à l'importance de la bête destinée à rassasier sa cour. Le chasseur reçoit du chef en récompense de son exploit une ou deux chèvres, ainsi qu'une part de la viande de l'animal abattu ; le reste est partagé entre les habitants du village sur les terres duquel la bête a été abattue.¹⁰⁹

Deloof rapporte dans le même sens, lorsqu'il écrit ce qui suit concernant le droit de chasse ainsi que celui de pêche chez les Bena Mulimi du territoire de Kabalo, district de Katanga, province du Katanga :

« Les droits de chasse et de pêche font l'objet de réglementations sévères. Tous les clans possèdent en propriété des bras du fleuve Lualaba et de la rivière Lovidjo. Ces bras sont nettement déterminés et les droits de pêche bien définis. La moitié du produit de pêche, quelque

¹⁰⁹A.G. Lebrun, *op.cit*, p203

soit l'homme qui capture le poisson, revient de droit toujours au père du clan, propriétaire du bras de rivière. Si les membres du clan n'ont aucun besoin d'autorisation de pêcher dans leurs bras de rivière, par contre un étranger ou membre d'un autre clan doit toujours avoir la permission du père du clan intéressé. Y prendre du poisson sans autorisation est considéré comme un vol et cet acte est passible de poursuites par le tribunal indigène.

La réglementation est également très nette et stricte au point de vue droits de chasse. De toute bête capturée, en brousse Puku, certaines parties déterminées par bête reviennent de droit au « Mulowe ». ces parties sont à apporter au capita du village le plus voisin, considéré comme représentant du Mulowe. Le capita prendra soin de remettre au Mulowe la moitié du produit lui apporté par le chasseur. »¹¹⁰

Il ressort de ce qui précède que si le chef de terres est bénéficiaire des poissons, tribut de la pêche, le Mulowe, chef politique, bénéficie du produit de la chasse. Marshal va dans le même sens en ce qui concerne la coutume qu'il a étudié, lorsqu'il relève que :

« Le propriétaire doit céder une part de ces redevances au chef politique à titre de tribut. Ce qui est dû en fait de redevances varie un peu d'une région à l'autre. Il faut partout distinguer entre ce qui revient au chef politique et ce qui revient au propriétaire. Pour un éléphant par exemple : les défenses, la trompe, la queue et le pied droit de l'avant-train reviennent toujours au chef politique, qui doit d'ailleurs les payer. Il remettait autrefois : l'esclave, ou un fusil pour les pointes et une houe pour la queue. Les porteurs des pointes recevaient chacun un collier de perles. Actuellement ces cadeaux sont remplacés par de la monnaie. Ceux revenant au chasseur ne peuvent lui être remis que par l'intermédiaire du propriétaire du terrain.

Lorsqu'il s'agit d'un grand fauve, lion ou léopard, la peau revient également de droit au chef politique. De même que pour un éléphant le chasseur a droit à un cadeau important appelé ' ntombo.' »

On n'exige pas de redevance sur le petit gibier, sauf sur celui abattu à la faveur de feux de brousse. Ce genre de chasse n'est d'ailleurs permis par les chefs que s'ils en donnent l'autorisation spéciale ; les chasseurs n'ont droit dans ce cas qu'à la moitié du produit, l'autre moitié étant partagée entre le chef politique et le propriétaire du terrain.

La redevance sur les produits de la pêche n'est due qu'une ou deux fois par an à l'époque des prises abondantes, c'est-à-dire à la fin de la saison de pluie et à la fin de la saison sèche. »¹¹¹

Chez les Kuba, le tribut se payait chaque année vers la fin de la saison sèche. Il était composé de toutes sortes de denrées (tissus, viande, poisson, sel etc.) ayant une valeur économique. Mais en dehors de cela, l'essence du tribut était et est toujours le paiement des « grands animaux ». C'est ainsi que si on tue un « grand animal », on doit l'apporter au chef. Ces animaux sont dans le règne animal, les chefs de la faune. Il s'agit

¹¹⁰R.J. Deloof, Notes sur le régime foncier des Bena Mulimi, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et droit coutumier congolais*, n° 10, 1954, p 252.

¹¹¹R. Marshal, le droit foncier des Bazela, des Balomotwa et des Banwenshi, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1, 1937, pp 19-20

généralement du léopard et de l'aigle. Des parties considérées comme nobles d'autres animaux sont données aussi. C'est notamment le cas des cornes du buffle, une défense d'éléphant, une cuisse d'hippopotame. En outre, certains animaux dont le genre de vie est assez mystérieux pour les Kuba doivent être offerts aussi. Dans cette catégorie tombent le pangolin arboricole et la genette noire mbiidy.¹¹²

D'une façon générale, note le professeur Lumpungu Kamanda, le chef du village qui dispose des pouvoirs étendus sur tout ce qui est commun, reçoit le tribut qui comprend une partie de certaines bêtes abattues sur le domaine du village, les peaux de carnassiers, les ivoires, etc. le tribut de chasse constitue pour le chef une importante source de revenus dans les régions où la faune est abondante.¹¹³

Dans certaines sociétés, on note une certaine tendance à la disparition de la hiérarchie du pouvoir sur la terre. C'est notamment le cas de la société Nzakara où le chef du village qui est également le chef politique ne possède plus la terre aux yeux des Nzakara. Le chef administre, défend la terre contre les étrangers et juge les disputes intercommunautaires. Chaque homme, membre du village, a droit à une parcelle de terre lui permettant de nourrir sa famille. Il n'a pas besoin de l'autorisation du chef de village pour s'installer sur une parcelle. Il s'ensuit que le chef ne désigne pas la parcelle que lui et sa famille peuvent occuper. La contrepartie de ce droit d'usage de la terre est souvent l'obligation de mettre la parcelle donnée en valeur. Les membres de la communauté n'ont plus l'obligation de remettre au chef les premières récoltes.¹¹⁴

Voilà ce qu'il en est concernant les droits collectifs que les membres d'un clan peuvent avoir sur leur terre. Qu'en est-il alors des droits individuels ?

§2. Droits fonciers individuels

Selon les enquêtes menées, le fait que la terre appartient toujours à une collectivité, n'empêche pas que les membres de ce groupe ou les étrangers à celui-ci puissent avoir certains droits sur la terre. En effet, dans la tribu Dinga ainsi que dans la

¹¹²J. Vansina, le régime foncier dans la société kuba, in *Zaire*, 1956, p 925

¹¹³ Lumpungu Kamanda, *op. cit*, p58

¹¹⁴E. Gianola-Gragg, *op.cit*, p153.

tribu Mbuza qui ont fait l'objet de nos enquêtes, si le clan a la disposition juridique de la terre, l'individu en a la disposition matérielle. Celle-ci lui permet de jouir de la terre et de disposer juridiquement de ses produits. Il y a là un droit de jouissance sur la terre et un droit de propriété sur les produits de la terre. Cette affirmation ressort des réponses recueillies auprès des personnes interviewées sur la question de savoir : "occupez-vous un lopin de terre ?" A cette question, tout le monde a répondu par l'affirmative. La question qui se pose est celle de savoir comment s'expriment ces deux droits. Ainsi pour tenter de répondre à cette problématique, nous distinguons le droit individuel sur la terre d'une part et le droit individuel aux produits de la terre d'autre part.

A. Droit individuel sur la terre

Il y a lieu de distinguer les droits individuels que détiennent les individus, membres du groupe d'une part et les droits individuels des étrangers au groupe d'autre part.

1. Droit individuel des membres du groupe

Dans les deux tribus ayant fait l'objet de nos enquêtes, les individus, par leur appartenance au clan propriétaire, possèdent certains droits fonciers, notamment celui de l'habiter et de l'exploiter sous toutes les formes. C'est ainsi que dans nos enquêtes, nous avons posé aux enquêtés la question de savoir l'usage pour lequel est destiné les lopins de terre mis à leur disposition. Il ressort des réponses obtenues que ces lopins de terre sont destinés à l'usage agricole ou résidentiel. Ces droits n'emportent pas la propriété du sol, celle-ci étant collective. Ces droits appartiennent aux individus en vertu de la coutume. Ce sont des droits de jouissance que Kremer qualifie de droits sociaux.¹¹⁵ Ces droits qui sont proches de l'usufruit du droit du système napoléon, ont la particularité d'exister tant que dure l'occupation effective de la terre qui lui sert d'assiette.

En effet, ces droits sont exercés par leurs titulaires, aussi longtemps qu'ils continueront à remplir leurs obligations vis-à-vis de la tribu et tant qu'il n'y a pas

¹¹⁵ E.Kremer, *op. cit*, p276

abandon de leur part, personne, même pas le chef, n'a le droit de leur priver du bénéfice de la terre.

En principe, tous les membres d'un clan peuvent sans distinction occuper et exploiter n'importe quelle partie du domaine foncier sous réserve des droits appartenant aux autres membres de la communauté. De l'entretien que nous avons eu avec plusieurs personnes sur terrain, il ressort qu'à la question de savoir comment accède-t-on aux droits individuels sur le sol, il nous a été répondu que c'est par la mise en valeur du sol. En effet, la personne qui met en valeur une portion de terre, obtient sur celle-ci un droit de jouissance exclusif. Tel est également le cas dans la tribu basongo. En effet, selon le révérend père de Beaucorps, dans cette tribu les membres du clan sont libres d'exploiter leur forêt. Chacun choisit le coin qui lui paraît favorable pour défricher les champs ou autres activités.¹¹⁶ La situation est pareille chez les Bayeke. Selon Grevisse, en ce qui concerne la terre de culture, la permission de construire à proximité de telle ou telle rivière accordée à un habitant, lui confère automatiquement le droit d'établir les plantations dans les environs. Chacun fait choix à sa meilleure convenance du lopin de terre non encore occupé.¹¹⁷ En analysant le droit foncier dans la société bakusu, Omari souligne que l'exploitation ou la mise en valeur d'une portion d'eau ou de terre déterminée, constitue un droit individuel strictement inviolable et inappropriable. Après la mort du propriétaire, ce droit passe à ses héritiers.¹¹⁸ C'est dans le même sens que va la jurisprudence coutumière lorsqu'elle décide que les « mikola » ou canaux de pêche aménagés dans le marais, demeurent la propriété exclusive de ceux qui les ont creusés et à leur mort ils passent à leurs héritiers.¹¹⁹

Il a été également jugé qu'en région de Pania-Mutombo, il n'y a pas de droit exclusif de pêche au profit d'un particulier ou d'un clan sur la Lubilashi-Sankuru. Cependant la prise de possession d'un lieu de pêche par la mise sur place d'engins

¹¹⁶ S.J de Beaucorps, La propriété chez les Basongo de la Luniungu et de la Gobari, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1 1943, p6

¹¹⁷ F.Grevisse, les Bayeke, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°5, 1937, p136

¹¹⁸ A.J.Omari, *op. cit*, p139

¹¹⁹ Tribunal du territoire de Kabengo, jugement n° 40 du 26 novembre 1936, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°5, 1941, p103

appropriés confère au propriétaire des engins un droit de jouissance qui doit être respecté. Nul n'est admis à déplacer ces engins.¹²⁰

Dans une étude sur les politiques foncières et l'accès des femmes à la terre en Cote d'Ivoire, les professeurs Kone Mariatou et Ibo Guehi notent que les règles coutumières d'accès à la terre organisent le régime du droit foncier. Si au départ, la terre appartenait au premier occupant, aujourd'hui, il est un principe selon lequel la terre appartient à celui qui la met en valeur. C'est donc la notion de production, de valorisation, de valeur-ajoutée par le travail à un bien inexploité, qui fonde le rapport juridique à ce bien.¹²¹ Il y a là une similitude avec le droit foncier coutumier congolais.

En réalité, la liberté des membres du clan sur leur domaine foncier possède quelques limites. Les droits d'utilisation du domaine clanique sont partagés entre plusieurs familles pour une durée indéterminée. Ce partage est fait selon l'utilisation qu'on va en faire. Ainsi, si le clan est constitué d'un peuple chasseur, le domaine sera divisé pour la chasse, les agriculteurs s'intéresseront surtout au partage des terres de culture; les pêcheurs procéderont à la répartition des emplacements de la pêche. Chacun fera usage exclusif de la portion du fonds qui lui est réservée en respectant la partie attribuée à d'autres familles ou d'autres individus. René Philippe exprime cette idée, lorsqu'il écrit que le seul droit du cultivateur sur le terrain qu'il occupe repose sur l'interdiction faite à quiconque non seulement d'empiéter sur ses cultures mais encore de l'occuper lorsqu'il est en jachère tant que la forêt ne l'a pas à nouveau envahi.¹²² Van Boeckhout note également que :

«Le droit de cultiver et d'exploiter la terre n'est pas un droit absolu dans ce sens qu'ils n'ont pas le droit de faire des cultures où ils veulent ou désirent. En faisant leurs cultures, ils doivent tenir compte des droits de jouissance des autres : leur liberté est limitée par les droits acquis par d'autres individus. En principe, un individu ou une famille choisit un terrain quelconque pour y établir des cultures sous conditions de respecter les droits de jouissance des autres. »¹²³

¹²⁰ Tribunal de secteur de Pania-Mutombo, jugement n°51 du 5 février 1948, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°12, 1952, p357

¹²¹ Kone Mariatou et Ibo Guehi, Les politiques foncières et l'accès des femmes à la terre en Cote d'Ivoire : cas d'Affalikro et Djangobo dans la région d'Abengourou et de Kalakala et Togognière dans la région de Ferkessedougou, www. Docstoc.com, avril 2009, p 20

¹²² R.Philippe , *op. cit*, p56

¹²³J. Van Boeckhout, *op. cit*, p34

Cette obligation est importante pour le maintien de l'ordre et pour permettre à chacun de jouir en paix du fruit de son travail. Toute violation de cette obligation est sanctionnée par l'autorité coutumière.

Le chef intervient dans la répartition des terres entre différentes familles. Dans les territoires où les terres sont en abondance, il suffit que le père de famille qui a trouvé une portion de terre favorable, soumette son choix à l'approbation du chef. C'est le cas notamment des peuples qui occupent la forêt équatoriale au Congo comme le Bolia, le Basengele, le Mongo, le Nkundo etc. A ce sujet, René Philippe écrit ce qui suit au sujet de Bolia et Basengele :

« Chacun choisit le terrain qu'il préfère, sans devoir se référer au chef de terre mais toutefois sans empiéter sur une terre déjà choisie par un autre. Le chef de terre n'intervient pas donc dans la répartition des parcelles entre ses parents et ses clients. L'abondance des terres et la faible densité de la population permettent l'adoption d'un régime aussi libéral... »¹²⁴

Analysant le droit foncier nkundo, Hulstaert note que n'importe quel membre peut exploiter une parcelle non encore exploitée par un autre membre ; l'autorisation du patriarce étant acquise d'avance et pouvant même être présumée si d'autres ne revendiquent aucun droit particulier. Le droit de continuer sur cette même parcelle après jachère persiste aussi longtemps qu'il désire.¹²⁵

Lorsque les terres disponibles deviennent rares, le chef les répartit d'office entre les différentes familles, en tenant compte de leur rang social et de leur importance. Qu'en est-il alors des droits individuels des étrangers se trouvant dans un domaine foncier ?

2. Droits individuels des étrangers

Tous ceux qui résident dans le domaine foncier de la communauté locale ne sont pas nécessairement « citoyens »¹²⁶ de ce clan. En effet, on trouve des personnes qui sont incorporées à la communauté par le mariage, par l'adoption ou par toute autre technique admise par la coutume et des étrangers. Ainsi, les droits fonciers individuels de ces personnes ne seront pas identiques. Tout est question du degré d'intégration des uns et

¹²⁴ Ibidem

¹²⁵G. Hulstaert, Sur le droit foncier nkundo, in *Aequatoria*, 1954, n°2, pp58-59

¹²⁶ Cette expression est empruntée de Pierre-Louis Agondjo-Okawe

des autres.¹²⁷ Les droits fonciers coutumiers gabonais connaissent également cette différenciation que nous venons d'évoquer. En effet, on peut lire ce qui suit sous la plume de Agondjo-Okawe :

«Il convient de faire une distinction entre les droits d'un membre du clan et ceux d'un étranger au clan. L'individu membre du clan tient ses droits fonciers de sa qualité de " citoyen " du clan, qualité pouvant être biologique ou sociale. Le statut biologique est celui que confère la naissance par une femme libre du clan, l'individu est alors Nwontce¹²⁸. Le statut social suppose une intégration institutionnelle au clan, comme celle de l'esclave, par définition né sur une terre étrangère.

Quant aux étrangers au clan, ils peuvent être répartis en trois catégories : l'étranger dit owoga¹²⁹, l'étranger dit "enfant du clan" et l'étranger ayant des liens privilégiés avec le clan, c'est l'allié, c'est la femme mariée ». ¹³⁰

En principe, l'étranger doit obtenir l'autorisation du chef de clan ou de la famille pour jouir de la terre. Cette exigence a été soulignée lors de l'entretien que nous avons eu tant avec le notable de la tribu Dinga, monsieur Masha Lekansie qu'avec monsieur Libonga Mono, chef de groupement, dans la chefferie de Loeka, tribu Mbudja. Selon leurs propos, aucun étranger au groupe social ne peut jouir de la terre communautaire sans l'autorisation du chef de clan ou du chef de la famille. Cette autorisation peut être tacite ou expresse. Ainsi, dans le territoire de Kabongo, on admet que l'étranger a toujours l'autorisation tacite de venir chasser sur le domaine et d'y construire sa case et que dès lors, il acquiert automatiquement le droit de propriété sur les choses produites par son activité.¹³¹ Chez les Bakwa-Lubo, l'étranger doit avoir le consentement du chef de clan pour chasser, cultiver et construire sur les terres Bakwa-Lubo.¹³² Cette autorisation est également requise chez les Kuba. En effet, on peut noter ce qui suit : « Si un étranger veut chasser sur les terres du village, il doit en demander la permission au chef de village. S'il ne le fait pas, sa chasse sera infructueuse. Le chef de village accorde la permission en crachant par terre (signe de fertilité et de bénédiction) en disant : « va, va bien chasser ». ¹³³

¹²⁷ G.Kalambay Lumpungu , *op. cit*, p 69

¹²⁸ Ce concept désigne un homme libre selon la tradition de la société nkomi au Gabon

¹²⁹ Owoga, c'est un client ou un réfugié ayant élu domicile dans un village.

¹³⁰ Agondjo-Okawe, *op. cit*, pp 1145-1146

¹³¹ J.Vannes, *op.cit*, p177

¹³² P.E.Van Hamme, Enquête sur le droit coutumier des Bakwa- Lubo, in *Bulletin desJuridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°12, 1952,P342

¹³³ J.Vansina, Le droit foncier dans la société kuba, in *Zaire*, 1956, p909

Quant à la nature juridique des droits acquis sur le fonds par l'étranger, il est certain qu'ils présentent les caractéristiques ci-après : ce sont des droits réels temporaires sur un fonds appartenant au groupe d'accueil dont la durée de jouissance diffère en tenant compte des facteurs à l'origine de l'intégration au groupe. Pendant la durée d'exercice du droit, le bénéficiaire jouit du fonds en tirant tous les avantages possibles.¹³⁴

Ces droits renferment quelques éléments de droit d'usufruit, de superficie et quelques fois d'emphytéose. Ce sont des droits réels qui ne sont pas en principe transmissibles. Ils sont donc viagers. Mais il arrive parfois que les descendants des bénéficiaires de ces droits en héritent. Contrairement à l'usufruitier, les bénéficiaires de ces droits payent la redevance au chef de clan propriétaire. Ces droits sont différents de l'emphytéose par rapport à leur durée. En effet, nous venions d'affirmer que ce sont des droits viagers, alors que l'emphytéose ne l'est pas.

S'agissant de la durée de ces droits, il convient de noter qu'elle dépend souvent de la durée du maintien des liens qui les unissent au groupe. C'est ainsi que, par le divorce, un homme ou une femme peut perdre son droit selon qu'un des conjoints a ou non résidé sur le domaine foncier qui n'est pas celui de son groupe. Cela se justifie par le fait que dans le mariage coutumier, les règles applicables en matière de résidence des époux sont soit la patrilocalité (c'est-à-dire les époux doivent habiter après le mariage dans le groupement du mari), soit la matrilocalité (c'est-à-dire la résidence des époux se situe dans le groupement de la femme). Ces deux régimes possèdent plusieurs variantes que nous mentionnerons plus loin. Cette précision a toute son importance. En effet, comme nous le verrons plus tard, l'efficacité de l'accès de la femme à la terre dépendra du principe applicable en matière de la résidence des époux.¹³⁵

Les droits individuels des étrangers sont assortis d'une limitation fondamentale, celle qui consiste à ne pas disposer de leur droit immobilier de façon à permettre aux étrangers d'accéder au droit foncier individuel sans l'accord du chef de terre¹³⁶. C'est la

¹³⁴G. Kalambay Lumpungu, *le droit foncier zairois et son unification*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p 389

¹³⁵G. Kalambay Lumpungu, *op. cit.*, p 391

¹³⁶ *Ibidem*

conséquence logique du principe selon lequel, avant de s'installer dans un domaine de la collectivité l'étranger devrait obtenir l'autorisation expresse du chef de terre. C'est le même chef qui est habilité à lui indiquer l'emplacement où il peut exercer des droits immobiliers individuels tels qu'habitation, culture, élevage.

De tout ce qui précède, nous disons avec le professeur Kalambay que le droit individuel immobilier de l'étranger est un droit hybride, un droit réel « sui generis », un droit qui ne saurait être classé dans une catégorie des droits réels du Code Napoléon.¹³⁷

En somme, pour que les droits fonciers individuels soient reconnus par le chef ainsi que par les autres membres de la communauté, celui qui en est bénéficiaire doit manifester sa volonté d'exploitation ou de mise en valeur. C'est ce qui fait dire au professeur Kalambay que dans les sociétés traditionnelles du Zaïre, pour accéder aux droits immobiliers, il faut l'occupation effective du sol et sa mise en valeur par le travail.¹³⁸ Ainsi, celui qui a défriché une partie de la forêt ou de la savane pour ériger son champ, en devient propriétaire. Tant que la mise en valeur se maintient, les droits fonciers individuels existent également et donnent droit aux produits du sol.

B. Droits individuels aux produits du sol

Par l'utilisation du sol, chaque membre de la communauté acquiert des nouveaux droits strictement personnels. Dans les lignes qui suivent, nous allons essayer de décrire la manière dont ces droits fonctionnent.

1. Naissance des droits individuels aux produits du sol

En droit coutumier, les ressources naturelles appartiennent en principe à tous les membres de la communauté propriétaire du sol. Les arbres qui poussent d'une manière spontanée dans la forêt, les fruits sauvages, les gibiers, les plantes comestibles, les poissons des eaux, les substances minérales du sol etc. sont des biens communs de tous

¹³⁷ G. Kalambay Lumpungu, *op.cit*, p 390

¹³⁸ G.Kalambay Lumpungu, *op. cit*, p 69

les membres du clan propriétaire du sol. Mais l'individu peut s'en réserver un usage exclusif, moyennant certains procédés.¹³⁹

a. Droit aux fruits

Par le travail personnel incorporé au sol, ce droit de propriété individuelle prend naissance. Il en est de même de la découverte d'une chose n'appartenant à personne. C'est ainsi que chez les Dinga et chez les Mbuza, il nous a été rapporté que celui qui cultive son champ est propriétaire de tous les produits qui résultent de cette culture. En effet, monsieur Fala Masia, l'une des personnes interrogées au sujet de la coutume Dinga, soutient que chacun est propriétaire des produits de son champ. Ce droit permet de faire face au besoin de subsistance de la famille. De son côté, Mongenzo Abia, pense également que dans la coutume Mbudja, ce droit est aussi reconnu aux membres du clan. Il en est également ainsi chez les Bena Kankonde, où les droits du planteur sur ce qu'il a fait pousser sur le terrain cultivé sont perpétuels et inaliénables. Il est propriétaire des cultures et des arbres, produit de son travail et de son labeur. Les bananiers, les orangers, les citronniers, les ananas etc. se trouvant en pleine savane et en des endroits inoccupés restent la propriété du planteur et de ses héritiers.¹⁴⁰

Le professeur Mulumba Katchy note également que l'individu dispose de la petite propriété de subsistance pour subvenir aux besoins primaires et nécessaires du foyer. Rentre notamment dans cette catégorie tout ce qui est le produit de l'activité personnelle dont les aliments gagnés par la culture ou par la cueillette, les poissons et les animaux tués à la chasse individuelle etc.¹⁴¹

De son côté, René Philippe rapporte que chez les Bolia, la propriété individuelle n'existe que pour les produits du travail, telles les maisons, ou les objets acquis grâce au produit du travail comme les outils et les armes. Si le produit est dû au travail commun des époux, ils en ont la propriété conjointe, mais dans la proportion de un tiers pour l'épouse et deux tiers pour le mari.¹⁴²

¹³⁹E. Kremer, *op. cit.*, p278

¹⁴⁰J. Van Boeckhout, *op. cit.*, p35

¹⁴¹ Mulumba Katchy, *op. cit.*, p109

¹⁴²R. Philippe, *op. cit.*, p54

Dans son étude sur le droit foncier coutumier dans le territoire de Kabongo, Vannes affirme également que les droits individuels résultant de l'usage du domaine foncier portent sur les choses produites par le travail d'un individu. Peu importe la nature de l'objet créé par cette activité. Ça peut être une construction érigée sur le domaine ou bien un palmier ou un arbre fruitier quelconque planté sur le fonds collectif. Ces droits portent aussi sur les choses qu'un individu s'est légalement appropriées en déployant une activité : c'est le cas pour la bête abattue par le chasseur sur le fonds collectif car ici un individu a exercé une activité individuelle pour s'approprier un animal.¹⁴³ En analysant le droit foncier dans la société kuba, Vansina constate que l'exploitation du domaine foncier entraîne toute une série de droits individuels. Ces droits naissent de la pratique de la chasse, de la pose de pièges, de la pratique de la cueillette et de la pêche, et principalement à la suite de l'aménagement de travaux de culture. Certains droits naissent aussi avec l'implantation d'arbres, de cases et l'aménagement des aires de pêche.¹⁴⁴

Le droit foncier coutumier gabonais est encore sur ce point identique avec le droit congolais. En effet, Agondjo-Okawe note que le droit de propriété privative sur les produits de la terre suppose en général l'effort personnel, pour ne pas dire la mise en valeur. C'est cette mise en valeur qui permet à l'individu de transmettre ce droit à ses propres héritiers et non pas au clan ; une plantation, une case, des pièges etc. seront transmis aux héritiers.¹⁴⁵

Lebrun indique que dans la chefferie de Paye, territoire de Kabalo, le droit de culture est libre. Le planteur est propriétaire des palmiers, bananiers. Concernant les autres arbres fruitiers, l'auteur précise que la propriété du planteur est très relative. En effet, concernant les manguiers, la récolte des fruits est autorisée à tout le monde sans aucune restriction, et sans droit préférentiel pour le planteur. Quant aux orangers, citronniers, mandariniers, la récolte est réservée uniquement aux habitants du village, mais sans droit préférentiel pour le planteur. La différence de traitement s'explique par le fait que la dernière catégorie des fruits est rare dans le milieu.¹⁴⁶ Il y a lieu de noter que la

¹⁴³J. Vannes, *op.cit*, p176

¹⁴⁴J. Vansina, *op.cit*, p908

¹⁴⁵ Agondjo-Okawe, *op. cit*, p 1145

¹⁴⁶ A.G.Lebrun , *op. cit*, p 184

coutume de cette contrée se démarque un peu des autres coutumes, en apportant des restrictions aux droits de celui qui a planté. On est tenté de croire que cela est de nature à décourager les planteurs et par ce fait, de baisser la production de ces fruits. Mais quand on connaît l'esprit altruiste des ruraux africains, cette situation ne peut pas les décourager. Ils sont au contraire contents de voir tout le monde profiter du travail qu'ils ont réalisé. Mais il convient de noter que le planteur reste malgré tout propriétaire de l'arbre fruitier.

Les illustrations que nous venons de donner, montrent que cette propriété individuelle ne porte pas sur le sol en soi qui reste la propriété inaliénable de la communauté, mais uniquement sur les fruits d'un travail personnel ayant la terre pour support.

Ces droits s'exercent tant sur les biens meubles que sur des biens immeubles par incorporation. Ils resteront acquis aux individus aussi longtemps que subsistent des traces tangibles du travail incorporé ou du moins de l'exploitation. Une des propriétés les mieux constituées semble celle des arbres plantés, qui pratiquement continuent toujours d'appartenir à celui qui les a plantés ou à ses héritiers. Même un abandon de fait de plusieurs années ne change rien à ce titre.¹⁴⁷ Si en partant, le planteur n'a pas désigné un ami ou un parent pour administrer son bien, le chef autorisera d'autres membres du groupe à récolter les fruits et les chargera de l'entretien de la plantation. Mais au retour du vrai propriétaire, les arbres rentreront en sa possession. Ceux qui les avaient entretenus le feront toutefois savoir au propriétaire et voudront jouir d'une partie de la récolte.¹⁴⁸ Qu'en est-il alors du terrain défriché ?

b. Droit de jachère

D'après les interviews réalisées dans le territoire d'Idiofa ainsi que dans celui de Bumba, le cultivateur qui a défriché et mis en culture le terrain pour la première fois, ne dispose pas seulement des fruits directs de son travail, mais jouit également d'un droit de jachère. Ce droit persiste aussi longtemps que la brousse n'aura pas repris son aspect

¹⁴⁷ Voir à ce sujet les affirmations de Van Boeckhout supra p 43

¹⁴⁸ F. Grevisse , *op. cit.*, pp137-138

ancien d'avant le premier défrichement. Ce droit est même transmissible pour cause de mort. De l'entretien que nous avons eu avec monsieur Misato Likpangbola, juge assesseur au tribunal de paix de Bumba, il affirme avoir le droit de jouissance sur une portion de terre résultant du droit de jachère que ses ancêtres avaient acquis. Lebrun explique mieux ce principe lorsqu'il écrit : « La jachère reste personnelle au cultivateur, jusqu'au moment où la brousse ait repris entièrement ses droits. Il est donc interdit, suivant la coutume à venir cultiver dans une jachère, où la brousse n'ait pas repris ses droits. »¹⁴⁹ Cette interdiction trouve son explication dans le fait que celui qui débrousse pour cultiver, effectue un travail assez pénible, il serait injuste qu'un autre vienne cultiver à cet endroit, en profitant indirectement du travail d'autrui, la culture n'étant pas si pénible.¹⁵⁰

En analysant la tenure de la terre dans le groupement Munene de la chefferie des Bakongolo, Mignolet constate également l'existence du droit de jachère. En effet, voici ce qu'il écrit à ce sujet :

« Les droits de jachères perdurent tant que la brousse n'a pas repris son aspect antérieur à la culture. Dès que la futaie a ré-ennahi le terrain, les droits prennent fin. Ce sont là des droits individuels. Nul ne peut cultiver un lopin de terre grevé de semblables droits, sans l'autorisation du cultivateur qui effectua le premier labour, détenteur actuel de jachère. Cette autorisation sera accordée moyennant une compensation minime de quelques kilogrammes de manioc frais. »¹⁵¹

Marshal va dans le même sens, lorsque parlant du droit foncier coutumier des Bazela, Balomotwa et Banwenshi, il conclut que la jachère appartient exclusivement à celui qui l'a créée aussi longtemps qu'il n'émigre pas dans un autre groupement ; mais il peut transférer ses droits à un membre de sa famille. Ces droits peuvent être acquis par héritage. Les droits de l'auteur sont également imprescriptibles en ce qui concerne les barrages à poisson et les pièges à gibier : fosses, trappes ou clôtures. Il en est de même pour les termitières exploitées.¹⁵² Dans la société kuba, tout habitant du village cultive où bon lui semble. Une terre défrichée devient propriété personnelle de celui qui l'a mise en valeur pour toute la durée du cycle de culture (six ans) et ce droit ne s'éteint que quand la

¹⁴⁹ A.G.Lebrun, *op. cit.*, p195

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ J. Mignolet, Notes relatives à la tenure de la terre dans le groupe Munene de la chefferie des Bakongolo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°8, 1954, p197

¹⁵² R. Marchal, Le droit foncier coutumier des Bazela, des Balomotwa et des Banwenshi, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1, 1937, p 18

jachère est à nouveau couverte de petits buissons et que le propriétaire n'y a plus planté soit des palmiers, soit d'autres arbres.¹⁵³ Allant dans le même sens, le professeur Lumpungu Kamanda fait savoir que la forêt est aussi une propriété collective au même titre que la savane. Cependant, un homme qui a défriché une galerie en garde le droit de réutilisation, même s'il l'abandonne à une jachère de quelques années. Cela s'explique par les difficultés de défrichement. L'abattage des arbres représente une tâche particulièrement pénible. C'est pour sauvegarder les avantages acquis au cours d'un dur labeur que la coutume reconnaît au premier défricheur le droit de réutilisation pendant une longue période. Dans ce cas, le droit de jouissance et de possession usufruitière se transmet par héritage. De plus, pour la forêt, la fertilité permet souvent une rotation de longue durée et surtout une certaine régénération s'opère avant que n'apparaissent les grands arbres qui constituent le gros travail du défrichement forestier. Il est donc normal que les droits si durement acquis soient sauvegardés jusqu'à ce que le bénéficiaire y renonce de plein gré.¹⁵⁴

Certaines coutumes, tout en affirmant le principe du droit de jachère, font cependant une distinction selon que la jachère porte sur un terrain de savane ou de forêt.¹⁵⁵

Lorsque la jachère porte sur un terrain de savane, le cultivateur garde ce droit pendant six mois, à compter de la période de la récolte des produits. S'il entretient le terrain après l'expiration de ce délai, il garde son droit de jouissance même s'il n'y établit aucune culture. Si, en revanche, l'entretien n'est pas réalisé, son droit de jouissance cesse.

Quand la jachère concerne un terrain de forêt défrichée, le droit de jachère est perpétuel. Seul celui qui a défriché possède le droit d'établir des cultures sur cette parcelle. Son droit de jouissance est perpétuel même s'il n'entretient pas ses cultures ou s'il ne cultive pas la superficie abattue. Tout ce qui pousse sur cette parcelle et tous les fruits que ce terrain produit est sa propriété.

¹⁵³J. Vansina, *op.cit*, p 911

¹⁵⁴ Lumpungu Kamanda, *op. cit*, p65

¹⁵⁵J. Van Boeckhout, *op. cit*, p35

Certaines coutumes semblent ignorer ce droit de jachère. C'est notamment le cas de Bena Mulimi du territoire de Kabalo. A ce propos, Deloof note que le droit de jachère est une notion non connue des Mulimi. Il tire cette conclusion à partir de discussions tenues lors de multiples conseils de notables de la chefferie, qu'un indigène abandonnant ses anciens champs pour cultiver autre part, perd automatiquement tout droit sur ses jachères, et que rien n'empêcherait éventuellement un autre de s'y installer après le départ du premier. Donc, en droit foncier coutumier des Mulimi, ce droit n'existe pas conclut-il.¹⁵⁶ Nous sommes d'avis qu'il y a là une confusion entre l'abandon d'une portion de terres et le fait de la laisser en jachère.

c. Droit de chasse et de pêche

Ce droit exclusif ne concerne pas seulement le cultivateur mais aussi le pêcheur et le chasseur. En effet, le pêcheur qui a découvert un endroit particulièrement poissonneux, l'aménage et y érige des installations de capture, en devient propriétaire. Ainsi, les installations vont lui appartenir et les poissons qui y seront capturés. Personne d'autre ne pourra plus désormais se livrer à la pêche à cet endroit. A. Sohier exprime cette idée en ces termes : « Les emplacements de pêche se transmettaient héréditairement. Ils sont ce qui, dans le droit indigène, est le plus voisin d'une propriété foncière individuelle. Vraisemblablement ces emplacements étaient cessibles par leurs propriétaires, mais non à des étrangers. »¹⁵⁷ Nous avons eu le privilège de vivre cette situation dans la province Orientale, plus précisément aux chutes de Wagenia où les emplacements de pêche sont soigneusement aménagés par les familles depuis des années. Ces emplacements sont héréditaires et les familles y exercent des droits exclusifs. La jurisprudence va dans le même sens. En effet, nous nous référons à nouveau du jugement rendu par le tribunal de secteur de Pania-Mutombo que nous avons évoqué supra opposant deux parties sur un emplacement de pêche dont la motivation se présente comme suit :

« En région de Pania-Mutombo, il n'y a pas de droit exclusif de pêche au profit d'un particulier ou d'un clan sur le Lubilashi- Sankuru. Cependant la prise de possession d'un lieu de

¹⁵⁶R.J. Deloof, *op. cit.*, p 252

¹⁵⁷A. Sohier, *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge*, Bruxelles, Larcier, 1954, p 147

pêche par la mise sur place d'engins appropriés confère au propriétaire des engins un droit de jouissance qui doit être respecté. Nul n'est admis à déplacer ces engins.¹⁵⁸ »

Le chasseur qui, connaissant les endroits de passage du gibier, installe des pièges, acquiert des droits analogues à ceux du pêcheur sur son emplacement.

d. Extinction du droit individuel

Ces droits de propriété individuels ne s'éteignent que par abandon, étant donné que la prescription acquisitive est inconnue en droit coutumier. Cependant, la question est de savoir quand peut-on dire qu'il y a abandon ? Voici ce que Grevisse écrit au sujet des Bayeke :

« La pérennité de l'usage est cependant fonction de l'occupation effective. Abandonné, un champ peut être exploité par autrui. Reste à savoir quand un champ peut être considéré comme abandonné ? Il faut, selon les notables, soit une déclaration par laquelle le possesseur renonce à son droit d'occupation, soit un délaissement de trois ou quatre ans non interrompu par l'ancien occupant faisant connaître son intention de réoccuper sa terre. »¹⁵⁹

Comme nous l'avons déjà signalé, selon Van Boeckhout, les droits de culture sur les jachères de savane chez le Bena Kankonde prend fin dans six mois à dater de la récolte, si le terrain n'est plus entretenu par le cultivateur qui en avait le droit de propriété de culture.

Allant dans le même sens, le professeur Kalambay écrit ce qui suit :

« Si le droit de propriété naît par le travail, il s'éteint également par l'absence du travail ou d'occupation du sol. Sur ce point, l'appréciation de la prescription extinctive des droits immobiliers est variable d'une coutume à l'autre selon qu'il s'agit d'une maison ou d'une culture. Ce qui est certain partout, c'est que l'individu doit manifester par des actes, soit tacitement, soit expressément, la volonté d'éteindre ses droits.»¹⁶⁰

Celui qui veut se réserver l'usage exclusif d'une parcelle de terre pour cultiver seul, ou un endroit pour pêcher de manière exclusive ou encore acquérir la propriété d'un immeuble par incorporation devra payer des redevances au chef qui lui accorde

¹⁵⁸ Tribunal de secteur de Pania-Mutombo, jugement n°51 du 5-2-1948 in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°12, 1952, p 357

¹⁵⁹F. Grevisse, *op. cit.*, p136

¹⁶⁰G. Kalambay Lumpungu, *op. cit.*, p69

l'autorisation et qui par la suite protégera son bien.¹⁶¹ Comment alors le propriétaire de ces droits individuels nés de l'usage du domaine collectif peut-il en disposer.

2. Disposition des droits individuels nés de l'usage du sol

Il convient de noter avant toute chose qu'il ne s'agit pas ici de la cession du fonds qui est la propriété inaliénable de la communauté entière, mais uniquement d'un transfert des fruits de l'effort individuel dont le fonds a été servi de support. Pour bien faire les choses, il est nécessaire de distinguer selon que les biens faisant l'objet de disposition entre vifs sont mobiliers ou immobiliers d'une part ou si le droit de disposition est définitif ou temporaire d'autre part.

Lorsque le droit de disposition est définitif, le membre du groupe qui veut disposer d'un bien immobilier, à l'occurrence un immeuble par incorporation, doit obtenir l'autorisation du chef, gardien du domaine si le nouvel acquéreur est un étranger au groupe. Il en est de même lorsqu'il s'agit de transférer des droits d'usages sur une terre. En effet, il n'est pas concevable que n'importe quel membre du clan installe sur la terre ancestrale un étranger. En revanche, cette autorisation n'est pas nécessaire lorsque la transaction se passe entre deux personnes, membres du groupe.¹⁶²

La situation est différente lorsque le droit de disposition porte sur un bien mobilier. En pareil cas, la liberté de la personne qui dispose du bien est totale même si le nouvel acquéreur est un étranger. Ainsi, si la cession porte sur les fruits de la récolte, l'autorisation du chef n'est pas nécessaire. Le professeur Kalambay explique mieux cette situation lorsqu'il écrit :

« Dans l'acte de disposition en droit coutumier, il faut toujours distinguer la disposition des produits issus du travail personnel, considérés comme des biens mobiliers, et la disposition qui entraîne le transfert des droits individuels.

Quand il s'agit du droit de disposer des fruits du travail personnel, le droit d'aliéner est total dans le chef de son titulaire, mais ce droit devient limité quand l'acte de disposition réalise en même temps le transfert du sol. Dans ce cas, la coutume fait une nette distinction entre les bénéficiaires de l'acte suivant qu'ils sont membres de la collectivité à part entière, des personnes incorporées au groupe ou enfin des étrangers. Pour les personnes de la première catégorie, le transfert peut s'effectuer entre vifs ou pour cause de mort sans l'autorisation du chef de terre ou

¹⁶¹E. Kremer , *op. cit*, p 281

¹⁶² E.Kremer , *op.cit*, p281

du village, parce qu'elles font partie du groupe. Quant aux personnes de la deuxième catégorie, le degré d'intégration et le système de parenté sont déterminants pour le transfert et l'intervention du chef peut se concevoir. L'acte de transfert doit être approuvé par une autorité compétente quand le bénéficiaire est étranger. Cette disposition est en soi logique puisque, dans tous les cas, un étranger, pour accéder à tout droit individuel du sol, doit au préalable avoir l'accord de l'autorité. »¹⁶³

Les dispositions pour cause de mort sont en général soumises aux règles régissant la succession en droit coutumier. Nous y reviendrons avec détail dans le chapitre suivant. Mais, il est bon de mentionner dès à présent que les droits tant mobiliers qu'immobiliers du de cujus passent à ses héritiers dont la désignation dépend du système de parenté auquel on appartient. Dans le système patrilinéaire, les droits passent de père en fils ou de frère à frère, alors que dans le régime matrilineaire, les droits se transmettent de l'ayant droit au fils de sa sœur ou à son oncle maternel.

Il arrive que le transfert de droit de jouissance soit temporaire. C'est notamment le cas de la location ou du prêt.

La location porte sur un lopin de terre sur lequel un membre du groupe possède le droit de jouissance. Ce transfert temporaire de droit de jouissance peut être gratuit, notamment lorsqu'il s'agit d'un parent ou d'un ami ou encore lorsque la chose, objet de l'opération n'a pas une grande valeur. Généralement, la location est à titre onéreux. Dans ce cas, selon les clauses du contrat, le locataire pourra verser à l'ayant droit soit une partie de la récolte, soit une somme d'argent ou encore il pourra travailler pour le compte de l'ayant droit suivant une certaine périodicité. Cette situation est fréquente dans les régions peuplées de l'Est de la République Démocratique du Congo.

Le prêt concerne souvent des biens meubles, fruits du travail personnel tels que les récoltes.

§3. Inaliénabilité des droits fonciers coutumiers

A. Enoncé du principe

¹⁶³ G. Kalamby Lumpungu , Le droit foncier zaïrois et son unification, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p387

L'inaliénabilité est l'un des principes fondamentaux du droit foncier coutumier. Cela est la conséquence logique du caractère collectif de ce droit foncier. Le principe de l'inaliénabilité des droits fonciers coutumiers postule que ces droits sont inséparables de leurs titulaires. Le lien qui unit le groupe, propriétaire foncier, à son domaine est indestructible.¹⁶⁴ Dans le cadre de nos enquêtes, nous avons eu une interview avec monsieur Lingaya Godefroy, originaire du village Yamwani dans la chefferie d'Itimbiri qui, à la question de savoir si la terre peut faire l'objet de disposition, affirme que personne n'est habilitée de vendre la terre laissée par les ancêtres. Même le chef de clan n'est disposé pas de cette prérogative. Cette opinion est également partagée par monsieur Kitoko Polydor, l'un des notables du village Mayumu, dans la chefferie Mateko.

Ce droit ignore les actes translatifs de propriété et l'inaliénabilité est l'une des caractéristiques qui le distingue du droit foncier occidental. Il convient de noter que le caractère inaliénable des fonds ne fait pas obstacle à l'existence du droit de propriété. En effet, comme le souligne avec pertinence Vansina, ce caractère n'est que subsidiaire et n'affecte nullement le contenu de la propriété. Il existe en droit européen des choses qu'un propriétaire ne peut pas aliéner. C'est notamment le cas des biens dotaux. Vansina va dans le même sens lorsqu'il écrit ce qui suit sur le droit foncier kuba :

«La caractéristique juridique qui oppose la propriété collective à la propriété individuelle est la défense de vendre une propriété collective. Ces propriétés n'étaient pas nécessairement inaliénables, Comme nous le verrons, elles étaient inaliénables par la vente. Cette inaliénabilité par la vente est d'ailleurs une institution très générale parmi les peuples primitifs.»¹⁶⁵

Il convient de noter que ce qui est exclu, c'est l'aliénation complète et définitive de la terre. Mais certaines opérations qui aboutissent à une cession provisoire des droits fonciers sont tolérées. C'est ainsi que le chef de terres peut accorder au profit des étrangers, une portion du domaine foncier collectif pour tel ou tel autre usage déterminé et pour un temps déterminé. Les droits concédés par le chef, en sa qualité de gérant, diffèrent du droit de propriétaire, en ceci qu'en cas d'extinction, ils font immédiatement retour dans le domaine foncier collectif.

¹⁶⁴ E.Kremer, *op. cit*, p 249

¹⁶⁵ J.Vansina, *op.cit*, pp902-903

Parlant de la cession partielle des droits fonciers coutumiers, Vannes écrit que l'inaliénabilité n'empêche pas la cession de certains droits sur un domaine. C'est précisément cette cession de droits partiels, renchérit-il, que l'on rencontre de temps à autre, qui est à l'origine de la confusion qui existe dans l'esprit des indigènes au sujet de l'aliénabilité des terres. Bien souvent, ils déclareront que telle terre appartient à tel homme qui l'a achetée de tel chef. Dans toute la chefferie Kabongo, nous trouvons de ces terres qui « appartiennent, » dit-on, à un individu ; il en est de même dans les chefferies du nord où cette institution paraît même plus vivace et où le bénéficiaire de ces terres acquises prend le nom de « fumu ya kashiana ».

En réalité, poursuit-il, ces cessions de droits n'ont aucun rapport avec l'aliénation du domaine foncier ; elles se ramènent uniquement à l'opération suivante : un individu achète le droit à percevoir le tribut sur telle portion du domaine et, en vertu de ce droit acquis à titre onéreux, il a l'autorisation de retenir à son profit telle ou telle partie de la bête abattue à la chasse sur cette terre ; normalement, la part de viande ainsi prélevée aurait dû revenir à l'autorité bénéficiaire du tribut ; il est normal que si cette autorité abandonne ce privilège à un tiers, celui-ci doit acquérir au préalable à titre onéreux ce bénéfice, d'ailleurs temporaire et nullement héréditaire.¹⁶⁶

Il convient de noter que la vente par l'autorité de son droit de tribut n'est pas l'unique forme de cession partielle des droits fonciers coutumiers. En effet, il arrive que le chef de terre puisse consentir, au profit des étrangers, un droit de jouissance temporaire à titre gratuit ou à titre onéreux, pour des raisons diverses, sous forme de location ou de gage.

La location d'une portion de terre peut concerner un individu ou un groupe d'individus. Dans tous les cas, elle se passe par voie conventionnelle. Il y a d'une part un individu ou un groupe d'individus, étranger à la communauté, qui sollicite la terre, et, d'autre part l'acceptation du groupe propriétaire. Ces conventions qui peuvent, comme nous l'avons indiqué, être gratuites ou à titre onéreux, prévoient des clauses précisant les droits et les obligations de chaque partie. Toute violation des clauses contractuelles

¹⁶⁶ J.Vannes, Le droit foncier coutumier en territoire de Kabongo : Essai de synthèse, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 7, 1954, p 175

peuvent entraîner la rupture du contrat. Parfois l'abus de la part de l'étranger pouvait entraîner une sévère répression.

Le contrat peut porter sur l'usage général d'une portion de terre ou sur un usage bien déterminé. En effet, il arrive que le groupe propriétaire concède une partie de sa concession pour un usage indéterminé. Dans ce cas, le bénéficiaire peut en exploiter selon son gré. Il peut cultiver, chasser ou pêcher etc . Mais il arrive aussi que la location porte sur un usage déterminé de la partie concédée. En pareil cas, le locataire ne pourra exploiter cette portion de terre que conformément à l'usage concédé. Ce cas arrive souvent lorsque le groupe propriétaire est spécialisé pour une activité bien déterminée. C'est ainsi par exemple que le groupe des chasseurs peut concéder des terrains aux agriculteurs ou vice-versa.

Ces conventions sont souvent assorties des clauses spéciales à la charge des étrangers admis sur les terres d'un groupement. Ainsi, il pourra leur être interdit de planter les arbres de rapport ou d'ériger des constructions autres que celles servant d'habitations. L'étranger qui désire planter des arbres, peut être astreint à une autorisation spéciale qui indiquera le nombre d'arbres à planter. Cela se justifie par le fait qu'en droit coutumier, s'il est vrai que la propriété des arbres est différente de celle de la terre, la possession du sol dure autant que l'occupation effective.¹⁶⁷

Les restrictions susvisées ont pour but de sauvegarder le domaine collectif contre des intrusions. Aussi, convient-il de noter que les concessions accordées aux étrangers n'ont rien à voir avec une cession de droits de propriété et n'enfreignent nullement le principe de l'inaliénabilité des terres collectives. En outre, étant donné que la prescription n'existe pas en droit coutumier, les droits ainsi concédés et exercés, même pendant des générations, ne changent en rien le droit du propriétaire qui reste intact.¹⁶⁸

Il arrive que pour une raison quelconque, une portion de terre soit mise en gage. Le droit coutumier semble ne pas connaître l'hypothèque. Généralement cette opération a

¹⁶⁷ E.Kremer , *op.cit*, p253

¹⁶⁸E.Kremer, *op.cit*, p253

lieu dans le but de garantir le paiement d'une dette. Les origines de la créance peuvent varier. Elle peut résulter d'un contrat ou d'un délit.

Le contrat peut être à la base d'une créance entraînant la mise en gage d'une portion de terre dans les hypothèses suivantes :

- 1° lorsque le débiteur d'une obligation contractuelle n'est pas à mesure d'exécuter son obligation dans le délai convenu ;
- 2° lorsque le créancier exige une garantie avant de consentir un prêt.

Le délit est source d'une dette pouvant conduire à la mise en gage de la terre, lorsque la personne qui est condamnée au paiement des dommages-intérêts n'est pas à mesure de s'en acquitter. Dans son étude consacrée au droit foncier coutumier en territoire de Kabongo, Vannes rapporte de la manière suivante un cas qui a eu lieu dans la chefferie de Dipeba :

«Un monsieur originaire du village Nyundu, se promenait sur les terres du village Kibanga de la chefferie Tambaie. Il fut tué par cinq hommes du village Kibanga. Aussitôt, les gens de Nyundu, auxquels vinrent s'ajouter les Bena Monda et Katombe, voulurent venger le mort et attaquèrent les hommes de Kibanga ; ceux-ci furent battus et se retirèrent en brousse ; là, ils devinrent malades et voulurent s'arranger à l'amiable avec leurs adversaires. N'étant pas en mesure de payer une indemnité suffisante en réparation du meurtre, ils convinrent avec l'héritier du défunt, un homme Tshikala de Nyundu, de donner à celui-là la terre appelée Maseka.

En vertu de cet arrangement, Tshikala obtint le droit de percevoir tribut pour toute bête abattue sur cette terre, et ce privilège se transmet ensuite par voie de succession au fils de Tshikala, un nommé Kahombo, qui l'exerce encore aujourd'hui. Depuis cette cession, les gens de Kibanga ne cessent d'ailleurs de réclamer le retour de leur terre.»¹⁶⁹

Comme on peut s'en rendre compte, il ne s'agit pas là d'un abandon de droit de propriété sur cette terre, mais bien d'une mise en gage dont le but est de garantir le paiement d'une dette issue d'un délit. En effet, le nommé Tshikala n'est pas propriétaire de cette terre. Mais il garde celle-ci pour garantir le paiement de sa créance, qui, en raison de manque des moyens financiers de la part des débiteurs ne peut se faire qu'en nature. Dans le cas d'espèce, le paiement se fait par la perception du tribut, qui en principe, devrait revenir aux propriétaires fonciers. Ainsi, le fait pour lui d'avoir la garde de cette

¹⁶⁹J. Vannes, *op.cit*, p 175

portion de terre, lui permet d'être sûr de recouvrer sa créance au cas où une quelconque bête serait abattue. Vannes relève que le cas susvisé n'est pas isolé. Il arrive souvent que le débiteur abandonne au créancier la garde d'un domaine lorsqu'il n'est pas à mesure de payer.¹⁷⁰

En Cote d'Ivoire, soulignent les professeurs Kone Mariatou et Ibo Guehi, la terre est partout considérée comme un bien inaliénable. On ne vendait pas la terre, on la donnait, on la prêtait. Le nouvel acquéreur offrait au cédant de la boisson qui servait aux libations pour signaler la présence d'un nouvel élément et pour demander sa clémence et sa protection afin de rendre cette terre fertile ; en retour, le bénéficiaire était tenu de donner une partie de sa production au cédant en guise de remerciement. La terre ainsi obtenue servait à l'agriculture vivrière. L'acquéreur étranger qui se montrait « gentil », recevait par la suite, s'il le souhaite, une portion de forêt pour des cultures de rente ; sur cette terre, il ne bénéficie que de l'usufruit et non de la propriété. Mais en réalité, plus tard, jusqu'à la fin des années 80, certaines zones forestières ont connu des ventes massives de forêt. Ce qui est présenté comme achat par un acquéreur est parfois perçu par le cédant comme une location ou un emprunt de longue durée ; l'acquéreur n'a qu'un droit d'usage. Ce n'est pas le sol comme matière physique qu'on vend, ce sont des droits d'usage qu'on transfère. C'est d'ailleurs pour cela que bien qu'on ait « vendu », on en garde le droit de tutorat, c'est-à-dire, celui qui a vendu demeure tuteur de la terre cédée. De plus en plus, concluent-ils, face à la raréfaction de la terre, les jeunes contestent les ventes de terre passées entre leurs parents et les étrangers. On assiste à des conflits à ce sujet.¹⁷¹

Nous venons de voir que le domaine foncier coutumier est inaliénable. Mais ce principe n'empêche pas qu'il soit consenti une cession temporaire en terme soit de location ou de gage. Une autre question est celle de savoir le fondement de ce principe.

B. Fondement du principe

A ce sujet, les auteurs trouvent divers fondements qui peuvent justifier l'inaliénabilité de la terre en droit coutumier.

¹⁷⁰ *ibidem*

¹⁷¹ Kone Mariatou et Ibo Guehi, *op. cit.*, p 21

Pour les uns, la terre ne peut pas être aliénée au motif qu'aux yeux des indigènes elle ne présente aucune valeur marchande. En outre, elle appartient aux vivants et aux morts. De ce fait, les vivants ne peuvent seuls l'aliéner. Mayer, l'un des tenants de cette thèse s'exprime comme suit :

«... la terre ne peut valoir que par les produits qu'elle donne. Elle ne peut avoir aucune valeur, par exemple, comme terrain à bâtir. Mais les indigènes disent couramment qu'il est préférable de posséder de la terre que des « bintu ». ceux-ci se détériorent et doivent être remplacés. Le sol produit toujours. Il ne peut être vendu mais biens les objets mobiliers.

La terre ne peut être vendue car elle renferme les esprits des ancêtres. Elle appartient non seulement aux vivants mais aussi aux morts de la famille. Pour l'indigène la propriété du sol n'est pas seulement une question d'espace ; c'est aussi une question de temps. Car elle remonte dans le passé et s'étend déjà sur toutes les générations futures. »¹⁷²

Le professeur Lumpungu Kamanda va dans le même sens lorsqu'il écrit que la terre appartient à une grande famille dont certains membres sont morts, d'autres vivent encore et d'autres sont à venir. Il va de soi que pour disposer de la terre de façon absolue, l'accord de tous les membres est indispensable. L'accord des vivants est facile à obtenir dès lors qu'il s'agit d'une opération qui les intéresse. L'accord des morts est difficile parce que de leur vivant, ils ont défendu le statu quo. Cependant, chacun peut selon sa capacité de production utiliser la terre pour assurer sa subsistance et s'enrichir. Mais la terre d'une communauté est aussi le lieu où sont ensevelis les morts, les fondateurs de la communauté et premiers propriétaires de la terre du domaine. Elle est le trait d'union entre les vivants et les morts. Personne ne peut, selon la coutume, s'autoriser à vendre les tombeaux de ses ancêtres sous prétexte que ceux-ci sont réduits à l'impuissance. Facteur économique de production, la terre a aussi dans la coutume, une valeur de symbole qui empêche de la classer parmi d'autres facteurs matériellement saisissables.¹⁷³

De son côté, Vannes semble avoir une position nuancée. Tout en épousant l'argument selon lequel la terre n'a pas de valeur marchande, il repousse l'idée qui explique l'inaliénabilité par le fait que les vivants seuls sont dans l'incapacité d'aliéner la terre. Voici ce qu'il écrit à ce sujet :

¹⁷² Ch. Mayer, *op. cit*, pp 25-26

¹⁷³ Lumpungu Kamanda, *op. cit*, p64

« Le principe de l'aliénabilité reflétait exactement les idées régnantes en 1804 lors de la parution du code ; en régime de liberté économique, la libre circulation des biens apparaissait comme la base du système économique du capitalisme naissant. Or, il est à remarquer que ce principe d'aliénabilité en matière foncière, s'il se justifie dans notre société contemporaine, ne pouvait trouver aucun fondement dans la société coutumière indigène. En effet, quelle aurait été pour des populations semi-nomades, l'utilité d'acheter un fonds ? »¹⁷⁴

« Il semble bien que la tendance générale à considérer la famille elle-même comme propriétaire de son domaine soit bien ancrée dans les esprits ; certains même expliquent le caractère inaliénable des terres indigènes par cette idée de la famille propriétaire ; en effet, dit-on, la famille propriétaire étant composée aussi bien des ancêtres morts que des descendants en vie, ceux-ci ne peuvent, juridiquement parlant, aliéner la terre qui appartient aussi à ceux-là. Mais cet argument lui-même ne résiste pas à l'analyse ; admettons un instant cette hypothèse de la famille propriétaire, chaque famille est placée sous l'autorité coutumière d'un chef, descendant le plus direct du fondateur ; à lui seul, ce chef représente parfaitement la famille, aussi bien les morts que les vivants ; dès lors il serait parfaitement concevable, toujours dans cette hypothèse que ce chef qui par ailleurs, en bien des circonstances parle au nom de sa famille, puisse représenter celle-ci toute entière et aliéner en son nom tout ou partie de son domaine. »¹⁷⁵

Les autres pensent que l'inaliénabilité peut se justifier par le fait que l'individu n'a pas de valeur en dehors de sa terre natale, il sera toujours considéré comme un étranger avec toutes les conséquences qui en découlent. Le professeur Kalambay, l'un des tenants de cette thèse, écrit ce qui suit :

« Les buts de collectivités traditionnelles étaient concentrés sur certaines valeurs dépassant les intérêts des individus qui les composaient, que ces valeurs étaient la perpétuité, la permanence et la cohésion du groupe et, qu'en outre, le domaine foncier assurait l'indépendance du groupe et son statut social. On comprendra dès lors que le maintien du domaine foncier dans sa totalité est très important, d'autant que chaque fois qu'un individu est en dehors de son domaine, il est considéré comme un étranger, statut peu enviable dans les sociétés basées sur les liens familiaux ; encore peut-il être considéré comme dépourvu de personnalité humaine, dans certaines parties d'Afrique autres que le Zaïre....

Le caractère d'inaliénabilité vient surtout de ce que le domaine foncier est collectif. »¹⁷⁶

Dans une étude consacrée au cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique, l'Union africaine, la Banque africaine de développement ainsi que la Commission économique pour l'Afrique justifient mieux le caractère inaliénable de la terre lorsqu'elles notent que la terre demeure un facteur important dans la construction de

¹⁷⁴J. Vannes, *op.cit.*, p167

¹⁷⁵J. Vannes, *op.cit.*, p168

¹⁷⁶G. Kalambay Lumpungu, *Le droit foncier zairois et son unification*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p 378

l'identité sociale, dans l'organisation de la vie religieuse et, la production et reproduction des cultures. En effet, les rapports intergénérationnels sont en définitive déterminés par la quantité de ressources foncières que les familles, les lignages et les communautés ont en partage et ont sous leur contrôle. De ce fait, la terre est une partie intégrante de la spiritualité même de la société.¹⁷⁷

Nous sommes d'avis que cette thèse paraît convaincante. En effet, elle correspond mieux avec les préoccupations que les groupes familiaux se font sur leur terre. On refuse d'aliéner la terre parce que celle-ci est une richesse vitale pour la communauté. Elle fournit à la communauté tout ce dont elle a besoin pour sa survie. La terre est un élément de la personnalité des membres de la communauté. C'est par elle que s'identifie la communauté. C'est dans ce sens que parlant du droit foncier traditionnel ntumu(Gabon), Issac Nguema écrit que :

«C'est la terre tribale qui leur confère la capacité juridique. En dehors de celle-ci, en effet, les Ntumu apparaissent comme de grands enfants, sans droit aucun. De même, les personnes non-membres de leur tribu apparaissent à leurs yeux comme dépourvus de tout poids, de tout « sel » : on ne leur reconnaît pas la capacité juridique. Ce qui entraîne comme conséquence d'une part les Ntumu ne prennent pas d'époux en dehors du territoire tribal, d'autre part qu'ils ne peuvent aliéner leur terre au profit des personnes non-membres de la tribu : l'opération juridique qui est mise en œuvre à cette occasion exige un certain équilibre entre parties.»¹⁷⁸

Le professeur Lapika pense également que la terre reste à l'échelle individuelle et collective, un symbole fort de l'identité d'une communauté et un élément de reproduction sociale. C'est de la terre, écrit-il, que l'homme tire les ressources matérielles, thérapeutiques, alimentaires et vestimentaires dont il a besoin pour survivre. C'est aussi par la terre que l'homme se situe par rapport à la chaîne généalogique qui le relie aux ancêtres.¹⁷⁹

C. Assouplissement du principe

¹⁷⁷ Union africaine, Banque africaine de développement et Commission économique pour l'Afrique, cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique, Addis-Abeba, 2010, p 9.

¹⁷⁸I. Nguema, la terre dans le droit traditionnel ntumu(Gabon), in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1970, p1119

¹⁷⁹ Lapika Dimonfu, Les enjeux fonciers et les conflits en République Démocratique du Congo, in *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : Quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-neuve, Bruylant-Academia, 2004, p161

Le principe d'inaliénabilité connaît de nos jours un assouplissement. Cela relève du caractère évolutif du droit coutumier. En effet, on observe que les terres coutumières se trouvant à proximité des centres urbains font l'objet de vente. Les chefs de terre se permettent de vendre à n'importe qui des lopins de terre, quitte à l'acheteur de se présenter devant les services compétents de l'Etat pour se faire délivrer les documents légaux. C'est ce qui fait dire à Nyamugabo que les chefs coutumiers agissent avec l'assistance passive, complaisante de l'administration.¹⁸⁰ Généralement les terres vendues servent à un usage agricole. Mais il arrive aussi que ces terres soient destinées à l'usage d'habitation. Cette situation s'observe notamment, dans le plateau de Bateke où les Kinois obtiennent des concessions à usage agricole auprès des chefs coutumiers qui se réclament propriétaires terriens. Les concessions ainsi obtenues sont à titre définitif moyennant une somme d'argent.

Le professeur Kangulumba va dans le même sens, et constate que cette situation est pareille dans plusieurs pays de l'Afrique subsaharienne, en soulignant notamment ce qui suit :

« La propriété coutumière, qui se caractérise par une appropriation collective de la terre et des droits d'usage sur celle-ci et sur ses produits, y est encore importante. Traditionnellement, le chef coutumier attribue ces droits d'usage aux membres de son groupe.

Mais progressivement, en particulier en périphérie des villes, le droit coutumier se transforme sous la pression démographique et économique, et les chefs coutumiers cèdent des parcelles et créent des lotissements informels. Ces pratiques « néo coutumières » sont ignorées par la loi sans être formellement interdites. Elles permettent aux populations de s'installer à proximité des villes. Au Ghana, la majorité des terres préurbaines sont coutumières. A Yaoundé(Cameroun), plus de 70% de la population des quartiers périphériques occupent des terres coutumières. La situation est pareille à Dar es Salam(Tanzanie) ». ¹⁸¹

Toutefois, il convient de noter que cette évolution entraîne parfois certains conflits au sein du groupe. Il n'est pas rare que les membres de la communauté saisissent l'autorité judiciaire compétente contre le comportement soit du chef soit d'un autre membre du groupe pour avoir vendu un lopin de terre communautaire.

¹⁸⁰ Nyamugabo Mpova, *op cit*, p32

¹⁸¹ V. Kangulumba Mbambi, *op.cit*, p333

Conclusion partielle

En droit coutumier congolais, la terre appartient à la collectivité : famille, clan ou village. L'individu ne peut en principe être propriétaire foncier. Mais la communauté auquel il appartient lui reconnaît le droit de jouissance individuel sur la terre communautaire. C'est ainsi qu'il peut exploiter comme bon lui semble la portion de terre mise à sa disposition par la communauté. A ce titre, il peut habiter, cultiver, pêcher ou chasser sur cette terre. Il dispose également d'un droit de jachère sur la portion de terre dont il a été le premier à défricher. Ce droit de jachère est même transmissible pour cause de mort. Il est propriétaire des produits de son travail.

Pour qu'un étranger au groupe propriétaire foncier s'installe sur la terre communautaire, il doit obtenir l'autorisation du chef de terre. Cette autorisation lui permet d'exploiter la terre mise à sa disposition moyennant paiement du tribut. En principe le droit que possède un étranger sur la terre communautaire n'est pas transmissible pour cause de mort.

La terre communautaire est inaliénable. Elle ne peut faire l'objet d'une vente. Cela se justifie par le fait que cette terre symbolise l'identité du groupe social. Les membres du groupe n'ont pas d'identité en dehors de leur terre. En outre, la terre est une source de vie pour les membres du groupe car elle leur donne tout ce qu'il faut pour leur survie.

Les principes posés ont une influence certaine sur le droit de la femme sur la terre communautaire. Cette question constitue notre préoccupation pour le chapitre qui suit.

Chapitre 2 : SITUATION DE LA FEMME SUR LES TERRES DES COMMUNAUTES LOCALES

Sur les terres des communautés locales, la femme bénéficie des droits fonciers d'étendue diverse en tenant compte de son statut. En effet, elle peut être membre de la communauté qui se réclame propriétaire foncier ou étrangère à la communauté mais liée par le lien de mariage. Dans cette dernière hypothèse, la femme peut être mariée, divorcée ou veuve.

De ce qui précède, nous allons diviser ce chapitre en quatre sections. La première sera consacrée aux droits fonciers de la femme en sa qualité de membre du groupe. La deuxième analysera les droits fonciers de la femme mariée. La troisième sera axée sur la femme veuve et la quatrième sur la femme divorcée.

Section 1. DROITS FONCIERS DE LA FEMME, MEMBRE DE LA COMMUNAUTE

La terre coutumière, avons-nous dit, appartient à la collectivité. Cette communauté est composée des hommes et des femmes. Ainsi, convient-il de préciser les droits que possèdent les femmes sur ces terres.

Selon les propos recueillis auprès des notables des tribus Dinga et Mbuza¹⁸², la femme en tant que membre du groupe propriétaire foncier accède à la terre sans restriction. Ainsi, elle peut choisir n'importe quel endroit de son choix pour cultiver son champs, construire sa case, élever ses bétails etc . Elle peut également couper les bois de chauffage, cueillir les fruits sauvages, les champignons ou les chenilles. Elle n'a pas besoin d'une quelconque autorisation pour exercer ces droits. Elle est propriétaire du produit de son activité sur la terre qu'elle occupe. Ces propos ont été recueillis lors de l'entretien que monsieur Mandoki Dieudonné nous a accordé en sa qualité de chef de groupement Likombe dans le territoire de Bumba. Les mêmes propos ont été également tenus par monsieur Lawi, notable du village Mayumu, dans la chefferie Mateko

¹⁸² La tribu Dinga située dans la province de Bandundu est matrilineaire alors que la tribu Mbuza se trouvant dans la province de l'Equateur est patrilinéaire.

La situation semble être pareille dans beaucoup des tribus de la République Démocratique du Congo. Ainsi, chez les Kuba, note Jan Vansina, les femmes en région de plaine, brûlent l'herbe et arrachent les petits arbustes pour préparer des champs d'arachides, de haricots, de mapolk(fruits ressemblant à l'arachide), de canne à sucre, de poivre, de tomate, de fruit shol, et parfois de patate douce. La cueillette est pratiquée par les femmes qui rapportent souvent des champignons, mollusques et autres produits de la forêt.¹⁸³

Chez les Nande, la femme célibataire a les mêmes droits que ceux reconnus à l'homme en matière d'accès à la terre. Elle peut signer un contrat d'amodiation¹⁸⁴ comme amodiataire.¹⁸⁵

Si elle défriche une partie de la forêt ou de la savane communautaire, le droit de jachère lui sera reconnu comme c'est le cas pour tout membre du clan ou de la famille.

Cependant, une autre question est celle de savoir si la femme peut être chef de terre appartenant à la communauté. Chez les Dinga et les Mbuza, le chef de terre doit nécessairement être une personne de sexe masculin. On justifie ce principe coutumier par deux raisons suivantes :

1° La femme finit par quitter son clan pour s'établir dans le clan de son mari. Ainsi, si on la confie la responsabilité de gérer la terre communautaire, il y a risque que la gestion soit abandonnée à un moment donné. C'est dans ce sens que s'exprime monsieur Makanisi Léonard lorsqu'elle affirme lors d'un entretien que la femme est considérée dans le clan comme une "immigrée."

2° La gestion de la terre collective par la femme présente un danger, celui de voir le mari de la femme s'emparer de la gestion de chose communautaire, alors qu'il est

¹⁸³J. Vansina, *op cit*, p900

¹⁸⁴ Aux termes de l'article 1^{er} point 4 de la loi portant code minier, par amodiation il faut entendre le contrat de louage pour une durée déterminée ou indéterminée, sans faculté de sous-louage, de tout ou partie des droits attachés à un droit minier ou une autorisation de carrières moyennant une rémunération fixée par accord entre l'amodiant et l'amodiataire.

¹⁸⁵ R. Mulendevu Mukokobya, pluralisme juridique et règlement des conflits fonciers coutumiers en territoires de Beni et Lubero, Nord-Kivu, République Démocratique du Congo, Thèse de doctorat, Universiteit Gent, 2011, p 124

étranger au groupe. Cet argument est l'œuvre du notable Masha Lekansie qui l'affirme lors d'un entretien qu'il nous a accordé.

En droit foncier coutumier Ivoirien, la situation paraît être identique. En effet, c'est l'homme qui est le gérant ou le gestionnaire, le maître absolu des terres de son ménage ou de sa famille. A ce sujet, les professeurs Kone Mariatou et Ibo Guehi notent que cette phallocratie est si forte que dans certaines sociétés matrilineaires, même quand c'est le tour à une femme de commander ou de diriger le lignage, on désigne un homme qui joue officiellement ce rôle, tandis que dans les coulisses, c'est la femme qui décide. Il y a donc une imagerie sociale selon laquelle une femme ne doit jamais manifester son pouvoir.¹⁸⁶

Mais il arrive que de manière exceptionnelle la femme devienne chef de terre communautaire. C'est souvent le cas lorsque tous les mâles du clan ou de la famille sont décédés ou lorsque le mâle qui est appelé à prendre la gestion est encore mineur. Dans ce cas, cette cheftaine est appelée "Mfumu Nkento." Cette expression veut tout simplement dire chef de sexe féminin. Qu'en est-il alors de la femme mariée ?

Section 2. DROITS FONCIERS DE LA FEMME MARIEE

En droit coutumier, la femme mariée est considérée comme étrangère par rapport à la famille de son mari. Tout en étant mariée, elle reste étrangère vis-à-vis même de son mari. Cette situation a une influence sur le régime matrimonial des époux mais aussi sur la nature des droits fonciers qu'elle peut avoir durant le mariage. Ainsi, allons-nous préciser les règles relatives au régime matrimonial avant d'examiner la question d'accès à la terre par la femme.

§1. Régime matrimonial en droit coutumier

Les auteurs s'accordent pour affirmer que le droit traditionnel connaît le régime matrimonial. Les époux étant étrangers, l'un vis-à-vis de l'autre, ils sont régis en général quant à leurs biens par le régime séparatiste. Le législateur du code de la famille note

¹⁸⁶ Kone Mariatou et Ibo Guehi, op. cit, p23

aussi dans son exposé des motifs que la séparation des biens est le régime préféré par la majorité des coutumes congolaises.¹⁸⁷

En droit coutumier, le mariage est une affaire de deux familles et non du couple. Mais chaque membre du couple reste membre effectif de sa famille ou de son clan. Ainsi les biens de chaque époux appartiennent à sa famille d'origine. Il n'est pas question que les biens d'un époux enrichissent le patrimoine de l'autre. Kimpianga Mahaniah écrit à ce propos, sur la coutume kongo, que le mari et la femme appartenant à des clans différents, les biens de chacun d'eux appartiennent à leurs clans respectifs, tandis que les enfants appartiennent au clan maternel. Ainsi, la femme et les enfants se considèrent comme des étrangers et passent réellement pour des visiteurs dans le clan paternel. D'ailleurs, les sœurs, les frères, les tantes, les nièces, les neveux et les cousins paternels le leur rappellent chaque jour.¹⁸⁸ A.Sohier va dans le même sens lorsqu'il souligne que chez les Noirs, comme les époux restent les membres de deux groupes différents, le régime est la séparation de biens. En général chacun reste propriétaire de ce qu'il a apporté au ménage et du produit de son activité propre.¹⁸⁹ Cette option se justifie par le fait qu'aucune famille ne peut accepter de s'appauvrir indument au profit d'une autre famille.

