

Académie royale
des
Sciences coloniales

CLASSE DES SCIENCES MORALES
ET POLITIQUES

Mémoires in-8°. Nouvelle série.
Tome V, fasc. 8 et dernier.

Koninklijke Academie
voor
Koloniale Wetenschappen

KLASSE DER MORELE EN
POLITIEKE WETENSCHAPPEN

Verhandelingen in-8°. Nieuwe reeks.
Boek V, aflev. 8 en laatste.

Essai sur les transformations des coutumes

PAR

Jean SOHIER

SUBSTITUT DU PROCUREUR DU ROI PRÈS LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DU KATANGA



Avenue Marnix, 30
BRUXELLES

Marnixlaan, 30
BRUSSEL

1956

PRIX :
PRIJS: F 80

ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES COLONIALES

MÉMOIRES

KONINKLIJKE ACADEMIE VOOR KOLONIALE
WETENSCHAPPEN

VERHANDELINGEN

TABLE DES MÉMOIRES
CONTENUS DANS LE TOME V

VERHANDELINGEN
BEGREPEN IN BOEK V

1. L'évolution des institutions de prévoyance en matière de pensions de retraite et de survie au Congo belge et au Ruanda-Urundi (40 pages, 1955) ; par E. DORY.
 2. Contribution à l'élaboration d'une doctrine visant à la promotion des indigènes du Congo belge (51 pages, 1955) ; par H. DEPAGE.
 3. Essai sur le statut des indigènes portugais de la Guinée, de l'Angola et du Mozambique (72 pages, 1955) ; par A. DURIEUX.
 4. L'État Indépendant et les terres indigènes (67 pages, 1956) ; par le R. P. E. BOELAERT.
 5. L'indépendance de la magistrature et le statut des magistrats (92 pages, 1956) ; par P. PIRON.
 6. La délinquance juvénile au Congo belge et au Ruanda-Urundi (55 pages, 1956) ; par N. LAUDE.
 7. L'économie de l'U. R. S. S. et les pays sous-développés (47 pages, 1956) ; par A. WAUTERS.
 8. Essai sur les transformations des coutumes (85 pages, 1956) ; par J. SOHIER.
-

ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES COLONIALES

Classe des Sciences morales et politiques

MÉMOIRES

KONINKLIJKE ACADEMIE VOOR KOLONIALE
WETENSCHAPPEN

Klasse der Morele en Politieke Wetenschappen

VERHANDELINGEN

Nouvelle série — Nieuwe reeks

In-8° — V — 1955-1956

Avenue Marnix, 30
BRUXELLES

Marnixlaan, 30
BRUSSEL

1956

IMPRIMERIE J. DUCULOT

S. A.

GEMBOUX

Essai sur les transformations des coutumes

— PAR —

Jean SOHIER

SUBSTITUT DU PROCUREUR DU ROI PRÈS LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DU KATANGA

Mémoire présenté à la séance du 16 juillet 1956.
Rapporteurs: MM. N. DE CLEENE et M. RAË.

Essai sur les transformations des coutumes

AVANT-PROPOS

Invité par l'Institut de Sociologie Solvay à assister le 17 mars 1956 à Bruxelles à un colloque sur la rédaction des coutumes indigènes, frappé par le fait que la communication de M. le Professeur J. POIRIER de Paris, paraphrasant la recommandation 58 de la Section 5 de la Conférence Interafricaine tenue du 23 août au 3 septembre 1955 à Bukavu ⁽¹⁾, abordait, comme il va de soi, le problème de l'évolution des coutumes à propos de leur rédaction, nous décidâmes, comme préparation à ce colloque, d'évoquer à notre esprit quelques cas vécus de transformations des coutumes.

Cette revue se mua en méditation, les exemples discernés se rangèrent d'eux-mêmes en divers types. Le présent essai est la suite de ces réflexions. Bien que des lectures et recherches de références ultérieures aient enrichi notre exposé, le plan est demeuré intact. Le lecteur voudra bien nous en excuser : si la logique y perd, le réalisme du raisonnement y gagne.

Les transformations des coutumes ont déjà fait l'objet de remarquables analyses. Citons, par exemple, les pages 9 à 27 du *Traité élémentaire de Droit coutumier du Congo belge* par M. Antoine SOHIER ⁽²⁾. Nous ne désirons pas doubler ces études menées par plus compétents que nous,

⁽¹⁾ Voir le texte de ce vœu au *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer (J. T. O.)*, Maison Larcier, Bruxelles, 1955, page 153.

⁽²⁾ Maison Larcier, Bruxelles, 1954.

mais, abordant le problème par un biais nouveau, nous espérons que quelques remarques que nous pourrons formuler à ce sujet l'éclaireront d'un jour inédit.

Ces conclusions résulteront de façon naturelle de notre analyse des processus de transformations de la coutume. Notre propos n'est en tout cas pas de dire dans quel sens nous souhaiterions voir se diriger la coutume, comme d'aucuns l'ont déjà fait avec pertinence (1).

Notre étude se composera de trois parties :

- I) Facteurs internes de transformations des coutumes ;
- II) Facteurs externes de transformations des coutumes ;
- III) Conclusions.

Chacune de ces parties sera subdivisée en sous-titres numérotés.

I. Facteurs internes de transformations des coutumes.

1) APPLICATION D'UN PRINCIPE ANCIEN A UN FAIT NOUVEAU.

Dans le recueil récent de jurisprudence (2), nous avons pointé sous la rubrique « déclarations frauduleuses », un jugement du Tribunal de Territoire de Léopoldville n° 5.685 du 4 mars 1955. Un homme adultère avait fait

(1) Voir entre autres : V. DEVAUX, Essai critique sur la situation juridique des indigènes au Congo belge, au *Bulletin des Juridictions Indigènes et du Droit Coutumier Congolais (B.J.I.)*, Sociétés d'Études Juridiques, Elisabethville, 1938, page 198 ; A. SOHIER, Le droit coutumier du Congo belge, *J. T. O.*, 1955, page 101 ; G. LAFONTAINE, L'évolution juridique de la société indigène, *J.T.O.*, 1955, page 114 et *B.J.I.*, 1956, page 157.

(2) Élément de jurisprudence des tribunaux indigènes de Léopoldville (*Jur. Léo*), édité en janvier 1956 à Léopoldville par M. M. PETIT.

état d'un jugement (la pièce fausse), d'après lequel il était divorcé : il s'agissait de savoir si la coutume pouvait sanctionner pénalement un faux en écritures et son usage. Pour justifier une condamnation, le jugement recourt à l'argumentation suivante :

« Attendu, quant aux manœuvres frauduleuses du mari, que la coutume ne pouvait connaître l'infraction de faux en écriture ;

Que pas plus elle ne sanctionnait le mensonge du prévenu, proféré en vue d'obtenir son acquittement ;

Que cependant les fausses déclarations se rapportent non pas à la question de l'adultère, mais à son état-civil, lequel en fait, conditionnait l'établissement de la prévention ;

Que par ses agissements, le demandeur ne permettait plus au tribunal de statuer sur le litige dont ce dernier avait été saisi ;

Qu'il s'agit en l'espèce d'une infraction distincte, prévue et sanctionnée par la coutume ».

En note, M. PETIT fait remarquer :

« Le juge eût été sur un terrain plus solide si, au lieu de fausses déclarations, il avait fait état de manœuvres frauduleuses. On peut concevoir que la manœuvre contenue dans le faux en écritures puisse avoir eu un correspondant antique, par exemple la destruction de preuves coutumières matérielles, faite dans l'intention de se procurer un avantage illicite ou de priver un tiers d'un droit acquis. Ce qui était certainement punissable ».

Cet exemple nous paraît une excellente base de départ pour une étude des processus de développement du droit coutumier.

Nous ne pouvons nous dissimuler que la tranquille assurance avec laquelle les juges les plus traditionnels n'hésitent pas à punir le faux en écritures nous met mal à l'aise et combien d'administrateurs ou magistrats en inspection et tombés sur un cas d'espèce n'ont pas été partagés entre la tendance à approuver une sanction réclamée, somme toute, par l'ordre social et celle à dénoncer ce qui paraît un abus de pouvoir de la part des juges ?

Malgré ces réticences, certaines décisions de Juridictions Indigènes punissant le faux ont été publiées.

M. F. GRÉVISSE, dans son étude sur le droit coutumier des Bayeke ⁽¹⁾, cite deux jugements du tribunal principal de Bunkeya, l'un, dont le numéro n'est pas noté, de 1933, l'autre, le n° 177 de 1934. Les juges n'ont pas dû se montrer, dans leur motivation, très explicites sur la base coutumière de l'infraction, car le commentateur écrit à ce propos :

« Il est d'autres infractions que la coutume ne connaît que depuis peu d'années... On pourrait discuter à perte de vue la question suivante : les juges ont-ils au sujet de la répression de ces infractions une conception originale ou bien leurs sentences s'inspirent-elles des principes de notre code pénal » ?

Dans le *Bulletin de Jurisprudence des Tribunaux Indigènes du Ruanda-Urundi* ⁽²⁾, a paru un jugement du 26 mai 1950 du Tribunal de Territoire de Kigali, prononçant une condamnation pénale pour faux en écritures. Le commentateur autochtone estime que le tribunal pouvait se saisir de cette infraction, car la peine prévue pour elle au Code Pénal ne dépasse pas 5 ans de Servitude Pénale Principale, mais ne s'est même pas posé la question de savoir si cette infraction pouvait également être coutumière. Il semble résulter de la rédaction des notices et de la note que l'infraction de faux et l'infraction coutumière classique d'action téméraire et vexatoire s'imbriquent l'une l'autre.

Il pourrait paraître que les hésitations manifestées par les juges et le commentateur de Léopoldville à intégrer le faux en écritures dans la coutume proviennent d'une conception imparfaite de celle-ci, la fameuse définition de la coutume en Europe occidentale : un usage ancien, généralement pratiqué et devenu obligatoire,

⁽¹⁾ *B.J.I.*, 1938, page 208.

⁽²⁾ *B.R.U.*, Groupe Scolaire d'Astrida, n° 10, 1952, p. 541.

conception qui se déduirait du passage des verbes de l'imparfait aux deux premiers attendus reproduits, au présent dans le dernier de la série. Il suffit de parcourir la brochure dont ce jugement est extrait, pour se rendre compte que la formation des juges et de leur commentateur exclut cette interprétation.

La coutume dans son état antérieur à l'influence profonde de la colonisation, formaliste qu'elle était, dont le système des preuves et procédures était basé sur un ensemble de rites, titres et témoignages qui liaient les parties et témoins dans un réseau serré à base d'allégeance et de bonne foi, ne pouvait que sanctionner pénalement les agissements qui sapaient cet édifice juridique, les infractions contre la foi publique.

