

**LE NOTARIAT LATIN EN R. D. CONGO :
UNE (R)ÉVOLUTION JURIDIQUE.
CONSIDÉRATIONS SUR LA LOI N° 6/012
DU 15 JUILLET 20016 PORTANT CRÉATION,
ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT
DE LA PROFESSION DE NOTAIRE.**

Introduction

La promulgation en juillet 2016 de la loi sur la libéralisation de la profession de notaire en R. D. Congo constitue un événement majeur dans le cadre de la connaissance du droit et de la protection des droits. Un tel événement ne peut passer inaperçu aux yeux de tout juriste soucieux de trouver dans cette justice gracieuse, qu'est le notariat, la source de paix et d'équilibre social. C'est pourquoi, nous consacrons le présent article aux fondements de l'activité notariale dans un sens essentiellement prospectif : que peut bien signifier ou représenter l'institution du notariat en R. D. Congo, et comment cette institution peut-elle adéquatement répondre aux besoins sociaux qui s'y expriment ?

Partant de la raison de toute activité législative, nous allons parcourir les grandes étapes de la législation coloniale belge en vue de situer le notariat et le notaire dans le contexte actuel du pays. La révolution juridique que le travail du notaire pourra apporter dans la vie ordinaire du peuple congolais peut justifier certaines craintes et le besoin de certaines protections.

Section I^e. — *Ratio legis*

§ 1^{er}. bien de l'homme

§2. bien de l'homme congolais

Cette première section qui dégage les considérations apparemment générales sur la loi trouve sa justification dans le contexte d'un pays où les règles juridiques ont perdu leur efficacité. La promulgation d'une nouvelle loi n'apporte pas visiblement de changement dans l'univers des relations sociales. Pour ses destinataires une loi en vaut une autre, et la vie continue comme avant.

Cette situation crée au sein de la population une indifférence, voire une méfiance vis-à-vis de la loi. Celle-ci, dans le pire des cas, est considérée comme un instrument d'oppression, surtout lorsque les forts s'en

servent pour défendre leurs intérêts et dépouiller les faibles de leurs droits. Pour des générations entières des congolais nés après l'indépendance du pays, le recours à la loi n'est ni synonyme de garantie ni de protection.

Pour éviter que cette conception péjorative de la loi, largement répandue dans la mentalité des congolais, n'arrache de cœurs l'enthousiasme que la loi sur le notariat suscite, et surtout n'occulte sa performance, il est opportun d'introduire cet article en montrant le vrai sens de la loi, et particulièrement de la nouvelle loi sur la vie de millions de congolais.

§ 1^{er}. *Le bien de l'homme*

La loi, expression du droit (*ius*), est un instrument dont se sert l'autorité pour fixer de manière générale et impérative ce qui est considéré comme bon pour le peuple. C'est pourquoi, les Romains définissaient le droit comme *ars boni et aequi* (1). Le *bonum* et l'*aequum* se mesurent par rapport aux réalités circonscrites dans l'espace, dans le temps et se réfèrent à l'homme, conçu comme un être doté de volonté et de raison. Ou mieux, le *bonum* et l'*aequum* sont la conséquence de la lecture des circonstances de temps et de lieu faite par celui qui a la charge de la communauté en vue de tracer de façon normative la voie à suivre pour atteindre le bien commun.

La tracée de l'itinéraire requiert un *art*; et cette tracée est elle-même un *art*. Ce qui signifie que tracer la voie à suivre pour toute une communauté n'est pas à la portée de tout le monde. Cela exige, de la part de l'autorité, la réunion de certaines qualités qui sont à la fois intellectuelles, morales et humaines. Si dans des conditions encore agraires du peuple romain, le droit était un art, combien plus il le serait dans la situation très complexe du monde d'aujourd'hui !

Non seulement l'autorité dont il est question n'est plus incarnée par un individu (un chef) mais l'*iter* qui porte à la promulgation d'une loi est excessivement complexe dans le monde actuel. Une complexité qui repose non seulement sur la longueur des discussions au niveau des parlements et la connaissance scientifique de ceux qui sont appelées à discuter des lois mais aussi sur la maîtrise des questions internationales pour lesquelles les lois, bien que nationales, ne sont pas totalement dépourvues d'impact.

Le bien de l'homme poursuivi par la loi, dans son acception de ce qui est *bon* et *équitable*, peut être gravement compromis si les décideurs ne réunissent pas les connaissances nécessaires à la discussion et à la promulgation d'une bonne loi. Ce danger est à première vue national, dans ce sens qu'il concerne un peuple donné. Mais dans un contexte

(1) R. ROBAYE, *Le droit romain*, 3^e éd., Bruylant, 2005, p. 30.

d'un monde de plus en plus interdépendant, ses ramifications au niveau international ne sont pas à exclure. L'odyssée actuelle des réfugiés ne peut pas être comprise en dehors de ces lois qui, dans certains pays, violent les droits individuels, affament les peuples, les humilient dans leur dignité et provoquent des mouvements migratoires mondiaux avec des bouleversements sociaux et économiques que nous observons.

Dans le contexte de la R. D. Congo en particulier, et de l'Afrique en général, le juriste ne peut pas se contenter de l'*a priori* législatif qui repose sur l'aphorisme *iustum quia iussum* mais doit vérifier si ce qui est ordonné défend l'intérêt du peuple, *iussum quia iustum*. Au demeurant, le travail de la doctrine n'est pas seulement juridique au sens strict mais aussi politique ou moral. Elle doit arriver à pénétrer le niveau ontique ou déontique de la norme, c'est-à-dire sa capacité à protéger ou à promouvoir le bien commun du peuple.

C'est pourquoi, ce premier point de notre article n'a pas vocation à être une réflexion à caractère général sur la loi. Il est une interrogation sur le sens de celle-ci dans un pays où le peuple a perdu sa confiance dans les institutions et dans ses dirigeants. Et pour cause. La loi est considérée comme un instrument qui ne protège que les intérêts des plus forts. Elle a perdu sa vocation à la généralité, à l'universalité, pour défendre les intérêts d'une caste. Ou mieux, la loi a perdu sa vocation à l'efficacité.

Le défi à relever est énorme. Le notariat doit marquer sa différence d'avec les institutions existantes dans le service qu'il doit rendre au peuple congolais au quotidien. Sa valeur éminemment pratique devrait contribuer à faire sa bonne réputation auprès des parties qui pourront voir dans le nouveau service le rempart de leurs droits. Reprenant les considérations de Léon Raucant, Pierre Van den Eynde montre que « Le notaire devra fournir aux parties tous les renseignements utiles sur le droit et plus particulièrement sur ce qui est permis et sur ce qui est interdit » (2). Concrètement, qu'est-ce qu'un congolais peut attendre de la nouvelle loi ?

§ 2. *Le bien de l'homme congolais*

Dans un pays où le poids des traditions est encore considérable, le danger du droit écrit est d'être la reproduction des normes en vigueur dans d'autres lieux, sans aucun lien avec la vie du peuple. Ce « vernissage » normatif caractérise, depuis l'indépendance, le système juridique congolais. Les codes renferment plusieurs lois calquées sur des réalistes importées d'ailleurs, loin des valeurs vécues tous les jours par les

(2) P. VAN DEN EYNDE, *Le droit du notariat*, notes de cours, Université catholique de Louvain, 2016-2017.

millions de congolais. Le droit est devenu, pour ainsi dire, une science désincarnée. Le clivage entre le droit coutumier et le droit écrit est un exemple éloquent de ce droit qui traite volontiers d'autres choses que de la vie réelle du peuple qu'il régit. Cette absence de rapport entre la vie et la norme écrite a comme conséquence l'ignorance de la loi et de son existence.

Dans cet univers d'absence de communication entre le législateur et le peuple, il est tout à fait indiqué de s'interroger sur l'importance de la loi nouvelle sur le notariat. Une interrogation qui a pour but non seulement d'attirer l'attention des futurs notaires sur ce danger de plonger la nouvelle institution dans le *déjà-vu* mais d'informer le peuple congolais que le notariat latin va opérer une sorte de révolution copernicienne dans le monde du droit en général, et du droit privé en particulier. Grâce au travail du notaire, le congolais pourra voir désormais sa volonté librement exprimée s'ériger en norme qui sera opposable à tous. Ce sera le cas des conventions qui seront portées par les actes notariés.

Contrairement au magistrat, à l'avocat et aux politiques, le notaire peut être comparé à une locomotive, totalement commandée par la volonté humaine; elle ne se met en mouvement que lorsque l'homme la veut. Avec cette différence que c'est une machine intelligente, capable de corriger la volonté humaine, de l'orienter vers là où il y a son plus grand bien et de refuser d'aller dans la direction où l'homme la dirige, si elle avertit un danger pour lui. Bref, c'est une locomotive protectrice de l'intérêt de son utilisateur. « Les notaires doivent être les hommes de science et conscience dont ont besoin celles et ceux qui naissent, vivent et meurent en leur temps. En d'autres termes il est souhaitable qu'ils soient les guides du voyage à travers la vie des personnes, physiques et morales, ceux qui signalent les risques, les bons itinéraires, les formalités à accomplir » (3). C'est le rôle du notaire informateur de ses concitoyens, « régulateur des engagements que ses concitoyens contractent » (4), veilleur de la sécurité de leurs conventions que le congolais devra désormais apprendre à découvrir et à connaître.

Nous voulons montrer l'importance de la nouvelle loi pour le congolais en empruntant cet exemple d'un chroniqueur belge, tiré d'un jugement publié en 1950 : « En juillet 1947, Mulumba prête 2.700 francs. À son frère cadet Tshimanga pour lui permettre de faire le commerce. Après quatorze mois, d'activité dans le négoce, de janvier 1948 à février 1949, Tshimanga se voit réclamer 20.000 francs. La coutume ne veut-elle pas en effet que le « père juridique » ait droit à la totalité des bénéfices réalisés par le cadet au moyen d'un prêt ? Le tribunal consi-

(3) J. CHAPPUIS, *Préface in Le notariat. Profession de tradition et d'avenir, XVII^e Congrès International du Notariat Latin, Florence, 30 septembre-6 septembre 1984*, p. 10.

(4) J. DEMBLON, *Tout savoir sur les Notaires*, Bruxelles, 1998, p. 19.

dérant que la coutume a évolué, que le prêt est un contrat de participation aux bénéfices du commerce, condamne Tshimanga à partager avec Mulumba ses gains évalués à 1.200 francs par mois. L'intérêt est joli pour un capital de 2.700 francs ! N'est-il pas certain que si le notariat avait été institué, on aurait fait un écrit, et précisé des conditions moins lourdes pour l'emprunteur ? Le prêteur lui-même y aurait d'ailleurs eu intérêt car, devant le tribunal, Tshimanga avait commencé par nier avoir rien reçu ! » (5).

Le congolais vit chaque jour ces situations où la vérité des conventions passées oralement est occultée ou carrément niée. Que l'on pense à tous les cas où les enfants et le conjoint survivant du *de cuius* perdent les différents droits successoraux tout simplement parce qu'aucun écrit ne le certifie. Le congolais doit comprendre qu'en l'absence totale de l'écrit, c'est ce qui arrive dans beaucoup de conventions, la seule bonne volonté de la partie ne peut être le fondement de la justice.