Le régime de séparation est observé tant chez les matrilineaires que chez les patrilinéaires. Dans son étude sur l'équilibre des institutions coutumières et les successions au Zaïre, Phanzu Levo souligne qu'en vertu du principe de la séparation des biens des époux qui est en droit coutumier le régime matrimonial des époux, la femme ne conserve que ces champs ou le produit de son petit commerce, ses outils ainsi que ses ustensiles de cuisine.¹⁹⁰ Cette affirmation de l'auteur a été confirmée par nos enquêtes sur terrain. En effet, des entretiens que nous avons sur terrain tant avec les notables de la tribu Dinga, matrilineaire qu'avec ceux de la tribu Mbudja, patrilinéaire, la séparation des biens est le régime qui gouverne les biens des époux.

¹⁸⁷ Exposé des motifs de la loi n° 87- 010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, in *Journal Officiel de la République du Zaïre*, 28^{ème} année, numéro spécial de 1987, p17

¹⁸⁸ Kimpianga Mahaniah, La problématique du développement, Luozi, Presses de l'Université de Luozi, 2007, p145

¹⁸⁹ A. Sohier, Le droit coutumier du Congo belge, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 12, 1946, p376

¹⁹⁰ Phanzu Levo, L'équilibre des institutions coutumières et les successions au Zaïre, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°4, 1972, p607

C'est ici le lieu de dire que la situation en la matière présente une certaine similitude presque partout en République Démocratique du Congo. En effet, d'autres études menées tant chez les patrilinéaires que chez les matrilineaires ont abouti à la même constatation.

Ainsi, chez les Kuba, matrilineaires, Vansina note que le régime des biens matrimoniaux est celui de la séparation. Ainsi les gains de la vente des produits des cultures de forêt sont divisés. En pratique, pense-t-il, ces gains servent à arrondir un petit pécule commun au ménage et qui est employé à divers achats qui doivent profiter une fois au mari et la prochaine à son épouse.¹⁹¹

Chez les matrilineaires Yombe, c'est la séparation des biens qui caractérise le régime matrimonial. Chacun des époux garde la libre disposition de ses avoirs propres. Ainsi, appartiennent au mari, tous les biens acquis tant avant le mariage que durant l'union, y compris ceux issus du travail commun. La femme ne conserve en propre que les biens acquis avant le mariage ou apportés à l'occasion de son installation dans la vie matrimoniale. On lui reconnaît également le droit de propriété sur les produits provenant des champs qu'elle cultive. L'argent réalisé à la suite de la vente de ces produits lui reviendra également en propre.¹⁹² Dans le territoire de Kasenga, secteur du Moero, les populations sont matrilineaires. Dans son enquête sur le droit coutumier de ce territoire, l'administrateur assistant Grignard note que le régime matrimonial des époux est la séparation des biens. En effet, chacun conserve la propriété de ses propres biens. En règle générale, les ustensiles du ménage sont à la femme, le mobilier, les armes, les instruments de travail à l'homme. Quant aux champs, on distingue les champs du mari et ceux de la femme.¹⁹³

¹⁹¹J. Vansina, *op. cit.*, p900

¹⁹² Lihau Ebu et Nimy Mayidika Ngimbi, Droit successoral des sociétés traditionnelles au Zaïre(chez les Mbuza de l'Equateur et les Yombe du Bas-Zaïre), in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, p594.

¹⁹³I.L.J. Grignard, Enquête sur le droit coutumier des groupements Kilomba, Kyaka, Mulinda et Kuba Bukongolo du secteur du Moero, territoire de Kasenga, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°12, 1954, p289

Chez les Zande, patrilinéaires, Liegeois constate qu'ils sont régis par le régime de séparation des biens lorsqu'il écrit notamment que dans le ménage, l'époux reste unique propriétaire des biens acquis par héritages ou versements de dot. Les biens obtenus par le travail commun sont répartis de commun accord entre les époux au moment de leur acquisition. L'épouse conserve la propriété et la gestion des biens : objets ménagers, vêtements, volailles qu'elle a apportés au foyer conjugal et de ceux provenant du partage fait de commun accord des bénéfices de l'association. Elle reste unique propriétaire et gestionnaire des biens hérités. Il s'agit du régime sans communauté.¹⁹⁴

La jurisprudence coutumière soutient que chez les Baluba, patrilinéaires, le régime des biens est la séparation des biens.¹⁹⁵ Il en est de même chez les Basanga. En effet, le tribunal secondaire de Bena-Ngoma a décidé qu'en cas de dissolution du mariage, le régime des biens entre époux est la séparation des biens. Chacun des époux a le droit de retenir le produit de son industrie. Si un champ est l'œuvre commune des époux, le produit doit en être partagé entre eux.¹⁹⁶

Van Hamme qui a analysé le droit coutumier des Bakwa Lubo, patrilinéaires, souligne que le régime matrimonial en vigueur dans ce système est la séparation des biens. Il note que la propriété mobilière collective n'existe pas, même pas entre mari et femme. La femme possède tous les biens qu'elle a apporté au ménage et tous ceux qu'elle a acquis de son propre denier : des vêtements, des ustensiles de ménage, de l'argent, du bétail, de la volaille, des fétiches, des bagues, colliers. L'homme possède de l'argent, des vêtements, des meubles, des ustensiles de ménage, de culture, de chasse et de pêche, du bétail, de la volaille, des instruments de musique, des esclaves, le produit de ses cultures et de celles de sa femme, le vélo, la machine à coudre, le fusil, un porte-plume, une horloge, des lunettes au soleil.¹⁹⁷

¹⁹⁴ A.J.B. Liegeois, La coutume Zande, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°3, 1953, p 49.

¹⁹⁵ Tribunal de territoire de Bukama, jugement n° 651 du 17 mai 1949, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 4, 1951, p125

¹⁹⁶ Tribunal secondaire de Mwashia du secteur Bena-Ngoma, jugement n°5 du 25 février 1950, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 5, 1952, p301

¹⁹⁷ Van Hamme, *op.cit*, p340

Comme on peut se rendre compte, le régime séparatiste est le droit commun en droit coutumier. Ce régime nous paraît défavorable pour la femme. En effet, la division du travail dans le milieu coutumier fait que la femme n'exerce pas une activité pouvant lui permettre d'accumuler la richesse. Ses activités sont orientées vers l'entretien et la subsistance de la famille. Elle cultive le champ pour assurer l'approvisionnement du foyer. Elle peut également exercer un petit commerce dans le but de se procurer des produits manufacturiers avec l'argent provenant du commerce. Mais son activité première reste la procréation. Or, le mari a la possibilité d'exercer des activités lui permettant d'accumuler des richesses. C'est notamment le cas de l'agriculture dans un but commercial, la pêche, la chasse etc. En fin de compte, l'homme se retrouve avec beaucoup des biens grâce à son activité par rapport à son épouse. S'il est vrai qu'entre époux, il y a séparation des biens, comment la femme mariée accède-t-elle à la terre ?

§2. Accès de la femme mariée à la terre pendant le mariage

La préoccupation est de savoir si du vivant de son mari, la femme peut accéder à la terre appartenant au clan de celui-ci. Cette question présente un intérêt lorsque le système de résidence est la patrilocalité, c'est-à-dire, la femme réside sur les terres appartenant au clan du mari. Si le système de résidence est la matrilocalité, la question n'aura pas d'intérêt parce que la femme résidera sur la terre de sa communauté et disposera donc de tous les droits fonciers.

D'une façon générale, il est admis que la femme mariée accède à la terre appartenant au clan ou à la famille de son mari, et ce, du vivant de celui-ci. En effet, elle a le droit de cultiver les champs, d'y habiter, de pêcher, de faire la cueillette de tout genre. Ces droits sont reconnus à la femme tant dans le système matrilineaire que dans le système patrilinéaire. Les notables interrogés à ce sujet, affirment que selon les coutumes Dinga et Mbuza, la femme mariée dispose des droits susvisés. En effet, lors de nos enquêtes, nous avons posé la question de savoir si selon la coutume, la femme mariée, étrangère au groupe social de son mari, pouvait bénéficier des droits fonciers du vivant de celui-ci sur les terres appartenant au clan ou à la famille de ce dernier. A cette

question, tous les notables interrogés ont répondu par l'affirmative, en précisant que tant que son mari est en vie, il accèdera sans réserve à la terre par le truchement de celui-ci.

La situation est quasiment identique dans d'autres tribus. L'enquête menée par Mayer sur le droit coutumier des Bena Tshitolo révèle que chaque femme a son champ. Si le mari est polygame, toutes les femmes font en outre le champ du mari. La récolte est engrangée chez le mari, si celle-ci provient de son champ. La récolte de chaque femme est engrangée dans la case habitée par chacune d'entre elles.¹⁹⁸ Chez les Yombe, la femme a le droit de propriété sur les produits des champs qu'elle cultive.¹⁹⁹

Marchal qui a mené des enquêtes dans le Haut-Katanga constate qu'en droit foncier coutumier des Bazela, Balomotwa et Banwenshi, pour que la femme vienne résider au village de son mari, il faut que celui-ci lui cède, en arrivant, un champ ou un grenier bien fourni. Lorsque le mari prend une femme supplémentaire, il lui cède d'ordinaire son champ « mukala », à condition qu'une autre épouse n'y ait pas travaillé.²⁰⁰ De son côté, le professeur Van Der Kerken cité par Kremer, note qu'au Katanga, de champs collectifs n'existent pas. Lorsque les terres ont été affectées aux cultures, avec l'autorisation du chef, le champ de chacun est bien déterminé. Ce champ est individuel, les fruits y sont individuels. Lorsque le mari est polygame, chaque femme généralement a son champ à cultiver.²⁰¹

Un coup d'œil en droit coutumier africain comparé nous renseigne que dans certains pays de l'Afrique Centrale, la situation n'est pas différente. C'est notamment le cas en droit coutumier gabonais où Agondjo-Okawe, analysant le droit foncier de la société nkomi, note que l'épouse est également étrangère. Elle tient ses droits fonciers de son époux dans les limites de ses obligations domestiques, elle a droit de propriété privative sur ses plantations.²⁰²

¹⁹⁸Ch. Mayer, Enquête sur le droit coutumier des Bena Tshitolo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier*, n°2, 1953, p26

¹⁹⁹ Lihau Ebu et Nimy Mayidika Ngimbi, Droit successoral des sociétés traditionnelles au Zaïre(chez les Mbuza de l'Equateur et les Yombe du Bas-Zaïre), in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n° 4, p 594

²⁰⁰ R.Marchal, *op. cit*, p 18

²⁰¹ E.Kremer, *op. cit*, p283

²⁰² P-L.Agondjo-Okawe, les droits fonciers coutumiers au Gabon, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1970, p1146

En droit coutumier ivoirien, on note qu'en région agni, en se mariant, la femme obtient une portion de terre de son époux pour y faire des cultures vivrières. La récolte sert généralement à l'autoconsommation. C'est avec cette production que la femme nourrit la famille.

De même, en région sénoufo, lors du mariage l'épouse reçoit de son mari un certain nombre de biens et présents dont le plus important est la construction d'un grenier et une parcelle rizicole. L'époux sollicite pour elle la parcelle auprès d'un tarfolo (gardien de terre). Il s'agit là d'un contrat foncier dont la durée dépend de celle du mariage. Ainsi, en cas de divorce, la femme perd systématiquement le droit d'usage de la parcelle. En outre, ce droit d'usage est non cessible et le plus souvent non transmissible.²⁰³

Comme on peut se rendre compte, la femme a le droit de propriété sur les cultures ainsi que ses produits. Sur la terre, elle ne dispose que d'un droit de jouissance, et ce, par l'entremise de son époux. En principe, la durée de ce droit est fonction de la durée du lien conjugal. Il est bien entendu que la mort du conjoint est une raison mettant fin au mariage. Ainsi, allons-nous analyser les droits fonciers de la veuve.

Section 3. DROITS FONCIERS DE LA VEUVE

Il est question ici de savoir si la femme accède aux droits fonciers après la mort de son mari. Pour ce faire, nous allons d'abord analyser les règles coutumières relatives à la dévolution successorale, ensuite la situation foncière de la femme veuve.

§1. DEVOLUTION SUCCESSORALE EN DROIT COUTUMIER

Les règles relatives à la dévolution successorale sont différentes selon le système de parenté. Mais quel que soit le régime de parenté, il convient de noter que tout homme n'a en principe qu'un seul héritier : celui qui le remplace dans la hiérarchie familiale, et qui, selon les coutumes, a l'obligation personnelle de faire participer les autres parents

²⁰³ Kone Mariatou et Ibo Guehi, op. cit, p 25

aux biens et droits qu'il a recueillis.²⁰⁴ C'est ce qui fait dire à Manzila qu'en droit coutumier la succession n'est pas seulement la succession aux biens du défunt, mais et avant tout c'est une succession au pouvoir du défunt qui entraîne celle des biens. En effet, poursuit-il, dans la société traditionnelle, les biens qui constituaient l'héritage du défunt étaient généralement de peu d'importance. La succession au pouvoir n'est pas en principe divisible et ceci est la raison pour laquelle la coutume n'admet que la désignation d'un seul héritier responsable.²⁰⁵ C'est ainsi que dès qu'une personne meurt, tous les droits et obligations qui composaient son patrimoine sont transmis d'office à titre universel, à l'héritier désigné par la coutume. Celui-ci se trouve investi dès le moment du décès de l'actif et du passif de la succession, et il lui est impossible de renoncer à celle-ci.²⁰⁶

Ces propos sont également partagés par les professeurs Kone Mariatou et Ibo Guehi qui notent que la succession en droit coutumier a un double objet : la succession aux fonctions qui consiste à transmettre des valeurs sociales et religieuses, des charges et des pouvoirs détenus par le défunt dans le lignage. C'est aussi la transmission des connaissances plus particulièrement en matière médicale. Il s'agit également de la succession aux biens qui ne consiste pas seulement à transmettre des biens individuels mais aussi les biens du lignage coutumier. La personne désignée pour les recevoir ne devient pas propriétaire de ces biens, elle n'est qu'un administrateur ou gérant des biens du groupe. Ainsi, en droit coutumier la désignation d'un seul héritier s'impose car la succession aux fonctions n'est pas en principe divisible.²⁰⁷

Nous allons successivement dans les lignes qui suivent analyser les règles de dévolution successorale ab intestat tant en régime patrilinéaire que matrilinéaire avant de voir la dévolution testamentaire.

A. Succession ab intestat

²⁰⁴ Kilolo, Le droit coutumier des successions de la ville de Kinshasa, in *Revue zairoise de droit*, n°1, 1972, p 29

²⁰⁵ Manzila Lutumbu sal'a sal, Les successions en droit civil zairois, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, p 512

²⁰⁶ Kilolo, *op. cit.*, p29

²⁰⁷ Kone Mariatou et Ibo Guehi, *op. cit.*, p 17

En droit coutumier les règles de la dévolution successorale ab intestat sont différentes selon que le système de parenté est patrilinéaire ou matrilineaire.

I. Régime patrilinéaire

Ce régime est le plus répandu en République Démocratique du Congo. Certains auteurs estiment qu'il concerne les deux tiers de la population congolaise.²⁰⁸

La dévolution successorale dans ce régime se fait soit en ligne collatérale, soit en ligne directe.

a. Succession en ligne collatérale ou horizontale

Dans la succession horizontale, les frères du de cujus sont des héritiers de premier rang, à défaut de ceux-ci, les autres collatéraux tels que les demi-frères et cousins. Manzila explique cette situation en soulignant que lorsque la succession est horizontale, elle est attribuée en principe aux frères du défunt par rang d'âge, à défaut des frères, à l'aîné des fils ou aux neveux, fils des frères, à leur défaut au père ou aux frères de celui-ci.²⁰⁹ La jurisprudence coutumière luba décide que les héritiers du « de cujus » sont d'abord ses frères germains, en cas de disparition de ceux-ci, les frères consanguins, en commençant par le plus âgé, puis seulement les fils du défunt.

Beaucoup des tribus de la République Démocratique du Congo sont régies par ce régime. Il en est ainsi notamment de la coutume Mbuza qui a fait l'objet de nos enquêtes. En effet, selon cette tribu, les biens du défunt passent à ses frères et demi-frères même s'il a laissé des enfants. Cependant, le frère du défunt qui hérite, a l'obligation de marier les enfants du défunt en payant la dot en lieu et place du père défunt. Il a aussi l'obligation d'assurer l'éducation des enfants lorsqu'ils sont mineurs.

²⁰⁸ Manzila Lutumbu Sal'a Sal, *op.cit.* p510

²⁰⁹ Manzila Lutumbu Sal'a Sal, *op. cit.*, p510

Si le de cujus n'a ni frères ni demi-frères ni cousins, ses biens sont hérités par son père ou, si son père est décédé, par ses oncles paternels.²¹⁰

Il arrive exceptionnellement aussi que les enfants héritent de leur père. C'est notamment le cas lorsque le de cujus n'a laissé en vie ni ascendants ni collatéraux capables d'assumer la tutelle. Dans ce cas, c'est le fils le plus âgé qui devient héritier et c'est lui qui exerce les droits reconnus aux héritiers et assume les obligations qui incombent à tout successeur.²¹¹

Si les enfants du de cujus sont mineurs et qu'il a laissé dans son lignage ni ascendants ni collatéraux appelés à lui succéder, c'est l'oncle maternel du défunt qui deviendra l'héritier. Dans ce cas, il aura l'obligation de s'occuper de l'éducation des enfants mineurs laissés par le défunt.²¹²

Lorsque la personne décédée est une femme mariée, étant donné qu'elle reste membre de sa famille d'origine, les biens qu'elle laisse reviennent à son lignage. Ainsi, les biens de la défunte reviendront à ses frères et sœurs, demi-frères et demi-sœurs ou ses cousins et cousines qui vont se les partager.

Dans une étude pertinente sur l'analyse critique de la jurisprudence des tribunaux coutumiers relative au droit des successions en République du Zaïre, Ntambwe Makadi relève notamment en ce qui concerne la succession horizontale que chez les Hemba, le frère du défunt hérite de l'actif de la succession laissée par ce dernier.²¹³ Chez les Baluba du Shaba, la succession passe d'abord aux frères germains puis, à défaut, aux frères utérins ou au fils du de cujus.²¹⁴ Dans la coutume Bayashi, il a été jugé que le frère aîné hérite du défunt et peut, en cette qualité, poursuivre le recouvrement de la dot payée par le de cujus.²¹⁵

²¹⁰ Lihau Eboa et Nimi Mayidika Ngimbi, *op. cit.*, p591

²¹¹ Ibidem

²¹² Lihau Eboa et Nimi Mayidika Ngimbi, *op. cit.*, p 591

²¹³ Ntambwe Makadi, Analyse critique de la jurisprudence des tribunaux coutumiers relative au droit des successions en République Démocratique du Congo, in *Revue juridique du zaïre*, n° 3, 1974, p163

²¹⁴ Ntambwe Makadi, *op.cit.*, p166

²¹⁵ Ibidem

De son côté, Mayer, dans une enquête consacrée aux Bena Tshitolo souligne qu'à la mort du de cujus, l'ensemble de la succession revient au frère aîné de la personne décédée, à défaut, à son fils aîné. Quant à la composition de la succession, l'auteur note qu'elle est composée des personnes, des animaux et des objets laissés par le défunt. Ainsi, l'héritage d'un père de famille se compose de ses femmes, de ses enfants, anciennement de ses esclaves, de son bétail, de ses poules, de ses cultures, de ses armes, de ses instruments de travail, etc...²¹⁶

La particularité de cette coutume réside dans le fait que s'agissant de la terre, c'est toujours le fils aîné du de cujus qui l'hérite. Si ce dernier n'a pas d'enfant, c'est son frère aîné qui en devient propriétaire sinon, elle revient aux cousins. Sur le plan pratique, tous les fils du défunt peuvent accéder à la terre laissée par leur géniteur en y cultivant les champs. Il en est de même en ce qui concerne le frère aîné du défunt. Il convient cependant de noter que les filles n'héritent pas de la terre.²¹⁷

En droit coutumier Nande, Mulendevu Mukokobya constate que la femme n'est pas comptée parmi les successibles en cas de décès de ses parents ou de son mari. Elle n'hérite donc pas de la terre²¹⁸. L'héritage est assumé par les personnes de sexe masculin de la famille. Généralement, c'est le frère aîné qui est l'héritier. Ce principe est également observé par les ethnies de la région de l'Ituri où on note dans l'ensemble que leurs coutumes ne permettent pas aux personnes de sexe féminin d'hériter.²¹⁹

De ce qui précède, il ressort que la femme ainsi que les enfants du défunt sont exclus en principe de la succession. Dans l'hypothèse où les enfants peuvent prendre part à la succession, les filles en sont exclues au profit des garçons. Qu'en est-il alors de la succession verticale ?

²¹⁶ Ch. Mayer, *op. cit*, p15

²¹⁷ *Idem*, p 28

²¹⁸ R. Mulendevu Mukokobya, *op. cit*, p 126

²¹⁹ R.C.N Justice et Démocratie, *op. cit*, p27

B. Succession verticale

Dans la succession verticale, en principe, l'héritier est le fils aîné du de cujus. C'est ainsi que Ntambwe Makadi note que certaines ethnies ou groupes ethniques patrilinéaires attribuent de préférence la succession à la descendance masculine du défunt, avec droit de primogéniture.²²⁰ Ainsi, allons-nous passer en revue la situation en droit coutumier congolais avant de jeter un coup d'œil en droit coutumier africain.

1. En droit coutumier congolais

Ce principe est en vigueur dans plusieurs coutumes en République Démocratique du Congo. En effet, dans leur étude sur la dévolution successorale en République Démocratique du Congo, le professeur Emile Lamy et Lokwa, chercheur à l'Office National de Recherche et de Développement constatent que la succession verticale était déjà la règle dans les sociétés pastorales du Nord-Est du Zaïre et au Rwanda et au Burundi. Cette conception successorale trouve son fondement, semble-t-il, en fonction du bétail. En effet, d'une part parce que le bétail unissait non pas seulement le de cujus à sa famille, mais aussi avec un client lorsqu'il était patron pastoral ou avec un patron lorsqu'il était le client, de telle sorte que ce lien de nature conventionnelle avait une portée plus individuelle et restreinte et se transmettait alors de pères en fils des deux côtés des cocontractants.²²¹ D'autre part, poursuivent-ils, on peut aussi retenir comme motif valable à une succession verticale en ce qui concerne le cheptel, le fait que celui-ci est, par nature, partageable, facilitant dès lors une répartition entre les enfants, filles y compris, avec sans doute une part préférentielle à l'aîné, mais aussi parce que le patrimoine en bétail s'accroissant par filiation verticale, il est naturel donc normal que sa répartition se fasse dans le même sens pour ses propriétaires.²²²

Dans la coutume zande, les biens du de cujus sont partagés entre ses enfants mâles, avec avantage au fils aîné en tant que chef de famille. A ce titre, il lui appartient de procéder au partage de l'héritage. Si les héritiers sont en bas âge, l'aîné des frères du

²²⁰ Ntambwe Mbakadi, *op. cit.*, p 168

²²¹E. Lamy et Lokwa Ilwaloma, La dévolution successorale en République du Zaïre, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, p536

²²²E. Lamy et Lokwa Ilwaloma, *op. Cit.*, p536

défunt sera chargé de la tutelle et de la garde de l'héritage qu'il remettra aux héritiers lors de leur majorité. A défaut des descendants mâles, le frère aîné du défunt ou celui de ses frères qu'il a désigné recueille l'héritage. A défaut de descendants ou de collatéraux mâles, la fille aînée a priorité. En dernière hypothèse, la sœur du défunt hérite et partage avec la parenté maternelle du défunt.²²³

Chez les Walese du territoire d'Irumu, la succession va de père en fils. Si ceux-ci sont mineurs, le tuteur gère les biens jusqu'à ce que les enfants deviennent adultes. Au cas où il n'y aurait pas d'héritiers, les biens sont distribués entre les frères du défunt.²²⁴ Les mêmes principes sont également en vigueur chez les Bena Ebombo. En effet, selon cette coutume, la dévolution successorale se fait toujours en ligne paternelle. L'avoir successoral au cas où il y a des enfants, est dévolu au fils aîné ; s'il n'y a pas d'enfant, au frère aîné du père.²²⁵

Dans la coutume des Bakwa Lubo, en cas de décès d'un père de famille, la succession est assurée par son fils aîné qui devient tuteur des autres enfants et qui hérite également des femmes de son père, à condition qu'il soit adulte. Si le fils aîné n'est pas adulte, tous les enfants passent sous la tutelle du frère aîné de leur père, qui a la garde des biens jusqu'à ce que le fils aîné soit adulte. Il deviendra également le tuteur des femmes du de cujus et il a le droit de marier ces femmes à des tiers, mais il devra en compensation procurer plus tard une femme aux garçons qui sont passés sous sa tutelle. Il perçoit également la dot des filles placées sous sa tutelle.²²⁶

Quelle est la situation en droit coutumier africain ?

2. En droit comparé africain

Certains pays d'Afrique connaissent également la succession verticale. C'est notamment le cas du droit successoral coutumier burundais. En effet, dans une étude sur

²²³ A.J.B. Liegeois, La coutume zande, territoire de Dungu in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 3, 1953, p50

²²⁴ P.E.Joset, Notes ethnographiques sur le sous-tribu des Walese abfunkotou, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°2, 1949, p96

²²⁵ L. Deremiens, Quelques considérations sur la coutume des Bena Ebombo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°3, 1953, p64

²²⁶ Van Hamme, *op.cit*, p342

la dévolution successorale en droit burundais, Joseph Bukera, Président de la Cour Suprême du Burundi écrit que la succession ab intestat est dévolue aux plus proches parents de la famille du défunt. Ce sont ses enfants légitimes et descendants à l'exclusion des filles du défunt et de leurs descendants. Dans la ligne ascendante, on trouve son père, sa mère, et ses oncles, ses grands-parents de la ligne paternelle pour héritiers.²²⁷ Précisant l'ordre des héritiers, l'auteur note que les héritiers du défunt se répartissent en plusieurs catégories appelées à la succession l'une à défaut de l'autre. Ainsi, les enfants légitimes et leurs descendants, de sexe masculin sont les héritiers de la première catégorie. Le père et la mère du défunt sont des héritiers de la deuxième catégorie. Les frères du défunt et leurs descendants mâles viennent en troisième position.²²⁸

Au Cameroun, la succession en droit coutumier s'analyse également comme étant une transmission des pouvoirs d'administration des biens de la famille du père au fils. Il n'y a donc pas partage des biens au sens du code civil. L'héritier coutumier remplace le père. Ainsi, chez les Boulous du Cameroun, l'ordre des successibles se présente comme suit : les enfants mâles et leurs descendants à l'infini sont héritiers de la première catégorie, les frères germains du défunt sont héritiers de la deuxième catégorie, les frères consanguins viennent à la troisième catégorie et les cousins germains sont héritiers de la quatrième catégorie.²²⁹

L'héritier dispose des droits et des obligations envers les membres de la famille. Ainsi, il a le droit sur les biens laissés par le défunt, sur les veuves et les enfants, aux titres, fonctions et honneurs. En effet, il devient l'administrateur des biens laissés par le de cujus. Les veuves à l'exception de sa mère et les enfants passent sous son autorité. Il hérite le titre coutumier sous lequel son père était connu dans le milieu traditionnel. De ce fait, il fréquente les sociétés dans lesquelles son père était membre et prend la place de celui-ci.

Parmi ses obligations, l'héritier a notamment le devoir de partager les veuves avec ses frères majeurs et de trouver une épouse à chacun de ses plus jeunes frères à leur

²²⁷J. Bukera , La dévolution successorale en droit burundais, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, p614

²²⁸ J.Bukera, *op. cit*, p616

²²⁹ Ngongang-Ouandji, *op. cit*, 650

majorité. Il doit entretenir ses sœurs jusqu'à leur mariage. Bref, il doit s'occuper de tous les membres de la famille comme le ferait le de cujus.²³⁰ La situation de l'héritier paraît ici identique à celle de l'héritier en droit normand du 16^{ème} siècle. En effet, selon J. Musset, le fils aîné considéré comme héritier principal, était dit « tuteur naturel et légitime » de ses frères et sœurs. Revêtu d'un véritable pouvoir domestique, il exerçait un office familial. Tous lui devaient obéissance, respect et honneur comme il en avait été à l'égard du père dont il prenait la place.²³¹

Envers la société, le successeur hérite à la fois de l'actif et du passif de la succession. Il doit payer les dettes contractées par le défunt ou bien les dettes successorales tout court.²³²

Au Congo-Brazzaville, les règles coutumières de la dévolution successorale déterminent l'héritier sinon les héritiers, en accordant la prééminence soit aux parents en ligne patrilinéaire, soit à ceux de la ligne matrilinéaire. Mais dans le premier cas, c'est le fils qui hérite de son père. Ces coutumes se retrouvent au nord du pays.²³³ Dans la parenté patrilinéaire, les successibles directs sont : le fils aîné, ses frères germains ou consanguins, ses oncles et tantes paternels. Somme toute, selon le droit coutumier congolais, l'héritier direct peut être aussi bien un parent en ligne collatérale qu'un parent en ligne directe.²³⁴

La conception du droit successoral coutumier congolais consiste à soutenir le principe de la continuation de la personne du défunt par le successeur. Ainsi, celui qui recueille la succession hérite non seulement les biens mais aussi les pouvoirs du défunt. Il en est également des dettes ainsi que des créances laissées par le de cujus.²³⁵

Au Togo, le système patrilinéaire est le plus usuel. La terre est un bien collectif, appartenant à la famille. Seuls l'usage ou l'exploitation sont individuels. S'agissant de la

²³⁰ Ngongang-Ouandji, *op.cit*, p646-647

²³¹ J. Musset, *Le régime des biens entre époux en droit normand*, Caen, Presses Universitaires de Caen, 1997, p43

²³² Ngongang-Ouandji, *op.cit*, p646-647

²³³ E. Mayinguidi, *Des successions en droit coutumier du Congo*, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, p665

²³⁴ E. Mayinguidi, *op. cit*, p670

²³⁵ E. Mayinguidi, *op. cit*, p668

transmission de la terre par Héritage, à la mort du propriétaire, la terre qu'il exploitait est transmise à ses héritiers. L'héritier par excellence en droit coutumier togolais, c'est la famille du défunt, car c'est elle qui hérite de la terre. Mais les champs ainsi que les cultures du défunt sont hérités par son fils aîné. Celui-ci assure le partage avec les autres héritiers, à l'exclusion des filles. Cette exclusion est justifiée par le fait qu'on évite que les biens fonciers ne sortent du patrimoine de la famille paternelle. En effet, la terre étant un bien collectif, la fille en se mariant, introduirait des « étrangers », c'est-à-dire ses enfants, qui viendraient déposséder la collectivité de son patrimoine foncier.²³⁶

Le droit coutumier malgache va dans le même sens. En effet, dans une étude sur le droit successoral malgache, Ernest Njara note qu'en cas de pluralité d'héritiers, la gestion provisoire des biens de la succession échoit à l'aîné qui en assurera plus tard le partage entre les successeurs. L'auteur renchérit que certaines coutumes, celles du littoral sud-est, refusent aux enfants du sexe féminin le droit à la succession des immeubles de leur auteur, le souci étant la conservation du patrimoine familial ; il est à craindre que ces derniers, une fois mariés, cèdent leur part de succession à leur mari ou à leur progéniture. Ce qui entraînera l'intrusion d'un élément étranger dans la famille, un danger pour l'unité du patrimoine familial. L'épouse ne peut non plus hériter de son mari les biens immobiliers. Si elle hérite, c'est au nom de ses enfants mineurs. En qualité de simple usager, elle peut continuer à habiter avec ses enfants la case qui était le domicile conjugal.²³⁷

Au Burundi, il est observé également que la tradition exclut quasiment la femme de la succession au motif que selon le système patrilinéaire, elle ne perpétuait pas la famille où elle était née. Ainsi, chaque fois qu'elle est en concours avec des membres mâles de la famille, elle devrait être exclue, quel que soit le degré de parenté avec le défunt. Bien que les filles n'héritent pas de la terre, la coutume veut cependant qu'elles reçoivent une portion de terre qu'elles peuvent cultiver tout au long de leur existence, mais qu'elles ne peuvent ni vendre ni léguer à leurs enfants.²³⁸

²³⁶ ADA Consulting Africa, Etude sur les politiques foncières et l'accès des femmes à la terre au Togo, Lomé, MDG3 Fund, juillet 2009, pp26-27

²³⁷ E. Njara, Le droit successoral malgache, in *Droit et Cultures*, n°33, 1977, p 169

²³⁸ R.C.N Justice et Démocratie, Etude sur les pratiques foncières au Burundi : Essai d'harmonisation, www.rcn-ong.be, mars 2004, p 56

La même observation est faite par l'ONU-HABITAT. En effet, cette institution constate que dans certains pays de l'Afrique australe comme le Lesotho, la Zambie et le Zimbabwe, sous le régime coutumier, l'héritage est gouverné par les règles de primogéniture mâle qui font du fils aîné l'héritier.²³⁹ Que peut-on tirer comme éléments substantiels en la matière ?

De tout ce qui précède, il ressort que dans la succession patrilinéaire les femmes ainsi que les filles sont exclues de la succession. L'épouse n'hérite pas de son mari. Cela se justifie par le fait que selon la conception coutumière de la succession, le successeur hérite avant tout le pouvoir du de cujus et cela entraîne également l'héritage des biens. Il est donc difficilement acceptable qu'une femme accède au pouvoir dans la mesure où dans la coutume, le pouvoir est tenu par les hommes. En outre, la femme mariée est étrangère par rapport à son mari.

La fille est exclue de l'héritage foncier au motif qu'elle est appelée à se marier, ainsi on évite qu'elle fasse introduire au sein de la famille des étrangers qui viendront s'accaparer des biens fonciers familiaux. Par étrangers ici, on entend soit les enfants issus de son mariage, soit son époux.

Il est aussi à remarquer que les règles coutumières en la matière sont pratiquement identiques partout en Afrique noire. Qu'en est-il alors du régime de parenté matrilineaire ?

II. Régime matrilineaire

En République Démocratique du Congo, ce régime concerne essentiellement les populations habitant les provinces de Bandundu et du Bas-Congo. A l'époque, les deux provinces étaient réunies et ne constituaient qu'une seule appelée Léopoldville. C'est à juste titre que Patrice Nimi pense que l'aire du matriarcat comprend les régions des Bayaka, Bayansi, Bambala, Balali, Batéké, Bafununga, Bawumbu, Batandu, Bandibu, Besi-Ngombe, Bamanianga, Bamboma, Bayombe, Bakongo ya Boma, Bakabinda,

²³⁹ ONU-HABITAT, Droits des femmes au sol, à la propriété et au logement : Guide global pour les politiques publiques, mars 2007, p 21.

Basolongo et Bazombo.²⁴⁰ Bien que les matrilineaires soient concentrés fondamentalement dans cet espace, il y a lieu de signaler qu'on trouve dans certaines provinces essentiellement patrilinéaires, quelques tribus minoritaires matrilineaires. C'est notamment le cas dans le sud de la province du Katanga. Nous allons d'abord donner la caractéristique de ce régime, ensuite un aperçu des critiques sur le régime sous examen avant de tirer une conclusion.

1. Caractéristique du régime matrilineaire

Dans ce système, la succession est toujours horizontale. En effet, elle se fait dans la branche féminine du côté de la mère du défunt. C'est ainsi qu'elle va du défunt à son frère le plus âgé, à défaut de celui-ci aux neveux, fils de sa sœur, et à défaut de ceux-ci aux oncles maternels. Comme on peut s'en rendre compte, les enfants n'héritent pas de leur père. Cela se justifie par le fait que les enfants n'appartiennent pas en principe à la parenté de leur père, mais celle de leur mère.

Ce qui vient d'être dit a été confirmé par nos enquêtes de terrain sur la tribu Dinga. En effet, dans cette tribu, l'héritage se transmet du défunt à son frère ou à son neveu. La femme et les enfants ne peuvent pas hériter du de cujus. Ils sont étrangers vis-à-vis de lui. Ainsi, ses biens ne peuvent pas quitter sa famille pour enrichir une autre famille. C'est ce qu'affirme monsieur Mupapa willy, notable du village Kibala, chefferie Sedjo lors d'un entretien sur la question.

La situation est pareille dans toutes les sociétés régies par ce système. C'est notamment le cas dans la société yombe. En effet, selon les règles coutumières en vigueur dans cette tribu, lorsqu'un homme décède, ses biens sont hérités par son frère et, à défaut, par son neveu, son cousin ou son oncle.²⁴¹ Dans la coutume tshokwe, seuls les neveux appelés « Eghwe » et les frères du défunt de la même génération héritent. Les enfants du de cujus n'ont pas droit à l'héritage de leur père. Mais, cette coutume oblige les héritiers

²⁴⁰P. Nimi, Le régime du matriarcat et ses funestes conséquences, in *La Voix du Congolais*, n°35, 1949, p59

²⁴¹ Lihau Eboa et Nimy Mayidika Ngimbi, *op. cit.*, p595

légitimes à donner aux enfants du de cujus, avant qu'ils ne rentrent au village de leur mère, des cadeaux pris sur les biens laissés par leur père.²⁴²

Dans une étude qui couvre la circonscription indigène des Baushi comprenant les chefferies des Kiniama, Kaimbi, Mwenda, Kimese-Kalonda, Michaux constate que dans cette circonscription, les biens du défunt appartiennent à son oncle maternel, et à son défaut, au neveu du défunt. A défaut d'héritiers bien déterminés, les biens appartiennent à ceux du même clan.²⁴³

De son côté, Decapmaker note que la teneur essentielle et caractéristique du régime matriarcal se met au grand jour à la mort du père de famille. Le deuil est porté principalement par l'épouse et les enfants. Mais l'enterrement et l'héritage reviennent par le droit coutumier à la famille maternelle du défunt : soit oncle maternel, soit frère de même mère, soit neveu maternel. L'épouse et les enfants rentrent automatiquement dans le groupement et à la résidence de leur famille maternelle.²⁴⁴

Wangana va dans le même sens lorsqu'il écrit qu'après la mort du père, ses biens sont partagés entre ses frères et sœurs utérins. Sa veuve et ses enfants, démunis de tout, se trouvent dans l'obligation de demander secours à leurs oncles maternels. Il arrive même que certains frères et neveux du défunt vont jusqu'à interdire aux enfants de jouir des mêmes droits qu'eux sur les cultures et autres biens du clan paternel précisément parce qu'il s'agit des terres de leur clan.²⁴⁵

Dimbany s'interroge de son côté, combien de malheurs le matriarcat n'a-t-il pas causé selon la coutume kongo ? il répond de la manière suivante :

« Impossible à nos femmes de conserver nos biens : si leur mari vient à mourir, ses biens ne leur appartiendront pas. Elles disent à leurs enfants : tous ces biens, si votre père venait à mourir, deviendraient la possession des oncles maternels de votre père

²⁴² L. de Wilde, Essai de synthèse juridique des coutumes tshokwe concernant les biens mobiliers et les successions, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°7, 1956, 165

²⁴³ Michaux, Etudes des juridictions de Kiniama-Kaimbi-Mwenda-Kimese-Kalonda, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°10, 1952, p281

²⁴⁴ Decapmaker, Le matriarcat en face de l'évolution, in *Aequatoria*, n°3, 1959, p 99

²⁴⁵ P. Wangana, Le régime familial des Bakongo, in *La Voix du Congolais*, n° 39, 1949, p228

défunt. La mort d'un père de famille mukongo prive ses enfants de tout car les oncles maternels du père viennent s'emparer de tous les biens du défunt. »²⁴⁶

Dans une étude sur les politiques foncières et l'accès des femmes à la terre au Togo, ADA Consulting Africa souligne qu'en droit coutumier togolais, il existe aussi le système matrilineaire parmi les systèmes successoraux. En effet, d'après ce système, les enfants ne font pas partie de la famille de leur père, mais de celle de leur mère. De ce fait, ils n'accèdent pas à la succession du père lorsque celui-ci décède. C'est la famille maternelle du père qui hérite seule des biens du défunt. La tradition togolaise veut que tout bien acquis de la terre ne fasse pas l'objet de partage ; la terre étant un bien collectif. Ce système, souligne l'auteur, a des conséquences désavantageuses, surtout pour les enfants qui passent la majeure partie de leur vie à travailler avec leur père dont ils n'hériteront jamais. Il en est de même pour leur mère. Enfin, l'auteur constate que ce système a presque disparu dans la société togolaise contemporaine²⁴⁷.

En Cote d'ivoire, le matrilineaire existe également. Selon l'étude menée par les professeurs Kone Mariatou et Ibo Guehi, ce système se retrouve dans les groupes situés dans le centre et sud-est du pays ainsi que dans le nord et nord-est. Dans ces sociétés, sont appelés à la succession, non pas les enfants du de cujus mais les frères ou neveux utérins. Quant à la femme, elle ne peut hériter de biens (matériels ou fonciers) ni en tant que fille du défunt, ni en tant que nièce et encore moins en tant qu'épouse car ce sont les frères qui constituent le premier ordre d'héritier et il n'y a aucune vocation successorale entre époux. La femme est donc doublement marginalisée.²⁴⁸

2. Aperçu sommaire des critiques

Compte tenu des faiblesses évoquées ci-dessus, le régime matrilineaire a fait l'objet des critiques de la part des Evolués congolais à l'époque coloniale. Plusieurs articles publiés dans la revue « La voix du Congolais » entre 1948 et 1959 ont été consacrés au matriarcat. De la lecture attentive de tous les écrits parus, il ressort que

²⁴⁶TH. Dimbany, Sous le joug du matriarcat, que sera l'avenir de nos enfants ?, in *La Voix du Congolais*, n° 85, 1953, p 220

²⁴⁷ ADA Consulting Africa, *op. cit*, p26

²⁴⁸ Kone Mariatou et Ibo Guehi, *op.cit*, p 16

nombreux sont ceux qui pensaient qu'il y avait nécessité d'abolir cette coutume. Une minorité plaide pour son maintien. Nous allons essayer de donner les arguments des uns et des autres.

Parmi les ténors de la thèse abolitionniste, on peut citer Daniel Kanza, qui dans plusieurs articles consacrés au régime familial chez les Bakongo fustige les méfaits de ce système caractérisé par l'autorité de l'oncle maternel sur ses neveux et nièces, alors que le père qui prend soin de ses enfants se trouve relégué au second plan. Ainsi, qualifie-t-il ce régime d'injuste.²⁴⁹ Cette position est également celle de Decapmaker, lorsqu'il s'étonne des effets du matriarcat en écrivant ce qui suit :

«Pour nous Européens, qui ne connaissons guère que le régime du patriarcat, cela semble fort étrange, inconséquent, difficilement acceptable, pas viable, butant même contre la nature. Ils sont deux pour produire un enfant, et cet enfant naît unilatéralement membre de la famille maternelle, possédé par les oncles maternels. Ses relations à la famille paternelle restent sans considération. Le père aime son enfant et réciproquement l'enfant vénère son père, aussi longtemps qu'il n'est pas supplanté par l'oncle maternel. Cela se voit surtout quand éventuellement père et mère se séparent ; alors l'intérêt de l'enfant pour son père est à peu près à zéro, et tout le poids porte sur la famille maternelle, sa famille tout court.»²⁵⁰

Dans une étude sur le même sujet, Patrice Nimi reprend également les doléances des pères de famille contre le matriarcat. L'auteur souligne que cette coutume favorise tellement les oncles maternels que les pères de famille la considèrent comme une réelle exploitation ; ils sont déçus et démoralisés au point de ne plus comprendre ce que sont pour eux leur épouse et leurs enfants. Nous-mêmes, renchérit-il, avons été les victimes de l'indifférence marquée par nos pères pour notre avenir. Pourtant, lorsque nous considérons combien l'homme travaille, se dévoue et se sacrifie dans l'intérêt de sa famille, quand nous considérons ce que les pères bakongo font pour leurs enfants, malgré les entraves du matriarcat, nous devons convenir qu'ils sont de véritables dupes des oncles maternels. Aussi, si l'on tient compte des multiples sacrifices qu'ils s'imposent pour assurer le bien-être de leur famille et des déboires qu'ils en éprouvent, les pères bakongo doivent en arriver à regretter de s'être mariés et d'avoir des enfants.²⁵¹

²⁴⁹D. Kanza, Le régime familial chez les Bakongo, in *La Voix du Congo*, n° 24, 1948, pp107-109 ; n°34, 1949, pp24-26 ; n°37, 1949, pp114-116

²⁵⁰Decapmaker, *op. cit.*, p99

²⁵¹P. Nimi, Le matriarcat doit payer les conséquences de son action injuste et malhonnête, in *La Voix du Congolais*, n° 56, 1950, p634

De son côté, Raphael Batshikama relève que le matriarcat est une coutume qui joue un rôle séparateur et détruit la famille. En effet, soutient-il, dans ce système, le mari voit en sa femme non une compagne, mais un capital emprunté, les enfants sont considérés comme les intérêts de ce capital dont le bailleur est l'oncle maternel. Il s'ensuit que le père n'a aucun droit sur ses propres enfants et par conséquent, il n'a pas non plus le devoir de les éduquer, ni de les soigner.²⁵² C'est ainsi que dans un article sur l'accession des noirs à la propriété foncière et le clanisme, M.G.D propose que la politique de l'Etat en matière coutumière puisse viser l'abolition progressive du matriarcat pour lui substituer le modèle européen de la famille qui veut que les enfants appartiennent aux parents, mère et père. Selon l'auteur, ce modèle offre des avantages incontestables tels que : augmentation des naissances, installation de nombreux paysans, plus grands efforts des parents en vue d'une meilleure éducation de leurs enfants.²⁵³

Les défenseurs du matriarcat parmi les évolués n'étaient pas nombreux. C'est ainsi qu'on ne trouve pas assez d'écrits dans ce sens. Cependant, il y a lieu de noter les arguments avancés par Kasa-Vubu sur la question. Dans une étude intitulée « A propos de la suppression du matriarcat, l'auteur rencontre les arguments de ceux qui plaident pour la suppression du matriarcat. En effet, il constate que les partisans de la suppression du matriarcat ne disent rien au sujet des garanties dont ils entendent entourer l'avenir des enfants dans le nouveau régime qu'ils veulent instaurer. Il en est de même en ce qui concerne les vieillards, les veuves, les orphelins, les pauvres et les enfants naturels. En outre, poursuit-il, les partisans de la suppression de cette institution séculaire tient à l'oubli la mère des enfants pour mettre en avant plan leurs propres intérêts.²⁵⁴

Le même auteur pense qu'il appartient aux parents seuls le droit sacré (l'obligation) d'élever leurs enfants et d'assurer leur éducation jusqu'à leur émancipation. C'est à ce moment que cesse la puissance paternelle ou maternelle. Emancipés, les enfants deviennent leurs propres chefs, libres et égaux à leurs parents devant la loi et la

²⁵² R.Batshikama , Qui est le chef des enfants dans le Bas-Congo ? Le seul problème, Le seul effort, in *La Voix du Congolais*, n° 58, 1951, p 27

²⁵³ M.G.D, l'accession des noirs à la propriété foncière privée et le clanisme, in *La Voix du Congolais*, n°34, 1949, p7

²⁵⁴ J.Kasa-Vubu , A propos de la suppression du matriarcat, in *La Voix du Congolais*, n° 64, 1951, p374

coutume du régime matriarcal. Comme on le constate, tous ces droits sont reconnus et garantis simultanément par la loi et par la coutume. Il est inexact de dire que dans le Bas-Congo, les droits du père, mêmes légitimes sont méconnus. Il y aurait lieu de distinguer les droits légitimes des droits qu'on se donne et que l'on voudrait légitimes pour abuser de ses enfants ; de pareils droits ne peuvent, en aucun cas, être légitimes.²⁵⁵

Enfin l'auteur soutient que la suppression du matriarcat est sollicitée par les évolués qui constituent une minorité parmi la population du Bas-Congo. Etant une minorité, ils auraient mieux fait de demander pour eux un statut juridique spécial plutôt que de souhaiter la création d'un statut juridique applicable à tous.

Dans le statut spécial, on pourrait, par exemple, inviter ceux qui se sont affranchis de la coutume de se marier civilement, et cela en vue de réserver la succession aux enfants et à la veuve. Comme on le voit, un statut de ce genre ne peut certainement pas être indistinctement appliqué à toute la population du Bas-Congo qui, en une majorité impressionnante, respecte les institutions ancestrales. Ces institutions qui ont régi la population du Bas-Congo pendant des siècles, ne manquent ni de vitalité ni d'efficacité. Son efficacité se manifeste notamment par le fait que la population du Bas-Congo a toujours été prolifique, disciplinée, économe et charitable : elle soutient, en effet, les vieillards, les veuves, les orphelins, les enfants naturels et les pauvres. La prospérité de la société du Bas-Congo est due à ces institutions qui en constituent le fondement.²⁵⁶

De ce qui précède, on peut noter que le régime matrilineaire dénie les droits successoraux à la femme et aux enfants, filles comme garçons. Cette exclusion se justifie par le fait que la femme ainsi les enfants sont étrangers vis-à-vis de la parenté du de cujus. Il convient de souligner que ce système marque une différence avec le système patrilinéaire qui accorde aux enfants, au moins les garçons, des droits successoraux.

En somme, les deux régimes nous paraissent peu favorables à l'égard de la femme. En effet, celle-ci n'est pas comptée parmi les successibles. Cette situation nous paraît injuste dans la mesure où, généralement la femme participe activement à la

²⁵⁵ J. Kasa-Vubu, *op.cit*, p 374

²⁵⁶ J.Kasa-Vubu , *op.cit*, p 375

création des richesses de son mari. Elle prend une part décisive aux travaux champêtres, qui constituent dans les milieux ruraux, l'activité génératrice des ressources par excellence. C'est également elle qui prend soin de son mari. Il est donc injuste qu'à la mort du mari, la femme ne soit pas parmi les personnes qui héritent.

Les deux régimes sont aussi discriminatoires. En effet, les personnes de sexe masculin sont privilégiées par rapport à celles de sexe féminin.

Dans le régime matrilineaire, la succession se transmet horizontalement mais en suivant la masculinité. C'est ce qui fait dire à N. Rouland cité par C.Kuyu Mwiswa que la plupart des systèmes matrilineaires sont patriarcaux, en ce sens que la transmission des biens et des statuts se fait de l'oncle utérin aux enfants de la mère, et non pas de la mère aux filles. Autrement dit, si la filiation prend les femmes comme points de référence, c'est au profit des hommes qu'elle fonctionne, l'oncle maternel est le chef de la famille, l'autorité continue à appartenir aux hommes et à leurs frères. Le matriarcat conclut l'auteur, est donc une fiction et ne fonctionne dans aucune société.²⁵⁷

Le régime patrilineaire qui prévoit la succession tant horizontale que verticale obéit également à la règle de masculinité. Les frères héritent au détriment des sœurs et les garçons héritent aux dépens de filles.

De ce qui précède, l'ONU-HABITAT dit mieux lorsqu'elle note que la préférence pour le mâle est la règle, sans égard pour le lignage (matrilineaire ou patrilineaire). En effet, dans les sociétés patrilineaires, les biens passent directement aux fils, tandis que dans les sociétés matrilineaires ils passent normalement (à travers les femmes) au mâle matrilineaire le plus proche, habituellement un neveu du défunt.²⁵⁸ Ainsi, la succession testamentaire peut être une possibilité pour corriger ces inconvénients.

C. Succession testamentaire

²⁵⁷ C.Kuyu Mwiswa, Parenté et famille dans les cultures africaines, Paris, Karthala, 2005, P25

²⁵⁸ ONU-HABITAT, op.cit, p 21

Nous allons dans un premier temps vérifier l'existence du droit de tester avant de parler des limites de ce droit.

1. Droit de tester

L'existence du testament en droit coutumier a fait l'objet des discussions. Les uns estiment que le de cujus n'a pas le droit de tester ; et pour cela ils s'appuient sur le brocard selon lequel « Le mort n'a plus rien en main : comment pourrait-il après son décès disposer de biens dont il n'est plus propriétaire ? » Les autres pensent que le de cujus a le droit de tester. Cette tendance est symbolisée par un autre brocard qui s'exprime en ces termes : « Qui oserait sans craindre une vengeance de l'au-delà résister à la volonté d'un mort ? »

De ce qui précède, A.Sohier résume la situation en disant qu'en principe l'homme n'a pas le droit de disposer de ses biens par testament, mais que s'il exprime des volontés particulières à l'égard de la dévolution de certains de ces biens, ces volontés seront respectées.²⁵⁹

Selon la doctrine dominante suivie par la jurisprudence, le droit coutumier connaît le testament en tant que dernière volonté du de cujus. Etant donné que la coutume ignore l'existence de l'écrit, le testament est toujours oral. Il est fait devant témoin. Pour qu'il soit valide, le testament doit être conforme à la coutume.

En principe, le testament laissé par le de cujus devrait être respecté dans la mesure où il assurait la continuité et l'unité du clan ou de la famille. Ainsi, la liberté du testateur concerne notamment l'ordre des successibles coutumiers tout en restant dans les limites du clan. Voilà pourquoi le de cujus peut substituer à l'aîné un puîné qu'il estime plus digne et plus capable. Il pourra aussi attribuer à titre particulier, certains biens aux héritiers secondaires comme un des ses enfants, plus particulièrement une fille et à la rigueur à son conjoint survivant, sans toutefois porter atteinte au patrimoine

²⁵⁹ A.Sohier , Le droit coutumier du Congo belge, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 10, 1946, p307

collectif.²⁶⁰Nos enquêtes de terrain vont dans ce sens. En effet, le juge Mbunzu Mondonga Pierre du tribunal coutumier Mobako à Binga affirme lors d'un entretien qu'en principe, la fille n'hérite pas. Mais si le de cujus a laissé un testament qui fait d'elle héritière, elle va alors hériter.

Chez les Bakwa Lubo, le de cujus a le droit de déroger aux règles coutumières d'usage en matière d'héritage. Il a le droit de faire son testament. La forme pratique sous laquelle se présente cette dérogation aux règles coutumières est le déshéritage : le père déshérite son fils aîné et lègue ses biens au fils puiné ou au cadet.²⁶¹

Chez les Bayansi, de Beaucorps rapporte qu'en cas d'indignité des héritiers coutumiers, il arrive que le testateur les déshérite. Dans ce cas, il rassemble autour de lui les membres les plus anciens de son clan et les prend à témoin de sa volonté.²⁶²

La coutume tshokwe admet que le de cujus puisse tester verbalement en faveur de telle ou telle personne de sa famille qu'il désire. Il peut disposer de la totalité ou d'une partie de son avoir.²⁶³

Selon Grignard, dans le secteur du Moero, territoire de Kasenga, le mourant peut par témoins qualifiés, faire connaître sa volonté de laisser telle partie de ses biens à tel membre de sa famille. Sa volonté sera respectée.²⁶⁴ Mais ce droit de tester n'est pas sans limite.

2. Limites à la liberté de tester

La liberté de tester possède des limites. En effet le testateur est tenu de respecter les règles coutumières. En principe, il est interdit au testateur d'attribuer tout ou partie de ses biens à un étranger. Il ne peut pas partager le patrimoine collectif ou clanique qui constitue une réserve impartageable. Ce patrimoine est constitué essentiellement de la terre appartenant au clan ou à la famille. Mayer note que chez les Bena Tshitolo,

²⁶⁰ E.Lamy et Lokwa Ilwaloma, *op. cit.*, p539

²⁶¹ P.E. Van Hamme, *op; cit.*, p342

²⁶² S.J. de Beaucorps, les Bayansi du Bas-Kwilu, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°6, 1933, p110

²⁶³ L. de Wilde, *op.cit.*, p166

²⁶⁴ L.J. Grignard, *op.cit.*, p293

généralement, le défunt partage ses biens avant sa mort. Mais il doit suivre les principes coutumiers, sinon les parents lésés ne tiendront pas compte de la volonté du testateur. C'est ainsi qu'il est interdit au testateur de léguer ses biens ou une partie de ceux-ci à un ami même si celui-ci lui aurait de son vivant, rendu d'énormes services.²⁶⁵

L. de Wilde note que chez les Tshokwe, pour des motifs dérivant de l'idée très ancrée de la solidarité familiale, il n'arrive guère que le testament soit fait en faveur d'étrangers.²⁶⁶

En droit coutumier burundais, la liberté de tester est également reconnue à condition qu'il ne dépasse pas certaines limites. Les limitations concernent notamment la qualité du légataire et le testament ne peut pas être contraire à la coutume. Ainsi, par exemple, le père peut léguer ses biens mais il doit veiller à respecter la réserve due aux héritiers mâles.²⁶⁷ C'est dans ce sens que les tribunaux coutumiers burundais décident que les dernières volontés du « de cujus » doivent être respectées si elles sont raisonnables et justes et non contraires à la coutume.²⁶⁸

En droit coutumier togolais, le testament doit également pour sa validité, être conforme à la coutume. Ainsi, le testateur est tenu, dans son testament, au respect de l'ordre coutumier des héritiers. En principe, il n'a pas le droit de déshériter un de ses ayants-droits, et ce, en vertu d'un principe coutumier selon lequel : « les héritiers naissent, ils ne sont pas institués.²⁶⁹ »

Cette conception du testament fait dire à certains auteurs qu'en droit coutumier, le testament a une valeur relative. En effet, soutiennent-ils, il traduit, certes, une volonté respectable, mais qui doit, elle-même, être respectueuse de la coutume. L'autonomie de la volonté se trouve donc enfermée dans les strictes exigences coutumières. Il s'ensuit

²⁶⁵Ch. Mayer, *op. cit.*, p16

²⁶⁶L. de Wilde, *op. cit.*, p166

²⁶⁷Ch. Mabushi, La succession testamentaire en droit coutumier Burundais, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 627- 629

²⁶⁸J. Sohler, *op. cit.*, p 698

²⁶⁹ADA Consulting Africa, *op. cit.*, p26

qu'après le décès du testateur, un testament peut subir des modifications sensibles allant jusqu'à la destruction par substitution de la volonté coutumière.²⁷⁰

Nous sommes d'avis qu'on ne peut pas relativiser la valeur du testament coutumier par le fait qu'il doit être conforme à la coutume. En effet, la coutume étant une norme obligatoire, tout acte qui intervient dans sa sphère doit être conforme à elle. C'est aussi le cas en ce qui concerne la loi écrite. Le testament doit être conforme aux dispositions impératives de la loi, en l'occurrence, le code de la famille. Ainsi, le testament qui serait contraire à la loi est susceptible d'être annulé.

Malgré les exigences coutumières, le testament est la meilleure voie par laquelle le de cujus peut laisser certains biens à son épouse et à sa descendance masculine ou féminine. C'est dans ce sens que certains auteurs pensent que la volonté du de cujus est de nature à modérer la rigueur de la coutume en faisant de petits legs particuliers au profit notamment de ses filles ou de sa femme.²⁷¹ La jurisprudence décide que ce sont les garçons qui héritent de leur père, à l'exclusion des filles. Le père peut cependant, en cérémonie publique, récompenser sa fille d'un acte méritoire, la faire « son garçon » et cohéritière de ses biens à sa mort.²⁷²

Dans le système matrilineaire où les enfants ne sont pas comptés parmi les successibles, le de cujus peut par voie testamentaire léguer certains biens à ses enfants, et ce, en présence des héritiers coutumiers légitimes. Dans ce cas, ceux-ci seront engagés et devront respecter la volonté du défunt.²⁷³ Le professeur Lukombe est de même avis lorsqu'il relève que dans les coutumes, on rencontre certains palliatifs tels que don rituel, testaments, donations entre vifs qui permettent à l'homme africain de faire passer ses biens à ses enfants alors que la coutume les attribuerait aux héritiers traditionnels.²⁷⁴ Quelle est alors la situation de la veuve par rapport à ses droits fonciers ?

§2. Droits fonciers de la veuve

²⁷⁰ Lihau Eboa et Nimy Mayidika Ngimbi, *op. cit.*, p 596

²⁷¹ E.Lamy et Lokwa Ilwaloma, *op. Cit.*, p537

²⁷² J. Sohler, *op. cit.*, p699

²⁷³ Manzila Lutumbu Sal'a sal, *op. cit.*, p511

²⁷⁴ Lukombe Nghenda, *op. cit.*, p763

Nous avons noté que la terre coutumière appartient au groupe social auquel appartient l'individu. Dans la succession coutumière, il a été constaté également que la femme n'hérite pas de son mari et vice-versa. La question est de savoir si la veuve peut toujours avoir accès à la terre que son défunt mari exploitait, après le décès de celui-ci. A cette question, il nous semble que la réponse dépend de l'emplacement du domicile du couple. En effet, le domicile des époux dépend de ce que prescrit la coutume. Ainsi, certaines coutumes prévoient que le domicile des époux est patrilocal et d'autres matrilocal.²⁷⁵ L'accès de la veuve à la terre est en principe fonction du système adopté.

Si le système est patrilocal, les époux établissent leur domicile sur la terre appartenant au clan ou à la famille du mari. Nos enquêtes sur terrain nous renseignent que chez les dinga, la résidence est toujours patrilocal. En effet, la femme a l'obligation de vivre sur les terres appartenant à son mari. L'entretien que nous avons eu avec certains notables de cette tribu, notamment monsieur Masha Lekansie révèle que si le mari ose accepter d'aller habiter au village de son épouse, il sera banni par son clan au motif qu'il l'a déshonoré. La même attitude est observée dans la coutume Mbudja où la résidence est également patrilocale. A ce sujet, monsieur Mbongi Esonenele, ancien chef de secteur est explicite, lorsqu'il affirme qu'il n'est concevable que l'homme habite au village de son épouse.

C'est le cas dans plusieurs coutumes en République Démocratique du Congo. Dans la province du Katanga, Jean Sohier a étudié les coutumes de quelques tribus. Sur la question sous examen, il note ce qui suit : les Lunda sont virilocaux. Le mari choisit sa résidence et sa femme doit le suivre, et lui la recevoir.²⁷⁶ Il en est également de Hemba, de Luba-Katanga, de Songe, de Luba-Kasayi et de Kusu.

²⁷⁵ La résidence est patrilocale, lorsque les époux habitent au même lieu que la famille paternelle de l'époux. Elle est matrilocale, lorsque le couple habite au même lieu que la famille maternelle de l'épouse. Il convient de noter que ces deux systèmes comportent plusieurs variantes. Ainsi, la résidence des époux peut être avunculocale lorsque le couple se fixe au même lieu que l'oncle maternel du mari. Elle peut être virilocale, quand les époux habitent au lieu de la résidence du mari, si celui-ci vivait séparé de sa famille. La résidence peut également être uxoriocale, si les conjoints habitent au lieu de la résidence de l'épouse avant le mariage, lorsqu'elle vivait séparée de sa famille. Enfin, elle peut bilocale, lorsqu'elle est au choix dans la famille de l'époux ou de l'épouse.

²⁷⁶ J.Sohier, *Institutes coutumières Katangaises*, in *Problèmes Sociaux Congolais*, n°63, 1963, p49

Dans la province du Kasai, les Bena Tshitolo sont virilocaux. Mayer rapporte que selon cette coutume le mari s'installe n'importe où; la femme est obligée de le suivre là où il juge bon de se fixer.²⁷⁷ Deremiens qui a étudié la coutume de Bena Ebombo note qu'en général la femme va habiter chez le mari. Il arrive parfois que le mari soit en désaccord avec son propre « kifuku » et dans ce cas, il va habiter auprès des parents de sa femme. Mais une telle situation est mal digérée par la famille du mari qui va le qualifier d'esclave.²⁷⁸

Dans la province de Bandundu, de Beaucorps note que chez les Bayansi la femme vient habiter le village de son mari.²⁷⁹ Dans une autre étude consacrée au peuple basongo, le même auteur relève que la femme quitte toujours son propre village pour venir résider au village de son mari. L'auteur ajoute que personne n'a jamais vu un jeune époux allant s'établir au village de son épouse, à moins qu'il ne fût lui-même esclave de celle-ci.²⁸⁰

De Konink, de son côté, note dans son étude sur la coutume bahutu de la province du Kivu que la femme va habiter dans le village de son mari et doit suivre ce dernier dans toutes ses résidences successives. Les conjoints ne peuvent se séparer, même dans le cas de maladie. Des sanctions sont prévues à l'égard du conjoint qui ferait défaut.²⁸¹

Si nous nous sommes permis de citer plusieurs coutumes, c'est tout simplement pour dire que la patrilocalité est le système le plus répandu en République Démocratique du Congo. La conséquence en est qu'en principe, au décès du mari, la femme est tenue de rentrer dans son village, laissant la terre qu'elle exploitait du vivant de son mari. Le professeur Lamy et Lokwa, parlant du veuvage, notent que la veuve reprend ses effets, les produits de ses champs et retourne chez elle sans ses enfants, en régime patrilinéaire, et avec ses enfants en régime matrilinéaire, solution rigoureuse qui parfois n'était guère bénéfique pour elle et pour ses enfants.²⁸²

²⁷⁷Ch. Mayer, *op.cit*, p8

²⁷⁸L. Deremiens, *op.cit*, p61

²⁷⁹S.J. de Beaucorps, *op. cit*, p107

²⁸⁰ S.J.de Beaucorps, le mariage chez les Basongo de la Luniungu et Gobari, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°6, 1943, p121

²⁸¹ J.de Konink, le droit coutumier des Bahutu, in *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 9, 1936,P210

²⁸² E.Lamy et Lokwa Ilwaloma, *op.cit*, p538

Ce système nous paraît injuste pour la femme. En effet, si hier la terre n'était cultivée que pour la subsistance du couple, il y a lieu de constater qu'à l'heure actuelle, il arrive que les époux érigent des plantations de culture pérenne. Quand on sait le rôle que joue la femme dans une telle entreprise, il est inacceptable qu'elle rentre dans sa famille en laissant aux membres de la famille de son défunt mari ou ses enfants jouir du produit de ses efforts sans elle-même.

C'est ainsi que pour permettre à la femme de continuer à jouir de la terre laissée par son mari, certaines coutumes ont mis en place un mécanisme tendant à garder la femme dans la famille du mari. Il s'agit de lévirat. C'est un système qui consiste à donner à la veuve un autre mari issu de la famille de son mari décédé. La jurisprudence coutumière en la matière dégage comme principe que la veuve épousera l'héritier de son mari prédécédé, généralement un frère du défunt ou son fils aîné issu d'un autre lit, si le défunt était polygame. Toutefois, le lévirat n'est pas obligatoire, mais la veuve qui le refuse pourra être obligée de restituer la dot à l'héritier du mari défunt.²⁸³

De nos enquêtes, il ressort que le lévirat est pratiqué tant dans la coutume Dinga que Mbudja. Selon monsieur Mabilia Donat, notable Dinga, le lévirat consiste dans le fait que le petit-frère du défunt hérite de la femme de son grand-frère. Souvent, dit-il, il s'agit d'une femme qui est appréciée par la famille. Si la femme refuse de devenir la femme de la personne qu'on a choisi pour elle, elle risque de se voir tout ravir et d'être obligée de restituer la dot. Mais il convient de noter que cette pratique ne se réalise que si la femme est encore relativement jeune. Si elle a déjà pris de l'âge, elle pourra toujours rester dans la famille de son défunt mari, sans qu'elle soit reprise par une autre personne. La situation paraît identique chez les Mbudja, sauf qu'ici, si le défunt était polygame, son fils peut hériter de l'une de ses femmes. Ceci ressort de l'entretien que nous avons eu avec le notable Nzeni Loliya, greffier au tribunal coutumier, 8^{ème} chambre à Binga.

Certains auteurs estiment que cette coutume est instituée surtout dans l'intérêt de la femme. Dans certains groupes, ce sont les parents de la femme qui font une démarche auprès des héritiers pour demander un nouveau mari. Le consentement de la femme est requis. Mais il arrive souvent que ce consentement soit influencé par les membres du clan

²⁸³ Ntambwe Makadi, *op. cit.*, p186

de son mari défunt. La femme reste ainsi dans le milieu où elle a ses habitudes, auprès de ses enfants. Cette institution est également dans l'intérêt des parents de la veuve qui n'ont pas à se charger d'elle, ni à restituer la dot, ni à rompre l'alliance.²⁸⁴ Phanzu Levo souligne également l'intérêt de cette institution pour la veuve lorsqu'il écrit que le régime des successions est conçu de telle manière que la femme reste dans le clan de son mari et, en devenant l'épouse de l'héritier de ce dernier, elle continuera à jouir des biens laissés par son mari. Elle ne sera donc pas abandonnée à elle-même. La veuve ainsi remariée dans le clan de son mari défunt conservait pratiquement le même statut socio-économique qu'avant la mort de ce dernier.²⁸⁵

A propos de lévirat, le professeur Mulumba Katchy écrit ce qui suit :

« Toutes les coutumes congolaises connaissent et consacrent cette institution. Le lévirat consiste à obliger un homme à épouser la veuve de son frère. Nous ne cesserons de répéter qu'en droit coutumier, bien que l'union conjugale soit éteinte par le décès d'un conjoint, l'alliance subsiste entre le survivant et sa belle-famille, aussi longtemps que la dot n'est remboursée et que les indemnités obligatoires ne sont payées. Il se peut même qu'une nouvelle union se greffe sur l'ancienne alliance, confortée par les liens précieux de solidarité entre les deux familles. Au fond, on peut soutenir que le mariage fait entrer définitivement la femme dans la famille de son mari, de telle sorte que même la mort de ce dernier ne peut pas dissoudre le mariage. De ce fait, la veuve fait partie de l'héritage et reste dans le foyer conjugal par le système du lévirat ; elle sera héritière par un frère du défunt ; en cas de refus, elle devra rembourser intégralement la dot pour se libérer.

Cette pratique est instituée dans l'intérêt de la veuve, dans l'intérêt des parents de celle-ci et dans l'intérêt des enfants.

L'intérêt de la veuve réside dans la prise en charge automatique et dans son maintien, dans son environnement social où elle s'épanouirait auprès de ses enfants.

Les parents de la veuve y trouvent aussi leur compte, en ce qu'ils ne pourront pas se charger d'elle, ni restituer la dot, ni rompre l'alliance.

Enfin les enfants restent à charge de la famille de leur père et de leur oncle paternel héritier.²⁸⁶ »

Le lévirat permet à la veuve de continuer à jouir de la terre laissée par son mari défunt parce que dans ce cas l'alliance n'est pas brisée.

La veuve a la possibilité de refuser de devenir l'épouse de l'héritier du défunt. Mais ce refus l'expose à des graves difficultés. D'abord, son retour dans son clan d'origine suscite quelque réprobation du fait que son attitude entraîne l'obligation pour ses ayants droit de rembourser la dot qui n'est pas toujours facile à réunir. Ensuite, ce

²⁸⁴ A. Sohier, *op.cit.*, p 386

²⁸⁵ Phanzu Levo, *op. cit.*, p 607

²⁸⁶ Mulumba Katchy, Introduction à l'étude du droit coutumier congolais, Kinshasa, CERJA, 2011, pp 92-

refus entraîne la rupture de l'alliance entre les deux clans.²⁸⁷ C'est ainsi qu'il arrive que la veuve accepte sous pression morale de devenir l'épouse de l'héritier du de cujus.

Le lévirat est un système connu également dans certains pays africains. L'ONU-HABITAT note qu'au Swaziland, les droits de propriété des veuves sont souvent fonction non seulement des bonnes relations avec la famille du défunt, mais aussi de l'observation de certains rituels coutumiers tels que le lévirat ou héritage de la veuve par un frère du défunt.²⁸⁸

Le droit coutumier béninois connaît également cette pratique. En effet, dans une étude consacrée au plaidoyer en faveur de l'effectivité des droits de la femme dans ce pays, Elvire Ahounou-Houenassou souligne que la femme en droit traditionnel est considérée non comme un être humain mais plutôt comme un bien appartenant à son époux et faisant partie intégrante de son héritage. A ce titre, elle est contrainte de se remarier à la mort de son époux ou au frère ou au fils aîné d'une autre épouse du défunt, pour rester dans la famille. Ce système s'observe surtout dans les régions où la dot est obligatoire avant tout mariage.²⁸⁹

Le droit coutumier burundais pratique aussi le lévirat mais uniquement pour la veuve qui n'a pas eu d'enfant avec le de cujus. Si elle accepte le mari qu'on lui propose, elle peut garder la propriété laissée par son défunt mari. Au cas contraire, elle sera forcée d'une manière ou d'une autre à quitter les lieux.²⁹⁰

Malgré les avantages que présente le lévirat, il nous semble que ce système est contraire à la dignité de la femme. En effet, il n'est pas normal que la veuve soit obligée de s'engager dans une nouvelle union non par amour mais tout simplement pour des avantages matériels. En outre, elle ne doit pas être un objet de marchandage entre les deux clans. Le remboursement de la dot semble être l'une des raisons majeures obligeant la femme d'accepter d'épouser l'héritier de son mari défunt. Nous pouvons comprendre que la dot soit remboursée en cas de divorce mais pas en cas de décès. En effet, la mort

²⁸⁷Phanzu Levo, op.cit, p607

²⁸⁸ ONU-HABITAT, op.cit, p 21

²⁸⁹ E. Ahounou-Houenassou, Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Bénin, www.wildaf-ao.org, juillet 2002, p 6

²⁹⁰ R.C.N justice et démocratie, Etude sur les pratiques foncières au Burundi :Essai d'harmonisation, mars 2004, p59

constitue une cause normale de la dissolution du mariage et personne ne peut y échapper. C'est ainsi d'ailleurs que l'article 541 du code de la famille dispose : « Nonobstant toute coutume contraire, le mariage se dissout de plein droit par la mort de l'un des époux. » Le remboursement de la dot, à notre sens, n'a pour but que d'assujettir la femme dans la mesure où sa condition sociale ne lui permet pas facilement d'y faire face.