A notre connaissance, jamais personne n'a contesté que la preuve littérale s'est intégrée dans le système général des preuves du droit coutumier. Si certains parlent de « coutume évoluée » à ce propos ⁽¹⁾, nous pensons qu'il s'agit là d'une conception européenne tenant à souligner une rétrospective historique.

Tout naturellement, lorsque l'écriture a pris place dans le corps des preuves coutumières, le faux en écritures, en vertu des principes mêmes de la coutume en matière de preuves, par le mécanisme interne des virtualités du droit, devenait une infraction coutumière comme le faux serment ou le faux témoignage d'un témoin rituel.

D'où provient alors ce malaise éprouvé devant l'infraction « coutumière » de faux en écritures ? Fondamentalement, bien que souvent de manière inconsciente, par le respect du principe qu'exprime l'adage *nulla poena sine lege*. Nous en avons déjà étudié la portée en droit pénal coutumier congolais ⁽²⁾. Le terme *lege* de

(1) Par exemple, le jugement du Tribunal de Territoire de Léopoldville n° 7.495 du 13 décembre 1955, *Jur. Léo*, v° preuve I.

(2) Du principe légaliste en droit pénal coutumier congolais, *B.J.I.*, 1951, p. 14. Voir aussi Parquet de Jadotville, 18 mars 1953, *J. T. O.*, 1954, p. 120.

l'adage doit être entendu plutôt dans le sens de l'anglais *law* ⁽¹⁾ que dans celui du français *loi*, texte écrit régulièrement promulgué. Il est bien entendu que pour maints juristes de l'Europe continentale, faute de concevoir le mécanisme d'un droit coutumier, nous nous trouvons devant une création arbitraire des tribunaux. Ceci d'autant plus que les pénalistes poussaient le souci des droits de la défense jusqu'à poser la règle de l'interprétation strictissime des lois pénales ⁽²⁾.

En fait, pourtant, la jurisprudence européenne ne s'est pas laissé entraîner si loin : nous en trouvons un exemple, précisément en matière de faux en écritures, en France, où est puni le faux télégraphique émis selon une technique à laquelle le législateur ne pouvait songer au moment de l'élaboration du code pénal ⁽³⁾. La doctrine récente reconnaît l'autonomie d'une certaine interprétation en droit pénal ⁽⁴⁾. Nous nous excusons d'insister sur ce point, mais tant de gens ont au Congo une idée mécaniciste du droit écrit occidental que nous ne croyons pas inutile de livrer à leurs réflexions, puisés dans le plus récent traité de droit pénal belge ⁽⁵⁾, les en-têtes suivants : « correctifs résultant de l'interprétation évolutive » ⁽⁶⁾, « l'application évolutive ou progressive » ⁽⁷⁾. Or nous nous trouvons en droit pénal où joue le principe légaliste et où le juge acquitte le prévenu, n'étant pas,

(1) Droit ; par exemple, *customary law*, droit coutumier.

(2) Voir, par exemple, la locution citée par A. BRAAS : « Tout est de droit étroit, en effet, en matière pénale » ; Précis de droit pénal, p. 60 de l'édition de 1936, H. Vaillant-Carmane, Liège, et Bruylant, Bruxelles.

(3) Voir, par exemple, E. GARÇON, Code pénal annoté, II^e édition, 1952, Tome I, p. 537, n^o 87 et suivants, Sirey, Paris.

(4) P. E. TROUSSE, L'interprétation des lois pénales, *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, 1952-1953, p. 411.

(5) P. E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, volume I, collection des Nouvelles, Larcier, Bruxelles, 1956.

(6) N^o 543, p. 138.

(7) N^o 560, p. 142.

comme en droit civil, obligé de combler parfois les lacunes de la législation.

Il existe en droit coutumier, comme l'explique M. PETIT ⁽¹⁾, comme l'exprime le jugement de Kigali ⁽²⁾, une répression nettement caractérisée de la violation de la foi publique. Nous saurions réduire cette infraction en une formule de portée générale bien que précise, même si les indigènes eux-mêmes ne l'ont pas toujours dégagée clairement et laissent la jurisprudence l'explicitier dans les cas particuliers d'application.

Dans semblables condamnations pour faux en écritures, infraction pénale coutumière, le principe légaliste a été respecté : le droit avait prévu le cas au moment de la perpétration de l'infraction et le prévenu devait savoir qu'il violait l'ordre coutumier et sa loi pénale ⁽³⁾.

Notre exposé semble avoir dévié, mais il était utile de s'attarder au début. Nous avons compris combien la transformation du droit peut être un phénomène complexe, comment nous voyons le droit indigène à travers notre formation et aussi comme le droit coutumier se rattache au droit universel et se développe selon des processus identiques à lui.

Et nous pouvons déjà dégager une des façons dont se manifeste le pouvoir évolutif de la coutume : elle puise, sans les trahir, dans l'arsenal de ses dispositions antérieures, la parade à un mal social inédit.

* * *

Pour mieux nous faire comprendre, prenons un autre exemple : l'accident de roulage.

(1) Voir [p. 4, note 2] (*).

(2) Voir [p. 6, note 2].

(3) Comparez avec la formule relative aux limites de l'interprétation extensive du droit pénal écrit, reprise dans le n° 551, p. 141, de l'ouvrage cité [p. 8, note 5].

(*) Les références entre [] renvoient aux pages et notes de la présente étude.

Le R. P. L. DE SOUSBERGHE, dans une remarquable étude ⁽¹⁾ que nous avons déjà partiellement commentée ⁽²⁾, écrit avec ironie, page 353 :

« On invoque les *nsiku ia bambuta* (kikongo) ou *shigo ia malemba* (kipende) « coutumes des anciens » en matière d'accidents de vélo... »

D'autre part, nous lisons sous le jugement d'une juridiction indigène ⁽³⁾ relatif à un accrochage de bicyclettes ayant entraîné des dégâts matériels, le commentaire suivant :

« Il s'agit d'une affaire dont la matérialité n'est pas prévue par la coutume qui ne connaît que la circulation pédestre. Aussi bien demandeur que défendeur se basent sur les prescriptions de la police de roulage... sonner en cas de rencontre... tenir sa droite... Cela pour expliquer les causes de l'accident. La coutume ne reprend que le fond de l'affaire à dire : « en cas d'accident des D.I. sont à payer par celui qui a été en défaut » ⁽⁴⁾.

Le code de roulage écrit est non coutumier et ne peut être sanctionné pénalement par un tribunal indigène. Cependant, le quasi-délit existe en droit coutumier, comme l'infraction de coups et blessures involontaires. Le tribunal indigène régulièrement saisi de l'affaire peut accorder à la victime la réparation des dommages qu'elle a subis et condamner pénalement l'auteur de blessures, et ceci en vertu de la coutume immémoriale, même si la faute génératrice de la responsabilité dérive, dans des circonstances matérielles nouvelles, de l'inobservation d'une réglementation non coutumière. Circonstances matérielles nouvelles : en Europe aussi, les tri-

⁽¹⁾ L'étude du droit coutumier indigène, revue *Zaire*, Bruxelles, avril 1955, p. 339.

⁽²⁾ Le droit coutumier congolais, *J. T. O.*, 1955, p. 173 ; Réflexions d'un juriste, *B.J.I.*, 1955, p. 108.

⁽³⁾ Jugement du 19 mars 1952 du Tribunal de Secteur des Bena Mukuna Sud, *B.J.I.*, 1953, p. 43.

⁽⁴⁾ La phrase est extraite de la motivation du jugement.

bunaux condamnent des automobilistes en vertu de textes, du code civil ou du code pénal, antérieurs à l'invention de l'automobile. Comme nous voyons en Europe des tribunaux statuer au civil en se basant sur une infraction pénale qu'ils ne sont pas appelés à sanctionner en tant que telle, et qui ne le sera peut-être jamais. Remarquons, d'ailleurs, qu'une juridiction européenne congolaise saisie d'un accident de roulage, pourrait, après le prononcé d'une sanction pénale, renvoyer à la juridiction indigène la connaissance de la réparation civile du dommage causé par l'infraction.

Bien entendu, le tribunal devrait se déclarer incompetent s'il est amené à devoir directement appliquer le texte législatif écrit, par exemple ici le code de roulage, qui échappe à sa compétence. Mais nous ne croyons pas qu'il soit obligé de le faire chaque fois qu'il se trouve dans des matières coutumières indirectement altérées ou commandées par la loi écrite ; la situation serait bientôt inextricable : c'est que la vie d'une société, celle d'un homme, dans leur diversité, sont unes et il est souvent impossible d'y distinguer dans leur pureté les catégories créées par notre esprit dans sa recherche de la réalité sociale, de la réalité humaine. Nous pouvons dire que dans leur adaptation réciproque aux phénomènes sociaux, le droit coutumier et le droit écrit se sont, sous un certain angle, intégrés l'un dans l'autre, sans avoir, pour autant, modifié leurs natures fondamentales.

Écarter de l'empire du droit coutumier tout litige dans lequel interviendrait un objet matériel moderne, vélo, souliers, machines à coudre, etc..., est une absurdité à laquelle personne ne souscrirait : s'il s'agit de limiter le droit coutumier à une société antérieure aux voyages de STANLEY, autant l'abolir, cette société a disparu et ne renaîtra plus. Ceci est l'évidence, mais en présence d'un cas concret il peut arriver à quiconque d'hésiter,

même à celui qui s'est débarrassé d'une attitude de mépris humoristique qui déforme tant l'esprit quand on aborde le droit coutumier.

L'exemple que nous venons d'analyser montre aussi que le fait nouveau auquel les principes traditionnels de la coutume sont appelés à s'appliquer, peut résulter d'une loi. Nous y reviendrons lorsque nous étudierons les facteurs externes de transformation de la coutume.

* * *

Une vision par trop historique du droit coutumier peut parfois aboutir à des résultats absolument inattendus, tel cet autre exemple ⁽¹⁾ d'application d'un principe traditionnel à une situation nouvelle : la décision déclare libérées de l'union matrimoniale les femmes qu'un chef relégué, grand polygame, n'a pu emmener avec lui dans sa retraite, car, dit-elle assez naïvement, jadis lorsqu'un chef était chassé et abandonnait ses épouses dans sa fuite, elles faisaient partie du butin du vainqueur.

* * *

Mais nous croyons le moment venu d'analyser plus avant le procédé par lequel les juges peuvent en arriver à dégager le droit.