Aujourd'hui, il est permis de fonder tous les espoirs que le notariat mettra fin à cette insécurité juridique grâce à l'écrit qui couronnera toutes les conventions auxquelles les congolais voudront donner naissance. Dans des villes comme dans des villages, il existe un vaste champ ouvert à la contractualisation. Mais celle-ci est souvent orale. Et nombreuses sont des contestations qui s'élèvent lorsque l'on se retrouve devant la partie de mauvaise foi. Et le notaire sera cet officier public qui est en mission « d'empêcher les différends de naître entre les hommes de bonne foi et d'enlever aux hommes cupides avec l'espoir d'un succès, l'envie d'élever une injuste contestation » (6). C'est cette mission de prévention qui est aussi confirmée par Eric Deckers : « Le notariat joue au sein de cette justice préventive un rôle clé : sa mission est de prévenir les ruptures dues à l'arbitraire et à la mauvaise foi et les désordres qui résultent des engagements irréféchis ou mal éclairés » (7).

Nous attendons de vivre au Congo une ère nouvelle où il sera possible de planifier sa succession, de protéger ses droits par des conventions certaines, d'assurer la paix de sa famille par un bail authentique, d'accéder à un crédit hypothécaire en toute sécurité, de créer son association sans recourir à des longues procédures d'agrément du ministère de la Justice. Ces quelques domaines cités, et ceux qui restent encore du ressort du notaire nous fait comprendre que « La profession notariale joue un rôle social certain. Le législateur a vu en elle un instrument privilégié pour assurer la paix des familles, la tranquillité publique, la paix

(5) *Le notariat indigène* in *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer* (J. T. O. M.), 1951, p. 116.

(6) Réal cité par L. RAUCENT, *Préface*, in *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, vol. I, Bruylant, 1991, p. 6; lire aussi P. HARMEL, *Grandes avenues du droit : le notariat*, in *Répertoire notarial*, t. XI, pp. 2 et 3.

(7) E. DECKERS, *Le ressort de la confiance. Notariat, justice préventive*, Gent, 1997, p. 19.

civile. Il a bien vu car le recours des citoyens en témoigne : le notaire est ministre de la concorde » (8).

Mais le notariat est-il une institution vraiment nouvelle en République Démocratique du Congo ? C'est ce que nous essayons de découvrir à travers ce bref parcours historique.

Section II. — Brève histoire du notariat en R. D. Congo

Le problème du droit est inhérent à la vie de l'homme en société. Et la question de donner force juridique à ses actes et faits n'a jamais connu de limitations dans l'espace et dans le temps. Aussi en arrivant au Congo, l'Administration coloniale belge a rencontré et senti le besoin de mettre sur pied un système juridique capable de répondre aux différents problèmes qui se posaient au niveau de la colonie, qu'ils concernent les colonisateurs eux-mêmes ou les colonisés.

Nous allons nous intéresser à la juridiction gracieuse, celle par laquelle les parties font appel à l'autonomie de leurs volontés pour faire naître devant notaire des actes capables de protéger et de défendre leurs droits contre les tiers de mauvaise volonté. La force juridique de tels actes est tributaire d'une institution à laquelle l'État donne l'autorité de la force publique : le Notariat.

Ayant devant les yeux le fonctionnement et les bienfaits de cette institution dans la métropole, l'Administration belge n'a pas hésité à l'introduire au Congo.

Mais les Belges n'entendaient pas faire *tabula rasa* de ce qui existait dans le domaine du droit mais en reconnaître le mérite pour le perfectionner. C'est qu'écrivait Antoine Sohier : « On sait que dans l'ignorance de l'écriture, le droit coutumier comportait tout un système de preuves, très original et très développé, comprenant notamment des gestes et des remises d'objets constituant des titres juridiques. Or, ces systèmes se perdent, deviennent impraticables. La preuve par écrit commence à les remplacer, mais de façon encore insuffisante, et peu sûre. Il en résulte un véritable malaise, surtout dans la société indigène évoluée. Aussi importe-t-il de procurer aux noirs la possibilité d'obtenir, pour leurs contrats et tous les actes de leur vie civile, une preuve écrite indiscutable, d'une conservation assurée et d'une rédaction claire. Or c'est là la définition même, la mission d'un notariat » (9).

(8) J. DEMBLON, *op. cit.*, p. 144; lire aussi P. HAMEL, *art. cit.*, p. 1; L. WEYTS, 'De sociale 'footprint' in het Notariaat in de wereld : het verlenen van een eigendomstitel aan de armere bevolking omtrent hun grond, huis of hut', in *Liber Amicorum A. Michielsens*, Malines, Kluwer, 2015, 729 s.

(9) A. SOHIER, *Le notariat indigène*, in J. T. O. M., 1951, p. 101.

§ 1^{er}. La législation coloniale (belge)

Historiquement, les débuts du notariat au Congo datent de l'année 1886 (10). C'est avec l'Ordonnance du 12 juillet 1886 que la fonction de notaire est organisée au Congo. Cette ordonnance va définir les lignes essentielles d'une fonction appelée à connaître des évolutions successives. La fonction notariale était cumulative des autres fonctions administratives. Ou mieux, le notaire était d'abord chargé des autres fonctions dans l'administration, et auxquelles venait s'ajouter sa désignation à l'office notarial par le Directeur de la Justice. Comme le note Georges Ntumba Kashala, « aucun titre académique ni formation pratique n'est requis pour exercer les fonctions notariales » (11).

Tenant compte du réalisme juridique de l'époque, la fonction de notaire pouvait être déléguée à un particulier ou à un agent de l'État qui ne résidait pas au siège du bureau du notaire déléguant. La finalité de l'Ordonnance du 24 mai 1898 en instituant la fonction de notaire délégué a été de faciliter la passation des actes aux parties qui habitaient loin de bureaux, sans les contraindre à de longs voyages. Il est à noter que la délégation était toujours *ad casum*.

L'on notera, pour compléter cette évolution, des autres textes de lois qui vont conférer les fonctions notariales aux autres fonctionnaires de l'État, notamment le conservateur des titres fonciers et les agents diplomatiques et consulaires. À ce sujet, deux textes peuvent être cités : le Décret du 30 mai 1922 et la Loi du 10 juillet 1931. Le décret du 30 mai 1922 étend les compétences notariales aux conservateurs. Il s'agit d'une compétence spéciale qui limite l'instrumentation aux actes relatifs à la création, à la transmission entre vifs, à la déclaration ou à l'extinction d'un droit immobilier (12). La loi du 10 juillet 1931 attribue aux agents diplomatiques et consulaires des compétences notariales pour les actes qui concernent les belges et les congolais (13).

Malgré la contribution que cette législation apportera dans la passation des actes, elle reste partielle. Cette partialité concerne non seulement le notaire qui ne peut pas recevoir tous les actes mais elle va exclure la femme ou le congolais comme témoin à l'acte. Se référant à l'étude de Charles Simon (14), Georges Ntumba Kashala a un jugement assez tranché à ce sujet : « Nous insistons sur le fait que le notaire était chargé d'attester la concordance des volontés dans les actes juridiques

(10) Nous nous référons pour cette partie à l'article de G. NTUMBA KASHALA, *L'organisation du notariat au Zaïre*, in *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, Vol. I, 1991, 329-349.

(11) *Ibidem*, p. 331.

(12) *Ibidem*, p. 338.

(13) *Ibidem*, p. 330.

(14) C. SIMON, *Le problème du notariat au Zaïre, Annales de la Faculté de Droit*, Université nationale du Zaïre, Campus de Kinshasa, P. U. Z., vol. 2, 1973.

privés des colonisateurs parce que le seul résultat attendu de cette loi était de couvrir les besoins juridiques des commerçants, des missionnaires, des colons et des rares européens » (15). Comme le constate Charles Simon, la population congolaise n'a pas totalement bénéficié du service notarial institué (16).

Face à certaines critiques, surtout celles de la doctrine, cette première phase législative du notariat va connaître une certaine évolution. Une série des textes va être promulguée pour préciser ou mieux étoffer la fonction de notaire et écarter les entraves qui empêchent la population de bénéficier pleinement de son ministère. Le législateur va essayer d'adapter la norme aux besoins de la population. C'est le but du décret du 17 novembre 1953 concernant les actes notariés qui met en œuvre les exigences de la Loi de Ventôse. André Durieux le dira une année plus tôt : « les tenants d'une réforme du notariat se laissent parfois si facilement conduire et dominer par cette idée, que d'aucuns proposent même d'abroger la législation actuellement en vigueur sur la matière pour la remplacer, avec quelques variantes et quelques adaptations, par la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI organique du notariat » (17). Ce Décret abroge l'Ordonnance de 1886, bien qu'il en conserve les principes fondamentaux. Parmi les innovations apportées par ce texte, il y a lieu de retenir entre autres l'obligation faite au notaire de conserver ses minutes (L. Ventôse, article 20), de tenir un répertoire des minutes (L. Ventôse, articles 10 et 11), de vérifier l'identité et la qualité des parties (L. Ventôse, article 16). Le Décret prévoit la possibilité pour le notaire de délivrer des expéditions et des grosses (L. Ventôse, article 9). Ces éléments indiquent bien le pas franchi vers la technicité de la fonction notariale : le notaire est celui qui confère l'authenticité aux actes.

Par ailleurs, le Décret de 1953 fait un pas important dans la direction de la capacité des parties. Non seulement il élève le niveau du notaire qui doit désormais être désigné parmi les fonctionnaires ou les magistrats mais élimine le caractère discriminatoire de l'Ordonnance de 1886 en reconnaissant à « toute personne, quelque soit sa nationalité, sa race ou sa langue, la faculté d'être partie à l'acte ou témoin » (article 5) (18). Cette extension de la capacité juridique des parties concerne aussi la langue. En effet, le Décret du 6 août 1959 qui complète celui de 1953 considère que la passation de l'acte notarié peut se faire dans les langues locales. Cette considération peut être tirée de l'article 8 du Décret qui stipule que l'expression « langue étrangère » dans laquelle l'acte est inscrit, ne vise pas la langue néerlandaise, qui était une des langues nationales à l'époque. Elle ne vise pas non plus les langues congo-

(15) C. SIMON, *op. cit.*, cité par G. NTUMBA KASHALA, *art. cit.*, p. 337.

(16) Cité par Georges NTUMBA KASHALA, *art. cit.*, p. 337.

(17) A. DURIEUX, *La réforme du notariat au Congo belge*, in J. T. O.M., 1953, p. 1.

(18) G. NTUMBA KASHALA, *art. cit.*, p. 341.

laises (19). Nonobstant certains éléments empreints de couleur coloniale, la législation belge a mis sur pied un notariat à même d'offrir la garantie d'authenticité et de force probante aux conventions des parties.

Parmi les éléments de reconnaissance du droit local qui méritent d'être soulignés, il y a l'importance accordée à la coutume. La législation coloniale lui conférait la force d'annuler un testament authentique : « Par exemple, si un testament est fait devant notaire, il sera authentiquement établi qu'il exprime la volonté du testateur. Mais le tribunal pourra décider que celui-ci n'avait pas coutumièrement le droit de léguer ses biens aux bénéficiaires, ou que, d'après la coutume, la validité du testament était subordonnée à la présence de certains parents » (20). Comme on peut le constater, il a existé une véritable organisation du notariat au Congo. En 1949, par exemple, suivant l'Administration belge de l'époque, il y a eu 2.706 actes notariés (21).

§ 2. *Les législations successives*

Ce point concerne les textes normatifs sur le notariat après l'indépendance du Congo. De prime abord, il convient de signaler que le droit notarial, comme beaucoup d'autres institutions publiques, avaient continué de fonctionner selon les bases posées par l'Administration belge. Le premier texte de loi de la deuxième République concernant le notariat est l'*Ordonnance-loi n° 66-344 du 9 juin 1966 relative aux actes notariés* (22). Pour celui qui a lu l'évolution de la législation coloniale concernant le notariat, ce texte de 1966 n'apporte rien de nouveau. Seules quelques adaptations terminologiques et fonctionnelles sont apportées. On peut noter que la terminologie est adaptée à la nouvelle réalité post-coloniale et les fonctions de notaires sont du ressort de plusieurs ministères. En effet, la profession a été exercée par des agents de la fonction publique dépendant tantôt du ministre de l'intérieur tantôt du ministre de la justice, tantôt du ministre des affaires étrangères (articles 2 et 3). Comme l'affirme Georges Ntumba Kashala ce texte (l'*Ordonnance-loi* de 1966) reprend « les qualités et les défauts du texte de l'époque coloniale » (23).