C'est dans ce sens que, évoquant la situation précaire de la veuve, Nankara Waka écrit notamment que le meilleur sort qu'on lui réserve est celui d'être cédée en héritage à un des frères cadets du de cujus, voire à un des enfants de son mari si celui-ci était polygame. Sinon, elle retourne à sa famille d'origine dépouillée de ses enfants et de tous les biens du ménage. C'est le cas souligne-t-elle de la coutume luba dans la province du Kasai.²⁹¹

S'agissant de l'accès de la veuve à la terre après le décès de son mari, nous pensons que pour respecter le caractère collectif de la terre et compte tenu du fait que la femme est étrangère au groupe social de son mari, on peut lui reconnaître un droit d'usufruit sur la terre qu'elle exploitait avec son défunt mari. Cela lui permettra de continuer à mener une vie acceptable et qu'à sa mort, la terre concernée fera retour au patrimoine foncier collectif de son défunt mari.

Certaines coutumes minoritaires appliquent la matrilocalité en République Démocratique du Congo. Dans ce cas, le domicile des époux se situe sur la terre appartenant au clan ou à la famille de la femme. Tel est le cas de Lamba, Lala et Sanga dans la province du Katanga. Dans ces coutumes, le mari s'établit dans le village de son épouse pour un certain temps. Une fois le mariage stabilisé, il peut être autorisé à établir le domicile conjugal en dehors du village de sa femme, après avoir accompli ses obligations culturelles chez ses beaux-parents.²⁹²

Grignard, dans son enquête sur le droit coutumier dans le secteur du Moero note que la matrilocalité est le système applicable. En effet, parlant de l'habitation des

²⁹¹ P. Nankara Waka, Féminisation de la pauvreté au Congo-Kinshasa, in *Revue de droit africain*, n°5, 1998, p 21

²⁹²J. Sohler, *op. cit*, p48

conjoints, l'auteur écrit que pour deux ou plusieurs années, l'homme habite le village de la femme où on l'observe et où il doit faire toutes les corvées que lui impose sa belle famille. S'il donne satisfaction, au bout de 3 ou 4 ans, il pourra retourner, avec sa femme dans son propre village.²⁹³

Michaux constate que dans la circonscription des Baushi, la matrilocalité est le système en vigueur dans cette juridiction. En effet, note-t-il, autrefois, en cas du refus du jeune homme de respecter la règle de matrilocalité, il était astreint au paiement d'un cadeau à la famille de son épouse. Cependant lorsque le mari avait travaillé pendant plusieurs années chez les parents de sa femme, il était admis qu'il reparte dans son village natal.²⁹⁴

Comme on peut s'en rendre compte, dans ce système il est autorisé au mari d'aller s'établir avec sa femme dans son village, et ce, après avoir réalisé certains travaux champêtres. Le but de cette obligation est de permettre à la belle famille de s'assurer que le mari est à mesure de prendre en charge sa femme. Par rapport à l'accès à la terre par la femme, tant que le couple reste dans le village de la femme, le problème ne s'opposera pas. En effet, si le mari meurt, la femme bénéficiera des portions de terre qu'elle exploitait avec son mari parce qu'elle est membre de la communauté propriétaire foncier.

Mais si le mari meurt au moment où le couple se trouve déjà dans son village, la femme n'accèdera pas à la terre qu'elle exploitait avec lui, sauf si on applique le lévirat.

En somme, la veuve n'hérite pas de son mari. S'agissant particulièrement de l'héritage foncier, le caractère collectif de la terre coutumière empêche qu'une personne étrangère au clan puisse l'hériter. Ainsi, la femme étant étrangère au clan du mari, ne peut pas prétendre à un droit quelconque sur la terre que son mari exploitait en cas de patrilocalité. La situation de la veuve semble être favorable en cas de matrilocalité. Mais il convient de signaler que très peu des coutumes adoptent ce système. En outre, la matrilocalité est généralement temporaire. C'est souvent au début du mariage que l'homme vit dans le clan de sa femme. Après quelques temps, il lui est autorisé de rentrer

²⁹³L.J. Gringnard, *op. cit.*, p288

²⁹⁴ Michaux, *op. cit.*, p275

chez lui avec sa femme pour passer le reste de leur vie de couple. Ainsi, souvent l'homme meurt sur la terre de son clan et le problème de l'accès de la veuve à la terre reste entier. Qu'en est-il alors en cas de divorce ?

Section 4. DROITS FONCIERS DE LA FEMME DIVORCEE

En droit coutumier, le divorce est une cause de dissolution du mariage. Il met fin aux droits et obligations dérivant du mariage ainsi que le régime matrimonial. S'agissant de ce dernier, étant donné que le droit coutumier consacre la séparation des biens, chaque époux est tenu de reprendre ses biens. Mais s'agissant des produits du champ cultivé en commun par les époux, les solutions sont divergentes.

En effet, selon la jurisprudence des tribunaux du territoire de Kasenga, les produits du champ doivent être partagés entre époux. C'est ainsi que dans une espèce il a été jugé qu'en cas de dissolution du mariage, le régime des biens entre époux est la séparation des biens. Chacun des époux a le droit de retenir le produit de son industrie. Si un bien, comme un champ, est l'œuvre commune des époux, le produit doit en être partagé entre eux.²⁹⁵

Dans une autre espèce, il a été jugé que là où le divorce est de la compétence des autorités familiales, le tribunal se borne à le constater. L'épouse divorcée a droit à une partie des biens produits en commun par le ménage, comme une part de la récolte des champs des époux.²⁹⁶

Cette position est également celle du droit coutumier Dinga. En effet, selon l'interview qui nous a été accordée par monsieur Naboto Bernard, notable du village Mayumu, il ressort qu'en cas de divorce, la femme a droit à la totalité de la récolte si le champ lui appartient. Si le champ est l'œuvre commune, elle aura droit à la moitié de la récolte.

²⁹⁵ Tribunal secondaire de Mwashia du secteur Bena-N goma, jugement n°5 du 25-2-1950, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°10, 1952, p301

²⁹⁶ Tribunal secondaire de Kilomba du secteur Moero, jugement n°47 du 20 mai 1951, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°10, 1952, P298

En revanche, chez les Nkundo, Hulstaert rapporte que la femme divorcée ne peut plus faire valoir le moindre droit sur les cultures qu'elle a établies sur le terrain défriché par son mari. En général, tous les fruits de son activité diverse restent la propriété du mari ; elle-même n'y a plus aucun droit. Mais de nos jours, renchérit-il, il n'est pas rare que les conjoints lors de leur séparation définitive, partagent certains bénéfices de leur activité commune, comme : argent, habits, étoffes, ustensiles de ménage.²⁹⁷

E.Mwanzo note également que chez les Luba-Katanga, en cas de divorce, les champs que les époux ont cultivés ensemble constituent la propriété du mari. Ainsi, la femme divorcée ne peut faire valoir aucun droit sur les cultures qu'elle a établie sur le terrain du mari.²⁹⁸ Le même principe est aussi retenu chez les Mongo.²⁹⁹

Le droit coutumier Mbudja va dans le même sens. En effet, de l'entretien que nous avons eu avec monsieur Mongenzo, juge assesseur au tribunal de paix de Bumba, il s'avère qu'en cas de divorce, la femme n'a pas droit à la récolte même si le champ lui appartenait seule. Elle doit tout laisser au profit de son ancien mari.

De ce qui précède, il ressort que la femme peut avoir ou pas droit à la moitié des produits du champ cultivé en commun. Cela dépend d'une coutume à une autre. Mais dans tous les cas, il s'agit là des produits du champ et non du champ lui-même.

Concernant l'accès à la terre, l'emplacement du domicile des époux constitue le critère pour que la femme accède ou non à la terre lors du divorce. En effet, si la résidence des époux est régie par le principe de patrilocalité, la femme ne conservera pas la terre en cas de divorce. Le caractère collectif de la terre empêche que la femme y conserve, étant donné qu'elle est étrangère au groupe propriétaire. Le lien qui lui permettait d'avoir droit à la terre appartenant au groupe de son mari étant rompu, elle est tenue de rentrer dans son clan ou dans sa famille. Telle est la situation chez les Dinga du territoire d'Idiofa ainsi que chez les Mbuza du territoire de Bumba. En effet, selon les enquêtes menées auprès de ces deux tribus, la résidence étant patrilocale, la femme rentre

²⁹⁷G. Hulstaert, Le divorce chez les Nkundo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°5, 1937, p156

²⁹⁸E. Mwanzo Idin'Aminye, L'égalité des époux en droit congolais de la famille, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 2008- 2009, p208

²⁹⁹E. Mwanzo Idin'Aminye, *op.cit*, p211

chez elle en cas de divorce, en laissant les terres cultivées appartenant à la famille ou au clan de son mari. Ces propos nous ont été confirmés par tous les notables consultés. Monsieur Zaluka, notable Mbudja, rapporte qu'en cas de divorce, la femme doit immédiatement quitter son mari et rentrer chez elle. De son côté, monsieur Masha Lekansie, notable Dinga, affirme qu'en cas de divorce, le mari doit immédiatement accompagner la femme dans sa famille.

Si la résidence des époux est matrilocale, la femme étant sur sa terre familiale, restera propriétaire du champ cultivé en commun. Dans ce cas, c'est le mari qui pourra bénéficier de la moitié de la récolte du champ et rentrera dans son clan.

Il convient de noter que ce principe de partage concerne les cultures saisonnières. Qu'en est-il des cultures pérennes ? La jurisprudence coutumière en la matière ne nous donne pas des cas concernant ce genre de culture. Mais selon la coutume Dinga, la femme n'aura pas droit à une quelconque récolte. C'est ce qui ressort de l'entretien que nous avons eu avec monsieur Masha Lekansie, notable de cette tribu. Cependant, nous pensons que dans ce cas, l'époux qui restera propriétaire de la plantation devrait pour des raisons d'équité, verser à l'autre une indemnité correspondant au bénéfice qu'il va tirer des récoltes futures de la plantation.

Mais, comme nous l'avons souligné précédemment, la matrilocité qui est avantageuse pour la femme n'est malheureusement pas répandue et là où elle existe, elle est souvent provisoire, parce que l'homme a la possibilité de rentrer chez lui après un certain temps. C'est ainsi que dans la majorité des cas, la femme est toujours dans une situation désavantageuse. Que dire alors en conclusion pour cette partie ?

Conclusion partielle

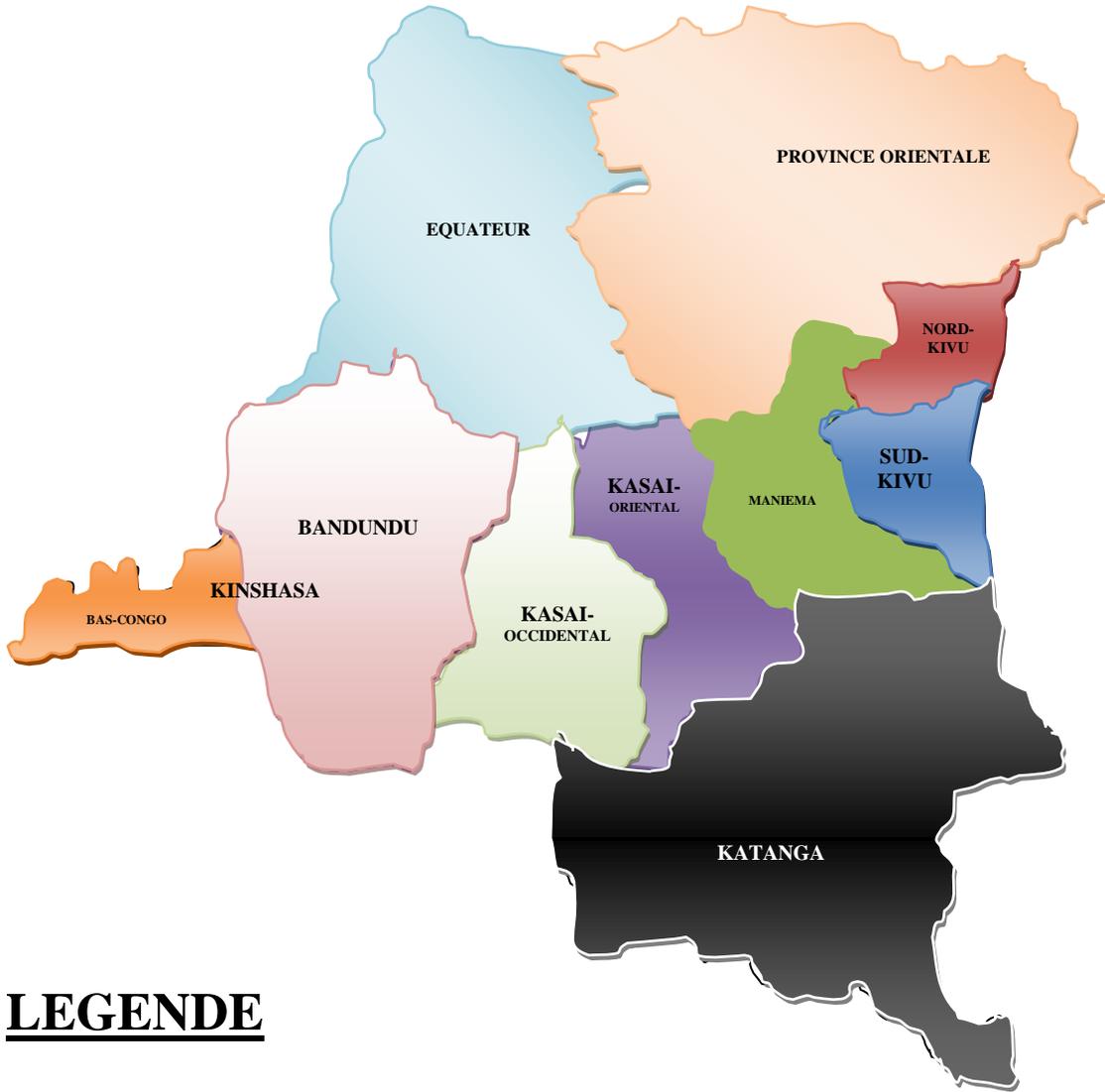
En conclusion, nous pouvons retenir que les terres de communautés locales sont régies par la coutume. Selon celle-ci, ces terres appartiennent au clan ou à la famille. L'individu en tant que membre de la communauté possède certains droits sur la terre. En effet, il a le droit de jouissance lui permettant d'habiter, de cultiver, de pêcher ou de chasser sur la terre de sa communauté. Cependant, il est propriétaire des produits de son

activité sur cette terre. Les étrangers bénéficient aussi des droits pouvant leur permettre de jouir de la terre.

S'agissant des droits de la femme sur les terres appartenant aux communautés locales, ils sont fonction des liens qui l'unit à celles-ci. En effet, si elle est membre du groupe, elle possède les mêmes droits que les autres membres du groupe. Cependant, en matière de succession, elle n'a pas les mêmes droits que l'homme. Elle est exclue en principe de la succession. Elle n'hérite qu'exceptionnellement s'il n'y a plus d'hommes dans le clan ou dans la famille. De même, elle ne peut être cheftaine de terre que s'il n'y a pas un homme apte à exercer cette fonction.

Lorsque la femme est liée au groupe par le mariage, elle bénéficiera par l'entremise de son mari d'un droit de jouissance pouvant lui permettre d'habiter, de cultiver, de pêcher, et ce, du vivant de son mari. Si l'alliance est éteinte, en principe, les droits de la femme sur la terre appartenant à la communauté de son mari prennent également fin et elle doit rentrer dans sa famille. L'alliance peut prendre fin soit par la mort du mari ou de la femme, soit par le divorce.

Force est de constater que lorsque l'alliance prend fin, la femme rentre dans sa famille en laissant tout ce qu'elle avait investi sur la terre appartenant à la communauté de son mari. Lorsqu'on sait le rôle de la femme dans le monde rural, on est en droit de penser que cette situation n'est pas équitable. D'où la nécessité de réfléchir sur les voies et moyens pouvant améliorer sa situation. Mais avant cela, nous allons d'abord examiner la situation de la femme sur les terres rurales et urbaines.



LEGENDE

PROVINCES AYANT FAIT L'OBJET D'ENQUETES :



MATRILINEAIRE :



PATRILINEAIRE :



2^{ème} Partie: DROITS FONCIERS DE LA FEMME SUR LES TERRES RURALES ET URBAINES

A la différence des terres appartenant aux communautés locales, sur les terres urbaines et rurales, la femme accède d'une manière générale à la terre dans les mêmes conditions que l'homme, exception faite de la femme mariée.

Etant donné que ces terres sont régies par les dispositions de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, nous avons jugé bon de les analyser ensemble, au motif que par rapport à la situation de la femme, les règles applicables présentent certaines similitudes.

Avant d'analyser les droits fonciers de la femme sur ces terres, nous allons d'abord essayer de passer en revue les règles qui les régissent. Cela se justifie par le fait que les principes régissant ces terres ont une influence sur les droits de la femme en la matière. Ainsi, cette partie est divisée en deux chapitres : le premier est consacré à la gestion des terres rurales et urbaines et le deuxième est axé sur l'accès de la femme à ces terres. Cette partie sera clôturée par une conclusion.

Chapitre premier : Gestion des terres rurales et urbaines

Ce chapitre est subdivisé en deux sections. La première section concerne la gestion des terres rurales et la deuxième section analysera la gestion des terres urbaines.

Section 1 : Terres Rurales

Les terres rurales sont actuellement régies par les dispositions de la loi sus-évoquée. Cette loi ne les définit pas. Mais elle dispose en son article 60 que :

«Les terres qui font partie du domaine privé de l'Etat sont urbaines ou rurales. Les terres urbaines sont celles qui sont comprises dans les limites des entités administratives déclarées urbaines par les lois ou les règlements en vigueur. Toutes les autres terres sont rurales..... »³⁰⁰

³⁰⁰ Art 60 de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés.

De cette disposition, on peut dire que les terres rurales sont celles qui ne sont pas déclarées urbaines par la loi. Mais là aussi, se pose un autre problème. En effet, sur l'espace rural coexistent deux catégories de terres. La première catégorie est constituée des terres appartenant aux communautés locales. Ces terres, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, sont régies par la coutume. Sous l'Etat Indépendant du Congo ainsi que pendant la période coloniale, ces terres étaient appelées terres indigènes. La deuxième catégorie concerne les terres sur lesquelles les communautés locales n'exercent pas apparemment un quelconque droit. C'est ce qu'on a appelé à l'époque terres vacantes, que la loi foncière en vigueur qualifie de terres rurales. Sur ces terres, l'Etat accorde aux particuliers, personnes physiques ou morales, le droit de jouissance appelée concession. C'est cette dernière catégorie de terres qui nous intéresse dans cette deuxième partie de notre étude.

Avant l'actuelle loi, ces terres avaient fait l'objet d'une réglementation tant sous l'Etat Indépendant du Congo que sous la colonisation. Ainsi, cette section sera examinée en deux paragraphes. Le premier paragraphe sera consacré à l'analyse de la législation existante avant l'entrée en vigueur de la loi n°73/021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés. Le deuxième paragraphe va concerner l'analyse des terres rurales sous l'empire de la loi précitée.

§1. Régime des terres vacantes sous l'Etat Indépendant du Congo et la colonisation

Le régime foncier sous cette période est constitué d'un certain nombre des textes. Notre préoccupation est de connaître les principes qui ont été édictés par l'autorité en vue de la gestion des terres vacantes. Ces principes sont contenus dans les textes qui avaient été pris par les autorités de l'Etat ayant pour but la gestion des terres. Mais notre attention sera focalisée sur les textes qui nous paraissent avoir un impact direct sur les terres vacantes.

A. Principe de la domanialité des terres vacantes

Le principe de la domanialité des terres vacantes a été posé pour la première fois par l'ordonnance du 1^{er} juillet 1885 de l'administrateur général au Congo sur

l'occupation des terres. Ce texte qui n'a que deux articles commence par une proclamation qui annonce que le Roi-Souverain prendra un décret pour contrôler les terres possédées par les non-indigènes. La proclamation est libellée comme suit :

«Un décret du Souverain invitera incessamment tous les non-indigènes qui possèdent actuellement ou occupent actuellement à un titre quelconque des terres situées sur le territoire de l'Etat Indépendant du Congo, à faire une déclaration officielle indiquant ces terres et à soumettre à l'examen et à l'approbation du gouvernement les contrats et les titres en vertu desquels ils les occupent.

Le décret a pour but d'assurer, dans les formes qui seront prescrites, la reconnaissance des droits acquis, et de permettre l'organisation régulière, dans un avenir proche, de la propriété foncière dans le dit Etat.

En attendant, pour éviter des contestations et des abus, l'administrateur général, autorisé à cet effet par le Souverain, arrête les dispositions suivantes.»

Si l'article premier de cette ordonnance concerne les droits fonciers détenus par les non-indigènes avant la proclamation de l'Etat Indépendant du Congo, l'article deuxième de ce texte consacre pour la première fois la catégorie des terres vacantes et pose en même temps, le principe de la domanialité selon lequel les terres vacantes appartiennent à l'Etat.

Ainsi, cet article est libellé comme suit :

«Nul n'a le droit d'occuper sans titre des terres vacantes, ni de déposséder les indigènes des terres qu'ils occupent ; les terres vacantes doivent être considérées comme appartenant à l'Etat.»³⁰¹

Analysant l'opportunité de ce texte, G. Kalambay Lumpungu estime qu'il s'agit là d'un acte conservatoire de l'Etat Indépendant du Congo sur toutes les terres qui seraient considérées par les populations indigènes comme n'appartenant à personne, puisque le même Etat n'a cessé de proclamer le respect des terres occupées par les indigènes sous l'autorité de leurs chefs conformément aux coutumes et aux usages locaux. En d'autres termes, poursuit-il, ce sont ces coutumes et usages locaux qui déterminent la qualité des terres occupées par les populations indigènes et celle d'éventuelles terres vacantes.³⁰²

³⁰¹ B. O, p 30

³⁰² G. Kalambay Lumpungu, Le droit foncier zaïrois et son unification, Thèse de Doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p34

Les termes de l'ordonnance précitée ont été confirmés par le décret du Roi-Souverain du 14 septembre 1886. En effet, les articles 2 et 3 de ce texte disposent :

« Article 2. Les terres occupées par des populations indigènes sous l'autorité de leurs chefs, continueront d'être régies par les coutumes et les usages locaux.

Les contrats faits avec les indigènes pour l'acquisition ou la location de parties de sol ne seront reconnus par l'Etat et ne donneront lieu à enregistrement qu'après avoir été approuvés par l'administrateur général au Congo.

Celui-ci pourra déterminer les formes et les conditions à suivre pour la conclusion des dits contrats.

Sont interdits tous les actes ou conventions qui tendraient à expulser les indigènes des territoires qu'ils occupent ou à les priver, directement ou indirectement, de leur liberté ou de leurs moyens d'existence. »

« Article 3. Les terres vacantes et les autres terres appartenant à l'Etat que le gouvernement jugera convenable d'aliéner ou de donner en location, seront vendues ou louées par les soins du conservateur des titres fonciers, conformément aux dispositions qui seront arrêtées par l'administrateur général du département des finances. »³⁰³

Ce décret, tout en déterminant le régime juridique des terres appartenant à des communautés locales, confirme le caractère domanial des terres vacantes en fixant également le sort réservé à ces terres. En effet, l'article 2 de ce texte précise que les terres occupées par les indigènes sont régies par la coutume et usages locaux. En outre, il prévoit aussi l'intervention de l'Etat pour approuver tout contrat intervenu entre les non-indigènes et les indigènes. Cette approbation de l'administrateur général avait pour but de permettre à l'Etat d'avoir la maîtrise de la situation foncière, mais aussi d'assurer aux indigènes une certaine protection face aux abus éventuels des non-indigènes qui paraissaient beaucoup plus avertis en matière de négociation commerciale ou autre.

Quant aux terres vacantes, l'article 3 confirme leur domanialité déjà proclamée par l'ordonnance de l'administrateur général. Il précise également que ces terres vacantes sont destinées à la vente ou à la location.

Il convient cependant d'observer que cette législation reste imprécise dans ce sens qu'elle ne définit pas ce qu'il faut entendre par terre occupée ou encore terre vacante. Ce manque de précision a été à la base d'une certaine interprétation de la part de

³⁰³ B.O., p 32

l'administration de l'époque, ayant pour conséquence de réduire l'espace vital de la population indigène. En effet, l'étendue des terres vacantes dépendait de ce qu'il fallait entendre par terre occupée par les indigènes. Analysant les conséquences de l'ordonnance de 1885 et du décret de 1886, G. Kalambay Lumpungu note que les terres occupées par les indigènes et les terres vacantes ont deux points communs, c'est qu'elles ne sont ni délimitées, ni enregistrées au point que les terres vacantes peuvent se confondre avec les terres indigènes. Mais cependant, poursuit-il, entre elles, en vertu de la loi, réside une différence importante. Les premières sont soumises au droit coutumier, les secondes relèvent de l'organisation foncière de droit écrit.³⁰⁴

Pour sa part, A.Sohier s'interroge sur ce qu'il faut entendre par terre vacante. Il répond qu'au sens juridique, c'est une terre, ou bien qui n'a jamais eu de maître, ou bien qui, en ayant eu un, n'en a plus, soit par suite d'abandon volontaire, soit par déshérence. L'auteur ajoute, si on interprète selon la terminologie juridique stricte, l'ordonnance de 1885 ainsi que le décret de 1886 n'attribuaient à l'Etat que relativement peu de territoires. Mais la pratique administrative et les concessions vont révéler que l'Etat considère comme terres vacantes toutes les terres indigènes sur lesquelles les Noirs n'étaient pas installés de façon apparente. Ainsi, conclut-il, l'occupation dans ce texte, ne s'entend pas au sens juridique mais au sens vulgaire. Vu sous cet angle, l'expression « terres vacantes » a un sens beaucoup plus étendu que son sens juridique commun. Elle dépoussède les communautés de la majorité de leurs domaines.³⁰⁵

La question de l'étendue des terres vacantes a été au cœur de la politique domaniale de l'Etat Indépendant du Congo. En effet, l'Etat a voulu s'accaparer d'une grande étendue de terre pour avoir des ressources nécessaires pouvant lui permettre de faire face à ses dépenses. C'est ce qui fait dire à certains auteurs que la politique foncière de l'Etat Indépendant du Congo est intimement liée avec sa politique économique et fiscale.³⁰⁶

³⁰⁴ G. Kalambay Lumpungu, *Le droit foncier zaïrois et son unification*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p74

³⁰⁵ A.Sohier, *Les terres indigènes : les décrets de 1885- 1886*, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°51, 1954, p 127

³⁰⁶ G. Kalambay Lumpungu, *op. cit.*, p76

B. Justification du principe de la domanialité des terres vacantes

Le principe de la domanialité des terres vacantes a été justifié par les auteurs en des termes différents exprimant la même réalité. Nous allons reprendre les justifications de quelques auteurs qui ont réfléchi sur la question.

Pour sa part, A.Sohier justifie l'institution des terres vacantes de la manière suivante :

« Lorsque le Roi-Souverain constitua en Etat les populations congolaises, leur immense territoire de forêts et d'eaux apparut pratiquement inoccupé, les îlots que constituaient dans cette mer d'arbres les villages et les terres cultivées. Les lois reconnurent aux communautés tous leurs droits sur ces îlots : c'est ce qu'on appelle les terres indigènes. Mais elles attribuent à l'Etat tout le reste, considéré comme biens sans maître : ce sont les terres vacantes, qui constituent un immense domaine national.

Il n'existe à ma connaissance, poursuit-il, aucune divergence sur la nécessité de cette mesure à cette époque. On peut estimer que, mieux éclairé, l'Etat lui aurait donné une autre forme. On peut croire qu'elle lésait certains droits particuliers des communautés. Mais elle était prise au profit de la promotion de la population indigène toute entière. Le développement du pays, condition de sa civilisation, ne pouvait s'opérer sans la mise en valeur de ses richesses naturelles. Par ailleurs, l'Etat, qui avait la charge, non seulement de dépenses ordinaires d'administration, mais de l'équipement intellectuel et matériel d'un immense pays, n'aurait pu y faire face sans les ressources tirées du domaine. »³⁰⁷

De son côté, le professeur Biebuyck, dans un rapport inédit sur les données des problèmes fonciers du point de vue ethnologique, explique les fondements des terres vacantes en ces termes :

« Les raisons qui justifient le principe même d'une intervention de l'Etat dans la matière qui nous occupe sont d'ordre économique et moral.

Si l'on considère que dans sa conception actuelle, la colonisation apparaît comme la prise en charge des intérêts d'un pays sous-développé par un peuple plus actif en vue du développement de ce pays et, indirectement, de l'accroissement du volume des biens dans le monde, on doit admettre que l'Etat colonisateur puisse exercer un certain pouvoir de direction sur l'économie et notamment se réserver un droit de disposition sur les richesses naturelles, particulièrement les terres du pays.

³⁰⁷ A. Sohier, Le problème des terres indigènes, in Journal des Territoires d'Outre-Mer, n°63, du 15 septembre 1955, p 125

Dès lors qu'on admet ce postulat de la colonisation, la question se trouve posée sur le plan moral.

En effet, c'est dans une règle morale que l'action de l'Etat en cette matière trouve sa limite : la règle du respect des droits des autochtones et de la primauté des intérêts de ceux-ci, puisque, par définition, ce sont ces intérêts qu'il s'agit de promouvoir au premier chef.

Mais, respecter un droit ne signifie pas toujours nécessairement le maintenir tel quel. Dans la poursuite du bien commun, qui est son objectif essentiel, l'Etat peut être amené à plier les droits et intérêts particuliers à l'intérêt général.

Celui-ci constitue en définitive la justification d'une intervention de l'Etat dans la matière qui nous occupe et c'est en fonction de cette notion que doit s'apprécier la légitimité des divers droits et intérêts en présence.

Sur la nécessité d'une intervention de l'Etat en vue de se réserver un droit de disposition sur les richesses naturelles et spécialement sur les terres du Congo, dans l'intérêt du développement économique, social et spirituel de ce pays, l'accord est unanime. »³⁰⁸

De tout ce qui précède, il ressort que le principe de la domanialité des terres vacantes est dicté essentiellement par des considérations d'ordre économique. En effet, l'accaparement de ces terres tour à tour par l'Etat Indépendant du Congo et le Congo belge avait pour but de l'exploiter afin de contribuer au développement économique et social de ce territoire. Mais en réalité, les intérêts économiques de la métropole étaient également à la base de cette politique. Qu'en est-il alors de l'application de ce principe ?

C. Application du principe de la domanialité des terres vacantes

Sur le plan juridique, la politique domaniale du Roi Léopold II a été concrétisée par les décrets du 17 octobre 1889 et du 29 septembre 1891 ainsi que certaines mesures d'exécution.

La teneur du décret du 17 octobre 1889 est la suivante :

« Article 1er. L'exploitation du caoutchouc, de la gomme, du copal et autres produits végétaux dans les terres où ces substances ne sont pas encore exploitées par les populations indigènes et qui font partie du domaine de l'Etat notamment dans les îles situées dans la zone qui est comprise entre Bolobo et l'embouchure de l'Aruwimi, et dans les forêts qui s'étendent dans cette zone le long du fleuve et de ses affluents, pourra avoir lieu en vertu de concessions spéciales données par l'administrateur général du département des finances ».

« Article 2. Quiconque aura, sans concession valable ou sans observer les conditions stipulées dans la concession, exploité ou fait exploiter du caoutchouc, du copal ou d'autres

³⁰⁸ D.Biebuyck, Rapport sur les données des problèmes fonciers du point de vue ethnologique, 3ème partie, inédit, octobre 1977, p7

produits végétaux dans les îles et forêts susdites, sera puni d'une amende de 50 à 2.000F, sans préjudice de tous dommages-intérêts, et les produits ainsi récoltés seront saisis et confisqués ».

Ce décret astreint tous ceux qui veulent exploiter les produits concernés par ce texte, à demander une concession auprès de l'administrateur général du département des finances. Ce texte semble également restreindre les droits des indigènes sur les îles et forêts concernées. En effet, à cette époque, la vie indigène était caractérisée par le nomadisme. Ainsi, prendre un tel texte est de nature à faire obstacle à la liberté de mouvement de la population autochtone mais aussi limiter ses moyens de subsistance.

Répondant à la question de savoir pourquoi ce décret s'est limité sur une aire géographique déterminée, G. Kalambay Lumpungu pense que dans cette zone précisément, l'Etat, par ses agents, exploitait les produits mentionnés dans le décret et entendait les exploiter seul sans concurrence.³⁰⁹

Déjà à cette époque, ce décret avait suscité des inquiétudes de la part de certaines puissances signataires de l'Acte de Berlin, dans la mesure où il semblait porter atteinte à la liberté de commerce et d'exploitation du bassin du Congo. C'est ce qui avait amené Lord Vivian à poser la question de savoir si ce décret était en accord avec les dispositions de l'Acte de Berlin. A cette question, Van Eetvelde, administrateur général des affaires étrangères répond de la manière suivante :

«Je m'empresse de rassurer V.E. sur la portée de cette mesure : il ne s'agit ni de monopole ni de privilège en matière commerciale, ni de la culture du caoutchouc et d'autres produits végétaux. Le Gouvernement cherche uniquement, ainsi que cela se pratique partout, à tirer parti des forêts de l'Etat et à empêcher que les produits qu'elles renferment soient exploités sans la permission du propriétaire et sans redevances, ou de manière à amener leur déboisement ou la destruction imprévoyante de lianes à caoutchouc. V.E. constatera qu'il n'y a là rien de contraire à l'article V de l'Acte Général de la conférence de Berlin... je n'ai pas besoin d'ajouter que le commerce du caoutchouc et de tous autres produits reste libre comme par le passé.³¹⁰»

C'est à travers le décret du 29 septembre 1891 non publié au Bulletin Officiel que la politique domaniale du Roi Léopold II devient claire surtout à travers les diverses circulaires qui ont été prises en application de ce décret qui est libellé comme suit :

³⁰⁹ G. Kalambay Lumpungu, op.cit, p81

³¹⁰ Archives Aff. Etr. E.I.C., Vol.VI, n°47

«Article 1er. Les commissaires des districts de l'Ubanguï-Uellé et de l'Aruwimi-Uellé et les chefs des expéditions du Haut-Ubangui et du Haut-Uellé sont autorisés à prendre les mesures qui seraient urgentes et nécessaires pour conserver à la disposition de l'Etat les fruits des terrains domaniaux notamment l'ivoire et le caoutchouc.

Article 2. Notre Secrétaire d'Etat à l'intérieur est chargé de l'exécution du présent décret, qui entrera en vigueur à la date de ce jour.³¹¹ »

Ce texte, qui invite les commissaires des districts ainsi que les chefs d'expédition concernés à prendre des mesures tendant à conserver au profit de l'Etat les fruits des terrains domaniaux, ne précisent pas la nature de ces mesures. Pour sa part, Boelaert note que par ce texte, l'interprétation restrictive de l'ordonnance de 1885 dévoile sa portée : toutes les terres non occupées par les indigènes d'une manière apparente, sont déclarées sans maître et appartiennent donc à l'Etat. Occupées de façon apparente sont les terres couvertes de huttes ou de cultures, non occupé tout le reste. Et puisque l'ivoire, le caoutchouc, le copal et les autres produits négociables, aussi bien que le bois et le gibier, ne se récoltent que dans les terres non-occupées de cette manière, ils appartiennent tous à l'Etat.³¹² Les circulaires prises en exécution de ce décret vont donner raison à cet auteur.

En date du 15 décembre 1891, le commissaire de district de l'Ubanguï-Uellé, en exécution du décret précité, prend une décision ayant pour but de monopoliser au profit de l'Etat le commerce d'ivoire. Cette décision a eu une incidence sur les droits fonciers des indigènes, dans la mesure où l'Etat considère que les éléphants sont chassés sur son domaine foncier et par conséquent il doit se réserver le monopole de l'ivoire, produit de son domaine. Voici les termes de cette décision :

«Considérant que la région qui avoisine les postes de Mongwadie et Moboïka ne se trouve pas comprise dans celles où le gouvernement abandonne exclusivement aux particuliers la récolte de l'ivoire des domaines de l'Etat par décret du Roi-Souverain, en date du 9 juillet ;

Vu les décrets du Roi-Souverain, en date du 25 juillet 1889 et du 29 septembre 1891 :

Décide :

Article 1^{er}. Les chefs de postes de Mongwandie et de Moboïka pourront autoriser les indigènes du pays que leur poste commande à chasser l'éléphant, à condition d'apporter au poste l'ivoire récolté.

Article 2. Quiconque, en contravention de ces dispositions, sera puni conformément à l'article 19 du code pénal et l'ivoire sera saisi et confisqué.

³¹¹ Ministère des Affaires Etrangères, Archives Africaines de l'E.I.C., D. du 29 septembre 1891, n° 352, p 174.

³¹² R.P.E. Boelaert, op. cit, p29

Article 3. Quiconque aura recelé de l'ivoire frais sera puni conformément à l'article 29 du code pénal, et l'ivoire sera saisi et confisqué.

Article 4. Les chefs de postes de Mongwandie et de Moboïka sont chargés de rechercher et de constater les infractions à la présente décision et d'en assurer l'exécution.

Article 5. La présente décision entrera en vigueur le 1^{er} juillet 1892. »

Le même commissaire de district avait pendant la même période pris une circulaire interdisant aux indigènes de sa juridiction de vendre leurs produits aux commerçants, pour ne les vendre qu'à l'Etat.

De son côté, le commandant de l'expédition de l'Ubangui-Uellé publie dans le même esprit, en date du 14 février 1891, deux circulaires dont l'une d'elles nous intéresse dans le cadre de cette étude. Celle-ci s'exprime en ces termes :

«J'ai l'honneur de vous informer que je suis décidé à faire valoir rigoureusement les droits de l'Etat sur ses domaines et, en conséquence, à ne plus permettre aux indigènes de distraire à leur profit et de vendre quelque partie que ce soit de l'ivoire et du caoutchouc qui en sont les fruits.

Les commerçants qui leur achèteraient encore ou qui tenteraient d'acheter ces produits, dont l'Etat n'autorise la récolte qu'à la condition qu'on lui apporte les fruits, se rendraient, à mon avis, coupable de recel et je les dénoncerais aux autorités judiciaires afin qu'il soit procédé contre eux comme de droit ».

Commentant cette circulaire, G.Kalambay Lumpungu pense qu'elle cantonne la population indigène sur la terre sur laquelle l'Etat lui a reconnu le droit d'occupation, c'est-à-dire les terres qu'elle habite, cultive et exploite. Mais, renchérit-il, cette exploitation devient superflue, car ce n'est pas sur la superficie qui lui est reconnue que la population pourrait récolter le caoutchouc et l'ivoire pour le commerce avec le négociant européen. Indirectement, la circulaire fait de l'indigène le salarié de l'Etat. En effet, il peut récolter le caoutchouc et l'ivoire en dehors de la terre occupée, à condition de vendre le fruit de son travail à l'Etat.³¹³

Cette circulaire a créé le mécontentement dans le milieu d'affaires belge parce qu'elle entravait le commerce notamment de la Société belge du Haut-Congo. La réaction du président de cette société ne s'est pas fait attendre. En effet, en date du 08 août 1892, Brugmann expose la position de sa société comme suit :

³¹³ G. Kalambay Lumpungu, op.cit, p85

« Nous admettons qu'au Congo, comme dans tous les pays du monde, les terres sans maître appartiennent au domaine de l'Etat. Seulement la question est de savoir ce qui, au Congo, est " terre sans maître. »

L'Etat Indépendant considère aujourd'hui comme terre vacante tout ce qui n'est pas occupé par les indigènes, c'est-à-dire bâti, ou cultivé.

Les forêts, les savanes sont, pour lui terres vacantes et conséquemment domaine de l'Etat. Leurs fruits appartiennent exclusivement à l'Etat ; il est interdit, non seulement aux européens, mais même aux natifs, de trafiquer librement de ces produits. Ainsi, dans une lettre du 18 janvier dernier et adressée à notre direction en Afrique, le commissaire du district de l'Ubangi-Uellé écrit : " Aucun indigène du district de l'Ubangi-Uellé n'est autorisé à récolter du caoutchouc. Il a même été notifié aux indigènes qu'ils ne recevraient l'autorisation de la faire qu'au profit de l'Etat. »

Une telle théorie est une véritable violation du droit naturel consacré par la législation même de l'Etat. Elle enlève aux indigènes la libre exploitation des forêts et des savanes qui sont le bien commun de leur tribu, où leurs pères ont toujours librement chassé l'éléphant et l'antilope, librement récolté le vin de palme, le caoutchouc, le tacoula, etc, et qui sont leur propriété ou tout au moins sur lesquelles ils ont des droits usagers.

Par cette application inattendue et abusive de l'ordonnance du premier juillet 1885, l'Etat veut la faire entrer dans le domaine de la pratique. Quant au propriétaire primitif, la tribu indigène, elle en est dépossédée par une simple circulaire.

L'ivoire, produit de ses chasses, l'indigène ne peut plus le vendre à qui bon lui semble. De temps immémorial cependant, il en trafiquait librement.

Le caoutchouc, dont Stanley, Junkers et d'autres explorateurs signalaient l'utilisation par les indigènes du Haut-Congo, de l'Ubangi et l'Uellé, il ne peut pas davantage en faire un article d'échange.

Les terres où depuis toujours les natifs chassaient et récoltaient sont devenues domaines de l'Etat. Le commerce de leurs fruits en est interdit. Que devient, pour le Noir, la reconnaissance proclamée à Berlin de ses droits sur son sol natal héréditaire ? »

Le commissaire de district de l'Equateur prend pour sa part une circulaire semblable aux précédentes, dans laquelle il interdit aux indigènes de vendre le caoutchouc qu'ils exploitent aux commerçants. Les termes de cette circulaire datée du 08 mai 1892 se présentent comme suit :

« Considérant qu'aucune concession n'a été accordée pour l'exploitation du caoutchouc sur les domaines de l'Etat dans le district de l'Equateur ;

Le commissaire de district décide :

1° Les indigènes ne pourront exploiter la liane à caoutchouc qu'à condition d'en remettre le produit à l'Etat contre numéraire ;

2° Toute embarcation ou particulier détenant plus d'un kilogramme de caoutchouc se verra dresser procès-verbal. L'embarcation pourra être confisquée, sans préjudice des autres suites ».

De tous ces textes, il résulte que l'Etat se considère comme propriétaire de toutes les terres vacantes. De ce fait, il est propriétaire de tout ce qui s'y trouve. Voilà pourquoi, il se permet d'interdire aux autochtones le droit de vendre les produits de leur travail à une autre personne à l'exception de l'Etat. En outre, il qualifie de receleur, toute personne qui achèterait l'ivoire ou le caoutchouc entre les mains des indigènes. Ce faisant, il entrave l'activité des sociétés commerciales et réduit les droits fonciers des indigènes aux terres habitées et cultivées. Telle est l'interprétation que l'administration donne à l'ordonnance du 1^{er} juillet 1885 et au décret du 14 septembre 1886.

D. Conséquences de l'application du principe de la domanialité des terres vacantes

La politique domaniale de l'Etat Indépendant du Congo a été fortement critiquée suite aux abus qu'elle a engendrés à l'égard des indigènes. Une campagne anti-congolaise a été menée pour améliorer la situation des autochtones. C'est ainsi que le Roi-Souverain a été obligé de mettre sur pied une Commission d'enquête afin de faire la lumière sur les conditions sociales des indigènes. La Commission, après avoir constaté les abus dont les indigènes étaient victimes, avait fait plusieurs propositions, touchant aux divers aspects de la vie indigène. S'agissant particulièrement de leurs droits fonciers, elle relève notamment ce qui suit :

«Mais la situation créée par le régime foncier aux populations indigènes dépend tout entière du sens qu'il faut attacher aux mots "terres occupées," "terres vacantes," et si l'Etat veut éviter que le principe de la domanialité des terres vacantes aboutisse à des conséquences abusives, il devra mettre ses fonctionnaires et ses agents en garde contre les interprétations trop restrictives et les applications trop rigoureuses.

La législation de l'Etat Indépendant du Congo n'a point défini ce qu'il faut entendre par "terres occupées par les indigènes" et les tribunaux de l'Etat n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question. A défaut de définition légale, on semble avoir généralement admis, au Congo, qu'il faut considérer comme occupées par les indigènes exclusivement les parties du territoire sur lesquelles ils ont installé leurs villages et établi leurs cultures.

On a admis que, sur les terres occupées par eux, les indigènes ne peuvent disposer des produits du sol que dans la mesure où ils en disposaient avant la constitution de l'Etat ».³¹⁴

³¹⁴ Rapport de la Commission d'enquête, B.O. 1905, pp 150-151

Plus loin, la Commission propose aux autorités d'adopter une interprétation large de l'ordonnance de 1885 et du décret de 1886. les termes de cette proposition sont les suivants :

« Il découle de l'exposé qui précède que l'Etat ferait œuvre utile et sage en développant la législation sur le régime foncier, en donnant aux lois du 1^{er} juillet 1885 et du 14 septembre 1886, qui confirment les indigènes dans la jouissance des terres qu'ils occupaient sous l'autorité de leurs chefs, une interprétation large et libérale, conforme sans doute à l'esprit qui les a dictées ». ³¹⁵

Sur base de ce rapport, le Roi-Souverain avait mis sur pied une Commission des réformes ayant abouti à l'élaboration du décret du 03 juin 1906 sur les terres indigènes dont l'analyse s'impose.

E. Décret du 03 juin 1906 sur les terres indigènes et terres vacantes

Il convient d'abord de retracer le contexte qui a présidé à l'élaboration de ce texte, avant d'aborder la question de la définition et de l'étendue des terres vacantes afin d'aboutir aux droits des indigènes sur ces terres.

1. Contexte de l'élaboration du décret

Le décret sous examen est le fruit du travail réalisé par la Commission des réformes mise en place par le Roi-Souverain. Avant d'analyser les dispositions de ce texte, il est bon de comprendre son esprit tel qu'il ressort du Rapport adressé au Roi-Souverain. Ce Rapport qui est considéré comme l'interprétation officielle de ce texte, se présente comme suit :

« Il appartient à l'Etat de déterminer quelles terres doivent être considérées, aux termes de l'ordonnance du 1^{er} juillet 1885 et du décret du 14 septembre 1886, comme terres occupées par les populations indigènes et de faire délimiter ces terres, de sorte que les décisions de l'Etat sur cet objet, simplement déclaratives d'une situation et de droits préexistants, échappent à tout recours, soit des indigènes propriétaires ou concessionnaires.

Le premier projet proposé à la sanction de votre majesté a trait à la question des terres. Le respect des droits d'occupation des indigènes est inscrit au frontispice de notre

³¹⁵ Rapport de la Commission d'enquête, B.O. 1905, p153

législation foncière, et le Gouvernement a toujours entendu que fût maintenue à l'indigène toute l'utilisation qu'il tirait du sol, quelles que fussent les formes tangibles sous lesquelles il concrétisait cette utilisation. La loi a confirmé les indigènes dans la jouissance et l'usage des terres qu'ils occupaient conformément aux coutumes et usages locaux ; elle a voulu qu'ils puissent étendre leurs cultures ; elles ne les a privés ni de leurs droits de pêche et de chasse, ni des " usages en bois, " ni de leur droit de cueillette ou de leurs droits miniers, etc.

Fortifiés dans cette politique par les vues concordantes des Commissions d'enquête et d'examen, nous proposons à Votre Majesté de donner une nouvelle consécration législative à ces principes. Le décret que nous soumettons à cette fin donne aux textes de 1885 et 1886 une large interprétation, en déclarant terres occupées par les indigènes, toutes terres qu'ils habitent, cultivent ou exploitent à un titre quelconque conformément aux coutumes et usages locaux. Il pose la règle que les droits d'occupation des indigènes seront déterminés et constatés. Il prévoit que les indigènes puissent être appelés, dans la jouissance de terres à affecter à leurs cultures, à bénéficier d'une situation plus favorable que ne le comporterait l'application stricte de leurs droits. Il reconnaît formellement aux indigènes le droit de chasser et de pêcher et les usages en bois sur toutes les parties du territoire qui ne sont pas propriétés de particuliers, sous la seule réserve des dispositions d'ordre général réglant l'exercice de ces droits ».³¹⁶

Qu'en est-il alors de la définition et de l'étendue des terres vacantes ?

2. Définition et étendue des terres vacantes

L'alinéa 1er de l'article premier de ce texte donne la définition de « terres occupées par les indigènes », telle qu'il ressort de l'ordonnance de 1885 et du décret de 1886. C'est ainsi qu'il précise que par terres occupées par les indigènes, on entend celles qu'ils habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque, conformément aux coutumes et usages locaux. Cette définition a l'avantage de combler la lacune des textes antérieurs qui n'avaient pas défini cette catégorie de terres, donnant ainsi libre cours à plusieurs interprétations.

Cette définition permet de déterminer l'étendue des terres indigènes ainsi que celle des terres vacantes. Il y a lieu de constater que la définition adoptée par le législateur semble être large. Elle paraît répondre aux vœux exprimés par la Commission d'enquête. Le Rapport de la Commission de réforme va dans le même sens. Mais

³¹⁶ Le Rapport au Roi-Souverain, B.O., 1906, pp 176-178.

l'étendue réelle des terres indigènes et par voie de conséquence des terres vacantes dépend de l'interprétation qu'on donne aux termes « habiter, cultiver et exploiter ».

Selon A. Sohier, ces trois mots doivent avoir une interprétation large et libérale comme l'a voulu la Commission d'enquête qui est à la base du décret du 03 juin 1906. Ainsi, pour lui, sont terres habitées au sens du texte précité, non seulement les parcelles recouvertes par une habitation, mais l'ensemble des lieux qui forment le séjour du groupement humain : le village. L'auteur ajoute que non seulement les cours, les communs, les jardins, sont des dépendances des habitations, mais les bâtiments publics, les rues et places, sont des parties de l'habitat. Il ne s'agit pas de l'habitation individuelle, mais de l'habitation des « indigènes vivant sous l'autorité de leurs chefs », c'est de la communauté³¹⁷.

S'agissant de la culture, il pense qu'il s'agit de celle pratiquée par les indigènes, c'est-à-dire la culture extensive. Des terres cultivées ne perdent pas ce caractère par le fait qu'elles sont en repos : les jachères sont des terres occupées par la culture. En pratique cependant on considère parfois les terres de jachère comme des terres d'extension, qu'on serait libre d'accorder ou non au groupement. Il n'en est rien : les communautés ont sur ces terres un véritable droit leur reconnu par les décrets de 1885-1886.

Le terme « exploiter » selon l'auteur, veut dire tirer profit de quelques choses ou déployer une activité pour en retirer un gain. De cette définition générale, il ressort que chasser sur une terre, en retirer les produits naturels, c'est l'exploiter. Mais au sens du texte sous examen, pour que ces activités constituent une exploitation, il faut qu'il y ait une organisation et une pratique si intense qu'elles réalisent un usage privatif du sol³¹⁸.

L'interprétation faite par A.Sohier du terme « exploiter » n'a pas fait l'unanimité.

En effet, analysant le décret sous examen, Boelaert estime que l'exploitation doit être entendue dans son sens large. Elle peut et doit donc impliquer tout droit d'usage et de jouissance, le droit de jouir de cette possession, d'en obtenir tous les services et tous les

³¹⁷ A. Sohier, Les terres indigènes : le décret du 3 juin 1906, in Journal des Tribunaux d'Outre-mer, n°52, 1954, p145.

³¹⁸ A. Sohier, op. cit, p145

avantages, tous les fruits, aussi bien civils que naturels ou industriels. Toute forme de jouissance est ici une exploitation.³¹⁹ Ainsi, au sens du décret, toute terre exploitée d'une manière quelconque est terre occupée par les indigènes.

De son côté, G. Kalambay Lumpungu écrit ce qui suit au sujet de ce terme :

«Le mot exploiter est utilisé dans le sens donné lors de l'enquête de 1893, car on semble déclarer que les forêts et les terres autres que celles qui sont cultivées et habitées sont domaniales. Cette interprétation est trop restrictive, et l'un des éléments d'appréciation de cette exploitation paraît être recherché dans la comparaison de cette exploitation indigène avec les modes d'exploitation européenne. En partant d'exploitation dans le sens d'une organisation et d'une pratique si intense qu'elle réalise un usage privatif, on semble ignorer le mode d'exploitation indigène.

Le deuxième point à retenir est que cette exploitation doit avoir une triple caractéristique : s'exercer à titre privatif ; être permanente ou périodique ; et porter sur des avantages tirés du sol. Toutes les études effectuées sur le régime foncier traditionnel au Congo constatent que, presque partout, les clans, les tribus sont les vrais titulaires des droits fonciers et le sont à titre privatif. On comprend bien que le gouverneur général et les autorités qui donnent le critère d'exclusivité pour reconnaître à un village une partie de terres exploitées, ne pouvaient pas distinguer les origines ou les clans indigènes et il paraît certain qu'ils ne connaissaient pas le régime foncier indigène. En effet, dans toutes les coutumes, seules les personnes appartenant à un clan ont droit d'exploiter les ressources existant sur le territoire de leur clan. Quant aux étrangers à ce clan, ils doivent demander une autorisation à l'autorité compétente du village ou du clan.

Dès lors, l'interprétation la plus large est celle qui est énoncée dans l'article 1er, et toutes les autres interprétations qu'on a voulu donner à ce terme créent une confusion ».³²⁰

3. Droits des indigènes sur les terres vacantes

L'alinéa 2 de l'article premier du décret de 1906 prévoit qu'il sera procédé à la détermination et à la constatation officielle de la nature et de l'étendue des droits d'occupation des indigènes. Avant même que cette opération ait lieu, le Vice-gouverneur général Lantonnois, en date du 8 septembre 1906 écrit ce qui suit aux commissaires des districts du Bas-Congo :

«Subsidiairement à ma dépêche en date de ce jour, j'ai l'honneur d'attirer tout particulièrement votre attention sur la situation spéciale dans laquelle se trouvent certaines régions du Bas-Congo et notamment les territoires placées sous votre administration.

³¹⁹ R.P.E. Boelaert, op.cit, p 47

³²⁰ G. Kalambay Lumpungu, op. cit, p156

Le Gouvernement, fidèle à la doctrine des décrets de 1885 et 1886 et à la large interprétation qui leur a été donnée dès le principe, n'a jamais contrarié l'usage que faisaient les indigènes des forêts et des terres. Sans tirer de celles-ci une utilisation complète et rationnelle, ils parcouraient autour de leurs villages des espaces assez étendus, se livrant à la récolte de certains produits naturels, principalement des noix palmistes. Cette utilisation, assez superficielle graduellement étendue, s'exerçait souvent loin des villages ; il s'en est suivi qu'autour de la plupart des villages, il y a une aire de parcours confinant à celle des villages voisins et se confondant même quelquefois avec celle-ci.

Le Gouvernement n'entend pas révoquer la tolérance dont les indigènes ont profité jusqu'à présent, mais il importe de définir exactement la nature des droits des indigènes et le régime des terres qui en sont affectées en déterminant les conditions sous lesquelles ces terres pourraient passer en cas de vente ou de location aux mains de tiers acquéreurs.

L'enquête locale à laquelle vous vous livrez, conformément à ma dépêche pré-rappelée, devra fixer les caractères propres de ces droits originaires indigènes. Ce n'est évidemment pas une propriété, même collective. Ce n'est davantage pas un usufruit ou une servitude. C'est plutôt un droit réel sui generis grevant la propriété au profit d'une ou de plusieurs collectivités.

Je vous recommande tout particulièrement de former un dossier aussi complet que possible de l'enquête à laquelle vous procéderez. Ce dossier me sera transmis pour être envoyé à l'administration centrale, le Gouvernement se réservant de conclure.

La nature, l'étendue et les attributs de ces divers droits étant définis, ceux-ci devront suivre les biens grevés, dans quelques mains qu'ils passent. A cet effet, les droits constatés seront consignés dans un registre spécial dont le Conservateur des Titres Fonciers sera dépositaire ».³²¹

Comme on peut se rendre compte, cette instruction est en contradiction avec l'esprit du décret tel qu'il résulte du Rapport de la Commission d'enquête ainsi que celle des réformes. En effet, comme le note d'ailleurs Boelaert, là où le décret impose de déterminer et de constater officiellement sur place la nature et l'étendue des droits d'occupation des indigènes et de délimiter les terres occupées par eux d'après ces constatations, les instructions déclarent d'avance que les forêts et les terres qui entourent les villages sont domaniales, même si les indigènes en faisaient et y exerçaient une utilisation, par exemple par la récolte des noix de palme. Ces terres et forêts ne sont nullement occupées par les indigènes, ils n'ont aucun droit d'occupation, ils ne les exploitent d'aucune manière, car l'exploitation quelconque est indice de terre occupée, est signe d'un droit d'occupation.³²²

³²¹ B.O., 1906, p 384

³²² R.P.E. Boelaert, op. cit, pp52-53

Il ressort donc de l'instruction que les terres occupées par les indigènes sont réduites à celles habitées et cultivées. Les terrains sur lesquelles se pratiquent la chasse, la cueillette, la pêche et autres sont domaniales. Les activités déployées par les indigènes sur ces terrains ne sont pas considérées comme une exploitation. Or, comme le constate avec pertinence G.Kalambay Lumpungu, chasser et pêcher, surtout quand la chasse et la pêche sont organisées ou quand c'est l'activité principale pour un clan ou une tribu, constitue une exploitation. Tel est le cas avec les Wagenia, les Lokele ou les Warega. Pour ces tribus, la pêche est une activité essentielle dans leur vie. D'autres peuples ne vivent que de la chasse. C'est notamment le cas avec le peuple pygmée.

S'agissant de la nature des droits des indigènes sur ces terres, le gouverneur général détermine d'avance leur nature avant même que l'enquête ne soit entreprise, lorsqu'il dit qu'il ne peut s'agir d'un droit de propriété, même collective, ni d'un droit d'usufruit, encore moins d'une servitude. L'instruction crée un droit nouveau issue de la tolérance accordée aux indigènes par l'administration. C'est ce que le gouverneur général qualifie de *droit sui generis*. Ainsi donc, à travers cette instruction, l'étendue des terres vacantes s'est élargie au détriment des terres indigènes.

En réalité, l'instruction du vice - gouverneur général, relativement à la nature des droits des indigènes sur les terres domaniales, semble trouver sa base sur la lettre de l'article 6 du décret qui permet aux indigènes de couper les bois destinés à leur usage personnel, de pêcher dans les fleuves, rivières, lacs, étangs et chasser dans les terres et forêts domaniales. Cette instruction qui, en réalité ne concernait que le Bas-Congo, a eu une influence sur tout le territoire de l'Etat.

Concernant la détermination des terres indigènes, l'enquête prévue par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du décret du 03 juin 1906 a été un échec pour plusieurs raisons : manque d'enthousiasme de la part des enquêteurs, ignorance des mœurs et des coutumes locaux, étendue des territoires objet de l'enquête, coût très élevé des travaux de délimitation ainsi que l'inutilité de l'opération au motif qu'elle n'était pas respectée par les indigènes qui continuaient à se déplacer au-delà des parties laissées à leur disposition.³²³ Mais sous la

³²³ G. Kalambay Lumpungu, op. cit, p169

colonisation, l'Etat a été obligé de revenir d'une autre manière, sur cette délimitation dans le but de garantir les concessions et les cessions accordées aux sociétés au regard des droits fonciers des indigènes. Nous y reviendrons lorsque nous allons examiner le texte y relatif.

De ce qui précède, on peut affirmer que l'application du décret sous examen n'a pas améliorée le sort des indigènes par rapport à leurs droits fonciers. Cette législation sera reconduite par la Charte coloniale qui, en son article 36 dispose que : « Les décrets, les règlements et autres actes en vigueur dans la colonie conservent leur force obligatoire, sauf les dispositions qui sont contraires à la présente loi et qui sont abrogées ». Mais le décret du 31 mai 1934 sur les enquêtes de vacance changera la philosophie du législateur au sujet des terres indigènes.

F. Décret du 31 mai 1934 sur les enquêtes relatives à la vacance de terres

Le but de ce décret était d'inverser la procédure d'enquête. En effet, au lieu de délimiter systématiquement les terres indigènes dont les bornes n'étaient pas respectées par les natifs, désormais, les limites ne seront établies que s'il y a une demande de terres.

Les dispositions de ce décret concernent d'une part la procédure de l'enquête de vacance ou de constatation des droits des indigènes et d'autre part la procédure de révision et de contrôle de l'enquête effectuée.

Ce texte subordonne la cession ou la concession de terres domaniales par une enquête de vacance dont le but est de constater la vacance des terres demandées en cession ou en concession, ainsi que la nature et l'étendue des droits que les indigènes pourraient avoir sur ces terres.

L'enquête est effectuée par l'administrateur du territoire ou par un fonctionnaire ou agent de service territorial désigné par le commissaire de district, et ce, à la suite d'une décision d'ouverture d'enquête prise par cette dernière autorité.³²⁴

³²⁴ Art.1^{er} du décret du 31 mai 1934

Avant l'enquête, le requérant doit faire procéder à une délimitation provisoire du terrain sollicité au moyen des poteaux ou d'autres marques parfaitement apparentes. Les frais de la délimitation est à la charge du requérant, qui exceptionnellement peut être obligé de verser un cautionnement. Sont considérés comme frais de délimitation, les frais de mesurage par un géomètre.³²⁵

Selon l'article 3 de ce décret, l'autorité chargée de l'enquête doit convoquer sur le lieu les chefs, les notables et tous les indigènes intéressés. Ensemble, ils parcourent le terrain demandé de manière qu'ils puissent se rendre compte exactement de sa situation et de son étendue. A cette occasion, l'autorité interroge tour à tour, les indigènes qui revendiquent un droit quelconque sur le terrain demandé, ceux qui habitent à proximité du terrain, ainsi que ceux qui paraissent à même d'apporter des éléments d'informations utiles.

Lorsque l'enquête prend fin, l'autorité doit dresser le procès-verbal de ses opérations, en proclamer les résultats devant les chefs, notables et indigènes intéressés et les avertir qu'il leur appartient de formuler leurs réclamations éventuelles auprès de l'administrateur territorial, du commissaire de district ou du magistrat du parquet près le tribunal de district.

A ce sujet, le Rapport du conseil colonial note que :

«Pour la validité de l'enquête, il est évident que les intéressés doivent être convoqués sur les lieux. Il est non moins évident que ses conclusions doivent être portées à la connaissance de tous dès qu'elle est close puisqu'on y aura reconnu soit l'absence, soit l'existence de droits indigènes, et débattu les équivalences pour rachat éventuel. Il faut, en plus, qu'à ce premier acte de la cession ou concession, qui n'en comptera souvent pas d'autre, il soit donné un caractère solennel. C'est le but visé par la proclamation et l'avertissement prévu in fine de l'article 3 ».³²⁶

Le procès-verbal sanctionnant l'enquête doit, sous peine de nullité, avoir les mentions suivantes :

- la décision favorable du commissaire de district sur la suite à réserver à la demande de terres ;

³²⁵ Art.2 du même décret

³²⁶ B.O., 1934, p 657

- la délimitation provisoire du terrain ;
- la convocation régulière des chefs, notables et indigènes intéressés et le nom des présents ;
- la visite du terrain demandé par l'autorité, qui procède à l'enquête accompagnée des indigènes intéressés ;
- les questions posées aux chefs, notables et indigènes intéressés portant sur les utilisations diverses de leurs terres, ainsi que les réponses qu'ils y ont faites ;
- la situation démographique des collectivités indigènes intéressées, la superficie des terres déjà aliénées dans la circonscription et celles que l'opération laisse à leur disposition ainsi que les éléments divers qui permettent d'apprécier l'étendue des terres qui leur sont nécessaires ;
- les droits des indigènes dont le rachat est proposé, ainsi que la nature et le montant des indemnités compensatoires qui, d'une part, sont demandées par les indigènes, et, d'autre part, sont offertes par le requérant ;
- l'accord éventuel sur les indemnités et sur les terrains demandés ;
- la proclamation des résultats de l'enquête devant les chefs, notables et indigènes intéressés ainsi que l'avertissement consistant à formuler les réclamations auprès de l'administrateur territorial, du commissaire de district ou du magistrat du parquet près le tribunal de district.

Il est joint au procès-verbal un croquis suffisant pour préciser la situation du terrain demandé dans le territoire et dans la ou les circonscriptions intéressées. Les établissements et voies de communication y seront figurés ainsi que les terrains déjà aliénés.³²⁷

L'enquête peut déboucher sur une de trois solutions ci-après : ou bien la terre demandée en cession ou en concession est une terre indigène au sens du décret du 3 juin 1906, ou bien c'est une terre domaniale sur laquelle les indigènes exercent des droits dits sui generis prévus par l'article 6 du décret de 1906, ou bien c'est une terre domaniale sans droits indigènes.

³²⁷ Art. 4 du décret précité

Si l'enquête conclut que la terre demandée est une terre indigène, la colonie seule peut avec l'assentiment des indigènes conclure avec eux des contrats pour l'acquisition d'une partie de leurs terres ou pour la cession de leurs droits sur ces terres. Mais pour que ce contrat produise des effets et soit enregistré, ils doivent remplir les conditions suivantes :

- être passés dans la forme authentique suivant la procédure fixée par ordonnance du gouverneur général ;³²⁸
- être approuvé par le gouverneur général ou son délégué, après avis exprimé dans un rapport circonstancié par le magistrat du parquet.³²⁹

Sur cette question le rapport du Conseil colonial est explicite. En voici les termes :

«Dorénavant, les indigènes ne pourront plus disposer directement de leurs droits fonciers au profit de particuliers. La colonie seule pourra conclure avec eux les contrats d'aliénation et d'occupation et disposera soit par elle-même, soit par l'intermédiaire des pouvoirs concédants, des terres et des droits lui cédés. Semblable prescription écarte les indigènes du danger des sollicitations occultes. Elle évite au gouverneur général de se trouver en situation délicate lorsque, après accomplissement des formalités de l'enquête, il estime devoir refuser au contrat, l'approbation requise ».³³⁰

Selon W. Bracke, lorsqu'il s'agit des droits spécifiquement indigènes (terres indigènes), les intéressés ne peuvent être contraints de les céder. C'est leur libre volonté qui joue et il faut leur accord exprès et préalable sur l'objet de la cession et sur l'indemnité compensatoire. Tout ce que l'autorité administrative peut faire, c'est de faire comprendre aux intéressés ce que leurs prétentions peuvent présenter d'exagéré et, dans le cas contraire, de refuser au nom et dans l'intérêt même des indigènes les indemnités dérisoires sur le montant desquelles ils auraient accord au demandeur de la terre.³³¹

Si l'enquête atteste que la terre convoitée est grevée des droits « sui generis » tels que prévus par l'article 6 du décret du 3 juin 1906 au profit des indigènes, c'est-à-dire, les droits de chasse, de pêche, de cueillette, etc., il faut en déterminer la nature ainsi que

³²⁸ L'ordonnance du gouverneur général dont question est celle du 1^{er} juillet 1885

³²⁹ Art. 13 du décret sous examen

³³⁰ B.O., 1938, p 796.

³³¹ W. Bracke, Vade mecum, Titres fonciers, Province du Katanga, Congo belge, inédit,p9

l'étendue. Il faut entendre par l'étendue de ces droits, l'intensité de son exercice. C'est ainsi par exemple, les indigènes peuvent sur les terres considérées comme vacantes, cueillir ou recueillir périodiquement des champignons, des fourmis ailées et d'autres fruits ou produits naturels et qui sont nécessaires à leur subsistance. Ils peuvent également avoir le droit de chasse.³³²

Après la détermination de la nature et de l'étendue de ces droits, si on constate que les indigènes pourraient avoir sur les terres domaniales des droits qu'ils exercent à titre privatif, la question change d'aspect, comme le note W. Bracke. En effet, selon cet auteur, l'administration a dans ce cas, le droit et le devoir de veiller, dans tous les cas, à ce que les indemnités représentant le juste prix de la privation subie, soient calculées en raison des avantages réels et actuels que les natifs retirent de l'exercice de ces droits.³³³

Dans l'hypothèse où l'enquête atteste que la terre sollicitée par le demandeur est domaniale et n'est pas grevée des droits indigènes, ni des droits sui generis, l'Etat peut conclure directement avec le requérant le contrat de cession ou de concession en se conformant au texte en vigueur en la matière.³³⁴ Il faut souligner qu'il s'agit là d'une hypothèse rare.

Dans tous les cas, l'enquête peut faire l'objet de contrôle et de révision à l'initiative du commissaire de district compétent ou du procureur de la République ou encore du gouverneur de province.³³⁵ Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si les terres vacantes existent réellement.

G. Existence de terres vacantes

Ici la question est de savoir si en réalité selon la conception traditionnelle de la gestion foncière, il existe des terres vacantes. A cette préoccupation, nous pouvons

³³² G. Kalambay Lumpungu, op.cit, p226

³³³ W.Bracke, op.cit, p9

³³⁴ G. Kalambay Lumpungu, op.cit, p229

³³⁵ La procédure de contrôle et de révision est prévue par les articles 5 à 12 du décret du 31 mai 1934 sur les enquêtes relatives à la vacance de terres.

affirmer que les terres vacantes étaient une création de l'Etat Indépendant du Congo, reprise par la colonisation sans soubassement réel. En effet, les Européens ne maîtrisant pas le mode d'exploitation des terres par les autochtones, ont cru que chaque fois qu'ils trouvent des terres apparemment sans signe d'occupation, ce qu'elles sont vacantes.

A ce sujet, D.Biebuyck note que la théorie de la domanialité, fondée sur l'existence des terres vacantes, a été combattue en doctrine. Tous ceux qui s'en prennent à cette théorie s'efforcent de démontrer que les indigènes ont des titres de propriété sur les terres et forêts domaniales.

Ces auteurs, renchérit l'auteur, décrivent la société indigène comme étant constituée de groupements, lesquels disposent chacun en propre d'un domaine foncier à l'usage de leurs membres. Ces domaines ne laisseraient entre eux aucun intervalle ou très rarement. D'autre part, à l'intérieur de leurs limites, les indigènes ont sur le sol et les eaux des droits absolus et exclusifs leur donnant pratiquement tous les avantages de la propriété.

Ce droit de propriété n'est pas limité aux terres effectivement occupées mais il s'étend jusqu'aux confins du domaine, même, sur les terres qui, en fait, ne sont jamais utilisées : il n'y a pas, dans les conceptions indigènes, des terres sans maître. En conclusion : il n'y a pas de terres vacantes et tout notre régime foncier repose sur une erreur, un abus de droits ou, en tout cas, une équivoque. L'appropriation des terres prétendument vacantes n'a pu se faire qu'au détriment des indigènes, qui ne l'admettent pas.

L'inexistence des terres sans maître est largement attestée par de nombreuses études consacrées à cette question.

L'exposé ci-dessus, conclut l'auteur, résume très succinctement la position doctrinale de plusieurs auteurs au sujet de notre régime foncier. Citons notamment les RR. PP. Boelaert, Hulstaert, le Pr. G. M alengreau, M. A. Sohier.³³⁶

³³⁶ D. Biebuyck, op. cit, p11

Plus loin, l'auteur donne sa position à l'issue des enquêtes menées sur terrain, lorsqu'il écrit notamment ce qui suit au sujet des terres vacantes :

«Il n'y a pas de terres vacantes, du moins, il n'y en a plus. Les terres qui, avant notre arrivée, étaient sans maître, ont disparu suite à notre action qui a porté sur la stabilisation des groupes, la répartition en circonscription et groupement à limites géographiques nettement tracées et l'attribution de zones peu ou pas occupées en circonscriptions ainsi établies.

D'autre part, s'il existe actuellement des régions peu ou pas exploitées, ceci est dû également en partie en tout cas, aux regroupements et aux déplacements de populations qui sont, directement ou indirectement, notre œuvre.

Dans la vision d'un groupe africain, le domaine qu'il a su s'attribuer ne comprend jamais de parties vacantes ou sans signification. Les diverses parties de ce domaine ont soit une importance économique, soit une importance mystique ou magique, soit une importance sociale et résidentielle. Le groupe y est partout présent, soit physiquement, soit intentionnellement, soit mystiquement.

La distinction légale entre terres vacantes et terres indigènes ne correspond donc ni à la réalité sociologique ni à l'attitude psychologique ». ³³⁷

Dans une étude consacrée à la propriété foncière et paysannat indigène, Hulstaert va dans le même sens, lorsqu'il s'insurge contre les écrits de M. Corbisier en relevant que :

«M. Corbisier déclare que, "dans l'esprit des indigènes, les terres inhabitées et les sols non individuels sont à tout le monde." Cela est peut être vrai au Maniema ; mais sur d'immenses étendues du Congo les terres sont partagées, entre les tribus, les clans, les familles, de sorte que, dans la pensée des autochtones, il n'existe pas de terres vacantes, cette utile invention du code ». ³³⁸

De son côté, Boelaert, après avoir affirmé que les autochtones avaient un droit de propriété sur leur terre, ajoute qu'en tant que tel, ils ont le droit de l'utiliser selon leur convenance et surtout à n'importe quel moment. Ainsi, le fait pour eux de ne pas l'exploiter actuellement ne peut pas être une raison pour la déclarer vacante ou sans maître. C'est comme si, ajoute-t-il, chez nous, une puissance occupante statuait de s'approprier les terres sans maîtres en déclarant sans maître toutes les terres non clôturées. Dans ce cas, vacant n'est plus synonyme de « sans maître », mais de « sans utilisation actuelle », au sens restreint qu'on lui donne dans le décret.

³³⁷ D. Biebuyck, op.cit, p 95

³³⁸ G. Hulstaert, Propriété foncière et paysannat indigène, in *Aequatoria*, n°3, 1953, p119

En outre, l'auteur ajoute que la prescription par non-usage n'existe pas pour la propriété ; il est donc injuste et irrégulier de déterminer la vacance d'une terre par le non-usage. Aux yeux des indigènes, il n'y a d'ailleurs pas de non-usage.³³⁹

Dans un article consacré au problème des terres indigènes, A. Sohier se demande si les terres que nous avons déclarées vacantes l'étaient-elles réellement, ou bien appartenaient-elles aux communautés. A cette question, lui-même répond de la manière suivante :

«Sans doute, à certains endroits existait-il des bandes entre deux groupes qui étaient sans maître. Il y avait des terres vacantes. Mais j'ai marqué mon avis que c'était là l'exception : les groupes possédaient des droits sur la plupart des terres. Plusieurs personnalités ont exprimé leur opinion contraire. J'ai reçu même une note m'opposant les avis des premiers explorateurs et des pionniers, comme si ceux-ci avaient eu le loisir de faire œuvre juridique ou scientifique. En vérité, peu des problèmes de droit coutumier ont été aussi soigneusement étudiés que celui-ci, puisqu'il a fait l'objet d'une enquête sur place par un juriste doublé d'un ethnographe, M. le professeur Malengreau. D'après ses recherches, la majorité des terres en 1885 n'étaient vacantes, ni d'après le droit coutumier, ni d'après le droit européen, et tel est actuellement l'opinion de la plupart de ceux qui ont étudié le problème.