Le R. P. L. DE SOUSBERGHE, dans l'article que nous avons déjà cité ⁽²⁾, écrit aux pages 353 et 354 :

« La coutume n'est pas nécessairement immémoriale, il s'en crée facilement et rapidement de nouvelles ; il suffit de quelques précédents pour qu'il y ait coutume ».

⁽¹⁾ Tribunal de Territoire de Kongolo, 27 octobre 1949, *J.T.O.*, 1953, p. 15, avec note.

⁽²⁾ Voir [p. 10, n. 1].

Et l'auteur de citer l'exemple de l'accident de vélo que nous avons déjà repris. Il en est de même d'ailleurs en matière de dot où la coutume est fort diversifiée et localisée. Le juriste indigène, d'après l'auteur, agit d'abord, puis seulement cherche à justifier ses actes en formulant des règles. Ces principes sont très généraux et il s'efforce d'y mettre toute sa sagesse.

« La maxime reste la même alors que la coutume évolue à la fois dans le temps et dans l'espace ; elle ne donne au juge qu'une directive générale d'ordre moral. Ainsi jamais, à notre connaissance, un changement de la coutume (ce qui est fréquent) ne se trahira par une formule devenue périmée, mais témoignant encore de l'ancienne règle juridique, ou par la nécessité de modifier une formule qui n'est plus adaptée à la coutume actuelle. Celle-ci évolue et se modifie sous le patronage invariable des mêmes hautes maximes ».

Et l'auteur en tire entre autres conclusions que « ce qu'on appelle « droit coutumier indigène » ressemble si peu et si loin à ce que nous appelons droit..., est si loin de la précision à laquelle un juriste a été formé... » qu'il ressortit plutôt de l'ethnologie que du droit.

Dans la suite de notre exposé, nous aurons encore l'occasion de rencontrer la théorie que nous venons d'exposer. Mais dès à présent il nous est possible en la critiquant d'éclairer la façon dont le juge coutumier en arrive à appliquer à des faits nouveaux des principes anciens.

Nous ne comprenons pas bien en quoi le R. P. L. DE SOUSBERGHE établit la différence entre les procédés du juriste africain et ceux de l'Européen. N'ayant qu'une formation juridique scolaire, l'auteur n'a sans doute pas saisi exactement ce qui se passe en pratique.

Nous croyons bien avoir montré que les deux exemples sur lesquels nous nous sommes étendus, faux en écritures, accident de vélo, celui-ci illustrant l'exposé du R. P. L. DE SOUSBERGHE, loin d'être des caricatures pseudo-coutumières, dérivent de principes communs à tous les droits, même les plus rudimentaires : le quasi-délit,

la répression des lésions corporelles, la protection de la foi publique.

Ils nous viennent, en droit européen, de la nuit des temps. Bien entendu ils ont été coulés en formule brèves, surtout dans un but de respect des droits de la défense en matière pénale, et ceci est avant tout vrai pour les infractions contre la foi publique, car les textes sur le quasi-délit et les coups et blessures involontaires sont fort généraux. Il n'en reste pas moins que tout le progrès dans l'incarnation de ces notions dans la réalité concrète, ces théories hardies à la pointe de la science juridique actuelle, et précisément le faux en écritures et le quasi-délit font partie de ces matières d'avant-garde, se débattent, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, à coups de sentences latines de haute sagesse, d'analyses délicates de formules millénaires. Les exemples abondent tant qu'il est inutile d'en citer nommément : que le juriste ouvre les traités les plus récents de droit civil et la collection d'une publication comme la *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*.

Tout se passe, malgré les codifications, comme si le droit romain, en théorie d'ailleurs identique à lui-même de la loi des XII tables à Justinien, et même jusqu'au XIX^e siècle germanique, régissait encore notre droit positif européen.

En réalité, les juristes noirs décrits par le R. P. DE SOUSBERGHE utilisent un procédé de prise de conscience juridique on ne peut plus classique. Cette identité fondamentale entre son système d'interprétation et celui de l'Africain, est peut-être plus rapidement saisie par un juriste anglo-saxon, car, sur le continent, nous restons, malgré tout, fascinés par cette fleur de logique du XVIII^e siècle que représentent nos codes, sans nous rendre compte de notre réelle tournure de pensée en abordant les problèmes juridiques. A côté de quelques principes généraux de base, combien de nos textes légaux ne sont

que l'expression concise de solutions jurisprudentielles banales et indiscutées dans la société qui fait œuvre de codification. Avec le changement des structures de la société, nous constatons que des chapitres entiers des codes sont tombés en fait en désuétude ⁽¹⁾, tandis que la jurisprudence et la doctrine traitent des articles, en apparence identiques, les uns comme des applications secondaires, parfois même facultatives, de préceptes généraux contenus dans les autres.

* * *

Le fait nouveau que la coutume, en vertu de ses principes anciens, assimile, peut se révéler un corps étranger. La nouveauté sociale absorbée peut développer un rameau juridique qui, à la longue, devient plus important que la maîtresse branche.

Il est certain que la liberté accordée par la coutume à l'intérieur de l'institution du mariage aux modalités contractuelles, a intégré, sans violation des principes coutumiers de base, le mariage religieux dans la coutume. Plus encore jadis qu'aujourd'hui, le droit coutumier multipliait les coutumes spécifiques de classe ou de secte. C'est ce qu'exprime très bien un jugement ⁽²⁾ qui met en parallèle l'institution du *lusabo* et le mariage religieux. Les règles spéciales applicables aux chrétiens à l'intérieur de la coutume ont un fondement coutumier ⁽³⁾, bien que cela puisse choquer nos conceptions napoléoniennes du droit.

Il n'en demeure pas moins que ce mariage religieux

(1) Citons dans le code civil pour la Belgique, les art. 551 et suivants ; tout le régime dotal ; les art. 1.800 et suivants.

(2) Tribunal de Territoire d'Ankoro n° 100 du 29 octobre 1934 ; *B.J.I.*, 1939, p. 95.

(3) Lire à ce sujet : M. PETIT, Le mariage religieux au Congo belge, *J.T.O.*, 1956, p. 33 et Le tribunal indigène a-t-il le pouvoir de prononcer un divorce dans un mariage religieux ?, *J.T.O.*, 1953, p. 109.

étend un rameau autonome du droit matrimonial qui comprend bientôt, après les hésitations et retours propres à toute branche nouvelle, un ensemble de règles exprimées par la jurisprudence.

Ce droit nouveau, propre à une catégorie sociale, peut s'épanouir à un tel point qu'il envahit des secteurs annexes, son dynamisme interne est susceptible de faire éclore des principes incompatibles avec l'équilibre antérieur du droit coutumier qu'il finit par bouleverser : c'est ce qui s'est produit dans les régions négro-africaines islamisées ⁽¹⁾.

Cette espèce de cancer juridique se manifesterà, peut-être, avec la christianisation, bien que jusqu'à présent, le christianisme, dans ses fondements, ait correspondu à l'évolution de la société indigène et à l'épanouissement de la notion de l'ordre public.

Cette évolution, cependant, s'accomplira par étapes, sans altération fondamentale apparente du droit, sans révolution en un mot, tout un secteur du droit ayant insensiblement été remplacé. Les principes de base n'auront pas été modifiés, mais bien l'essentiel des principes d'application tombés en désuétude. Le R. P. DE SOUSBERGHE, malgré son affirmation à ce propos que nous avons reproduite plus haut, la fait suivre d'un exemple de pareille désincarnation. Mais, en théorie, le droit sera demeuré identique à lui-même.

Notons ici comme ce phénomène peut être complexe, il est incontestable que l'incorporation d'une nouvelle branche du droit peut amener des créations de toutes pièces, tel est le cas, affirment certains ⁽²⁾, pour la pension

⁽¹⁾ Voir, entre autres, A. SOHIER, *Des Islamisés*, *J. T. O.*, 1955, p. 138.

⁽²⁾ Jugement du tribunal de Territoire de Léopoldville du 26 juin 1954, *J. T. O.*, 1955, p. 63 et F. GRÉVISSE, *Le centre extra-coutumier d'Élisabethville (C. E. C. Ev.)*, *Bulletin Trimestriel du Centre d'Études des Problèmes Sociaux Indigènes, C.E.P.S.I.*, Élisabethville, n° 15, 1951, idem, *Collection des Mémoires de l'Institut Royal Colonial Belge*, Bruxelles, même année, T. XXI, commentaires des jugements du Tribunal de Centre d'Élisabethville, affaire numéro non noté p. 219, n° 13.725, p. 222 et 13.207, p. 229.

alimentaire et la séparation de corps. Cependant, même en pareils cas, l'analyse juridique trouve une justification coutumière traditionnelle à ces innovations (1).

2) ADOPTION DE RÈGLES NOUVELLES SUITE A DES
MODIFICATIONS EXTÉRIEURES D'UNE SITUATION
TRADITIONNELLE.

Le travail jurisprudentiel d'adaptation de la coutume aux nécessités sociales peut substituer en certaines matières l'exception d'application au principe et vice-versa.

Ce phénomène s'observe au Katanga à propos du contrat de vente.

Le principe fondamental en matière de contrats, valable comme ailleurs en droit coutumier bantou, et il peut être exprimé de façon plus ou moins explicite selon les endroits, est celui de l'autonomie des volontés. Ces volontés sont cependant présumées *juris tantum* dans un certain nombre de types de contrats.

Pour la vente, cette présomption en droit européen place sa perfection au moment de l'accord entre parties, en droit coutumier au Katanga, au moment de l'exécution des ultimes obligations des contractants.

Il est évident que le principe européen correspond mieux aux nécessités économiques actuelles. Aussi voyons-nous nettement la jurisprudence hésiter dans sa suprématie à la volonté exprimée par les parties au moment de la passation de la vente. Peu à peu, on en arrive au renversement de la présomption coutumière ancienne au profit d'une conception semblable à celle du droit occidental (2).

(1) Notre note sous le jugement du 3 juillet 1953 du Tribunal principal du Secteur des Basanga, *J.T.O.*, 1954, p. 38 et *C.E.C. Ev. affaires* 13.725, p. 222 et 13.207, p. 229.

(2) Voir GRÉVISSE, *op. cit.*, [p. 6, note 1], *B. J. I.*, 1937, p. 133 a) *vente*; Tri-

Notons en passant une inexactitude fort courante à ce sujet : certains, admettant, par exemple, que des commerçants réguliers doivent avoir abandonné l'ancienne conception dans les contrats qui les lient entre eux, parlent de « coutume évoluée », alors qu'il s'agit plutôt d'une coutume d'une certaine catégorie d'évolués.