L'*Ordonnance-loi* de 1966 régit l'activité notariale en République Démocratique du Congo jusqu'à ce jour (24). Les décrets postérieurs y font généralement référence lorsqu'il s'agit d'adapter la norme à la

(19) *Ibidem*, p. 342.

(20) A. SOHIER, *art. cit.*, p. 101.

(21) Cfr A. DURIEUX, *art. cit.*, p. 1.

(22) *Moniteur congolais*, 15 (1966), 560-563.

(23) G. NTUMBA KASHALA, *art. cit.*, p. 345.

(24) Cfr *Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016 portant création, organisation et fonctionnement de la profession de notaire, Journal Officiel* (J. O.), août 2016, Exposé des motifs.

réalité nouvelle qui s'est créée (25). Même la nouvelle loi, qui doit être considérée comme la *réintroduction du notariat latin* en R. D. Congo, ne l'abroge pas totalement. Seules ses dispositions contraires à la présente loi sont abrogées (26).

Mais du point de vue du droit, il y a lieu de relever que nous sommes en présence d'un pur formalisme juridique. La référence faite à l'Ordonnance-loi de 1966, qui reprend elle-même toute l'ossature de la législation coloniale, est vidée de tout contenu et de toute application. En effet, la législation coloniale belge a été un effort progressif de l'administration et des juristes eux-mêmes de créer au Congo un notariat moderne, fortement basé sur la loi organique du notariat. Cela a consisté non seulement à l'attribution des offices notariaux à des personnes suffisamment formées mais aussi à la formation des notaires professionnels. Des écrits allant dans ce sens sont facilement repérables dans des répertoires et articles de l'époque qui parlent du notariat (27).

Les qualités du notariat telles que mises en place par l'Administration coloniale dans la fidélité à la Loi de Ventôse ne tarderont pas à être obscurcies par la nouvelle administration congolaise. Les fonctions d'instrumentation liées au notaire en sa qualité d'officier public, bien que non indépendant, vont complètement disparaître du temps de la deuxième République. Les offices notariaux seront liés au fonctionnement de l'Administration publique.

Même si après l'indépendance du Congo, les beaux textes concernant le notariat fussent conservés, ceux-ci peuvent être considérés comme un musée juridique. Ils sont beaux à visiter et capables de nourrir les recherches. Mais, il serait difficile sinon contradictoire de parler de notariat au sens moderne du terme en République Démocratique du Congo. Ceci s'explique par le fait que depuis 1966 jusqu'à ce jour, le notaire est un agent du pouvoir exécutif, non indépendant, qui ne bénéficie pas de la formation nécessaire pour élaborer son acte et lui confier la force probante et exécutoire propre aux actes notariés. Partant, le notaire congolais n'est pas à mesure de remplir la fonction de conseil et « d'authentification à laquelle sont liées la force probante, la force exécutoire, et la pérennité de l'acte » (28).

C'est pourquoi, l'on est quelque peu désorienté juridiquement, lorsqu'on voit parler en 2010, dans les décrets et arrêtés ministériels

(25) Cfr Arrêté ministériel n° 69/CAB/MIN. J & GS/2001 du 31 décembre 2001 portant délegation de signature, articles 1^{er}-2; Décret n° 010/002 du 26 janvier 2010 portant création des offices notariaux.

(26) Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016, *cit.*, art. 93.

(27) Cfr J. T. O. M., 1952, p. 88.

(28) P. VAN DEN EYNDE, *Notes de cours*, *cit.*, p. 94.

d'un pays qui ne compte aucune Étude (29), de la loi de 1966 et des actes notariés (30). Cette loi qui régleme la fonction notariale hérite encore d'un arsenal juridique mis en place par l'administration coloniale. Si cette capacité, d'ailleurs modérée, de la fonction d'instrumentation pouvait se retrouver quelques années après l'indépendance, il est hors de doute qu'elle n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir. Actuellement, il n'existe pas des notaires capables d'instrumenter au Congo. Un article de 1991 montrait qu'il n'existait plus de notariat au Zaïre (31). C'est pourquoi, il est incorrect de parler d'actes notariés aujourd'hui, si l'on sait ce que ce binôme implique : un acte notarié est formé d'un certain nombre d'éléments indispensables et spécifiques et ne peut être le fruit que d'un juriste formé et aguerri (32). Comme le note Demblon, « La vie quotidienne des citoyens, leur vie familiale (mariage, adoption, divorce, décès etc...), leur vie économique (se loger, louer, acheter, vendre, emprunter, partager, constituer des sociétés, etc...), ne peut exister paisiblement qui si, pour tous ces actes et toutes ces opérations, il leur est possible de recourir au conseil d'un « homme de l'art » et au service d'un « représentant de l'autorité publique » (33).

De nos jours, personne ne conçoit la fonction de notaire en dehors de la réception par celui-ci des actes auxquels il confère l'authenticité et la force probante, après avoir exercé son devoir de conseil auprès des parties qui se présentent devant lui. Le notaire doit jouir de l'indépendance nécessaire dans l'exercice de sa fonction et être spécialiste de la mise en œuvre du droit privé hors d'un contexte de litige. Comme l'écrit Léon Raucent, « la fonction médiatrice du notariat, reconnue d'utilité publique, ne peut s'exercer pleinement que dans les pays qui l'ont pourvue d'un statut approprié — mi-privé, mi-public — comprenant au minimum les règles suivantes : nomination par le Pouvoir public, judiciaire répartition à travers tout le territoire, nombre limité dans l'intérêt même de la fonction, octroi de certaines missions comportant délégation de pouvoir, enfin adoption de certaines mesures tendant à assurer son indépendance vis-à-vis de l'État : ressources propres, propriété des moyens de travail, inamovibilité, liberté du conseil » (34). Or, de tout cela, on ne trouve aucune trace auprès du « notaire congolais ».

(29) Cfr. Loi de Ventôse, article 12; 114. L' Étude est le lieu indiqué pour la réception de l'acte.

(30) Arrêté ministériel, n° 069 du 31 décembre 2001 et Décret n° 010/002 du 26 janvier 2010, cit.

(31) L. RAUCENT, *Préface, Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, vol. I., Academia Bruylant, 1991, p. 5. Le Professeur LÉON RAUCENT cite l'article de Georges NTUMBA KASHALA qui affirme que le notariat mis en place par l'administration colonial belge n'existe plus guerre au Zaïre.

(32) Sur l'acte notarié, lire *Répertoire notariale*, t. XI, pp. 99-117.

(33) J. DEMBLON, *op. cit.*, p. 3.

(34) L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 7.

Aujourd'hui, pressée par la complexité de la vie et les exigences de la mondialisation, la République Démocratique du Congo s'est vu dans l'obligation de revoir sa législation concernant le notariat. C'est dans ce contexte qu'il faudra désormais lire, comprendre et interpréter la nouvelle loi sur l'organisation du notariat et sur la libéralisation de la profession de notaire (35). Les notaires ne seront plus de purs fonctionnaires authenticateurs mais se verront doter de pouvoir de l'autorité publique qui confèrera la force probante et exécutoire à leurs actes. Malgré quelques limites qui pourront être signalées dans une étude appropriée, le texte offre des garanties suffisantes pour le fonctionnement d'un notariat latin au Congo. Mais il faudra former les personnes qui pourront exercer avec compétence et dignité cette fonction de confiance et de proximité pour le bien du peuple congolais.

Section III. — Le notaire latin en R. D. Congo

§ 1^{er}. *L'institution (le notariat)*

Tout bon juriste, observateur de la scène juridique congolaise, se trouve devant cette double évidence : le droit écrit largement présent dans les centres urbains et le droit coutumier très ancré dans les milieux ruraux. Tandis que le droit coutumier s'impose par un haut degré d'applicabilité et d'exécution, le droit écrit se distingue par des injustices criantes dans son application. Les habitants des villages observent scrupuleusement les normes de droit coutumier tandis que ceux des villes bafouent facilement les normes de droit écrit qui ne s'appliquent généralement qu'à ceux qui n'ont pas des moyens économiques de les contourner. Pourtant, plusieurs années avant, Jean Sohier faisait ce constat : « (...) si les populations congolaises aspirent à une certaine unité, elles désirent un droit vivant, adapté à la mentalité des justiciables, et seul le droit coutumier peut répondre aux exigences d'un peuple fort différencié par régions et dont les éléments ont atteint des stades variables d'évolution. (...) » (36).

La fusion entre le droit coutumier et le droit écrit ne s'est jamais réalisée. Bien au contraire, cet effort de rapprochement s'était arrêté avec l'indépendance du Congo et les deux droits existent l'un à côté de l'autre, ou l'un contre l'autre. Dans ce duel permanent entre les deux droits, fruit d'un échec des juristes et des politiques, il y a lieu de conclure en faveur de la suprématie du droit coutumier. Cela pour une double raison : d'abord le droit coutumier est le reflet de la vie des peuples et ne demande aucun effort d'être compris et accepté; ensuite les *citadins* eux-mêmes recourent aux normes de droit coutumier pour

(35) Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016, *Exposé des motifs*, cit

(36) J. SOHIER, *La grande richesse des juridictions indigènes* in J. T. O. M., 1952, p. 29.

régler des questions relatives au mariage, à la famille et à tout autre litige qui divise les membres d'une même tribu ou d'un même groupe.

Aujourd'hui encore, plus d'un demi-siècle après l'indépendance du Congo, fort curieusement, nous pouvons faire le même constat que Jean Sohier : « (...) il (le droit coutumier) répond mieux souvent que nos dispositions écrites au but à atteindre. Il faut reconnaître que maintes fois nos lois ressemblent à des coups d'épée dans l'eau. Leur rigidité, inévitable d'ailleurs, les rendent inapplicables. Le droit coutumier, par contre, soutenu par l'adhésion profonde de la population, souple et évoluant, se révèle plus efficace, même si son action paraît au premier abord plus lente, car il ne bouleverse pas la société » (37).

Ce conflit permanent de deux droits a accentué la méfiance des populations vis-à-vis du droit écrit qu'elles considèrent comme étranger et élitiste. Tout cela provient, comme nous l'avons dit précédemment, de la démission des juristes et des politiques. Les premiers parce qu'ils ne savent pas encore établir le lien naturel entre la vie et les normes juridiques qui sont censées la régir; les seconds parce qu'ils manquent de volonté politique de mettre en place un État de droit capable de s'appuyer sur un système juridique cohérent et contraignant, garant des droits subjectifs.

C'est pour éviter cet échec que cette section creuse dans les décombres du passé juridique du Congo pour offrir à la renaissance notariale la place qu'elle mérite dans le service de la société. Aussi croyons-nous que la nouveauté de cette partie consiste à montrer que le notariat, pour éviter un tel débâcle de tous les temps, a besoin de s'appuyer sur des institutions coutumières existantes et partir d'elles pour marquer sa différence. En d'autres termes, pour faire du notariat un service de tous les congolais sans distinction — et c'est ça sa vocation — le notaire doit concilier les exigences du droit coutumier à celles du droit écrit. Il doit être utile au congolais le plus formé comme à celui qui n'a jamais été sur les bancs de l'école; il doit servir les intérêts des congolais comme ceux des étrangers présents au Congo. Tout cela au nom du droit de tous à la contractualisation, à la modalisation des contrats et à la sécurisation juridique de ces actes.