Je crois que certains hésitent à admettre cette thèse parce qu'ils la craignent. C'est une des vérités qui ne sont pas bonnes à dire. Je ne suis pas persuadé, pour ma part, que cette négation puisse produire des fruits, alors que les indigènes la contredisent unanimement ».³⁴⁰

De ce qui précède, il ressort, comme nous l'avons affirmé précédemment, que sur le plan sociologique les terres vacantes n'existent pas. Toutes les terres appartiennent à des communautés dont les limites sont bien identifiées. Les textes régissant cette matière ont été en inadéquation avec la réalité. D'où, il résulte des difficultés d'application. Qu'en est-il alors des terres rurales sous la législation du Congo indépendant ?

§.2 Congo indépendant et les terres rurales

Les terres rurales sont actuellement régies par la loi foncière de 1973. Elles font l'objet de plusieurs activités. Les paysans et les fermiers les utilisent pour l'agriculture et la pêche. Les entreprises commerciales et industrielles les exploitent pour les activités forestières ou minières. Etant donné que toutes ces activités sont régies par des lois

³³⁹ E. Boelaert, Faut-il créer des réserves pour les indigènes, in *Zaire*, volXI-2, 1955, pp134-135

³⁴⁰ A. Sohier, Le problème des terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°63, 1955,p126

différentes, nous allons essayer de passer en revue les procédures mise en place pour l'acquisition de terres destinées à ces activités.

A. Acquisition des terres rurales

La procédure prévue par cette loi en vue de l'acquisition des terres rurales est presque identique à celle prévue sous le régime du décret de 1934 concernant les enquêtes de vacance. La procédure comprend des phases ci-après : la constitution du dossier en vue de la demande, l'enquête préalable et la signature du contrat de location préalable à la concession.

1. Constitution du dossier en vue de la demande

Les éléments requis pour la constitution du dossier concerne tant les terres rurales que les terres urbaines. Ils diffèrent selon que le requérant est une personne physique ou morale.

Lorsque la demande émane d'une personne physique, elle doit comporter les éléments suivants :

- l'identité complète du demandeur, sa profession, sa nationalité, sa résidence. Si le requérant n'est qu'un mandataire, il doit fournir les renseignements nécessaires pouvant permettre la vérification de ses pouvoirs.
- Si le demandeur sollicite le terrain pour un bail, il doit indiquer la durée pour laquelle la location est sollicitée.
- Le requérant doit indiquer la destination qu'il entend donner au terrain, ainsi que le programme conçu pour la réalisation de la mise en valeur.
- Si le terrain est loti, il est fait mention du numéro sous lequel il figure au plan cadastral. Lorsqu'il s'agit d'un terrain qui n'est pas encore loti, le requérant doit joindre encore au dossier les éléments ci-après :
- Un plan indiquant la configuration du terrain et les longueurs des limites, ainsi que toutes autres dimensions ayant servi au calcul de la superficie du terrain, les éléments de repérage du terrain par rapport à des accidents du sol, à des constructions ou à des ouvrages d'un caractère permanent, etc., les cours

d'eau, routes ou sentiers traversant, le cas échéant le terrain demandé, si le terrain est situé dans une région pour laquelle il existe une documentation aérophotogrammétrique, ce plan doit consister en une photographie aérienne sur laquelle les mêmes indications sont reportées.

- Un croquis donnant la situation du terrain par rapport à des points connus et figurant sur les cartes officielles.³⁴¹

Comme on peut le constater, les éléments du dossier permettent de savoir si le requérant est de sexe masculin ou féminin, s'il est marié ou célibataire. Cela aura un impact lors de la conclusion du contrat avec l'Etat.

Si le requérant est une personne morale, le dossier comprendra les éléments suivants :

- Sa dénomination ainsi que la preuve de l'existence de sa personnalité civile.
- L'identité complète des personnes physiques habilitées à engager légalement ou statutairement la personne morale ainsi que l'indication de la date de l'acte qui les agréé. L'identité complète des administrateurs de la personne morale qui sont qualifiés pour introduire la requête et signer le contrat de concession, avec indication de la publication de leur nomination.
- L'indication de la destination que le requérant entend donner au terrain ainsi que la programme établi pour en réaliser la mise en valeur.

S'il s'agit d'un terrain loti, il est fait mention de son numéro cadastral. Au cas contraire, les mentions exigées pour l'identification du terrain en ce qui concerne la personne physique sont également valables pour la personne morale.³⁴²

Après avoir constitué et déposé le dossier auprès de l'autorité compétente, une nouvelle phase s'ouvre, celle de l'enquête.

2. Enquête préalable à la signature du contrat de location ou d'occupation

Provisoire³⁴³

³⁴¹ Art 191 de la même loi

³⁴² Art 192 de la loi précitée

Selon le législateur de 1973, l'enquête exigée a pour but de constater la nature et l'étendue des droits que des tiers pourraient avoir sur les terres demandées en concession.

Il y a lieu de remarquer que cette procédure est calquée sur celle prévue par le décret de 1934 sur les terres vacantes. Le législateur de 1973 a reconduit pratiquement le même texte en changeant seulement la terminologie. Au lieu de terres vacantes, désormais il s'agit de terres rurales, avec comme différence majeure que jadis le demandeur des terres devenait propriétaire et qu'actuellement il est concessionnaire, l'Etat étant devenu l'unique propriétaire foncier.

La procédure prévue par ce texte est trop longue et difficile pour le requérant. En effet, elle implique plusieurs autorités à des échelons divers. Dans un pays où l'administration ne fonctionne pas normalement et dont les moyens font défaut, il n'est pas facile pour qu'une telle procédure arrive à un résultat satisfaisant.

Le délai imparti à chaque autorité pour étudier le dossier peut paraître suffisant, mais la distance qui sépare les différentes autorités et les difficultés de transport sont parfois telles que le respect de ce délai ne peut être que compromis, sauf si le requérant accepte de prendre en charge tous les frais y relatifs, auquel cas, l'objectivité de ceux qui sont chargés d'étudier le dossier sera sujette à caution.

La lourdeur de cette procédure conduit aux abus dans la pratique. Il arrive souvent que les terres soient occupées à la surprise générale des villageois parce qu'ils n'ont pas été consultés. Dans un rapport sur la problématique foncière au Nord Kivu, *Norwegian Refugee Council* note ce qui suit :

« Pour acquérir ces vastes étendues de terres, la nouvelle classe de capitalistes ruraux recourut à la législation en vigueur. Les autorités coutumières, insérées dans l'administration au niveau local, pour s'attirer les grâces de leurs chefs hiérarchiques, et s'allier aux nouveaux capitalistes, déclaraient vacantes des terres occupées par leurs populations. En recourant ensuite aux services fonciers provinciaux, le plus souvent corrompus, ou en agissant par influence d'une autorité hiérarchique, ces acquéreurs se faisaient délivrer des titres fonciers.

³⁴³ L'Etat conclut avec les particuliers le contrat de location lorsque la superficie du terrain sollicité est inférieure à 10 hectares. Lorsque la superficie du terrain est supérieure à 10 hectares, c'est le contrat d'occupation provisoire qui est conclu.

Ainsi, une étendue de terres pouvait être déclarée vacante sans que ses occupants n'en soient informés. Des titres fonciers étaient ensuite obtenus sur ladite terre et gardés pendant deux ans sans s'en prévaloir. A l'issue de ces deux ans, ces titres devenaient inattaquables en justice. Leurs acquéreurs faisaient alors prévaloir leur titre de propriété et obtenaient l'expulsion des populations de leurs terres ».³⁴⁴

Tenant compte de toutes ces difficultés, il y a lieu de penser à l'assouplissement de la procédure en impliquant moins d'autorités. Ainsi par exemple, les dossiers de demande des terres pourront être étudiés uniquement par les autorités administratives au niveau de district. Le gouverneur de province ne pourra être saisi qu'en cas de recours administratif et les autorités judiciaires en cas de litige. C'est seulement à ce niveau que le Procureur de la République pourra intervenir pour faire respecter la légalité. quid alors de la conclusion du contrat et de la mise en valeur ?

3. Contrat d'occupation provisoire ou contrat de location

Lorsque le résultat de l'enquête démontre que le terrain demandé n'est pas occupé, l'autorité compétente met ce terrain à la disposition du demandeur moyennant un contrat d'occupation provisoire ou un contrat de location. Ce contrat dont la durée est de cinq ans, a pour but de réaliser la mise en valeur du terrain. C'est lorsque la mise en valeur aura été déclarée satisfaisante que l'occupant conclura le contrat de concession perpétuelle ou ordinaire.

Le contrat d'occupation provisoire est consenti moyennant certaines conditions : paiement du loyer et mise en valeur.

S'agissant du paiement de loyer, l'occupant doit payer à l'Etat un loyer pendant les années de manière progressive, avec un maximum égal à cinq pour cent du prix de la concession du terrain à partir de la quatrième année.

³⁴⁴ Norwegian Refugee Council, La problématique foncière au Nord-Kivu et le retour des déplacés et des réfugiés, inédit, Goma, 2007, p7

A la fin de la durée du contrat, les terres occupées provisoirement et mises en valeur seront concédées à l'occupant conformément aux clauses contractuelles.³⁴⁵

- En ce qui concerne les conditions de la mise en valeur, elles sont en principe prévues par le contrat. Mais la loi fixe un seuil en dessous duquel il n'y a pas mise en valeur et le terrain ne peut être considéré comme occupé.³⁴⁶

Les conditions prévues pour la mise en valeur peuvent être cumulatives ou alternatives pour toute la surface du terrain. La constatation de l'occupation et de la mise en valeur des terres sera faite sur la demande de l'occupant et à ses frais.³⁴⁷ C'est lorsque le fonctionnaire commis pour ce faire aura constaté une mise en valeur suffisante que le contrat de concession perpétuelle ou ordinaire sera conclu. Ce contrat donne lieu à l'établissement d'un certificat d'enregistrement.

De tout ce qui précède, il ressort que l'accès aux terres rurales se fait par voie contractuelle. Le contrat de concession n'est conclu qu'après la mise en valeur du terrain. Ce contrat obéit aux règles de droit privé. Qu'en est-il alors des dispositions du code forestier ?

B. Acquisition des concessions forestières

L'acquisition des concessions forestières est régie par la loi n° 011/ 2002 du 29 août 2002 portant code forestier. Aux termes des dispositions de cette loi, les forêts appartiennent à l'Etat. Celui-ci accorde aux particuliers des concessions forestières dont

³⁴⁵ Les conditions d'occupation des terres rurales sont prévues par les dispositions des articles 153 à 159 de la loi foncière.

³⁴⁶ Selon l'article 157 de la loi foncière, ne peuvent être considérées comme mise en valeur :

- les terres qui ne sont pas couvertes sur un dixième au moins de leur surface par des constructions ;
- les terres qui ne sont pas couvertes sur cinq dixième au moins de leur surface de cultures alimentaires, fourragères ou autres ;
- les terres sur lesquelles il n'aura pas été fait, sur cinq dixièmes au moins de leur surface, des plantations ; de palmiers , à raison d'au moins 100 unités par hectare ; de caféiers, à raison d'au moins 900 unités par hectare ; de quinquina, à raison d'au moins 6.940 unités par hectare ; de théiers, à raison d'au moins 5.470 unités par hectare ; d'aleurites, à raison d'au moins 100 arbres par hectare pour les enrichissements de forêt, et d'au moins 1.000 arbres par hectare pour les boisements en terrains découverts. Pour les autres espèces d'arbres et arbustes, la densité minimum sera fixée de commun accord entre le cessionnaire et le service compétent.
- Les terres auxquelles n'auront pas été appliquées les mesures fixées par la convention ou légalement prescrites en vue de la conservation du sol.

³⁴⁷ Art 158 de la loi foncière

l'attribution se fait soit par voie d'adjudication, soit de gré à gré. Mais, toute personne désireuse d'obtenir une concession forestière en vue d'une exploitation industrielle doit remplir les conditions exigées par la loi.³⁴⁸

Mais pour arriver à la conclusion du contrat de concession forestière, la loi prévoit également une procédure qui passe par l'enquête préalable. Ainsi, allons-nous analyser cette procédure avant de voir le contrat de concession forestière.

1. Enquête préalable à l'octroi de la concession forestière

Le contrat de concession forestière est précédé d'une enquête publique dont la forme et la procédure sont fixées par l'arrêté du ministre ayant les forêts dans ses attributions.

Le but poursuivi par l'enquête est de constater la nature et l'étendue des droits que pourraient détenir des tiers sur la forêt à concéder, en vue de leur indemnisation éventuelle. le montant de l'indemnisation est fixé à l'amiable, ou à défaut, par voie judiciaire. Le paiement de l'indemnité a pour conséquence de rendre la forêt concernée quitte et libre de tout droit³⁴⁹.

L'arrêté ministériel du 07 août 2008 fixant la procédure d'enquête publique préalable à l'octroi des concessions forestières prévoit que l'enquête a pour objectifs notamment de :

- informer les populations locales sur le projet d'octroi d'une concession forestière ;
- recueillir des informations sur la nature et l'étendue des droits que pourraient détenir des tiers sur la forêt objet de l'enquête, notamment les

³⁴⁸ L'article 82 al 1 et 2 de la loi portant code forestier prévoit que si le requérant est une personne physique, elle doit être domiciliée en République Démocratique du Congo. S'il est personne morale, elle doit être constituée légalement et avoir son siège en République Démocratique du Congo. Le requérant doit en outre déposer un cautionnement auprès d'une institution financière établie en République Démocratique du Congo, en vue de garantir le paiement de toutes indemnités si les travaux sont de nature à causer un dommage ou s'il est à craindre que ses ressources ne soient pas suffisantes pour faire face à sa responsabilité.

³⁴⁹ Art 84 de la loi précitée

concessionnaires fonciers et les communautés locales et/ ou les peuples autochtones ainsi que les activités qui s’y exercent ;

- recueillir des informations sur l’existence éventuelle de sites d’importance écologique, historique, archéologique ou architecturale, culturelle ou de sites protégées en vertu des lois , règlements et coutumes locales ;
- réviser les limites de la forêt à concéder, définir les modalités de compensation des parties prenantes³⁵⁰ affectées par la concession proposée et les servitudes qui sont maintenues ou à créer ;
- proposer des mesures ou, le cas échéant, des programmes d’atténuation des impacts environnementaux et sociaux.³⁵¹

L’enquête publique est ouverte par l’annonce faite par voie de la presse, audiovisuelle, par l’affichage de l’annonce aux bureaux des administrations provinciale et locale chargées des forêts et à tous endroits dans la localité où la forêt est située et par tout autre mode de communication permettant au public d’être pleinement informé du projet.

La publicité de l’enquête est faite en français et dans une des langues nationales, au moins deux mois avant la date fixée pour la consultation publique.³⁵²

L’enquête se déroule en deux phases principales :

- la communication préalable aux parties prenantes identifiées au projet de plan de consultation élaborée en langue compréhensible ;
- la collecte des renseignements auprès des parties prenantes à travers notamment des enquêtes, sondages, questionnaires, de réunions ou audiences publiques selon le cas³⁵³.

³⁵⁰ Par parties prenantes, on entend les personnes, communautés locales et peuples autochtones, autorités, associations villageoises, et organisations non gouvernementales légalement reconnues qui peuvent être affectés directement ou indirectement par un projet d’exploitation forestière sous forme d’une concession, dont la consultation est de nature à éclairer l’autorité chargée du processus d’attribution de la concession proposée et qui sont impliquées dans la protection de l’environnement ou le développement social des sites envisagés pour les concessions proposées.

³⁵¹ Art 4 de l’arrêté ministériel précité

³⁵² Art 6 de l’arrêté précité

³⁵³ Art 7 du même arrêté

Outre l'administration provinciale chargée des forêts, l'enquête implique les administrations provinciales en charge respectivement du territoire, de l'aménagement du territoire, de l'agriculture, des mines, des affaires foncières, de développement rural ainsi que de l'Institut Congolais pour la Conservation de la Nature.

Sont également impliquées, toutes les parties prenantes au niveau local, avec une attention particulière pour les groupes minoritaires vulnérables et/ ou les peuples autochtones.³⁵⁴

L'enquête publique se clôture par la publication tant au niveau local que national du rapport la sanctionnant. Ce rapport comprend les éléments suivants :

- la description du processus des consultations mentionnant le lieu, le temps et la durée de chaque séance de l'enquête ;
- la liste des parties prenantes identifiées ayant réellement et activement participé à l'enquête publique ;
- les procès-verbaux de chaque session de l'enquête publique dans lesquels figurent, au minimum, les éléments d'information sur l'objet de l'enquête, la description de la forêt à concéder ainsi que l'ouverture et le déroulement de ladite enquête ;
- la synthèse des consultations et recommandations émises et les décisions arrêtées en consultation avec les parties prenantes.

Tous les différents procès-verbaux susvisés doivent être signés par l'administration provinciale chargée des forêts ou par l'expert indépendant choisi par l'administration, lorsque l'enquête a été menée par ce dernier, ainsi que par les autres parties prenantes impliquées dans l'enquête. Ces procès-verbaux sont rendus publics par l'autorité compétente pour l'attribution de la concession proposée.

Quant au rapport final de l'enquête, il est gardé aux archives où il peut être consulté.³⁵⁵ Si le rapport de l'enquête conclut que la forêt convoitée est quitte de tout

³⁵⁴ Art 8 du même arrêté

³⁵⁵ Art 9 du même arrêté

droit à l'égard des tiers, l'administration peut alors passer à l'étape de la conclusion du contrat de concession.

2. Contrat de concession forestière

Pour conclure un contrat de concession forestière avec l'Etat, toute personne physique ou morale intéressée doit présenter des garanties techniques et financières jugées suffisantes pour notamment :

- l'exploitation des produits forestiers ;
- la conservation ;
- le tourisme et la chasse ;
- les objectifs de bio prospection ;
- l'utilisation de la biodiversité³⁵⁶.

Ce contrat comprend deux parties : le contrat proprement dit qui détermine les droits et les obligations des parties, et un cahier des charges qui fixe les obligations spécifiques incombant au concessionnaire.³⁵⁷

Le cahier des charges comporte des clauses générales et des clauses particulières. Les clauses générales concernent les conditions techniques relatives à l'exploitation des produits concernés. Quant aux clauses particulières, elles concernent notamment les charges financières, les obligations en matière d'installation industrielle incombant au titulaire de la concession forestière, une clause particulière relative à la réalisation d'infrastructures socio-économiques au profit des communautés locales. Cette dernière clause concerne spécialement la construction ainsi que l'aménagement des routes, la réfection et l'équipement des installations hospitalières et scolaires ainsi que les facilités en matière de transport des personnes et des biens.³⁵⁸

Ce contrat confère au concessionnaire le droit d'exploiter la superficie de forêt concédée, dans le respect des dispositions légales et réglementaires. A ce titre, il a le droit exclusif de prélever, dans la zone concédée, tous les bois exploitables pour leur

³⁵⁶ Art 87 du code forestier

³⁵⁷ Art 88 du même code

³⁵⁸ Art 89 du code forestier

transformation locale ou leur exportation. Cependant, l'exportation de certaines essences peut être soumise à des restrictions particulières.³⁵⁹

Le concessionnaire ne peut louer, céder, échanger ou donner la concession forestière sans l'autorisation préalable du ministre ayant les forêts dans ses attributions ou du Président de la République, selon que le contrat a été signé par le ministre ou approuvé par le Président de la République.

En cas de cession totale de la concession, le nouveau concessionnaire est subrogé dans les droits et obligations du concessionnaire originaire.

Dans les autres cas, les concessionnaires originaire et nouveau sont tenus solidairement de leurs obligations envers l'Etat.³⁶⁰

Le concessionnaire est tenu de s'installer et d'exploiter la forêt dans les dix-huit mois qui suivent la signature du contrat de concession. Si à l'expiration de ce délai l'installation et l'exploitation ne sont pas réalisées, l'administration chargée des forêts met le concessionnaire en demeure d'entreprendre l'exploitation de sa concession dans un délai de douze mois. Passé ce délai, il est déchu d'office de ses droits. La déchéance est constatée par voie d'arrêté pris soit par le gouverneur de province, soit par le ministre ayant les forêts dans ses attributions.³⁶¹

Sauf cas de force majeure avérée, l'arrêt de l'exploitation par le concessionnaire pendant deux années consécutives entraîne la reprise par l'Etat de la forêt concédée.³⁶²

La déchéance des droits du concessionnaire entraîne la saisie à titre conservatoire des installations et du matériel immobilisé. Sur la valeur de ces biens, l'Etat prélève, par privilège, ce qui lui est dû à quelque titre que ce soit, y compris les frais de conservation

³⁵⁹ Art 94 du code forestier

³⁶⁰ Art 95 du code forestier

³⁶¹ Art 115 du code forestier

³⁶² Art 116 du code forestier

engagés jusqu' à la réalisation des biens.³⁶³ La déchéance ne concerne pas les concessions de conservation et de bio prospection.³⁶⁴

La loi portant code forestier prévoit encore d'autres dispositions concernant les droits et les obligations des parties. Ce qui importe pour nous, c'est de constater que l'accès aux concessions forestières passe par voie contractuelle. Ceci est important parce que, comme nous le verrons dans le chapitre qui suit, ce mode d'accès a une incidence sur la situation de la femme. Il convient également de mentionner que le contrat de concession forestière est un contrat administratif, dans la mesure où il contient des clauses exorbitantes de droit commun et l'une des parties au contrat est toujours l'Etat. Son contentieux relève donc du juge administratif.³⁶⁵

Il y a lieu cependant de noter que dix ans après la promulgation du code forestier, aucun contrat de concession forestière n'a été conclu. Les anciens exploitants forestiers ne sont pas pressés pour convertir leurs anciens titres en concessions forestières, alors que l'article 155 du code forestier leur avait accordé un délai d'une année pour réaliser la conversion des titres. Cette réticence se justifie par le fait que le code leur impose à travers la clause particulière, de réaliser les infrastructures socio-économiques qui doivent être au préalable discutées avec les communautés locales concernées, et ce, avant la conclusion du contrat de concession forestière. Cela constitue pour eux une charge qu'ils ne veulent pas assumer. Ils gardent jusqu'à ces jours, leurs anciens titres qui ne leur imposent pas l'obligation de réaliser les infrastructures socio-économiques au profit des communautés locales.

De tout ce qui précède, il ressort que le droit congolais post colonial ne s'est vraiment pas démarqué de la ligne tracée par l'Etat Indépendant du Congo ainsi que la colonisation belge, en ce qui concerne la procédure de gestion des terres vacantes,

³⁶³ Art 117 du code forestier

³⁶⁴ Aux termes de la loi portant code forestier, on entend par conservation, les mesures de gestion permettant une utilisation durable des ressources et des écosystèmes forestiers, y compris leur protection, entretien, restauration, et amélioration. Par bio prospection on entend l'activité consistant à inventorier ou évaluer les éléments constitutifs de la diversité biologique importants pour sa conservation et son utilisation durable tout en tenant compte des normes d'inventaire prévues.

³⁶⁵ G. Sakata M. Tawab, Code forestier congolais et ses mesures d'application, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2010, p144

devenues terres rurales. La grande différence se situe au niveau de la nature des droits que l'Etat accorde aux particuliers. En effet, si pendant les deux périodes précédentes, les particuliers avaient un droit de propriété, depuis la loi de 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, l'Etat étant l'unique propriétaire foncier, n'accorde aux particuliers que des droits de jouissance qu'on appelle concession.

Malgré cela, les communautés locales considèrent les terres rurales comme étant leur propriété. Elles ne se sentent pas toujours concernées par le contrat que l'Etat conclut avec les particuliers. C'est ainsi qu'il arrive souvent qu'en dehors du contrat conclu entre l'Etat et le concessionnaire, ce dernier soit obligé de trouver encore d'autres arrangements avec les communautés locales pour faciliter l'accès à la terre ou à la forêt. S'agissant particulièrement de l'exploitation de la forêt, il y a lieu de noter que le code forestier, par le biais du cahier de charge, a prévu la prise en compte des intérêts des communautés locales par la réalisation des infrastructures socio- économique en leur faveur. C'est ainsi qu'on considère le contrat de concession forestière comme un contrat tripartite dont les parties sont l'Etat, l'exploitant forestier et la communauté locale. Mais le fait que les exploitants forestiers ne veulent pas conclure le contrat de concession forestière, entraîne souvent des difficultés avec les communautés locales. En effet, celles-ci ne trouvent pas leur compte dans l'exploitation. Les anciens contrats³⁶⁶ conclus par les exploitants forestiers avec l'Etat n'accordent pas aux communautés locales les avantages socio-économiques.

De mon expérience de magistrat, il m'est déjà arrivé d'intervenir dans les conflits opposant les exploitants forestiers aux communautés locales au motif que les premiers ne respectent pas les engagements pris avec les seconds. Souvent ces engagements consistent dans le fait de verser aux communautés locales mensuellement ou trimestriellement une somme d'argent ou de leur fournir certains biens de première nécessité comme du sel, du savon, du sucre etc. Si ces engagements ne sont pas tenus, les

³⁶⁶ Par anciens contrats, il faut entendre la garantie d'approvisionnement et la lettre d'intention. La garantie d'approvisionnement est un contrat conclu entre l'Etat et l'exploitant forestier disposant déjà sur le territoire national d'une usine de transformation des produits ligneux ayant un certain niveau de production. La lettre d'intention est également un contrat conclu entre l'Etat et un exploitant forestier qui promet de construire une usine de transformation des produits ligneux sur le territoire national.

villageois se mobilisent pour empêcher les travailleurs de l'exploitant forestier d'accéder au site d'exploitation, en barricadant les voies d'accès ou en brutalisant les employés.

La difficulté majeure qui entraîne une certaine confusion dans la relation devant exister entre les concessionnaires et les communautés locales concerne les limites entre les forêts domaniales et les forêts des communautés locales. Si l'Etat fait la distinction entre ces deux types de forêt, les communautés locales prétendent être propriétaires de l'ensemble des forêts sans distinction. Ces dernières se fondent sur les coutumes qui ont toujours régies les sociétés traditionnelles. En effet, partout à travers le pays, toutes les forêts ont sur le plan coutumier des propriétaires. Ainsi, l'octroi d'une concession forestière à un exploitant forestier, est ressenti par les communautés locales comme un acte de spoliation qui appelle une certaine résistance de leur part. Il arrive même parfois que les villages entiers se retrouvent dans une concession forestière. Alors, il y a lieu de se demander si l'enquête prévue par la loi se réalise correctement. Qu'en est-il en ce qui concerne la gestion des terres urbaines ?

Section 2 Terres urbaines

Nous allons ici adopter également la même démarche, celle qui consiste à analyser d'un côté la situation de ces terres sous la colonisation et de l'autre côté le régime des terres urbaines sous le Congo indépendant.

§.1 Terres urbaines sous le régime colonial

Pour une meilleure analyse de la situation, il y a lieu de distinguer deux périodes : celle d'avant la promulgation des décrets de 1953 et celle d'après la mise en vigueur de ces textes.

A. Terres urbaines avant le régime des décrets de 1953

La colonisation avait institué un régime foncier ségrégationniste. En effet, les Européens n'habitaient pas ensemble avec les Noirs. Dans les agglomérations, il a existé des quartiers pour les Blancs et des quartiers pour les Noirs. Sur le plan de droit, l'apartheid a également existé. Les Européens n'étaient pas régis par le même droit que

les Africains. Concernant particulièrement les droits fonciers, il y a lieu d'observer que le code civil, livre II était applicable aux non indigènes et que les indigènes étaient régis par des dispositions d'ordre administratif et réglementaire.

Cela a entraîné comme conséquence que les Blancs avaient le droit de propriété sur les terres qu'ils occupaient, alors que les Noirs n'avaient qu'un droit d'occupation sur le sol. Les terres occupées par les Noirs dans les circonscriptions urbaines appartenaient aux pouvoirs concédants qui étaient soit la colonie, soit le Comité spécial du Katanga, soit le Comité national du Kivu.

Mais, partout dans ces agglomérations, l'administration locale avait constitué un fonds déjà loti pour permettre aux autochtones d'acquérir ou de construire une habitation en matériaux plus ou moins durables. Les parcelles étaient mises à leur disposition soit à titre gratuit, soit à titre onéreux et ce, suivant les décisions du gouverneur de province ou du pouvoir concédant.³⁶⁷

Ainsi, sur une même parcelle du centre extra-coutumier ou de la cité indigène, on trouvaient deux titulaires de droits différents : la colonie ou l'un des deux autres pouvoirs concédants qui est propriétaire du fonds et l'indigène propriétaire de l'habitation ou d'autres constructions.³⁶⁸

Le droit d'occupation des indigènes sur le sol était un droit précaire et révocable. Selon le Vade mecum du Katanga, le droit d'occupation précaire est autorisé par l'autorité administrative qui accorde la jouissance du terrain convoité pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée avec ou sans clause de tacite reconduction.³⁶⁹

Il ressort de cette définition que l'autorité administrative qui accorde ce droit, a la latitude d'y mettre fin à tout moment lorsque les circonstances l'exigent, sans toutefois passer par la longue procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. En principe, la reprise du sol par l'Etat est gratuite. Mais si, sur le terrain, sont érigées des

³⁶⁷ G. Kalambay Lumpungu, *Le droit foncier zaïrois et son unification*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973, p 278

³⁶⁸ G. Kalambay Lumpungu, *op. cit.*, p 278

³⁶⁹ W. Bracke, *op. cit.*, p15

constructions, il y a lieu à compensation suivant l'estimation en tenant compte du prix actuel.

On peut se demander si le titulaire du droit d'occupation ne pouvait pas disposer de la maison dont il était propriétaire ?

Il y a lieu de dire qu'étant propriétaire de la maison, il peut bien conclure avec les tiers toute sorte de contrat et la maison peut faire l'objet de succession. Ainsi, il peut louer la maison ou la vendre. En cas de vente, le transfert de propriété a lieu entre parties contractantes dès qu'il y a accord des volontés. Mais à l'égard des tiers, le vendeur et l'acheteur doivent remplir les formalités administratives relatives à la mutation du droit d'occupation, ayant pour aboutissement l'établissement d'une nouvelle fiche parcellaire au nom du nouvel acquéreur.

Cette exigence administrative se justifie par le fait que le propriétaire de la maison, qui ne dispose que d'un droit d'occupation sur le sol, vend son droit sur le sol en vendant sa maison.

Le titre qui permet l'occupation des parcelles dans une cité indigène ou centre extra-coutumier est le permis d'occupation. Ce titre est précaire, comme le droit d'occupation et il n'a qu'une valeur administrative. De ce fait, il ne procure pas à son titulaire la même sécurité juridique que le certificat d'enregistrement qui consacre la propriété dans les quartiers européens des circonscriptions urbaines.

Le droit d'occupation provisoire présente certains avantages et inconvénients qui peuvent se résumer comme suit :

Le caractère précaire de ce droit expose son titulaire à l'arbitraire de l'administration.

Le droit d'occupation a en revanche l'avantage de permettre aux pouvoirs publics de reprendre les terrains occupés par les indigènes à moindre frais, quand les circonstances l'exigent.³⁷⁰

³⁷⁰ G. Kalambay Lumpungu, op. cit, p288

De ce qui précède, il ressort que le caractère dualiste du droit persiste même dans les circonscriptions urbaines. En effet, à côté d'un droit législatif régissant les Blancs, il s'est développé un droit d'origine administrative en faveur des Noirs. Ce dernier peut être considéré comme un troisième régime foncier, à côté du droit coutumier et du droit écrit. Ce régime semble être proche de celui du droit coutumier. La différence apparaît au niveau du propriétaire du fonds. En droit coutumier, le fonds appartient à la communauté, qui en l'espèce, est le clan ou la famille alors que pour le droit d'occupation, le propriétaire est soit la colonie soit les pouvoirs concédants. Mais le caractère vague de ce droit a nécessité que l'Etat intervienne par des textes nouveaux pour accorder aux Noirs des droits fonciers précis. C'est la raison d'être de différents décrets de 1953.

B. Terres urbaines sous l'empire des décrets de 1953

La Charte coloniale, en son article 5 avait assigné au gouverneur général, entre autres missions, le développement de la propriété sur le territoire du Congo belge³⁷¹. C'est en vertu de cette disposition que les décrets de 1953 ont été pris. Les textes concernés sont les suivants :

- le décret du 10 février 1953 sur l'accession des Congolais à la propriété immobilière individuelle ;
- le décret du 10 février 1953 sur les cessions et concessions en vue de favoriser la colonisation ;
- le décret du 23 février 1953 sur les cessions et concessions de terres dans les centres extra-coutumiers et les cités indigènes.

Dans le cadre de ce travail, il nous semble que seuls le premier et le troisième textes présentent un intérêt pour nous.

³⁷¹ L'article 5 de la Charte coloniale est libellé comme suit : « le Gouverneur général veille à la conservation des populations indigènes et à l'amélioration de leurs conditions morales et matérielles d'existence. Il favorise l'expansion de la liberté individuelle, l'abandon progressive de la polygamie et le développement de la propriété. Il protège et favorise, sans distinction de nationalités ni de cultes, toutes les institutions et entreprises religieuses, scientifiques ou charitables, créées et organisées à ces fins ou tendant à instruire les indigènes et à leur faire comprendre et apprécier les avantages de la civilisation. Les missionnaires chrétiens, les savants, les explorateurs, leurs escortes, avoir et collections sont l'objet d'une protection spéciale ».

1. Analyse du décret du 10 février 1953 sur l'accès des Congolais à la propriété immobilière individuelle

Ici, nous allons nous limiter à l'étude de quelques dispositions ayant trait à l'accès au droit de propriété ainsi que les restrictions qui en résultent. Les dispositions relatives à la succession fera l'objet d'une analyse ultérieure, notamment lorsque nous allons aborder la question relative à l'accès de la veuve au droit foncier.

L'article premier de ce texte dispose que « Tout Congolais peut jouir de tous les droits immobiliers organisés par la législation écrite ». Cette disposition consacre l'égalité de tous les Congolais en matière d'accès aux droits immobiliers. La nouveauté de ce droit ne concerne en réalité que les Congolais non-immatriculés. En effet, le pouvoir colonial avait institué plusieurs catégories des Congolais en tenant compte de leur degré de civilisation. Il en est ainsi notamment des Congolais immatriculés, des Congolais détenteurs de la carte de mérite civique ainsi que les Congolais soumis au droit coutumier. Ainsi, la dernière catégorie des Congolais n'avait pas le droit d'accéder à la propriété immobilière individuelle. Il convient de noter que les Congolais visés par ce texte, sont ceux vivant dans les milieux urbains, car l'aire d'application de ce texte est limité aux centres extra-coutumiers et cités indigènes des agglomérations urbaines.

L'exposé des motifs de ce décret justifie de la manière suivante cette disposition :

«Le principe fondamental régit la matière : les indigènes doivent pouvoir accéder à la plénitude des droits immobiliers individuels, sans aucune restriction fondée uniquement sur une distinction raciale. Telle a toujours été la politique coloniale belge puisque l'indigène congolais a toujours pu se rendre titulaire des mêmes droits immobiliers que l'Européen en remplissant la formalité de l'immatriculation telle qu'elle était organisée par le code civil . Mais le nouveau régime de l'immatriculation pouvant être interprété comme restreignant cette faculté, il convient de formuler ce principe de façon non équivoque en tête du présent projet de décret. C'est l'alinéa 1^{er}.

Il en résulte que tout Congolais, immatriculé ou non, peut acquérir des terres enregistrées, par exemple en les achetant à des propriétaires non- indigènes, ou encore recevoir des droits d'emphytéose, de superficie ou de propriété sur les terres domaniales aux conditions de l'arrêté royal du 30 mai 1922 et de l'arrêté ministériel du 25 février 1943, ou conformément aux règlements du Comité spécial du Katanga et du Comité national du Kivu. Tout comme il pourra acquérir des parcelles dans les circonscriptions extra-coutumières ou sur les terres affectées

spécialement au colonat Indigène, conformément aux règlements sur les droits fonciers qui seront organisés pour ces espèces de terres. Comme, il pourra devenir titulaire des droits immobiliers organisés par la législation écrite sur tous les biens auxquels cette législation est appliquée. Ces droits, il pourra les exercer cumulativement avec les droits immobiliers coutumiers qu'il pourrait posséder dans la circonscription indigène, dont la coutume continuera à régir les biens».³⁷²

Le droit accordé à l'article premier est assorti de certaines restrictions concernant les Congolais non immatriculés. C'est ainsi que l'article 2 de ce décret interdit cette catégorie des Congolais à disposer de leurs droits immobiliers à titre onéreux sans l'autorisation du président du tribunal de territoire. Cette restriction est justifiée par le législateur par la nécessité de protéger les Congolais concernés contre les contrats lésionnaires ou encore pour éviter des donations déguisées ou des ventes consenties sous la pression des oncles et autres collatéraux.

Selon le rapport du Conseil colonial, cette restriction ne concerne pas seulement la vente. L'échange est également mis sur le même pied d'égalité que la vente.

Il est aussi interdit aux Congolais non immatriculés de donner en location leurs biens immobiliers pour une durée qui dépasse six ans sans l'autorisation du même président. Cette exigence est dictée par le fait que l'indigène n'est pas toujours à mesure de comprendre les fluctuations de la valeur du bien que pourraient engendrer un bail plus long. Les dispositions de ce texte doivent être mises en parallèle avec le décret du 23 février 1953.

2. Analyse du décret du 23 février 1953

Ce texte avait une portée limitée. En effet, l'article premier accorde au gouverneur de province le pouvoir de déterminer les centres extra-coutumiers, les agglomérations érigées en cités indigènes ou les quartiers de ceux-ci qui seront concernés par les dispositions de ce décret. En exécution de cette disposition, trois gouverneurs de province ont pris des arrêtés pour déterminer les territoires qui feront l'objet d'application des dispositions du décret susvisé. Il s'agit de la province du Katanga, de la province du Kivu et de la province de Léopoldville.

Les buts poursuivis par ce texte sont les suivants :

³⁷² B.O., 1953, p. 409

- permettre aux habitants, établis d'une manière stable dans la localité, de devenir propriétaires ou de prendre en location les terrains nécessaires à leur résidence, à leur commerce, à leur industrie ou à leur petite exploitation agricole ou maraîchère ;
- garantir ces avantages au plus grand nombre ;
- rendre impossible la spéculation, l'accaparement et l'abandon des parcelles.³⁷³

Ce décret accorde aux pouvoirs concédants, propriétaires fonciers, le pouvoir de créer les lotissements dans les centres extra-coutumiers, les cités indigènes ou dans certains quartiers de ceux-ci, en réservant à chaque lot une affectation précise. Ce plan de lotissement établi devrait être approuvé par le gouverneur de province. Celui-ci pouvait le modifier lorsque les circonstances l'exigeaient.³⁷⁴

Les terrains ainsi lotis, sont mis à la disposition du public et peuvent faire l'objet de la location simple ou de la location avec option de rachat ou encore de la vente.

La procédure pour accéder à ces terrains est prévue par l'ordonnance du 6 mars 1954 portant forme des demandes de cession et de concession de terres dans les centres extra-coutumiers et les cités indigènes.

Selon cette ordonnance, les demandes relatives à des terrains sis dans les centres extra-coutumiers et les cités indigènes déterminés par le gouverneur de province en application de l'article premier du décret du 23 février 1953, sont adressées en triple exemplaire à l'autorité qui a dans ses attributions l'administration du centre ou de la cité.³⁷⁵

Les demandes prennent date le jour de leur réception. Elles sont actées dans cet ordre, dans un registre spécial où sont mentionnés : l'identité du demandeur, la situation et le numéro du terrain demandé, la date de la demande et celle de sa réception.³⁷⁶

³⁷³ B.O., 1953, p.436

³⁷⁴ Art 2 du décret du 23 février 1953

³⁷⁵ Art 1 de l'ordonnance du 6 mars 1954

³⁷⁶ Art 2 de la même ordonnance

Lorsque la parcelle fait l'objet d'une vente, l'acheteur en devient propriétaire. Mais selon l'article 20 du décret, ce droit de propriété est grevé au profit du concédant, d'un droit de reprise opposable aux tiers.³⁷⁷

En somme, il y a lieu également de constater que l'accès aux droits fonciers sous le régime de différents décrets de 1953, se fait sur base des contrats qui peuvent être de nature diverse. Mais le plus important, c'est que désormais, tous les Congolais peuvent accéder aux droits fonciers sans aucune discrimination. Qu'en est-il alors de la gestion des droits fonciers sur les terres urbaines sous le Congo indépendant?

§2. Terres urbaines sous le Congo indépendant

L'Etat en tant qu'unique propriétaire foncier accorde aux particuliers un droit de jouissance sur les terres de son domaine foncier privé, et ce, tant sur les terres urbaines que sur les terres rurales. S'agissant particulièrement des terres urbaines, le législateur prévoit que le Président de la République ou son délégué dresse un plan parcellaire des terrains à concéder.³⁷⁸

Les personnes désireuses d'obtenir des parcelles doivent adresser leurs demandes auprès de l'autorité compétente. Le dossier doit être constitué en respectant les mêmes éléments que ceux exigés pour les terres rurales.

Lorsque les concessions portent sur un fonds entièrement ou partiellement inculte, elles sont soumises à la condition de mise en valeur. Celle-ci est déterminée par le contrat suivant les régions, la nature et la vocation du fonds concédé, les plans de développement économique ainsi que les normes d'urbanisme et d'hygiène. Le fonds ne pourra être occupé que lorsque le requérant aura conclu avec l'Etat, représenté par le conservateur des titres immobiliers, un contrat de location. Ce contrat d'une durée initiale de trois ans, a pour but de réaliser la mise en valeur du terrain, en tenant compte de sa destination. Si dans les trois ans, le requérant n'a pas été à mesure de terminer la mise en valeur, le

³⁷⁷ Selon l'article 20 de ce décret, le droit de reprise peut s'exercer dans les cas ci-après : - en cas de non-occupation pendant une période de cinq ans continue. Cette période est réduite à deux ans lorsqu'il s'agit d'une parcelle à usage maraîcher. - en cas de changement de destination opéré dans le cours d'une période de vingt ans commençant à courir du jour de la cession de la parcelle par la personne publique.

³⁷⁸ Art 63 de la loi foncière

contrat de location peut encore être prorogé pour une durée de deux ans. Cette dernière durée peut encore être reconduite une fois si le requérant n'arrive pas toujours à terminer la mise en valeur. En somme, la mise en valeur doit être réalisée pendant une durée maximum de 7 ans. Mais dans la pratique, il arrive que la mise en valeur se réalise au-delà de cette durée et l'Etat ne se montre pas rigoureux quant à ce.

Cette attitude se justifie par le fait que la crise économique que traverse le pays depuis quelques décennies a atteint un niveau tel qu'il est objectivement difficile pour un Congolais moyen de réaliser la mise en valeur dans le délai légal.

Une fois la mise en valeur terminée, le requérant prend l'initiative de demander aux agents du cadastre de venir la constater. Le constat de la mise en valeur se fait sur base d'un procès-verbal de constat. Si le constat indique que la mise en valeur est suffisante, le conservateur des titres immobiliers signe avec le requérant un contrat de concession perpétuelle ou ordinaire, selon que celui-ci est une personne physique de nationalité congolaise ou non ou une personne morale. C'est sur base de ce contrat que sera établi le certificat d'enregistrement qui constitue le titre consacrant le droit du requérant sur la parcelle.

De tout ce qui précède, nous pouvons dire que les règles régissant les terres urbaines et rurales sont apparemment impersonnelles, contrairement aux règles coutumières qui mettent l'accent particulier sur le sexe des personnes pouvant accéder aux droits fonciers. L'accès aux droits fonciers se fait par voie contractuelle tant pour les terres urbaines que rurales. La procédure prévoit deux phases : la première est celle d'une occupation provisoire ayant pour but d'assurer la mise en valeur du terrain et la deuxième est celle qui consacre le droit sur le terrain occupé, et ce, après avoir réalisé la mise en valeur. A chaque étape, les contrats sont assortis des droits et des obligations.

S'agissant particulièrement des terres rurales, le législateur tant colonial que postcolonial a maintenu la procédure de l'enquête préalable dans le but de s'assurer que le terrain convoité est libre de tout droit. Mais la nature du droit accordé aux particuliers diffère d'une époque à l'autre. En effet, pendant la période coloniale et même avant cette période, les particuliers pouvaient accéder à la propriété foncière, alors qu'avec la loi de

1973, les particuliers n'accèdent qu'à un droit de jouissance appelé concession, l'Etat étant devenu l'unique propriétaire foncier.

Quant aux terres urbaines, elles sont mises sur le marché après qu'elles aient été loties. Chaque portion de terres a une destination précise. Celle-ci doit être respectée par l'occupant ou par le concessionnaire. Ici également, la nature du droit à concéder n'a pas été la même d'une époque à l'autre. En effet, si au départ les indigènes n'avaient pas le droit de propriété sur le sol, avec les décrets de 1953, ils avaient acquis le droit de propriété tant sur le sol que sur les constructions. Mais la loi de 1973 est revenue pratiquement sur la situation antérieure en 1953, en accordant aux particuliers un droit de jouissance sur le sol occupé par eux, tout en leur reconnaissant le droit de propriété sur les immeubles construits. Mais il convient d'observer que le droit de jouissance sur le sol reconnu au concessionnaire par la loi de 1973 n'est un droit précaire comme celui prévu avant 1953. En outre, il est d'origine légale et non administrative.

En somme, les règles qui régissent actuellement tant les terres urbaines que rurales obéissent à la même logique qui préside à la gestion des terres coutumières. En effet, nous avons vu que sur le plan coutumier la terre est la propriété de la communauté, qui dans le cas d'espèce est soit le clan, soit la famille. Mais les membres de la communauté avaient de droit individuel de jouissance sur le sol qu'ils occupent et le droit de propriété sur le produit de leur travail lié au sol.

Il y a lieu de constater également que pour les terres régies par le droit écrit, l'Etat en tant que communauté est l'unique propriétaire. Il accorde aux particuliers qui sont membres de cette communauté, le droit de jouissance sur le sol appelé concession. Mais ceux-ci, ont un droit de propriété sur les constructions ainsi que les récoltes incorporées au sol.

Il convient cependant de s'interroger si ces règles de droit écrit ont la même influence sur les droits fonciers de la femme que les règles coutumières. Cette question fera l'objet du chapitre qui suit.

Chapitre 2 : Accès de la femme aux terres rurales et urbaines

L'accès de la femme sur les terres rurales et urbaines dépend de la situation dans laquelle elle se trouve. En effet, la femme célibataire n'accède pas à la terre dans les mêmes conditions que la femme mariée, veuve, divorcée ou vivant dans une union de fait. Ainsi, étant donné que chaque situation obéit à des conditions particulières, nous allons les examiner de manière séparée. Mais d'une façon générale, il convient d'affirmer que la femme accède à la terre dans les mêmes conditions que l'homme, hors mis la femme mariée ainsi que la femme vivant dans une union de fait qui ne dispose pas des droits successoraux par rapport à son partenaire. Ce chapitre sera donc subdivisé en cinq sections. La première analysera la situation de la femme célibataire, la seconde celle de la femme mariée, la troisième sera axée sur les droits fonciers de la veuve, la quatrième sur les droits fonciers de la femme divorcée et enfin la cinquième sur ceux de la femme se trouvant dans une union de fait.

Section 1 : Accès de la femme célibataire à la terre

Dans le chapitre précédent, nous avons analysé les règles qui régissent l'accès aux droits fonciers. Il convient de constater que nulle part ces règles font allusion expressément au sexe des bénéficiaires de ces droits. En outre, nous avons aussi souligné que l'accès à la terre passe par voie contractuelle. Ce contrat relève généralement du droit privé, en dehors du contrat de concession forestière qui est un contrat administratif.

Ainsi, l'article 8 du décret du 30 juillet 1888 portant des contrats ou des obligations conventionnelles prévoit les conditions essentielles de formation et de validité du contrat. Selon cette disposition, la validité du contrat est conditionnée par la réunion des éléments ci-après : le consentement libre et éclairé des parties, la capacité des parties au contrat, l'objet du contrat doit être licite et la cause doit également être licite.

Si les autres conditions n'ont jamais posé des problèmes particuliers, la condition relative à la capacité de la femme fait souvent l'objet de discussion. Nous y reviendrons lorsque nous allons analyser la situation de la femme mariée. Relativement à cette condition, l'article 23 du décret susvisé dispose : « Toute personne peut contracter, si elle

n'en est pas déclarée incapable par la loi. » Ainsi, au regard de cette disposition, la femme célibataire est pleinement capable pour contracter, dans la mesure où aucune loi ne la déclare incapable. Elle peut par conséquent conclure avec l'Etat un contrat de location avec obligation de mettre le terrain en valeur ou un contrat de concession ordinaire ou perpétuelle donnant accès à l'établissement du certificat d'enregistrement. Elle peut également conclure un contrat de vente portant sur un bien immobilier ou celui de donation.

Même si la loi ne fait pas allusion de façon expresse au sexe du requérant, cette exigence me paraît implicite. En effet, dans le chapitre précédent nous avons dit que la loi exige que celui qui demande une portion de terre auprès de l'Etat doit constituer un dossier pour la circonstance. Parmi les éléments du dossier, la loi exige notamment l'identité du requérant. Or, le sexe est un élément faisant partie de l'identité de la personne. Il en est également de l'état-civil. Ainsi, à travers ces éléments, la partie cocontractante qui est l'Etat, saura si l'autre partie est de sexe masculin ou féminin. Si elle est de sexe féminin, cela permettra de vérifier si elle est célibataire, auquel cas il n'y aura pas de problème concernant sa capacité à contracter.

La femme célibataire a également la possibilité de disposer de ses droits fonciers et immobiliers comme elle l'entend, sous réserve des dispositions légales restrictives en la matière. Elle peut en disposer à titre onéreux ou à titre gratuit.

De ce qui précède, il ressort que les droits fonciers et immobiliers de la femme célibataire sur les terres rurales et urbaines sont pratiquement les mêmes que ceux de la femme, membre de la communauté'' propriétaire foncière,'' en ce qui concerne les terres des communautés locales. La différence majeure qui existe entre les deux situations peut être située au niveau de l'étendue de ces droits.

En effet, si la femme membre de la communauté locale n'a pas le droit de disposer de la terre au profit des étrangers à la communauté à laquelle elle appartient, la femme se trouvant sur les terres rurales et urbaines peut disposer de ses droits fonciers et immobiliers au profit de n'importe quelle personne de son choix. Cette différence au

niveau de l'étendue du droit se justifie par les caractères collectifs et inaliénables des terres appartenant aux communautés locales.

Par rapport à l'homme, la femme célibataire jouit de mêmes droits et accède aux droits fonciers et immobiliers dans les mêmes conditions. Qu'en est-il de la femme mariée ?

Section 2 : Accès de la femme mariée à la terre

L'étendue des droits fonciers de la femme mariée dépend aussi du régime matrimonial choisi par les époux. Si, en droit coutumier, nous avons affirmé que l'unique régime matrimonial connu est la séparation des biens, le droit écrit consacre trois régimes matrimoniaux parmi lesquels les époux peuvent choisir celui de leur préférence. Ces régimes sont prévus par la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille. Cette loi prévoit aussi certaines règles ayant une influence certaine sur l'accès de la femme à la terre. Tel est le cas du régime de l'autorisation auquel la femme mariée est astreinte. Ainsi, nous allons dans un premier paragraphe analyser les différents régimes matrimoniaux prévus par la loi et dans un deuxième paragraphe la capacité de la femme mariée.

§ 1 : Régimes matrimoniaux prévus par le code de la famille

Avant de passer en revue les différents régimes matrimoniaux prévus par le code de la famille, il est nécessaire de noter que le code civil, livre premier, que le code de la famille a abrogé, n'avait prévu aucune disposition relative au régime matrimonial. Le législateur du code de la famille a prévu d'une part des règles qui s'appliquent à tous les régimes matrimoniaux et d'autre part des règles spécifiques à chaque régime matrimonial. Ainsi, dans un premier temps, nous allons voir les règles communes à tous les régimes et dans un deuxième temps, les règles spécifiques à chaque régime. Nous tenons à préciser que nous allons nous limiter aux règles qui ont un lien avec l'accès de la femme mariée aux droits fonciers.

A. Règles communes à tous les régimes matrimoniaux

Quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux, la gestion des patrimoines commun et propre est présumée être confiée au mari. Mais les époux peuvent convenir au moment du choix du régime que chacun gèrera ses biens propres³⁷⁹.

Lorsque l'un des époux ne peut justifier de la propriété ou de la concession exclusive d'un bien, celui-ci est présumé appartenir aux deux époux³⁸⁰.

L'accord de deux époux est obligatoire pour les actes ci-dessous, quel que soit le régime choisi par les époux ainsi que les modalités de gestion mises en place :

- transférer une concession foncière ordinaire ou perpétuelle, commune ou propre ou la grever d'un droit de superficie, d'usufruit, d'habitation, d'hypothèque ou d'une servitude ;
- aliéner un immeuble par incorporation commun ou propre ou le grever d'un droit réel d'usufruit, d'usage, d'habitation, d'hypothèque ou d'une servitude ou d'un bail de plus de neuf ans ;
- aliéner un immeuble commun dont la valeur est supérieure à 50.000 zaïres³⁸¹ ou des titres inscrits de cette valeur au nom du mari et de la femme ;
- contracter un emprunt de plus de 10.000 zaïres sur les biens communs ou propres de l'autre époux ;
- faire une donation de plus de 500 zaïres ou cautionner la dette d'un tiers pour un montant supérieur à 5.000 zaïres, sur les biens communs ou propres de l'autre époux³⁸².

³⁷⁹ Art 490 du code de la famille

³⁸⁰ Art 492 al 1^{er} du même code

³⁸¹ Le zaïre est la monnaie qui avait cours légal en République Démocratique du Congo. Actuellement, c'est le franc congolais qui est la monnaie ayant cours légal au pays. Il est assez difficile de faire l'équivalence avec le franc congolais parce que le zaïre avait été d'abord remplacé par le nouveau zaïre avant que celui-ci ne soit à son tour remplacé par le franc congolais.

Si dans les six mois qui suivent la conclusion des actes précités, la partie tierce contractante n'a pas été notifiée du désaccord de l'autre membre du couple qui n'avait pas pris part à la conclusion de l'acte, on présume que cet acte a obtenu son accord.³⁸³

Tout tiers qui passe un acte avec l'un des époux, nécessitant l'accord de l'autre conjoint, peut réclamer cet accord soit au moment de l'établissement de l'acte, soit dans les six mois qui suivent la conclusion de l'acte³⁸⁴.

La partie tierce notifie sa réclamation par lettre recommandée avec accusé de réception adressée aux deux époux. A défaut d'une réponse dans le mois qui suit l'accusé de réception, l'accord de l'autre est présumé être acquis définitivement³⁸⁵.

Dans certains cas, un des époux peut solliciter l'autorisation du Président du tribunal de paix compétent pour passer seul ou ratifier seul les actes qui requièrent en principe l'accord de l'autre conjoint. Il en est ainsi lorsque le refus de l'autre conjoint n'est pas justifié par l'intérêt du ménage ou s'il n'est pas en état de manifester sa volonté. En pareil cas, l'autorisation du Président du tribunal fixe les conditions dans lesquelles l'acte sera passé ou ratifié. Cet acte sera opposable à l'époux dont le concours a fait défaut³⁸⁶.

Cette règle qui consacre le concours obligatoire de deux époux en cas de disposition des immeubles est empruntée de l'ancien droit français. A ce sujet, Pierre Binet écrit notamment ce qui suit : « si le mari est libre de disposer seul des meubles matrimoniaux, il doit subir le concours de sa femme pour toute aliénation d'immeubles ; cela est vrai non seulement des immeubles propres de l'époux, mais des immeubles communs ou conquêts.³⁸⁷ »

Voilà les règles applicables à tous les régimes matrimoniaux, relativement aux droits fonciers de la femme mariée. A ce niveau, il y a lieu de noter que le législateur a

³⁸² Art 499 du code la famille

³⁸³ Art 500 al 1^{er} du code de la famille

³⁸⁴ Art 500 al 2 du même code

³⁸⁵ Art 500 al 3 du même code

³⁸⁶ Art 501 du code de la famille

³⁸⁷ P. Binet, La femme dans le ménage, Paris, LGDJ, 1904, pp 20-21

consacré une égalité parfaite entre les deux conjoints. Même si la gestion des biens du couple est présumée maritale, celui-ci ne peut poser aucun acte valable sur le plan juridique sans l'accord de son épouse. Il s'agit là d'un contrepoids important par rapport aux pouvoirs reconnus au mari. Le législateur a surtout ciblé les actes ayant trait aux biens fonciers et immobiliers parce que ces biens sont les plus importants, en terme de valeur marchande, que le couple peut avoir. Qu'en est-il alors des règles spécifiques à chaque régime?

B. Règles spécifiques à chaque régime matrimonial

Le législateur a prévu trois régimes matrimoniaux parmi lesquels les époux ont la possibilité de choisir celui qui leur convient le mieux. Il s'agit du régime de la séparation des biens, du régime de la communauté réduite aux acquêts ainsi que du régime de la communauté universelle.

1. Régime de la séparation des biens

Le régime de séparation des biens est celui qui consacre l'existence de deux patrimoines propres formés par tous les biens acquis à titre onéreux ou à titre gratuit par chacun des époux ainsi que par leurs dettes.³⁸⁸

Lors de la célébration ou de l'enregistrement du mariage devant l'officier de l'état civil, les époux peuvent dresser un inventaire signé par eux, en précisant les biens meubles et immeubles dont ils ont la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage. Cet inventaire doit être signalé dans l'acte du mariage et fait pleine foi de leur appartenance sauf preuve légale contraire en matière de biens fonciers et immobiliers enregistrés.³⁸⁹A cet effet, l'article 219 de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés dispose :

«Le droit de jouissance d'un fonds n'est légalement établi que par un certificat d'enregistrement du titre concédé par l'Etat. La propriété privée des immeubles par incorporation, qui est toujours envisagée séparément du sol, n'est légalement établie que par l'inscription, sur le certificat établissant la concession du fonds, desdits immeubles. Elle peut être établie par un

³⁸⁸ Art 505 du code de la famille

³⁸⁹ Art 506 du code de la famille.

certificat d'enregistrement distinct dont il est fait annotation sur le certificat établissant la concession.»

C'est donc par un certificat d'enregistrement établi en son nom qu'un époux doit prouver la propriété d'un bien foncier ou immobilier. En principe, tout autre moyen de preuve n'est pas admissible.

Nous avons dit ci-haut que la gestion des biens tant propres que communs est présumée confiée au mari, et ce, quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux. Nous avons également affirmé que les époux peuvent s'entendre pour que chacun gère ses biens propres. Dans le régime de séparation des biens, il peut arriver que l'un des époux donne librement mandat à l'autre de gérer tout ou partie de ses biens propres. Dans ce cas, il est autorisé à poser des actes d'administration sur ces biens et non ceux de disposition. Il pourra également utiliser les fruits provenant de ces actes si la procuration l'autorise. C'est dans ce cas notamment que le mari peut donner mandat à son épouse de gérer ses biens fonciers ou immobiliers³⁹⁰. Dans cette hypothèse, la femme pourra par exemple faire louer ces biens pour une durée inférieure à 9 ans. Si le mandat le prévoit, elle peut utiliser pour son compte le fruit de cette location. Comme on peut le constater, malgré une gestion des biens séparée, la femme peut par ce biais accéder aux droits fonciers, de la part de son mari.

Il peut arriver aussi que le mari fasse une donation constituée d'un ou de plusieurs biens fonciers ou immobiliers à son épouse. Dans ce cas, ces biens sortent dans le patrimoine du mari, pour entrer dans celui de la femme. Pour que la femme devienne propriétaire ou concessionnaire de ces biens, il faut l'établissement d'un ou plusieurs nouveaux certificats d'enregistrement en son nom.³⁹¹

A la dissolution du mariage, chacun des époux reprend ses biens propres en nature, en justifiant qu'il en est propriétaire ou concessionnaire. Si la gestion a été attribuée au mari, la femme ou ses héritiers exerceront avant le mari ou ses héritiers le prélèvement de ses biens propres.³⁹²

³⁹⁰ Art 509 du code de la famille

³⁹¹ Art 220 al 1^{er} de la loi foncière

³⁹² Art 510 al 1 et 2 du code de la famille

Si le patrimoine de l'un s'est enrichi au détriment de l'autre, le patrimoine appauvri doit être directement indemnisé par le patrimoine enrichi, soit en nature soit en équivalent. Au cas où l'enrichissement fait au détriment du patrimoine de l'épouse résulte d'une mauvaise administration du mari, une indemnité complémentaire peut être demandée en justice.³⁹³

Le patrimoine foncier et immobilier du mari est grevé d'une hypothèque légale pour sûreté du patrimoine de son épouse, en cas de gestion des biens propres et communs confiée au mari. L'hypothèque concernera le patrimoine qui existe au moment de la dissolution du mariage, déduction des donations faites par le mari à son épouse.³⁹⁴

Si le mari, gestionnaire des biens de l'épouse, se caractérise par une mauvaise gestion ou par l'inconduite notoire de sorte que le patrimoine de l'épouse se trouve être en péril, le législateur donne droit à la femme de solliciter au tribunal de paix que la gestion de son patrimoine personnel lui soit confiée, auquel cas, mention de cette modification sera portée en marge de l'acte de mariage à la diligence de l'épouse.³⁹⁵

En somme, il y a lieu de dire que ce régime permet à la femme de garder ses biens fonciers et immobiliers acquis avant le mariage et ceux acquis pendant le mariage, sous réserve de ce qui sera dit au sujet de l'autorisation maritale. Ce régime permet aussi au mari de faire de donation ou de libéralité à son épouse de son vivant, pour permettre à celle-ci d'avoir déjà pour son compte un patrimoine foncier et immobilier. Cela permettra à l'épouse d'être à l'abri de toutes les tracasseries qui surviennent parfois après le décès du mari. Nous y reviendrons lorsque nous aborderons la situation de la femme veuve.

Mais ce régime a un désavantage si le mari n'est pas animé de l'intention de faire les donations ou les libéralités à son épouse. En effet, le contexte du ménage congolais est caractérisé par la division du travail entre l'homme et la femme. La dernière s'occupe des travaux ménagers et le premier du travail productif, de sorte que c'est le mari qui apporte les moyens de subsistance nécessaire pour la survie du ménage ainsi que pour

³⁹³ Art 510 al 3 et 4 de la famille

³⁹⁴ Art 511 du code de la famille

³⁹⁵ Art 515 du code de la famille

l'épargne. Ainsi, ce régime aboutira au résultat néfaste pour la femme selon lequel l'homme aura un patrimoine riche au détriment de la femme. Cela est d'autant vrai que rares sont les époux qui arrivent au mariage, chacun avec un patrimoine foncier et immobilier avéré. Que dire alors en ce qui concerne le régime de la communauté réduite aux acquêts ?

2. Régime de la communauté réduite aux acquêts

A la différence du régime précédent, le régime de la communauté réduite aux acquêts est composé d'une part des biens propres de chacun des époux et d'autre part des biens communs. Les biens propres sont ceux que chacun des époux possède au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage ou que chacun acquiert postérieurement au mariage par donations, successions ou testaments ou encore les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, en échange d'un bien propre ou avec des deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre.³⁹⁶

Les biens communs qualifiés d'acquêts sont ceux que les époux acquièrent pendant le mariage par leur activité commune ou séparée ainsi que les biens conjointement acquis par les deux époux par donations, successions ou testaments.³⁹⁷

Le code consacre ce régime comme celui de droit commun. A ce titre, il est applicable aux époux qui n'ont pas choisi un régime déterminé au moment de la célébration ou de l'enregistrement de leur mariage devant l'officier de l'état civil. Il s'applique également à tous les mariages célébrés ou enregistrés avant la promulgation du code de la famille.

Lorsque les époux optent pour ce régime, ils peuvent établir et remettre à l'officier de l'état civil qui célèbre ou enregistre leur mariage, un inventaire signé par eux et déclarant les biens meubles et immeubles dont ils ont la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage. La mention de l'inventaire est faite dans l'acte de mariage.³⁹⁸

³⁹⁶ Cette définition est issue de la combinaison des articles 516 al 2 et 517

³⁹⁷ Art 516 du code de la famille

³⁹⁸ Art 518 du code de la famille

Tout bien qui n'est pas inventorié comme étant un bien propre est présumé être commun aux époux. Cependant, chacun des époux peut par toutes voies de droit prouver qu'il en a la propriété exclusive, sauf en matière foncière et immobilière où le droit de jouissance ou de propriété doit être établi par un certificat d'enregistrement.

Lorsque par la volonté des époux, ou par l'effet de la loi, la gestion des biens propres n'est pas attribuée au mari et est confiée privativement à chacun des époux, ceux-ci administrent leurs biens personnels et en perçoivent les revenus. Ils peuvent en disposer librement, sous réserve des cas où l'accord de l'autre époux s'avère nécessaire.³⁹⁹

En cas de gestion privative, il n'est pas interdit qu'un époux donne mandat à l'autre pour administrer ses biens propres et en percevoir les revenus. L'époux mandataire n'aura le droit que de poser les actes d'administration et non ceux de disposition. C'est dans cette hypothèse, comme nous l'avons souligné précédemment, qu'un homme peut confier à sa femme la gestion de ses biens fonciers ou immobiliers propres et l'autoriser à jouir des fruits en provenant. Il s'agit là des droits de jouissance temporaire.

Mais le mari peut également, par voie de donation, offrir à son épouse un bien foncier ou immobilier lui appartenant en propre. Dans ce cas, un certificat d'enregistrement devra être établi au nom de l'épouse, et ce, conformément à l'article 220 al 1^{er} de la loi foncière.

La dette contractée par l'un des époux grève ses biens propres ainsi que les biens communs. Celles dont les deux époux sont tenus en vue de la contribution aux charges du ménage sont des dettes solidaires qui engagent tant les biens communs que les biens propres de chacun d'eux.⁴⁰⁰

Lors de la dissolution du mariage, chacun reprend les biens qui lui appartiennent en propre. Les biens communs sont partagés par moitié entre les époux ou leurs héritiers.

³⁹⁹ Art 520 du code de la famille

⁴⁰⁰ Art 523 du code de la famille

Comme on peut se rendre compte, par rapport aux droits fonciers et immobiliers, ce régime permet également à l'épouse de garder les biens fonciers ou immobiliers acquis avant le mariage. Mais il lui permet aussi de les acquérir en commun avec son mari pendant le mariage, quitte à les partager à la dissolution du mariage. Le mari peut également faire la donation à son épouse, auquel cas le bien offert dans ces conditions devient un bien propre de la femme. Et s'il s'agit d'un bien foncier ou immobilier, le certificat d'enregistrement devra être établi au nom de l'épouse sur base de l'acte de donation. Quid alors du régime de la communauté universelle ?

3. Régime de la communauté universelle

Le régime de la communauté universelle consacre entre les époux la communauté de tous les biens, tant meubles, immeubles que fonciers ainsi que de leurs dettes présentes et à venir.⁴⁰¹

Dans ce régime, les biens propres des époux sont constitués des meubles, immeubles et fonciers qu'ils recueilleront chacun à titre gratuit avec exclusion de communauté et les biens qui leur sont strictement personnels ainsi que le capital d'assurance-vie, les indemnités compensatoires d'un préjudice physique ou moral, les rentes alimentaires, pension de retraite et d'invalidité⁴⁰².

A la dissolution du mariage, l'actif et le passif de la communauté sont partagés par moitié entre les anciens époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre époux.

Les créances acquises avant la dissolution du mariage mais réglées par la suite sont dues par moitié par les débiteurs aux anciens époux ou au conjoint survivant et aux héritiers de l'autre époux.

⁴⁰¹ Art 533 al 1 du code de la famille

⁴⁰² Art 533 al 2 du code de la famille

Les dettes contractées avant la dissolution du mariage pourront être poursuivies par les tiers solidairement, sur les patrimoines des anciens époux ou sur ceux du conjoint survivant et des héritiers de l'autre époux.⁴⁰³

Lors de la dissolution du mariage, les biens propres restent dans le patrimoine de l'époux auquel ils appartiennent, si ceux-ci sont retrouvés en nature ou s'il en est établi un compte distinct.⁴⁰⁴

Dans ce régime, la gestion des biens est confiée au mari. Si la femme constate qu'il y a mauvaise gestion ou inconduite notoire de la part du mari, au point de compromettre ses intérêts, elle peut saisir la justice pour solliciter la séparation des biens. La mention du jugement à intervenir sera portée en marge de l'acte de mariage à la diligence de l'épouse. La séparation des biens entraîne la liquidation des biens de la communauté.⁴⁰⁵

Ce régime a l'avantage de faire bénéficier la femme les produits du travail de l'homme. Comme nous l'avons souligné ultérieurement, la division du travail tel que consacré dans le quotidien congolais, ne favorise pas l'accumulation des richesses par la femme, compte tenu du fait qu'elle est cantonnée aux travaux domestiques. Ainsi, la communauté compense en quelle que sorte ce « manque à gagner » dont la femme est victime parce qu'il va créer un équilibre entre le revenu de son travail et celui du travail de l'homme. Certaines études ont démontré que ce régime est le plus préféré par les époux en République Démocratique du Congo.⁴⁰⁶

Mais l'inconvénient de ce régime réside dans le fait qu'il prive le mari de la possibilité de constituer par donation un patrimoine mobilier, immobilier et foncier au profit de sa femme.

Au regard de tout ce qui précède, nous pouvons affirmer que les régimes matrimoniaux prévus par le code de la famille assure à la femme l'accès aux droits

⁴⁰³ Art 535 du code de la famille

⁴⁰⁴ Art 536 du code de la famille

⁴⁰⁵ Art 537 du code de la famille

⁴⁰⁶ E. Mwanzo Idin'Aminye, op. cit, p 214

fonciers et immobiliers. Il accorde à la femme la possibilité de contrôler même le patrimoine foncier et immobilier propre de son époux.

Même si la gestion des biens propres est présumée appartenir au mari, la femme a la possibilité d'obtenir de commun accord avec son mari que chacun gère ses biens propres. Sinon, en cas d'une mauvaise gestion imputable au mari, la femme peut saisir le juge pour que la séparation des biens ait lieu ou qu'elle soit responsabilisée pour la gestion de ses biens propres. Mais au-delà de ces règles relatives aux régimes matrimoniaux, le code de la famille contient d'autres règles qui entravent l'accès de la femme aux droits fonciers et immobiliers. Il s'agit des règles relatives à la capacité de la femme mariée.

§ 2. La capacité de la femme mariée

La capacité de la femme mariée se heurte à l'autorisation maritale prévue par le code de la famille. Ainsi, dans ce paragraphe, nous allons donner l'étendue de l'autorisation maritale ainsi que ses limites, les critiques formulées contre l'autorisation maritale, voir ce qu'il en est en droit africain comparé avant de donner notre opinion sur la question.

1. Etendue et limites de l'autorisation maritale

L'accès aux droits fonciers, avons-nous affirmé, passe par voie contractuelle. Or, pour conclure valablement un contrat, la loi exige la réunion de certaines conditions dont la capacité. A cet égard, l'article 215 al 2 du code de la famille pose le principe de la limitation de la capacité de la femme mariée. De son côté, l'article 448 du même code dispose : « La femme doit obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne. »⁴⁰⁷

De cette disposition, il ressort que la femme mariée est incapable pour poser des actes juridiques pour lesquels elle s'oblige personnellement sans l'accord de son mari. Il

⁴⁰⁷ Il convient de remarquer que cette disposition est la reproduction fidèle de l'article 122 du code civil, livre 1^{er} qui a été abrogé par le code de la famille. Cet article était libellé comme suit : « La femme doit obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne. »

s'agit là d'une incapacité d'exercice. Le législateur justifie cette disposition par le respect dû à la tradition. C'est dans ce sens qu'on peut lire ce qui suit dans l'exposé des motifs du code de la famille au sujet de cette institution : « Conformément à la mentalité traditionnelle, il est prévu que, pour accomplir un acte juridique, la femme mariée doit être autorisée par son mari. »⁴⁰⁸ Il convient de noter que l'incapacité juridique de la femme mariée a existé dans presque toutes les sociétés à un moment donné de leur évolution.⁴⁰⁹ Sous l'empire du code civil de 1804, notent M. Ernst-Henrion et J. Dalcq, l'incapacité juridique de la femme mariée était presque absolue.⁴¹⁰ Mais les justifications d'une telle incapacité n'ont pas toujours été les mêmes. C'est ainsi par exemple en droit français, écrit Gide, cité par J. Boutard, au 13ème siècle, la femme était égale à l'homme. C'est au 16ème siècle que l'autorité maritale a pris une autre explication pour signifier une sorte de tutelle à la romaine due à l'imbécillité de la femme, destinée à secourir la femme comme pupille et à la protéger contre ses propres faiblesses. Avec la capacité de la femme, poursuit J. Boutard, tombaient, du même coup, tous les pouvoirs qu'elle avait pu avoir jadis sur la communauté en tant qu'associée. Tous les cas dans lesquels elle exerçait jusqu'alors un rôle de direction des intérêts communs, soit comme collaboratrice de l'homme, soit comme gérante unique, disparaissaient.⁴¹¹

De son côté, H. De Page pense que l'incapacité de la femme mariée ne peut pas trouver son fondement dans la faiblesse du sexe, sinon la femme célibataire serait aussi incapable. Tel n'est pourtant pas le cas. Pour lui, le fondement de cette incapacité est à trouver dans l'institution du patriarcat. En effet, selon la conception de cette institution qu'on rencontre sous une forme ou sous une autre, chez les peuples indo-européens, même dans la branche anglo-saxonne, toute femme quelle qu'elle soit, tombe, en effet, sous le *manus* ou le *mundium* du pater familias, la femme célibataire comme la femme qui se marie. Cette dernière, en se mariant, se borne à changer de famille, et à entrer dans la famille de son mari.⁴¹²

⁴⁰⁸ Voir l'exposé des motifs du code de la famille, p14

⁴⁰⁹ H. De Page, La capacité civile de la femme mariée et les régimes matrimoniaux, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1947, p 98

⁴¹⁰ M. Ernst-Henrion et J. Dalcq, La femme, pierre angulaire de la famille de demain : ses droits actuels et futurs, Bruxelles, La renaissance du livre, 1975, p 61

⁴¹¹ J. Boutard, Les pouvoirs ménagers de la femme mariée, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1947, p26

⁴¹² H. De Page, op. cit, p 99

Quelle que soit la justification, cette disposition empêche la femme mariée de contracter librement. En effet, nous avons mentionné antérieurement que l'accès aux droits fonciers passe par voie contractuelle. Or, pour conclure un contrat, la loi exige que les parties contractantes soient capables. Dans le cadre de la loi foncière, celui qui demande un lopin de terre auprès de l'Etat doit au préalable constituer son dossier administratif. Parmi les éléments exigés dans ce dossier, il y a notamment l'identité du requérant. De cette identité, l'Etat sera à mesure de savoir si le requérant est une femme ou un homme. S'il s'agit d'une femme, on devra vérifier son état-civil. Au cas où, elle serait mariée, on lui exigera l'autorisation maritale. De ce fait, elle ne peut pas accéder aux droits fonciers et immobiliers sans l'accord préalable de son mari. Cette autorisation est exigée pour conclure tant avec l'Etat qu'avec les particuliers notamment dans le cadre de l'achat d'une parcelle.