* * *

A qui pourrait s'étonner de cette évolution de la coutume alors qu'elle prétend rester semblable à elle-même, nous pourrions renvoyer à la transformation subie par le droit belge sans changement de textes régissant certaines matières : à moins d'un siècle de distance, LAURENT, en droit civil, est devenu souvent inutilisable, NYPELS et SERVAIS, dans leurs anciennes éditions, ou HAUS, en droit pénal, par larges pans, totalement dépassés. Et pourtant, la communauté métropolitaine a moins changé pendant cette période que la société congolaise depuis vingt-cinq ans.

* * *

A côté, disions-nous, de l'évolution qui peut résulter de l'obligation pour le droit de résoudre par des principes anciens des problèmes nouveaux, nous trouvons une seconde cause de transformation de la coutume : sous la pression de nouvelles conditions de vie imposées à la société, l'abandon des solutions incompatibles avec les données matérielles actuelles.

Déterminons quelques autres exemples.

Voisin de celui de la vente : le tribunal de Territoire

bunal de Parquet du Haut Katanga n° 579 du 20 mars 1939, *B. J. I.*, 1939, p. 189; Tribunal de Centre de Jadotville, 11 septembre 1950, *J. T. O.*, 1952, p. 51 avec note. Le principe traditionnel katangais, s'il semble se retrouver au Kasai, Tribunal du Secteur des Baluba du Lubilash, 20 février 1952, *B. J. I.*, 1955, p. 130, paraît ignoré au Kivu : Tribunal de Centre de Bukavu, 6 mai 1955, *B. J. I.*, 1955, p. 152.

d'Élisabethville ⁽¹⁾ analyse un contrat d'association commerciale entre un oncle et un neveu avec mise de fonds de la part du « père » ; en principe, dans la coutume, la totalité des bénéfices réalisés par le puîné revient à l'aîné ; cependant, la décision judiciaire s'écarte de ce principe et voit dans ce contrat passé dans un centre une participation commerciale où la part de l'oncle paraît, pourtant, plus importante qu'elle ne le serait en droit européen. Qui ne voit que pareil changement dicté par l'économie, n'atteint à la racine la vie de la parentèle ?

Emprunt d'un vélo et détérioration par l'emprunteur : en principe, celui-ci devrait réparer la machine, mais sur le plan local, les délais sont exorbitants ; en conséquence, il paiera le prix du cycle au prêteur et en deviendra propriétaire ⁽²⁾.

En matière dotale : en principe ne font partie de la dot que des animaux vivants ; en sont exclues les bêtes sacrifiées et consommées aux divers repas matrimoniaux. Cependant un tribunal ⁽³⁾ décide que l'impossibilité pratique, suite à des règlements vétérinaires, pour le marié d'introduire des animaux vivants en ville où réside l'ayant droit de son épouse, confère un caractère dotal au bétail sacrifié, malgré la volonté initiale du futur, et offert au beau-père selon le cérémonial de la remise de bêtes en vie.

D'une façon d'ailleurs plus générale, dans toute l'Afrique noire, et les réactions chez nos voisins britanniques et français sont parallèles aux nôtres, l'introduction de la monnaie, la disparition de certaines valeurs traditionnelles, les esclaves par exemple, ont bouleversé

⁽¹⁾ Jugement du 3 mars 1949, *B.J.I.*, 1950, p. 371 avec note.

⁽²⁾ Tribunal de Chefferie de Piani-Tshungu, jugement n° 209, *B.J.I.*, 1933, p. 118 avec note.

⁽³⁾ Parquet du Haut-Katanga n° 1.854 du 12 mars 1952, *B.J.I.*, 1952, p. 303, *J.T.O.*, 1952, p. 158.

plusieurs secteurs de la coutume, entraînant entre autres une certaine monétisation, si souvent déplorable, de la dot. C'est ce que souligne très bien un jugement ⁽¹⁾ qui constate en certains endroits la substitution d'une pièce d'un franc à la flèche dite *muketo*.

Au point de vue foncier, les méthodes culturelles nouvelles, la surpopulation aussi, favorisent le passage de la propriété clanique au système de la tenure étatique ⁽²⁾.

L'urbanisation, les transferts de populations sur de grandes distances, entravent le jeu normal de certaines procédures. Ainsi chez les baLuba du Katanga, le prologue de la procédure en divorce consiste pour le mari à « planter sa flèche » devant son beau-père. Cette procédure très intéressante et bien adaptée au milieu, devient inexécutable dans certaines conditions matérielles contemporaines. D'une façon toute spontanée, nous voyons s'établir une seconde procédure : le renvoi à son ayant droit de la femme munie d'une « lettre de répudiation » ⁽³⁾. Certains tribunaux réagissent contre cette innovation ⁽⁴⁾, d'une façon assez vaine à notre sens, car d'autres juridictions l'entérinent ⁽⁵⁾.

* * *

Remarquons que dans le processus de transformation de la coutume que nous analysons, comme dans le pre-

⁽¹⁾ Tribunal de Centre de Mitwaba n° 831 du 11 novembre 1950, *B.J.I.*, 1954, p. 202.

⁽²⁾ Voir G. LAFONTAINE, *L'évolution juridique de la société indigène*, II, *Évolution du droit foncier*, *J.T.O.*, 1955, p. 114 et notre article A propos de la propriété foncière en droit coutumier, *J.T.O.*, 1953, p. 180.

⁽³⁾ Expression d'ailleurs incorrecte, car il ne s'agit que d'une procédure préliminaire au débat de divorce.

⁽⁴⁾ Territoire d'Ankoro, jugement n° 216 du 3 novembre 1935, *B.J.I.*, 1938, p. 292 et aussi *a contrario* le jugement du tribunal de Territoire de Mwanza n° 16, 1933, *B.J.I.*, 1935, p. 56, cité par LANFANT dans son étude sur Le droit coutumier des baLuba de Mulongo.

⁽⁵⁾ Centre Mitwaba n° 831 du 11 novembre 1950, *B.J.I.*, 1954, p. 202 et SIPS, Les Balumbu du Sud, *B.J.I.*, 1934, p. 167, n° 13, note.

mier, l'orientation du droit, son idéologie, pourrait-on dire, reste la même, initialement du moins ; les changements s'opèrent presque sous une pression mécanique, seules les conditions matérielles externes ont amené les modifications dans l'expression du droit. A la longue cependant, elles sont susceptibles d'altérer profondément le droit.

De plus, la jurisprudence se voit acculée à édifier des constructions juridiques nouvelles.

3) CRÉATION JURISPRUDENTIELLE, RÉPONSE A UN BESOIN NOUVEAU.

Passons en revue quelques cas de créations jurisprudentielles.

Pressées par la nécessité, les juridictions indigènes se sont trouvées dans l'obligation d'organiser la preuve scripturaire, principalement là où elle devait revêtir une forme para-authentique. Nous ne parlons pas ici de l'intégration de l'écriture au système général coutumier des preuves qui elle ressort d'un processus d'assimilation en vertu des principes traditionnels.

Les exemples de ce genre sont multiples, notamment tous les cas où les greffes se sont institués en office notarial et les procédures de juridiction gracieuse qui ne constituent, au fond, que l'enregistrement d'un droit ⁽¹⁾.

Il arrive que le Législateur lui-même y pousse les Juridictions Indigènes ⁽²⁾, par une intervention mécanique extérieure.

M. P. DEBATTY ⁽³⁾ nous donne un excellent exemple

⁽¹⁾ Voir, entre autres, Centre Bukavu, 2 mai 1955 et 3 mai 1955, *J.T.O.*, 1955, p. 152 avec notes.

⁽²⁾ Voir tribunal de Territoire de Léopoldville, 24 mai 1955, *J.T.O.*, 1956, p. 29 avec note et notre note sous le jugement du tribunal de Centre de Jadotville, n° 1.262 du 1 septembre 1950, *B.J.I.*, 1954, p. 181.

⁽³⁾ Les testaments. Évolution de la coutume en région de Costermansville, *B.J.I.*, 1955, p. 25.

de la complexité que peut revêtir ce phénomène et nous montre l'adaptation du testament traditionnel à la forme écrite, homologuée par le tribunal, combinée et entraînée dans le sillage d'un changement de l'opinion publique quant au fond de la matière, dans le sens d'une plus grande liberté accordée au testateur.

Mais plus curieuses sans doute, encore, sont en matières de contrats visant le bétail ou la terre, les coutumes qui en exigent l'enregistrement. Ces contrats, importants dans la société indigène, requéraient jadis une solennité. Nous voyons un jugement ⁽¹⁾ exiger l'enregistrement d'une vente de gros bétail sous peine d'invalidation. Jurisprudence analogue au point de vue foncier ⁽²⁾. Dans les grands centres du Sud-Katanga, cet enregistrement des mutations foncières ne s'effectue pas aux greffes, mais au bureau administratif institué par les autorités européennes pour contrôler les mutations terriennes et l'activité des logeurs ⁽³⁾. Cette jurisprudence, œuvre spontanée des juges indigènes, aboutit de façon assez inattendue à la mise sur pied d'un système parent de celui de l'« acte de Torrens » qui régit, au Congo, le droit foncier écrit.

Ne voyons pas, pourtant, partout des créations nouvelles : un jugement récent ⁽⁴⁾ parle, à propos de la preuve littérale, de la coutume évoluée régissant celle-ci, alors qu'il se base sur la convention des parties à ce sujet.

⁽¹⁾ Tribunal de Territoire de Ruyigi, 4 juin 1945, *B.J.I.*, 1949, p. 99 reprenant des extraits du *B.R.U.*

⁽²⁾ Territoire Ruhengeri, 20 février 1945, *B.J.I.*, 1950, p. 378 avec note, *B.R.U.*, n° 4, 1947, p. 318 et Territoire Kabare jugement n° 2 du 27 novembre 1950, *B.J.I.*, 1952, p. 304.

⁽³⁾ Voir GRÉVISSSE, *C.E.C. Ev.*, p. 238 et suivantes. Les cas qu'il cite peuvent se comprendre autrement que par « le profond désarroi des indigènes en face de la propriété des immeubles ». Ils s'éclairent en les expliquant comme nous le faisons. Comparez avec le jugement du tribunal de Territoire d'Élisabethville du 14 juillet 1949, *B.J.I.*, 1951, p. 23.

⁽⁴⁾ Tribunal de Territoire de Léopoldville n° 7.495 du 13 décembre 1955, *Jur. Léo, verbo* preuve II.