Si le problème semble à première vue résolu du côté des intellectuels, l'issue est imprévisible du côté de la grande masse de la population qui n'a pas étudié. Comment expliquer les avantages de l'activité notariale auprès de cette grande couche analphabète de la population sans réveiller l'éternelle méfiance de celle-ci vis-à-vis du droit écrit ? Comment faut-il l'aider à distinguer l'activité du notaire, conseil des parties, rédacteur impartial de leurs volontés de l'avocat, conseil d'une partie

(37) *Ibidem*, p. 30.

et défenseur de ses intérêts ? Comment distinguer le domaine gracieux, propre au notaire, du domaine contentieux, propre au juge (38) ? Pour éviter cet amalgame, nous pensons que l'accueil du notariat ne peut se faire très aisément qu'en le reprochant des institutions semblables qui existent dans les coutumes congolaises. Parmi ces institutions, nous pensons spécialement à celle des *Nkfumi Ise Ndjeyi* (39) qui présente des fortes ressemblances avec le notariat.

Institution à caractéristique héréditaire (qui se transmet de père en fils ou de grand-père en petit-fils moyennant initiation, paiement des droits relatifs à ce ministère et investiture), uniquement réservée aux personnes de sexe masculin, le *Nkfumi Ise Ndjeyi* se caractérise par un code de règles strictes et rigoureuses, dans l'administration de la justice à tous les niveaux de la vie sociale, et par un code de déontologie très sévère qui consiste, sous peine de déchéance, de graves sanctions et de fortes amendes, à maintenir l'impartialité, le secret dans les affaires qui sont déferées à cette institution et joue un rôle de premier plan dans le maintien de la paix dans le gouvernement des villages (40).

Tout en jouant un rôle dans l'administration de la justice contentieuse, le peuple recourt au *Nkfumi Ise Ndjeyi* pour régler les contrats de tout genre : la vente, le louage, la location de biens, les testaments, les legs ... Essentiellement fondée sur l'oralité, la parole du *Nkfumi Ise Ndjeyi* fait foi à tous les niveaux et auprès de tous les habitants du village. Jusqu'aujourd'hui, il y a unanimité sur la question. Chez les Ohendo, il existe une présomption simple qui couvre la parole d'un *Nkfumi Ise Ndjeyi*. Cette présomption est exprimée par l'adage : *Nkfumi apaleka ontongo* (41). Cette présomption, avons-nous dit, est simple. Si elle est combattue par une preuve contraire, le notable est immédiatement déchu de son rang, soumis à des fortes sanctions et amendes. Sur le plan de la moral, le *Nkfumi Ise Ndjeyi* peut être comparé à ce que Gilles Rouzet dit du notariat : « Morale et notariat sont intimement liés, l'exercice de l'activité notariale ne pouvait se concevoir sans référence aux règles de conscience » (42).

(38) Cfr. A. MOREAU, *Les métamorphoses du scribe. Histoire du notariat français*, Perpignan, 1989, p. 218.

(39) Littéralement, *Nkfumi Ise Ndjeyi* se traduit par *Notable Père de la Multitude*. Cette institution est présente dans toutes les tribus de notre pays, avec des variantes et adaptations nécessaires. Nous en donnons les caractéristiques principales telles qu'on les trouve chez les Ohendo, tribu, de la grande ethnie Mongo, présente dans la Province du Sankuru (R. D. CONGO).

(40) Cfr. J. T. O. M., 1952, p. 88 : l'on parle du *pouvoir législatif coutumier*. Il est intéressant de constater que le Conseil colonial reconnaissait le pouvoir législatif au chef coutumier et l'autorité des notables (*Nkfumi Ise Ndjeyi*).

(41) Littéralement, *le notable ne peut pas manger le mensonge*; c'est-à-dire *le notable ne peut pas être démenti*; *il ne peut pas mentir*.

(42) G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale, Préface de Jean Dérrupé*, Bordeaux, 1991, p. 18; cfr. J. DEMBLON, *op. cit.*, p. 114.

Institution séculaire, le *Nkfumi Ise Ndjeji* s'est taillé une place si importante dans le règlement amiable et pacifique des litiges que personne ne doute de son efficacité aujourd'hui. Même si l'institution est fortement en péril aujourd'hui, parce qu'infiltrée par les politiques qui n'hésitent pas à corrompre ses animateurs par des intimidations de tout genre, y compris des arrestations et des incarcérations arbitraires, force est de constater qu'elle jouit encore de la confiance du peuple qui y recourt pour faire naître des actes contraignants en droit coutumier. Et c'est d'ailleurs, à cause de cette fonction d'utilité publique qui les rend incontournables que les politiques véreux essaient de les en vouloir.

§ 2. *Le notaire latin en R. D. Congo*

Exercer une fonction d'utilité publique c'est promouvoir le bien commun; c'est être utile aux citoyens. Cette phrase ne doit pas sonner comme une répétition inutile. Elle est un avertissement qui doit se lire en référence au contexte et au pays pour lequel nous menons cette étude. En Afrique en général, et au Congo en particulier, les fonctions d'utilité publique ne le sont que de nom : les dirigeants s'en servent pour nantir leurs familles et leur entourage, la grande majorité de la population étant laissée pour compte.

De cette perversion, il résulte que les expressions qui gardent encore leur noble signification en Occident l'aient complètement perdue en Afrique. Pis encore, qu'elles soient, en Afrique, synonymes de corruption ou de *mafia*. Elles suscitent une telle méfiance qu'elles sont souvent rejetées par le grand public. Au Congo, par exemple, le mot *politique* a une très mauvaise connotation. Il signifie dans plusieurs langues locales mensonge. En Ohendo (43), lorsque quelqu'un te dit : *tu es un grand politique*, il ne te complimente certainement pas. Il veut tout simplement dire que *tu es un grand menteur*. Dans le même ordre d'idées, l'expression service public a pris décidément le sens de *service de ses propres intérêts*.

C'est dans ce contexte de perversion sociale généralisée que le notaire latin doit s'installer et convaincre le peuple qu'il lui offre un service public différent de ce qu'il a jusqu'à présent. Mais comment faut-il alors procéder pour se démarquer de cette conception péjorative du service public tout en étant fidèle aux deux mondes qui existent au Congo, le monde du droit coutumier et le monde du droit écrit ? La réponse à cette question se retrouve fort curieusement dans les écrits belges de 1952. En effet, à cette époque là, Jean Sohier écrivait : « Les normes de notre civilisation et les aspirations bantoues doivent être respectées. Notre droit futur et hypothétique ne peut, dans une société harmonieuse, qu'être né de la fusion de notre droit écrit actuel et des

(43) Langue parlée dans la tribu Ohendo (Territoire de Kole).

valeurs, appropriées au génie des populations qu'elles régissent, du droit coutumier » (44).

C'est sur ce chemin de mariage indispensable, entre les normes coutumières et le droit écrit, sagement tracé par les juristes belges de l'époque coloniale que le notaire congolais doit poursuivre la renaissance de son ministère. Plusieurs attributs de son ministère le rend proche de la fonction des notables des villages. C'est le cas de son devoir de conseil, d'impartialité et de sa fonction de conciliation. Nombreux sont les villageois qui recourent aux *Nkfumi Ise Ndjeyi* pour régler leurs litiges à l'amiable, solliciter leurs conseils avant la stipulation de certains contrats. En se rapprochant le plus possible de cette institution coutumière, le notaire latin connaîtra un succès sans précédent.

On rencontre étonnamment une grande ressemblance entre une disposition coutumière régissant le ministère de *Nkfumi Ise Ndjeyi* et la Loi de Ventôse. De même qu'il est interdit aux notaires « de recevoir des actes dans lesquels eux-mêmes, leur (conjoint) ou leurs parents ou alliés ... sont parties et qui contiennent quelque disposition en leur faveur » (45), de même il est défendu aux *Nkfumi Ise Ndjeyi* d'intervenir dans les causes dans lesquelles sont parties les membres de leurs familles (au sens élargi du terme). Et c'est en connaissant ce grand univers de la normative coutumière que le notaire aidera les congolais à avoir confiance en lui et à recourir à son ministère grâce à la garantie de la force probante et exécutoire qu'il offre. Un ministère qu'il ne devra pas limiter aux centres urbains.

C'est pourquoi, nous estimons que la législation doit adapter la compétence d'instrumentation *ratione loci* du notaire en raison des circonstances de lieu. Dans la situation actuelle du Congo où il n'y a pas des notaires professionnels, la compétence d'instrumentation d'un notaire doit couvrir un territoire très vaste. Avec un service administratif interne suffisamment organisé, le notaire peut aller instrumenter dans des villages, limitant toute délégation de pouvoir, d'ailleurs interdite par la loi organique du notariat, car « Tous les actes doivent les nom, prénom usuel et lieu de résidence du notaire qui les reçoit » (46). Donc, « Le notaire ne peut pas déléguer ni partager ni céder sa fonction. Celle-ci est hors commerce » (47).

En recourant aux principes communs à l'institution et à la fonction notariales, il faudra imaginer des règles qui rendent le notariat utile et le notaire confident et médiateur des parties. Ceci n'est pas possible en important purement et simplement le fonctionnement du notariat latin

(44) J. SOHIER, *art. cit.*, p. 31.

(45) Loi de Ventôse, article 8, alinéa 1^{er}.

(46) Loi de Ventôse, article 12, alinéa 1^{er}.

(47) L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 55.

tel qu'il existe dans d'autres pays. Il faudra une adaptation qui permette la contractualisation dans un pays essentiellement rural et où les rapports juridiques sont essentiellement réglés par le droit coutumier.

Section IV. — La (r)évolution juridique en cours

§ 1^{er}. le droit objectif

§2. les droits subjectifs

La (re)naissance du notariat latin en R. D. Congo, longtemps après l'indépendance du pays, marque un tournant dans l'avènement d'un État de droit. Cette affirmation et cet espoir sont fondés sur l'histoire et l'indépendance de la profession notariale dans la création du droit, dans la connaissance et dans la mise en œuvre de la loi. Le notariat, surtout par les différents congrès qui abordent les différents thèmes du droit, propose des sujets importants au législateur qui souvent en tient compte dans sa législation (48). Alain Moreau cite par exemple le cas du notariat allemand qui a pris une part active dans la promotion du droit des affaires parmi la population (49). Et Paul Delnoy soutient que la pratique notariale est un « facteur de progrès du droit, par la diffusion de sa connaissance et le développement de son application » (50). De la même manière, nous croyons que le notariat au Congo montrera sa grande utilité non seulement dans la valorisation du droit coutumier mais aussi dans la diffusion à grande échelle des normes du droit écrit, qui seront largement mises en lumière par le devoir de conseil du notaire.

L'importance de l'activité notariale ne s'arrêtera pas à la norme objective, que celle-ci soit du droit coutumier ou du droit écrit. Le rôle social du notaire va se montrer déterminant dans la promotion et la protection des droits subjectifs. Les congolais pourront désormais compter sur cette institution pour recevoir une aide irremplaçable dans la protection de leurs droits, surtout en ce qui concerne la gestion de leurs familles, de leurs biens et l'expression souveraine de leur volonté d'aliéner.

§ 1^{er}. *Le droit objectif*

Officier public, le notaire tire toute la force de son action de la loi. Il veille à sa correcte application afin que son acte offre cette garantie d'opposabilité, nécessaire à la jouissance paisible d'un droit. Cet

(48) Cfr. P. DELNOY, *La pratique notariale. Facteur de progrès du droit*, in *Le service notarial: réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel GRÉGOIRE*, Bruxelles, 2000, pp. 95-103; J. RIOUFOL et F. RICO, *Le notariat français*, Paris, 1979, pp. 55-57.