L'article 450 du même code est encore plus explicite lorsqu'il prévoit que la femme ne peut ester en justice en matière civile, acquérir, aliéner, ou s'obliger sans l'autorisation de son mari.

Les actes posés par la femme sans autorisation du mari sont sanctionnés par la nullité relative.⁴¹³

Le législateur prévoit en faveur de la femme une disposition qui lui permet de contourner cette autorisation. Il s'agit de l'article 449 qui dispose :

« La femme peut, après avis du conseil de famille, recourir au tribunal de paix pour obtenir l'autorisation dont il s'agit à l'article précédent, lorsque le mari refuse ou est incapable ou est dans l'impossibilité de l'autoriser. L'autorisation du tribunal est toujours provisoire. »

Une disposition similaire a existé dans le code civil, livre premier. Il s'agit de l'article 123 qui est libellé comme suit :

« La femme peut recourir à la justice soit pour obtenir la dispense du devoir de cohabitation, si elle a quelque juste motif, soit pour obtenir l'autorisation dont il s'agit à l'article précédent, lorsque le mari refuse ou est incapable ou est dans l'impossibilité de l'autoriser.

L'autorisation de justice est toujours essentiellement provisoire.»

⁴¹³ Art 452 du code de la famille

Il ressort de cette disposition que la femme, après avoir recueilli l'avis du conseil de famille, peut saisir le tribunal de paix pour obtenir l'autorisation afin de poser l'acte juridique. Cette disposition vise trois hypothèses ci-après :

- lorsque le mari refuse ;
- lorsque le mari est incapable ;
- lorsqu'il est dans l'impossibilité de donner son autorisation.

Il convient de noter que conformément à la mentalité africaine, le problème ne se posera pas si l'autorisation est obtenue à la suite d'incapacité du mari ou de son impossibilité de donner l'autorisation. En revanche, il n'est pas concevable que la femme traîne son mari en justice au motif qu'il a refusé de lui accorder l'autorisation pour poser un quelconque acte juridique. Oser adopter une telle attitude entraîne sans doute la réprobation de tous et par conséquent mettre le mariage en péril.

Même si le mari autorise la femme à poser des actes juridiques, il a la possibilité de revenir sur sa décision pour révoquer cette autorisation. C'est ce que prévoit l'article 450 alinéa 3 lorsqu'il dispose que « l'autorisation du mari peut être générale, mais il conserve toujours le droit de la révoquer. » Il s'agit là également d'une reproduction de l'article 124 alinéa 3 du code civil, livre premier.

Cependant, l'autorisation du mari n'est pas nécessaire pour la femme dans les cas ci-après :

- pour ester en justice contre le mari ;
- pour disposer à cause de mort ;
- en cas d'absence du mari ;
- si le mari est condamné à une peine d'au moins six mois de servitude pénale, et que l'acte doit être posé pendant cette période.

Pour ses actes juridiques relatifs aux charges du ménage, la femme en vertu de la théorie du mandat domestique tacite n'a pas besoin de l'autorisation maritale. C'est dans ce sens que dispose l'alinéa 1er de l'article 477 du code de la famille : « Le mari dispose du pouvoir de conclure des contrats relatifs aux charges du ménage ; la femme, en

application de la théorie du mandat domestique tacite, peut aussi conclure les mêmes contrats. » Il convient de remarquer que cette disposition donne désormais à la femme des pouvoirs propres pour engager le ménage concernant les actes qui concourent aux charges de celui-ci. Voilà ce qu'il en est de l'étendue ainsi que des limites de l'autorisation maritale. Que dire de ce régime d'autorisation ?

2. Aperçu de la critique sur l'autorisation maritale

Aujourd'hui, les voix s'élèvent pour demander la suppression de ce régime.⁴¹⁴ Les femmes intellectuelles ainsi que les associations féministes n'épargnent aucun effort pour y arriver. Parmi les arguments avancés, figure en bonne place le caractère discriminatoire de ce régime. En effet, sur le plan interne, la Constitution en vigueur en République Démocratique du Congo prévoit notamment que :

« Les pouvoirs publics veillent à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et assurent la protection et la promotion de ses droits. Ils prennent, dans tous les domaines, notamment dans les domaines civil, politique, économique, social et culturel, toutes les mesures appropriées pour assurer le total épanouissement et la pleine participation de la femme au développement de la nation.⁴¹⁵ »

Or, sur le plan de la hiérarchie des sources de droit, les dispositions constitutionnelles étant supérieures aux lois, ces dernières s'effacent si elles sont en contradiction avec les premières. In specie, les dispositions du code de la famille relatives à l'autorisation maritale étant en contradiction avec l'article 14 de la Constitution, elles devront être réputées non écrites.

En outre soutiennent-elles, ces dispositions sont aussi en contradiction avec les engagements internationaux de la République. En effet, le pays a signé plusieurs conventions tant sur le plan régional que sur le plan international sur la question de la non discrimination à l'égard de la femme. C'est notamment le cas de la convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la femme qui demande notamment aux Etats d'adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à

⁴¹⁴ Kahindo Fatuma Yuma, L'incapacité juridique de la femme mariée en droit congolais, in *Paroles de justice*, 2005, pp 115- 123

⁴¹⁵ Art14 al 1 et 2 de la Constitution du 18 février 2006

l'égard des femmes. Cette convention demande aussi aux Etats de prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume, et pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes.⁴¹⁶

Sur le plan africain, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit en son article 18, point 3 que l'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales.

Or, la Constitution de la République dispose en son article 215 que les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie.

De ce qui précède, concluent-elles, il s'avère que les dispositions sur l'autorisation maritale sont également en contradiction avec les conventions et traités internationaux ratifiés par la République en la matière. Ainsi, étant donné que ces traités et conventions ont une valeur supérieure aux lois, les dispositions sur l'autorisation maritale doivent être inapplicables. Nous reviendrons sur cette question plus loin. Mais voyons un peu l'état de la question en droit africain comparé.

3. Etat de la question dans quelques pays africains

L'analyse de la législation de certains pays africains sur cette question atteste une certaine évolution en la matière. Pour s'en convaincre, nous allons passer en revue la position de quelques pays africains que nous avons choisi, en raison de la similitude de leur situation par rapport à la République Démocratique du Congo.

En droit sénégalais, l'article 371 alinéa 1 du code de la famille précise que la femme mariée conserve sa pleine capacité civile. En effet, cette disposition est ainsi libellée :

⁴¹⁶ Art 2 de la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la femme

« La femme, comme le mari, a le plein exercice de sa capacité civile. Ses droits et pouvoirs ne sont limités que par l'effet des dispositions du présent livre. »

Le code de la famille béninois dispose en son article 173 que « chaque époux a la pleine capacité juridique. Mais ses droits et pouvoirs sont limités par l'effet du régime matrimonial et les dispositions ci-après. »

Le code de la famille burundais ne nous paraît pas explicite sur la question. En effet, il ne se prononce pas de manière claire sur la capacité ou l'incapacité de la femme mariée. Mais de l'article 126, on peut déduire que la femme mariée est capable. Cette disposition est libellée en ces termes :

«Chaque époux a le droit d'exercer une profession, une industrie ou un commerce de son choix. Il dispose d'un droit de recours pour obliger son conjoint à renoncer à ses activités professionnelles si celles-ci sont de nature à porter un préjudice sérieux aux intérêts moraux et matériels du ménage et des enfants.»

Il convient de noter que cette disposition est la reproduction fidèle de l'article 214 de la loi belge du 30 avril 1958. Elle énonce expressément le droit pour chaque époux d'exercer une profession quelconque sans le consentement de son conjoint. Mais dans le souci de protéger la famille, elle réserve aux époux un droit de recours judiciaire en cas de nécessité. C'est ce qui fait dire à M. Dubru que ce principe est une conséquence du principe de l'égalité des époux dans le mariage.⁴¹⁷ *Analysant l'évolution des droits de la femme en droit belge, Marlise Ernst-Henrion et Jacqueline Dalcq notent que :*

« Depuis la loi du 30 avril 1958 sur les droits et devoirs respectifs des époux, le mariage ne modifie plus la capacité civile des époux sous réserve importante des pouvoirs conservés par le mari en vertu des règles toujours en vigueur des régimes matrimoniaux.

La capacité de la femme mariée est donc la règle et les dispositions légales qui en limitent l'exercice ne sont que des exceptions qui, par conséquent, sont de stricte interprétation.⁴¹⁸ »

Au Congo-Brazzaville, la loi n° 073/ 84 du 17/ 10/ 1984 portant code de la famille dispose en son article 172 que « Le mariage ne porte pas atteinte à la capacité juridique des époux mais leurs pouvoirs peuvent être limités par le régime matrimonial.

⁴¹⁷ M. Dubru, L'égalité civile des époux dans le mariage, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1959, p195

⁴¹⁸ M. Ernest-Henrion et J. Dalcq, op. cit, 1975, p 60

Chacun des époux peut donner à son conjoint mandat général ou particulier de le représenter. »

En Côte d'Ivoire, l'article 61 du code civil prévoit que la femme mariée a la pleine capacité de droit. L'exercice de cette capacité n'est limité que par la loi.

Enfin au Cameroun, l'ordonnance n° 81/ 002 du 29 juin 1951 portant organisation de l'état-civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques dispose en son article 74 ce qui suit :

« La femme mariée peut exercer une profession séparée de celle de son mari. Le mari peut s'opposer à l'exercice d'une telle profession dans l'intérêt du mariage et des enfants. »

Il y a lieu d'observer que cette disposition de la loi camerounaise n'est pas différente de celle contenue dans la loi burundaise en ce que la femme peut engager ses services sans l'autorisation préalable de son mari. **Cependant, cette disposition est discriminatoire dans la mesure où elle accorde au mari seul le droit de s'opposer.**

Au Kenya, en vertu de la loi générale des contrats, une femme, mariée ou non, a la capacité de passer un contrat. Elle a le droit de passer des contrats en son nom propre sans tenir compte de son mari.⁴¹⁹

De ce qui précède, il ressort que les droits de ces pays ont consacré la capacité de la femme mariée en utilisant des formules diverses. Le plus important est que la femme mariée peut poser les actes juridiques sans au préalable obtenir l'autorisation maritale. Il convient de remarquer que ces législations consacrent automatiquement l'égalité entre époux en ce qui concerne leur capacité civile.

4. Capacité de la femme mariée et régime matrimonial

Nous sommes d'avis que le régime de l'autorisation maritale pouvait se justifier du temps où le législateur n'avait pas prévu des règles sur les régimes matrimoniaux. En

⁴¹⁹ M. Elosegui, Les droits de la femme kenyane : conflit entre le droit statutaire et le droit coutumier, in *Revue de droit africain, doctrine et jurisprudence*, n° 11, juillet 1999, p 322

effet, il y avait des dispositions à prendre pour assurer la stabilité du ménage. Mais dès l'instant où le législateur, dans une nouvelle législation a prévu les différents régimes matrimoniaux qu'ils appartiennent aux époux de choisir, le régime de l'autorisation perd, à mon avis tout intérêt.

Cette position se justifie par le fait que les époux ont tout le temps de réfléchir pour choisir enfin le régime qui assure la stabilité de leur ménage.

La justesse de nos propos avait déjà été perçue par certains auteurs dont Henri De Page. En effet dans son ouvrage consacré à la capacité civile de la femme, l'auteur souligne l'interdépendance qui existe entre la capacité civile de la femme mariée et les régimes matrimoniaux. Selon lui, la capacité de la femme, qui symbolise son « affranchissement », son autonomie, n'est, précisément pour ce motif aussi, concevable que dans les régimes matrimoniaux à base d'indépendance entre époux.⁴²⁰ Tout en étant d'accord avec les propos de l'auteur, nous pensons que cette capacité est aussi concevable même dans le régime de la communauté des biens tel que aménagé par le code de la famille.

En effet, si on examine bien la législation sur les régimes matrimoniaux, on s'aperçoit qu'elle est contraignante pour les époux. Les dispositions communes applicables à tous les régimes obligent les époux à s'accorder pour poser certains actes juridiques d'importance majeure pour le ménage, et ce, même sur les biens qui leur appartiennent en propre. Même si le mari est le chef du ménage, la femme dispose d'un « droit de veto » pour mettre en échec les décisions unilatérales prises par lui pour les actes importants du ménage. Et dans le cas qui nous concerne, lorsqu'il s'agit de disposer des biens immobiliers communs ou propres, ou lorsqu'il est question de grever ces biens des droits réels comme l'hypothèque ou autres, l'accord de la femme est exigé.

Quant aux règles particulières à chaque régime, il existe également des garde-fous pour éviter tout dérapage de nature à mettre le ménage en péril. L'autorisation maritale constitue une contrainte supplémentaire presque inutile. En plus de son caractère

⁴²⁰ H. De Page, op.cit, p93

discriminatoire soulevé précédemment, il est un fait indéniable que les actes tendant à mettre en péril le ménage ne sont pas l'apanage de seules femmes.

5. Capacité de la femme mariée et formation professionnelle

Si hier, on a cru utile de protéger la femme parce qu'elle n'était pas suffisamment instruite, aujourd'hui, surtout dans les milieux urbains, les femmes sont instruites. Elles occupent des postes importants dans la hiérarchie de la société. Comment comprendre par exemple qu'une femme ministre qui engage l'Etat dans le cadre de ses fonctions sans une quelconque autorisation, doit être contrainte de solliciter l'autorisation de son mari lorsqu'elle doit poser des actes qui l'engagent personnellement sous prétexte qu'elle doit être protégée.

Dans une étude intitulée " le droit de la femme mariée au travail et l'autorité maritale en cause," Charles Mushizi relève que si le principe de l'autorisation maritale a fonctionné de manière excellente dans les années 80 et 90 et particulièrement au sein des familles où les épouses étaient majoritairement ménagères, il connaît quelques difficultés depuis, notamment à cause du fait de la scolarisation de la femme. De plus en plus les femmes obtiennent les mêmes diplômes que les hommes, acquièrent les mêmes aptitudes et prétendent aux mêmes compétences professionnelles, au risque de considérer l'autorisation maritale comme un frein à leur liberté et à leur choix d'exercer leurs compétences.⁴²¹

6. Conclusion

Nous pensons que beaucoup des législateurs africains ont déjà perçu toutes ces difficultés. Voilà pourquoi ils ont vite fait de se débarrasser d'une contrainte supplémentaire au détriment de la femme. Raison pour laquelle, nous plaidons pour que les dispositions relatives à l'autorisation maritale puissent disparaître dans notre législation. Cela permettra à la femme mariée d'accéder aisément aux droits fonciers et

⁴²¹ C. Mushizi, Le droit de la femme mariée au travail et l'autorité maritale en cause : défis familiaux, in <http://charlesmushizi.blogspot.com>, 2012, p7

immobiliers. On pourrait adopter la formulation du code burundais qui consacre la liberté des époux de poser n'importe quel acte, en prévoyant le droit pour chacun de faire opposition si cet acte porte atteinte aux intérêts de la famille.

Il ressort de tout ce qui précède que la situation de la femme mariée sur les terres rurales et urbaines est favorable par rapport à celle de la femme sur les terres des communautés locales. En effet, avons-nous vu, la femme mariée se trouvant sur les terres des communautés locales accède à la terre par l'intermédiaire de son mari. La durée de son droit dépend de celle du mariage. Ce droit est donc temporaire et n'est pas susceptible d'être transmis entre vif ou à cause de mort.

En revanche, sur les terres rurales et urbaines, la femme mariée dispose des droits assez étendus, et ce, selon le régime matrimonial choisi. En effet, malgré l'existence des règles communes à tous les régimes matrimoniaux, la femme mariée a la possibilité de jouir de ses droits fonciers. Ces droits sont perpétuels et transmissibles entre vif ou pour cause de mort. Cela se justifie par le fait qu'elle ne tient pas ces droits par l'intermédiaire de son mari mais par elle-même. Ces droits seront encore consolidés lorsque l'autorisation maritale disparaîtra. Est-ce le cas pour la femme veuve ? C'est l'objet de la section suivante.

Section 3 : Accès de la femme veuve à la terre

L'accès de la femme veuve à la terre est lié à ses droits successoraux. La situation successorale de la veuve peut être analysée en deux temps. Ainsi, nous allons dans un premier temps voir cette situation avant l'entrée en vigueur du code de la famille et dans un second temps sous l'empire de ce code.

§ 1 : Droits successoraux de la veuve pendant la période coloniale

Le code civil, livre premier, n'avait pas prévu expressément des dispositions sur les droits successoraux de la veuve. Comme nous le savons d'ailleurs, ce code ne s'appliquait pas aux Congolais non immatriculés. Ce vide a été comblé par deux textes. Il s'agit de la circulaire du 10 avril 1923 relative à la liquidation des successions indigènes et du décret 10 février 1953 sur la propriété immobilière individuelle. Il convient dès à

présent de noter que ces textes qui étaient applicables dans les milieux urbains, ont donné naissance à un droit coutumier issu de la jurisprudence des tribunaux coutumiers urbains. Ainsi, allons-nous passer en revue les textes susvisés ainsi que la jurisprudence.

A. Circulaire du 10 avril 1923⁴²²

Cette circulaire avait pour but de s'occuper de toute succession indigène lorsqu'il y avait risque qu'elle soit abandonnée ou détournée. Il s'agit des cas des personnes qui sont mortes loin de leur milieu d'origine. C'est le cas des militaires et des ouvriers indigènes engagés au service d'européens ou des entreprises européennes. Dans ce cas, l'administration devrait intervenir pour permettre à la chefferie d'origine du de cujus de recueillir les biens et leur donner la destination prévue par la coutume. La circulaire exclue de son champ d'application la succession des indigènes qui sont morts dans leur village.

Pour ce faire, ce texte avait prévu des mesures conservatoires et de liquidation ci-après et selon les hypothèses suivantes :

1. Cas où les ayants droit sont présents

Lorsque les ayants droit se trouvent sur place ou dans le territoire où est survenu le décès, les biens seront laissés ou remis entre leurs mains par l'administrateur territorial ou par le chef de l'unité militaire selon que le défunt était civil ou militaire.

Les biens laissés par le de cujus feront l'objet de vente publique, s'ils ne sont pas réclamés par les ayants droit dans la huitaine. Les biens susceptibles d'un dépérissement rapide ou d'une conservation coûteuse pourront aussi être vendus immédiatement.

Dans ce cas, l'actif réalisé sera remis aux ayants droit ou à leur défaut à la chefferie d'origine du défunt, par le sous-comptable qui l'a pris en recette.

Comme on peut s'en rendre compte, les dispositions prises jusque là par le gouverneur général ne s'écartent pas de la coutume. En effet, dans cette hypothèse, ce

⁴²² L'intégralité de ce texte a été publiée dans le *Recueil mensuel des circulaires, instructions et ordres de service*, n° 4, avril 1923, pp 34-37

sont les ayants droit coutumier qui doivent recueillir l'héritage. Ainsi, conformément aux règles coutumières analysées dans la première partie de cette étude, la veuve n'est pas concernée parce qu'elle n'est pas comptée parmi les héritiers de son défunt mari. Il en est de même des enfants si le défunt est matrilineaire. Les filles sont particulièrement écartées que le de cujus soit patrilineaire ou matrilineaire.

2. Cas où les ayants droit sont absents

Lorsque les ayants droit ne résident pas dans le territoire, l'administrateur du territoire ou le chef de l'unité militaire selon le cas, dresseront immédiatement après le décès un inventaire des biens laissés, des sommes revenant à la succession et des dettes connues.

Les biens feront l'objet de la vente comme dans la première hypothèse. L'actif de la succession composé notamment du produit de la vente, argent trouvé à la mortuaire ou sur le défunt, créances et sommes déposées sera recueilli. Il sera fait mention dans le procès-verbal d'inventaire ou à la suite de celui-ci de ces différents postes de l'actif ainsi que des dettes de la succession. Si l'argent trouvé n'existe pas ou s'il n'y a pas des biens vendus, renseignement en sera fait expressément dans le procès-verbal.

Après paiement des dettes, l'actif de la succession sera transmis à l'administrateur du territoire dans le ressort duquel les ayants droit résident. Si la résidence des ayants droit n'est pas connue, l'envoi sera fait à l'administrateur du territoire dont le défunt était originaire pour remise aux ayants droit ou à leur défaut à la chefferie.

Dans cette deuxième hypothèse, il y a lieu de remarquer également que les ayants droit coutumier seront recherchés pour qu'ils bénéficient de l'héritage. La veuve n'est pas toujours comptée parmi les héritiers en application de la coutume. Mais la circulaire prévoit en son point quatrième les règles à suivre pour apprécier à quelles personnes les successions doivent être laissées ou remises.

3. Bénéficiaires de la succession

La circulaire pose en terme de principe que l'actif d'une succession ne peut être remis qu'aux personnes que la coutume du lieu d'origine désigne comme ayants droit. Ce qui veut dire qu'en principe, la veuve ne peut pas bénéficier de la succession parce que conformément à la coutume, elle n'hérite pas de son défunt mari.

Cependant, la circulaire prévoit des cas exceptionnels où on peut considérer que la coutume comporte des lacunes qu'il faut combler en se fondant sur des considérations d'équité.

C'est le cas lorsque des indigènes qui ne participent plus à la vie de la chefferie ont fondé un foyer, on peut admettre qu'ils se créent des droits et des devoirs étrangers aux prévisions de la coutume.

Dans ce cas, estime la circulaire, le conjoint survivant et les enfants du défunt ne se trouvent pas au sein de la chefferie et ne bénéficient pas de la part de celle-ci l'assistance que le décès peut rendre nécessaire. Il est donc équitable que la succession intervienne en leur faveur.

Ainsi donc, renchérit la circulaire, la remise de l'actif ou d'une partie de celui-ci à la femme et aux enfants, est d'ailleurs conforme à l'esprit du code civil congolais qui dans ses dispositions relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des enfants immatriculés prévoit l'obligation de fournir aliments et impose même cette obligation à la succession de l'époux prédécédé vis-à-vis de l'époux survivant qui est dans le besoin. Enfin, poursuit la circulaire, on peut admettre que généralement une certaine communauté de biens existe, en fait, entre les époux qui vivent dans nos centres et qu'il y a lieu d'en tenir compte pour répartir l'avoir délaissé.

Tenant compte de ce qui précède et sous réserve de dispositions testamentaires, la circulaire prévoit que la succession pourra être répartie comme suit :

- La totalité de l'héritage reviendra au conjoint survivant, non divorcé ni séparé de corps, lorsqu'il était uni au défunt par un mariage civil, religieux ou

contracté suivant la coutume indigène et qu'il a la charge des enfants du défunt, la moitié de l'avoir étant considéré comme revenant aux enfants.

- Le conjoint survivant aura droit à la moitié de l'héritage, s'il n'a la charge d'aucun des enfants du de cujus, l'autre moitié étant remise aux descendants ou à leur défaut aux ayants droit que la coutume désigne.

Toutefois, les biens en nature, même si leur évaluation dépasse la moitié de l'avoir total, seront remis ou laissés à l'époux survivant se trouvant sur place sans préjudice à ses obligations vis-à-vis des autres ayants droit. Il en sera de même de l'avoir total qui serait évalué à une somme inférieure à cinquante francs ou des espèces à répartir si leur montant ne dépasse pas vingt francs.

- La totalité de l'héritage reviendra aux enfants du de cujus nés d'un des mariages précités ou reconnus devant l'officier d'état-civil, lorsque leurs père et mère sont tous deux décédés.

Cette remise aura ou pourra avoir séparément ou tout à la fois le caractère d'indemnité, de pension alimentaire, de part dans une communauté de biens et de part successorale et sera faite sans préjudice des droits que pourraient faire valoir les intéressés les uns vis-à-vis des autres même après la répartition.

La circulaire prévoit la possibilité de déroger à cette répartition lorsque certaines circonstances spéciales l'exigent. C'est le cas lorsque la succession est importante. En effet, lorsque la valeur de la succession dépasse la somme de 300 francs, avant de la remettre à la femme et aux enfants, il faudra au préalable recueillir des renseignements nécessaires pour l'application des règles coutumières ou avoir obtenu l'accord de tous les intéressés pour une répartition équitable. Enfin, le conjoint survivant n'aura pas droit à l'héritage s'il est indigne.

Voilà les règles spéciales prévues par la circulaire en ce qui concerne la dévolution successorale lorsque les époux vivaient en dehors de leur milieu traditionnel.

De ces règles, il convient de noter que la circulaire vient de déroger à la coutume en faisant de l'épouse ainsi que des enfants du de cujus des héritiers privilégiés par

rapport aux ayants droit coutumier. Parmi les enfants, aucune distinction n'est faite entre les filles et les garçons. En effet, comme nous l'avons souligné dans la première partie de ce travail, en droit coutumier, le conjoint survivant n'hérite pas de son conjoint prédécédé. Cela est valable tant pour l'époux que pour l'épouse. Dans le régime matrilineaire, les enfants n'héritent pas de leur père et en régime patrilinéaire, seuls les garçons peuvent hériter de leur père. C'est de manière exceptionnelle que la fille peut hériter de son père. La circulaire vient de remettre en cause toutes ces règles coutumières.

En outre, lorsqu'on lit la motivation de cette circulaire, on s'aperçoit que les règles concernant la dévolution successorale prévues, constituent en réalité le droit commun en la matière pour les indigènes qui vivent dans les centres urbains : cités indigènes ou centres extra-coutumiers. Il s'agit là d'une innovation importante introduite par un texte qui, sur le plan juridique n'a pas valeur d'une loi. Mais comme l'affirme B. Kilolo, l'application des règles énoncées par ce texte pendant des décennies leur donne une force qu'il n'est pas possible de négliger.⁴²³

Il y a cependant lieu de noter que cette circulaire ne fait pas allusion aux droits fonciers et immobiliers. Cela peut se justifier par le fait qu'à cette époque les Congolais vivant dans les milieux urbains n'accédaient pas encore à la propriété foncière ou immobilière. Quelles sont alors les règles prévues par le décret de 1953 en matière de succession.

B. Décret du 10 février 1953

Nous avons déjà fait allusion à ce décret dans le chapitre précédent. Nous y revenons pour l'analyser dans ses aspects liés à la succession immobilière. Ce texte qui avait accordé le droit de propriété immobilière à tous les Congolais, avait aussi posé un autre grand principe en son article 6, en disposant ce qui suit :

« Lorsque la succession d'un Congolais non immatriculé comprend des biens immobiliers, l'application de la coutume est soumise aux restrictions prévues par les articles suivants.

⁴²³ B. Kilolo, Le droit coutumier des successions de la ville de Kinshasa, in *Revue zaïroise de droit*, n° 1, 1972, p 27

Pour l'application de ces articles sont assimilés aux biens immobiliers, les meubles meublant, l'habitation et le fonds de commerce exploité dans l'immeuble. »

A propos de cette disposition, le Rapport du Conseil colonial nous dit que les restrictions prévues par les articles suivants sont généralement inspirées du désir de voir la propriété immobilière stabilisée, le bien de famille protégé et passant entre des mains aptes à sa gestion. Mais elles se fondent aussi sur la volonté présumée du de cujus car on observe que les évolués accédant à la propriété désirent qu'elle passe à leurs enfants plutôt qu'à des collatéraux. Mais dans plusieurs cas, les textes donnent la priorité à la coutume ou permettent au de cujus de retourner à la coutume en exprimant sa volonté par testament.

Quant à l'assimilation des meubles et du fonds de commerce, le Rapport poursuit que les meubles ont pour les héritiers une valeur vénale plus grande, une valeur sentimentale et qu'ils contribuent au maintien de l'esprit de famille. Les meubles de l'habitation et le fonds de commerce qui s'y exerce, peuvent être considérés comme l'accessoire des immeubles au point de vue économique.

Cependant, le législateur insiste sur le fait que l'amendement assimile les meubles et le fonds de commerce aux biens immobiliers uniquement en ce qui concerne l'application des articles du décret relatifs aux successions et testaments.⁴²⁴

Les restrictions dont l'article 6 fait allusion, sont prévues par les articles 7 et suivants de ce texte. Il convient avant toute chose de noter que ce texte accorde une grande place au testament. Ainsi, les dispositions qui suivent ne sont applicables que si le testament n'a pas été prévu par le de cujus.

Ainsi, selon l'article 7, à défaut des dispositions testamentaires, les biens immobiliers sont déférés aux enfants ou à leurs descendants. Sauf stipulation contraire de la coutume, le partage s'opère par égales portions entre les enfants et par représentation à leurs ascendants.

⁴²⁴ B.O., 1953, p 430

Il convient à ce stade de signaler que cette disposition pose un principe qui va encore une fois à l'encontre de la coutume. En effet, les enfants du de cujus sont devenus ses héritiers uniques en ce qui concerne ses biens immobiliers. Le partage s'opère par égales portions, sauf si la coutume en décide autrement. Voilà un mélange qui s'opère entre le droit écrit et le droit coutumier. On comprend que pour le choix des héritiers, c'est le droit écrit qui prend le dessus et pour le partage entre héritiers, c'est la coutume qui est privilégiée et le droit écrit n'intervient que comme règle supplétive.

L'exposé des motifs du décret explique ce mélange de la manière suivante :

«L'attribution des biens immobiliers aux descendants a posé un problème grave ; fallait-il pousser les intéressés dans la voie du droit européen en prévoyant le partage par égale portion et instituer une réserve ? S'abstenir permettrait au père de léguer par testament tous les biens à un seul des enfants, privant les autres de toute part héréditaire. Puis à défaut du testament, les biens seraient répartis entre les enfants d'après la coutume. Or, le plus souvent celle-ci attribue à l'aîné soit tous les biens, soit la plus grande partie de ceux-ci, avec de faibles portions pour les cadets en excluant les filles, régime qui tout à la fois semble contraire aux idées d'égalité entre les enfants et au courant qui pousse les évolués à adopter les institutions européennes.

On a estimé qu'il était préférable de laisser libre jeu à l'évolution du droit coutumier. En effet, soit par testament, soit par leur pratique, les indigènes verront, s'ils préfèrent le système européen, faire volontairement évoluer la coutume dans ce sens. D'autre part, l'inégalité entre enfants résultant de la coutume paraît plus forte qu'elle ne l'est en réalité, car l'aîné n'est avantageux qu'en considération des charges qui lui sont imposées vis-à-vis de ses frères et sœurs. Attribuer à ceux-ci une part égale des biens aurait parfois été les priver concurremment d'une aide et d'une protection utiles. On a donc préféré n'instituer, ni partage égal, ni réserve, mais on a précisé que l'héritier favorisé serait tenu des charges coutumières même si, par exemple, le père ne l'avait pas expressément stipulé en disposant en sa faveur. La division des biens par égales portions a cependant été prévue comme règle supplétive, pour le cas de silence du testament et de la coutume.⁴²⁵»

Si le Congolais non immatriculé a des enfants, il ne peut disposer de ses biens immobiliers par testament qu'en faveur de ses enfants ou de leurs descendants et, en usufruit seulement, en faveur du conjoint survivant.⁴²⁶

Cette disposition qui limite la liberté de tester du de cujus en matière immobilière, fait naître en faveur de la femme un droit d'usufruit immobilier issu du testament. La question a été posée au Conseil colonial, celle de savoir pourquoi le mari ne peut-il pas

⁴²⁵ B.O., 1953, p 409

⁴²⁶ Art 8 du décret du 10 février 1953

disposer en faveur de sa femme des biens immobiliers en propriété ? A cette question, il a été répondu qu'une telle option serait contraire à la coutume.⁴²⁷

Il est à remarquer que cette disposition fait des enfants du de cujus des nus-propriétaires et le conjoint survivant l'usufruitier.

Lorsque le partage ne s'opère pas par égales portions, les enfants favorisés seront tenus des charges prévues par la coutume en faveur des autres enfants et du conjoint survivant.⁴²⁸ Cela est conforme à la coutume qui veut que la succession soit recueillie par un seul héritier, quitte à lui de prendre en charge les autres membres du clan ou de la famille.

Le conjoint survivant non divorcé, ni séparé de corps à ses torts, a sur les biens immobiliers un droit d'usufruit de la moitié et même de la totalité au cas où il n'y aurait pas des descendants.⁴²⁹

Dans l'hypothèse où le conjoint survivant dispose de la totalité de l'usufruit, on est en droit de se demander la personne ou les personnes qui auront la nue-propriété. Dans ce cas, nous pensons que la nue-propriété reviendra aux ayants droit traditionnels, c'est-à-dire les frères du de cujus ou autres selon les dispositions coutumières.

Le conjoint survivant a la faculté de se faire attribuer l'usufruit de la maison habitée par les époux, des meubles meublants, des terres que l'occupant de la maison exploitait personnellement pour son propre compte et des animaux attachés à la culture, ainsi que du fonds de commerce, si la valeur de celle-ci ne dépasse pas cent mille francs.

Si l'usufruit excède la part de succession lui revenant, le conjoint survivant est tenu de servir une rente aux descendants.⁴³⁰ le Rapport du Conseil colonial paraît explicite sur la question. Voici ce qui est écrit à ces sujets :

⁴²⁷ B.O., 1953, p 430

⁴²⁸ Art 9 du décret du 10 février 1953

⁴²⁹ Art 10 du même texte

⁴³⁰ Art 11 du même texte

«Le survivant pour autant qu'il ait vécu dans la maison avec le de cujus, c'est-à-dire qu'il ne soit pas séparé de fait, pourra se faire attribuer l'usufruit intégral des biens énumérés à l'article 10, maintenant à son profit l'intégrité de l'exploitation. Il recevra ainsi généralement plus que la moitié à laquelle il a droit. Pour cet excédent, il devra indemnité aux enfants. Il est à prévoir d'ailleurs en fait que cette indemnité se compensera souvent avec les soins et l'entretien qu'il leur accordera.»⁴³¹

Enfin l'article 15 prévoit que le Congolais non immatriculé ne peut disposer de ses biens immobiliers par donation entre vifs qu'en faveur de son conjoint ou de ses descendants.

Cette disposition limite encore la liberté du donateur lorsqu'il s'agit des biens immobiliers. Les donataires ne peuvent être que soit le conjoint ou les descendants du donateur. Il s'agit là d'une possibilité que la loi donne à la femme d'accéder aux droits immobiliers du vivant de son conjoint. Par cette voie, la femme pourra avoir en propriété le bien immobilier concerné alors que par voie successorale, elle n'a droit qu'à l'usufruit.

De tout ce qui précède, il ressort que ce texte a instauré certaines innovations importantes par rapport à la coutume. En effet, il institue les enfants du de cujus comme les seuls véritables héritiers de celui-ci en ce qui concerne ses biens immobiliers. En outre, il prévoit au profit du conjoint survivant l'usufruit en moitié ou en totalité des biens immobiliers du de cujus selon que les descendants existent ou pas. Les ayants droit traditionnels ne viennent à l'héritage des biens immobiliers qu'en l'absence des descendants, auquel cas ils auront la nue-propriété de ces biens, le conjoint survivant ayant l'usufruit en totalité.

Le de cujus peut recourir au testament pour modifier la règle coutumière qui consacre le partage inégal en prévoyant le partage égal entre héritiers légalement désignés. Par la même voie, le de cujus peut aussi attribuer en pleine propriété les biens immobiliers en faveur du conjoint survivant lorsqu'il n'y a pas d'enfant venant à la succession. Cette dernière solution est à vrai dire éloignée des conceptions coutumières, mais favorable pour la femme.

⁴³¹ B.O., 1953, p 431

Mais le texte prévoit la possibilité pour les conjoints de se faire de donation portant sur les biens immobiliers de leur vivant. Dans ce cas, les biens reçus en donation peuvent être en propriété.

Bien que le décret sous examen parle du conjoint survivant et non de la veuve, nous sommes d'avis que le législateur en instituant ce droit, pensait d'abord à la veuve. Cela se remarque à travers les travaux préparatoires. En effet, il est rapporté que lors des débats on fait souvent allusion à la femme lorsqu'il est question de parler du conjoint survivant. Mais en principe, sur le plan de l'orthodoxie juridique, on peut affirmer que ce texte consacre l'égalité entre conjoint en matière successorale. En effet, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le conjoint survivant peut être l'homme ou la femme. Par conséquent, le bénéfice de l'usufruit concerne également l'un comme l'autre. Il faut cependant reconnaître que la pratique peut bien être différente.

Nous pouvons en définitive dire que le décret de 1953 a posé les jalons pour l'accès de la femme veuve aux droits fonciers et immobiliers. Mais une autre question est de savoir comment les tribunaux coutumiers urbains l'ont appliqué.

C. La jurisprudence coutumière urbaine

La jurisprudence des tribunaux coutumiers urbains confirme que la femme dispose du droit d'usufruit sur les biens immeubles de son conjoint prédécédé. En outre, elle ne fait pas de distinction entre enfants par rapport à leur sexe. Ainsi, les filles héritent de la même manière que les garçons. Ils sont tous nus-propriétaires si le conjoint survivant existe ou copropriétaires en son absence.

Cette jurisprudence contraste avec celle des tribunaux coutumiers installés dans les milieux ruraux, régis par le droit traditionnel, où nous avons constaté que la femme n'avait aucun droit sur les biens immobiliers laissés par son défunt mari. En outre les filles n'avaient pas droit à l'héritage au motif qu'elles étaient appelées à quitter la famille pour rejoindre leurs maris.

De l'avis de plusieurs auteurs, il est affirmé que l'application du décret de 1953 a donné naissance à une coutume urbaine qualifiée de « coutume évoluée⁴³² ». Ainsi, allons-nous essayer de passer en revue quelques décisions judiciaires prises par les tribunaux coutumiers installés dans les milieux urbains en rapport avec la succession immobilière. Il convient de noter que ces décisions judiciaires ont été publiées dans des revues qui paraissaient à l'époque. Actuellement ces revues ne paraissent plus et les tribunaux coutumiers ont été partiellement remplacés par les tribunaux de paix.

S'agissant du droit applicable lors du décès d'une personne, la question qui se posait en rapport avec sa succession était de savoir si la coutume applicable était celle de son territoire d'origine ou celle de sa dernière résidence. Pour répondre à cette question, au niveau de la jurisprudence on note deux périodes distinctes. La première période est celle qui va jusqu'en 1963 et la deuxième période commence à partir de 1963.

Pendant la première période, à défaut du testament, la succession était régie par la coutume personnelle du défunt, c'est-à-dire la coutume de son milieu d'origine. Mais si le de cujus avait laissé des descendants, sa succession était réglée conformément à la coutume évoluée du lieu de son dernier domicile ou résidence.

C'est dans ce sens qu'il a été jugé par le tribunal de ville de Lubumbashi qu'en application de la coutume évoluée de cette ville, toute succession est déférée à son plus proche si le de cujus n'a laissé ni descendant, ni testament.⁴³³

Dans le même sens, il a été jugé qu'à Léopoldville les questions de successions et donations entre vifs ou par testament en ce qui concerne les droits d'occupation des parcelles sont régies par la coutume évoluée de la ville lorsqu'il y a des enfants ; sinon elles sont réglées d'après la coutume du de cujus.⁴³⁴

⁴³² On peut lire utilement les articles publiés notamment par Ntambwe Makadi sur l'Analyse critique de la jurisprudence des tribunaux coutumiers relative au droit des successions en République du Zaïre, in *Revue juridique du Zaïre*, n°3, 1974 ; Kilolo, Le droit coutumier des successions de la ville de Kinshasa, in *Revue zaïroise de droit*, n°1, 1972, Emile Lamy et Lokwa Ilwaloma, La dévolution successorale en République Démocratique du Congo, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972

⁴³³ Tribunal de ville Lub. 21 janvier 1963, RJC. 1965, p125

⁴³⁴ Terr. Léo, 3 juin 1954

Il apparaît que dans cette première période, la présence du conjoint survivant n'est pas retenue comme critère pour appliquer la coutume évoluée de la dernière résidence ou domicile. Seule la présence des descendants a été retenue comme critère.

Pour la deuxième période qui commence après 1963⁴³⁵, on constate qu'à défaut des dispositions testamentaires contraires, la succession est régie par la coutume personnelle du de cujus. Mais si celui-ci laisse son conjoint ou ses descendants, sa succession sera réglée d'après la coutume évoluée de son dernier domicile ou de sa dernière résidence.

C'est dans ce sens que le tribunal de ville de Kinshasa avait jugé que la parcelle laissée par une personne n'ayant ni conjoint légitime ni enfants, revient aux héritiers traditionnels du défunt.⁴³⁶ Même si cette décision se fonde sur la coutume évoluée, il est aisé de constater qu'elle est conforme aux dispositions pertinentes du décret du 10 février 1953, particulièrement les articles 6 et suivants. A la différence du principe retenu durant la première période, ici la présence du conjoint survivant est retenue comme critère pour appliquer la coutume évoluée.

Dans tous les cas, le principe retenu est celui de la loi personnelle du de cujus, sauf s'il a laissé un testament, un conjoint, un ou plusieurs enfants. Dans ces cas, on applique la coutume territoriale de son dernier domicile ou de la situation des biens s'il s'agit de biens immobiliers.⁴³⁷

Quant à la dévolution successorale ab intestat, la coutume évoluée a d'une façon générale reconnu au conjoint survivant le droit d'usufruit sur les biens immobiliers et la nue-propriété est reconnue aux enfants.

Ce droit est reconnu au conjoint survivant à condition qu'il ne soit pas divorcé ou séparé de corps à ses torts. Le conjoint doit avoir été l'époux légitime du défunt. Ce qui

⁴³⁵ C'est à partir de cette année qu'on a constaté le revirement de la jurisprudence sur cette question. Il convient de noter que le Congo indépendant n'a légiféré sur la succession qu'en 1987. Entretemps, cette matière était toujours régie par la coutume ainsi que la circulaire de 1953.

⁴³⁶ Ville Kinshasa, 39.425/I du 10 février 1971

⁴³⁷ Ntambwe Makadi, Analyse critique de la jurisprudence des tribunaux coutumiers relative au droit des successions en République du Zaïre, in *Revue Juridique du Zaïre*, n°3, 1974, p196

veut dire en d'autres termes que le concubinage ne donne pas droit à la succession du concubin prédécédé. Il doit être digne de succéder. Ainsi, en cas de méconduite notoire, il peut être déchu de son droit d'usufruit.

Concernant l'incidence de la fécondité de l'union sur la succession, jusqu'en 1963 certaines décisions judiciaires conditionnaient l'usufruit du conjoint survivant à la présence d'un ou de plusieurs enfants.

Voici le relevé de quelques décisions judiciaires qui illustre nos propos :

- il a été jugé selon la coutume évoluée de Léopoldville, que l'usufruit de la parcelle revient à la veuve lorsqu'il y a un enfant, la nue-propiété appartenant à celui-ci. Si le nu-propiétaire meurt, l'usufruit s'éteint et la pleine propriété va à l'héritier du mari désigné conformément à la coutume du lieu d'origine de ce dernier⁴³⁸.

Il y a lieu de remarquer que cette jurisprudence écarte la veuve sans enfants de la succession de son époux prédécédé. Cette décision est donc en contradiction avec les dispositions du décret de 1953 que nous avons analysé antérieurement. Selon Kilolo, dans l'esprit de cette jurisprudence, le droit d'usufruit de la veuve est basé sur l'idée de rémunération de celle-ci, par la famille du défunt mari, pour le ou les enfants dont elle a enrichi ce groupe. Ce à quoi il s'insurge en écrivant que si cet argument est valable pour le patrilinéaire, il ne se justifie pas pour le matrilinéaire dont les enfants appartiennent au lignage de la mère.

- il a été jugé que la veuve n'a pas le droit de vendre la nue-propiété de la parcelle même si elle promet d'acheter une autre parcelle pour y résider avec ses enfants. Le frère du défunt, représentant du clan paternel, a le droit de s'opposer à pareille vente.⁴³⁹

⁴³⁸ Terr. Léo, 8 septembre 1955 ; 29 septembre 1955 ; n° 8177 du 12 juin 1956 ; n° 10761 du 25 octobre 1957, in B.J.I, 1959, p 86 et s

⁴³⁹ Terr. Léo, 29 septembre 1955

- Il a été jugé que le successeur qui hérite de la nue-propiété ne peut céder celle-ci que sous réserve de l'usufruit du conjoint survivant⁴⁴⁰.

Ces quelques décisions judiciaires, et bien d'autres encore,⁴⁴¹ confirment l'évolution du droit du conjoint survivant, à l'occurrence la femme, sur les biens immobiliers laissés par son défunt mari.

On peut donc affirmer que sous le décret de 1953, la situation de la femme ainsi que celle de la fille se trouvant dans les milieux urbains était meilleure par rapport à celle de leurs homologues se trouvant sur les terres de communauté locale. Que dire alors de la situation de la veuve sous la législation du Congo indépendant?

§2. Droits successoraux de la veuve sous la législation du Congo indépendant

Sous le Congo indépendant, les droits successoraux de la veuve sont régis par le code de la famille. Selon ce texte, la succession peut être testamentaire ou ab intestat. Ainsi, l'étendue des droits fonciers de la veuve peut aussi dépendre du genre de succession envisagé. Dans tous les cas, la loi a prévu une procédure spéciale permettant aux héritiers de jouir de leurs droits successoraux. Nous allons donc dans un premier temps analyser les règles de la succession testamentaire et dans un second temps celles de la succession ab intestat, avant de passer en revue les règles de procédure y afférentes.

A. Succession testamentaire

⁴⁴⁰ Terr. Léo, n° 8436 du 28 mai 1956 in BJI, 1959, pp 76-77

⁴⁴¹ Sous le jugement n° 9.151 du 19 novembre 1956, il a été jugé que la veuve ne peut pas bénéficier de l'usufruit du conjoint survivant pour indignité. Dans le cas d'espèce, il s'agit de l'inconduite notoire du vivant du mari, suivie d'abandon de famille (Terr. Léo, n° 9.151 du 19 novembre 1956, in BJI, 1959) ; le tribunal de ville décide que la parcelle appartenant à une femme revient à ses enfants, qui écartent de l'héritage les héritiers traditionnels. Dans le cas d'espèce, le tribunal n'a pas attribué l'usufruit de la parcelle au conjoint survivant qui en était le donateur (Ville Léo, n° 16. 374/II du 18 janvier 1961) ; le tribunal de centre de Léopoldville précise, à propos des enfants, que seuls les enfants légitimes sont appelés à la succession de leur père, à l'exclusion de ceux de son épouse que le de cujus aurait recueillis dans son foyer, même s'ils ont été inscrits dans son livret d'identité comme ses enfants (Ce. Léo, n° 18. 958/II du 10 mai 1963) ; il a été jugé que si le défunt n'a pas eu d'enfant avec la veuve, celle-ci a droit à l'usufruit de la parcelle mais la nue-propiété est accordé aux héritiers traditionnels, conformément à la coutume (Terr. Léo, n° 19502/II du 23 août 1963) ; sous le jugement n° 30595/I du 24 mai 1968, le tribunal de ville de Kinshasa décide que dans certaines circonstances, la veuve peut perdre l'usufruit que la coutume évoluée de Kinshasa lui confère en règle générale sur la parcelle de son mari défunt.

Le législateur définit le testament comme étant un acte personnel du de cujus par lequel il dispose, pour le temps où il ne sera plus, de son patrimoine, le répartit, détermine ses héritiers et fixe les dispositions tutélaires, funéraires ou de dernière volonté que la loi n'interdit pas et auxquelles des effets juridiques sont attachés.⁴⁴²

S'agissant de la forme que peut prendre le testament, la loi prévoit qu'elle peut être authentique, olographe ou orale. Il convient particulièrement de remarquer que le testament oral n'est valable que lorsqu'il est fait en présence de deux témoins majeurs.⁴⁴³ Ce testament qui a été aménagé en faveur des personnes illettrées,⁴⁴⁴ est également d'une portée limitée quant à son objet.⁴⁴⁵

En dehors des dispositions susmentionnées, toute autre disposition prise est nulle. Mais les legs faits dans ces conditions ayant une valeur supérieure à 10.000 zaires sont réduits à ce montant.⁴⁴⁶

Comme on peut se rendre compte, le testament oral ne concerne que les actes patrimoniaux d'une faible importance. Pour les actes ayant une importance majeure, il faut opter soit pour le testament authentique soit pour le testament olographe.

Malgré ces limitations imposées au testament oral, d'une façon générale, le testateur a en principe la liberté de disposer de ses biens pour cause de mort. C'est ainsi qu'il peut exhérer de façon expresse ses héritiers ab intestat, il peut léguer ses biens à toute personne de son choix. Il peut même changer les règles de partage des biens. Cette liberté peut notamment lui permettre de disposer de certains biens fonciers ou immobiliers en faveur de son conjoint.

⁴⁴² Art 766 al 1 de la loi n° 87-10 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille

⁴⁴³ Art 771 al 1 de la même loi

⁴⁴⁴ Exposé des motifs du code de la famille, p 25

⁴⁴⁵ Dans un testament oral, le testateur ne se limite qu'aux actes ci-après :

- formuler des prescriptions relatives aux funérailles ;
- faire des legs particuliers dont le montant peut dépasser 10.000zaires pour chaque legs ;
- prendre des dispositions relatives à la tutelle de ses enfants mineurs ;
- fixer entre les héritiers de la première catégorie et de la deuxième catégorie une règle de partage différente de celle du partage égal prescrit par la loi en cas de succession ab intestat.

⁴⁴⁶ Art 771 al 3 du même code

Ce principe de la liberté de tester possède cependant certaines limites prévues par la loi. Ces limites ont trait à ce qu'on appelle la réserve successorale. Ainsi, la quote-part revenant aux héritiers de la première catégorie ne peut pas être entamée par les dispositions testamentaires du de cujus établies en faveur d'héritiers des autres catégories ou d'autres légataires universels ou particuliers.⁴⁴⁷

Lorsque la succession comporte une maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie.⁴⁴⁸

Si, en revanche, elle comporte plusieurs maisons, l'une d'elles est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie.⁴⁴⁹

Dans tous les cas, l'aliénation de cette maison ne peut être opérée qu'avec l'accord unanime des enfants tous devenus majeurs et à condition que l'usufruit prévu au bénéfice du conjoint survivant ait cessé d'exister.⁴⁵⁰

Si les biens dont le de cujus a disposé dépassent en valeur les trois quarts de la succession qui revient à ses enfants, les parts testamentaires seront réduites à la quotité disponible. Dans ce cas, la réduction se fera entre les légataires proportionnellement aux legs dont ils ont été déclarés bénéficiaires.⁴⁵¹

Lorsque le testateur n'a pas laissé d'enfant, la quotité disponible ne peut excéder la moitié des biens s'il y a au moins deux groupes de la deuxième catégorie représentés à la succession et les deux tiers s'il n'y en a qu'un seul. La réduction se fera dans ce cas, entre les légataires proportionnellement aux legs dont ils ont été déclarés bénéficiaires.⁴⁵²

Voilà les règles impératives auxquelles tout testament doit respecter. A ce niveau, il y a déjà lieu d'observer que les héritiers légaux sont protégés contre les dispositions

⁴⁴⁷ Art 779 du code de la famille. Il ya lieu de préciser que le code de la famille a prévu plusieurs catégories d'héritiers. On peut notamment citer les héritiers de la première catégorie, ceux de la deuxième catégories et ceux de la troisième catégorie. Nous y reviendrons en détail lorsque nous allons analyser la succession ab intestat.

⁴⁴⁸ Art 780 al 1 du code de la famille

⁴⁴⁹ Art 780 al 2 du code de la famille

⁴⁵⁰ Art 780 al 3 du code de la famille

⁴⁵¹ Art 781 du code de la famille

⁴⁵² Art 782 du code de la famille

testamentaires attentatoires à leurs intérêts prises par le de cujus. Ce qui constitue une bonne garantie pour leurs droits successoraux.

Quant à la veuve, son droit d'usufruit du conjoint survivant est mis en relief. En effet, la loi prévoit l'existence de ce droit même dans le cas où la succession ne comporte qu'une seule maison. Cette disposition est impérative. Nous y reviendrons plus loin. Si le de cujus n'a pas prévu de testament, la succession est ab intestat.

B. Succession ab intestat

Dans la succession ab intestat, les droits successoraux de la veuve peuvent être analysés à travers les règles en rapport avec les différentes catégories d'héritiers prévues par le texte ainsi que celles relatives au partage et à l'administration des biens.

1. Héritiers légaux

Le code de la famille a prévu plusieurs groupes d'héritiers. La première catégorie, celle des héritiers privilégiés, est composée des enfants du de cujus nés dans le mariage et ceux nés hors mariage mais affiliés de son vivant, ainsi que ses enfants adoptifs.⁴⁵³

Si les enfants ou l'un des enfants du de cujus sont morts avant lui et qu'ils ont laissé des descendants, ils sont représentés par ces derniers dans la succession.⁴⁵⁴

La deuxième catégorie d'héritiers est celle composée du conjoint survivant, des père et mère, des frères et sœurs germains ou consanguins ou utérins. Cette catégorie est constituée de trois groupes distincts.⁴⁵⁵

Lorsque le père et la mère du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais que leurs père et mère ou l'un d'eux sont encore en vie, ceux-ci viennent à la succession en leurs lieu et place. Si les frères et sœurs du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais qu'ils ont laissé des descendants, ils sont représentés par ceux-ci dans la

⁴⁵³ Art 758 al 1 du code la famille

⁴⁵⁴ Art 758 al 2 du code de la famille

⁴⁵⁵ Art 758 al 3 du code de la famille

succession.⁴⁵⁶ C'est dire que dans certaines hypothèses, les grands-parents du de cujus ainsi que ses neveux et nièces peuvent venir à l'héritage.

La troisième catégorie d'héritiers est composée des oncles et des tantes tant paternels que maternels du de cujus. Si l'un d'eux meurt avant et laisse des descendants, ceux-ci seront représentés dans la succession.⁴⁵⁷ Dans cette hypothèse, les cousins et cousines peuvent aussi recueillir l'héritage.

La quatrième catégorie est celle constituée de tout autre parent et allié, pour autant que son lien de parenté ou d'alliance soit constaté régulièrement par le tribunal de paix. Il est bien compris que cette catégorie n'est prise en compte que lorsque les héritiers de trois catégories précédentes font défaut.⁴⁵⁸

Au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que le législateur a mis en place des règles nouvelles qui vont en l'encontre de la coutume. D'abord il a fait du conjoint survivant l'héritier du conjoint prémourant. Or dans les coutumes congolaises, aucun conjoint ne peut hériter de l'autre. Ensuite, tous les enfants sont héritiers au même titre. Désormais, parmi les héritiers, il n'y a plus de différence entre le garçon et la fille. Tous viennent à la succession sur le même pied d'égalité. Par rapport au décret de 1953, le code de la famille pose des règles impératives auxquelles le testament doit respecter et ne fait plus la part belle à la coutume.

Cette innovation est expliquée par le législateur dans l'exposé des motifs du code de la famille de la manière suivante :

«En matière de succession, on a cru nécessaire de s'écarter quelque peu des coutumes, pour faire droit aux impératifs du développement et de l'évolution. Trois catégories d'héritiers ab intestat ont été prévues :

- a) les enfants du de cujus nés dans le mariage ou hors mariage mais affiliés de son vivant ainsi que les enfants qu'il a adoptés ;
- b) le conjoint survivant, les père et mère, les frères et sœurs germains ou consanguins ou utérins ;
- c) les oncles et les tantes ainsi que leurs parents.

⁴⁵⁶ Art 758 al 4 du code de la famille

⁴⁵⁷ Art 758 al 5 du code de la famille

⁴⁵⁸ Art 762 du code de la famille

Ces trois catégories ont été établies après des enquêtes approfondies qui se sont étendues dans tous les grands centres du pays. Manifestement, partout est né un ardent désir de voir la loi reconnaître aux enfants et au conjoint (plus précisément à la conjointe), une vocation successorale.

En ce qui concerne les enfants nés hors mariage, seuls ceux affiliés du vivant du de cujus viendront à la succession. Ceci pour éviter une certaine insécurité pour le conjoint survivant qui serait surpris lors de l'ouverture de la succession par l'arrivée subite d'un grand nombre d'enfants héritiers dont il n'a jamais soupçonné l'existence.»

Pour prendre part au partage de l'héritage, il faut avoir la qualité d'héritier. Les règles étant posées, voyons maintenant comment la répartition de l'héritage s'opère entre différents héritiers légaux.

2. Règles de partage entre héritiers

Les règles relatives au partage de la succession sont différentes selon qu'il s'agit d'un grand héritage ou de petit héritage. Ainsi, nous allons d'abord voir les règles sur le grand héritage ainsi que ses applications jurisprudentielles avant d'analyser les règles sur le petit héritage.

a) Partage de grand héritage

Le législateur ne définit pas le grand héritage. Mais à partir de la définition de petit héritage donnée par le législateur, on peut déduire que le grand héritage est celui dont la valeur est estimée à plus de 100.000 zaires.⁴⁵⁹

La répartition des biens en ce qui concerne cette catégorie d'héritage s'opère selon les règles suivantes :

Les héritiers de la première catégorie reçoivent les trois quarts de l'hérédité. Le partage entre héritiers s'opère par égales portions et par représentation entre leurs ascendants.⁴⁶⁰ Il convient de noter qu'à ce point de vue, la législation congolaise est en avance par rapport à d'autres législations africaines. En effet, le droit marocain de la

⁴⁵⁹ Il convient de noter que la monnaie Zaïre n'a plus cours légal en République Démocratique du Congo. Actuellement le montant minimum prévu pour déterminer le grand héritage ne représente plus rien, à cause de l'inflation que le pays a connu vers les années 1990. En outre, avec les différentes réformes monétaires qui ont eu lieu entretemps, l'équivalence de cette somme par rapport à l'Euro est difficile à réaliser.

⁴⁶⁰ Art 759 du code de la famille

famille consacre l'inégalité entre les héritiers de la même catégorie. La fille n'hérite que d'une quote-part fixe de la succession et non de sa totalité à l'instar du garçon. En outre, elle n'a droit qu'à la moitié de la part qui revient à son frère.⁴⁶¹

Les héritiers de la deuxième catégorie reçoivent le solde de l'hérédité si les héritiers de la première catégorie sont présents et l'hérédité totale s'il n'y en a pas.⁴⁶²

Nous avons signalé précédemment que les héritiers de la deuxième catégorie forment trois groupes distincts. Cette distinction apparaît clairement lors du partage. Ainsi, par rapport à l'ensemble de l'héritage, chaque groupe formant la deuxième catégorie des héritiers reçoit un douzième de l'hérédité. Le premier groupe est celui composé par le conjoint survivant, le deuxième groupe est constitué par les père et mère du de cujus et le troisième groupe est celui des frères et sœurs du défunt. Le partage s'opère donc par égales portions.

Si à la mort du de cujus, seuls deux groupes d'héritiers de la deuxième catégorie se présentent, chaque groupe recevra un huitième de l'hérédité. Mais s'il n'existe qu'un seul groupe, celui-ci recevra un huitième également, le solde sera dévolu aux héritiers de la première catégorie.⁴⁶³ Dans cette hypothèse, la quote-part des héritiers de la première catégorie sera supérieure aux trois quarts.

Au cas où le de cujus n'a pas laissé les héritiers de la première et de la deuxième catégorie, ceux de la troisième catégorie seront appelés à la succession. Dans ce cas, le partage s'opérera entre héritiers par égales portions.⁴⁶⁴

A défaut d'héritiers de la troisième catégorie, ceux de la quatrième catégorie vont recueillir l'hérédité, après que le tribunal de paix ait constaté le lien de parenté ou d'alliance avec le de cujus. Le partage s'opère entre ces héritiers par égales portions.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Fatiha Daoudi, Droits fonciers des femmes au Maroc : entre complexité du système foncier et discrimination, Rabat, les études et essais du centre Jacques Berque, n°4, octobre 2011, p12

⁴⁶² Art 760 al 1 du code de la famille

⁴⁶³ Art 760 al 2 et 3 du code de la famille

⁴⁶⁴ Art 761 du code de la famille

⁴⁶⁵ Art 763 du code de la famille

Si, par effet du concours des héritiers de la première catégorie, la quote-part dévolue à chaque groupe des héritiers de la deuxième catégorie est supérieure à une quote-part d'enfant héritier de la première catégorie, le partage égal de l'hérédité sera calculé en additionnant le nombre d'enfants présents ou représentés et les groupes présents ou représentés.⁴⁶⁶ Ici, l'hypothèse est celle où chaque groupe d'héritiers de la deuxième catégorie se retrouve avec une quantité des biens supérieure à celle que chaque héritier de la première catégorie a reçu. Le cas arrive souvent lorsque le de cujus a laissé plusieurs enfants qui viennent à la succession. En pareil cas, le législateur exige que tous les biens soient mis ensemble et la répartition se fait à part égale en tenant compte du nombre d'enfants ainsi que des groupes présents ou représentés. En d'autres termes, tous les héritiers seront traités comme s'ils appartenaient tous à la même catégorie avec comme différence que les héritiers de la deuxième catégorie seront considérés par groupe et non individuellement.

Le législateur n'accepte donc pas que les héritiers de la première catégorie soient désavantagés par rapport à ceux d'autres catégories.

En plus de sa quote-part en tant que héritier de la deuxième catégorie, le conjoint survivant bénéficie de l'usufruit du conjoint survivant. Cet usufruit est constitué de la maison habitée par les époux et des meubles meublants.

Il comprend en outre la moitié des terres attenantes que l'occupant de la maison exploitait personnellement pour son propre compte ainsi que le fonds de commerce y afférent.

En cas de mise en location de la maison faisant l'objet de l'usufruit, le fruit de celle-ci est partagé en deux parties égales entre le conjoint survivant et les héritiers de la première catégorie.

Cet usufruit cesse par le convol du conjoint survivant ou sa méconduite dans la maison conjugale, s'il existe des héritiers de la première ou de la deuxième catégorie.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Art 764 du code de la famille

⁴⁶⁷ Art 785 du code de la famille

Cette disposition n'est pas nouvelle dans la législation congolaise. En effet, le décret du 10 février 1953 portant accession des Congolais à la propriété immobilière individuelle contenait déjà une disposition semblable. Il s'agit, comme nous l'avons déjà analysé, de l'article 11.

Le législateur explique la raison d'être de cet usufruit dans l'exposé des motifs du code de la famille en ces termes :

«S'agissant du conjoint survivant, la présente loi lui attribue l'usufruit de la maison habitée par les époux, des meubles meublants, la moitié de l'usufruit des terres attenantes que l'occupant de la maison exploitait personnellement pour son propre compte ainsi que du fonds de commerce y afférent, l'autre moitié revenant aux héritiers de la première catégorie.

En cas de mise en location de la maison habitée par les époux, le fruit de celle-ci est partagé en deux parties égales entre le conjoint survivant et les héritiers de la première catégorie.

Cette réaction est le résultat du spectacle scandaleux et affligeant auquel on assiste dans les villes et dans la plupart des centres urbains du pays où, à la mort du chef de ménage, la femme et les enfants sont jetés dans la rue, pendant que les membres de famille du de cujus se partagent tranquillement la succession. Il devenait impérieux de mettre fin à pareille pratique par l'intervention d'une législation appropriée. »

De cet exposé des motifs, on peut retenir qu'en réalité, l'usufruit du conjoint survivant a été institué dans le souci de sécuriser la veuve et les enfants. Mais rien n'empêche que le veuf puisse également en profiter. Voilà les règles prévues en ce qui concerne le partage de grand héritage. Il ne suffit pas que les règles soient prévues par le texte, faudra-t-il encore qu'elles soient d'application. Quel est alors l'état de la jurisprudence en cette matière ?

b) Jurisprudence

D'une façon générale, les règles relatives au partage de l'héritage sont bien appliquées par les tribunaux. Nous allons ci-dessous faire un relevé de quelques décisions judiciaires prises en la matière que nous avons pu recueillir. Mais avant tout, il convient de noter que nous avons trouvé peu des jugements rendus dont les biens fonciers et immobiliers font l'objet de la succession. En outre, étant donné que les jugements ne sont plus publiés depuis plusieurs années, nous avons été amenés à faire le tour des tribunaux pour avoir des données jurisprudentielles. Raison pour laquelle nous

reproduisons les parties essentielles des jugements qui sont en rapport avec l'objet de notre étude. Il convient de noter que les décisions judiciaires ci-dessous concernent la période allant de 1998 à 2011.

- Il a été jugé qu'en cas de concours d'héritiers des première et deuxième catégories, les héritiers de la première catégorie choisissent d'abord leur part. le tribunal constate sur base du procès-verbal de la réunion du conseil de famille du de cujus que les héritiers de la première catégorie ont eu leur quotité, soit les trois quarts des biens et ont été privilégiés, le tribunal prendra dès lors acte de cette répartition opérée lors du conseil de famille en date du 03 mars 2000(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 73.141 du 11août 2002, inédit).

- Il a été jugé que la veuve du de cujus est usufruitière de l'immeuble qu'elle habitait avec son mari sis au n° 163 de la rue Itaga dans la Commune de Lingwala à Kinshasa (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 70.670 du 24 novembre 1998, inédit).

-Il a été jugé qu'en vertu des dispositions de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés ainsi que l'article 807 du code de la famille, le tribunal ordonnera au conservateur des titres immobiliers de Lukunga d'opérer la mutation par décès de l'immeuble sis avenue Mbuj-Mayi n°5, quartier Télécom Binza/IPN, Commune de Ngaliema en faveur de trois enfants du de cujus et de sa veuve usufruitière(Tribunal de grande instance de Kinshasa / Gombe, R.C 77.387 du 19 mars 2001, inédit).

- Il a été jugé que l'article 780 du code de la famille dispose en son alinéa 1er que lorsque la succession ne comporte qu'une seule maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie. Etant donné que la défunte a laissé deux enfants et une parcelle, il y a lieu de faire droit à la présente requête en ordonnant l'investiture en leurs noms de la parcelle visée et en enjoignant au conservateur des titres immobiliers de procéder à la mutation de cette parcelle aux noms des requérants qui sont les deux cohéritiers bénéficiaires(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 75.256 du 27 juillet 2001, inédit).

- Il a été jugé qu'il ressort des pièces du dossier ainsi que des déclarations de l'ex-époux du de cujus que la défunte n'a laissé aucun enfant, que les père et mère de celle-ci sont décédés avant elle et qu'aucun frère ni sœur ne lui a survécu à l'exception du

requérant. Que ce dernier est le frère consanguin du de cujus car ils sont issus du même père. Que de tout ce qui précède, il échet de reconnaître au requérant la qualité d'héritier et de l'investir dans la propriété de l'immeuble en cause conformément aux articles 807 du code la famille et 233 de la loi foncière (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 75.256 du 27 juillet 2001, inédit).

- Il a été jugé qu'en cas de concours d'héritiers des première et deuxième catégories, les héritiers de la première catégorie choisissent d'abord leur part. le tribunal constate sur base du procès-verbal de la réunion du conseil de famille du de cujus que les héritiers de la première catégorie ont eu leur quotité, soit les trois quarts des biens et ont été privilégiés, le tribunal prendra dès lors acte de cette répartition opérée lors du conseil de famille en date du 03 mars 2000(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 73.141 du 11août 2002, inédit).

- Il a été jugé que la veuve du de cujus est usufruitière de l'immeuble qu'elle habitait avec son mari sis au n° 163 de la rue Itaga dans la Commune de Lingwala à Kinshasa(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 70.670 du 24 novembre 1998, inédit) ; il a été jugé qu'en vertu des dispositions de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés ainsi que l'article 807 du code de la famille, le tribunal ordonnera au conservateur des titres immobiliers de Lukunga d'opérer la mutation par décès de l'immeuble sis avenue Mbuji-Mayi n°5, quartier Télécom Binza/IPN, Commune de Ngaliema en faveur de trois enfants du de cujus et de sa veuve usufruitière(Tribunal de grande instance de Kinshasa / Gombe, R.C 77.387 du 19 mars 2001, inédit).

- Il a été jugé que l'article 780 du code de la famille dispose en son alinéa 1er que lorsque la succession ne comporte qu'une seule maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie. Etant donné que la défunte a laissé deux enfants et une parcelle, il y a lieu de faire droit à la présente requête en ordonnant l'investiture en leurs noms de la parcelle visée et en enjoignant au conservateur des titres immobiliers de procéder à la mutation de cette parcelle aux noms des requérants qui sont les deux cohéritiers bénéficiaires(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 75.256 du 27 juillet 2001, inédit).

Voilà quelques décisions judiciaires et d'autres encore ⁴⁶⁸que nous avons sélectionné pour illustrer nos propos.

⁴⁶⁸ Il a été jugé qu'en cas de concours d'héritiers des première et deuxième catégories, les héritiers de la première catégorie choisissent d'abord leur part. le tribunal constate sur base du procès-verbal de la réunion du conseil de famille du de cujus que les héritiers de la première catégorie ont eu leur quotité, soit les trois quarts des biens et ont été privilégiés, le tribunal prendra dès lors acte de cette répartition opérée lors du conseil de famille en date du 03 mars 2000(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 73.141 du 11août 2002, inédit) ; il a été jugé que la veuve du de cujus est usufruitière de l'immeuble qu'elle habitait avec son mari sis au n° 163 de la rue Itaga dans la Commune de Lingwala à Kinshasa(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 70.670 du 24 novembre 1998, inédit) ; il a été jugé qu'en vertu des dispositions de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés ainsi que l'article 807 du code de la famille, le tribunal ordonnera au conservateur des titres immobiliers de Lukunga d'opérer la mutation par décès de l'immeuble sis avenue Mbuji-Mayi n°5, quartier Télécom Binza/IPN, Commune de Ngaliema en faveur de trois enfants du de cujus et de sa veuve usufruitière(Tribunal de grande instance de Kinshasa / Gombe, R.C 77.387 du 19 mars 2001, inédit) ; il a été jugé que l'article 780 du code de la famille dispose en son alinéa 1er que lorsque la succession ne comporte qu'une seule maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie. Etant donné que la défunte a laissé deux enfants et une parcelle, il y a lieu de faire droit à la présente requête en ordonnant l'investiture en leurs noms de la parcelle visée et en enjoignant au conservateur des titres immobiliers de procéder à la mutation de cette parcelle aux noms des requérants qui sont les deux cohéritiers bénéficiaires(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 75.256 du 27 juillet 2001, inédit) ; il a été jugé qu'il ressort des pièces du dossier ainsi que des déclarations de l'ex-époux du de cujus que la défunte n'a laissé aucun enfant, que les père et mère de celle-ci sont décédés avant elle et qu'aucun frère ni sœur ne lui a survécu à l'exception du requérant. Que ce dernier est le frère consanguin du de cujus car ils sont issus du même père. Que de tout ce qui précède, il échet de reconnaître au requérant la qualité d'héritier et de l'investir dans la propriété de l'immeuble en cause conformément aux articles 807 du code la famille et 233 de la loi foncière(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 75.256 du 27 juillet 2001, inédit) ; il a été jugé que de l'instruction de la cause à l'audience publique du 8 mai 2001, il appert clairement qu'à la suite du décès du de cujus intervenu en France et conformément à son testament datant du 13 mars 1989, les $\frac{3}{4}$ de la succession reviennent aux enfants et le $\frac{1}{4}$ à son épouse. Qu'à ce titre, les demanderesses veulent que le tribunal puisse opérer mutation des différents biens fonciers et immobiliers de ladite succession. Il y a donc lieu d'y faire droit et de les investir(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 75.256 du 27 juillet 2001, inédit) ; il a été jugé que l'article 780 du code de la famille dispose que lorsque la succession comporte une maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie. Dans le cas d'espèce, il revient des pièces du dossier notamment l'acte de succession n° 31.259/2003 et le protocole d'accord familial que le requérant est le seul héritier de la première catégorie dans la succession du de cujus qui ne comporte qu'une seule maison. De tout ce qui précède, le tribunal recevra la présente requête et la dira fondée, en conséquence ordonnera la mutation de l'immeuble précité au nom du requérant(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 10.818 du 15 mai 2004, inédit) ; il a été jugé qu'il ressort des pièces versées au dossier que le de cujus est effectivement décédé à Kinshasa le 24 mars 1974 et qu'il a laissé entre autre biens, les parcelles sises rue de Kimwenza n° 83 et 90 dans la Commune de Mont-Ngafula à Kinshasa, la parcelle sise rue Makongo n°42 dans la Commune de Lemba et la parcelle sise rue Makongo n° 3900 dans la Commune de Lemba. Que selon le partage des biens effectués en date du 04 septembre 1975, ces biens ont été attribués aux héritiers de la première catégorie. Ainsi, le tribunal après examen de toutes les pièces versées par les requérants dira ladite requête conforme à l'article 807 du code de la famille et y fera droit en ordonnant la mutation des titres des parcelles précitées aux enfants du de cujus(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 11.268 du 29 septembre 2004, inédit) ; il a été jugé qu'en droit, il ressort de l'article 758 alinéa 1er du code de la famille que les enfants du de cujus né dans le mariage et ceux nés hors mariage mais affiliés de son vivant, ainsi que les enfants qu'il a adoptés, forment la première catégorie des héritiers de la succession. Dans le cas sous examen, le requérant, ses frères et sœurs constituent les héritiers de la première catégorie en tant que fils et filles du de cujus. Par ailleurs, au regard de l'article 780 alinéa 1er du même code, lorsque le de cujus n'a laissé qu'un immeuble, celui-ci appartient aux héritiers de la première catégorie. Dès lors, il échet d'ordonner au conservateur des titres immobiliers de la division urbaine de

De ce relevé, il ressort que les tribunaux de Kinshasa appliquent la loi pour protéger les droits immobiliers des héritiers. Il convient de remarquer que tous les héritiers de la première catégorie sont pris au même pied d'égalité. Aucune différence n'est faite entre les héritiers de sexe masculin et ceux de sexe féminin. Chaque fois que la succession est composée d'une seule maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie.