Un autre exemple du processus que nous analysons peut être trouvé dans la mise sur pied d'un droit des locations de logements dans les grands centres (1). Notons qu'en pareilles matières contractuelles, les juges s'inspirent, cependant, des usages (*customs*) qui se sont peu à peu instaurés.

Un jugement (2) a trait à une coutume « de maintenant » concernant les transports par véhicules rapides ; M. BRIBOSIA qui le commente semble rattacher pourtant l'apparition de cette coutume au premier processus que nous avons déterminé.

* * *

Le grave danger de ces créations jurisprudentielles réside dans le fait de voir le pouvoir judiciaire s'attribuer des fonctions législatives. Ce risque d'arbitraire est mitigé par la nécessité pour les juges de tenir compte de l'ensemble du droit coutumier et leur obligation continue d'assurer leur légitimité aux yeux des justiciables (3). Il y a ici plus qu'une simple évolution de la coutume, mais il est exceptionnel qu'il s'agisse d'une création *ex nihilo*. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point en étudiant l'influence du principe d'équité sur les transformations des coutumes.

4) CHANGEMENT D'OPINION DES JUSTICIABLES.

L'évolution de la coutume peut également se produire

(1) Voir Tribunal de Centre de Jadotville, 7 septembre 1950, *J.T.O.*, 1952, p. 51 avec note.

(2) Chefferie des Bahunde n° 1.281, *B.J.I.*, 1942, p. 152, repris dans l'étude : Extraits des jugements des tribunaux indigènes pour servir à la codification des coutumes du Territoire de Masisi.

(3) Voir à ce sujet, F. GRÉVISSE, La grande pitié des Juridictions Indigènes, *Collection des Mémoires de l'I.R.C.B.*, t. XIX, fasc. 3, 1949, notre article La grande richesse des Juridictions Indigènes, *J. T. O.*, 1952, p. 29 et nos références [p. 10, note 2].

sous l'influence d'un changement d'opinion dans le public.

Ce changement peut n'être pas discerné par les membres eux-mêmes de la société en cause. C'est ainsi que s'est opéré, en droit romain, le passage de la dot (telle que la connaissent nos Noirs), par l'intermédiaire de la douaire et de ce que nous appelons la contre-dot en droit coutumier congolais, à la dot du droit civil français. Cette conversion a été si radicale, que des observateurs modernes mal informés ont cru devoir épurer notre terminologie coutumière moderne pour en exclure le mot dot ⁽¹⁾.

Par contre, le heurt des générations peut aussi être très explicite. Ainsi, nous voyons un jugement ⁽²⁾ rendu à la majorité par de jeunes juges contre les plus âgés et décidant que, dans une affaire de coups, la solidarité clanique ne joue plus en faveur de l'agresseur : que loin de lui prêter main-forte, le « frère » doit arrêter l'agression injuste commise par son parent.

M. J. N. SERUVUMBA, dans un bel article ⁽³⁾, constate que, de plus en plus, certaines jeunes filles passent outre au consentement de leur ayant droit pour s'établir avec le mari de leur choix. Il explique ce phénomène par l'influence de l'individualisme moderne et l'affaiblissement des craintes superstitieuses, des conséquences de la malédiction paternelle. L'auteur s'aperçoit que les tribunaux dans ce cas essaient d'amener le père à régulariser la situation. D'autre part, de plus en plus la dot évolue de signe d'alliance entre lignées soit dans le sens d'un prix d'achat, soit dans celui d'une contribution à l'établissement d'un foyer chrétien. L'auteur souhaite

⁽¹⁾ Voir Possoz, *Éléments de droit coutumier nègre*, Élisabethville, 1944, p. 162 et notre A propos de la terminologie : la dot, *J. T. O.*, 1953, p. 15.

⁽²⁾ Cité Basanga 51-52, *B.J.I.*, 1953, p. 69.

⁽³⁾ Note à propos du mariage coutumier indigène en évolution, *B.R.U.*, n° 8, 1950 et *B.J.I.*, 1954, p. 298.

une intervention du législatif coutumier pour permettre au tribunal en certains cas de forcer le père à accepter la dot offerte par son gendre et d'entériner le mariage.

Mais en pratique, la plupart du temps, bien qu'une analyse réfléchie puisse le déceler, ce phénomène est inconscient. En matière d'adaptation du régime dotal, les exemples sont nombreux : le R. P. DE SOUSBERGHE, dans l'article que nous avons déjà cité ⁽¹⁾, montre les variations qu'entraînent l'adoption de la dot par certains clans pende ; M. GRÉVISSE, dans son étude sur les ba-Lebi ⁽²⁾, décrit un phénomène analogue, mais qui paraît plus conscient. Il ne s'agit pas ici bien entendu d'une intervention en matière dotale du pouvoir législatif coutumier, action que nous étudierons plus loin au cours de notre essai. Dans le cas présent, les justiciables ont adopté la dot ou des modalités dotales nouvelles et la jurisprudence s'aligne sur leur volonté.

Les régimes matrimoniaux fort complexes des baSonge du Kasai connaissent des bouleversements profonds ⁽³⁾. Nous avons eu l'occasion ainsi de les observer dans la région de Lusambo et de remarquer qu'à côté de la dot purement nominale, quelques croisettes, qu'ils connaissaient, ils adoptent de plus en plus un système parallèle à celui de leurs voisins baLuba, habitude que finissent par sanctionner les tribunaux. Leurs congénères des grandes villes du Katanga, coupés du milieu traditionnel et de l'influence prédominante des baLuba, se trouvent en plein marasme à cet égard.

Chez les baLuba-baMbo, en cas de dissolution du mariage, en principe, le remboursement de la dot est intégral. Cependant, l'usage s'est instauré d'abandonner, à titre de cadeau, une certaine part de la dot à la parentèle de l'épouse, en proportion, par exemple, des années

⁽¹⁾ [P. 10, note 1], p. 353 de l'étude et sa note 14.

⁽²⁾ *B.J.I.*, 1934, p. 218.

⁽³⁾ Voir D. MANONO, *Le mariage chez les Basonge*, *B.J.I.*, 1952, p. 253.

de cohabitation ou de la fécondité du foyer. Obligation purement morale, mais qui devient juridique auprès de certaines juridictions ⁽¹⁾.

Ce passage de l'obligation morale à l'obligation juridique est analysé de façon succincte, mais fort claire, sous un jugement ⁽²⁾ rendu en région de Baluba-Shankadi et relatif, lui aussi, au remboursement de la dot.

Il est manifeste que le retour, amorcé depuis plus de vingt ans ⁽³⁾, chez les baKongo à une patrilinéarité qu'ils connaissaient au moment de la découverte du Congo ⁽⁴⁾, est influencé par les conditions économiques modernes : cultures perennes dans un pays matrilineal, mais patri-local, budgets des foyers citadins basés uniquement sur les gains du mari. Mais il est certain aussi que cette évolution s'accompagne d'un fort courant d'opinion publique que des dizaines d'articles parus dans *La Voix du Congolais* de Léopoldville illustrent.

La pression d'un mouvement féministe ⁽⁵⁾, d'ailleurs combattu avec acharnement par la gent masculine, est sensible sur une partie de la jurisprudence.

Généralement les coutumes connaissent la séparation des biens des époux. La femme jouit du produit de ses activités autonomes. Même là où ces principes traditionnels ne sont pas de droit, ils se présentent sous forme d'obligations morales pour le mari, ayant tendance à devenir juridiques ⁽⁶⁾. Même à l'intérieur, nous voyons

⁽¹⁾ Centre de Kipushi n° 3.611 du 29 septembre 1949, *B.J.I.*, 1951, p. 54 ; Centre de Lusambo, 15 avril 1952, *J.T.O.*, 1953, p. 148 et Territoire de Kolwezi, 28 juillet 1951, *J.T.O.*, 1952, p. 85, le tout accompagné de commentaires.

⁽²⁾ Chefferie Kabongo n° 13, *B.J.I.*, 1934, p. 148.

⁽³⁾ Voir PEIGNEUX, Le droit coutumier du groupe Gombe Matadi, *B.J.I.*, 1934, p. 137 et suivantes.

⁽⁴⁾ Voir Mgr CUVELIER, L'ancien royaume du Congo, Desclée De Brouwer, Bruges-Paris, 1946, ordre de succession des Rois, notamment, p. 253.

⁽⁵⁾ Voir M^{lle} DUTILLEUX, L'opinion des femmes du Centre Extra-Coutumier d'Élisabethville sur le mariage, la famille, l'éducation des enfants, *Cepsi*, n° 17, 1951, p. 219 et les commentaires de GRÉVISSE, *C. E. C. Ev.*, p. 237.

⁽⁶⁾ Voir SIPS, *op. cit.* [p. 20, note 5], *B. J. I.*, 1934 notes 10 et 12, p. 165 et 169.

des jugements accorder à la femme un droit de regard sur une sorte de communauté de fait entre époux, née de leurs activités communes ⁽¹⁾. Dans les centres du Sud-Katanga ⁽²⁾, la jurisprudence attribuée à l'épouse, à la dissolution des mariages ayant connu une certaine durée, des droits sur une portion des immeubles du mari. L'explication souvent donnée à propos des avances sur fondations que la femme a collaboré à l'érection du bâtiment et en est co-proprétaire pourrait être admise comme épanouissement d'un principe coutumier traditionnel. Mais en dehors de ce cas, une autre justification à la rétribution de la femme, souvent entendue, à savoir que, par son économie ménagère, elle a permis à son mari de s'enrichir, nous paraît une bien mauvaise raison.

En réalité, la femme s'émancipe : M. SERUVUMBA, nous l'avons vu ⁽³⁾, le note ; elle exige une protection, une sécurité matérielle, préoccupation qui favorise l'éclosion de la jurisprudence que nous avons déjà signalée ⁽⁴⁾ sur la pension alimentaire et la séparation de corps et qui transparaît aussi dans un jugement du tribunal de Territoire de Kolwezi ⁽⁵⁾.

L'histoire a d'ailleurs retenu le nom de la princesse LUEJI ⁽⁶⁾, auteur d'un coup d'État qui a certainement accéléré l'adoption par les Lunda de la bilinéarité.

En matière testamentaire aussi, nous avons noté une action de l'opinion publique ⁽⁷⁾ ; se combinant avec

⁽¹⁾ Territoire de Lisala 28 septembre 1948, *B.J.I.*, 1949, p. 65 et Chefferie des Bena Kasinge n° 44-51, *B.J.I.*, 1953, p. 92.

⁽²⁾ Voir *C. E. C. Ev.*, p. 218, affaire 13.212, où un plaideur mentionne cette coutume.

⁽³⁾ Voir [p. 24, n. 3].