(49) A. MOREAU, *op. cit.*, p. 367; E. BEGUIN et Y. BOUILLET, *La valeur ajoutée du notariat en droit rural*, in *Le service notarial: réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel GRÉGOIRE*, Bruylant, 2000, p. 52.

(50) P. DELNOY, *art. cit.*, p. 96.

attachement à la loi de laquelle il tire la force de son ministère fait du notaire un fidèle promoteur du droit. Non seulement, il est en un parfait observateur mais il doit aussi en offrir la connaissance à tous ceux qui recourent à son activité. Le notaire « doit veiller à la sécurité juridique de son acte et, dès lors, au respect des normes » (51).

En R. D. Congo, le ministère du notaire est nouveau. Il devrait concerner le droit de la famille, le droit des sociétés, le droit des obligations, le droit immobilier, le crédit hypothécaire. Ces domaines dans lesquels l'activité notariale est très sollicitée ailleurs sont, par contre, sources de graves injustices dans notre pays. Les règles juridiques étant inconnues du grand public, les forts en profitent pour vider de leurs droits les faibles qui ignorent les normes qui les défendent. L' « intervention notariale destinée à protéger une partie considérée comme plus faible par le législateur » (52) est donc bien attendue.

La première bataille que le notaire va livrer est celle de faire asseoir un État de droit par son activité d'instrumentation. En effet, en ayant comme point de départ la loi, le notaire aidera à l'application du droit dans des cas particuliers et surtout exigera son respect par tout le monde, compte tenu de la force exécutoire de l'acte notarié. Celui-ci opérera une révolution énorme dans les mentalités parce que, pour la première fois, les congolais seront en présence de la reconnaissance immédiate de leurs droits tels que stipulés dans un document. Ils pourront voir s'appliquer le *negotium* protégé ou porté par l'*instrumentum*.

La pratique notariale constituera un fait nouveau pour les congolais habitués à apprendre un droit qui ne s'applique jamais dans leur vie. En même temps, elle sera une épreuve pour tous ceux qui exercent le pouvoir, dans la mesure où ils sont souvent les premiers à ne pas être concernés par les normes qu'ils édictent eux-mêmes. Combien de fois constate-t-on dans notre pays que certains vivent au dessus de la loi ? Ou encore, combien de fois se rend-t-on compte que la loi ne s'applique qu'aux faibles, sans ressources économiques ?

Le notaire ne viendra pas bouleverser cet état des choses par une baguette magique. C'est plutôt son activité qui consiste à appliquer strictement la loi qui engagera une révolution dans la mentalité d'un peuple qui n'est pas habitué à vivre dans un État de droit. Sa qualité d'officier public confère à l'écrit qu'il confectionne un caractère officiel et le protège contre toute interprétation fantaisiste et privée, parce qu'il (l'écrit) est le fruit d'une interprétation rigoureuse de la loi et d'un devoir de conseil dûment exercé.

(51) P. VAN DEN EYNDE, *Notes de cours*, p. 3.

(52) E. BEGUIN et Y. BOUILLET, *art. cit.*, p. 49.

Au demeurant, nous pouvons considérer que l'activité notariale, si elle trouvera cet espace nécessaire à son exercice indépendant, apportera une contribution sans précédent dans l'application et le respect du droit. L'activité d'instrumentation viendra combler les lacunes d'un droit qui n'a jamais vu son efficacité sortir du papier. Elle va hâter l'avènement d'un État de droit au Congo, parce que le peuple sera désormais habitué à y recourir dans la mesure où il verra ses droits défendus et protégés. Ce faisant, le notaire donnera la vie aux règles mortes du droit dont l'utilité sociale n'a jamais été expliquée à des nombreux congolais.

Observateur des normes, le notaire reste et restera le confident des parties. Son activité n'a de sens que s'il met en œuvre la volonté des parties, dans le respect des lois. C'est ce que nous conseille Pierre Van den Eynde, « N'oublions pas que le droit existe parce que l'être humain existe. Une situation juridique est, dès lors, la conséquence d'une situation humaine » (53). Ce lien établi entre le droit et la vie manque dans la société congolaise. C'est pourquoi, nous estimons qu'avec la professionnalisation du notariat, les individus pourront désormais bénéficier d'une aide sans précédent dans la protection de leurs prérogatives. À ce niveau, il y a lieu de prédire que le devoir de conseil du notaire deviendra un instrument précieux qui ouvrira la voie du droit au public sans formation. Ou pour reprendre les idées de Paul Delnoy, la loi étant une communication sociale, c'est-à-dire la communication de la volonté du législateur aux citoyens, son efficacité est conditionnée, en tout premier lieu, par sa réception et sa compréhension par ces derniers. Cette communication législative n'est reçue et comprise par les destinataires finaux qu'à travers les intermédiaires (*interfaces*) de différents ordres, dont les notaires (54).

§ 2. *les droits subjectifs*

Si le notaire reste une référence précieuse aujourd'hui dans le respect et l'application du droit par son activité, il n'est pas moins un protecteur-né des droits que les individus eux-mêmes veulent défendre en recourant à son ministère. Dans un pays largement submergé dans la pauvreté et l'ignorance, le notariat reste une solution de premier plan dans le service juridique à rendre à la société. Non seulement, il répond au génie d'un peuple qui préfère la palabre au procès pour résorber ses litiges mais il ouvre la voie à la protection des millions de congolais qui ne peuvent pas se permettre de défendre leurs droits par la voie judiciaire à cause de la pauvreté.

Nous allons nous arrêter à quelques domaines de prédilection de l'activité notariale aujourd'hui en grande souffrance au Congo, tant des

(53) P. VAN DEN EYNDE, *Notes de cours*, p. 3.

(54) Cfr. *art. cit.*, p. 96; cfr. E. DECKERS, *op. cit.*, p. 106.

milieux urbains que ruraux. Nous pensons spécialement aux questions ayant trait à la famille, aux donations, aux successions et à l'immobilier. Bien qu'il existe une série de normes assurant la protection des conjoints, surtout du conjoint survivant, malgré les lois réglant les donations et les successions, malgré la normative réglant le bail, les droits des individus dans ces domaines évoqués, comme dans bien d'autres, sont d'une grande pitié. Nous n'allons pas passer en revue toutes les violations des droits individuels liés aux domaines précités. Nous nous limiterons à relever quelques cas pour lesquels l'intervention du notaire est juridiquement salutaire.

En droit congolais, les enfants forment la première catégorie des héritiers tandis que le conjoint survivant fait partie, avec les père et mère, les frères et sœurs germains, consanguins ou utérins des héritiers de la deuxième catégorie dans la succession de *de cuius* (55). Curieusement, ce droit à l'héritage n'est pas protégé, ni pour les enfants ni pour le conjoint survivant, surtout si elle est une femme. Dans la succession *ab intestat*, ce sont les frères du mari qui s'approprient le patrimoine commun, même propre de la femme, attribuant tout à leur défunt frère, laissant les enfants sans aucun bien ou leur attribuant ce qu'ils veulent leur donner du patrimoine de leur défunt époux ou père. Dans des villes surtout, il n'est pas rare de rencontrer des cas où un oncle vient faire déguerpir tous les enfants, surtout s'ils sont mineurs, et leur mère, conjoint survivant, de l'habitation familiale afin que celle-ci soit aliénée à son propre profit ou à celui de ses enfants, neveux de *de cuius*.

De telles violations graves des droits de la personne ne sont que rarement poursuivies en justice. Et pour cause. La pauvreté habituelle des familles, aggravée ici par le deuil, comme dans le cas évoqué ci-haut, et les défaillances du système judiciaire congolais ne garantissent jamais l'issue du procès, même si les raisons d'espérer une sentence favorables sont évidentes. C'est ici que pourra intervenir en amont l'œuvre du notaire qui pourra sécuriser par des actes notariés les différents legs et donations qu'une personne peut faire de son vivant et qui pourront être exécutés à sa mort par ceux qu'elle laisse dans la vie après elle. Que dire du testament authentique qui pourra devenir, avec l'institution du notariat, un moyen juridiquement incontestable de planifier sa succession et de transmettre l'héritage à sa descendance. C'est pourquoi, nous estimons qu'avec le notariat s'opère vraiment une révolution dans la protection des droits individuels au Congo.

Un autre domaine de la famille qui sera fortement intéressé par le notariat est celui des contrats matrimoniaux. Les femmes auront beaucoup à gagner en y recourant. Il ne s'agit pas ici d'une dérive sexiste

(55) Code de la famille, article 758, 1 et 2.

mais d'une description fidèle de la réalité telle que nous la vivons en contexte congolais. Les contrats matrimoniaux permettent aux époux de s'octroyer certains avantages durant leur vie commune et de fixer les droits et les devoirs de l'un et de l'autre en cas de dissolution. Protégés par un acte notarié, ces contrats acquièrent la force de jugement, avec une force probante et exécutoire incontestée. Les jeunes femmes pourront toujours organiser leur vie commune autour de certains contrats qui les protègent en cas de divorce.

Une illustration de la situation permet de mieux comprendre le propos que nous tenons. Il arrive qu'après plusieurs années de vie matrimoniale où l'homme, sans moyens financiers, a été pris en charge par la femme, l'abandonne pour convoler avec une autre, souvent après une nette amélioration de sa position économique. L'homme laisse la première épouse, même sans que le divorce ait été prononcé par un tribunal, et va vivre avec sa nouvelle concubine emportant tout ce qu'il a pu obtenir du premier mariage. La distinction des patrimoines n'étant pas à la portée de tout le monde, l'épouse abandonnée ne se voit reconnaître aucun droit et ne sait même pas porter l'affaire devant un tribunal faute de moyens financiers. Pourtant, il est clair qu'elle peut introduire une action en justice pour l'enrichissement sans cause et pour la violation des articles 488, alinéa 1^{er}, 490, alinéa 2, 499 du Code de la famille.

Par ailleurs, les devoirs et droits des époux tels que stipulés par le Code de la famille, surtout en ses articles 490 à 537 en ce qui concerne les patrimoines commun et propre des époux ne peuvent être suffisamment garantis et compris des parties qu'en passant par le devoir de conseil d'un notaire. Il en est de la modalisation du régime secondaire tel qu'organisé par le législateur congolais aux articles 508, 509 et 520 du Code de la famille. Ces conventions entre époux ne protégeront suffisamment la partie faible et ne pourront devenir opposables à tous que si elles sont passées sous la forme authentique.

Le ministère du notaire sera très sollicité aussi dans le domaine de l'immobilier. Plusieurs contrats concernent le notaire, notamment la vente et le bail. Sans oublier ce qui se passe au Congo pour la vente des immeubles (56), nous invoquons uniquement la question du bail. Mais il ne sera pas question du bail en général. Nous aborderons sommairement les problèmes soulevés par le bail de résidence principale. Ce choix est dicté par le souci de mettre en lumière les principales violations des droits des preneurs qui se commettent en cette matière dans

(56) Le Service cadastral ne fonctionnant pas correctement au Congo, il est possible qu'un seul immeuble soit vendu à deux ou trois acheteurs, et qu'après son coup, le vendeur s'enfuit, sans laisser aucune trace, avec toutes les sommes versées par ses victimes. C'est à ces dernières de s'affronter devant la Justice pour voir à qui l'immeuble doit revenir.

des grandes villes et de souligner l'importance du *bail authentique* au Congo.