S'agissant de l'usufruit du conjoint survivant, il est aussi d'une manière générale pris en compte par le juge, et ce, même lorsque la succession n'a qu'une seule maison.

Mais ce relevé jurisprudentiel ne doit pas occulter le poids de la tradition nonobstant l'existence des règles relatives au partage entre héritiers. En effet, il arrive

Funa de procéder à la mutation dudit immeuble en faveur des héritiers(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Kalamu, R.C 21.834 du 18 novembre 2004, inédit) ; il a été jugé qu'aux termes de l'article 780 alinéas 1er et 3ème de la loi n° 87-010 du 1er août 1987 portant code de la famille, lorsque la succession comporte une maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie et que son aliénation ne peut être opérée qu'avec l'accord unanime des enfants tous devenus majeurs. Dans le cas d'espèce, le de cujus n'a pas laissé de veuve, le tribunal dira cette demande recevable et fondée, reconnaîtra tous les héritiers copropriétaires de la parcelle sise rue Ndjoku n° 33/A, quartier 3 dans la Commune de Masina. Il ordonnera à Monsieur le conservateur des titres immobiliers de la division urbaine de Tshangu d'établir un certificat d'enregistrement aux noms de tous les enfants en tant que copropriétaires de la parcelle sus indiquée(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 0782 du 20 avril 1998, inédit) ; il a été jugé que selon le prescrit de l'article 780 al 1er et 3ème de la loi n° 87/010 du 1er août 1987 portant code de la famille, lorsque la succession comporte une maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie et son aliénation ne peut être opérée qu'avec l'accord unanime des enfants tous devenus majeurs. Dans le cas sous analyse, le défunt n'a laissé qu'une seule maison sise rue Ndele n° 107, quartier sans fil dans la Commune de Masina. Le tribunal estime donc qu'il est de bon droit, et ce, en application de l'article 780 précité que ladite maison revienne à tous les enfants du défunt. De ce qui précède, le tribunal ordonnera à Monsieur le conservateur des titres immobiliers de la Tshangu d'établir un certificat d'enregistrement au nom de tous les enfants copropriétaires de la parcelle susvisée et de leur mère comme usufruitière(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 2913 du 25 septembre 2000, inédit) ; il a été jugé qu'en droit, les enfants du de cujus, nés dans le mariage et ceux nés hors mariage mais affiliés de son vivant, ainsi que les enfants qu'il a adoptés forment la première catégorie des héritiers de la succession. Et que lorsque la succession comporte une maison, celle-ci est exclusivement attribuée aux héritiers de la première catégorie. Eu égard aux éléments du dossier, le curateur aux successions a établi l'acte de succession en faveur des héritiers et la veuve comme usufruitière de la parcelle sise avenue Mokele n° 35, Quartier Maviokele, Commune de Kimbanseke pour laquelle l'investiture en vue de la mutation est sollicitée. Le tribunal dira la requête fondée et ordonnera au conservateur des titres immobiliers de la Tshangu d'opérer la mutation pour cause de décès de la parcelle susvisée au nom de tous les héritiers comme nu-propriétaires et la veuve comme usufruitière(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 4950 du 17 août 2002, inédit) ; il a été jugé que le tribunal relève que le de cujus a laissé deux immeubles situés aux numéros 6 de l'avenue Kongo-Dieto dans la commune de Makala et 6 de l'avenue Mombesa dans la commune de Kalamu couverts par les livrets de logeur en son nom ainsi que 7 enfants majeurs, une veuve et une sœur germaine, constituant des héritiers de la première et de la deuxième catégorie au regard de l'article 758 alinéa 1er du code de la famille. Ainsi, conformément aux articles 780 et 790 de la loi précitée, le choix des enfants du de cujus ayant été porté sur la parcelle située au numéro 6 de l'avenue Mombesa dans la commune de Kalamu, le tribunal la leur attribuera exclusivement. Selon l'article

qu'un conflit soit déclenché entre les membres de la famille du de cujus contre sa veuve et ses enfants. Le premier voulant dépouiller le second de tout héritage. Cette situation arrive souvent lorsque du vivant du de cujus, les relations n'avaient pas été bonnes entre sa famille et sa femme. En pareil cas, parfois la veuve ainsi que les enfants abandonnent l'héritage entre les mains des membres de la famille du de cujus et s'abstiennent de saisir la justice par peur de représailles. Celles-ci consistent souvent en la mort brusque et inexplicable des enfants du de cujus, les uns après les autres ou en la survenance successive des événements malheureux parmi les enfants du de cujus. Il est vrai que la fréquence de ces faits diminue sensiblement dans les milieux urbains à cause de la réprobation sociale, mais ils demeurent néanmoins une réalité dans notre société. Qu'en est-il alors de petit héritage ?

c) **Partage de petit héritage**

Le petit héritage est celui dont la valeur ne dépasse pas 100.000 zaires⁴⁶⁹. Il convient de noter que le montant fixé par le législateur pour déterminer le petit héritage ne représente plus rien actuellement, à cause de deux facteurs conjugués à savoir : la fluctuation monétaire et la réforme monétaire.

En effet, la dépréciation de la monnaie que le pays avait connue durant une certaine période avait réduit à rien ce montant, qui malgré tout n'a jamais été révisé. En outre, depuis lors, le pays a connu deux réformes monétaires ayant abouti au changement de la monnaie : Nouveau Zaïre et Franc congolais. Aujourd'hui, il semble difficile de donner l'équivalence de l'actuelle monnaie, qui est le Franc congolais par rapport à la monnaie Zaïre de l'époque. Ce qui est certain, c'est que cette somme ne représente pas une certaine valeur permettant d'évaluer un héritage.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, dans la pratique à l'heure actuelle, le petit héritage est devenu presque une hypothèse d'école.

Qu'à cela ne tienne, le code de la famille prévoit que le petit héritage est attribué exclusivement aux enfants du de cujus et à leurs descendants par voie de représentation,

⁴⁶⁹ Art 786 du code la famille

en cas de concours éventuel de ceux-ci avec les héritiers de la deuxième catégorie ou les légataires.⁴⁷⁰ Il s'agit là d'une règle dérogatoire par rapport à celles énoncées concernant le grand héritage.

Cependant, l'usufruit du conjoint survivant tel que prévu en cas de grand héritage, reste maintenu même dans ce cas.⁴⁷¹ Cette disposition nous paraît aujourd'hui absurde. En effet, compte tenu de la somme fixée pour déterminer le petit héritage, il est inconcevable d'y trouver une maison ou des terres attenantes qui fasse l'objet de l'usufruit du conjoint survivant.

En cas d'absence d'héritiers de la première catégorie, les règles successorales analysées antérieurement seront d'application.

Le législateur prévoit dans l'hypothèse de petit héritage que chacun des héritiers par ordre de primogéniture a la faculté de le reprendre en totalité ou pour une part supérieure à sa quote-part légale, sauf dispositions testamentaires contraires attribuant l'hérédité en tout ou en partie à l'un des enfants.⁴⁷²

En principe, cette faculté est exercée par l'aîné des héritiers. Mais s'il ne le fait pas, celui qui le suit en ordre de primogéniture peut l'exercer et ainsi de suite.⁴⁷³

Celui qui exerce le droit de reprise est tenu d'assurer les charges prévues par la coutume à l'égard des autres héritiers.⁴⁷⁴ Le législateur s'est manifestement inspiré de la coutume pour édicter cette disposition. Comme nous l'avions déjà souligné, en droit coutumier, l'ensemble de l'héritage est attribué à une seule personne. Mais celle-ci a l'obligation de prendre en charge les autres membres de la communauté.

Le droit de reprise doit être homologué par le tribunal de paix du ressort où la succession est ouverte, et ce, à l'initiative de celui qui veut l'exercer. Le tribunal vérifiera s'il s'agit d'un petit héritage et fixera éventuellement les charges d'aide et d'entretien que

⁴⁷⁰ Art 786 al 1^{er} du code de la famille

⁴⁷¹ Art 786 al 2 du code de la famille

⁴⁷² Art 787 al 1 du code de la famille

⁴⁷³ Art 787 al 2 du même code

⁴⁷⁴ Art 788 du même code

l'héritier privilégié devra respecter. La demande de l'homologation du droit de reprise devra être introduite dans les trois mois à dater de l'ouverture de la succession.⁴⁷⁵

Voilà les règles prévues pour le petit héritage. Malgré la modicité de l'héritage, le législateur a tenu à maintenir l'usufruit du conjoint survivant. Ce qui prouve que les intérêts de celui-ci ont été au centre de ses préoccupations.

Mais toutes ces règles sont pratiquement tombées caduques à cause de la modicité du montant fixé, en dessous duquel, on peut parler du petit héritage. Il y a donc nécessité que le législateur puisse revoir ce montant à la hausse, en tenant compte de la réalité du moment. Nous pensons que la bonne manière de faire consistera à renvoyer la fixation du montant par voie de l'arrêté ministériel. En effet, il est plus facile pour un ministre de prendre un arrêté portant fixation de la valeur maximum du petit héritage. En revanche, il n'est pas facile de faire passer en priorité au parlement, un projet de loi portant modification de la valeur maximum de petit héritage. Cette position se justifie par le fait que le pays n'est pas encore à l'abri de fluctuation monétaire importante, étant entendu que sa situation économique n'est pas stable. Une rédaction prudente s'impose.

De tout ce qui précède, il ressort que le code de la famille s'est réellement démarqué de la coutume en intégrant parmi les successibles, les personnes qui n'ont pas selon la coutume droit à l'héritage. Il s'agit de la veuve, ainsi que de la fille ou de la femme. Ainsi, parmi les héritiers de la première catégorie, on ne fait plus la différence entre le garçon et la fille. Quant aux héritiers de la deuxième catégorie, on observe que dans chaque groupe qui compose cette catégorie, il y a des hommes et des femmes. On note la présence du conjoint survivant (la veuve), la mère du de cujus, de ses sœurs ainsi que de ses tantes si les héritiers de la troisième catégorie doivent venir à la succession.

En outre, elles disposent d'un droit égalitaire lors du partage. Pour chaque catégorie d'héritiers et pour chaque groupe qui compose chaque catégorie, la loi prévoit que le partage se fait par égales portions. Il n'y a donc pas de différence de traitement entre les hommes et les femmes. La veuve dispose encore des droits avantageux. En effet, en dehors de sa part en tant que héritière de la deuxième catégorie, elle dispose de

⁴⁷⁵ Art 789 du même code

l'usufruit du conjoint survivant qui lui permet notamment de garder la maison qu'elle habitait avec son mari ainsi que la moitié des terres que le défunt exploitait personnellement.

Nous pouvons affirmer sur ce point que les droits successoraux de la femme en cas de veuvage sont une réalité. Mais pour qu'elle puisse jouir de ces droits, la loi a prévu une procédure qui aboutit à l'investiture des héritiers, donnant ainsi lieu à l'établissement d'un certificat d'enregistrement en leur nom ou à l'inscription de leur droit d'usufruit au certificat d'enregistrement. Qu'en est-il de l'administration des biens entre héritiers ?

3. Règles d'administration des biens entre héritiers

L'administration des biens entre héritiers est régie par les règles de l'indivision. En cette matière, le principe est que tous les héritiers sont copropriétaires du ou des biens hérités. Lorsque l'indivision porte sur un bien foncier ou immobilier, le conservateur des titres fonciers doit établir un seul certificat d'enregistrement au nom de tous, quitte à s'entendre sur celui d'entre eux à qui le certificat collectif sera délivré. S'ils ne s'entendent pas sur la personne qui devra détenir le certificat d'enregistrement, il revient au conservateur de régler la question.⁴⁷⁶ Cette exigence se justifie par le fait qu'en droit congolais, les droits fonciers et immobiliers n'existent légalement que par l'établissement d'un certificat d'enregistrement ou par l'inscription de ces droits au certificat d'enregistrement.⁴⁷⁷

Aucun des copropriétaires n'a le droit de disposer ou de changer la destination de la chose commune ou de grever celle-ci de droits réels au-delà de sa part indivise sans le consentement des autres.⁴⁷⁸ La règle de gestion en la matière est donc l'unanimité du consentement de tous les indivisaires pour tous les actes de disposition et d'administration.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Art. 237 alinéa3 de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés.

⁴⁷⁷ Art. 219 de la loi susmentionnée.

⁴⁷⁸ Art.33 de la loi précitée.

⁴⁷⁹ G. Kalambay Lumpungu, Droit civil : régime général des biens, Kinshasa, P.U.C, 1989, p 196.

C'est dans ce sens que le code de la famille prévoit que lorsque la succession ne comporte qu'une seule maison, celle-ci ne peut être aliénée qu'avec l'accord unanime des enfants, tous devenus majeurs et à condition que l'usufruit prévu au bénéfice du conjoint survivant ait cessé d'exister.⁴⁸⁰

De ce qui précède, il ressort que chaque indivisaire dispose d'un droit de veto pour faire échec à l'aliénation des biens faisant partie de l'indivision si une telle opération ne rencontre pas son assentiment.

Chacun des copropriétaires peut cependant demander le partage de la chose commune, nonobstant toute convention ou prohibition contraire.⁴⁸¹ Si les autres copropriétaires veulent garder la chose, objet de l'indivision, ils peuvent faire évaluer la quote-part de celui qui demande le partage par un expert, pour lui remettre la somme correspondant à la valeur de celle-ci. Mais il convient de noter qu'aucune disposition légale n'oblige l'héritier qui sollicite le partage de ne proposer préalablement la vente sa part qu'aux autres héritiers. Ceux-ci ne disposent donc pas d'un droit de préemption. Mais dans certaines hypothèses, un tel droit s'impose par la nature même de l'objet de partage. C'est notamment le cas lorsque l'indivision porte sur une maison construite de telle sorte que sa division n'est pas possible.

Si les héritiers ne sont pas d'accord pour partager les biens indivis, chacun d'eux peut saisir le tribunal pour que celui-ci ordonne le partage ou la vente de ces biens.

Le partage des biens indivis se fait, en principe, en nature et à part égale. Mais s'il y a impossibilité d'établir l'égalité des parts en nature, l'inégalité de celle-ci se compense par l'attribution d'une soulte due par les héritiers ayant reçu une part supérieure à leur part légale ou testamentaire d'hérédité en faveur de ceux qui ont reçu une part inférieure.⁴⁸²

Les indivisaires peuvent convenir de rester dans l'indivision pendant un temps déterminé qui ne peut excéder cinq ans. S'ils fixent dans leur convention un terme plus long ou pour une durée illimitée, elle est réduite à ce terme.⁴⁸³ Mais si parmi les héritiers il existe un mineur, l'indivision ne prendra fin qu'à la majorité de celui-ci.

⁴⁸⁰ Art. 780 alinéa 3 du code de la famille.

⁴⁸¹ Art. 34 al 1^{er} de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés.

⁴⁸² Art. 791 du code de la famille

⁴⁸³ Art. 34 al 2 de la loi précitée.

4. Procédure en cas de mutation pour cause de mort

La mutation des biens fonciers et immobiliers en droit congolais s'est inspirée du système Torrens. Selon ce système, les droits fonciers et immobiliers n'existent légalement que par l'établissement d'un certificat d'enregistrement au nom du nouvel acquéreur. En d'autres termes, d'après ce système, le contrat est impuissant pour transférer d'un patrimoine à l'autre la propriété ou le droit de concession d'un bien foncier ou immobilier. L'intervention du conservateur des titres immobiliers est indispensable afin d'établir le certificat d'enregistrement.⁴⁸⁴

Mais, lorsque la mutation s'opère pour cause de mort, l'intervention du juge précède celle du conservateur des titres immobiliers. En effet, ce dernier ne peut établir le nouveau certificat d'enregistrement au nom de l'héritier ou des héritiers que sur injonction du juge. Il s'agit là d'une procédure spéciale et indispensable. C'est de son aboutissement que dépend l'effectivité du droit foncier envisagé. Cette procédure a été prévue successivement par plusieurs textes qu'il convient de passer en revue dans le but d'en retracer l'évolution, avant de dégager ses différentes étapes par rapport aux textes en vigueur.

I. Evolution de la législation en matière de mutation pour cause de mort

La mutation par décès a été prévue successivement par les textes ci-après : le décret du 6 février 1920 portant transmission de la propriété immobilière, le décret du 10 février 1953 portant accession des Congolais à la propriété immobilière individuelle, la loi n° 73/ 021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés ainsi que la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille.

⁴⁸⁴ L'article 220 alinéa premier dispose que les mutations soit entre vifs, soit par décès, de la propriété immobilière ne s'opèrent que par un nouveau certificat d'enregistrement.

1. Décret du 6 février 1920 portant transmission de la propriété immobilière

Ce texte qui constitue le livre 2 du code civil, avait prévu en son article 34 ce qui suit :

« Les mutations, soit entre vifs, soit par décès, de la propriété immobilière, ne s'opèrent que par un nouveau certificat d'enregistrement.

A l'exception des servitudes légales et sous la réserve des droits coutumiers des indigènes, nulle charge ne frappe la propriété immobilière si elle n'est inscrite au certificat d'enregistrement.

Doit également être inscrit au certificat, tout contrat de location fait pour une durée de plus de neuf ans. »

Cette disposition qui fait du certificat d'enregistrement la pierre angulaire du système Torrens, est justifiée de la manière suivante dans le Rapport du Conseil colonial :

« A partir de cet enregistrement, l'existence juridique de l'immeuble va se dérouler désormais sans interruption par l'effet de la nécessité absolue et constante de l'intervention du conservateur des titres fonciers pour toute transmission de propriété et toute constitution de droit réel soit entre vifs, soit par décès. A chaque mutation, comme autrefois dans les coutumes de nantissement, le fonds est censé faire retour au seigneur qui en investit le nouveau titulaire.⁴⁸⁵ »

Concernant la mutation pour cause de mort, l'article 50 de ce décret prévoit la procédure à suivre en disposant que :

« Les mutations par décès ne peuvent être opérées qu'en vertu d'une ordonnance du juge du tribunal de première instance de la situation de l'immeuble.

La requête de l'héritier ou du légataire doit être publiée dans un ou plusieurs journaux de la colonie, de la métropole ou de l'étranger, à désigner par le juge.

L'ordonnance d'investiture n'est rendue qu'après examen de tous actes ou documents propres à justifier le droit de l'impétrant, et telles mesures d'instruction qu'il appartient à la vigilance du magistrat de prescrire. Le Procureur du Roi doit donner son avis par écrit.

L'ordonnance d'investiture doit être rendue dans les quatre mois à compter du jour où ont paru les journaux dans lesquels la requête a été publiée. »

Le législateur justifie la procédure instituée par cette disposition de la manière suivante :

« Il fallait éviter toute difficulté pour le cas où le de cujus n'aurait plus de domicile ni de résidence habituelle dans la colonie au jour de son décès. De là, le changement apporté dans la détermination de la compétence territoriale du juge de l'investiture.

⁴⁸⁵ Conseil colonial : Compte rendu analytique du décret du 6 février 1920, 1919, p. 520

Ensuite, s'il convenait de prescrire au juge de ne statuer sur la requête qu'en pleine connaissance de cause, il importait aussi d'empêcher que, par des scrupules excessifs, il ne laisse trop longtemps incertaine la propriété de l'immeuble héréditaire. De là, les autres modifications qui ont été apportées au texte primitif.

Il est manifeste que, parmi les mesures de publicité qu'il appartient de prescrire, c'est spécialement au choix des journaux qui pourront le mieux toucher les intéressés que le juge devra donner toute son attention.»⁴⁸⁶

Il convient de noter que ce décret avait un champ d'application limité. En effet, il n'était applicable qu'aux maisons remplissant les règles d'urbanisme et d'hygiène et plus précisément les maisons construites par l'Office des Cités Africaines et le Fonds d'Avance. Ainsi, le pouvoir public colonial avait jugé bon d'édicter le décret du 10 février 1953 portant accession des Congolais à la propriété immobilière individuelle qui avait un champ d'application plus large.

2. Décret du 10 février 1953 portant accession des Congolais à la propriété immobilière individuelle

Ce texte a prévu aussi une procédure semblable avec quelques nuances. En effet, l'article 20 du décret dispose ce qui suit :

«Lorsque la valeur globale des immeubles ne dépasse pas 200.000 francs, les mutations par décès peuvent être opérées en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de territoire de la situation des immeubles présidé comme prévu à l'article précédent.»⁴⁸⁷

La requête de l'héritier ou légataire doit être publiée par affichage à la porte du bureau du territoire ou du centre extra-coutumier ou de la cité, ainsi que par insertion dans un ou plusieurs journaux à désigner par le président.

L'ordonnance d'investiture n'est rendue qu'après examen de tous les actes ou documents propres à justifier le droit de l'impétrant et telles mesures d'instruction qu'il appartient à la vigilance du président de prescrire.

L'ordonnance d'investiture doit être rendue dans les quatre mois à compter du jour du dernier acte de publication. »

Par rapport à l'article 50 du décret de 1920, cette disposition est différente sur les points suivants : d'abord le juge compétent pour connaître de la requête est celui du tribunal de territoire, à l'occurrence, son président. Alors que dans le décret de 1920, le

⁴⁸⁶ P.Piron et J. Devos, Codes et lois du Congo belge, Tome I, Bruxelles, Ferdinand Larquier, 1960, p. 93

⁴⁸⁷ L'article 19 dont fait allusion l'alinéa 1er de l'article 20, rend le tribunal de territoire présidé par le commissaire de district ou par l'administrateur du territoire, compétent lorsque la valeur de la succession dépasse 100.000 francs.

juge compétent est celui du tribunal de première instance. Selon le Rapport du Conseil colonial, ce choix est justifié par le fait qu'il y a nécessité de ne pas surcharger les tribunaux de première instance et d'éviter d'astreindre à trop des formalités les héritiers modestes.

Ensuite concernant les mesures de publicité à prendre, le texte de 1953 prévoit l'affichage en plus de l'insertion dans les journaux alors que la procédure prévue par le décret de 1920 ne prévoit que la publication dans les journaux qui paraissent tant localement qu'à l'étranger. Voilà pourquoi le Conseil colonial parle des formalités onéreuses pour les héritiers modestes. En effet, la publication de la requête dans les journaux étrangers doit avoir des implications financières assez considérables.

Enfin, l'avis du Procureur du Roi n'est pas requis dans le texte de 1953 alors que dans le texte de 1920, il est obligatoire. Qu'en est-il alors de la loi foncière ?

3. Loi foncière

Cette loi a pratiquement reproduit l'article 50 du décret du 10 février 1920. En effet, l'article 233 de ce texte dispose :

«Sous réserve du régime des terres prévu par l'article 210 de la présente loi, les mutations par décès ne peuvent être opérées qu'en vertu d'une ordonnance du juge du tribunal de grande instance de la situation de l'immeuble.

La requête de l'héritier ou légataire doit être publiée dans un ou plusieurs journaux de l'Etat à désigner par le juge.

L'ordonnance d'investiture n'est rendue qu'après examen de tous les actes ou documents propres à justifier le droit de l'impétrant, et telles mesures d'instruction qu'il appartient à la vigilance du magistrat de prescrire. Le Procureur de la République doit donner son avis par écrit.

L'ordonnance d'investiture doit être rendue dans les quatre mois à compter du jour où ont paru les journaux dans lesquels la requête a été publiée.»

Il nous semble que cette disposition ne mérite pas des commentaires particuliers, dans la mesure où, ce qui a été dit au sujet de l'article 50 du décret sus évoqué reste valable pour elle.

Un autre débat est celui de savoir si cette disposition est toujours en vigueur ou si elle a été abrogée par le code de la famille. Cette question vaut la peine d'être examinée d'autant plus qu'elle a une incidence sur l'orientation de la jurisprudence en la matière.

Le problème se pose en ces termes : la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés a été modifiée par la loi n° 80-008 du 18 juillet 1980. Parmi les dispositions abrogées par celle-ci, figure l'article 232 de la première loi. La loi modificative ne comporte que dix articles.

Cependant, le Journal Officiel, organe administratif chargé de publier des actes légaux et règlementaires, avait commis une erreur lors de sa parution numéro 15 du 1^{er} août 1980, en publiant encore le texte de la loi de 1973, tout en modifiant la numérotation de celle-ci au lieu de publier simplement la loi modificative votée par le parlement. Ainsi, du fait de ce changement de numérotation, l'article 233 était devenu l'article 232.⁴⁸⁸

Il convient de souligner que le changement de numérotation n'est pas le fait du législateur mais du journal officiel. En effet, aucune loi votée par le parlement et promulguée par le Président de la République n'avait consacré ce changement de numérotation. C'est ainsi que, constatant cette erreur, le Journal Officiel l'avait rectifié dans sa parution spéciale de 1992.

Au regard de ce qui vient d'être dit, il ressort que sur le plan strictement juridique l'article 233 de la loi foncière n'a jamais été abrogé. Pour preuve, le Journal officiel l'a encore repris comme tel après avoir corrigé la numérotation. Par conséquent, il peut encore servir de base pour la transmission pour cause de mort des biens immobiliers. Tel n'est pas toujours l'avis de la jurisprudence ainsi que de certains auteurs. Nous y reviendrons. Que prévoit alors le code de la famille ?

4. Loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille

La loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille prévoit en son article 807 que :

⁴⁸⁸ Journal Officiel n° 15 du 1^{er} août 1980

« La requête en investiture, en vue d'opérer la mutation par décès des biens fonciers et immobiliers de la succession, sera introduite par le liquidateur au tribunal de paix pour les héritages ne dépassant pas 100.000 zaïres et au tribunal de grande instance pour les autres héritages, en indiquant ceux qui viennent à la succession, la situation des fonds, des immeubles et leur composition. »

Par rapport à l'article 233 de la loi foncière, cette disposition introduit des innovations suivantes :

1. la requête en investiture doit être introduite par le liquidateur en lieu et place de l'héritier ou du légataire comme prévu par la loi de 1973 ;
2. la compétence du tribunal diffère selon que l'héritage dépasse ou pas le montant de 100.000 zaïres. en effet, pour l'héritage dont la valeur est supérieure à ce montant, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent. Le tribunal de paix devient compétent lorsque l'héritage a une valeur égale ou inférieure à 100.000 zaïres ;
3. la requête en investiture doit contenir obligatoirement certaines mentions notamment l'identité des héritiers, la situation des fonds et des immeubles ainsi que leur composition ;
4. une distinction est faite entre le bien foncier et immobilier alors que cette distinction n'apparaît pas dans le texte de 1973.

Cette disposition soulève le problème de savoir si elle vide l'article 233 de la loi de 1973 de sa substance. On serait tenté de répondre par l'affirmative si l'on s'en tient à l'interprétation littérale de ces deux dispositions, étant donné que l'article 807 du code de la famille est postérieur par rapport à l'article 233 de la loi de 1973. Mais en pareil cas, il faut avant tout chercher la volonté du législateur en édictant une nouvelle disposition, sans toutefois abroger expressément l'ancienne qui régissait déjà la matière.

Cette volonté peut être recherchée dans les travaux préparatoires. Voici ce que rapporte la Commission de Réforme du Droit Zaïrois qui a été à l'origine du code de la famille au sujet de l'article 807 de cette loi:

« L'article 807 modifie les règles prescrites à l'actuel article 233 de la loi n° 73/ 021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés qui donne compétence au tribunal de première instance.

Dans le cadre des mutations pour cause de mort, ce texte prévoit dans la procédure d'investiture le recours à des juridictions qui seront beaucoup plus accessibles par les héritiers représentés à cet effet par le liquidateur.

Déjà, dans le décret du 10 février 1953, à l'article 20, on avait organisé la procédure d'investiture des héritages immobiliers de moins de 200.000 francs à l'échelon des tribunaux coutumiers de territoire et de ville.

Reprenant et généralisant cette disposition, le texte prévoit que pour les héritages de moins de 100.000 zaïres en cas de présence d'immeubles, la procédure d'investiture sera faite à l'échelon de tribunal de paix et pour les autres héritages devant le tribunal de sous-région.»⁴⁸⁹

Il ressort de ce qui précède que le législateur voulait tout simplement modifier l'article 233 sur certains points précis en s'inspirant de l'article 20 du décret de 1953 sur l'accession des Congolais à la propriété immobilière individuelle notamment en ce qui concerne le tribunal compétent pour se prononcer sur la requête en investiture ainsi que la personne habilitée à introduire cette requête.

C'est dans le même sens que pense le professeur Lukombe Nghenda lorsqu'il affirme que l'article 807 appartient à un texte postérieur qu'est la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 par rapport à l'article 233 de la loi foncière de 1973 ; et par conséquent , les dispositions de l'article 807 l'emportent là où elles auraient disposé autrement.⁴⁹⁰

Cette position n'est pas celle de Mupila Ndjike qui pense que l'article 807 du code de la famille crée une contradiction par rapport à l'article 233 de la loi foncière lorsqu'il prévoit que la requête en investiture en vue d'opérer mutation est introduite par le liquidateur au lieu de l'héritier ou légataire comme prévu par le texte de 1973.⁴⁹¹

De ce qui précède, il ressort que les deux dispositions sont en vigueur et elles sont complémentaires. Ainsi, les différentes étapes à suivre relèvent de la combinaison de ces deux textes.

⁴⁸⁹ Commission de Réforme du Droit Zaïrois, Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du code de la famille, inédit, pp 402- 403

⁴⁹⁰ Lukombe Nghenda, *op.cit.*, p 933

⁴⁹¹ H.F. Mupila Ndjike, *Les successions en droit congolais* , Kinshasa, Pax-Congo, 2000, p 202

II. Différentes étapes de la procédure en cas de mutation par décès

De l'analyse des articles 233 de la loi foncière et 807 du code de la famille, il ressort que la procédure relative à l'investiture doit respecter les étapes ci-après :

- désignation d'un liquidateur ;
- requête comme acte de saisine ;
- publicité de la requête ;
- ordonnance ou jugement d'investiture.

1° Désignation du liquidateur

L'article 795 du code de la famille consacre trois sortes de liquidateur en tenant compte du mode de leur désignation. Il s'agit du liquidateur légal ou ab intestat, du liquidateur testamentaire et du liquidateur judiciaire.

a. Liquidateur légal

Le liquidateur légal est celui désigné par la loi en l'absence du testament. Selon l'article 795 alinéa 1^{er}, en cas de succession ab intestat, le plus âgé des héritiers sera chargé de la liquidation de la succession ou en cas de désistement, celui qui sera désigné par les héritiers.

Il y a lieu d'observer que le plus âgé des héritiers peut être aussi bien un homme qu'une femme. La loi ne fait donc pas de distinction entre le sexe. Cela contraste avec la gestion de la succession en droit coutumier où seuls les personnes de sexe masculin peuvent l'administrer.

La loi prévoit que le plus âgé des héritiers se charge de la liquidation de la succession. Cette disposition est imprécise. En effet, le code de la famille prévoit plusieurs catégories d'héritiers dont deux catégories concourent obligatoirement à l'héritage. La question qui se pose est de savoir dans quelle catégorie doit-on tirer le plus âgé des héritiers ?

Il n'y a pas unanimité quant à la réponse réservée à cette question. Pour certains auteurs, étant donné que les termes de l'article 795 alinéa 1er ne font pas de différence entre les différentes catégories d'héritiers, le plus âgé doit être recherché entre les héritiers de la première et de la deuxième catégorie. Cette position est soutenue notamment par Mupila Ndjike lorsqu'il écrit :

«Au regard de la disposition de l'article 795 alinéa 1er du code de la famille susvisé, dans sa première branche, on peut considérer que : le plus âgé des héritiers sera recherché parmi les héritiers de la première et de la deuxième catégorie lorsqu'ils viennent en concours dans la succession ab intestat.

C'est donc à dessein que le législateur utilise l'expression " le plus âgé " des héritiers plutôt que de parler " du fils ou de la fille aîné du défunt " comme d'aucuns le soutiennent, puisque les héritiers concernés ici sont bien ceux de la première et de la deuxième catégorie qui sont appelés à concourir dans la succession.⁴⁹² »

On reproche à cette thèse de privilégier l'interprétation littérale de cette disposition, sans se préoccuper de l'esprit du texte. En effet, en analysant toutes les dispositions relatives à la succession, on se rend compte que le souci du législateur est de privilégier les héritiers de la première catégorie par rapport à ceux d'autres catégories. C'est ainsi qu'en cas de partage par exemple, non seulement que les héritiers de la première catégorie reçoivent les trois quarts de l'héritage, mais aussi ils choisissent en priorité les biens faisant partie de l'héritage.

Tenant compte de ce qui précède, nous sommes d'avis que le plus âgé des héritiers devrait être tiré parmi les héritiers de la première catégorie d'autant plus que selon la volonté du législateur, l'intérêt de ceux-ci passe avant toute autre chose. Or, cet intérêt ne pourra être mieux protégé que si l'un des héritiers de cette catégorie se trouve être le liquidateur de la succession.

Tel est également l'avis de la jurisprudence. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Kinshasa/ Matete, il a été jugé que le législateur en parlant du plus âgé des héritiers sous-entend le plus âgé de la première catégorie au cas où les héritiers de cette catégorie ont comme aîné (plus âgé) un majeur.

⁴⁹² H.F. Mupila Ndjike, op. cit., pp. 140-141

La cour motive sa décision par le fait que les $\frac{3}{4}$ de l'hérédité réservés aux héritiers de la première catégorie ne doivent pas être laissés pour gestion aux mains d'autres héritiers, c'est-à-dire ceux de la deuxième catégorie, au seul motif que les ayants droit seraient moins âgés que leurs cohéritiers des autres catégories.⁴⁹³

Cette décision de la Cour d'Appel a fait jurisprudence dans la mesure où les tribunaux ont suivi cette position. En effet, plusieurs décisions rendues par les tribunaux de Kinshasa ont investi l'aîné des héritiers de la première catégorie comme liquidateur de la succession. Tel est notamment le cas du tribunal de grande instance de Kinshasa/Matete, qui a décidé dans un cas, que le requérant est le fils aîné, en tant que tel, il a été désigné lors de la tenue du conseil de famille à Kinshasa en date du 05 décembre 2004 par tous les héritiers de la succession en qualité de liquidateur avec comme mission de gérer les affaires qui concernent cette succession. Au regard de ce qui précède, le tribunal de céans fera droit à la requête du requérant en l'investissant en qualité de liquidateur de la succession du de cujus.⁴⁹⁴

Dans un autre cas, il a été jugé que l'article 795 de la loi n° 87/010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille dispose qu'en cas de succession ab intestat, le plus âgé des héritiers sera chargé de la liquidation de la succession ou en cas de désistement, celui qui sera désigné par les héritiers. Dans le cas sous examen, dès lors que le requérant est le fils aîné du de cujus et qu'en sus, il a été désigné par le conseil de famille, le tribunal estime qu'il y a lieu de le confirmer en qualité de liquidateur de la succession du défunt.⁴⁹⁵

Il ressort de ce qui précède que le conjoint survivant ne peut pas en principe être liquidatrice de la succession au cas où les héritiers de la première catégorie existe, sauf si ceux-ci sont mineurs ou s'ils consentent de lui confier ce rôle. Il en est de même de la mère du de cujus. Par ailleurs, la fille du de cujus, héritière de la première catégorie, peut bien être liquidatrice de la succession si elle est l'aînée des héritiers ou si elle a été choisie par ceux-ci. L'analyse de la jurisprudence montre que les tribunaux n'hésitent pas

⁴⁹³ Cour d'Appel de Kinshasa/ Matete, R.C.A 2205/2209 du 13 janvier 1997, inédit.

⁴⁹⁴ Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 7014 du 25 mars 2011, inédit.

⁴⁹⁵ Tribunal de grande instance de Kinshasa / N'djili, R.C 16813 du 12 octobre 2010, inédit.

à reconnaître à l'héritière la qualité de liquidatrice. En voici quelques illustrations tirées de la jurisprudence des tribunaux de Kinshasa et de Boma.

- Il a été jugé que le tribunal de céans fera droit à la requête introduite par la demanderesse en ordonnant son investiture en qualité de liquidatrice de la succession laissée par son défunt père(Tribunal de grande instance de Kinshasa/N'djili, R.C 18.429 du 18 juillet 2011, inédit).
- il a été jugé que le tribunal recevra la requête de la demanderesse et y fera droit. En conséquence, confirmera la désignation de la demanderesse en qualité de liquidatrice de la succession du défunt(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 16779 du 18 octobre 2002, inédit).
- il a été jugé que le tribunal désignera la requérante en qualité de liquidatrice de la succession de son défunt père et l'investira avec ses frères et sœurs copropriétaires de l'immeuble sis quartier Salongo-Sud n° SBJ 682 dans la commune de Lemba(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 6985 du 18 mars 2002, inédit).
- il a été jugé que le tribunal recevra la requête introduite par les requérants et y faisant droit. En conséquence, confirmera la désignation de Emilie Mbenga, Joceline Kiebi Mvubu et Jurins Tshibuete Mvubu, en qualité des liquidateurs de la succession de leur défunt père(Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 16736 du 04 novembre 2010, inédit). Il convient d'observer ici que le tribunal a confirmé la désignation d'un collège des liquidateurs composé de deux femmes et un homme. Raison pour laquelle nous avons repris expressément les noms des liquidateurs.
- Il a été jugé que sous R.C 3631, le tribunal de grande instance de Boma avait le 11 juillet 2005 désigné le requérant en sa qualité de fils aîné comme liquidateur. Ce dernier a écrit son acte de désistement auprès du même tribunal en date de 20 juillet 2005 par lequel il demande qu'il soit remplacé par sa sœur dans ses fonctions de liquidateur au motif qu'il voyage en Angola pour un séjour de plus de cinq ans et n'est plus disponible pour ses attributions. La volonté de tous les héritiers est de le remplacer en raison de son indisponibilité par sa sœur, âgée de 37 ans pour liquider et administrer la

succession. Le tribunal fera droit à cette requête et fera application de l'article 796 du code de la famille (Tribunal de grande instance de Boma, R.C 3702 du 28 novembre 2005, inédit).

- Il a été jugé que l'article 795 alinéa 1er du code de la famille dispose qu'en cas de succession ab intestat, le plus âgé des héritiers sera chargé de la liquidation de la succession ou en cas de désistement, celui qui sera désigné par les héritiers. Dans le cas d'espèce, la succession est ab intestat et la requérante est la plus âgée des héritiers et elle a l'accord de tous les héritiers. Il échet de dire recevable et fondée la présente action (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 7070 du 07 avril 2011, inédit). D'autres jugements repris ci-dessous vont dans le même sens.⁴⁹⁶

Si le plus âgé des héritiers désiste, le liquidateur sera désigné par les héritiers.

Ceux-ci ont la possibilité de désigner même une personne étrangère à la succession. Dans

⁴⁹⁶ Il a été jugé que le tribunal de céans fera droit à la requête introduite par la demanderesse en ordonnant son investiture en qualité de liquidatrice de la succession laissée par son défunt père. (Tribunal de grande instance de Kinshasa/N'djili, R.C 18.429 du 18 juillet 2011, inédit) ; il a été jugé que le tribunal recevra la requête de la demanderesse et y fera droit. En conséquence, confirmera la désignation de la demanderesse en qualité de liquidatrice de la succession du défunt. (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 16779 du 18 octobre 2002, inédit) ; il a été jugé que le tribunal désignera la requérante en qualité de liquidatrice de la succession de son défunt père et l'investira avec ses frères et sœurs copropriétaires de l'immeuble sis quartier Salongo-Sud n° SBJ 682 dans la commune de Lemba (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 6985 du 18 mars 2002, inédit) ; il a été jugé que le tribunal recevra la requête introduite par les requérants et y faisant droit. En conséquence, confirmera la désignation de Emilie Mbenga, Joceline Kiebi Mvubu et Jurins Tshibuete Mvubu, en qualité des liquidateurs de la succession de leur défunt père (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 16736 du 04 novembre 2010, inédit). Il convient d'observer ici que le tribunal a confirmé la désignation d'un collège des liquidateurs composé de deux femmes et un homme. Raison pour laquelle nous avons repris expressément les noms des liquidateurs ; il a été jugé que sous R.C 3631, le tribunal de grande instance de Boma avait le 11 juillet 2005 désigné le requérant en sa qualité de fils aîné comme liquidateur. Ce dernier a écrit son acte de désistement auprès du même tribunal en date de 20 juillet 2005 par lequel il demande qu'il soit remplacé par sa sœur dans ses fonctions de liquidateur au motif qu'il voyage en Angola pour un séjour de plus de cinq ans et n'est plus disponible pour ses attributions. La volonté de tous les héritiers est de le remplacer en raison de son indisponibilité par sa sœur, âgée de 37 ans pour liquider et administrer la succession. Le tribunal fera droit à cette requête et fera application de l'article 796 du code de la famille (Tribunal de grande instance de Boma, R.C 3702 du 28 novembre 2005, inédit) ; il a été jugé que l'article 795 alinéa 1er du code de la famille dispose qu'en cas de succession ab intestat, le plus âgé des héritiers sera chargé de la liquidation de la succession ou en cas de désistement, celui qui sera désigné par les héritiers. Dans le cas d'espèce, la succession est ab intestat et la requérante est la plus âgée des héritiers et elle a l'accord de tous les héritiers. Il échet de dire recevable et fondée la présente action (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 7070 du 07 avril 2011, inédit) ; il a été jugé que l'article 795 alinéa 1er du code de la famille dispose qu'en cas de succession ab intestat, le plus âgé des héritiers sera chargé de la liquidation de la succession ou en cas de désistement, celui qui sera désigné par les héritiers. Dans le cas d'espèce, la succession du de cujus est ab intestat, la demanderesse avait été élue liquidatrice de la succession par les héritiers. De la sorte, le tribunal de céans estime qu'il échet de déclarer recevable et fondée la présente action au motif que la désignation de la liquidatrice a été faite conformément à la loi (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 7002 du 19 mars 2011, inédit).

ce cas, la désignation du liquidateur devra être sanctionnée par un acte signé par eux. Cet acte va lui servir comme étant la preuve de sa qualité. Mais le liquidateur peut aussi être testamentaire ou judiciaire.

b. Liquidateurs testamentaire et judiciaire

Le liquidateur peut être désigné par testament. L'article 795 du code de la famille prévoit la possibilité pour le de cujus de choisir même plusieurs liquidateurs. Dans ce cas, l'administration de la succession se fera de manière collégiale.

Le liquidateur peut également être désigné par le tribunal. Il s'agit là d'un liquidateur judiciaire. Selon l'article 795 alinéa 3 du code de la famille, le liquidateur judiciaire peut être désigné dans les cas ci-après :

- lorsque les héritiers ne sont pas encore connus ;
- lorsque les héritiers sont trop éloignés ;
- lorsque tous les héritiers renoncent à l'hérédité ;
- lorsqu'il existe une contestation grave sur la liquidation.

Mais le tribunal intervient aussi pour confirmer un liquidateur choisi par les héritiers lorsque parmi ceux-ci, il y a des mineurs ou des interdits. Dans cette hypothèse, le tribunal peut par une décision motivée, choisir un autre liquidateur parmi les héritiers.

De l'analyse de la jurisprudence on note l'existence des décisions judiciaires nommant des liquidateurs judiciaires ou confirmant le liquidateur choisi par les héritiers lorsqu'il y a des mineurs parmi eux. Il en est ainsi des jugements repris ci-dessous :

- Il a été jugé que le tribunal désignera d'office un liquidateur judiciaire en vue d'administrer ladite succession. A cet effet, il aura pour tâche essentielle d'inventorier tous les biens meubles et immeubles de la succession ainsi que tous les héritiers ; de procéder au partage des biens entre héritiers (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili, R.C 18919 du 02 mars 2012, inédit).

- Il a été jugé que dans le souci de sauvegarder la paix sociale entre parties qui sont présentement des héritiers apparents, et dans l'intérêt de protéger leur patrimoine successoral et de sécuriser tous les héritiers, le tribunal désignera un liquidateur judiciaire de ladite succession conformément à la loi, avec tous les pouvoirs lui dévolus par le code de la famille (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R.C 101.661 du 14 mai 2009, inédit).

- Il a été jugé que le tribunal recevra la requête introduite par les requérantes et y faisant droit, désigne un liquidateur judiciaire de ladite succession (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Kalamu, R.C 18.749 du 19 août 2008, inédit).

- Il a été jugé que le tribunal de céans recevra l'action de la demanderesse y faisant droit, la dira fondée et désignera un liquidateur judiciaire ayant un sens éprouvé de droit et d'équité avec comme mission d'administrer la succession et de faire rapport au tribunal (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Gombe, R .C 104.732 du 19 avril 2011, inédit).

- Il a été jugé que le tribunal constate d'une part qu'au regard des éléments du dossier, le défunt n'a pas laissé de testament et que d'autre part, deux héritiers appelés à la succession sont encore mineurs. En sus, excepté les requérants placés dans la première catégorie, tous les autres héritiers, relève le tribunal, ne sont pas encore connus. Il s'ensuit que le tribunal recevra leur requête, en la forme et y faisant droit, désignera leur frère aîné liquidateur de ladite succession (Tribunal de grande instance de Boma, R.C 3631 du 11 juillet 2005, inédit).

D'autres décisions judiciaires rendues par les tribunaux confirment cette tendance.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷

Il a été jugé qu'au regard de l'article 795 in fine du code de la famille, le tribunal procédera d'office à la désignation d'un liquidateur judiciaire. Celui-ci aura pour tâches principales : inventorier tous les héritiers, ainsi que tous les biens meubles et immeubles de la succession du de cujus, faire la proposition de partage (Tribunal de grande instance de Kinshasa/N'djili, R.C 18.387 du 03 janvier 2012, inédit) ; il a été jugé que l'article 795 alinéa 5 du code de la famille dispose que lorsque les héritiers ne sont pas connus ou sont trop éloignés, ou qu'ils ont tous renoncé à l'hérédité ou en cas de contestation grave sur la liquidation, le

2° La saisine du juge par requête en investiture

La requête en investiture en tant que acte introductif d'instance, a été prévue d'abord par l'article 50 du décret de 1920 et ensuite par l'article 233 de la loi foncière. Mais ces textes n'avaient pas prévu les mentions qu'on pouvait y trouver. Dikete Onatshungu note à ce sujet que l'article 50 du décret de 1920 ne précise pas les mentions que doit contenir la requête, ni la forme dans laquelle elle doit être faite. Mais constituant à la fois un acte de saisine du juge et un instrument de publicité, la requête doit fournir tous les éléments susceptibles de former l'opinion du juge et d'informer les tiers, à savoir l'indication précise du requérant et celle de son auteur ainsi que toutes les mentions permettant d'identifier sans risque d'erreurs, l'immeuble dont l'investiture est demandée.⁴⁹⁸

C'est cette lacune que l'article 807 du code de la famille a comblé, en précisant que la requête en investiture doit indiquer ceux qui viennent à la succession, la situation des fonds, des immeubles et leur composition.

Mais pour notre part, nous pensons que la requête en investiture devra être accompagnée aussi de certains documents pouvant justifier le droit des héritiers ou des légataires afin de permettre au juge de prendre sa décision en connaissance de cause. Bien que les articles 807 du code de la famille et 233 de la loi foncière ne précisent pas

tribunal compétent désigne d'office ou à la requête du ministère public ou d'un des héritiers un liquidateur judiciaire parent ou étranger à la famille. Dans le cas d'espèce, il découle des faits qu'il existe à ce jour des contestations graves et de sérieuses difficultés sur la liquidation de la succession du défunt. Pour ce faire, dans le souci de la défense des intérêts supérieurs des héritiers et à leurs propres requêtes, le tribunal désignera d'office un liquidateur conformément à l'article 795 alinéa 5 susvisé (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 24508/ 24002 du 23 juin 2011, inédit) ; il a été jugé que l'article 795 alinéa 1er du code de la famille dispose qu'en cas de succession ab intestat, le plus âgé des héritiers sera chargé de la liquidation de la succession ou en cas de désistement, celui qui sera désigné par les héritiers. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une succession sans testament, le plus âgé des héritiers qui s'occupait jusque là de la liquidation a non seulement été désapprouvé par tous les héritiers, mais arrêté et détenu par la justice et actuellement évadé pour un lieu inconnu. De ce qui précède, il échet de dire recevable et fondée la présente action au motif qu'il relève de la volonté des héritiers que le plus âgé ne pouvant plus gérer la succession parce que poursuivi par la justice, qu'un liquidateur judiciaire soit désigné à cette fin. Ainsi, le tribunal de céans désigne un liquidateur judiciaire (Tribunal de grande instance de Kinshasa/ Matete, R.C 8042 du 7 avril 2011, inédit).

⁴⁹⁸ Dikete Onatshungu, Du rôle de la volonté dans la transmission des droits réels immobiliers et de la sécurité des transactions immobilières, Tome 2, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit, 1975- 1976, p 483.

ces documents, nous estimons que les documents ci-après devraient accompagner la requête :

- l'acte de décès du de cujus ;
- le livret de ménage qui reprend la composition familiale du défunt ;
- le certificat d'enregistrement de la propriété immobilière ou de la concession foncière établi au nom du de cujus ;
- l'acte qui atteste la qualité du liquidateur.

Le juge saisi devra au préalable assurer la publicité de la requête comme la loi l'exige.

3° Publication de la requête en investiture

Selon l'article 233 de la loi foncière, la requête de l'héritier ou du légataire doit être publiée dans un ou plusieurs journaux de l'Etat à désigner par le juge. Le but de cette publicité est d'informer tous ceux qui prétendent avoir un droit quelconque sur l'immeuble concerné de se manifester. C'est ainsi que le professeur Kalambay Lumpungu pense que ce qui est demandé au juge, c'est en fait d'atteindre, le mieux possible, les personnes pouvant avoir quelque intérêt dans la mutation de la concession ou de l'immeuble laissé par le de cujus.⁴⁹⁹

C'est ainsi que le juge doit choisir les journaux, qui, d'après les éléments du dossier, paraissent susceptibles d'être lus par ceux qui auraient des droits à revendiquer sur l'immeuble, voire par ceux qui pourraient apporter des éclaircissements utiles quant à la succession du défunt.⁵⁰⁰ Galopin va dans le même sens lorsqu'il rapporte que parmi les mesures de publicité qu'il appartient au juge de prescrire, c'est spécialement au choix des journaux qui pourront le mieux toucher les intéressés qu'il devra donner toute son attention.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ G. Kalambay Lumpungu, *Droit civil : Régime foncier et immobilier*, Vol II, Kinshasa, P.U.Z., 1989, p 264

⁵⁰⁰ A. Stenmans, *De la transmission de la propriété immobilière*, in *Droit civil du Congo belge*, T III, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1955, p 306

⁵⁰¹ Th. Heyse, *La propriété immobilière*, in *Les Nouvelles, Droit colonial*, T1, 1932, p 93

La publicité de la requête en investiture revêt une importance capitale dans la mesure où le certificat d'enregistrement obtenu même sur base d'une erreur d'ordonnance d'investiture reste inattaquable.

Cependant, il convient de relever que cette publicité peut parfois poser certains problèmes liés à l'accès à l'information surtout à l'état actuel du pays. En effet, il existe à l'heure actuelle des parties du pays où les journaux ne paraissent pas.

Il y a lieu de noter aussi que l'analyse de la jurisprudence révèle que depuis la promulgation du code de la famille, le juge ne fait plus publier la requête en investiture, prétextant que cette formalité n'est plus exigée par cette loi. En effet, sur l'ensemble des jugements que nous avons rassemblé, un seul a refusé de répondre positivement à la requête d'investiture en invoquant notamment le fait que la requête n'a pas été publiée comme l'exige la loi. Il s'agit du jugement inscrit sous R.C 1.569 du tribunal de grande instance de Kinshasa/ N'djili. Comme on peut le constater, il s'agit là d'une décision isolée qui ne fait pas jurisprudence. Ainsi, à l'heure actuelle, les mutations par décès se passent sans publicité, si bien que ceux qui ont des droits à faire prévaloir sont souvent surpris. D'où, la multiplicité des litiges en la matière devant les tribunaux. Qu'en est-il de l'acte qui consacre la décision du juge ou du tribunal ?

4° Prise de l'ordonnance ou du jugement d'investiture

Selon l'article 233 alinéa 3 de la loi foncière, l'ordonnance d'investiture ne peut être rendue qu'après examen de tous actes ou documents propres à justifier le droit de l'impétrant et telles mesures d'instruction qu'il appartient à la vigilance du magistrat de prescrire.

Cette disposition accorde au magistrat une certaine liberté d'action pouvant lui permettre de prescrire toutes les mesures d'instruction lui paraissant utiles pour se former une conviction. Le juge ne doit donc pas se contenter des pièces que lui soumet le requérant.

L'alinéa 4 de l'article 233 de la loi foncière oblige le juge de rendre l'ordonnance d'investiture dans les quatre mois à compter du jour où ont paru les journaux dans lesquels la requête a été publiée.

Le délai de quatre mois est justifié par souci de célérité d'une part et d'autre part pour empêcher que par des scrupules excessifs, le juge ne laisse trop de temps incertaine la propriété de l'immeuble héréditaire.⁵⁰²

Mais la question fondamentale ici est de savoir l'autorité qui doit donner l'investiture. De la réponse à cette question dépend la nature de l'acte à prendre par l'autorité judiciaire.

L'article 233 alinéa 1^{er} de la loi foncière prévoit que les mutations par décès ne peuvent être opérées qu'en vertu d'une ordonnance du juge du tribunal de grande instance de la situation de l'immeuble.

Il ressort de cette disposition que l'ordonnance d'investiture doit être rendue par le juge et non par le tribunal. C'est dans ce sens qu'il a été jugé que le code civil congolais ne connaît en matière de mutation par décès d'autre procédure que celle de l'investiture. Il n'appartient pas aux tribunaux de se substituer au juge chargé de l'octroyer.⁵⁰³

Stenmans va dans le même sens, lorsqu'il estime que les ordonnances sur requête n'appartiennent ni à la juridiction gracieuse, ni à la juridiction contentieuse, mais constituent pour le Président du tribunal l'exercice d'une sorte de pouvoir discrétionnaire.⁵⁰⁴

De son côté, le professeur Mukadi Bonyi tout en classant les ordonnances dans la catégorie des décisions gracieuses, reconnaît qu'en cette matière le Président du tribunal

⁵⁰² Dikete Onatshungu, op. cit., p 484

⁵⁰³ Th. Heyse, op.cit, p 93

⁵⁰⁴ A. Stenmans, op. cit., p 309

ou de la cour rend des ordonnances qui sont des simples décisions d'ordre administratif, la matière n'étant pas contentieuse.⁵⁰⁵

De ce qui précède, il convient de noter que l'ordonnance d'investiture doit être rendue par le Président du tribunal de grande instance ou par celui du tribunal de paix. Elle relève donc de son pouvoir et non du tribunal, de ce fait, elle constitue un acte du juge et non celui du tribunal.

A l'heure actuelle, certains auteurs estiment que l'article 807 du code de la famille donne compétence non plus au juge mais au tribunal pour répondre à la requête d'investiture. En effet, ils fondent cette position sur la formulation de cette disposition qui prévoit que la requête en investiture est introduite par le liquidateur au tribunal de paix ou au tribunal de grande instance. Ainsi, pensent-ils, le tribunal ne peut répondre que par voie de jugement. C'est ce que pense notamment le professeur Lukombe lorsqu'il note que selon le code de la famille, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur la requête, ce n'est plus le juge Président ou juge délégué par celui-ci comme le précise l'article 233 de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973, mais bien le tribunal, avec cette conséquence que la décision de ce dernier, s'accommode mieux de l'appellation de jugement d'investiture et non de l'ordonnance d'investiture.⁵⁰⁶

Pour sa part, le professeur Tshibangu Tshiasu pense également que c'est le tribunal qui est habilité pour statuer sur la requête et il lui appartient de rendre une décision dans un sens comme dans un autre, c'est-à-dire rejetant ou ordonnant l'investiture.⁵⁰⁷

Depuis la promulgation du code de la famille, la jurisprudence se penche en faveur de la deuxième thèse. En effet, le juge répond systématiquement à la requête d'investiture par le jugement et non plus l'ordonnance. Ce jugement reconnaît aux héritiers leur qualité et ordonne au conservateur des titres immobiliers d'opérer la mutation en leur nom respectif. C'est sur base de ce jugement que ce fonctionnaire établit

⁵⁰⁵ Mukadi Bonyi et al, Procédure civile, Kinshasa, Batena Ntambua, 1999, p 113

⁵⁰⁶ Lukombe Nghenda, *op. cit.*, p 934

⁵⁰⁷ F. Tshibangu Tshiasu Kalala, Droit civil : régimes matrimoniaux, succession, libéralités, Kinshasa, Cadicec, 2003, p 250.

le nouveau titre aux noms des héritiers et inscrit l'usufruit du conjoint survivant dans le nouveau certificat d'enregistrement au bénéfice de la veuve. C'est seulement en ce moment là que les droits des héritiers auront une existence légale. Tel est le sens des décisions judiciaires que nous avons relevé antérieurement.

Voilà toute l'importance que revêt cette procédure tant pour les héritiers du de cujus en général que pour le conjoint survivant en particulier. Qu'en est-il alors de la femme divorcée ?

Section 4. Accès de la femme divorcée aux droits fonciers

L'accès de la femme divorcée aux droits fonciers dépend essentiellement du régime matrimonial qui avait été choisi au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage. En effet, selon l'article 578 du code de la famille, le divorce dissout le mariage et met fin aux devoirs réciproques des époux et à leur régime matrimonial.

Ainsi, si pendant le mariage les époux divorcés vivaient sous le régime de la séparation des biens, chacun d'eux gardera ses biens au moment du divorce. Si la femme avait acquis avant et pendant le mariage des biens fonciers et immobiliers, elle les gardera et elle va en jouir en toute liberté.

En cas du régime de la communauté réduite aux acquêts, chacun des époux reprendra ses biens propres et les biens communs seront partagés par moitié entre eux, et ce, après règlement du passif. Ce principe résulte de la combinaison des articles 502, 503, 524 et 530 du code de la famille.⁵⁰⁸

Dans cette hypothèse, si parmi les biens propres de la femme, il y a des biens fonciers et immobiliers, la divorcée en gardera dans son patrimoine. Elle aura en outre, la moitié des biens fonciers et immobiliers acquis pendant le mariage.

⁵⁰⁸ L'article 524 dispose : « En cas de dissolution du mariage, s'il y a eu gestion du mari, chacun des époux reprend en nature les biens qui lui sont propres. » De son côté, l'article 530 dispose : « Après règlement du passif, le surplus du patrimoine commun est partagé par moitié entre les époux ou leurs héritiers. »

Dans le cas où les époux divorcés étaient régis par le régime de la communauté universelle, l'article 535 du code de la famille prévoit que l'actif et le passif de la communauté seront partagés par moitié entre les anciens époux.

Les biens propres de chaque époux restent dans son patrimoine, si ceux-ci sont retrouvés en nature ou s'il en est établi un compte distinct.⁵⁰⁹

Ici également, s'il y a des biens fonciers et immobiliers dans la communauté, ils seront partagés par moitié entre époux. Mais chacun d'eux garde ses biens immobiliers propres acquis à titre gratuit avec exclusion de communauté.⁵¹⁰

Cependant, à la demande de l'un des époux qui occupe une maison appartenant en tout ou en partie à l'autre époux au moment de la transcription du jugement consacrant le divorce entre eux, le tribunal de paix peut disposer qu'il occupera la maison et usera des meubles meublants pendant six mois après la transcription de la décision.

Les actes posés par l'ancien époux propriétaire de la maison en violation de la décision prise par le tribunal ne sont pas opposables au bénéficiaire du droit d'occupation.⁵¹¹

Il y a lieu de remarquer ici que le législateur donne la possibilité à l'ancien conjoint qui est en difficulté au moment de divorce, de jouir encore du bien immobilier appartenant à son ancien conjoint pendant un temps ne dépassant pas 6 mois. Une telle disposition est bénéfique surtout pour la femme. En effet, généralement c'est elle qui se retrouve en difficulté, compte tenu de sa situation financière souvent précaire. Ainsi, elle accède aux droits immobiliers d'une manière temporaire, et ce, à la dissolution du mariage.

Pendant ce temps, si l'ancien conjoint propriétaire de la maison se permet par exemple de la vendre ou de la mettre en location, ces actes n'auront aucun effet sur le droit que le tribunal a reconnu à l'autre ancien conjoint en difficulté. C'est seulement à la

⁵⁰⁹ Art 536 du code de la famille

⁵¹⁰ Art 533 du code de la famille

⁵¹¹ Art 583 du code de la famille

fin de la période impartie que l'ancien époux propriétaire de la maison pourra en disposer selon sa volonté. Il s'agit là à mon sens d'un droit spécial qui relève de la solidarité devant exister entre les anciens époux.

Par rapport à la situation de la femme divorcée se trouvant sur les terres appartenant aux communautés locales régies par la coutume, celle vivant sur les terres rurales et urbaines est dans une situation confortable. En effet, comme nous l'avions souligné antérieurement, la femme divorcée sur les terres des communautés locales ne bénéficient pas des droits immobiliers alors que celle qui est sur les terres rurales et urbaines accèdent aux droits immobiliers quel que soit le régime matrimonial auquel elle était soumise.

Le relevé des jugements des tribunaux de paix nous révèle que les tribunaux ont toujours tenu compte de l'intérêt de la femme lorsqu'ils prononcent le divorce. Cependant, il y a lieu d'observer trois tendances : la première est celle qui prononce le partage de tous les biens immobiliers à part égale entre les deux époux, la deuxième est celle qui privilégie le mari au détriment de l'épouse et la troisième est celle qui consiste à laisser tous les biens immobiliers au profit d'un époux sous prétexte qu'il lui revient la garde des enfants. Ainsi, allons-nous essayer de reprendre quelques décisions jurisprudentielles allant dans un sens comme dans l'autre.

Nombreuses, sont les décisions judiciaires allant dans le sens de partager les biens immobiliers à part égale entre anciens époux. Souvent, ces mariages sont contractés soit sous le régime de la communauté universelle des biens soit sous celui de la communauté des biens réduits aux acquêts.

- Il a été décidé que s'agissant de la liquidation du régime matrimonial, les deux époux ont reconnu avoir construit ensemble une maison sur la parcelle située sur l'avenue Butulu n° 127, Quartier Mpila, commune de Ngaba à Kinshasa. Dès lors, le tribunal ordonnera de procéder à la vente de l'unique parcelle et les deux conjoints se partageront le prix par moitié chacun (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Lemba, R.C. 9107/VIII, du 18 septembre 2009, inédit). Dans le

cas d'espèce, les époux étaient régis par le régime de la communauté réduite aux acquêts.

- Il a été décidé qu'étant donné que les époux ont acquis pendant le mariage deux parcelles, et qu'ils ont contracté leur mariage sous le régime de la communauté universelle des biens, il y a lieu de procéder à la liquidation du régime matrimonial en accordant à chacun une parcelle(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Lemba, R.C. 10.221/I, du 21 juillet 2009, inédit).
- Il a été jugé que le mariage de deux parties étant régi par le régime de la communauté universelle des biens et qu'ils ont ensemble acquis deux parcelles, il sera attribué au mari la parcelle située à la cité de Badara et à l'épouse celle de Kinkole(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Lemba, R.C. 10265/VIII, du 24 septembre 2009, inédit).
- Il a été jugé que les parties en divorce sont autorisées de vendre l'unique parcelle acquise pendant le mariage, quitte à partager à part égale le fruit de cette vente, en réservant une part aux enfants issus de cette union(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Matete, R.C. 4455/V, du 8 février 2001, inédit).
- Il a été jugé que les parties ayant déjà procédé de commun accord au partage de leurs biens meubles, le seul bien commun restant est la parcelle située dans la commune de Ngaliema, le tribunal ordonnera son morcellement en deux parties(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Matete, R.C. 6757/VI, du 18 janvier 2006, inédit).
- Il a été jugé qu'en ce qui concerne les biens des époux, le tribunal relève que ceux-ci ayant été mariés sous le régime de la communauté universelle, il sera procédé au partage équitable de tous les biens communs notamment la parcelle située au camp Badara(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Matete, R.C. 6669/VI, du 17 août 2006, inédit).
- Il a été jugé que le tribunal procède au partage des biens communs et confie à la défenderesse l'immeuble sis au n° 206 Jacaranda Gardens à Johannesburg, RSA et l'immeuble sis au n° 23, Mount Verna, Johannesburg, RSA. Au demandeur l'immeuble sis Dumberstr-Johannesbourg, l'immeuble sis 23 Cavendish Heights- Johannesburg, la maison familiale sise 35 Knoest centurion RSA et la maison familiale sise au n° 33 Nell court, New Jersey,

USA(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Matete, R.C. 8565/V, du 19 juillet 2011, inédit). A priori, cette décision peut laisser croire que le partage n'a pas été équitable entre parties. De la lecture du jugement, il ressort que les deux derniers immeubles confiés au demandeur sont ceux obtenus à crédit, et ces crédits n'ont pas été apurés. Voilà pourquoi le tribunal a voulu les confiés au mari qui dispose des moyens pour les apurer.

- Il a été décidé que concernant le partage des biens, le tribunal dira que l'unique parcelle que les parties ont eu pendant leur mariage sera vendue et le prix sera partagé à parts égales entre le demandeur et la défenderesse (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Matete, R.C. 9004/V du 27 septembre 2011, inédit).
- Il a été jugé que s'agissant de la liquidation du régime matrimonial, le tribunal autorisera le partage par moitié au profit de chacun des époux, l'unique parcelle du couple sise dans la commune de Mont-Ngafula(Tribunal de Paix de Kinshasa/ Assossa, R.C.D. 5411/III, du 1février 2011, inédit).
- Il a été jugé que chaque époux recevra la moitié du prix de vente de l'unique parcelle obtenue par eux pendant le mariage (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Pont Kasa-vubu, R.C. 6151/X du 15 mai 2009, inédit).
- Il a été jugé qu'étant donné que les époux ont déclaré avoir eu en commun deux parcelles, le tribunal ordonnera la vente de ces deux parcelles et d'en diviser le produit de vente entre époux à part égale (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Pont Kasa-vubu, R.C. 6282/II du 01 juin 2010, inédit).
- Il a été jugé que les époux partageront équitablement tous les effets répertoriés y compris la parcelle en construction acquise pendant le mariage (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Pont Kasa-vubu, R.C. 6522/II du 04 juin 2010, inédit).

L'analyse de plusieurs autres jugements confirme cette tendance de la jurisprudence.⁵¹²

⁵¹² il a été jugé que même si la parcelle a été enregistrée au nom du mari, elle sera partagée équitablement dans la mesure où elle a été acquise pendant le mariage et que les époux étaient régis par le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts (Tribunal de Paix de Kinshasa/ N'djili, R.C. 4367 du 06 juillet 2009, inédit) ; il a été jugé que le tribunal accordera à chacun des époux la moitié de l'unique parcelle obtenue pendant le mariage ou sa contrevaieur en cas de vente (Tribunal de Paix de Kinshasa/ N'djili, R.C.

Les différentes décisions judiciaires mentionnées illustrent bien que la femme divorcée jouit effectivement de ses droits fonciers. En effet, les tribunaux appliquent la loi en respectant les droits de la femme par une répartition équitable des biens fonciers et immobiliers acquis par les divorcés en tenant compte de leur régime matrimonial.

4428 du 16 juillet 2009, inédit) ; il a été jugé que l'unique parcelle obtenue pendant le mariage est une copropriété des époux et de l'enfant que le mari a eu avant le mariage. Ainsi, elle sera vendue et le prix sera partagé équitablement entre les trois copropriétaires (Tribunal de Paix de Kinshasa/ N'djili, R.C. 4850 du 22 février 2010, inédit) ; il a été jugé que les parties étant régies par le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts, la parcelle qu'elles possèdent sera partagée à raison de moitié pour chaque conjoint (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Gombe, R.D. 695/ II, du 20 octobre 2006, inédit) ; il a été jugé qu'étant donné que le demandeur a vendu une parcelle dans la commune de Ngiri- Ngiri sans s'être consulté avec la défenderesse, il a agi en violation de leur régime choisi. Le tribunal lui laissera le fruit de cette vente mais donnera à la femme l'autre parcelle sise toujours dans la commune de Ngiri-Ngiri. Quant aux parcelles de Ngaliema, le tribunal donnera au demandeur la parcelle inachevée et le terrain vide respectivement aux numéros 15 et 16 de l'avenue Tungisana, tandis que la défenderesse prendra la parcelle située au numéro 17 de la même avenue et la ferme se trouvant dans la commune de la Nsele (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Assossa, R.C.D. 1795/II du 29 octobre 2008, inédit). Il est à noter que la ferme se trouve sur une terre rurale. Il a été jugé que le tribunal ordonnera la division à deux de tous les biens acquis par les époux pendant la vie commune, y compris la maison où ils habitaient ensemble (Tribunal de Paix de Lubumbashi/ Kamalondo, R.C. 5097/II du 17 avril 2010, inédit) ; il a été jugé que statuant sur le partage des biens, le tribunal relève que les époux ont déclaré s'être mariés sous le régime de la séparation des biens. Ainsi, s'appuyant sur leur protocole d'accord et leurs déclarations à l'audience, le tribunal confiera à chaque époux ses biens soit la parcelle sise avenue Luvemba n° 162, commune de Bandalungwa à la demanderesse ; les parcelles sises avenue Dianga n°41, quartier 8, commune de N'djili et avenue Simonambi n° 1800/19, commune de Lemba au défendeur (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Lemba, R.C. 9934/IV du 13 mars 2009, inédit) ; il a été jugé que les époux se sont mariés sous le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts. Durant leur mariage, ils ont acquis deux parcelles. Le tribunal note que de commun accord les époux ont opéré le partage suivant : la parcelle sise Cogelos a été attribuée à la défenderesse et celle sise Ngamandjo revient au demandeur. (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Lemba, R.C. 10.463/VI du 16 novembre 2009, inédit) ; il a été jugé que le tribunal note que les époux sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Que la liste des acquêts se présente comme suit : cinq parcelles dont deux déjà construites et trois terrains non encore bâtis, une ferme, deux boutiques et une jeep de marque Nissan. Ainsi, ce régime sera liquidé comme suit : la défenderesse aura une parcelle avec maison et deux terrains vides ainsi que la jeep de marque Nissan. Le demandeur aura une parcelle avec maison, une parcelle vide et la ferme. Il aura en outre les deux boutiques (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Kinkole, R.C. 1317 du 04 mai 2010, inédit) ; il a été jugé que quant aux biens de la communauté matrimoniale, le tribunal rappelle que les deux époux ont opté pour le régime de la communauté universelle des biens. Que s'agissant des biens immobiliers, la défenderesse soutient qu'ils ont acquis deux parcelles dont l'une à Mbudi et l'autre au plateau de Bateke(une ferme). Quant à la parcelle de Mbudi, la défenderesse n'a pas produit aux débats ni versé au dossier un quelconque titre attestant qu'ils ont acquis ladite parcelle. Concernant la ferme du plateau de Bateke, le tribunal indique que les deux époux ont reconnu qu'ils l'ont acquis. Ainsi, étant donné qu'il n'y a aucune contestation quant à la ferme de plateau de Bateke de 18 hectares, le tribunal accordera neuf hectares à la défenderesse et neuf autres hectares au demandeur (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Matete, R.C. 8054/III du 22 avril 2011, inédit). Il s'agit là également des terres rurales.

Mais à côté de ces décisions judiciaires, il existe quelques unes qui ne prennent pas toujours en compte les droits fonciers de la femme, en opérant un partage inéquitable⁵¹³.

Il ressort de ces deux décisions que le juge n'a pas opéré une répartition équitable. En effet, il n'a pas voulu accorder à la femme les biens fonciers. Or, ces biens ont généralement une valeur supérieure par rapport aux biens mobiliers. Il devrait en principe partager les biens en distinguant les biens mobiliers d'une part et les biens immobiliers d'autre part.

La troisième tendance est constituée des décisions judiciaires dans lesquelles la femme renonce à ses droits fonciers au motif que les enfants devront en bénéficier. Il y a lieu de remarquer dès à présent que dans ces jugements, la garde des enfants est confiée au mari. Ce qui lui donne le droit de jouir de la maison conjugale au détriment de la femme⁵¹⁴.

Nous sommes d'avis que dans ces deux jugements, les tribunaux se sont laissés entraîner par 'le jeu malin' des maris, qui pour continuer à jouir de la maison, ont voulu d'abord obtenir la garde des enfants, et ensuite demander soit que la parcelle leur soit attribuée, soit que la mutation soit carrément faite au nom des enfants. Dans tous les cas,

⁵¹³ Il a été jugé que le régime matrimonial des époux étant dissout, le tribunal assure le partage des biens comme suit : la demanderesse aura la voiture de marque Toyota Corolla, les éléments de la cuisine, deux lits pour enfants et matelas, un congélateur, un frigo et les services de table. Le défendeur aura la maison d'habitation, un buffet, les chaises en plastique, une antenne parabolique, un téléviseur, six lits, les éléments de la salle de bain et les tuyaux d'arrosage (Tribunal de Paix de Lubumbashi/ Kamalondo, R.C. 1379/II du 29 mai 2007, inédit) ; il a été jugé que le tribunal statuant sur les biens communs procède à leur partage de la manière suivante : au demandeur, le tribunal accorde sept tableaux, un tapis, un abat-jour, un salon complet en rotin, une télévision philips 21', une table à quatre places plus quatre chaises, un petit buffet, le bureau complet, 8 chaises vertes en plastic, un lit, une table basse vitrée, une tablette, 6 chaises plastics blanches, une table ronde en plastic, un miroir et un terrain en construction. Le tribunal laisse tous les autres biens à la défenderesse (Tribunal de Paix de Lubumbashi/ Kamalondo, R.C. 1398/IV du 10 juin 2008, inédit).