⁽⁴⁾ Voir [p. 16, n. 2 et p. 17, n. 1] et aussi BRIBOSIA, *op. cit.* [p. 23, n. 2], commentaires du jugement n° 597 du tribunal secondaire Utunda, *B. J. I.*, 1941, p. 98.

⁽⁵⁾ Voir référence [p. 26, n. 1].

⁽⁶⁾ Voir Ed. LABRIQUE, Histoire des Mwata Kazembe, revue *Lovania*, Élisabethville, n° 16, 1949, p. 11.

⁽⁷⁾ Voir [p. 21, note 3].

le mouvement féministe, elle explique un jugement ⁽¹⁾ dans lequel nous voyons une femme provoquer l'attribution d'un enfant à la lignée de son amant ou cette autre décision ⁽²⁾, commentée par M. G. MINEUR ⁽³⁾, où le tribunal admet qu'un père ait conféré la qualité de « fils » à sa fille et l'ait constituée co-héritière de ses biens avec ses frères.

Les conceptions morales nouvelles de certains convertis peuvent entraîner localement des modifications de leurs coutumes personnelles en des domaines sans rapport direct avec la religion : par exemple, des mariages sans dot ou l'évolution de la matri-linéarité à la patri-linéarité ⁽⁴⁾.

Plus fondamentalement leur influence morale, malgré la résistance de certains notables polygames qui composent souvent la majorité des sièges des juridictions indigènes, avant la parution du décret prohibant à l'avenir la polygamie, a favorisé une jurisprudence favorable à la monogamie.

Le R. P. DE BEAUCORPS ⁽⁵⁾ montre les tribunaux prêtant main-forte aux *lemba*, possesseurs claniques, pour la défense du mariage chrétien et de sa monogamie.

Certains tribunaux recherchent dans l'arsenal des dispositions coutumières traditionnelles des armes auxquelles ils confèrent une efficacité nouvelle ⁽⁶⁾, par exemple, le consentement de la première épouse au second mariage projeté par le mari.

La polygamie du mari tend même parfois à devenir

⁽¹⁾ Centre de Jadotville, 21 septembre 1953, *J.T.O.*, 1954, p. 14.

⁽²⁾ Chefferie Barusasiyeko, 15 mai 1945, *Revue Servir*, Astrida, 1945, p. 257.

⁽³⁾ La jurisprudence des tribunaux indigènes et son influence sur l'évolution du droit coutumier, *B.R.U.*, n° 1, 1946, p. 8.

⁽⁴⁾ Voir PETIT, *op. cit.* [p. 15, note 3] et BRAU, *Le droit coutumier lunda*, *B. J. I.*, 1942, p. 172.

⁽⁵⁾ Le rôle des tribunaux indigènes dans la défense du mariage légitime, *B.J.I.*, 1949, p. 101 et la jurisprudence récoltée par l'auteur parue aux *B.J.I.*, 1951, p. 156 et *J.T.O.*, 1952, p. 140.

⁽⁶⁾ Chefferie Shindaika nos 4-9 et 18, *B.J.I.*, 1933, p. 75.

une cause de divorce pour la femme (1). Plus spécialement, pour les chrétiens, malgré de vives critiques et oppositions de juristes européens, le privilège paulin semble être entériné par la jurisprudence (2).

D'autre part, l'adultère du mari, qui n'était sanctionné que circonstancié (3), semble localement être mis sur le même pied que celui de l'épouse (4).

* * *

L'influence de l'opinion publique demeure, cependant, dans certaines limites et il ne faudrait pas croire qu'elle suffit à renverser le droit. C'est ce que notent GRÉVISSE (5) et SERUVUMBA (6) qui tous deux souhaitent l'intervention d'un pouvoir législatif indigène pour répondre aux vœux et besoins des justiciables.

De plus, la jurisprudence dans son souci de traduire la volonté juridique de la société qu'elle régit, ne suit pas aveuglément les fluctuations des mœurs. Elle peut les combattre et en arriver à approfondir le droit dans un but d'auto-défense du corps social contre les tendances mêmes de ses membres. C'est ce que nous allons voir.

(1) Territoire du Kiambi n° 14, *B.J.I.*, 1933, p. 12, Territoire de Sandoa, 7 janvier 1937, *B.J.I.*, 1938, p. 262, Parquet Kibali-Ituri, 30 mai 1942, *B.J.I.*, 1943, p. 37 ; contre Chefferie MBako n° 239, *B.J.I.*, 1933, p. 10.

(2) Centre de Jadotville n° 1.271 du 4 septembre 1950, *B.J.I.*, 1953, p. 256 et Parquet Kabinda 22 août 1954, *J.T.O.*, 1955, p. 11.

(3) J. SALMON, Le droit matrimonial des Warega, *B.J.I.*, 1953, p. 238 ; Chefferie Bena Kasinge n° 42, 1951, *B.J.I.*, 1953, p. 92 ; GRÉVISSE, *op. cit.* [p. 6, note 1], *B.J.I.*, 1937, p. 39, même auteur, *op. cit.* [p. 25, note 2], *B.J.I.*, 1934, p. 241 ; Chefferie Baluba-Shankadi n° 30, 5 juillet 1939, *B.J.I.*, 1941, p. 104 et 1943, p. 84 et GRIGNART, Étude sur le tribunal coutumier du groupement de Mukebo en chefferie de Tondo, *B.J.I.*, 1953, p. 85.

(4) Tribunal secondaire de Kapanga n° 67, *B.J.I.*, 1933, p. 9 ; Territoire d'Élisabethville n° 1.384, 5 avril 1949, *B.J.I.*, 1949, p. 136 ; Centre de Jadotville 7 août 1953, *J.T.O.*, 1954, p. 13 et Centre de Léopoldville n° 59.493 chambre 5 du 23 juin 1955, *Jur. Léo, verbo* adultère V.

(5) *Op. cit.*, [p. 23, note 3], notamment pages 93, 99 et 101.

(6) *Op. cit.*, [p. 24, note 3].

5) RÉACTION CONTRE UNE DÉVIATION DES MŒURS
PUBLIQUES.

Ici l'on peut dire que le droit s'adapte aux nécessités de la société, aux conditions de sa survie, à son courant dynamique profond contre les désirs des individus qui la composent et directement engagés dans leurs litiges personnels.

Comme nous venons de le voir pour la polygamie, maints juges prennent la position du professeur de morale des caricatures :

« Faites ce que je dis et non ce que je fais ».

Bien que certains sièges aient cédé parfois à l'ambiance dissolue du milieu ⁽¹⁾, non sans soulever d'ailleurs d'après critiques, il est certain que les tribunaux s'essaient à lutter contre la facilité moderne du recours au divorce pour des riens. Ce retour à la discipline ancienne peut s'effectuer par une restauration d'une antique procédure, le renvoi préliminaire à une juridiction domestique ⁽²⁾.

Autre part, la jurisprudence se montre plus rigoureuse dans des cas qu'elle précise : enfants nés du mariage, longue vie commune, etc. ⁽³⁾. Si certaines jurisprudences insistent sur les procédures privées de conciliation traditionnelles, d'autres, là où les juridictions domestiques se montrent trop débonnaires, n'hésitent pas à se substituer aux autorités paternelles défaillantes ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Voir Chefferie Ngoy Mwasu nos 25 et 28, *B.J.I.*, 1933, p. 95 ; Chefferie Kabongo n° 58, *B.J.I.*, 1934, p. 172 ; GRÉVISSE, *op. cit.*, [p. 6, note 1], p. 98 et suivantes ; même auteur, *C.E.C. Ev.*, p. 217 et suivantes et LAFONTAINE, *op. cit.*, [p. 4, note 1], *J.T.O.*, 1955, p. 113.

⁽²⁾ Voir PETIT, *op. cit.*, [p. 15, note 3], *J.T.O.*, 1956, p. 33.

⁽³⁾ Voir *C.E.C. Ev.*, p. 217 et suivantes et le résumé de l'évolution en la matière, p. 247.

⁽⁴⁾ Voir SALMON, *op. cit.*, [p. 29, note 3], *B.J.I.*, 1953, p. 232 et 244 : dans le cas précis il y a aussi intervention législative favorisée par l'action administrative des contrôles d'état-civil.

Bien à tort souvent, on attribue à l'influence européenne, missionnaire en particulier, ce genre de réaction coutumière : il est certain, par exemple, que la lutte contre les abus de l'ayant droit en matière matrimoniale, l'escroquerie à la dot entre autres, est, malgré ce qu'en pensent certains (1), on ne peut plus coutumière : non seulement nous la voyons répandue par tout le Congo, des dizaines de jugements publiés en témoignent, mais encore dans des territoires avoisinants (2).

6) INFLUENCE DE LA NOTION COUTUMIÈRE DE L'ORDRE PUBLIC.

M. PETIT, dans une série d'articles récents (3), a mis en lumière l'existence d'un ordre public coutumier. Cette notion extrêmement intéressante mérite d'être encore approfondie et se révélera sans doute enrichissante. Elle explique en partie la réaction de la jurisprudence que nous venons d'analyser, devant certains abus.

Nous ne croyons pas pouvoir dissocier l'étude de l'ordre public coutumier de celle de celui que le législateur qualifie d'universel. Aussi, bien qu'il s'agisse là d'un facteur interne de transformation de la coutume, nous le verrons au cours de la revue des facteurs externes.

(1) Chefferie Piani Tshungu jugement n° 171, *B.J.I.*, 1933, p. 118 avec note : le tribunal condamne pénalement le père qui a détourné sa fille de ses obligations conjugales ; bien que le cas soit classique, le commentateur écrit : « coutume évoluée sous l'influence européenne ».

(2) Voir CORY et HARTNOLL, Customary law of the Haya tribe, International African Institute, Londres, 1945, n° 277, p. 62 et Centre Mitwaba n° 811, 22 juillet 1950, *B.J.I.*, 1956, p. 178 avec note.

(3) Voir, entre autres, *J.T.O.*, 1955, p. 171.

II. Facteurs externes de transformations des coutumes

1) INFLUENCE DES TEXTES LÉGISLATIFS.

Nous abordons maintenant les facteurs qui transforment les coutumes de l'extérieur et non par le dynamisme interne du droit. Ces influences externes sont celles du pouvoir législatif. Nous les passerons en revue en commençant par le législateur européen pour terminer par le pouvoir législatif coutumier. Pour le législateur européen, nous verrons d'abord l'influence des textes législatifs, ensuite les pressions para-législatives et enfin l'action de deux principes que nous isolerons, nés de la législation ordinaire de la Colonie : la notion de l'ordre public et celle de l'équité. Pour le législatif coutumier, nous étudierons ce pouvoir proprement dit et un pseudo-pouvoir législatif indigène qui s'est établi.