Profitant de la grande liberté qui existe en ce domaine, car aucune réglementation digne de ce nom ne s'applique à ce sujet, les bailleurs restent les seuls maîtres du terrain, fixant à leur gré le montant du loyer, et pouvant le majorer sans qu'aucune situation objective ne le justifie. Les garanties locatives versées par les preneurs sont utilisées par les bailleurs comme des sommes qui leur appartiennent en propre. Aucune indexation, aucun intérêt n'est prévu à la sortie du preneur. La durée du loyer est souvent fixée sur initiative des parties. Tandis que le bailleur peut facilement expulser le preneur sans donner aucun congé et sans aucune indemnité (nombreux sont les preneurs qui se sont retrouvés dans la rue avec femme et enfants, sans aucune protection), le preneur bien qu'observant le délai du congé donné au bailleur, ne se voit presque jamais remboursé la garantie locative à l'expiration de son congé. Le bailleur qui a utilisé entre temps cet argent — parce qu'aucun compte individualiser n'est ouvert au nom du preneur — oblige le preneur à lui trouver un nouveau preneur dont la garantie pourra servir de remboursement à la sienne. Tous ces baux n'ont jamais date certaine.

L'activité du notaire aidera à mettre fin à ce climat d'incertitude en matière de bail où des familles entières sont souvent humiliées dans leur dignité parce qu'elles ne sont pas capables de défendre leurs droits violés par la voie judiciaire. Constaté par l'acte notarié, le bail de résidence principale va acquérir cette consistance qui permettra au preneur et à sa famille d'être à l'abri de toute velléité du bailleur et de jouir paisiblement du bien loué. Et nous estimons que le notariat apportera cette révolution dans la jouissance des droits en matière des baux.

Nous pouvons conclure avec Paul Delnoy que la pratique notariale contribuera à améliorer le droit dans le sens de « l'organisation harmonieuse des rapports sociaux, dans le respect de certaines valeurs fondamentales, au premier rang desquelles figurent aujourd'hui l'égalité et la sécurité juridiques » (57). Même si, on le sait, bien que louable, le ministère du notaire ne fera pas que des heureux. Le notaire devra faire face à cette frange de la société habituée à gagner sa vie dans ce désordre organisé, et pour laquelle la pratique notariale pourrait constituer un manque à gagner.

Section V. — Les contraintes de la profession en R. D. Congo

Le contenu de cette section est corollaire au titre de cet article. En effet, si le notariat latin est une révolution dans la considération du droit et des droits au Congo, il est clair que celle-ci ne pourra pas se faire

(57) P. DELNOY, *art. cit.*, p. 99.

sans heurts. Le passage de l'ancien au nouveau système des rapports juridiques entre les citoyens ne fera pas que des heureux. Ceux qui vivaient de l'ancien système où la judiciarisation des litiges contraignait les individus soit à abandonner leurs droits soit à les défendre au prix de fortes sommes d'argent tâcheront de maintenir le *statu quo*, gage de leur gagne-pain. D'autres, par contre, profiteront de la nouvelle voie ouverte par le notariat pour réclamer la reconnaissance de leurs droits longtemps ignorés, notamment sur le plan coutumier.

Mais la question ne sera pas seulement interne. Dans un monde multipolaire, gagné par la mondialisation, le ministère du notaire devra aussi affronter les contraintes d'un droit qui doit venir parfois d'ailleurs, imposé ou ratifié par l'État mais incapable de créer la paix des familles dans le cadre d'une contractualisation qui leur sera plus au moins imposée. Nous pensons ici à des lois de l'État qui n'auraient pas de fondement dans la vie et la culture du peuple mais que le notaire sera appelé à appliquer dans le cadre de son activité, visant pourtant à promouvoir la paix des familles.

Somme toute, les contraintes (internes ou externes) concernent soit le droit, soit la politique soit la société elle-même. C'est ce que nous développons dans les lignes qui suivent.

§ 1^{er}. *Les contraintes internes*

Ce point envisage la profession de notaire dans un angle prospectif et prépare le professionnel à affronter quelques difficultés du métier dans le contexte actuel du Congo. Ces difficultés sont d'ordre juridique et socio-politique. Du point de vue du droit, l'activité du notaire, pour créer cette harmonie entre les individus et les familles, devra repartir des bases du droit coutumier tel qu'il a été reconnu par la législation belge d'avant l'indépendance, mais abandonné par les congolais eux-mêmes au profit d'un droit écrit aujourd'hui inefficace. Nous soulevons le problème fondamental de l'écart qui existe entre la loi écrite et la loi coutumière, entre la constitution formelle et la constitution matérielle.

Pourtant, le législateur belge avait bien compris le problème, mieux que le congolais aujourd'hui, et il avait essayé de promouvoir le droit coutumier, en recourant à certaines de ses solutions, en créant un lien entre celui-ci et le droit écrit. Il a voulu, à tout prix, opérer une synthèse entre les normes du droit coutumier et celles du droit écrit, estimant ce dernier inefficace à régir la vie de la colonie (58). Cette évolution du droit coutumier a été interrompue par le législateur congolais, après l'indépendance, qui a introduit les principes clairs, rationnels du droit occidental mais qui se sont avérés inefficaces à régir la vie du peuple.

(58) Cfr. J. SOHIER, *art. cit.*, pp. 30-31.

Dès lors, le pays est presque divisé entre le droit écrit qui existe en ville, même s'il est mal connu, et le droit coutumier, bien présent dans les villages et dans les villes.

La première contrainte que le notaire pourra affronter dans le cadre de son ministère est celle d'opérer cette synthèse harmonieuse entre les normes du droit coutumier et celles du droit écrit. Que le législateur congolais se soit montré jusqu'à présent incapable d'opérer cette synthèse se remarque par certaines dispositions législatives du Code de la famille que nous invoquons sans trop de commentaires.

« Le mariage est l'acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage enregistré, établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la loi » (article 330).

« Sans préjudice des dispositions de l'article 330 de la présente loi, le mariage célébré en famille sort tous ses effets à la date de sa célébration, même en l'absence de l'enregistrement » (article 379).

« Avant l'enregistrement, le mariage célébré en famille n'est opposable qu'aux époux et à ceux qui ont participé à cette célébration conformément à la coutume » (article 380, alinéa 1^{er}).

Ces trois articles montrent la difficulté du législateur d'opérer la synthèse entre le droit coutumier et le droit écrit. Tout le monde au Congo tient pour vrai et valide le mariage qui est célébré en famille. Réduire son opposabilité uniquement aux seuls participants c'est dire à tout le monde, qui n'était présent lors de la célébration, que tout conjoint marié coutumièrement est encore libre et peut être de nouveau marié, sans que cela soit considéré comme un adultère. Tout cela ressemble à une abomination, surtout pour les habitants des villages.

Le manque de réalisme d'une telle disposition se lit aussi par rapport à la situation des bureaux de l'état civil. Ceux-ci sont situés à plusieurs centaines des kilomètres de certains villages, et d'autres en ignorent même l'existence. Mais est-il alors possible de faire dépendre l'opposabilité *erga omnes* du mariage de son enregistrement dans un pays où l'État sait que la population n'a pas accès facile à ses bureaux et que ceux-ci se marient en général selon les prescriptions du droit coutumier (59)?

(59) Compte tenu de la situation du Congo (analphabétisme, vaste territoire, longues distances séparant les villages des bureaux de l'état civil), le législateur devra, dans l'avenir, ranger la célébration du mariage parmi les compétences du notaire comme au Québec.

Pour celui qui connaît la culture congolaise, le mariage célébré en famille, appelé mariage coutumier (60), est un véritable mariage; il l'emporte en honneur et en dignité sur le mariage célébré devant l'officier de l'état civil. En effet, personne n'a osé célébrer le mariage devant l'officier de l'état civil sans passer par cette célébration en famille qui peut prendre plusieurs formes selon les cas. Par ailleurs, la primauté du droit coutumier sur le droit écrit en matière matrimoniale se lit dans l'article 361 du Code de la famille concernant la dot. La loi dispose que « Le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée au moins en partie » (article 361, alinéa 2).

Quel est l'intérêt de cet exemple pour le ministère du notaire ? Si un notaire ignore les dispositions du droit coutumier, il peut passer un acte en ayant comme parties deux conjoints, dont l'un a été marié coutumièrement et l'autre qui l'a épousé devant l'officier de l'état civil en enregistrant son mariage. Du point de vue de la loi, un tel mariage est valide parce que le premier n'avait pas été enregistré et l'autre conjoint n'a pas participé à sa célébration. Mais s'il n'est pas dissout selon les normes du droit coutumier, le mariage existe encore dans l'esprit et dans la vie sociale. Un acte notarié qui validerait n'importe quel avantage entre les deux époux, même si c'est juridiquement fondé, ne sera pas de nature à créer la paix des familles et préjudicierait le travail du notaire, partant l'honneur du notariat en général.

L'autre source de contraintes, le notaire devra l'affronter du côté de la politique, entendue comme exercice du pouvoir. La conception encore erronée du pouvoir politique, considéré comme *pouvoir souverain*, aura du mal à se marier aux exigences de l'acte notarié dont les caractéristiques principales sont la force probante et la force exécutoire. En d'autres termes, l'acte notarié introduira au Congo une des conditions de son existence harmonieuse : la présence d'un État de droit. Sans l'existence d'un État de droit, l'acte notarié perd tout son sens, car il risque de ne pas être exécuté. Ou mieux, dans un État autoritaire, l'acte notarié ne peut pas avoir une existence autonome et libre. « C'est au sein d'un régime fondé sur la démocratie et sur l'économie de marché, qui tempère la dureté des lois économiques par le souci constant des valeurs sociales, économiques, écologiques et consuméristes, que le notariat se montre le plus performant et qu'il rend les meilleurs services. Rompre l'équilibre d'un tel régime, en mettant en vedette l'État dominant et omniprésent ou, au contraire, l'individu souverain, c'est mettre implicitement en question l'utilité du notariat » (61).

En considération de ce qui précède, nous pouvons nous trouver devant deux hypothèses : la négation de l'État par lui-même ou la promo-

(60) Cfr. Code de la famille, article 369, alinéa 1^{er}.

(61) E. DECKERS, *op. cit.*, p. 105.

tion d'un État d'un droit par l'acte notarié. En ne reconnaissant pas la force exécutoire *erga omnes* de l'acte notarié, l'État se nie lui-même car il refuse d'appliquer un acte qui émane d'un officier public qu'est le notaire. Ce dernier, on le sait, est détenteur de l'autorité publique en vertu de laquelle il confère l'authenticité à ses actes (62). Et l'acte qu'il dresse est reconductible à l'État en tant qu'il (le notaire) est nommé par lui (63). Et tous les actes notariés font foi en justice et sont exécutoires dans toute l'étendue du territoire (d'un État ou d'un Royaume) (64). Il ressort de ce qui précède qu'une autorité publique ne peut nier d'exécuter un acte authentique sans remettre en cause l'État lui-même.

Dès lors, il ne reste qu'à examiner la possibilité où l'acte authentique sera exécuté partout en République Démocratique du Congo et marquera indubitablement l'avènement d'un État de droit. C'est la réalisation de cette révolution que les congolais appellent de tous leurs vœux. Avoir un acte notarié qui circule sans entraves dans toute l'étendue de la République est un gage de paix et de sécurité dans les relations juridiques entre citoyens (65). En cela, ils pourront vivre le début de l'avènement effectif de l'État de droit parce que la loi sera au-dessus de tous et s'appliquera indistinctement à tous. Nous ne doutons que c'est à ce niveau que se situe le défi majeur du notariat au Congo. Toutefois, pour relever ce défi, la libéralisation de la profession de notaire constitue déjà une avancée majeure.