⁵¹⁴ Il a été jugé que de commun accord, les parties se sont entendues que l'unique parcelle obtenue pendant le mariage soit laissée au mari, étant entendu qu'il aura la garde des enfants (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Pont Kasa-vubu, R.C. 6584/I du 27 avril 2010, inédit) ; il a été jugé que le demandeur est bien disposé d'assurer l'encadrement de ses enfants et qu'il sollicite leur garde. Qu'il y a lieu de faire droit à sa demande en lui confiant la garde des trois enfants ainsi que le droit d'exercer sur eux l'autorité parentale. En ce qui concerne le sort des biens, le demandeur qui est copropriétaire de la parcelle sise boulevard Salongo n° 9589 au même titre que la défenderesse, demande qu'elle soit mutée au profit des enfants précités pour leur assurer un héritage en copropriété. Le tribunal estime qu'il y a lieu d'y faire droit (Tribunal de Paix de Kinshasa/ Lemba, R.C. 9374/I du 30 octobre 2006, inédit).

ces deux jugements entraînent la même conséquence dans le chef des maris quant à la jouissance des biens immobiliers. En effet, ils continueront à habiter ces maisons comme auparavant alors que les femmes n'en bénéficieront plus.

Voilà la situation en ce qui concerne les droits fonciers de la femme divorcée. Mais une autre préoccupation est de celle préciser la position de la femme qui vit dans une union de fait, au sujet de ses droits fonciers.

Section 5 : Les droits fonciers de la femme dans une union de fait

Le droit congolais de la famille consacre la monogamie comme l'unique forme de mariage reconnu. En outre, pour qu'il y ait mariage, la loi exige quant aux conditions de fond le consentement des époux, la capacité de contracter mariage et fondamentalement le versement de la dot par le mari conformément à la coutume de la femme. Mais il s'observe des situations où un homme et une femme vivent ensemble pendant des nombreuses années, sans qu'il y ait versement de la dot. Ce phénomène est bien connu à Kinshasa sous les appellations « Yaka to Vanda », qui veut dire littéralement « cohabitons » ou encore « Nzela Mukusé », qui veut dire « raccourci ». ici, on prend le raccourci parce qu'on manque les moyens pour suivre la procédure normale qui consiste à verser préalablement la dot avant de vivre avec une femme dans le même toit. La caractéristique de ce phénomène est que les deux partenaires ne sont pas unis par un mariage antérieur. Il s'agit là d'une situation que le professeur Nicole Jeanmart qualifie « des unions libres dues à la misère ou de concubinage des bidonvilles ou des corons ou des marolles ». Selon l'auteur, ces unions libres s'expliquaient en France et en Belgique par l'ignorance des formalités à remplir en vue de contracter mariage ou par les difficultés pratiques qu'entraînent les diverses démarches administratives. Elles s'expliquaient également par la pauvreté.⁵¹⁵

Une autre situation est celle dans laquelle se trouve un homme marié légalement mais qui entretient une ou plusieurs autres femmes qu'il a aussi doté ou pas. Il s'agit là

⁵¹⁵ N. Jeanmart, Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier S.A, 1986, p19

d'un vieux phénomène connu également à Kinshasa sous le nom de « Bureau ». Sur le plan juridique, on parlera de la polygamie lorsque la deuxième femme a été dotée sinon on parlera du concubinage adultère.⁵¹⁶ Le professeur Mulumba Katchy dit mieux lorsqu'il note que la polygamie est une vieille pratique profondément ancrée dans la mentalité des congolais.⁵¹⁷ Sur le plan anthropologique, Camille Kuyu analyse ce phénomène comme un ensemble de deux ou plusieurs monogamies simultanées. En effet, l'auteur refuse de qualifier cette situation de polygamie, parce qu'il estime qu'en pareille situation, les épouses cohabitent, communiquent, voire entretiennent des rapports de complicité. Or, en cas de « bureaugamie », chaque épouse a sa résidence et mène avec son mari et éventuellement leurs enfants, une vie de couple normale.⁵¹⁸ Cette explication est sans doute valable sur le plan de l'anthropologie juridique. Mais au regard du droit positif, ce phénomène est qualifié de polygamie et par conséquent interdit.

Ces deux situations qui ont retenu notre attention dans la mesure où elles sont les plus connues et vécues dans la société congolaise, sont des unions de fait. La différence entre les deux situations est que dans la première hypothèse aucun de deux partenaires n'est uni par un mariage antérieur, alors que dans la seconde hypothèse, l'homme est uni à une femme par un lien de mariage antérieur. Il convient de noter qu'en dehors de ces deux hypothèses, on peut en trouver d'autres. D'ailleurs à ce sujet, certains sociologues en distinguent plusieurs variantes. Ils parlent notamment de la cohabitation juvénile, cohabitation non juvénile, union libre avant tout mariage et union libre après un premier mariage⁵¹⁹. Dans tous les cas, la législation congolaise dans son état actuel n'accorde aucun effet juridique à ces relations entre partenaires et pourtant, il s'agit là d'une réalité africaine en général et particulièrement congolaise. En effet, beaucoup des personnes se retrouvent dans cette situation.

La première situation arrive souvent entre deux jeunes qui entretiennent une relation amoureuse, à l'issue de laquelle la fille se retrouve enceinte. Si le garçon n'a pas des moyens pour la doter ou n'est pas prêt à le faire, il pourra néanmoins la prendre pour

⁵¹⁶ N. Jeanmart, op. cit, p 27

⁵¹⁷ Mulumba Katchy, op. cit, p53

⁵¹⁸ C. Kuyu Mwiswa, Parenté et famille dans les cultures africaines, Paris, Karthala, 2005, p106

⁵¹⁹ L. Roussel, La famille de fait : point de vue d'un sociologue, in *La famille de fait*, Kortrijk-Bruxelles-Namur, UGA, 1982, pp 15-35

cohabiter. Il arrive qu'ils passent plusieurs années de cohabitation sans que la dot soit versée. Entretemps, ils vont continuer à faire des enfants et ils peuvent acquérir aussi des biens fonciers et immobiliers. Quelle que soit la durée d'une telle union, la loi n'accorde aucun effet juridique à cela. Ainsi, si le couple se sépare, la femme n'a pas la possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre de cette union de fait. Elle ne pourra pas par exemple réclamer sa part des biens fonciers ou immobiliers dès l'instant où ces biens ont été enregistrés au nom de l'homme alors qu'elle a parfois réellement contribué pour que ces biens soient acquis.

De même, lorsque l'homme meurt dans cet état, la femme n'a pas droit à l'héritage sauf s'il a laissé un testament en sa faveur. En effet, pour que la femme soit considérée comme héritière, il faut qu'elle soit mariée. Elle n'aura pas non plus l'usufruit du conjoint survivant au cas où il y aurait des biens fonciers et immobiliers. Mais les enfants issus de cette union seront reconnus héritiers de l'homme et bénéficieront de tous les avantages liés à cette qualité.

Concernant la deuxième situation, il arrive qu'un homme marié soit amené pour une raison quelconque d'entretenir une ou plusieurs autres femmes. De ces relations peuvent aussi naître des enfants. S'il est vrai que ces relations sont prohibées par la loi, la réalité est qu'elles sont tolérées dans les milieux urbains, et, dans les milieux ruraux elles sont pratiquement la règle.

En effet, dans les milieux urbains, plusieurs hommes se retrouvent dans cette situation au vu et au su de tout le monde sans que cela pose un quelconque problème. Il est rare que la femme porte plainte contre son mari au motif qu'il a commis l'adultère. Cette attitude se justifie par le souci de protéger l'union conjugale et surtout de se prémunir contre la réprobation sociale en général et celle de la famille du mari ou parfois même celle de la famille de la femme en particulier. La société n'accepte pas qu'une femme se permette de trainer son mari en justice pour avoir commis l'adultère. La réputation et l'honneur du mari ne doivent pas être souillés pour un tel acte. Or, selon la loi, l'adultère ne peut être poursuivi que sur plainte de l'époux offensé⁵²⁰. Le ministère

⁵²⁰ Art 468 du code de la famille

public ne peut donc pas se saisir d'office. En outre, l'article 467 du code de la famille ne sanctionne l'adultère de l'homme que pour autant qu'il soit entouré des circonstances qui lui impriment un caractère injurieux, alors que cette circonstance n'est pas prévue pour l'adultère de la femme.

Dans les milieux ruraux, les hommes sont plus polygames que monogames. Cette situation s'explique notamment par le fait que les femmes constituent une main d'œuvre redoutable dans ces milieux. Comme l'activité principale est le travail de la terre, il faut s'assurer de la main d'œuvre. La meilleure manière d'en avoir à moindre frais est la polygamie. Les femmes aident les hommes à créer de nouvelles plantations. Ainsi, plus on a des femmes, plus on a la possibilité d'avoir des plantations et par conséquent des moyens financiers.

Mais sur le plan juridique, cette situation également ne produit pas des effets par rapport à la femme surtout en milieu urbain. En effet, celle-ci se retrouve dans la même situation que celle de la première hypothèse, malgré la longévité de cette union. Cependant, les enfants qui y sont issus, seront des héritiers de l'homme s'ils sont reconnus de son vivant. Cette situation est inconfortable pour la femme.

En milieu traditionnel, ces unions ne changent rien quant à la situation de la femme par rapport à ses droits fonciers. En effet, il avait été dit que la femme dans ce milieu, n'hérite pas de son mari et en cas de divorce, elle n'obtient rien, étant donné qu'en droit coutumier, le régime matrimonial consacré est la séparation des biens et que la terre appartient à la communauté. De ce fait, les autres femmes se retrouveront dans la même situation que la première d'entre elles.

Dans les deux hypothèses, la femme peut accéder aux droits fonciers ou immobiliers de deux manières. Elle peut acquérir entre vif. Elle n'aura pas besoin de l'autorisation maritale dans la mesure où elle est considérée comme célibataire. Elle peut également acquérir par donation. Dans ce cas, son partenaire pourra lui faire des dons. Conformément à la loi, ces biens devront être enregistrés au nom de la femme. Elle ne peut hériter de son partenaire que si celui-ci a laissé un testament en sa faveur. Cela n'est

possible que pour la femme qui est sur les terres urbaines et rurales et non pour celle qui se retrouve sur les terres des communautés locales.

Dans le souci de protéger les droits de la femme, on peut envisager des solutions suivantes : pour la première hypothèse, la loi pourra poser en terme de présomption que si deux individus vivent ensemble pour une longue durée, les biens fonciers et immobiliers acquis pendant cette union est une copropriété. Cette présomption ne pourra jouer que si les deux partenaires sont célibataires.

Pour la deuxième hypothèse, on pourra s'inspirer des dispositions contenues dans les codes de la famille de plusieurs pays africains qui offre la possibilité aux époux de choisir dès le départ entre le mariage monogamique et le mariage polygamique. De sorte que les autres relations du mari ne pourront produire d'effets que si l'option du départ était la polygamie.

De l'analyse qui précède, on peut noter que les droits fonciers de la femme sur les terres urbaines et rurales sont variables selon les cas de figure. Si la femme est célibataire, ses droits sont sans entrave. Elle accède aux droits fonciers au même titre que l'homme, parce qu'elle conserve toute sa capacité juridique lui permettant de poser valablement tous les actes juridiques.

En revanche, si la femme est mariée, l'accès aux droits fonciers est tributaire du régime matrimonial choisi par les époux, mais surtout de la volonté du mari. En effet, s'il est vrai que tous les régimes matrimoniaux prévus par le code de la famille permettent l'accès de la femme aux droits fonciers, il faut aussi reconnaître que les uns présentent plus d'avantages que les autres. Mais l'obstacle majeur pour la femme mariée peut être l'autorisation maritale qui la réduit au rang des incapables. D'où, avons-nous pensé, qu'il serait nécessaire de remplacer cette autorisation préalable par le droit d'opposition postérieur qui sera accordé tant à l'homme qu'à la femme, au cas où l'acte posé par l'un ou l'autre membre du couple, porterait préjudice au ménage.

Dans le cadre de la succession, la femme peut avoir plusieurs statuts. Elle peut être veuve, enfant du de cujus, sa mère, sa sœur ou sa tante. Dans tous les cas, le code de

la famille a fait de la femme héritière, et ce, en tenant compte du lien qui l'unit avec le de cujus. Ainsi, la fille du de cujus est héritière de la première catégorie au même titre que son frère. A ce titre, elle a droit à une part égale de l'hérédité que les autres héritiers de sa catégorie. En outre, elle peut être instituée liquidatrice de la succession lorsqu'elle est l'aînée des héritiers ou lorsqu'elle est choisie par ceux-ci.

La veuve est reconnue comme héritière de la deuxième catégorie. De ce fait, elle reçoit soit le 1/8 ou le 1/12 de l'héritage laissé par son défunt mari, selon qu'il existe ou pas trois groupes d'héritiers de sa catégorie. En outre, la loi lui reconnaît l'usufruit de la maison qu'elle a habitée avec son mari ainsi que les terres attenantes que le de cujus exploitait personnellement.

La mère ainsi que la sœur du de cujus sont aussi héritières de la deuxième catégorie. Elles forment deux groupes distincts des héritiers de cette catégorie. A ce titre, elles reçoivent dans leur catégorie respective la même quotité que la veuve et dans les mêmes conditions.

La tante ne participe à la succession qu'en l'absence des héritiers de deux premières catégories. Dans ce cas, elle reçoit une part égale à celle de l'oncle du de cujus.

Quant à la femme divorcée, ses droits fonciers dépendent également du régime matrimonial choisi au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage. Si les époux avaient choisi le régime de la séparation des biens, au moment de divorce, chacun reprend ses biens immobiliers acquis avant ou pendant le mariage. S'ils étaient régis par la communauté des biens réduites aux acquêts, à la dissolution du mariage par le divorce, chacun reprend ses biens immobiliers acquis avant le mariage ainsi que la moitié de ceux obtenus pendant le mariage. En cas de la communauté universelle des biens, au moment de divorce, la femme recevra la moitié de tous les biens immobiliers acquis par le couple, l'autre étant réservée au mari.

La jurisprudence joue un rôle important dans la protection des droits fonciers de la femme. En effet, d'une manière générale, le juge se conforme à la loi lorsqu'il est saisi.

Il intervient en matière de divorce pour dissoudre le mariage et par voie de conséquence, mettre fin au régime matrimonial des époux, en partageant les biens. Il intervient également en matière de succession lorsque celle-ci comporte un ou plusieurs biens immobiliers.

Quant à la femme vivant dans une union de fait, ses droits ne sont pas garantis. Cela se justifie par le fait que le législateur ne reconnaît pas une telle relation. Mais étant une réalité sociale, l'Etat devrait en tenir compte dans le seul objectif de protéger les droits de la femme.

De tout ce qui précède, il ressort que d'une manière globale, les droits fonciers de la femme sur les terres urbaines et rurales sont mieux garantis par rapport à ceux de la femme sur les terres des communautés locales. En effet, le législateur a prévu des dispositions de nature à protéger les intérêts de la femme, quant à ses droits fonciers et immobiliers. Mais il faut reconnaître qu'il y a encore des efforts à fournir pour améliorer la situation de la femme par rapport à celle de l'homme. Cette situation traduit l'incohérence de la législation congolaise en la matière qui nécessite son harmonisation.

Troisième partie : HARMONISATION DES DROITS FONCIERS DE LA FEMME

Dans la première partie de notre étude, nous avons relevé que sur les terres appartenant aux communautés locales régies actuellement par la coutume, la femme fait l'objet de discrimination quant à ses droits fonciers. En effet, elle ne peut pas être cheftaine des terres communautaires lorsqu'elle est membre de la communauté "propriétaire." Elle n'a pas droit à l'héritage foncier en tant que héritière. Lorsqu'elle est veuve, elle n'a pas droit d'hériter de son mari et en cas de divorce, elle ne bénéficie pas de partage des biens fonciers.

Cette discrimination est justifiée par le fait que d'une part la terre étant une propriété du clan ou de la famille, seuls les membres de cette communauté peuvent en être propriétaires. La femme étant étrangère au groupe, elle ne peut donc pas y accéder. D'autre part, lorsqu'elle est membre du groupe, elle ne peut pas être gestionnaire au motif qu'elle est appelée à quitter sa famille pour rejoindre celle de son mari.

Ainsi, comme on peut s'en rendre compte, l'homme est privilégié à tout point de vue par rapport à la femme.

Cependant, sur les terres rurales et urbaines, la situation est bien différente. En effet, la femme célibataire jouit de mêmes droits que l'homme. Elle accède aux droits fonciers au même titre que l'homme. Quant à la femme mariée, elle a également le droit d'accéder aux droits fonciers dans le cadre du régime matrimonial choisi par eux lors de la célébration ou de l'enregistrement du mariage. Cependant, le code de la famille lui impose l'obligation d'obtenir l'autorisation de son mari pour poser certains actes dont elle s'oblige personnellement. Ce qui peut rendre parfois difficile son accès aux droits fonciers. En cas de veuvage, elle est héritière de la deuxième catégorie au même titre que les parents de son défunt mari ainsi que ses frères et sœurs. La femme divorcée a droit à la moitié des biens fonciers obtenus pendant le mariage lorsque le régime matrimonial choisi au moment du mariage le permet. Enfin, en tant que fille, elle a droit à l'héritage et elle peut même être liquidatrice de la succession lorsqu'elle est l'aînée des héritiers ou lorsqu'elle est choisie par eux. La loi ne prend pas en compte la situation de la femme

vivant dans une union de fait. Celle-ci est dépourvue de tout droit au motif que sa situation est illégale dans la mesure où la loi consacre le mariage monogamique et elle fait du versement de la dot un élément indispensable pour qu'il y ait mariage.

On constate ici globalement qu'il y a égalité entre l'homme et la femme mais la discrimination subsiste en ce qui concerne la femme mariée qui doit toujours obtenir l'autorisation préalable de son mari avant d'acquérir la terre. La situation des femmes vivant dans les unions de fait sont également préoccupantes. Afin de réaliser l'égalité entre l'homme et la femme, les efforts devront encore être faits pour améliorer la situation de la femme sur certains points.

De ce qui précède, il y a lieu de constater une certaine incohérence au sein du système juridique congolais sur cette question. Cette incohérence se manifeste par l'inadéquation qui existe entre certains principes constitutionnels d'une part et les engagements internationaux de la République d'autres part par rapport à certains textes légaux ainsi que la coutume. Ainsi, il est nécessaire de corriger ce déséquilibre en proposant l'harmonisation de la législation en la matière par rapport à la constitution et par rapport aux engagements internationaux de la République en matière des droits de l'homme. Mais pour garantir les chances de réussite à la réforme proposée, il convient de mettre sur pied une politique tendant à transformer le milieu social dans lequel vit la femme. Il s'agit surtout de la transformation du milieu rural qui présente beaucoup d'obstacles pour l'émergence d'un droit équitable à l'égard de la femme.

Cette partie est divisée en trois chapitres. Le premier sera axé sur la mise en exergue des incohérences constatées tant par rapport au droit interne que par rapport au droit international. Le deuxième propose des solutions tendant à mettre fin de manière concrète aux incohérences susmentionnées. Le troisième concernera les garanties d'efficacité de la réforme proposée.

Chapitre 1 : Incohérence de législation par rapport aux droits fonciers de la femme

Le système juridique congolais contient des incohérences par rapport aux règles d'accès de la femme à la terre. En effet, d'une part la coutume ainsi que certains textes légaux consacrent les inégalités entre l'homme et la femme mais aussi entre la femme vivant en ville et celle vivant dans la campagne. D'autre part, la Constitution ainsi que les conventions internationales ratifiées par la République Démocratique du Congo en matière des droits de l'homme prohibent ces inégalités.

Ce chapitre est subdivisé en deux sections. La première va évoquer l'incohérence par rapport à la Constitution et la deuxième abordera l'incohérence par rapport aux engagements internationaux de la République Démocratique du Congo sur la question des droits de l'homme.

Section 1 : Incohérence entre les lois et la Constitution

Il est question ici de rechercher les dispositions constitutionnelles qui peuvent servir de base pour bâtir les nouveaux droits fonciers de la femme sur les terres des communautés locales dans le but de bannir la discrimination dont celle-ci est victime. A cet égard, la constitution du 18 février 2006 prévoit deux principes qui nous intéressent particulièrement dans le cadre de ce travail. Il s'agit du principe de l'égalité ainsi que celui de non discrimination.⁵²¹

S'agissant du principe de l'égalité, l'article 11 de cette Constitution prévoit que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. De ce principe, il ressort que les hommes et les femmes sont, dès leurs naissances, libres et égales et jouissent de mêmes droits.

L'article 12 va dans le même sens lorsqu'il énonce que tous les Congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois. Cette disposition ne fait

⁵²¹ Ces deux principes sont consacrés par les dispositions des articles 11 à 14 de la Constitution en vigueur en République Démocratique du Congo.

pas également des distinctions de sexe entre les Congolais, encore moins en ce qui concerne leur lieu de résidence. Ainsi, qu'on soit dans les milieux urbains ou ruraux, en principe on doit bénéficier de mêmes droits et on doit être protégé de la même manière par les lois de la République.

En ce qui concerne le principe de la non discrimination qui, en réalité découle de celui de l'égalité, l'article 13 de la Constitution dispose qu'aucun Congolais ne peut, en matière d'éducation et d'accès aux fonctions publiques ni en aucune matière, faire l'objet d'une mesure discriminatoire, qu'elle résulte de la loi ou d'un acte de l'exécutif, en raison de sa religion, de son origine familiale, de sa condition sociale, de sa résidence, de ses opinions ou de ses convictions politiques, de son appartenance à une race, à une ethnie, à une tribu, à une minorité culturelle ou linguistique. Cette disposition pose un principe général qui s'applique à tous les Congolais indistinctement. Mais la Constitution contient également une disposition spécifique qui concerne spécialement les femmes. Il s'agit de l'article 14 qui prévoit que l'Etat veille à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et qu'il assure la protection et la promotion de ses droits. La même disposition invite les pouvoirs publics de prendre des mesures appropriées pour assurer l'épanouissement total ainsi que la pleine participation de la femme au développement de la nation notamment dans les domaines civil, politique, économique, social et culturel.

Sur le plan juridique, il est admis que la Constitution est la loi suprême d'un Etat. Dans la hiérarchie des sources du droit, elle vient en première position. Dès lors, les autres sources doivent se conformer aux dispositions constitutionnelles pour leur validité. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, les lois ainsi que les coutumes doivent être conformes à ces dispositions constitutionnelles pour leur applicabilité. S'agissant particulièrement de la coutume, la Constitution prévoit que les cours et tribunaux ne l'appliquent que pour autant qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Normalement, toute disposition qui va à l'encontre de ces principes devrait être inapplicable ou devrait être modifiée dans le sens de sa conformité à la Constitution.

C'est dans ce sens que nous pensons que les dispositions légales ou coutumières qui discriminent la femme se trouvant sur les terres des communautés locales ou sur les terres urbaines et rurales devront être soit inapplicables soit être modifiées au diapason de

la Constitution pour leur applicabilité. Ainsi sur base de ces dispositions constitutionnelles, l'Etat a l'obligation de faire prendre des textes légaux qui matérialisent les principes de l'égalité et de la non discrimination en faveur de la femme, quant à son accès aux droits fonciers. La modification de la loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés ainsi que du code de la famille peut être un moyen pour y arriver. La conformité à la Constitution n'est pas la seule raison d'une telle modification des textes légaux, faudra-t-il encore qu'ils soient conformes aux engagements internationaux pris par la République Démocratique du Congo.

Section 2 : Incohérence entre la législation interne et le droit international

Dans le domaine des droits de la femme, la République Démocratique du Congo a conclu plusieurs traités et conventions internationaux allant dans le sens de garantir le principe de l'égalité des sexes ainsi que celui de la non discrimination. A cet égard, l'article 215 de la Constitution dispose que les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie. Cette disposition constitutionnelle consacre la théorie du monisme juridique qui ne fait pas de distinction entre le droit interne et le droit international en affirmant la supériorité du traité sur la loi. Ainsi, les traités et accords conclus par la République Démocratique du Congo constituent une source de droit supérieure par rapport à la loi. Tenant compte du principe de la hiérarchie des sources du droit, la loi doit être conforme aux traités et accords conclus, ratifiés et publiés par l'Etat pour qu'elle soit applicable.

Mais le droit international fait la distinction entre les traités ou conventions contraignant d'une part et les instruments juridiques internationaux non contraignant d'autre part.

Les textes contraignants ont pour conséquence de créer une obligation juridique dans le chef de tous les Etats concernés. Une telle obligation se matérialise notamment par le respect des prescriptions internationales contenues dans le traité ou la convention internationale par les Etats signataires notamment par leur insertion dans la législation

interne de ces Etats. Tel est le cas de plusieurs conventions internationales en matière de droits de l'homme dont la République Démocratique du Congo a ratifié. Seules, ces conventions retiendront notre attention dans le cadre de ce travail.

Mais il convient toutefois de mentionner qu'à côté de ces textes juridiques contraignants, il y a des actes ou instruments dépourvus de contrainte. Ceux-ci sont essentiellement constitués de déclarations ou de résolutions internationales, parmi les plus connues, on peut citer la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Sans toutefois être une convention internationale pourvue d'effets juridiques, ce texte constitue néanmoins la source d'inspiration de toutes les conventions internationales en matière des droits de l'homme.

S'agissant de l'égalité des sexes, la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame en ses articles 2 et 7 notamment :

« Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.⁵²²»

« Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.⁵²³»

Pour revenir aux instruments juridiques internationaux contraignants, nous avons sélectionné quelques uns tant au plan africain qu'au plan international. Ces textes constituent à nos yeux, le fondement sur le plan international d'un droit nouveau de la femme en matière d'accès à la terre.

⁵²² Art 2 al1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

⁵²³ Art 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

§1 Engagements internationaux au plan africain

Sur le plan africain, nous pouvons retenir essentiellement deux textes qui contiennent des dispositions de nature à obliger la République Démocratique du Congo à élaguer des dispositions discriminatoires à l'égard de la femme dans son arsenal juridique. Il s'agit de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que le Protocole sur les droits des femmes en Afrique.

A. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée à Nairobi, au Kenya, en date du 26 juin 1981. Elle a été publiée au Journal Officiel de la République du Zaïre en juin 1987.

Ce texte qui a repris l'essentiel des droits prévus par la Déclaration universelle des droits de l'homme, présente quelques spécificités liées au continent africain notamment en incluant les droits des peuples.

L'article 1^{er} de la Charte souligne son caractère contraignant à l'égard des Etats parties, lorsqu'elle prévoit que ceux-ci reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer.

La jouissance des droits et libertés reconnus par la Charte est garantie à toute personne sans distinction liée notamment à la race, à l'ethnie, à la couleur, au sexe, à la langue, à la religion, à l'opinion politique ou à toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.⁵²⁴

En rapport avec le droit de la femme, l'article 18 au point 3 impose aux Etats le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la

⁵²⁴ Art 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales.

De ce qui précède, il ressort que la République Démocratique du Congo, en ratifiant cette Charte et en la publiant au Journal Officiel, est tenu de la respecter en édictant des lois qui tendent à interdire toute discrimination à l'égard de la femme y compris en matière d'accès à la terre.

B. Protocole sur les droits des femmes en Afrique

Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes a été adopté le 11 juillet 2003 par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union Africaine. Ce Protocole a pour but de compléter la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en ce qui concerne spécifiquement les droits des femmes africaines. Parmi les raisons qui ont motivé l'adoption de ce texte, le préambule mentionne le fait que malgré la ratification par la majorité des Etats parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que de tous les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et l'engagement solennel pris par ces Etats d'éliminer toutes les formes de discrimination et de pratiques néfastes à l'égard des femmes, la femme en Afrique continue d'être l'objet de discrimination et de pratiques néfastes.

Ce Protocole prévoit une panoplie des droits en faveur de la femme. En rapport avec notre préoccupation, nous pouvons relever en premier lieu l'article 2 qui concerne l'élimination de la discrimination⁵²⁵ à l'égard des femmes. Cette disposition oblige les Etats à combattre la discrimination à l'égard des femmes, sous toutes ses formes, en adoptant les mesures appropriées aux plans législatif, institutionnel et autre. Ainsi, il leur est demandé notamment de :

⁵²⁵⁵²⁵ Le Protocole définit la discrimination à l'égard des femmes comme toute distinction, exclusion, restriction ou tout traitement différencié fondé sur le sexe, et qui a pour but ou pour effet de compromettre ou d'interdire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quelle que soit leur situation matrimoniale, des droits humains et des libertés fondamentales dans tous les domaines de la vie.

- inscrire dans leur constitution et autres instruments législatifs, au cas où cela n'est pas encore fait, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, et à en assurer l'application effective ;
- adopter et mettre en œuvre effectivement les mesures législatives et réglementaires appropriées, y compris celles interdisant et réprimant toutes les formes de discrimination et des pratiques néfastes qui compromettent la santé et le bien-être général des femmes ;
- intégrer les préoccupations des femmes dans leurs décisions politiques, législations, plans, programmes et activités de développement ainsi que dans tous les autres domaines de la vie ;
- prendre des mesures correctives et positives dans les domaines où des discriminations de droit ou de fait à l'égard des femmes continuent d'exister ;
- appuyer les initiatives locales, nationales, régionales et continentales visant à éradiquer toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme.

Pendant le mariage, l'article 6 prévoit notamment que la femme a le droit d'acquérir des biens propres, de les administrer et de les gérer librement.

Concernant la succession, les dispositions de l'article 21 prévoient que la veuve a le droit à une part équitable dans l'héritage des biens de son conjoint. La veuve a le droit, quel que soit le régime matrimonial, de continuer d'habiter dans le domicile conjugal. En cas de remariage, elle conserve ce droit si le domicile lui appartient en propre ou lui a été dévolu en héritage. Les femmes ont le droit d'hériter des biens de leurs parents, en parts équitables.

De ce qui précède, il ressort que le Protocole a prévu des droits à l'égard de toutes les femmes africaines sans distinction. Ainsi, il concerne aussi bien les femmes rurales qu'urbaines. L'élimination de la discrimination concerne aussi bien celle prévue par les lois que les coutumes. Cet instrument juridique constitue une avancée significative concernant les droits de la femme. De ce fait, il est une base solide pouvant asseoir les droits des femmes à l'accès à la terre dans la mesure où il prône l'élimination de toute discrimination en matière de succession et d'héritage, la suppression de l'autorisation

maritale pour accéder à la terre et la reconnaissance de l'usufruit du conjoint survivant en ce qui concerne la maison qu'elle occupait avec son mari.

Malgré l'importance de ce protocole, il n'est pas encore ratifié par la République Démocratique du Congo⁵²⁶. Certaines voix s'élèvent même pour que ce Protocole ne soit pas ratifié par le pays, au motif qu'il recèle des contradictions tant internes qu'externes⁵²⁷. Celles-ci peuvent être résumées en ces termes :

Sur le plan interne, on reproche à ce texte notamment le fait d'avoir mis en avant plan les droits de la femme sans prévoir ses devoirs, prévu le droit à l'avortement au profit de la femme, défini le mariage comme un partenariat et non comme une union, valorisé des relations polygamiques et affirmé le droit à la santé et au contrôle des fonctions de reproduction par toute femme⁵²⁸ y compris la fille et la femme mariée.

Sur le plan externe, il est reproché au Protocole de contenir des dispositions qui énervent la Constitution de la République ainsi que le code de la famille⁵²⁹.

Qu'en est-il des engagements internationaux au plan universel?

§2 Engagements internationaux dans le cadre de l'ONU

Dans le cadre de l'ONU, la République Démocratique du Congo a souscrit à plusieurs engagements internationaux sur les droits de l'homme. Dans les lignes qui suivent, nous allons analyser les instruments juridiques ayant un rapport avec notre préoccupation à savoir, celle qui consiste à trouver les bases d'une réforme du droit congolais en rapport avec les droits fonciers de la femme. Ainsi, allons-nous examiner successivement la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵²⁶ Jusqu'au 10 mai 2008, seuls 21 pays l'avaient ratifié. Source : www.africa-union.org.

⁵²⁷ R. Kienge-Kienge Intudi, Le protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique : quelques considérations juridiques pour un débat de société, in *Annales de la faculté de droit*, Kinshasa P.U.K, 2007, p45

⁵²⁸ Il convient de noter que le code de la famille congolais consacre le mariage monogamique et l'avortement constitue une infraction au regard du code pénal.

⁵²⁹ *ibidem*

A. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme

Cette Convention qui vise à garantir à la femme tous les droits fondamentaux de l'homme prévoit des dispositions de nature à éliminer les mesures discriminatoires à l'égard de la femme. Elle a été ratifiée par la République Démocratique du Congo en date du 17 octobre 1986.

Par discrimination à l'égard des femmes, la Convention vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine⁵³⁰. Le champ d'application de la Convention touche divers domaines de la vie. En ce qui nous concerne, nous allons nous limiter à mettre en exergue les dispositions ayant trait avec le sujet qui fait l'objet de notre préoccupation.

D'une façon générale, les Etats parties à cette convention condamnent toute discrimination à l'égard de la femme et s'engagent à mener les actions ci-après :

- Inscrire le principe de l'égalité des hommes et des femmes dans leur constitution ou toute autre disposition législative appropriée et en assurer l'application effective ;
- Prendre des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties des sanctions interdisant toute discrimination à l'égard des femmes ;
- Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire ;

⁵³⁰ Art 1^{er} de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

- S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation ;
- Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque ;
- Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes ;
- Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes.⁵³¹

Dans le même ordre d'idées, les Etats se sont également engagés pour prendre des mesures appropriées afin de modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou de l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes.⁵³²

S'agissant particulièrement des femmes rurales, la Convention prévoit que les Etats parties tiennent compte de leur situation notamment du rôle important qu'elles jouent dans la survie économique de leurs familles, par leur travail dans les secteurs non monétaires de l'économie. Ainsi, les Etats prennent l'engagement de prendre les mesures appropriées afin d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes vivant dans les zones rurales en assurant sur base de l'égalité de l'homme et de la femme, leur participation au développement rural et à ses avantages. Pour ce faire, ils assurent aux femmes rurales notamment le droit d'avoir accès au crédit et aux prêts agricoles, ainsi qu'aux services de commercialisation et aux technologies appropriées, et de recevoir un traitement égal dans les réformes foncières et agraires et dans les projets d'aménagement rural.⁵³³

⁵³¹ Art 2 de la même convention

⁵³² Art 5 point a) de la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes.

⁵³³ Art 14 point 2. g de la convention précitée.

Concernant la capacité juridique de la femme, la Convention dispose en son article 15 que les Etats reconnaissent à la femme, en matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité. Ils lui reconnaissent en particulier des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration des biens et leur accordent le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire.

Ils s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer toute discrimination à l'égard de la femme fondée sur le mariage ainsi que dans les rapports familiaux. Ils assurent sur la base de l'égalité entre l'homme et la femme notamment les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.⁵³⁴

B. Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Dans cet instrument juridique international ratifié par la République Démocratique du Congo en date du 1^{er} novembre 1976, les Etats se sont engagés aussi à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques qu'il prévoit⁵³⁵.

C'est ainsi qu'en matière de mariage, il est proclamé le principe de l'égalité de droits et de responsabilités des époux durant le mariage et lors de sa dissolution⁵³⁶. L'égalité de tous devant la loi est également prévue par l'article 26 qui est libellé comme suit :

«Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discriminations à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

⁵³⁴ Art 16 point h) de la convention susvisée.

⁵³⁵ Art 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

⁵³⁶ Art 23 alinéa 4 du même texte

Il ressort de ce Pacte que toute discrimination à l'égard de la femme est interdite et que l'égalité de tous les êtres humains est garantie.

C. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Ce Pacte a été ratifié par la République Démocratique du Congo le 1^{er} novembre 1976. Les Etats se sont engagés pour assurer le droit égal qu' a l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels⁵³⁷.

De l'analyse de tous les instruments juridiques internationaux contraignants tant régionaux qu'universels, il ressort que la République Démocratique du Congo s'est engagée à garantir à l'homme et à la femme un égal accès aux droits. Ces droits concernent les domaines divers de la vie en société. Mais force est de constater que malgré ces engagements, le droit congolais de la femme en général et celui relatif à l'accès à la terre en particulier, présente à bien d'égard des discriminations, comme nous l'avons démontré dans la première et deuxième partie de ce travail. Ainsi, les divers engagements pris par la République Démocratique du Congo constituent à notre avis le fondement des nouveaux droits de la femme sur pied du principe de la primauté des règles internationales par rapport aux règles internes. C'est l'objet du chapitre suivant.

⁵³⁷ Art 3 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Chapitre 2 : Propositions des solutions pour un nouveau droit foncier de la femme.

Le droit foncier nouveau consiste dans le fait de reconnaître à la femme vivant sur les terres des communautés locales, les mêmes droits que ceux reconnus par son homologue se trouvant sur les terres rurales et urbaines. Ils consistent également à mettre au même pied d'égalité l'homme et la femme en ce qui concerne leurs droits fonciers. Cela se justifie par le fait que la production agricole et la préservation des ressources foncières est assurée en grande partie par la femme. Ainsi, la discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne l'accès à la terre demeure une situation préoccupante surtout en milieu rural. Cette pratique constitue une entrave au développement économique. En effet, pour une meilleure mise en valeur des terres et une productivité accrue, il est nécessaire que les droits fonciers de la femme soient renforcés.⁵³⁸ La réforme que nous proposons tant à marier la tradition et la modernité en matière de régimes fonciers. En effet, tout en surmontant les rigidités dépassées des structures et systèmes traditionnels tendant à discriminer les femmes, la réforme s'en inspire pour améliorer les pratiques foncières endogènes. Ainsi, en reconnaissant la légitimité des droits fonciers traditionnels, cette réforme devra aussi reconnaître le rôle des institutions et structures administratives de gestion foncière locales et communautaires aux côtés de celle de l'Etat. De ce fait, il faudra trouver l'interface entre les systèmes étatiques et les systèmes traditionnels, en ce qui concerne particulièrement la gestion des droits fonciers de la femme. Une telle réforme passe par la révision de certains textes qui consacrent les droits fonciers de la femme et qui prévoit la compétence des institutions chargées d'en assurer la garantie. Il s'agit des textes ci-après : loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires et décret du 30 janvier 1940 portant

⁵³⁸ Union africaine, Banque africaine de développement et Commission économique pour l'Afrique, *op.cit*, p17.

code pénal. Mais la révision de tous ces textes peut se réaliser dans une loi unique qu'on pourrait appeler'' Loi anti-discrimination.''

Section 1. Par rapport à la loi foncière de 1973

La loi foncière, tout en domanialisant les terres occupées par les communautés locales, a prévu que ces terres restent régies par la coutume en attendant qu'une ordonnance du Président de la République intervienne pour régler les droits de jouissance de ces communautés sur ces terres. Force est de constater que depuis 1973, cette ordonnance n'a jamais été prise. Pendant ce temps, c'est le droit coutumier qui s'applique sur ces terres et la femme fait l'objet de discrimination ainsi que d'inégalité qui en résulte, comme nous l'avons du reste, souligné dans la première partie de cette étude. Ainsi, nous proposons deux solutions qui sont alternatives.

La première est la suivante. Au lieu de renvoyer les règles relatives à la jouissance des droits sur ces terres à une ordonnance présidentielle, qui est d'ailleurs un acte réglementaire, il est bon de supprimer l'article 389 de la loi foncière qui renvoie à cette ordonnance. Quitte à compléter le chapitre de cette loi consacré au droit de jouissance en vertu du droit coutumier par des dispositions qui prévoient les modalités de gestion de ces terres. Ainsi, nous proposons que le texte à prendre devra réaffirmer le caractère collectif de ces terres pour préserver l'identité de la communauté. Raison pour laquelle, nous pensons que le législateur peut accorder aux communautés locales des droits de jouissance appelés "concession perpétuelle communautaire." Mais il devra explicitement prévoir que les membres de cette communauté ont des droits de jouissance exclusifs sur les terres qu'ils mettent individuellement en valeur. Ces droits individuels sont cessibles entre les membres du groupe et transmissibles pour cause de mort à la descendance sans discrimination, et ce, sans préjudice des droits viagers reconnus au conjoint survivant sur les terres mises en valeur par lui du vivant du de cujus ainsi que celles qui étaient exploitées par celui-ci. Les droits fonciers viagers du conjoint survivant prennent fin par son remariage, auquel cas la terre rentre dans le patrimoine de la communauté. Cela permettra aux populations habitant les terres appartenant aux

communautés locales d'avoir les mêmes droits que celles qui sont sur les terres rurales et sur les terres urbaines.

Une telle disposition aura pour conséquence de mettre fin au règne sans partage de la coutume dans ce domaine. En effet, la coutume restera le droit applicable dans ce domaine mais on va prévoir des dispositions légales mettant fin à la discrimination dont la femme est l'objet quant à ses droits fonciers. Enfin, elle aura l'avantage de consacrer aussi l'égalité entre les enfants quel que soit leur sexe.

Concernant l'administration des terres coutumières, on devra aussi prévoir des dispositions allant dans le sens de faire disparaître la discrimination à l'égard de la femme. On pourra par exemple prévoir une disposition selon laquelle les terres communautaires sont gérées par le plus âgé des membres de la communauté, quel que soit son sexe. Cela permettra de mettre fin à une situation inacceptable qui consiste à privilégier la personne de sexe masculin au détriment de celle du sexe féminin même si cette dernière est plus âgée que la première.

Ainsi, on pourra ajouter l'article 389 bis qui sera libellé comme suit :

« Les droits de jouissance régulièrement acquis sur les terres occupées par les communautés locales sont régies par la coutume sauf les restrictions ci-après :

- La mise en valeur confère à son auteur un droit de jouissance individuel. Ce droit est transmissible pour cause de mort conformément aux dispositions du code de la famille ;
- La gestion de la terre communautaire est confiée à la personne la plus âgée du clan quel que soit son sexe.

La deuxième possibilité est celle qui consiste à renvoyer le règlement des droits de jouissance des communautés locales aux parlements provinciaux. En effet, la constitution du 18 février 2006 prévoit que les droits civils et coutumiers ainsi que les droits fonciers sont des matières qui relèvent de la compétence concurrente du pouvoir

central et des provinces. Ainsi, conformément à la constitution, les assemblées provinciales ont la possibilité de prendre des édits dans ces matières.

Cette solution aura l'avantage de tenir compte de la spécificité de chaque province, dans la mesure où le problème de gestion foncière coutumière ne se pose pas partout en des termes identiques. Cependant, pour éviter que la discrimination à l'égard de la femme persiste, il sera nécessaire de prévoir des garde-fous dans la disposition modificative de la loi foncière, en légiférant que les édits devront mettre fin à toute discrimination à l'égard de la femme. Ces édits pourront avoir le même contenu que la proposition précédente.

Ces modifications de la loi foncière devront avoir des répercussions sur le code de la famille.

Section 2. Par rapport au code de la famille

De son côté, le code de la famille pourra aussi être modifié en reconnaissant en faveur du conjoint survivant l'usufruit sur les terres appartenant aux communautés locales. Cet usufruit sera compatible avec le caractère collectif de la terre communautaire. En effet, le conjoint survivant n'aura qu'un droit de jouissance au maximum viager. Ainsi, à sa mort, ce droit s'éteint et la terre exploitée fait retour dans le patrimoine collectif. Ce droit est prévu en faveur de deux conjoints pour des raisons d'équité. Cependant, pour la femme, ce droit aura l'avantage de la soustraire de la pratique coutumière de lévirat et de lui permettre de mener une vie proche de celle qu'elle menait du vivant de son mari sur le plan matériel. La reconnaissance d'un tel droit sera aussi de nature à établir l'égalité entre la femme vivant sur les terres appartenant aux communautés locales et celle qui occupe les terres rurales ainsi que la femme urbaine en ce qui concerne leur droit foncier. En effet, ainsi que nous l'avons déjà souligné, la veuve possède sur les terres rurales et urbaines l'usufruit du conjoint survivant alors que ce droit est méconnu à la veuve se trouvant sur les terres coutumières.

Le code de la famille pourra aussi réaffirmer que les différentes catégories d'héritiers prévues en matière successorale sont également valables même si l'héritage

porte sur les terres appartenant aux communautés locales. Cela va entraîner comme conséquence que les filles pourront aussi hériter de la même manière que les garçons. Une telle disposition aura l'avantage de mettre fin au régime discriminatoire fondé sur le sexe actuellement en vigueur concernant la succession foncière sur les terres des communautés locales. Elle va donc établir l'égalité entre les enfants sans distinction de sexe.

S'agissant de l'autorisation maritale, comme nous l'avons dit précédemment, elle devrait être élaguée dans le texte pour assurer l'égalité de l'homme et de la femme. Cette dernière n'aura plus l'obligation de solliciter l'autorisation de son mari pour acquérir une portion de terre ou pour poser n'importe quel acte juridique dans lequel elle s'oblige personnellement. Mais on peut envisager la possibilité pour chacun des époux de s'opposer aux actes posés par l'autre époux, lorsqu'ils sont de nature à mettre en péril la réputation ou l'honneur du ménage ou son patrimoine. Ainsi, la capacité juridique de la femme mariée sera rétablie.

La nouvelle disposition aura l'avantage de se substituer aux dispositions actuelles qui consacrent l'incapacité de la femme mariée tout en lui donnant la possibilité de saisir la justice pour obtenir l'autorisation de poser des actes juridiques en cas de refus par le mari. Comme nous l'avons indiqué précédemment, le législateur a perdu de vue que dans les mœurs des Congolais, il est inacceptable que le juge puisse s'introduire dans un ménage sans qu'il y ait par la suite une conséquence fâcheuse. En effet, souvent on assiste à la dislocation du ménage si la femme ose traîner le mari devant la justice et vice-versa.

Quant à la femme divorcée, elle pourra bénéficier d'une indemnité de divorce pour compenser ses efforts de mise en valeur des terres communautaires, au cas où elle doit rentrer chez elle en laissant ses champs. Cette solution se justifie par le fait que la femme divorcée étant étrangère au groupe, ne peut pas prétendre à accéder à la terre après la rupture de son alliance. Or, dans les milieux ruraux, la femme joue un rôle important quant à la mise en valeur des terrains à usage agricole. C'est elle qui généralement cultive, entretient le champ et récolte les produits. La division du travail dans ces milieux est telle que la femme est une actrice importante de la production. Il est donc injuste que

celle-ci retourne dans sa famille main bredouille après avoir mis en valeur des terres appartenant à son mari.

La situation de la femme vivant dans une union de fait devra aussi faire l'objet d'une attention particulière. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, les unions de fait sont une réalité dans notre pays et elles revêtent plusieurs formes. Dans tous les cas, elles ne favorisent pas la femme. La femme s'y retrouve généralement par contrainte coutumière, économique ou social. La société observe une attitude contradictoire à l'égard de cette situation. Traditionnellement, les unions de fait sont vécues comme une situation normale, surtout lorsqu'elle prend la forme de polygamie ou lorsqu'il arrive que les parents acceptent de céder leur fille à un homme sans que celui-ci soit obligé de verser à l'immédiat la dot. Mais les institutions étatiques ne tirent pas les conséquences d'une telle situation. On refuse à la femme tous les droits qu'elle peut tirer de cet état alors qu'on reconnaît aux enfants, qui sont les conséquences de cette situation, des droits vis-à-vis de leur géniteur. Ainsi, pensons-nous que le législateur devra accorder à la femme liée dans une telle union pendant une longue durée, certains droits dont celui d'hériter de son partenaire. Cette situation se justifie par le fait que dans nos mœurs, il appartient au mari de prendre l'initiative de verser la dot. La femme assiste passivement l'homme. Si celui-ci refuse de poser cet acte, il ne faut pas que la femme en subisse les effets négatifs. On devra donc prévoir une disposition dans le chapitre consacré aux effets du mariage, disposant que l'union de fait produit les mêmes effets que le mariage lorsque les partenaires vivent ensemble depuis une certaine durée.

Tenant compte de ce qui précède, on pourra modifier quelques dispositions du code de la famille qui peuvent être libellées comme suit :

- "Le mariage ne porte pas atteinte à la capacité juridique des époux. chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter. Toutefois, chaque époux a le droit de s'opposer aux actes posés par son conjoint, s'ils sont de nature à porter atteinte aux intérêts du ménage".(Art 448)
- " Le conjoint survivant a l'usufruit de la maison habitée par les époux et des meubles meublants.

Il a en outre droit à la moitié de l'usufruit des terres attenantes que l'occupant de la maison exploitait personnellement pour son propre compte ainsi que du fonds de commerce y afférent, l'autre moitié revenant aux héritiers de la première catégorie.

Le conjoint survivant conserve cet usufruit même sur les terres appartenant aux communautés locales.” (Art 785)

“ La femme divorcée qui est obligée de quitter les terres communautaires appartenant à son ancien mari, reçoit une indemnité compensatoire qui correspond à l'équivalent de la valeur des récoltes attendues de son travail pour deux saisons culturales”.(Art 581 al 2)

- “ L'union de fait produit les mêmes effets que le mariage entre partenaire, lorsqu'ils vivent sous le même toit pendant de longue date et qu'ils se considèrent mari et femme.”(Art 441 al 2)

Section 3. Par rapport au code pénal

Pour s'assurer du respect de la réforme proposée, il est nécessaire que le législateur puisse prendre quelques dispositions à caractère pénal en rapport avec la situation de la femme en matière foncière. En effet, l'homme est généralement réfractaire au changement. Si les dispositions coercitives ne sont pas prévues, la réforme proposée pourra rester lettre morte. Ces dispositions auront l'avantage de vaincre l'esprit conservateur qui caractérise surtout les personnes vivant sur les terres des communautés locales.

Ainsi, on pourra insérer dans le code pénal une disposition érigeant en infraction le comportement discriminatoire à l'égard de la femme en matière foncière. Celle-ci peut être libellée comme suit :

“ Sera puni d'une peine d'emprisonnement allant de à.....ans et une amende de.....FC ou d'une de ces peines seulement, toute personne qui aura porté entrave à l'accès de la femme aux droits fonciers tels que prévus par la législation en vigueur en adoptant un comportement discriminatoire fondé sur le sexe.”

Une telle disposition peut être insérée au titre VII du livre 2 du code pénal consacré aux atteintes aux droits garantis aux particuliers en y ajoutant une troisième section sur les droits garantis aux femmes.

Section 4. Par rapport au code de l'organisation et de la compétence judiciaires

Dans le but de s'assurer d'une bonne application de cette réforme, il est important de réviser également le code de l'organisation et de la compétence judiciaires. En effet, l'article 110 de ce texte donne compétence au tribunal de paix pour connaître des litiges ayant trait au conflit foncier coutumier. Il convient de noter que ces tribunaux ont été institués notamment pour rapprocher la justice des justiciables. Ainsi, l'installation de ces tribunaux devrait s'étendre sur toute l'étendue du territoire de la République. Aujourd'hui, force est de constater que depuis 1978, ces tribunaux n'ont jamais été installés partout à travers la République. Là où ils sont installés, la population a parfois du mal à y accéder à cause notamment de la distance qui sépare le siège du tribunal du lieu de résidence des justiciables, mais aussi à cause de la méfiance que manifestent les justiciables par rapport aux décisions rendues par ces juridictions. Le droit qui est dit par ces tribunaux ne rencontre toujours pas l'assentiment de la population, surtout dans le milieu rural. A cela s'ajoute également le manque des moyens tant humains que matériels. Dans une étude consacrée à la "justice de proximité" dans le Bas-Congo, l'Organisation Non Gouvernementale RCN justice et démocratie constate que la réforme judiciaire qui a consisté au remplacement des tribunaux coutumiers par les tribunaux de paix a abouti au résultat inattendu selon lequel, plutôt que de rapprocher la justice des justiciables, l'installation des tribunaux de paix a au contraire contribué à les éloigner et à marginaliser la pratique coutumière sur laquelle plus aucun contrôle n'est exercé⁵³⁹.

Tenant compte de ce qui précède, il y a lieu de préconiser que les conflits fonciers relatifs aux droits de la femme soient confiés dans un premier temps à une structure locale composée des notables du lieu.⁵⁴⁰ Ces notables seront responsabilisés pour appliquer la loi et non la coutume. Comme ils jouissent d'une certaine notoriété dans le

⁵³⁹ RCN Justice et Démocratie, La justice de proximité au Bas-Congo(ville de Matadi et district des cataractes), août 2009, p73

⁵⁴⁰ R. Mulendevu Mukokobya, op. cit, p208

milieu, ils auront la facilité de faire appliquer les dispositions légales en faisant comprendre aux membres de la communauté l'importance d'une telle évolution. Le message passera mieux si les notables du lieu sont des porte-paroles des autorités politiques. S'ils sont marginalisés, ils sont capables de se constituer en obstacle pour la réussite d'une telle entreprise. Le recours à ces personnes est courant dans les milieux coutumiers en dépit de l'existence des tribunaux de paix. L'Organisation Non Gouvernement RCN justice et démocratie le constate dans deux études : l'une consacrée aux conflits fonciers en Ituri et l'autre sur la justice de proximité dans la province du Bas-Congo. Ces deux études révèlent que la population fait recours au service des personnalités coutumières locales appelées "sages" ou "anciens" pour la résolution des conflits coutumiers. Compte tenu de la notoriété et de la légitimité dont elles sont revêtues, la décision prise par leur assemblée s'impose aux parties. Le fait pour une des parties de vouloir s'écarter de cette décision est ressenti comme un opprobre par l'ensemble de la communauté et entraîne pour le contrevenant une certaine marginalisation.⁵⁴¹

Dans le même ordre d'idées, Michel Bachelet, dans son ouvrage consacré aux systèmes fonciers et réformes agraires en Afrique noire, note que la plupart des litiges fonciers sont encore réglés selon les normes juridiques coutumières propres à la situation de ces différends qui encombrant les prétoires des chefs traditionnels.

En Afrique, renchérit-il, il s'agit plus de concilier que de juger. Le juge coutumier recherche plus le rapprochement des intéressés qu'une solution supportée par un seul. La justice est rendue dans un esprit d'apaisement concernant non seulement les plaideurs mais l'ensemble du groupe social sensibilisé par le différend. Cette attitude faisant d'une opposition privée une affaire d'ordre public s'explique très bien lorsque l'on considère que l'africain est avant tout membre d'un groupe et non un individu pris isolement⁵⁴².

⁵⁴¹ RCN Justice et Démocratie, les conflits fonciers en Ituri : de l'imposition à la consolidation de la paix, septembre 2009, p 52. La justice de proximité au Bas-Congo (ville de Matadi et district des Cataractes), août 2009, p 72. Ces études sont publiées sur le site de cette organisation non gouvernementale de droit belge.

⁵⁴² M. Bachelet, Systèmes fonciers et réformes agraires en Afrique noire, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p306-307

Dans le même sens, dans un article intitulé : “la décentralisation en RDC : opportunité pour une gestion foncière décentralisée ?”, Utshudi Ona, propose une gestion des terres rurales décentralisée à partir d’un organe dénommé Guichet foncier, composé des autorités administratives, coutumières ainsi que des représentants des paysans. Selon l’auteur, cette instance sera chargée de gérer les terres coutumières et les conflits nés de cette gestion. En outre, elle sera compétente pour connaître les recours formulés contre ses propres décisions. C’est seulement, lorsque le litige persiste que le tribunal de grande instance compétent pourra être saisi. En réalité, cette proposition entraîne comme conséquence, le remplacement du tribunal de paix par le Guichet foncier en ce qui concerne la résolution des conflits fonciers coutumiers.⁵⁴³ Tout en partageant la nécessité d’avoir un organe de résolution des conflits fonciers coutumiers qui soit proche de la population paysanne, nous pensons que l’organe proposé a la faiblesse d’être juge et partie. En effet, il est chargé de gérer la terre coutumière en délivrant des titres et en même temps, il gère les conflits parfois générés par lui-même et en outre, il se propose de connaître le recours introduits contre ses propres décisions.

C’est ainsi que nous proposons un organe de conciliation et le tribunal de paix ne pourra intervenir que si au niveau des sages la solution n’est pas trouvée ou si l’une des parties n’est pas satisfaite de la décision prise.

Cette structure devra quant à sa composition, être paritaire. En effet, elle se composera d’autant des femmes qu’il y a des hommes. Cela permettra un certain équilibre dans la prise de décision car les femmes auront la possibilité de défendre leurs intérêts et de faire entendre leurs voix.

La loi n°11/022 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l’agriculture a prévu une procédure similaire. En effet, l’article 26 de cette loi dispose que les conflits portant sur les terres agricoles des communautés locales ne sont recevables devant les instances judiciaires que s’ils ont été préalablement soumis à la procédure de conciliation, à l’initiative de l’une des parties devant l’organe consultatif.

⁵⁴³ I. Utshudi Ona, La décentralisation en RDC : opportunité pour une gestion foncière décentralisée, in *L’Afrique des grands lacs. Annuaire 2008-2009*, pp 309-317

Il convient de noter qu'à la différence de la structure que nous préconisons, la composition de l'organe consultatif n'est pas soumise à une exigence de représentation paritaire. En outre, sa compétence matérielle est limitée aux conflits portant sur les terres agricoles. Mais les deux structures présentent une certaine similitude dans ce sens qu'elles constituent des instances de conciliation préalable à la saisine du tribunal et sont proches de la population locale.

Ainsi, la révision du code de l'organisation et de la compétence judiciaires concerne l'article 110 qui pourra être modifié de la manière suivante :

‘‘ Les tribunaux de paix connaissent de toute contestation portant sur le droit de la famille, les successions, les libéralités et les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la coutume.

Toutefois, aucun litige portant sur les conflits fonciers collectifs ou individuels coutumiers ne sera reçu par cette juridiction s'il n'a fait l'objet d'une conciliation préalable devant un organe de conciliation dont l'organisation et le fonctionnement est régi par un arrêté du ministre ayant la justice dans ses attributions.’’

En somme, la réforme proposée, est de nature à mettre fin à la discrimination et à l'inégalité qui caractérisent les droits de la femme sur les terres des communautés locales. Les solutions proposées ne devraient pas poser des difficultés d'application si on se base sur les principes qui régissent tant les terres urbaines, rurales que celles des communautés locales. En effet, les terres sont toujours communautaires tant en droit coutumier qu'en droit écrit. Si en droit coutumier la terre appartient au clan ou à la famille, en droit écrit, elle appartient à l'Etat. Ce dernier en tant que communauté constituée des personnes, leur accorde des droits de jouissance sans qu'elles deviennent propriétaires. Il en est également en droit coutumier où les membres de la communauté ont des droits de jouissance sur les portions de terre mises en valeur par eux. Ainsi, vu sous cet angle, on peut dire que si l'Etat accorde à la femme, quel que soit son statut, des droits lui permettant d'accéder à la terre rurale et urbaine, la même logique peut être appliquée aux terres appartenant aux communautés locales.

Dans la phase d'élaboration de cette réforme, il est bon d'adopter une approche participative. Celle-ci consiste à faire participer la population à qui la réforme est destinée à son élaboration. Pour ce faire, on pourra associer l'échantillon représentatif des communautés rurales, constitué de leurs leaders d'opinion. Nous pensons particulièrement aux chefs coutumiers et aux différents "notables" et "anciens" de ces milieux ayant une certaine légitimité et notoriété. Une telle approche a l'avantage de donner l'impression que la loi n'a pas été imposée par les autorités centrales ou provinciales. Ainsi, comme les représentants des communautés se sentiront valorisés, ils seront disposés d'expliquer le bien fondé d'une telle réforme au niveau de la base et aussi d'appliquer ces dispositions. C'est dans le même sens que pense Mugangu Matabaro lorsqu'il note que pour éviter que la réforme puisse produire l'effet d'un greffon sur un corps étranger, il faut négocier et faire accepter aux communautés locales le choix du dispositif et les modalités de gestion foncière, la répartition des responsabilités, la localisation des instances de gestion et les procédures de reconnaissance ou d'établissement des droits.⁵⁴⁴

Mais nous ne perdons pas de vue que la situation de la femme ne changera pas nécessairement par le simple fait que le législateur a modifié certains textes juridiques. Nous savons que par nature l'homme est réfractaire au changement et nous connaissons particulièrement l'influence de la tradition dans la vie quotidienne des africains en général et des ruraux en particulier. Cette dernière pèse tellement que le changement n'est pas facile à opérer. Cela se justifie aussi par le fait que le cadre de vie n'est pas le même. En effet, les ruraux ont des contraintes que les citadins ne connaissent pas. Pour parvenir à la réforme souhaitée, il faut prévoir des mesures d'accompagnement qui auront une influence certaine sur l'amélioration de la vie des communautés locales. En ce qui nous concerne, nous pensons aux diverses mesures à caractère tant social qu'économique de nature à aboutir à la transformation sociale du monde rural où se situe les terres des communautés locales.

⁵⁴⁴ S. Mugangu Matabaro, La crise foncière à l'Est de la RDC, in *L'Afrique des grands lacs, annuaire 2007-2008*, p 410

Chapitre 3 : Mesures d'accompagnement à la réforme proposée

Comme nous l'avions déjà affirmé, la simple promulgation d'un texte de loi n'est pas suffisante pour faire changer la situation de la femme. Ainsi, pour donner la chance de réussite à la réforme proposée, les mesures d'accompagnement sont nécessaires. En effet, Plusieurs secteurs de la vie doivent bouger pour que l'accès de la femme aux droits fonciers puisse connaître une certaine amélioration. Mais avant de discuter des mesures que nous préconisons, il est nécessaire d'exposer des arguments qui militent en leur faveur. Ainsi, ce chapitre est subdivisé en trois sections. La première section donne la raison d'être de ces mesures, la deuxième s'intéresse aux mesures sociales, la troisième aux mesures économiques.

Section 1 : Raison d'être des mesures d'accompagnement

Si dans le milieu urbain, la situation de la femme est acceptable du point de vue de l'égalité des droits, hors mis la question de l'autorisation maritale pour la femme mariée ainsi que celle de la femme vivant dans une union de fait, il en est autrement en ce qui concerne la femme rurale.

Or, dans le milieu urbain, la situation de la femme mariée ainsi que de celle vivant dans une union de fait peut s'améliorer facilement par le fait de la loi, et cela, pour la simple raison que le milieu urbain est préparé à accepter assez facilement le changement par rapport au milieu rural. En effet, le caractère cosmopolite de la ville fait qu'elle est ouvert aux échanges de cultures. En outre, la présence quasi-permanente de l'Etat fait que la loi qui touche aux statuts personnels ainsi qu'aux biens a beaucoup de chance de réussir. Enfin, en ville le pourcentage des personnes qui savent lire et écrire est beaucoup plus élevé que dans la campagne. Ces personnes instruites sont aptes à appréhender le bien fondé d'une réforme dans un secteur comme celui qui nous préoccupe. L'instruction est l'un des éléments majeurs qui contribue aussi à la réception ou non d'un texte dans un environnement donné.

A propos de la réception de la réforme juridique dans le milieu urbain, le professeur Roger Granger note avec pertinence que le secteur moderne au point de vue

sociologique et au point de vue économique se situe en villes. Les couches modernes de la population, dirigeants politiques, hauts et moyens fonctionnaires, chefs et cadres d'entreprise, ouvriers ou employés qualifiés, y résident dans leur majorité. Trouve-t-on dans ces catégories sociales des traditions faisant obstacle aux réformes juridiques ? Et l'auteur répond lui-même que la résistance y est beaucoup plus faible car les réformes vont généralement dans le sens des aspirations de ces classes modernes.⁵⁴⁵

Le milieu rural est souvent résistant face aux réformes en général et particulièrement à celles qui touchent le droit familial et le droit foncier. Cela se justifie également par le fait que les personnes qui vivent sur ces terres se retrouvent dans un environnement qui présente certaines spécificités par rapport aux personnes vivant sur les terres urbaines.

Dans le domaine du droit de la famille par exemple, la réforme en rapport avec la conception de la famille qui la définit comme étant composée du couple et de ses enfants se heurte à la résistance du milieu rural pour de raison de sécurité. En effet, la grande famille est à la fois un foyer affectif et de socialisation, la perpétratrice du culte des ancêtres, une unité de production et de consommation. Elle couvre ses membres contre les risques de maladie et de vieillesse. La famille étendue ne peut remplir toutes ces fonctions que parce que les tâches sont distribuées entre ménages multiples, soumis à la même autorité. Ainsi, les ruraux considèrent qu'il n'existe pas d'institution qui leur procurerait une telle sécurité et ils perçoivent la société moderne comme pleine de périls. Voilà pourquoi le droit traditionnel familial fait échec aux réformes dans ce domaine.⁵⁴⁶

Concernant le droit foncier, celui-ci est soumis depuis des générations à des règles traditionnelles. Le législateur le transforme dans le but d'améliorer la production agricole et de remédier à des inégalités sociales flagrantes. Mais les règles nouvelles posées se heurtent le plus souvent à une très forte résistance de la tradition. Cela se justifie par le fait qu'en droit foncier africain, la terre est sacrée et que les droits sur elle sont de nature religieuse. Les droits originels viennent des divinités et des ancêtres. Sur cette base, toute

⁵⁴⁵ R. Granger, La tradition en tant que limite aux réformes de droit, in *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 1979, p 82

⁵⁴⁶ R. Granger, op. cit, p79

une série de prérogatives s'édifient, propriété communautaire du clan ou de la famille étendue, droits de culture ou d'exploitation des familles étendues ou des ménages. Ce droit ne peut donc pas être conçu dans ce milieu comme un droit individuel au sens occidental du terme.⁵⁴⁷ A.C. Papachristos va dans le même sens lorsqu'il écrit que : « En matière de droit foncier, les coutumes africaines refusent la propriété individuelle. La terre appartient au groupe ; l'individu n'a que le droit de la mettre en valeur. Par conséquent, la terre ne peut en aucun cas faire l'objet d'une appropriation ou d'une aliénation.⁵⁴⁸ »

En matière foncière particulièrement, en dehors des justifications d'ordre philosophique, l'attachement des communautés locales à la terre est dû aussi aux raisons d'ordre économique. En effet, le monde rural est caractérisé par la pauvreté de ses membres. La terre constitue l'unique ressource pour la survie de ceux qui y habitent. Elle donne aux membres des communautés locales la nourriture, l'habitation, les produits pharmaceutiques et parfois l'habillement. Ainsi, celui qui ne dispose pas d'une portion de terre ne peut pas vivre normalement et aux yeux de la communauté, il ne représente rien. La terre est donc une question de vie ou de mort. C'est ainsi qu'on l'appelle mère nourricière.

Ainsi, pour faire face à cette situation difficile, ils sont obligés de vivre en groupe pour se soutenir mutuellement. Voilà pourquoi, comme nous l'avons mentionné précédemment que la famille étendue a beaucoup d'importance que la famille nucléaire.

En outre, les personnes vivant sur les terres des communautés locales se trouvent défavorisées tant sur le plan de la formation que sur le plan des infrastructures économiques. A ce sujet, dans un document de stratégie sectorielle de l'agriculture et du développement rural en République Démocratique du Congo, les ministères de l'agriculture et du développement rural ont fait le diagnostic du monde rural en ces termes :

‘Le monde rural est caractérisé par :

⁵⁴⁷ ibidem

⁵⁴⁸ A.C. Papachristos, La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique, Paris, LGDJ, 1975, p60

- une détérioration avancée du milieu et une insuffisance des infrastructures de base ;
- un faible accès aux intrants, matériels de production et aux services d'encadrement ;
- une faible capacité des organisations paysannes et des difficultés d'accès aux services financiers ;
- une faible capacité institutionnelle et de gestion.”

Le même document renchérit que les obstacles majeurs au développement des organisations associatives du monde rural résident dans leur faible structuration et dans l'insuffisance des moyens financiers pour les accompagner. Deux autres obstacles sont identifiés comme contraintes : faible degré de participation des coopérateurs à la vie des organisations liée à une insuffisance d'éducation, de sensibilisation et d'information qui ne favorise pas le développement d'une conscience coopérative au sein de la population ; absence de dynamique économique au niveau des organisations du fait d'activités agricoles peu diversifiées, et de surcroît précaires.⁵⁴⁹ Cette situation fait que les communautés locales vivent en autarcie parce que le milieu étant difficile, il n'attire pas les personnes étrangères à la communauté. Ce manque de contact ne leur permet pas de rencontrer d'autres cultures et de faire évoluer la mentalité.

Pour donner la chance de réussite à la réforme proposée dans ce secteur, il convient de penser à offrir aux communautés d'autres alternatives qui leur permettront d'améliorer le travail de la terre pour un meilleur rendement ou de vivre en dehors des activités de la terre. C'est dans ce sens que C. Ntampaka écrit ce qui suit au sujet de l'évolution des droits de la femme au Rwanda : ”L'évolution des mentalités se fera lentement. Le premier pas à faire nous semble l'éducation des masses et la création d'infrastructures économiques et sociales qui pourraient favoriser l'évolution des méthodes de production et l'organisation du travail.”⁵⁵⁰ Il convient également de noter

⁵⁴⁹ Ministère de l'agriculture et Ministère du développement rural, Stratégie sectorielle de l'agriculture et du développement rural, mars 2010, p 16

⁵⁵⁰ C. Ntampaka, L'évolution des droits de la femme au Rwanda, in *Penant*, n° 796, janvier à mai 1988, p 74

que beaucoup des villes congolaises ont été à l'origine des villages. Les terres ont appartenu aux communautés locales, régies par les mêmes principes que les terres coutumières actuelles. La transformation des espaces vitaux a entraîné progressivement l'émergence du droit écrit national au détriment de la coutume avec comme conséquence la disparition progressive des inégalités et de la discrimination. Nous pensons que cette approche peut servir de modèle pour transformer les communautés locales actuelles. Autrement, comme l'affirme le professeur Granger, la réforme proposée risque d'être une page du journal officiel si les conditions matérielles, en personnel, en éducation ne sont pas disponibles et si le pouvoir ne peut ou ne veut soumettre les pouvoirs opposés à la réforme⁵⁵¹.

Section 2 : Mesures à caractère social

Après avoir réalisé la réforme sur le plan juridique et judiciaire, il est nécessaire de prendre des mesures sociales capables d'accompagner la réforme entreprise. Les indicateurs sociaux dans l'ensemble du pays sont dramatiques. Ils sont encore pires dans les zones rurales où le taux de mortalité infantile est estimé à 60 pour cent plus élevé dans les campagnes que dans les villes, l'espérance de vie de dix ans inférieure, la malnutrition de 35 pour cent supérieure.⁵⁵² Dans sa note de politique agricole, le gouvernement de la République Démocratique du Congo à travers le ministère de l'agriculture, pêche et élevage note que l'incidence de la pauvreté est estimée dans l'ensemble du territoire national à 70,85%. Elle est singulièrement prononcée dans les zones rurales où vivent plus de 80% de la population avec moins d'un dollar par jour.⁵⁵³ Bref, d'une manière générale, la pauvreté est absolue dans le monde rural. Nous partons de l'idée selon laquelle, la terre est l'unique ressource vitale pour les communautés locales et le monde rural étant caractérisé par une extrême pauvreté et un degré élevé d'analphabètes, il faut que cette situation change pour que le droit proposé ait la chance d'être appliqué. Parmi les mesures sociales capables de faire face à cette situation, nous retenons la formation, les infrastructures sociales de base et l'engagement de la femme.

⁵⁵¹ R.Granger, op. cit, p80

⁵⁵² FAO, Rapport sur l'agriculture et le développement rural en RDC, 2005, p 5

⁵⁵³ Ministère de l'agriculture, pêche et élevage, Note de politique agricole, avril 2009, p 1

§1. La formation

L'importance de la formation, mieux de l'éducation n'est plus à démontrer. Cela est valable tant pour les hommes que pour les femmes. En effet, elle permet d'avoir de large horizon et d'acquérir de nouvelles compétences. L'acquisition de ces compétences permet aux bénéficiaires de ne pas être limités dans le choix du travail à faire. Au lieu de rester stationnaire en s'accrochant au travail traditionnel de la terre, la formation peut aider à améliorer le travail effectué habituellement en le rendant plus aisé et productif. De ce fait, elle peut être à l'origine d'une augmentation des revenus et d'un changement social.

Elle peut également permettre le changement de secteur d'activités. Au lieu de rester dans le secteur de la production agricole, la formation peut aider le bénéficiaire à devenir par exemple distributeur de mêmes produits ou carrément de se lancer dans une autre activité.

Ainsi, plus les gens sont formés, plus ils auront la possibilité de trouver les moyens nouveaux de survie et cela leur permettra de se détacher de la terre. Ce qui permettra à la femme d'y accéder sans trop des difficultés.

L'acquisition de nouvelles compétences par la formation permet aussi de faire évoluer la société rurale. Les personnes formées peuvent être à l'origine d'introduction des nouvelles techniques de production ou des nouveaux modes de vie ayant pour conséquences de rendre celle-ci plus agréable dans les milieux ruraux.

Mais la formation joue encore un rôle important dans la prise de conscience d'une situation donnée. Dans le cas qui nous concerne, celui de la femme rurale, la formation va l'aider à comprendre la situation dans laquelle elle se trouve. Elle lui donnera les armes pour s'en sortir. Souvent, à la fin d'une formation, les bénéficiaires mettent sur pied une structure dans le but de pérenniser les acquis de la formation. S'il s'agit d'une formation des femmes portant sur leurs droits par exemple, elles pourront se constituer en association pour la défense de leurs droits. Aujourd'hui, beaucoup des femmes rurales ne savent ni lire ni écrire. Elles ne sont pas capables de connaître les droits que les lois

nationales leur offrent. De ce fait, elles sont incapables de les défendre. Il est donc nécessaire de mener une politique tendant à encourager la formation des femmes dans ces milieux. Il faut également assurer la formation des hommes pour leur permettre de comprendre que la femme a un rôle à jouer dans le développement de leur milieu. Par conséquent, il est nécessaire de lui reconnaître ses droits pour lui permettre de remplir pleinement le rôle attendu d'elle. A côté d'une formation classique dédiée à la jeunesse, on peut encourager la formation des adultes. Cette dernière peut consister à l'apprentissage de l'écriture et de la lecture en langue locale. Cela permettra aux bénéficiaires de suivre des formations spécifiques en rapport avec leur situation. Ainsi par exemple, elles pourront suivre une formation sur les droits de l'homme en général et ceux de la femme en particulier, sur les techniques agricoles ou sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication, et cela, dans le but de transformer le milieu social dans lequel elles vivent. Ce travail est souvent fait par des organisations non gouvernementales locales. Mais le résultat n'est pas palpable par manque de coordination ainsi que des moyens tant matériels que financiers conséquents. En effet, ces structures sont très dépendantes de financement extérieur. Souvent, la fin du financement signifie la cessation des activités. En outre, la formation assurée dans ce contexte, n'est pas généralement continue. Il est souhaitable que des structures appropriées soient mises en place afin de parvenir à des résultats probants. Cela peut se faire à l'initiative des organisations villageoises mais avec l'appui de l'Etat.