Nous divisons notre présente section, assez longue, en trois titres, selon le but que se proposait le législateur.

Textes généraux visant le droit coutumier ou les Juridictions Indigènes.

Il est difficile de mesurer l'influence de la législation écrite sur l'évolution du droit coutumier, car, en partie, ces prescriptions correspondaient à un besoin profond des justiciables, étaient commandées par le changement du milieu, et, de plus, se faisaient sentir depuis quarante ans quand le droit coutumier et sa jurisprudence ont fait leur entrée visible sur la scène congolaise. Comme l'écrit M. V. DEVAUX ⁽¹⁾ :

« Notre loi l'a (l'ordre social) bouleversé par la juste condamnation des coutumes contraires à l'ordre public et par les dispositions qui ont remplacé la coutume par d'autres règles légales : c'était un vide qu'un éboulement pouvait seul combler ».

(1) *Op. cit.*, [p. 4, note 1], *B.J.I.*, 1938, p. 198.

Nous sommes, en fait, sevrés de documents directs sur le traumatisme que porta le début de l'occupation européenne au droit coutumier et sur les réactions de la jurisprudence traditionnelle à l'introduction, par exemple, du code pénal et des juridictions européennes chargées de l'appliquer.

Les grandes législations de base de la Colonie ont surtout altéré trois domaines coutumiers : le droit public, le droit pénal et la procédure.

L'organisation politique et administrative du Congo a rendu caduque la presque totalité d'une branche juridique traditionnelle, celle du droit public. Ne demeurent plus, dans les cadres de la législation européenne, que de rares survivances non essentielles : l'ordre de succession à la dignité de chef, par exemple. Ici, l'adaptation de la coutume au nouvel ordre de choses, n'a pu entrer que dans une soumission à la situation de fait. A moins d'avoir recours à une reconstitution archéologique, il est impossible de décrire une coutume d'ensemble cohérente en la matière.

L'essentiel du droit pénal, et avec lui, suite au prescrit de l'indemnisation d'office de la victime indigène, une partie de la réparation civile des infractions, a échappé à l'emprise de la coutume. Non seulement la coutume s'est vue ainsi privée d'un important domaine, mais encore l'exemple des juridictions européennes (dont la légitimité n'est jamais mise en doute par nos Noirs et dont le droit pénal est approuvé par le public) lui a certainement permis d'épurer ses conceptions pénalistes. M. GRÉVISSE, dans une citation que nous avons déjà reprise ⁽¹⁾, note très bien cette influence. L'adaptation des sanctions civiles et punitives de l'ancienne coutume à celles instaurées par les décrets sur les Juridictions Indigènes et clichées sur le système général du code

(1) Voir [p. 6, note 1].

pénal, était pratiquement réalisée au moment où nous avons pu suivre régulièrement le fonctionnement de ces juridictions. Il nous paraît risqué de soutenir, comme certains (1), que les coutumes ignoraient le droit pénal, l'adoption rapide par les Noirs du système répressif européen est déjà une réponse, mais de toute façon la conversion de l'ancien système au nouveau est un fait acquis dès le début des études sur le droit coutumier.

La conception de la faute s'est personnalisée, jamais nous ne verrons, par exemple, un « frère » répondre pénalement de l'infraction commise par un latitant. Le dol est devenu une notion banale en droit coutumier, tous les coutumiers et la jurisprudence en font foi : la lésion corporelle volontaire est sanctionnée plus sévèrement que l'involontaire.

D'autre part, le principe de la répression publique de l'infraction est unanimement pratiqué : les voies de fait légales, la vengeance privée, ne subsistent plus guère qu'à l'état de procédure préliminaire strictement réglémentée.

L'intrusion du *fas* dans le *jus* (2) est bannie, et en corollaire, l'administration de la preuve est devenue plus rigoureuse. Des dizaines de jugements en témoignent : c'est ainsi que les imputations de sorcellerie non solidement étayées par l'administration de la preuve de pratiques d'envoûtements, sont devenues une infraction ; que le recours aux devins est lui-même devenu infractionnel et les preuves par ordalies rejetées (3).

Comme nous venons de le dire, le droit coutumier avait déjà opéré la conversion de l'ancien système au nouveau

(1) Voir Possoz, *Législation et droit clanique*, *B.J.I.*, 1951, p. 94.

(2) Sur ces notions, voir Possoz, *op. cit.*, [p. 24, note 1].

(3) Il existe une multitude de jurisprudences en ces matières, voir, entre autres, les jugements parus au *B.J.I.*, 1935, p. 44 à 46 ; Chefferie Buli n° 24, 30 mars 1951, *B.J.I.*, 1953, p. 91 et *contra* Territoire Sampwe n° 108, 30 novembre 1936, *B.J.I.*, 1940, p. 264 suivi d'une note de mise au point.

avant que ne soient entrepris des relevés coordonnés de coutumes. Aussi les nombreuses décisions ⁽¹⁾ publiées qui marquent le raisonnement juridique qui, par analogie, a conduit de l'indemnité compositoire à l'amende ou de la vengeance privée à la peine corporelle, etc., bref d'une sanction ancienne à une des sanctions pénales prévues par la législation, se présentent-elles toutes sous forme d'exposé historique et visent avant tout à répondre à l'exigence de l'application du principe légaliste au droit pénal coutumier congolais ⁽²⁾.

La jurisprudence, dans la mesure du possible, essaie de pallier les lacunes que peuvent présenter, au regard des besoins de la société indigène, notre loi pénale doublée de l'obligation de l'indemnisation d'office de la victime indigène. C'est ainsi que les Juridictions Indigènes n'ont pas le pouvoir de bannir un justiciable, mesure qui pouvait présenter un caractère pénal dans certains cas, mais aussi en d'autres constituait un acte d'auto-défense du corps social ou de déchéance des droits civils de membre de la communauté ⁽³⁾. De même, le viol d'une fille impubère par son ayant droit (la peine maximum dépasse le plafond de cinq ans de servitude pénale principale) échappe à la compétence pénale du tribunal indigène. Or nous voyons des Juridictions Indigènes ne pas hésiter à se saisir de pareil fait, pour, faute de pouvoir le bannir, excommunier le coupable de sa parentèle, le déchoir de ses droits de paternité ⁽⁴⁾. Cette excommunication du clan, qui était une des raisons

(1) Citons au hasard : Chefferie Piani-Tshungu n° 164, *B.J.I.*, 1933, p. 117 avec note et le jugement n° 582 du tribunal de Chefferie Lubelike rapporté par BRIBOSIA, *op. cit.*, [p. 23, n. 2], *B.J.I.*, 1942, p. 151.

(2) Voir *op. cit.*, [p. 7, n. 2].

(3) Voir Territoire de Jadotville jugement n° 285 du 30 avril 1938, *B.J.I.*, 1940, p. 292.

(4) Chefferie Manda n° 18, 10 mars 1940, *B.J.I.*, 1941, p. 91 avec une note intéressante et le jugement n° 9, 1933 du tribunal de Territoire de Mwanza, cité par LANFANT, *op. cit.*, [p. 20, note 4], *B.J.I.*, 1935, p. 55.

profondes de l'exécution capitale, du bannissement ou de la vente comme esclave, avec la prohibition de ces pratiques, devient une sanction civile indépendante (1).

Au point de vue dommages et intérêts, le système organisé devant les juridictions répressives européennes par l'article 85 des décrets sur l'organisation judiciaire a abouti à une intégration des conceptions juridiques occidentales et coutumières (2). Mais ce syncrétisme s'est opéré également à l'échelon des juridictions indigènes (3).

Ceci était inévitable. Que l'on songe, par exemple, que nos tribunaux européens sanctionnent pénalement des voies de fait, légales jadis, et octroient généralement une indemnité à la victime. En cas de meurtre pour inconduite de la femme par le mari, coutumièrement la famille de la victime n'avait pas droit à indemnisation (4) ; celle-ci pourrait, cependant, être difficilement refusée si intervient une condamnation pénale du meurtrier (5).

La reconnaissance et l'organisation des juridictions indigènes, devaient, elles aussi, avoir des répercussions profondes sur le droit coutumier. L'organisation judiciaire et la procédure qui lui est liée, touchent trop au fond du droit, sa vocation est de s'exprimer et d'être sanctionné sous certaines formes, pour ne pas l'influencer. C'est si vrai, que toute critique des décrets coordonnés sur les Juridictions Indigènes, aboutit à scruter les fondements du droit coutumier.

(1) Voir René PHILIPPE, La procédure judiciaire chez les Ntombe-Njale, *B.J.I.*, 1955, p. 17.

(2) Voir, entre autres, A. SOHIER et P. HAMOIR, Restitutions et dommages intérêts en vertu des usages locaux, *B.J.I.*, 1933, p. 5 et notre article Les juridictions européennes du Congo et le droit coutumier, *J.T.O.*, 1953, p. 65.

(3) Voir note sous Centre Jadotville n° 1.403, 28 septembre 1950, *B.J.I.*, 1954, p. 184 : le formalisme coutumier cédant à l'influence européenne en matière de D. I.

(4) Voir Territoire d'Élisabethville n° 291, 23 juin 1950, *B.J.I.*, 1951, p. 56.

(5) Voir *mutatis mutandis*, Territoire de Sampwe n° 109, 18 novembre 1939, *B.J.I.*, 1939, p. 138.

La matière est vaste et a fait l'objet d'assez d'études (1) pour que nous puissions nous permettre de ne pas nous y attarder. Remarquons, cependant, combien la prudence du législateur quand il traitait de la procédure, a été dépassée par les événements. Notons aussi comme les répercussions d'une organisation judiciaire peuvent être lointaine : nous l'avons vu en montrant les greffes des tribunaux indigènes se muant en une sorte d'office notarial (2).

* * *

Dans le cadre du présent essai, nous devons nécessairement nous borner. Les jugements de valeur portés sur nos grandes législations de base au regard du droit coutumier sont d'autant plus délicats qu'il est difficile de démêler ce qui est influence législative proprement dite, d'interprétations erronées, d'abus de droit ou de pressions para-législatives. C'est ainsi aussi que nous avons mentionné l'exemple des juridictions européennes, mais il convient de remarquer que celles-ci ne comprennent pas que les tribunaux de District ou de Première Instance. Les tribunaux de Police jouent également un rôle dans le concert des juridictions congolaises et le caractère forcément rudimentaire et expéditif de leur procédure peut donner un exemple néfaste à des juridictions indigènes qui l'adoptent en des litiges civils compliqués (3).