§ 2. *Les contraintes externes*

L'œuvre du notaire n'aura pas franchi tous les obstacles si elle se limite à résoudre uniquement les situations de droit interne. Elle devra parfois faire face à un droit étranger à la vie du peuple. Il s'agit de tous les cas où le notaire devra appliquer les textes des lois qui sont promulguées sous influence étrangère (66), remettant souvent en cause les droits acquis des peuples. Nous nous référons, pour le besoin de cette étude, entre autres à la question relative au droit foncier congolais. La colonisation belge avait établi une distinction nette entre les

(62) Loi de Ventôse, article 1^{er}; Loi n° 16/012 du 16 juillet 2016, article 3.

(63) Loi de Ventôse, article 35, § 1^{er}; Loi n° 16/012 du 16 juillet 2016, article 9, alinéa 3.

(64) Cfr. Loi de Ventôse, article 19, alinéa 1^{er}; Loi n° 16/012 du 16 juillet 2016, article 2, 1.

(65) Cfr. L. RAUCENT, *Préface*, cit., p. 6.

(66) C'est le cas de la présente loi sur la création, le fonctionnement et l'organisation de la profession de notaire. Tout en reconnaissant que l'activité notariale est présente dans la tradition congolaise et qu'elle avait été déjà organisée sous l'administration coloniale belge, il sied de constater que la présente loi tire sa source immédiate des exigences de la mondialisation et des impératifs du droit OHADA. C'est ce qui l'on peut lire sur l'exposé des motifs de cette loi. Aucune référence n'est faite à la situation sociale, politique et économique du peuple congolais. Pourtant, c'est un besoin socialement ressenti, celui de l'institutionnalisation du notariat. Comme le soutient Eric Deckers, « Le notariat fonde sa légitimité dans le besoin de sécurité juridique et d'équilibre qu'éprouve toute société pour assurer la paix et la solidarité en son sein », *op. cit.*, p. 35.

terres indigènes, c'est-à-dire celles de leurs propriétés, inaliénables, les terres vacantes et les terres domaniales. « Dès la création de l'État indépendant du Congo, une des premières préoccupations du législateur a été de reconnaître les droits des indigènes sur les terres occupées par eux et d'interdire qu'ils soient dépossédés de leurs terres » (67). Les terres indigènes sont celles acquises conformément aux normes du droit coutumier. Et dans son décret du 3 juin 1906, l'autorité coloniale belge avait bien défini la notion de terres indigènes : « ce sont les terres que les indigènes habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque, conformément aux coutumes et usages locaux » (68). La deuxième République a organisé la grande spoliation d'État en privant les congolais de leurs terres : « La République Démocratique du Congo reprend la pleine et libre disposition de tous ses droits fonciers, forestiers et miniers concédés ou cédés avant le 30 juin 1960 en propriété ou en participation à des tiers, personnes morales ou physiques » (69). Tout en reconnaissant constitutionnellement la propriété acquise selon la coutume (70), depuis la deuxième République (avec la fameuse loi *Bakajika*) jusqu'à ce jour toutes les terres appartiennent à l'État (71) qui les concède à qui il veut.

Ces deux articles qui se contredisent sur le fond se résolvent souvent en une guerre permanente entre les villageois, propriétaires des terres selon la coutume et l'État qui leur a ravi — au nom de son droit écrit — au profit des contrats juteux avec les multinationales. Toutefois, malgré l'imposition et la souveraineté de l'État sur les terres, comme stipulé à l'article 9 de la Constitution, en plusieurs endroits du pays, l'occupation de la terre passe *nécessairement* par le contrat avec le chef coutumier. En ceci, nous reprenons et nous honorons la sagesse humaine et juridique du droit foncier colonial belge. Car, il avait entouré les terres indigènes de verrous juridiques qui ne vont malheureusement et paradoxalement sauter qu'avec l'indépendance du Congo. En effet, pour protéger les terres des congolais, l'article 13 du décret du 31 mai 1934 exige que les contrats conclus avec les indigènes pour l'acquisition ou

(67) H. DE RAECK, *Des conditions de validité des contrats conclus avec les indigènes en vue de l'acquisition et de l'occupation de leurs terres*, in J. T. O. M., 1951-1952, p. 68.

(68) *Ibidem*.

(69) Articles 1^{er} et 2 de l'*Ordonnance-loi n° 66-343 du 7 juin 1966 assurant à la République Démocratique du Congo la plénitude de ses droits de propriété sur son domaine et la pleine souveraineté dans la concession des droits fonciers, forestiers et miniers sur toute l'étendue de son territoire*, in *Moniteur congolais*, 15 (1966), p. 560.

(70) Constitution de la République Démocratique du Congo, 18 février 2006, article 34, alinéa 1^{er} in *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, numéro spécial, 2006, p. 19. Notons au passage que cette disposition n'est pas nouvelle en droit congolais. La nature coutumière des droits des congolais sur leurs terres était déjà consacrée par la législation coloniale, cfr. T. HEYSE, Le « *symposium* » d'Amsterdam sur le régime des terres indigènes en pays tropicaux, in J. T. O. M., 1951, p. 74.

(71) Cfr. Constitution de la République Démocratique du Congo, 18 février 2006, article 9, alinéas 1^{er} et 2.

l'occupation d'une partie de leurs terres ne sortent d'effet qu'à la condition d'être passés dans la forme authentique, suivant la procédure fixée par ordonnance du Gouverneur général et d'être approuvés par le Gouverneur général » (72). Quel verrouillage !

La passation des actes authentiques en matière foncière rencontrera ce débat, qui est loin d'être clos, entre les villageois qui protègent encore leurs terres et l'État qui en est devenu propriétaire sans indemniser les anciens propriétaires coutumiers. En voulant appliquer la loi, *stricto sensu*, en matière foncière le notaire risquera de ne pas atteindre la paix visée par l'acte authentique. L'acte notarié peut être source de graves injustices sociales s'il va authentifier, par exemple, tous les contrats qui consistent à prendre toutes les terres arables des populations locales pour les aliéner au profit des multinationales, malgré les contestations de premiers occupants coutumiers.

Ce point n'a décrit qu'en quelques éléments le contexte social dans lequel vient s'insérer l'œuvre d'instrumentation du notaire congolais. Il devra se frayer son propre chemin au milieu d'un monde nouveau qui n'hésitera pas, si l'occasion se présente, de lui barrer la route et de freiner son travail. C'est pourquoi, il faut protéger cette nouvelle figure de l'univers juridique contre toute tentative d'instrumentalisation.

Section VI. — Les protections

Cette dernière section consacrée à la protection dont la profession a besoin peut sembler inédite par rapport au contenu de l'activité notariale. Malgré son but essentiellement prospectif, l'on peut avoir des difficultés à imaginer le lien étroit qui peut exister entre l'instrumentation et la sécurité du notaire au sens large du terme. Pourtant, il n'est pas hors de propos envisager cette question qui est au cœur de la confiance que la fonction doit inspirer et du prestige dont elle doit jouir auprès de la population.

Le grand prestige que pourra avoir la fonction de notaire auprès de la population congolaise risque d'être la source de son instabilité. En effet, son succès pourra lui créer autant d'ennuis qu'elle risque une paralysie, voire une asphyxie, liée aux contraintes qui lui seront exercées de toute part. Ces contraintes peuvent trouver leur origine dans un double mouvement : celui du *statu quo* de ceux qui sont habitués à être au-dessus de la loi et qui ne voudront pas que les choses changent parce qu'ils ne sauront plus imposer leur volonté et celui de ceux qui profiteraient de l'absence de l'institutionnalisation de la profession pour y substituer quelque chose de semblable.

(72) H. DE RAECK, *art. cit.*, p. 68.

Certes, ces considérations ne font pas encore partie de la réalité; elles appartiennent à l'ordre de la prévention. Car, *mieux vaut prévenir que guérir*, dit-on. Nous voulons attirer l'attention des lecteurs par rapport au danger auquel la profession est exposée de façon à lui assurer le soutien nécessaire.

§ 1^{er}. Les protections internes

Sur le plan interne, la protection à donner à l'activité notariale est d'ordre juridique et politique. Sur le plan juridique, l'activité notariale doit bénéficier d'un arsenal juridique clair qui permet au notaire d'exercer librement sa fonction, à l'abri de toute pression et de tout conditionnement. Il est indispensable que la loi rassure les professionnels de l'acte notarié que leur ministère jouit de gardes-fous à la hauteur du droit et des droits qu'ils sont appelés à promouvoir. Mais au regard du paysage juridique nouveau que le mouvement notarial va dessiner dans notre pays, les protections de la loi me semblent insuffisantes.

En effet, comme on peut le lire, la loi actuelle accorde à la profession et à l'instrument fondamental de cette fonction, à savoir l'acte authentique, leurs caractéristiques essentielles (73). Mais elle ne protège pas suffisamment le professionnel. Nous citons, à titre d'exemple, l'article 11, alinéa 2 : « Ils(les notaires) ont droit à la protection de leurs personnes et de leurs qualités conformément à la loi. » (74). Cette protection dit tout et ne dit rien. Le législateur devait être plus clair et préciser en quoi pourra consister cette protection; ou il aurait donné compétence au Ministre de la Justice de préciser la consistance de cette protection, comme le cas dans les autres articles de la même loi (articles 8, 9, 13, 15...).

Une autre source de la faible protection du notaire au Congo se trouve dans sa nomination. En Belgique, le notaire est nommé par le Roi sur base de la liste des candidats classés transmise par le Ministre de la Justice (75); au Congo, il est nommé par le Ministre de la Justice (76). Cette différence qualitative n'a pas valeur seulement politique mais surtout juridique. En faisant nommer le notaire par un Roi ou par un Président de la République, on lui offre plus de protection et de stabilité qu'en le faisant par un Ministre de la Justice.

Par ailleurs, il sied de signaler que la loi congolaise n'accorde pas l'inamovibilité au notaire. Son office est inamovible (77), mais pas le

(73) Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016, article 2, 5; article 9 de l'Ordonnance-loi, n° 066-344 du 9 juin 1966, conformément à l'article 93.

(74) Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016.

(75) Cfr. Loi de Ventôse, article 39, §§ 1^{er}-6.

(76) Cfr. Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016, articles 2, n° 13; 9, alinéa 3.

(77) *Ibidem*, article 5, alinéa 3.

notaire lui-même. Pourtant, le corollaire de l'indépendance du notaire est son inamovibilité : le « législateur reconnaît l'inamovibilité des notaires, ils ne peuvent être déplacé(sic) sans leur consentement; de plus ils sont institués à vie (article 2, loi organique), leur commission ne peut être temporaire et révocable. » (78).

Sur le plan politique, le notaire doit aussi bénéficier de cette protection qui protège ses actes contre toute contradiction facile qui peut provenir de ceux qui détiennent le pouvoir. Pour celui qui ne connaît pas le fonctionnement de la vie sociale en Afrique, ces considérations peuvent sembler incompréhensibles si l'on définit l'acte notarié comme le fruit d'un accord entre les parties dûment conseillées par le notaire et si l'on considère celui-ci comme détenteur d'une délégation de l'autorité publique. On sait au Congo, comme en Afrique d'ailleurs, l'influence qu'exerce la famille, la tribu sur la personne. Il n'est donc pas étonnant qu'une partie dûment conseillée par le notaire, ayant signé en âme et conscience, puisse tenter d'obtenir la révision de son acte, une fois reproché par tel ou tel membre de la famille. Et qu'échappant complètement à ses moyens d'obtenir l'annulation du contrat authentique, la partie intervenante recoure à l'aide d'un père, d'une mère, d'un frère, d'un sœur, ou d'un autre membre de famille (au sens africain du terme) pour obtenir l'inscription en faux d'un acte authentique moyennant un faux procès à l'issue déjà connue.