S'agissant particulièrement des droits fonciers de la femme sur les terres des communautés locales, malgré la réforme proposée, si la femme n'est pas en mesure de mener les actions de sensibilisation tendant à revendiquer ses droits, les résultats escomptés tarderont. Mais à l'état actuel des choses, pour que la femme soit à même de mener ces actions, il faut qu'elle soit préparée. Cette préparation passe inévitable par la formation. C'est à l'issue de celle-ci qu'elles pourront se constituer en association ou en groupe de pression dans le but d'obtenir le changement souhaité concernant leurs droits.

Dans un rapport sur l'éducation pour les populations rurales en Afrique, les ministres africains du secteur soulignent la relation existant entre la formation et le développement dans le monde rural. On peut notamment lire dans ce rapport ce qui suit :

« La majorité des habitants de notre planète vit en milieu rural. Par rapport à d'autres régions, l'Afrique subsaharienne affiche une proportion supérieure des ruraux lesquels sont, qui plus est, plus pauvres qu'ailleurs. L'incidence de la sous-alimentation de l'illettrisme, en particulier dans les zones rurales, est importante dans l'ensemble de la région d'Afrique subsaharienne. Les filles des zones rurales sont particulièrement défavorisées. Si la faim, la malnutrition et l'insécurité alimentaire ruinent les aptitudes cognitives, l'absence d'éducation provoque quant à elle une baisse des capacités productives et attise, ce faisant, la pauvreté.⁵⁵⁴»

Le monde rural en République Démocratique du Congo est caractérisé notamment par un taux de scolarité faible. En effet, selon le PNUD, le taux d'admission en première année primaire en 1995 était de 14% dans le milieu rural et de 42,8% dans le milieu urbain. Le document de stratégie de réduction de la pauvreté en République Démocratique du Congo révèle que pour la même période le taux de scolarisation est moins élevé chez les filles que chez les garçons soit 61% contre 67%⁵⁵⁵.

Ce taux faible de scolarité entraîne une hausse de taux d'analphabètes. En effet, selon le même document de la réduction de la pauvreté, pour la même période, le taux d'analphabétisme des femmes est plus élevé que celui des hommes, soit 45,9% contre 17,5%. Le faible taux de scolarisation et le taux élevé de l'analphabétisme chez les femmes s'explique notamment par les raisons ci-après : l'abandon dû aux grossesses, aux mariages précoces et la tradition qui poussent les parents à déconsidérer la scolarité des filles.⁵⁵⁶

Selon l'enquête MICS2, le taux d'alphabétisation est passé de 67,3% en 1995 à 65,3% en 2001 ; il est passé de 82,5% à 79,8% pour les garçons contre 54,1% à 51,9% pour les filles au cours de la même période. En milieu urbain le taux de scolarisation était de 76,8% contre 51,5% en milieu rural. Tandis que le taux de rétention en cinquième année primaire était estimé à 60,3% en milieu urbain et de 15,1% en milieu rural.

⁵⁵⁴ ADEA et FAO, L'éducation pour les populations rurales en Afrique, septembre 2005, p 15

⁵⁵⁵ Ministère du Plan, Document de stratégie de la réduction de la pauvreté (version intérimaire), 2004, p16

⁵⁵⁶ ibidem

Comme nous venons de le mentionner ci-haut, cette situation ne permet pas le décollage du monde rural. Mais la formation n'est pas l'unique facteur pouvant amener le changement. Il faut aussi améliorer les infrastructures de base.

§2. Infrastructures sociales de base

Les infrastructures sociales de base jouent un rôle important dans le changement de mentalité et par conséquent des inégalités entre homme et femme. En effet, elles permettent le contact entre personnes. Celui-ci peut être physique ou à travers les technologies de l'information et de la communication.

Ce contact permet aux uns et aux autres d'être au courant de ce qui passe à travers le monde. Ainsi les différents changements qui s'opèrent dans un lieu sont suivis par tout le monde et peuvent inspirer certaines personnes ou certains groupes ayant les mêmes préoccupations d'emboîter les pas.

En outre, les infrastructures de base permettent de rendre la vie plus ou moins aisée. De ce fait, elles libèrent les individus de certains fardeaux quotidiens, ce qui leur donne le temps de s'occuper de certains problèmes qui pourraient paraître secondaire. Ainsi, ils pourront par exemple avoir le temps de suivre les informations, de s'adonner à la lecture, de réfléchir sur leur condition d'existence, de s'associer avec d'autres pour réaliser tel ou tel autre objectif.

Enfin, les infrastructures sociales de base attirent les investissements et sont à la base de l'emploi. Nous y reviendrons plus loin.

Dans un rapport officiel sur l'agriculture et le développement rural en République Démocratique du Congo, on peut lire ce qui suit :

« Les systèmes de solidarité traditionnels ont été affaiblis et les réseaux sociaux qui sont clés à la relance économique ont été sérieusement perturbés. De plus, la dégradation des infrastructures rurales (notamment pour l'eau) se traduit par une détérioration très nette de l'état de santé des populations, ce qui, au-delà des conséquences individuelles souvent tragiques, constitue aussi un obstacle à la reprise de la production et à la relance du secteur. Enfin, le développement d'activités non agricoles

génératrices de revenu en milieu rural reste handicapé par l'absence de marché local (du fait de la grande pauvreté qui règne dans les campagnes) et de possibilités de transport (du fait de l'état des voies de communication). »⁵⁵⁷

Pour la femme rurale particulièrement, la situation sus décrite est préoccupante. Les infrastructures sociales de base sont pour elle d'une importance capitale. En effet, elles la libèrent de plusieurs fardeaux quotidiens : puiser de l'eau, rechercher les bois de chauffage, etc.

Actuellement la femme rurale se trouve dans une situation sociale difficile et elle travaille sans relâche au point de ne pas avoir le temps de réfléchir sur sa condition existentielle, et ce, par manque d'infrastructures sociales de base.

Dans ce milieu, la population manque de tout. Les routes sont inexistantes, sinon dans un état de délabrement très avancé, pas d'hôpitaux ni d'écoles dignes pour la jeunesse. L'énergie électrique est inexistante, il en est de même pour l'eau de consommation courante. Et pourtant, la Constitution en vigueur au pays prévoit une panoplie des droits sociaux en faveur de toute la population. C'est le cas du droit à la santé et à la sécurité alimentaire, le droit au logement décent, le droit d'accès à l'eau et à l'énergie électrique.⁵⁵⁸

Dans un rapport sur la stratégie sectorielle de l'agriculture et du développement rural, les ministères concernés constatent que ce secteur fait face à plusieurs contraintes dont celles liées à l'accès aux marchés et aux infrastructures. En effet, les infrastructures liées à l'amélioration des conditions de vie du monde rural sont défectueux. Il s'agit en particulier des infrastructures de desserte en eau potable, de l'électrification rurale et de l'habitat rural. Il en est également des infrastructures de stockage, de conservation et de transformation des produits agricoles ainsi que de commercialisation.

⁵⁵⁷ www.Beltrade-congo.be, Agriculture et développement rural en République Démocratique du Congo, p7

⁵⁵⁸ Ces droits sont garantis par les articles 47 et 48 de la Constitution.

Cette situation est attribuée notamment à la faible affectation et non exécution des fonds de réhabilitation et d'entretien au niveau du budget de l'Etat,⁵⁵⁹ faible capacité de mobilisation des ressources au niveau des collectivités locales et communautés de bases, non implication des bénéficiaires dans la conception, la gestion et l'entretien des infrastructures, et faible organisation des communautés de base pour la prise en charge des infrastructures relevant de leurs terroirs.⁵⁶⁰

Dans le même ordre d'idées, le document de stratégie de la réduction de la pauvreté note qu'en milieu urbain, les ménages éprouvent des difficultés d'approvisionnement en eau et en électricité. En 1999, l'Unicef estimait que dans toute la République Démocratique du Congo, 45% de la population seulement avait accès à l'eau potable. Pour la même période, dans les zones rurales le taux de desserte était estimé à 26% et il est passé à 26,1% en 2001. La ville de Kinshasa en 2001, accusait un déficit de près de 40% en desserte en eau potable.⁵⁶¹

En milieu rural, le même document mentionne que le taux de desserte en eau potable est particulièrement faible. A titre illustratif, il cite la zone de santé de Banalia dans la Province Orientale où 3% seulement de la population ont accès à l'eau potable. 91% des sources d'eau dans la zone de santé de Kindu ne sont pas protégées et 65% des sources d'eau en Ituri ne sont pas également protégées.

Concernant l'électricité, la revue du document de stratégie de croissance et de la réduction de la pauvreté note que le pays accuse un taux d'accès aux services de l'électricité le plus faible du continent. Cette situation contraste avec les potentialités du pays en la matière. En effet, selon le même document, les ressources énergétiques du pays sont notamment : le rayonnement solaire, le vent, la biomasse énergie, le pétrole brut, l'uranium, la tourbe, le gaz naturel, le charbon, la géothermie et principalement l'hydroélectricité, dont la puissance exploitable est estimée à plus de 100.000 MW pour une puissance installée d'environ 2520 MW dans l'ensemble du pays. En dépit de cette

⁵⁵⁹ Il convient de noter que selon le même rapport l'allocation budgétaire nationale destinée à ce secteur se situe autour de plus ou moins 2% l'an.

⁵⁶⁰ Ministère de l'agriculture et Ministère du développement rural, stratégie sectorielle de l'agriculture et du développement rural, mars 2010, p 18

⁵⁶¹ Ministère du Plan, op cit, p15

richesse, le bilan énergétique établi en 1980 évalue à 83% la primauté de la consommation du bois de chauffe et ses dérivés sous forme d'énergie primaire.⁵⁶²

Le tableau que nous venons de peindre n'est pas de nature à assurer la transformation sociale du milieu et surtout pas d'améliorer la situation sociale de la femme. La population se trouve dans une situation de dénuement total. Dans ce cas, elle vit repliée sur elle-même et les chances d'aboutir à un changement sont minces. Les textes légaux pris par les pouvoirs publics n'auront pas dans ce contexte les chances d'aboutir d'autant plus que la présence de l'Etat ne se fait pas sentir pour résoudre les problèmes vitaux de la population.

La pauvreté et la misère étant la règle, la préoccupation de tout le monde est orientée vers la survie. Et comme, on ne sait pas ce qui se passe ailleurs, on ne dispose d'aucun élément de comparaison et on croit que la situation que l'on vit est normale.

Il appartient donc à l'Etat de mettre en place une politique tendant à créer les infrastructures sociales de base. Celles-ci constituent un facteur de développement de la société et du bien être communautaire et particulièrement de la femme. Mais si la femme veut que sa situation change, elle doit se battre elle-même en s'engageant dans la lutte.

§3. Engagement de la femme

L'histoire nous renseigne qu'il faut se battre pour faire changer une situation. Ainsi, Pour que les inégalités ou la discrimination en matière d'accès à la terre à l'encontre de la femme cessent, il est nécessaire que celle-ci s'engage à conquérir ses droits. Si elle reste passive, sa situation ne changera pas ou elle changera à un rythme lent. Dans les mœurs africaines en général et congolaises en particulier, il n'appartient pas à l'homme de prendre l'initiative pour accorder à la femme des droits sans que celle-ci en exprime le désir.

D'ailleurs, cette attitude n'est pas typiquement africaine encore moins congolaise. En effet, à travers l'histoire, on observe que les femmes ont combattu, parfois au prix de

⁵⁶² République Démocratique du Congo, note thématique : énergie/ électricité, in Revue du DSCR, 8 et 9 mars 2010, p1-2

leur vie pour arracher leurs droits. C'est dans ce sens que Margaret Fueller citée par A. Michel avait au 19^{ème} siècle affirmé que la libération des femmes ne peut se faire que par les femmes elles-mêmes.⁵⁶³

Parcourant l'histoire du féminisme, Andrée Michel note qu'à travers les 19^{ème} et 20^{ème} siècles, les femmes se sont organisées pour que leurs droits soient reconnus. Il en est ainsi notamment du droit au travail où en 1843, Flora Tristan dans un ouvrage intitulé 'L'Union ouvrière' traçait son programme en matière de lutte pour le droit de la femme au travail en ces termes :

« Constituer la classe ouvrière au moyen d'une union solide et indivisible, réclamer le droit au travail pour tous et pour toutes, donner aux femmes du peuple une instruction morale, intellectuelle et professionnelle, reconnaître en principe l'égalité de l'homme et de la femme comme étant l'unique moyen de constituer l'unité humaine, élever dans chaque département des palais de l'union ouvrière où l'on instruirait les enfants de la classe ouvrière et où seraient également admis les travailleurs accidentés, les infirmes et les vieux. »⁵⁶⁴

A la suite de cette publication, renchérit l'auteur, plusieurs organisations féminines ont été créées pour revendiquer le droit au travail et au salaire égal.

Le droit au vote ainsi que le droit à l'éducation ont été également obtenu par les femmes à la suite d'une haute lutte.

En Afrique du Sud, note G. Corradi, les femmes vivant sur les terres familiales résistent à leur expulsion par leurs parents masculins en s'appuyant sur leur droit d'aînesse ou leur droit d'appartenir à la famille ou au clan.⁵⁶⁵

Il ressort de ce qui précède que le droit ne s'octroie pas mais il s'acquiert. Ainsi, les femmes devront se constituer en association pour combattre les inégalités et les discriminations dont elles sont victimes. Ces organisations ne doivent pas seulement être civiles. Elles devront aussi être à caractère politique. En effet, il faudra que les femmes se

⁵⁶³ A. Michel, *Le féminisme*, Collection Que sais-je ?, Paris, PUF, 2001, p71

⁵⁶⁴ A. Michel, *op. cit.*, p 61

⁵⁶⁵ G. Corradi, *Advancing Human Rights in Legally Plural Africa : The Role of Development Actors in the Justice Sector*, Thèse de doctorat, Universiteit Gent, 2012-2013, p 48

battent pour accéder en grand nombre à la sphère de décision politique pour essayer d'influencer les choses et espérer obtenir gain de cause dans la lutte.

La Constitution en vigueur en République Démocratique du Congo trace le cadre en garantissant à tous la liberté d'association.⁵⁶⁶ Elle garantit en outre à la femme le droit à une représentation équitable au sein des institutions nationales, provinciales et locales ainsi que la mise en œuvre de la parité homme-femme dans lesdites institutions.⁵⁶⁷

Il appartient donc aux femmes de se battre pour que les mécanismes prévus par la Constitution soient réellement appliqués. A l'heure actuelle, on est loin de mettre en application le principe de la parité homme-femme. La représentation féminine au sein des institutions étatiques reste encore faible. Cependant, les associations féminines sont assez nombreuses mais leur impact sur le terrain de la lutte pour l'accès à la terre se fait encore attendre.

Section 3. Mesures à caractère économique

Les mesures à caractère économique devront aussi être prises par l'Etat dans le but de transformer particulièrement le monde rural afin qu'elles influent sur la situation de la femme, en ce qui concerne surtout ses droits fonciers. Nous avons précédemment affirmé que la discrimination fondée sur le sexe en matière d'accès à la terre est due notamment par le fait que la terre est une ressource vitale pour les communautés rurales en dehors de laquelle la vie est difficile. En effet, la République Démocratique du Congo est un pays à vocation agricole dans la mesure où près de 70% de sa population vit en milieu rural et dépend essentiellement de l'activité agricole.⁵⁶⁸

Pour que les hommes se détachent de la terre, il est nécessaire de leur proposer d'autres moyens de survie. Pour ce faire, l'Etat devra mettre sur pied une politique tendant à attirer les investissements dans le monde rural d'une part et de faire des paysans des agents économiques d'autre part.

⁵⁶⁶ Art 37 de la constitution du 18 février 2006

⁵⁶⁷ Art14 al 4 et 5 de la même constitution

⁵⁶⁸ Ministère de l'agriculture, pêche et élevage, Note de politique agricole, avril 2009, p 6

§1 Politique d'investissement dans le monde rural

La politique d'investissement à mettre en place dans le monde rural consiste dans le fait de prévoir des mesures incitatives pour amener les investisseurs à s'installer dans ces milieux afin d'assurer son développement et le bien-être de la population.

Ces mesures peuvent être de divers ordres : fiscales, administratives, parafiscales, sociales ou autres. Dans la situation actuelle de la République Démocratique du Congo, pour attirer les investisseurs dans ce monde dépourvu de toutes les infrastructures sociales, l'Etat devra tout faire pour que l'accès à l'eau et à l'électricité soit une réalité. En outre, qu'il y ait des voies de communication pouvant permettre l'évacuation des produits du centre de production vers le centre de consommation. Cela permettra de réduire le coût de production.

Ces investissements auront l'avantage de donner du travail directement ou indirectement aux populations locales et particulièrement aux hommes qui pourront être utilisés comme main d'œuvre manuelle ou autre. Ce faisant, ils seront détachés de la terre pour se consacrer au travail de la société qui les utilise lorsqu'ils sont directement employés par la société ou par le travail pour lequel ils sont en contact avec la société, lorsqu'ils sont utilisés indirectement comme sous-traitants ou comme partenaires. Dans l'histoire de la République Démocratique du Congo, il a été observé que l'installation du colonat privé des européens dans le Kivu, avec l'amélioration des conditions salariales, a conduit les villageois de travailler volontiers chez les colons en abandonnant entièrement le lopin de terre exploité jadis aux soins de la femme.⁵⁶⁹

En outre, l'implantation des sociétés dans le monde rural permettra l'ouverture de celui-ci à d'autres cultures. En effet, les activités créées par ces sociétés vont entraîner un flux des contacts entre les travailleurs autochtones et ceux venant d'ailleurs. En outre les partenaires commerciaux de ces sociétés venant d'autres horizons entreront aussi en contact avec les différents travailleurs. Ce choc des rencontres permettra de voir ce qui

⁵⁶⁹ C. Munzirihwa, Paysan du Kivu et le changement social depuis l'indépendance, Mémoire de licence, Institut des sciences politiques et sociales, Université Catholique de Louvain, 1968-1969, p 45

se passe ailleurs et chacun pourra être influencé par les aspects positifs de la culture de l'autre.

La création des sociétés dans cet environnement permettra aussi à ce milieu de ne plus vivre en autarcie. Il sera ouvert au monde notamment par les réseaux sociaux et les médias. En effet, pour la rentabilité de la société et pour le bien-être de ses travailleurs, la société ne pourra pas s'empêcher d'installer les équipements de communication. Cela profitera à coup sûr aux populations locales qui pourront accéder à l'information et à la communication à travers la télévision et l'internet. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que ces instruments constituent à l'heure actuelle de véritable moteur d'échange des cultures.

A travers ces instruments, la population pourra voir et comprendre ce qui se fait dans d'autres sociétés pour améliorer son propre vécu quotidien. C'est de cette manière notamment que la situation de la femme vivant dans le monde rural pourra s'améliorer. En effet, à travers les images, elle s'apercevra que son homologue qui vit dans le milieu urbain est autrement traitée qu'elle. Cela pourra provoquer en elle un déclic pour revendiquer ses droits. Les mêmes images peuvent aussi avoir un effet sur l'homme. Celui-ci peut se rendre compte qu'il ne traite pas correctement la femme par rapport à ce qui se passe ailleurs. Ce faisant, il peut prendre conscience et provoquer un changement d'attitude vis-à-vis de la femme.

Quoiqu'il en soit, l'implantation des sociétés dans ce milieu entraîne le changement de vie ainsi que des mœurs. Mais l'Etat peut aussi transformer la vie des paysans en faisant d'eux des véritables agents économiques.

§2 Paysans : agents économiques

Pour survivre, les paysans s'adonnent à une agriculture de subsistance. Ils utilisent des moyens rudimentaires de production et ne peuvent pas cultiver des étendues importantes et par conséquent, il est difficile pour eux de réaliser une grande production. En outre, les méthodes culturales utilisées ne tiennent pas toujours compte du développement durable. La production qu'ils réalisent sert juste pour satisfaire les

besoins de la famille. De ce fait, la situation sociale de cette catégorie de la population ne change pas malgré les efforts qu'ils consentent dans le travail agricole.

Dans cette situation de misère, l'homme aimerait que la femme soit toujours à son service, dans la mesure où elle constitue une main d'œuvre gratuite et sûre. Dans un article sur les réformes des régimes fonciers souhaitables en Afrique et en Asie, Samir Amin, note que l'exploitation paysanne fait référence à la famille, laquelle est caractérisée jusqu'à ce jour et presque partout par des structures qui imposent la soumission des femmes et la surexploitation de leur force de travail.⁵⁷⁰

Le changement de la situation des paysans ne sera probablement possible qu'avec l'intervention de l'Etat. En effet, l'Etat devrait favoriser l'augmentation de la production des paysans tout en allégeant la souffrance qu'ils endurent dans le cadre de ce travail. Pour ce faire, plusieurs solutions sont possibles. Mais dans le cadre de cette étude nous ne retenons que deux.

La première consiste à prendre des mesures tendant à assister les paysans dans leurs activités de production en vue de leur amélioration. C'est ainsi par exemple, l'Etat pourra par l'entremise d'un programme soutenu de recherche, mettre à la disposition des paysans des techniques nouvelles agricoles ainsi que des semences améliorées. En outre, il pourra leur accorder moyennant un coût réduit, des instruments modernes utilisés dans l'agriculture comme les engins de labours, de semences ou de récoltes. Une telle solution a déjà été préconisée par la colonisation, en instituant le paysannat. Celui-ci avait pour but notamment d'améliorer la production agricole indigène par une meilleure utilisation du sol, en introduisant des méthodes nouvelles qui augmentent le rendement. Il devrait aussi améliorer le bien-être social et économique de la population rurale par une augmentation substantielle du revenu des habitants et aussi par une meilleure hygiène.⁵⁷¹

Dans sa note de politique agricole, l'Etat déclare vouloir créer des richesses en milieu rural par une agriculture compétitive reposant sur la promotion de petites et moyens entreprises agricoles, d'élevage et de pêche animées par des professionnels. Il

⁵⁷⁰ S. Amin, Les réformes des régimes fonciers souhaitables en Afrique et en Asie, in *forumtiersmonde.net*, novembre 2004, p10

⁵⁷¹ C. Munzihirwa, op. cit, p47

veut donc opérer une transformation structurelle du secteur agricole. Ainsi, préconise-t-il des solutions suivantes pour parvenir à son objectif : une recherche agricole à grande échelle ; la diffusion des innovations technologiques respectueuses de l'environnement ; l'affectation des budgets adéquats dans le contexte de la décentralisation ; la restructuration des services du Ministère de l'Agriculture et du Développement Rural ; la promotion des systèmes financiers adaptés à la nature des activités du secteur agricole et l'expansion de l'infrastructure publique dans le but de viabiliser les sites de production.⁵⁷²

Comme on peut se rendre compte, cette déclaration d'intention est judicieuse. Mais depuis qu'elle a été faite en 2009, ses effets tardent encore jusqu'à ces jours. En effet, aucune initiative concrète n'a été prise pour que la situation change sur le terrain. Le rapport de la Banque centrale du Congo signale que les budgets de l'Etat pour les années 2009 et 2010 se présentent respectivement comme suit :

- Pour l'agriculture les dépenses d'investissement en 2009 sont de 0,50% de l'ensemble du budget et en 2010, elles sont de 0,86%.
- Pour le développement rural, elles sont de 2,58% en 2009 et de 1,02% en 2010.

Ces données chiffrées ne traduisent peut être pas tous les efforts consentis par les pouvoirs publics pour améliorer la situation dans ces secteurs, mais elles sont tout de même éloquents. En effet, les dépenses publiques allouées à un secteur économique révèlent non seulement la volonté de l'Etat de soutenir ledit secteur mais aussi et surtout la place qu'il occupe dans l'ensemble de l'action gouvernementale. Dans le cas d'espèce, nous sommes tenté d'affirmer que le secteur de l'agriculture et celui du développement rural ne constituent pas la priorité de l'action gouvernementale, avec comme conséquence que la lutte contre la pauvreté dans le monde rural n'est pas la préoccupation majeure du gouvernement. C'est dans ce sens que Innocent Utshudi constate que :

«Aucune véritable politique de promotion des activités paysannes de production agricole, pastorale, sylvicole, de construction ou d'entretien d'infrastructures scolaires, de transport, de

⁵⁷² Ministère de l'Agriculture, Elevage et Pêche, op. cit, p15

santé, de sécurisation foncière, etc. n'est mise en œuvre. Pourtant, les paysans subissent une avalanche de taxes non seulement sur leurs produits agricoles, mais aussi, et curieusement, sur leurs parcelles dominées pourtant par une polyculture constituée, pour l'essentiel, des cultures de subsistance, de quelques cultures de rente et des maisons en pisé. »⁵⁷³

La seconde solution est celle qui consiste à regrouper les paysans dans une coopérative de production, en leur fournissant les moyens de production nécessaires : moyens humains, moyens matériels et moyens financiers. La coopérative est particulièrement adaptée à l'esprit communautaire africain en général et paysan en particulier. Pour la réussite d'une telle initiative, la coordination technique devrait être assurée par l'Etat dans un premier temps pour s'assurer de sa bonne évolution. Elle pourra regrouper deux ou plusieurs villages. C'est par ce biais que les paysans pourront apprendre l'exigence d'une vie villageoise rénovée, et de ce fait, ils seront introduits, en douceur, dans le circuit social et économique national.⁵⁷⁴

L'amélioration des conditions de travail aura un impact sur la femme qui est considérée comme une main d'œuvre à la disposition du mari. En effet, celui-ci n'aura plus besoin des services de la femme et sera disposé de la libérer pour qu'elle s'adonne à ses activités personnelles. Cette amélioration des conditions de vie aura sûrement un impact positif sur la situation de la femme en ce qui concerne ses droits fonciers.

⁵⁷³ I. Utshudi Ona, La décentralisation en RDC : opportunité pour une gestion foncière décentralisée, in *L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire 2008-2009*, p316

⁵⁷⁴ C.Munzirihwa, op.cit, p 54

CONCLUSION GENERALE

Tout au long de ce travail, notre préoccupation a été de vérifier l'hypothèse selon laquelle la femme fait l'objet de discrimination en matière d'accès à la terre. Cette discrimination est due au fait de l'existence du dualisme juridique qui subsiste en cette matière d'une part, et d'autre part, à l'existence au sein du code de la famille de certaines dispositions rendant les rapports entre époux inégaux.

En droit congolais, le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat. Le domaine foncier de l'Etat est divisé en domaine public et domaine privé. Sur les terres du domaine privé, l'Etat accorde aux particuliers, personnes physiques ou morales de droit privé et public, un droit de jouissance appelé concession. Ce droit de concession est perpétuel en faveur des personnes physiques de nationalité congolaise et il est ordinaire, c'est-à-dire limité dans le temps, lorsque les bénéficiaires sont des personnes physiques étrangères ou des personnes morales de droit privé et public.⁵⁷⁵

Mais sur le domaine foncier privé de l'Etat, la loi foncière consacre pratiquement trois catégories de terres : terres urbaines, terres rurales et terres occupées par les communautés locales. Ces terres n'obéissent pas au même régime juridique. Les terres urbaines et rurales sont régies par la loi foncière, c'est-à-dire qu'elles peuvent faire l'objet de concession foncière et les terres occupées par les communautés locales sont soumises, en vertu de la loi foncière, à la coutume.

En effet, le dualisme juridique subsiste du fait que la loi foncière qui avait entre autres objectifs d'unifier les droits fonciers congolais, avait, tout en domanialisant les terres occupées par les communautés locales, prévu qu'une ordonnance du Président de la République allait être prise pour réglementer les droits de jouissance acquis régulièrement sur ces terres. Depuis lors, cette ordonnance n'a jamais été prise, avec comme conséquence que ces terres sont toujours régies par les coutumes locales. Ainsi, la

⁵⁷⁵ La concession ordinaire a une durée de vingt cinq ans renouvelable indéfiniment.

femme accède à la terre dans des conditions différentes selon qu'il s'agit des terres coutumières ou des terres urbaines et rurales régies par le droit écrit.

En outre, le code de la famille consacre l'incapacité de la femme mariée, en la soumettant au régime de l'autorisation maritale pour tous les actes juridiques qui entraînent pour sa part une prestation personnelle ayant un impact sur le ménage. Or, la loi prévoit que l'accès aux terres urbaines et rurales passe par la conclusion d'un contrat synallagmatique. D'où pour y accéder, la femme mariée doit obtenir l'autorisation de son mari. Ce qui la met dans une situation d'inégalité par rapport à celui-ci.

Ainsi, pour confirmer ou infirmer ces hypothèses, nous avons procédé dans un premier temps par une approche empirique à l'analyse de la situation foncière de la femme sur les terres occupées par les communautés locales. Cela nous a conduit à relever les principes fondamentaux qui régissent ces terres, avant de se focaliser sur la question spécifique de l'accès de la femme à ces terres.

Dans un second temps, nous avons aussi, par une approche empirique combinée avec une analyse positive du droit, voulu savoir la situation foncière de la femme sur les terres urbaines et rurales. Ainsi, après avoir analysé les règles régissant ces deux catégories de terres, nous avons ensuite porté notre intérêt sur les droits fonciers de la femme tels que prévus par la loi mais aussi en rapport avec la jurisprudence en la matière.

Cette démarche nous a permis de comparer la situation de la femme avec celle de l'homme en matière d'accès à la terre d'une part, et d'autre part, la situation de la femme vivant sur les terres appartenant aux communautés locales avec celle de la femme se trouvant sur les terres urbaines et rurales. Enfin, la comparaison a porté aussi sur les droits fonciers de la femme mariée par rapport à ceux reconnus à la femme célibataire.

De cette analyse, nous avons relevé ce qui suit :

1. Sur les terres appartenant aux communautés locales régies par la coutume, la femme dispose des droits fonciers moins étendus par rapport à l'homme et ses droits sont aussi fonction des rapports qui la lie au groupe. En effet, en tant que membre du groupe "propriétaire de la terre," elle ne peut pas en principe être chef de terres, ce

pouvoir est l'apanage de l'homme. Mais elle a le droit d'exploiter la terre au même titre que l'homme tant qu'elle y habite encore.

Si elle est liée au groupe par le mariage, elle accède à la terre par l'entremise de son mari. A ce titre, elle peut exploiter la terre que la communauté a mise à la disposition de ce dernier. Mais lorsque le lien de mariage est rompu, elle est obligée de rentrer dans sa famille, en laissant la terre exploitée au profit du mari ou de la famille de celui-ci. Il convient de noter que le mariage peut prendre fin par le divorce ou par le décès du conjoint. Dans tous les cas, la femme ne bénéficie pas de l'héritage ni de partage de la terre mise en valeur à deux ou seule.

En cas d'héritage, tous les enfants n'ont pas les mêmes droits. Dans le système patrilinéaire où les enfants peuvent hériter de leur père, seuls les garçons sont héritiers. Dans le système matrilinéaire où l'héritage va dans la lignée de la femme, la préférence est accordée aux personnes de sexe masculin au détriment de celle de sexe féminin. Il s'agit précisément des neveux au détriment des nièces.

2. Sur les terres urbaines et rurales, la situation de la femme est différente. D'une manière générale, les lois accordent à la femme des droits en matière foncière au même titre que l'homme, sauf en cas de mariage. En effet, le droit de jouissance sur ces terres étant individuel, la femme célibataire a le droit d'y accéder sans entrave. En cas de divorce, la femme reçoit la moitié de terres acquise pendant le mariage si le régime matrimonial choisi par les époux lors du mariage l'autorise. En cas de veuvage, la veuve est héritière de la deuxième catégorie et elle bénéficie en outre, de l'usufruit du conjoint survivant qui porte sur la maison que le couple habitait ainsi que la moitié des terres que le défunt exploitait personnellement. Cela suppose que le couple était uni par un mariage régulier. Ainsi, la femme qui vit dans une union de fait ne peut pas prétendre à un quelconque héritage et en cas de séparation, elle ne bénéficie pas du partage des biens fonciers, alors qu'au sein de la société, cette situation est une réalité.

Cependant, la femme mariée ne peut accéder à la terre sans l'autorisation de son mari. En effet, l'accès au droit foncier passe par la conclusion des contrats qui emportent des obligations réciproques de la part des parties contractantes. Le code de la famille

prévoit que pour la validité de ce genre de contrat, la femme doit être autorisée par son mari avant de le conclure.

De ce qui précède, il ressort que tant la coutume que la loi sont discriminatoires à l'égard de la femme, quant à ses droits fonciers. Ce qui nous amène à affirmer que nos hypothèses de base sont bien corroborées.

Mais, la coutume et la loi sont en contradiction flagrante avec la Constitution et les conventions internationales ratifiées par la République Démocratique du Congo. En effet, ces deux sources du droit contiennent des dispositions qui interdisent la discrimination à l'égard de toute personne, et en particulier, à l'égard de la femme. Cette contradiction entraîne une certaine incohérence au sein du système juridique.

Ce qui nous a amené par une démarche prospective de proposer de lege ferenda l'harmonisation du système juridique en rapport avec le sujet qui nous intéresse. Ainsi, avons-nous proposé la révision de certains textes pour les mettre en harmonie avec la Constitution et les traités internationaux ratifiés par la République Démocratique du Congo en matière des droits de l'homme. Cette réforme se présente comme suit :

1. La suppression dans la loi foncière, les dispositions de l'article 389 qui prévoit que les droits de jouissance sur les terres communautaires seront réglés par une ordonnance du Président de la République. Etant donné que cette ordonnance n'a jamais été prise, nous préconisons d'insérer directement dans la loi foncière les dispositions en rapport avec les droits de jouissance acquis sur les terres communautaires conformément aux coutumes locales ou aux usages locaux. Ces dispositions vont laisser la coutume régir ces terres mais en lui imposant des limites notamment en matière de discrimination à l'égard de la femme ainsi que de la fille. Mais, compte tenu du fait que cette matière relève constitutionnellement de la compétence concurrente entre les pouvoirs provinciaux et central, on peut aussi imaginer la possibilité de renvoyer son règlement aux provinces, dans le même sens que nous venons d'indiquer. Les deux solutions sont donc alternatives.
2. Le code de la famille devra également être modifié sur un certain nombre des dispositions. La première disposition concerne l'autorisation maritale qui devra céder la

place à l'égalité parfaite entre conjoints, quitte à donner à chacun la possibilité de s'opposer aux actes posés par l'autre s'ils sont de nature à porter atteinte aux intérêts du ménage. Cette proposition a aussi l'avantage de mettre la législation congolaise en phase avec le droit de plusieurs pays africains qui ont déjà supprimé l'autorisation maritale.

La deuxième disposition est celle qui prévoit l'usufruit du conjoint survivant. Elle devra aussi être modifiée pour préciser que cet usufruit existe même sur les terres appartenant aux communautés locales.

Il sera également question de préciser que les différentes catégories d'héritiers prévues par la loi demeurent valables même si l'héritage porte sur les terres coutumières. En matière de divorce, nous préconisons que le code de la famille puisse prévoir l'indemnité de divorce en faveur de la femme vivant sur les terres appartenant aux communautés locales. Cela se justifie par le fait qu'il est injuste de laisser la femme répartir main bredouille dans sa famille alors que le fruit de ses efforts va bénéficier à d'autres personnes.

L'union de fait qui est une réalité vivante, ne devrait pas continuer à être ignorée par le législateur. C'est ainsi que nous pensons, pour des raisons d'équité, qu'elle peut produire des effets juridiques au même titre que le mariage si elle a été d'une longue durée.

3. Au niveau du code pénal, nous prévoyons que des dispositions soient prises, rendant infractionnels les comportements discriminatoires à l'égard de toute personne et particulièrement à l'égard de la femme. Ces dispositions auront pour but de dissuader ceux qui auront tendance à résister à la réforme.

4. Quant au code de l'organisation et de la compétence judiciaires, il devra aussi subir une révision, dans le sens d'insérer des dispositions instaurant des structures locales de conciliation pour les conflits fonciers intéressant les femmes. Cette structure devra être paritaire dans sa composition pour permettre aux femmes de défendre leurs intérêts. Elles devront être animées par les notabilités locales. Ceux-ci devront désormais revêtir

les statuts de fonctionnaire de l'Etat. La saisine de ces structures constitue un préalable pour que le litige soit porté devant d'autres instances de l'Etat.

Pour accorder à cette réforme la chance de réussite, nous pensons qu'il est nécessaire de la faire accompagner par des mesures socio-économiques qui aboutiront à la transformation du monde rural. En effet, c'est dans le monde rural qu'on peut rencontrer la résistance à une telle réforme. Cela se justifie par le fait que l'attachement à la terre dans ce milieu s'explique, au-delà des considérations métaphysiques, aussi par des raisons économiques. La terre constitue une source des revenus indispensable pour la vie des ruraux. Ainsi, ils la conservent jalousement contre toute intrusion extérieure. Pour faciliter cet attachement au sol, et de ce fait, accorder à la femme la possibilité d'accéder à la terre, nous proposons des mesures ci-après :

1. Sur le plan social, nous préconisons d'abord de mettre sur pied des politiques appropriées en matière de formation pour réduire le taux d'analphabètes et de donner aux ruraux notamment la possibilité d'améliorer leur méthode de travail ou d'avoir la possibilité d'embrasser d'autres métiers qui pourront leur offrir la possibilité de se détacher de la terre.

Ensuite, nous pensons que la transformation du milieu rural passe par l'amélioration ou la création des infrastructures sociales de base. En effet, ces infrastructures permettent la mobilité des gens ainsi que les contacts à travers notamment le transport, la communication etc. Cela entraîne comme conséquence l'ouverture des communautés locales au monde extérieur avec tout ce que cela produit en termes d'échanges.

Enfin, il faut que la femme s'engage elle-même aussi pour obtenir le changement en rapport avec sa situation. Cet engagement devra se faire par le biais de l'éducation suivie de la mise sur pied des structures d'encadrement pour qu'il soit efficace.

2. Sur le plan économique, nous préconisons d'abord la mise sur pied d'une politique favorisant les investissements à caractère économique dans le milieu rural. Celle-ci peut se traduire par des mesures incitatives dans le but de faciliter

l'installation des investisseurs dans le milieu. Cela va générer de l'emploi et permettra aux ruraux d'avoir la possibilité de se consacrer à un autre type de travail que celui de la terre.

Ensuite, on peut aussi imaginer la possibilité de faire des paysans de véritables agents économiques, en leur octroyant des crédits pour leur installation. Celle-ci peut se faire à titre individuel ou en coopérative.

En définitive, les mesures d'ordre juridique, social et économique que nous préconisons, ne pourront réussir que si l'Etat en fait une préoccupation. En effet, son rôle est d'une grande importance pour que la situation de la femme puisse connaître une certaine amélioration, surtout dans le milieu rural. Il lui appartient de prendre des lois pour mettre fin à la discrimination dont la femme est l'objet. C'est à lui également de créer ou d'améliorer les infrastructures sociales de base et d'instaurer un climat favorable aux investissements dans le milieu rural. C'est à l'Etat aussi de prendre des initiatives pour que les paysans se transforment réellement en agents économiques.

Mais la population elle-même peut jouer un rôle dans l'amélioration de sa situation. En effet, elle peut faire pression sur les autorités étatiques pour que ses préoccupations deviennent une priorité de l'action gouvernementale. Pour ce faire, elle devrait utiliser tous les moyens légaux que la Constitution ainsi les lois du pays lui reconnaît. En effet, le titre II de la Constitution en vigueur en République Démocratique du Congo est consacré aux droits humains, libertés fondamentales et devoirs du citoyen et de l'Etat. Il prévoit des droits civils et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels ainsi que des droits collectifs. Parmi ces droits, on peut citer le droit à la liberté et à l'égalité en dignité et en droit, le droit à la non discrimination, le droit à la propriété privée, le droit à la liberté d'association, le droit à l'éducation, le droit à la santé et à la sécurité alimentaire, le droit au logement décent, le droit d'accès à l'eau et à l'énergie électrique et le droit à un environnement sain et propice à l'épanouissement intégral d'un individu.

Tous ces droits sont garantis aux Congolais sans distinction de sexe et de condition sociale. L'accomplissement de ces droits constitue des devoirs pour l'Etat. C'est dans ce sens que la Constitution dispose en son article 60 que :

« Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés dans la Constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne. »

Il appartient donc à la population de tout mettre en œuvre pour que ces droits deviennent une réalité. Si ces droits sont réellement mis en œuvre, la situation des Congolais en général changera et de celle de la femme en particulier.

L'histoire démontre que les droits humains sont souvent arrachés par la lutte. Si les dirigeants politiques ne sont pas pressés, ils ne prendront jamais des mesures urgentes pour que la situation de la population en général change et de la population rurale en particulier.

Nous reconnaissons toutefois que le changement souhaité ne relève pas seulement de la science juridique. La contribution d'autres spécialistes est indispensable pour approfondir certaines questions importantes. Nous pensons à l'apport notamment des économistes, des sociologues, des psychologues, des agronomes et autres. En effet, la République Démocratique du Congo étant dotée d'une diversité des sols, des climats, des potentiels énergétiques et autres richesses naturelles, il est nécessaire que ces spécialistes se penchent sur la faisabilité des investissements proposés en tenant compte de la spécificité de chaque milieu.

BIBLIOGRAPHIE

A. LEGISLATION

1. Constitution du 18 février 2006 (J.O.R.D.C, numéro spécial du 18 février 2006)

2. Les Instruments Juridiques Internationaux

- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (J.O.Z., numéro spécial, juin 1987)
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme (J.O.R.D.C., numéro spécial, avril 1999)
- Déclaration universelle des droits de l'homme (J.O.Z., numéro spécial, avril 1999)
- Pacte international aux droits économiques, sociaux et culturels (J.O.R.D.C., numéro spécial, avril 1999)
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (J.O.R.D.C., numéro spécial, avril 1999)
- Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (non ratifié)

3. Textes légaux et réglementaires

- Circulaire du 10 avril 1923 relative à la liquidation des successions indigènes (R.M.C, p 34)
- Décret du 03 juin 1906 sur les terres indigènes (B.O., p. 226)
- Décret du 10 février 1953 sur les cessions et concessions en vue de favoriser la colonisation (B.O., p 433)
- Décret du 10 février 1953 sur l'accèsion des Congolais à la propriété immobilière individuelle (B.O., p. 430)
- Décret du 14 septembre 1886 sur l'enregistrement des terres (B.O., p.138)
- Décret du 23 février 1953 sur les cessions et concessions de terres dans les centres extra-coutumiers et les cités indigènes (B.O., p. 450)

- Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal (B.O., p193)
- Décret du 30 juillet 1888 portant des contrats ou des obligations conventionnelles (B.O., p. 109)
- Décret du 31 mai 1934 sur les enquêtes relatives à la vacance de terres(B.O., 1934, p. 676)
- Décret du 4 mai 1895 portant Code civil- des personnes (B.O., p. 138)
- Décret du 6 février 1920 portant transmission de la propriété immobilière (B.O., p. 265)
- Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minier (J.O.R.D.C, numéro spécial, juillet 2002)
- Loi n° 73/ 021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés (J.O.Z, numéro spécial, octobre 1992)
- Loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier (J.O.R.D.C. numéro spécial, août 2002)
- Loi n°11/022 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'agriculture (J.O.R.D.C, numéro spécial, décembre 2011)
- Loi n°87/010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille (J.O, numéro spécial, août 1987)
- Loi organique n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces (J.O.R.D.C. numéro spécial, septembre 2009)
- Loi sur le gouvernement du Congo belge du 18 octobre 1908 (B.O., p.65)
- Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire (J.O.R.D.C. numéro spécial, mai 2013)
- Ordonnance du 1^{er} juillet 1885 sur l'occupation des terres (B.O., 1885, p. 30)
- Ordonnance-Loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires (J.O.Z., numéro7, avril 1982)

B. DOCTRINE

1. OUVRAGES

- ADA Consulting Africa, Etude sur les politiques foncières et l'accès des femmes à la terre au Togo, Lomé, MDG3 Fund, 2009
- ADEA et FAO, L'éducation pour les populations rurales en Afrique, septembre 2005
- Ahounou-Houenassou(E), Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Bénin, www.wildaf-ao.org, juillet 2002
- Bachelet(M), Systèmes fonciers et réformes agraires en Afrique noire, Paris, L.G.D.J, 1968
- Biebuyck(D), Rapport sur les données fonciers du point de vue ethnologique, 3^{ème} partie, inédit, octobre 1977
- Binet(P), La femme dans le ménage, Paris, LGDJ, 1904
- Boelaert(R.P.E), L'Etat Indépendant et les terres indigènes, Bruxelles, Académie royale des sciences coloniales, 1956
- Boutard(J), Les pouvoirs ménagers de la femme mariée, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1947
- Bracke(W), Vade mecum, Titres fonciers, province du Katanga, Congo belge, inédit
- Challaye(F), Histoire de la propriété, col. Que sais-je ?, Paris, P.U.F, 1967
- Commission de Réforme du Droit Zaïrois, Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du Code de la famille, Kinshasa, inédit, 1987
- Corradi(G), Advancing human rights in legally plural Africa: the role of development actors in the justice sector, Thèse de doctorat, Universiteit Gent, 2012-2013
- De page(H), La capacité civile de la femme mariée et les régimes matrimoniaux, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1947
- Dekkers(R), Précis de droit civil, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1954
- De Saint Moulin(L), Atlas de l'organisation administrative de la République Démocratique du Congo, Kinshasa, CEPAS, 2005
- Diebo Mazey(T), Lutte contre la pauvreté et création des richesses en milieu rural en Afrique subsaharienne : la problématique de l'implication des

banques commerciales dans la finance rurale et la micro finance en milieu rural(cas de la RDCongo), mémoire de DEA, Faculté des sciences économiques, Université de Kinshasa, 2009-2010

- Dikete Onatshungu, Du rôle de la volonté dans la transmission des droits réels immobiliers et de la sécurité des transactions immobilières, Tome 2, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1975-1976
- Dubru(M), L'égalité civile des époux dans le mariage, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1959
- Ernst-Henrion(M) et Dalcq(J), La femme, pierre d'angle de la famille de demain : ses droits actuels et futurs, Bruxelles, La renaissance du livre, 1975
- F.A.O, Rapport sur l'agriculture et le développement rural en RDC, 2005
- Fatiha Daoudi, Droits fonciers des femmes au Maroc : entre complexité du système foncier et discrimination, Rabat, Les études et essais du centre Jacques Berque, octobre 2011
- Jeanmart(N), Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier S.A, 1986
- Kalambay Lumpungu(G), Droit civil : Régime général des biens, vol I, Kinshasa, P.U.Z, 1989
- Kalambay Lumpungu(G), Droit civil : Régime foncier et immobilier, vol II, 2éd, Kinshasa, P.U.C, 1999
- Kalambay Lumpungu(G), Le droit foncier zaïrois et son unification, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 1973
- Kangulumba Mbambi(V), Précis de droit civil des biens, Tome1, Louvain-la-Neuve, Bibliothèque de droit africain, 2007
- Kimpianga Mahaniah, La problématique du développement, Luozi, Presses de l'Université de Luozi, 2007
- Kone Mariatou et Ibo Guehi, Les politiques foncières et l'accès des femmes à la terre en Cote d'Ivoire : cas d'Affalikiro et Djangabo dans la région d'Abengourou et de Kalakala et Togognière dans la région de Ferkessedougou, www.docstoc.com, avril 2009
- Kuyu Mwisso(C), Parenté et famille dans les cultures africaines, Paris, Karthala, 2005

- Lapika Dimonfu, Les enjeux fonciers et les conflits en République Démocratique du Congo, in La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo Trente ans après : Quel bilan ? Essai d'évaluation, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004
- Lukombe Nghenda, Droit civil : les biens, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2003
- Malengreau(G), Les droits fonciers coutumiers chez les indigènes du Congo belge, Bruxelles, IRCB, 1947
- Michel(A), Le féminisme, Col. Que sais-je ?, Paris, PUF, 2001
- Ministère de l'agriculture et Ministère du développement rural, Stratégie sectorielle de l'agriculture et du développement rural, mars 2010
- Ministère de l'agriculture, pêche et élevage, Note de politique agricole, avril 2009
- Ministère du plan, Document de stratégie de la réduction de la pauvreté, 2004
- Mukadi Bonyi et al, Procédure civile, Kinshasa, Batena Ntambua, 1999
- Mulendevu Mukokobya(R), Pluralisme juridique et règlement des conflits fonciers coutumiers en territoires de Beni et Lubero, Nord-Kivu, République Démocratique du Congo, Thèse de doctorat, Universiteit Gent, 2011
- Mulumba Katchy, Introduction à l'étude du droit coutumier congolais, Kinshasa, CREJA, 2011
- Munzirihwa(C), Paysan du Kivu et le changement social depuis l'indépendance, Mémoire de licence, Institut des sciences politiques et sociales, Université Catholique de Louvain, 1968-1969
- Mupila Ndjike(H.F), Les successions en droit congolais, Kinshasa, Pax-Congo, 2000
- Musset(J), Le régime des biens entre époux en droit normand, Caen, Presses Universitaires de Caen, 1997
- Mwanzo Idin'Aminye(E), L'égalité des époux en droit congolais de la famille, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 2008-2009
- Norwegian Refugee Council, La problématique foncière au Nord-Kivu et le retour des déplacés et des réfugiés, inédit, Goma, 2007

- Nyamugabo Mpova, Réflexion critique sur la gestion de la loi foncière, in La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : Quel bilan ? Essai d'évaluation, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 2004
- Papachristos(A.C), La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique, Paris, LGDJ, 1975
- Piron(P) et Devos(J), Codes et Lois du Congo belge, matières civiles, commerciales, pénales, Bruxelles, Larcier, 1960
- Rarijaona(R), Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar, Paris, Cujas, 1967
- RCN Justice et Démocratie, Etude sur les pratiques foncières au Burundi : Essai d'harmonisation, Bujumbura, www.rcn-ong.be, mars 2004
- RCN Justice et Démocratie, La justice de proximité au Bas-Congo(ville de Matadi et district de Cataractes), Kinshasa, www.rcn-ong.be, août 2009
- RCN Justice et Démocratie, Les conflits fonciers en Ituri : de l'imposition à la consolidation de la paix, Kinshasa, www.rcn-ong.be, septembre 2009
- Richard(M), Histoire, tradition et promotion de la femme chez les Batanga, Bandundu, Publications du centre d'études ethnologiques, 1970
- Roussel(L), La famille de fait : point de vue d'un sociologue, in La famille de fait, Kortrijk-Bruxelles-Namur, UGA, 1982
- Sakata M. Tawab, Code forestier et ses mesures d'application, Louvain-la-Neuve, Academia- Bruylant, 2010
- Sohier(A), Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge, Bruxelles, Larcier, 1954
- Sohier(J), Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumières du Congo et du Ruanda-Urundi jusqu'au 31 décembre 1953, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, S.A, 1957
- Stenmans(A), De la transmission de la propriété immobilière, in Droit civil du Congo belge, TIII, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1957
- Tshibangu Tshiasu Kalala(F), Droit civil : régimes matrimoniaux, succession, libéralités, Kinshasa, Cadicec, 2003

- Union africaine, Banque africaine de développement et Commission économique pour l'Afrique, Cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique, Addis-Abeba, 2010
- ONU-HABITAT, Droits des femmes au sol, à la propriété et au logement : Guide global pour les politiques publiques, mars 2007
- Vunduawe te Pemako(F), Traité de droit administratif, Bruxelles, Larcier, 2007

2. ARTICLES

- Agondjo-Akawe(P-L), Les droits fonciers coutumiers au Gabon(société Nkomi, groupe Myene), in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1970, pp 1135-1152
- Amin(S), Les reformes des régimes fonciers souhaitables en Afrique et en Asie, in *forumtiersmonde.net*, novembre 2004, pp 1-11
- Ansoms(A) et Holvoet(N), La politique de réforme agraire rwandaise et la nouvelle loi foncière vue sous l'angle du genre, in *L'Afrique des grands Lacs*, Annuaire 2007, pp 75- 95
- Batshibakama(R), Qui est le chef des enfants dans le Bas-Congo ? Le seul problème, le seul effort, in *La Voix du Congolais*, n°58, 1951, pp 26-28
- Boelaert(E), Faut-il créer des réserves pour les indigènes, in *Zaire*, volXI-2, 1955, pp 133-142
- Boelaert(E), La propriété foncière dans l'idée des Nkundo, in *ARSC*, n°2, 1955, pp 162-168
- Boelaert(E), Législation foncière de l'Etat Indépendant du Congo et Droit naturel, in *Aequatoria*, n°2, 1954, pp 41-50
- Bukera(J), La dévolution successorale en droit Burundais, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 610-621
- De Beaucorps(S.J), La propriété chez les Basongo de la Luniungu et de la Gobari, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1, 1943, pp 1-10

- De Beaucorps(S.J), Le mariage chez les Basongo de la Luniungu et Gobari, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier*, n°6, 1943, pp 109-126
- De Beaucorps(S.J), Les Bayansi du Bas-Kwilu, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°6, 1933, pp 107-110
- De Konink, Le droit coutumier des Bahutu, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°9, 1936, pp 209-220
- Decapmaker, Le matriarcat en face de l'évolution, in *Aequatoria*, n°3, 1959, pp 98 - 100
- Deloof(R.J), Notes sur le régime foncier des Bena Mulimi, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et droit coutumier congolais*, n°10, 1954, pp 247-252
- Deremiens(L), Quelques considérations sur la coutume des Bena Ebombo, in *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 3, 1953, pp 60-66
- Dimbany(TH), Sous le joug du matriarcat, que sera l'avenir de nos enfants ?, in *La Voix du Congolais*, n°85, 1953, pp 220-221
- Elosegui(M), Les droits de la femme kenyane : conflit entre le droit statutaire et le droit coutumier in *Revue de droit africain, doctrine et jurisprudence*, n°11, juillet 1999, pp 315-346
- Gannage(P), Les droits fonciers coutumiers : rapport général, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1970, pp 1102-1104
- Gianola-Gragg(E), Réflexions sur le droit foncier nzakara(la Centrafrique et le Zaïre), in *Droit et Cultures*, n°28, 1994, pp 143-157
- Granger(R), La tradition en tant que limite aux réformes de droit, in *Revue internationale de droit comparé*, n°1, 1979, pp 76-101
- Grevisse(F), Les Bayeke, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier*, n°5, 1937, pp 133-140
- Grignard(I.L.J), Enquête sur le droit coutumier des groupements Kilomba, Kyaka, Mulinda et Kuba Bukongolo du secteur du Moero, territoire de Kasenga, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°12, 1954, pp 285- 295

- Heyse(Th), La propriété immobilière, in *Les Nouvelles*, Droit colonial, T1, 1932
- Hulstaert(G), Le divorce chez les Nkundo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°5, 1937, pp141-157
- Hulstaert(G), Propriété foncière et paysannat indigène, in *Aequatoria*, n°3, 1953, pp 50-66
- Hulstaert(G), Sur le droit foncier Nkundo, in *Aequatoria*, n°2, 1954, pp 58-65
- Joset(P.E), Notes ethnographiques sur la sous-tribu des Walese abfunkotou, in *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais*, n°2, 1949, pp 95-97
- Kafui Adjamagbo(J), La propriété à l'épreuve de la législation foncière et agraire, in *Recueil Pénant*, 4^{ème} trimestre, 1992, pp 215-233
- Kahindo Fatuma Yuma, L'incapacité juridique de la femme mariée en droit congolais, in *Paroles de justice*, 2005, pp115-123
- Kalambay Lumpungu(G), Les droits fonciers coutumiers à travers la législation de la République Démocratique du Congo, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1970, pp 1175-1180
- Kalambay Ndaya, De l'harmonisation des articles 233 de la loi foncière et 807 du Code de la famille, in *Annales de la faculté de Droit*, VOLXI-XXVII, Presses de l'Université de Kinshasa, 2004, pp 76- 83
- Kanza(D), Le régime familial chez les Bakongo, in *La Voix du Congolais*, n°24, 1948, pp 107- 109
- Kava-Vubu(J), A propos de la suppression du matriarcat, in *La Voix du Congolais*, n°64, 1951, pp 374- 375
- Kienge-Kienge Intudi(R), Le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique : quelques considérations juridiques pour un débat de société, in *Annales de la faculté*, Kinshasa, P.U.K, 2007, pp 39-54
- Kilolo, Le droit coutumier des successions de la ville de Kinshasa, in *Revue zairoise de droit*, n°1, 1972, pp 25-39
- Kobo(P.C), Spécificités des régimes fonciers africains, in *Recueil Pénant*, 4^{ème} trimestre, 1990, pp 205-236

- Kremer(E), Le droit foncier coutumier du Congo belge, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°9,1956, pp 233-258
- Lafontaine, L'évolution juridique de la société congolaise, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1, 1956, pp 157-169
- Lamy(E) et Lokwa Ilwaloma, La dévolution successorale en République du Zaïre, in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 526-561
- Lavigne Delville(P), Comment articuler législation nationale et droits locaux : expériences en Afrique de l'Ouest francophone, in *Politique des structures et action foncière au service du développement agricole et rural*, 1998, pp1-22
- Lebrun(A.G), De la tenure de la terre chez les populations indigènes du territoire de Kabalo, in *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais*, n°8, 1956, pp 181- 230
- Liegeois(A.J.B), La coutume Zande, territoire de Dungu, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°3, 1953, pp 49-60
- Lihau Ebuja et Nimy Mayidika Ngimbi, Droit successoral des sociétés traditionnelles au Zaïre(chez les Mbuza de l'Equateur et les Yombe du Bas-Zaïre), in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 592-601
- Liz Alden Wily, La tenure foncière dans un monde moderne, in *Rights+Ressources*, 2012, pp 1-16
- Louwers(O), Le problème des terres indigènes, in *Journal des territoires d'Outre-mer*, n°47, 1954, pp 65-68
- Lumpungu Kamanda, Le régime foncier au Zaïre et son incidence sur le développement agricole, in *Cahiers Economiques et Sociaux*, vol XI, n°s 3 et 4, 1973, pp 45-71
- Mabushi(Ch), La succession testamentaire en droit coutumier burundais, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 624-635
- Manzila Lutumbu Sal'asal, Les successions en droit civil zaïrois, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 508-515

- Marshal(R), Le droit foncier des Bazela, des Bolomotwa et des Banwenshi in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°1, 1937, pp 17-21
- Mayer(Ch), Enquête sur le droit coutumier des Bena Tshitolo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et droit coutumier congolais*, n°2, 1953, pp 25-38
- Mayinguidi(E), Des successions en droit coutumier du Congo, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°4, 1972, pp 662-673
- Michaux, Etudes des juridictions de Kiniama-Kaimbi-Mwenda-Kimese-Kalonda, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 10, 1952, pp 273-287
- Mignolet(J), Notes relatives à la tenure de la terre dans le groupe Munene de la chefferie des Bakongolo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°8, 1954, pp 189-199
- Mohamed Yahva Ould Abdel Wedoud, Réflexion sur la propriété foncière en Mauritanie à la lumière de la nouvelle législation foncière et domaniale, in *Pénant*, octobre- novembre 2005, pp 420-437
- Mugangu Matabaro(S), La crise foncière à l'Est de la RDC, in *L'Afrique des grands lacs, annuaire 2007-2008*, pp 406-426
- Mushizi(C), Le droit de la femme mariée au travail et l'autorité maritale en cause : défis familiaux, in <http://charlesmushizi.blogspot.com>, décembre 2012
- Nankara Waka(P), Féminisation de la pauvreté au Congo-Kinshasa, *Revue de droit africain*, n°5, 1998, pp 18-33
- Ngongang-Ouandji(A), La dévolution successorale au Cameroun, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 4, 1972, pp 645-657
- Nguema(I), La terre dans le droit traditionnel Ntumu(Gabon), in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1970, pp1119-1134
- Nimi(P), Le matriarcat doit payer les conséquences de son action injuste et malhonnête, in *La Voix du Congolais*, n°56, 1950, pp 634-637
- Nimi(P), Le régime du matriarcat et ses funestes conséquences, in *La voix du Congolais*, n°35, 1949, pp 58-66
- Njara(E), Le droit successoral malgache, in *Droit et Cultures*, n°33, 1977, pp 161-180

- Ntambwe Makadi, Analyse critique de la jurisprudence des tribunaux coutumiers relative au droit des successions en République Démocratique du Congo, in *Revue juridique du zaïre*, n°3, 1974, pp 153-197
- Ntampaka(C), L'évolution des droits de la femme au Rwanda, in *Penant*, n° 796, janvier à mai 1988, pp 43-74
- Omari(A.J), Le droit foncier congolais, in *La voix du Congolais*, n°48, 1950,pp 138-139
- Phanzu Levo, L'équilibre des institutions coutumières et les successions au Zaïre, in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 4, 1972, pp 603-617
- Philippe(R), Notes sur le régime foncier au Lac Leopold II, in *Aequatoria*, n°2, 1954, pp 51-57
- Puati(G.A), La vocation héréditaire du conjoint survivant en droit congolais de la famille, in *Penant*, n° 854, janvier-mars 2006, pp 29- 42
- Sohier(A), Le droit coutumier du Congo belge, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 12, 1946, pp 375- 392
- Sohier(A), Les problèmes des terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n° 63, 1955,pp 125-128
- Sohier(A), Les terres indigènes : le décret du 3juin 1906, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°52, 1954, pp 145-146
- Sohier(A), Les terres indigènes : les décrets de 1885-1886, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n°51, 1954,pp126-127
- Sohier(A), Les terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n° 50, 1954, pp 115-116
- Sohier(A), Les terres indigènes, in *Journal des Tribunaux d'Outre-mer*, n° 53, 1954, pp 157-158
- Sohier(J), Considérations sur les testaments en droit coutumier congolais, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°7, 1952, pp 206-216
- Sohier(J), Institutes coutumières Katangaises, in *Problèmes sociaux Congolais*, n° 63, 1963, pp 3-79

- Ulwortho Genombe, La question des terres, vecteur de la guerre en Ituri, in *Paroles de justice*, 2005, pp 162-182
- Utshudi Ona(I), La décentralisation en RDC : opportunité pour une gestion foncière décentralisée, in *L'Afrique des grands lacs. Annuaire 2008-2009*, pp 309-317
- Van Boeckhout(J), Le droit foncier chez le groupement Bena Kankonde du secteur Bena Ngoshi province Kasai, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°2, 1957, pp 33-38
- Van Hamme(P.E), Enquête sur le droit coutumier des Bakwa-Lubo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n° 12, 1952, pp 337-351
- Vannes(J), Le droit foncier coutumier en territoire de Kabongo, in *Bulletin des Juridictions Indigènes et du droit coutumier congolais*, n°7, 1954, pp 161-179
- Vansina(J), Le régime foncier dans la société Kuba, in *Zaire*, novembre 1956, pp 899-926
- Wangana(P), Le régime familial des Bakongo, in *La Voix du Congolais*, n° 39, 1949, pp 227-232

ANNEXE

**QUESTIONNAIRE DE L'ENQUETE SUR L'ACCES
DE LA FEMME AUX DROITS FONCIERS**

01. N° ECHANTILLON :	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
02. PROVINCE :			
03. DISTRICT/ VILLE/ CITE :			
04. TERRITOIRE / COMMUNE :			
05. SECTEUR / CHEFFERIE :			
06. VILLAGE :	07. QUARTIER :		
08. AVENUE/RUE :	N°		

09. RESULTAT DE L'INTERVIEW	
Complètement rempli.....	1
Partiellement rempli.....	2

INTERVENANT			
TITRE	NOM	CODE	
10. ENQUETEUR	:	<input type="text"/>	<input type="text"/>
11. SUPERVISEUR	:	<input type="text"/>	<input type="text"/>
12. AGENT DE SAISIE	:	<input type="text"/>	<input type="text"/>

SECTION 1. **CARACTERISTIQUES SOCIODEMOGRAPHIQUES**

13	Nom de l'enquêté		
14	Sexe de l'enquêté	Masculin.....= 1 Féminin.....= 2	<input type="text"/>
15	Quel âge avez- vous ?	1. 15 - 30 ans 3. 46 – 60 ans 2. 31 – 45 ans 4. 61 et plus	<input type="text"/> <input type="text"/>
16	Quel est votre lien de parenté avec le chef de ménage.	Chef de ménage.....=1 Epouse / Epoux=2 Fils / Fille.....=3 Frère / sœur=4 Oncle / tante.....=5 neveu / Nièce.....=6 sans lien de parenté ...= 7 Autre lien parental=8 (à préciser)	<input type="text"/>
17	Quel est votre statut matrimonial ?	Union de fait= 1 Célibataire.....= 2 Marié(e).....= 3 Divorcé(e) séparé(e)...= 4 Veuve / inactive.....= 5	<input type="text"/>
18	Quelle est votre tribu ?		
19	Quel est votre lieu de naissance ?	Ville= 1 Village.....= 2	<input type="text"/>
20	Quel est votre niveau d'études ?	Alphabétisé.....= 1	<input type="text"/>

		Primaire.....= 2 C.O.....= 3 Secondaire.....= 4 professionnel.....= 5 Sup. / Univ.....= 6
21	Quelle est votre catégorie socio professionnelle	<input type="text"/>

SECTION 2. ACCES AUX DROITS FONCIERS

22	A quel régime de parenté appartenez - vous ?	Matrilinéaire= 1 Patrilinéaire.....=2	<input type="text"/>
23	Occupez- vous un lopin de terre ?	Oui =1 Non =2	<input type="text"/> ↓ Si nonQ. 4
24	Pour quel usage ?		
25	Comment l'avez-vous eu ?		<input type="text"/>
26	Selon votre coutume à qui appartient la terre	Au clan.....= 1 A la famille= 2 Aux individus= 3 A l'Etat=4	<input type="text"/>
27	D'après votre coutume, à qui revient la gestion des terres ?	A l'homme les plus âgé de la famille..= 1 A l'homme, peu n'importe son age....= 2 A la femme la plus âgée de la famille. =3 Toujours au chef de tribu..... = 4 Autre.....= 9 (à préciser)	<input type="text"/>
28	Selon votre coutume de quelle manière accède t-on à la propriété foncière individuelle ?	

29	Selon votre tribu ou famille, la femme peut - elle accéder à la propriété foncière individuelle ?	Oui =1 Non =2	<input type="checkbox"/>
30	Si Oui, comment ? Si Non, pourquoi ?		
31	Selon votre coutume, existe-t-il d'autres droits fonciers auxquels la femme peut accéder ? Si Oui, lesquels ?	Oui =1 Non =2	<input type="checkbox"/>
32	Selon votre coutume, la femme mariée,étrangère au groupe social peut elle bénéficier des droits fonciers du vivant de son mari sur les terres appartenant au clan ou à la famille de celui-ci ?	Oui =1 Non =2	<input type="checkbox"/>
Si Oui, quels en sont les droits dont elle jouit ? Si Non, quelles sont les raisons ?			
33	Selon votre coutume, la femme peut-elle hériter de la terre appartenant à son mari à la mort de celui-ci ?	Oui =1 Non =2	<input type="checkbox"/>

	Si Non, quelles en sont les raisons ?		
34	<p>Selon votre coutume, s'agissant de l'héritage, au sein de votre famille ou clan, la femme (la fille) peut elle hériter de la terre au même titre que l'homme (le garçon) ?</p>	<p>Oui =1 Non =2</p>	<input type="text"/>
	Si Non, quelles en sont les raisons ?		
35	<p>En cas de divorce, la femme peut-elle avoir droit à une partie de la terre qu'elle cultivait avec son mari ?</p>	<p>Oui = 1 Non = 2</p>	<input type="text"/>
	Si Non, quelles en sont les raisons ?		

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	2
1. Question de recherche	2
A. Dans quelle mesure peut-on dire qu'il y a discrimination à l'égard de la femme ?	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
B. Comment la résoudre ?	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
2. Hypothèses du travail	6
3. Méthodologie	7
4. Plan du travail	13
PREMIERE PARTIE : DROITS FONCIERS DE LA FEMME SUR	15
LES TERRES DES COMMUNAUTES LOCALES	15
Chapitre 1 : Nature et Principes de gestion de terres des communautés locales	15
Section 1 : Notion de terres des communautés locales	16
Section 2 : Nature du droit de communautés locales	20
§ 1. Aliénabilité ou inaliénabilité des droits fonciers coutumiers	20
§2. Conception indigène de la terre	23
§ 3. Concept d'occupation effective de la terre	24
§ 4. Conception européenne et africaine de droit de propriété	26
§5. Notre opinion sur la question	30
Section 3. Principes de gestion des terres des communautés locales	34
§ 1. Caractère collectif du droit foncier coutumier	35
§2. Droits fonciers individuels	44
A. Droit individuel sur la terre	45
B. Droits individuels aux produits du sol	51
a. Droit aux fruits	52
b. Droit de jachère	54
c. Droit de chasse et de pêche	57
d. Extinction du droit individuel	58
§3. Inaliénabilité des droits fonciers coutumiers	60
Chapitre 2 : SITUATION DE LA FEMME SUR LES TERRES DES COMMUNAUTES LOCALES	71
Section 1. DROITS FONCIERS DE LA FEMME, MEMBRE DE LA COMMUNAUTE	71
Section 2. DROITS FONCIERS DE LA FEMME MARIEE	73
§1. Régime matrimonial en droit coutumier	73
§2. Accès de la femme mariée à la terre pendant le mariage	77
Section 3. DROITS FONCIERS DE LA VEUVE	79
§1. DEVOLUTION SUCCESSORALE EN DROIT COUTUMIER	79
A. Succession ab intestat	80
a. Succession en ligne collatérale ou horizontale	81
b. Succession verticale	84

B. Succession testamentaire.....	96
§2. Droits fonciers de la veuve	100
Section 4. DROITS FONCIERS DE LA FEMME DIVORCEE	108
Conclusion partielle	110
2^{ème} Partie: DROITS FONCIERS DE LA FEMME SUR LES TERRES RURALES	
.....	113
ET URBAINES.....	113
Chapitre premier : Gestion des terres rurales et urbaines	113
Section 1 : Terres Rurales	113
§1. Régime des terres vacantes sous l'Etat Indépendant du Congo et la colonisation	114
A. Principe de la domanialité des terres vacantes.....	114
B. Justification du principe de la domanialité des terres vacantes.....	118
C. Application du principe de la domanialité des terres vacantes	119
D. Conséquences de l'application du principe de la domanialité des terres vacantes.....	124
E. Décret du 03 juin 1906 sur les terres indigènes et terres vacantes	125
F. Décret du 31 mai 1934 sur les enquêtes relatives à la vacance de terres	131
G. Existence de terres vacantes.....	135
§.2 Congo indépendant et les terres rurales	138
A. Acquisition des terres rurales.....	139
B. Acquisition des concessions forestières.....	143
Section 2 Terres urbaines.....	151
§.1 Terres urbaines sous le régime colonial	151
A. Terres urbaines avant le régime des décrets de 1953	151
B. Terres urbaines sous l'empire des décrets de 1953	154
§2. Terres urbaines sous le Congo indépendant.....	158
Chapitre 2 : Accès de la femme aux terres rurales et urbaines	161
Section 1 : Accès de la femme célibataire à la terre.....	161
Section 2 : Accès de la femme mariée à la terre	163
§ 1 : Régimes matrimoniaux prévus par le code de la famille	163
A. Règles communes à tous les régimes matrimoniaux.....	164
B. Règles spécifiques à chaque régime matrimonial.....	166
§ 2. La capacité de la femme mariée	173
Section 3 : Accès de la femme veuve à la terre	183
§ 1 : Droits successoraux de la veuve pendant la période coloniale	183
A. Circulaire du 10 avril 1923	184
B. Décret du 10 février 1953.....	188
C. La jurisprudence coutumière urbaine	193
§2. Droits successoraux de la veuve sous la législation du Congo indépendant	
.....	197
A. Succession testamentaire.....	197
B. Succession ab intestat.....	200
a) Partage de grand héritage.....	202
b) Jurisprudence.....	205
c) Partage de petit héritage	210
C. Procédure en cas de mutation pour cause de mort.....	213

a. Liquidateur légal.....	222
b. Liquidateurs testamentaire et judiciaire	227
Section 4. Accès de la femme divorcée aux droits fonciers	234
Section 5 : Les droits fonciers de la femme dans une union de fait.....	241
Troisième partie : HARMONISATION DES DROITS FONCIERS DE LA FEMME	
.....	248
Chapitre 1 : Incohérence de législation par rapport aux droits fonciers de la femme	
.....	250
Section 1 : Incohérence entre les lois et la Constitution	250
Section 2 : Incohérence entre la législation interne et le droit international.....	252
§1 Engagements internationaux au plan africain	254
A. Charte africaine des droits de l’homme et des peuples.....	254
B. Protocole sur les droits des femmes en Afrique.....	255
§2 Engagements internationaux dans le cadre de l’ONU.....	257
A. Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard de la femme.....	258
B. Pacte international relatif aux droits civils et politiques.....	260
C. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels	
261	
Chapitre 2 : Propositions des solutions pour un nouveau droit foncier de la femme.	
.....	262
Section 1. Par rapport à la loi foncière de 1973	263
Section 2. Par rapport au code de la famille.....	265
Section 3. Par rapport au code pénal	268
Section 4. Par rapport au code de l’organisation et de la compétence judiciaires	
.....	269
Chapitre 3 : Mesures d’accompagnement à la réforme proposée	274
Section 1 : Raison d’être des mesures d’accompagnement.....	274
Section 2 : Mesures à caractère social.....	278
§1. La formation.....	279
§2. Infrastructures sociales de base.....	282
§3. Engagement de la femme.....	285
Section 3. Mesures à caractère économique	287
§1 Politique d’investissement dans le monde rural.....	288
§2 Paysans : agents économiques.....	289
CONCLUSION GENERALE	293
BIBLIOGRAPHIE	301
ANNEXE	314
TABLE DES MATIERES	320