Cet exemple laisse profiler, dans un pays qui n'a pas la culture du droit, le risque d'un conflit entre la magistrature et le notariat. En novembre 2016, notre rencontre avec quelques fonctionnaires publics désignés pour exercer la fonction de notaires (79) a révélé plusieurs intimidations que ceux-ci subissent de la part des magistrats dans le cadre de l'authentification et de la légalisation des documents. Nous n'avons pas peur de la grande expérience et connaissance du droit dont les études font montre depuis des siècles mais nous craignons qu'une rivalité de mauvais aloi s'installe vite entre les magistrats et les notaires et se résolve par des convocations intempestives des notaires devant des juges pour torpiller leur activité. Pourtant, pour le bien public du peuple congolais, les membres des barreaux doivent collaborer avec les notaires (80).

À ceci s'ajoute le constat que font Étienne Beguin et Yves Bouillet, « En tant que conseiller des familles, de conciliateur et de rédacteur des conventions des parties, le notaire apparaît comme un accoucheur de

(78) L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 58.

(79) Cfr. Décret n° 010/002 du 26 janvier 2010 portant création des offices notariaux, article 3, 1 et 2.

(80) Sur la protection dont le notariat a besoin et sur sa collaboration avec les barreaux, lire P. HAMEL, *art. cit.*, pp. 18-19.

solutions, un adepte de l'adage « un mauvais accord, vaut mieux qu'un bon procès », ce qui ne lui vaut pas que des amis dans le monde juridique où sa volonté de conciliation le fait parfois présenter par certains comme un arrangeur » (81).

C'est pourquoi, malgré la protection dont les notaires bénéficient, sur le plan interne, en leur qualité d'officiers publics ayant reçu délégation de l'autorité de l'État dans leur activité d'instrumentation, ils ont aussi besoin d'un cadre externe qui les protège et défende l'indépendance de leur ministère et l'inviolabilité de leurs droits.

§ 2. *Les protections externes*

Inscrite dans le contexte général de la loi de Ventôse, la renaissance du notariat au Congo n'est pas une invention du pays. Elle est une réponse au vaste mouvement de la mondialisation qui a créé un village planétaire et uniformise certaines pratiques professionnelles en vue de leur réception *universelle*. Replacée dans le cadre des motivations les plus immédiates, la loi congolaise sur la fonction notariale est une réponse aux exigences de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) (82). Le Droit OHADA exige la forme notariée de certains actes pour leur réception dans le cadre international.

Nous estimons que ce cadre juridico-politique internationale qui contribue à la naissance de la loi notariale congolaise sert aussi à la protection de l'institution et du notaire instrumentant. En effet, l'absence d'un État de droit rend de plus en plus difficile l'indépendance des institutions et en augmente le risque de corruption. Le notariat et le notaire risquent d'être victimes de cet amalgame et perdre leur estime auprès de la population; et ce faisant leur dignité. Car, n'oublions pas, la force du notariat repose sur la confiance que les parties font à l'institution et à ceux qui la président, à savoir, les notaires.

C'est pourquoi, estimons-nous que le cadre international dans lequel opère le notariat par la circulation des actes constitue un garde-fou nécessaire à la protection de l'institution et du notaire. Pour ce faire, il ne suffit plus de considérer l'acte dans sa double dimension d'*instrumentum* et du *negotium*. Il faut, en plus, ajouter la troisième dimension qui est celle d'*auctor*. En effet, la loi de Ventôse fait du notaire l'auteur de l'acte authentique (83). « Ainsi l'acte authentique est-il l'œuvre du notaire, et le notaire, l'auteur de l'acte authentique » (84), souligne Jean-Louis Van Boxstael. Cette responsabilité du notaire, en sa qualité de l'auteur de l'acte authentique, est soulignée par Jean-Louis Renchon

(81) E. BEGUIN et Y. BOUILLET, *art. cit.*, p. 53.

(82) Lire Loi n° 16/012 du 15 juillet 2016, Exposé des motifs.

(83) Cfr. Loi de Ventôse, articles 1^{er} et 10.

(84) J.-L. VAN BOXSTAEEL, *Droit international privé notarial*, notes de cours, 2017, p. 97.

dans le cadre du divorce par consentement mutuel (85). De son côté, Léon Raucent parle aussi de la responsabilité des notaires, vue dans l'angle général de la responsabilité aquilienne, comme manquement grave à son devoir (86). C'est pourquoi, nous aimerions nous arrêter au notaire lui-même en sa qualité de responsable de l'acte.

Lors du récent voyage du Master en spécialisation notariat de l'Université catholique de Louvain au Québec et Montréal (Canada) (87), voyage auquel nous avons participé, nous avons assisté à une réponse intéressant notre problématique et qui peut relancer le débat. À la question de savoir pourquoi l'acte notarié n'a pas force exécutoire au Québec, contrairement à l'Europe continentale, Mr Alain Roy, Docteur en droit et Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal a répondu que c'est à cause probablement de l'expérience juridique peu consolidée de certains notaires qui accèdent à la profession très jeunes (88). Cette réponse, sans être officielle mais qui engage son auteur, montre combien la personne du notaire, sa formation, est fondamentale pour un acte de haute portée juridique.

Mutatis mutandis, nous revenons au notaire en tant que producteur de l'acte en partant de cette comparaison. Aujourd'hui, dans le cadre du commerce international, certains produits ne sont plus regardés uniquement par rapport à leur usage immédiat, à leur résultat final. Mais, ils sont évalués en amont en considérant le lieu de production, les producteurs et les conditions dans lesquelles ils sont travaillés. Nous prenons l'exemple des légumes qui seraient produits dans les terres de Fukushima (au Japon) concernées par la catastrophe des centrales nucléaires et du diamant et du coltan produits par les mineurs exploités du Congo (R. D.). Ces produits même s'ils sont bons en aval, les gens éviteraient de les consommer en raison du lieu, de conditions de production et des producteurs.

Revenant à l'acte authentique, nous pouvons dire qu'il ne suffit de le voir circuler sur le plan international, remplissant toutes les formalités requises du point de vue formel et matériel. Dans le contexte de nos pays africains, et du Congo aussi, il est prudent de voir si l'acte est produit correctement. En d'autres termes, la communauté internationale,

(85) J.-L. RENCHON, *Vers un divorce non judiciaire in Le service notarial : réflexions critiques et prospectives*, cit., p. 204.

(86) Cfr. L. RAUCENT, *Fonctionnement et statut des notaires*, Louvain-La-Neuve, 1985, pp. 89-97.

(87) Voyage d'études, du 18-26 mars 2017.

(88) Au Québec, on devient notaire après une maîtrise en droit notariales et six mois de stage; tandis qu'à Belgique, pour devenir notaire, il faut passer par un master en droit, un master complémentaire en notariat et au moins deux ou trois ans de stage.

par l'Union Internationale du Notariat Latin (89), doit pouvoir s'enquérir si le notaire africain, congolais, jouit de l'indépendance nécessaire dans le cadre de son ministère. En d'autres termes, il s'agit chaque fois (parce que la situation peut changer du jour au lendemain) de se poser la question de savoir si l'acte en circulation a été instrumenté en toute liberté; si le notaire n'a pas subi de pression dans l'exercice de son activité.

Nous nous inscrivons en faux contre ceux qui nous rétorqueront en arguant que cette question de liberté rentre dans le cadre du droit commun concernant les actes juridiques (90). Donc, elle fait partie de l'ordre juridique interne de l'État. Cette réponse n'est correcte qu'à moitié, si la question se vide dans les rapports nationaux. Mais lorsqu'un acte authentique doit concerner une situation internationale (91), il est, à notre avis, normal que les autres pays se demandent si le notariat du pays de provenance de l'acte est reconnu (92); et surtout, c'est nous qui l'ajoutons, si les notaires jouissent de l'indépendance et de la liberté nécessaires à leur ministère. Ceci peut concerner la fonction d'authentification, surtout le devoir de conseil (93). Citant H. Gaudemet-Talon, Cyril Nourissat soutient que l'État requis ne peut pas exécuter l'acte notarié s'il heurte l'ordre public (94). Celui-ci peut être concerné si la liberté des notaires instrumentants est compromise dans l'État d'origine de l'acte.

Ce contrôle international de l'acte notarié, surtout s'il embrasse un domaine plus vaste que l'instrumentation, constitue une bonne garantie de protection pour le travail du notaire dans notre pays, et dans tous les pays où, à cause du manque de rigueur dans l'application de la loi, il est plus facile d'imaginer certaines coercitions de ceux qui exercent le

(89) Lire l'article d'un groupe de Notaires, Collaboration du Notariat avec les Organisations Internationales pour les aider à atteindre leurs objectifs, in *Le Notariat: Profession de tradition et d'avenir*, VII Congrès International du Notariat Latin, Florence, 30 septembre-6 octobre, 1984, p.365-408.

(90) Cfr. G. MARTY-P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^e éd., t. I Les sources, Paris, 1988, p. 20, 131-170; P. van OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, Introduction, sources des obligations, Bruylant, pp. 245-288.

(91) Léon RAUCENT le disait, les conventions rédigées par les notaires sont appelées à circuler dans « un espace juridique de grande dimension », *Preface*, in *Notariat d'Europe, du Québec et du Zaïre*, vol. I, Bruxelles, 1991, p. 6.

(92) Cfr. J.-L. VAN BOXSTAEL, *Notes de cours*, cit., p. 98.

(93) Cfr. Loi de Ventôse, article 9, § 1^{er}, alinéas 2 et 3; L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 58 : « (...) le notaire n'est subordonné à personne, il n'a d'ordre à recevoir de personne, même pas de tribunaux, il n'est pas soumis à une hiérarchie comme le fonctionnaire. Il est *personnellement* responsable de ses erreurs ». C'est ce qui constitue une caractéristique importante de la profession notariale.

(94) Cfr. C. NOURISSAT, *Les actes authentiques et le Règlement Bruxelles Ibis*, in *Le Nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, sous la direction d'Emmanuel GUINCHARD, Bruylant, 2014, p. 283.

pouvoir sur l'activité du notaire. Car, l'on s'en doute pas, « L'institution notariale n'est donc pas une institution localisée dans l'un ou l'autre pays; ce n'est pas une institution éphémère qui apparaît et disparaît ici et là. C'est au contraire une institution qui se généralise dans l'espace et s'étend progressivement au monde entier » (95). Si cette généralisation, dans le sens de la reconnaissance et de l'exécution, concerne aujourd'hui l'espace européen (96), il pourra intéresser d'autres pays où le notariat latin existe.

Conclusion. Bien qu'elle trouve sa justification immédiate dans la mondialisation qui impose ses règles d'uniformisation de certaines pratiques, la loi congolaise sur la profession notariale plonge ses racines dans le besoin de chaque femme et de chaque homme de contracter, de faire des donations ou des legs. Cette activité a bel et bien des traces dans la tradition congolaise. En effet, bien qu'essentiellement orale, le peuple congolais a toujours recouru à l'activité des notables des villages pour faire des contrats, des donations ou des legs.

Dans ce contexte, la nouvelle loi sera vraiment efficace si elle prolonge la tradition législative coloniale (belge) qui a donné une place de choix au droit coutumier en adaptant au droit écrit certaines de ses exigences surannées. Le notaire qui sera au cœur de la nouvelle révolution juridique subira diverses contraintes. Il ne pourra y résister qu'en étant soutenu à la fois par l'État et par l'Union Internationale du Notariat.

Marcel NDJONDJO,

Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université
catholique du Congo à Kinshasa
Chercheur visiteur à l'UCL

(95) J. DEMBLON, *op. cit.*, p. 3.

(96) Cfr. C. NOURISSAT, *art. cit.*, pp. 281-288.