Dès que le Congo devenait un État moderne, ces législations devaient être prises. Il est bien entendu que le législateur, sous l'État Indépendant, a promulgué les

(1) Voir, notamment GRÉVISSE, *op. cit.*, [p. 23, note 3], et les références de la [p. 10, note 2].

(2) Voir [p. 21, notes 1-3, et p. 22, notes 1-2].

(3) Voir nos articles cités [p. 10, note 2], et nos commentaires sous les jugements du Tribunal de Parquet de Coquilhatville n^{os} 973 et 974 du 14 décembre 1954, *B.J.I.*, 1955, p. 49.

premières d'entre elles à un moment où il lui était impossible de savoir ce qu'était au juste le droit coutumier. Il ne pouvait agir autrement. D'autre part, il a fait preuve d'une grande prudence et a attendu d'être informé avant de s'attaquer à l'organisation nécessaire des juridictions et chefferies indigènes : pendant quarante ans, il a observé avant de légiférer. Tout a été élaboré avec le maximum de garanties.

L'unification du pays, son essor vers le progrès, exigeaient ces interventions. Aussi devons-nous remarquer que les critiques contre cette œuvre de base se muent souvent en procès de la colonisation en tant que telle. Nous ne voulons pas les rencontrer : nous nous trouvons ici sur le terrain de l'idéologie, étranger au droit positif. Il n'en reste pas moins que le législateur dans les grandes réformes à venir doit tenir compte de l'ensemble de la réalité congolaise, donc aussi de la coutume.

*Textes spéciaux visant directement le droit
coutumier.*

A côté des grandes lois à but plus ou moins directement politique, il s'en trouve d'autres qui volontairement visent à influencer le droit coutumier. Ces dispositions correspondent souvent à un puissant courant populaire et combattent habituellement des abus bien déterminés.

Telles furent, dès le début de l'existence du Congo, les diverses dispositions sur l'esclavage. Nous n'avons pu suivre sur la coutume indigène que la dernière phase de liquidation de cette institution. La jurisprudence fragmentaire réunie à ce sujet ⁽¹⁾ montre à quel point le phénomène fut complexe : interprétation des lois, approfondissement de la notion de l'ordre public, mobilisation des ressources de la coutume par les systèmes classiques d'interprétation interne du droit.

(1) Voir *verbo* esclavage, notre répertoire de jurisprudence coutumière actuellement à l'impression à la Maison LARCIER de Bruxelles.

L'opportunité du Décret du 9 juillet 1936 sur la protection de la jeune fille impubère fut mise en doute dès avant sa publication, lors des discussions au Conseil Colonial. D'aucuns estimaient que le travail d'approfondissement interne de la coutume guidé par la notion de l'ordre public, suffisait pour combattre les abus. L'expérience a révélé, semble-t-il, le bien-fondé de ce point de vue : il ne paraît, en tous les cas, pas que la loi elle-même ait joué un rôle effectif dans la lutte contre les abus en la matière ⁽¹⁾, au contraire !

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, malgré les vœux de certains, nos spécialistes coutumiers ne désirent généralement pas une intervention législative semblable à celle de l'Afrique noire française contre les abus du paternat ⁽²⁾.

Le décret du 16 mai 1949 sur le mariage monogamique indigène est resté lettres mortes : il s'agissait d'ailleurs d'une cotte mal taillée marquant les hésitations du législateur à s'attaquer de front à la polygamie.

Il n'en a pas été de même du décret du 4 avril 1950 sur la polygamie qui prenait les mesures radicales seules possibles une fois que l'on se décidait à éliminer cette plaie sociale. Nous avons vu ⁽³⁾ que la jurisprudence essayait déjà d'endiguer la polygamie avec les armes déficientes que lui fournissait la coutume incapable de prendre par elle-même sans intervention législative le tournant brusque qui s'imposait à plus ou moins longue échéance. Il est trop tôt pour se faire une idée exacte de la façon dont la coutume s'adaptera à la législation nouvelle. Il est certain que par la tangente, des tribunaux ménageront de façon plus ou moins contestable des

(1) Voir, entre autres, A. SOHIER, *op. cit.*, [p. 3, note 2], p. 163-164 n° 234 et Parquet du Haut-Katanga jugement du 30 juillet 1953, *J.T.O.*, 1954, p. 88 avec note ainsi que l'écho, Le décret sur la polygamie, même référence.

(2) Voir, entre autres, A. SOHIER, *op. cit.*, [p. 3, note 2], p. 169-170, n° 243 et Le mariage des citoyens français d'origine africaine, revue *Problèmes d'Afrique centrale*, I.N.U.T.O.M., Anvers, 1952, p. 179.

(3) Voir [p. 28, notes 5 et 6, et p. 29 notes 1 à 4].

régimes transitoires que n'a pas prévus la législation. Nous savons en tout cas dès à présent que les problèmes juridiques que posent l'application de la loi sont parfois très subtils et nécessitent la mobilisation de toutes les ressources du raisonnement juridique, y compris celles fournies par le droit coutumier lui-même. Songeons, par exemple, au caractère contraire à l'ordre public ou non de la reconnaissance de l'enfant adultérin ou de la survivance du régime établi localement de façon immémoriale du concubinat (1).

De toute façon, la revue rapide que nous venons de mener montre combien l'adaptation d'une loi nouvelle à l'ensemble du droit coutumier nécessite une délicate mise au point et que les conséquences médiates et lointaines des textes nouveaux peuvent être inattendues. La prospection préalable des diverses voies qu'on peut utiliser pour combattre un abus est, en tout cas, recommandée avant de s'embarquer dans l'élaboration d'une législation.

*Textes ne visant directement ni les coutumes
ni les Juridictions Indigènes.*

Au début de cet essai, en parlant des accidents de roulage (2), nous avons montré que dans la coexistence des individus et des droits dans le Congo actuel, il était impossible que le droit coutumier n'aménage pas sa cohabitation avec une partie de la législation écrite. La réciprocité est d'ailleurs tout aussi vraie (3).

(1) Puisons au hasard dans le *J.T.O.*, écho, Le décret sur la polygamie, 1952, p. 88 ; A. SOHIER, Notes de droit coutumier, Mariage, 1952, p. 114 ; A. SOHIER, Interdiction du mariage polygamique, 1953, p. 45 ; du même auteur, L'interdiction du mariage polygamique, 1953, p. 171 et Encore la polygamie, 1954, p. 123 ; Parquet Haut-Katanga, 31 mars 1954, avec commentaire, 1955, p. 40 ; Parquet Sankuru 13 avril 1955 avec note, 1955, p. 151 et M. PETIT, La reconnaissance d'enfant adultérin et l'ordre public, 1955, p. 171 ; voir, aussi au *B.J.I.*, VAN HAMME, Notes sur la polygamie, 1954, p. 185.

(2) Voir [p. 10, notes 1 et 3].

(3) Voir [p. 36, note 2] et notre article, Nécessité d'une hiérarchisation de toutes les juridictions, *J.T.O.*, 1954, p. 33.

Nous avons retrouvé cette adaptation à propos des règlements vétérinaires ⁽¹⁾, elle est patente là aussi où les amendes, en vertu de la législation sur l'hygiène, pour non entretien de parcelles, sont devenues une charge locative ⁽²⁾.

Jadis, le père était responsable de son fils, tant que celui-ci habitait le *rugo* paternel ; actuellement le père est déchargé de sa responsabilité civile dès que son fils paie l'impôt de capitation ⁽³⁾ : devenir contribuable, c'est devenir majeur !

Le droit civil écrit des contrats et obligations se répercute sur le droit coutumier : la preuve écrite coutumière est influencée par le système correspondant du code civil ⁽⁴⁾, le tribunal du Mwami du Ruanda recourt à l'expertise d'un entrepreneur européen dans un contrat de fourniture de briques ⁽⁵⁾ : l'entrepreneur, le commerçant indigènes travaillent dans les mêmes conditions juridiques que leurs collègues européens.

Mais s'il est certaines législations dont la répercussion sur le droit coutumier est inattendue, il en est d'autres qui, si leur but avoué ne vise pas la coutume, ne peuvent que l'altérer. Le cas du décret du 1^{er} août 1949, sur la réparation forfaitaire des accidents de travail, est exemplaire. Cette loi octroie, en cas d'accident mortel, une indemnisation aux orphelins, ce qui, dans la plupart des cas, peut correspondre à la coutume actuelle, et à la veuve, même sans enfant, ce qui heurte quasi-toujours la coutume. M. G. LAFONTAINE ⁽⁶⁾ observe que la coutume s'inspire de cette législation. Un jugement ⁽⁷⁾, dans un cas d'accident de travail non prévu par le décret, oblige

(1) Voir [p. 19, note 3].

(2) Voir [p. 23, note 1].

(3) Chefferie Barusasiyeko 29 mars 1945, *B.R.U.*, 1946, p. 45 avec note.

(4) Parquet du Haut-Katanga 9 juillet 1954, *J.T.O.*, 1955, p. 42.

(5) Jugement n° 974/54, *B.R.U.*, 1953, p. 619.

(6) *Op. cit.*, [p. 4, note 1], *J.T.O.*, 1955, p. 114 colonne 2 *in fine*.

(7) Territoire de Dilolo 17 mars 1950, *J.T.O.*, 1951, p. 115 avec notes.

l'employeur indigène à verser une indemnité à la veuve de l'accidenté. Mais il nous a été donné de constater que dans certains cas qui révoltent la mentalité des justiciables, la coutume et la jurisprudence organisent un véritable réseau défensif de repli, tentant d'apprivoiser le nouvel ordre de choses, de rétablir l'équilibre, selon l'expression de M. GRÉVISSE (1) « bantouisent les idées européennes ». Nous avons relevé ainsi un jugement non publié du tribunal de Centre de Jadotville condamnant la veuve sans enfant d'une victime d'accident de travail à contribuer à la constitution de la dot d'un neveu de feu son mari, puisqu'en héritant anti-coutumièrement, par la perception de l'indemnité forfaitaire, de son conjoint, elle était substituée à la personne et aux devoirs de celui-ci. A remarquer comment ce corps étranger à la coutume a été absorbé par celle-ci.

Il est certain que les auteurs de cette législation, qui a marqué un net progrès et a notamment eu pour conséquence une revalorisation des indemnités en fournissant une nouvelle base d'appréciation de leur taux, n'ont pas pu ne pas songer aux systèmes coutumiers d'indemnisation appliqués tant par les juridictions européennes qu'indigènes avant la parution du décret. Cependant, ni le *Compte rendu analytique des séances du Conseil Colonial* (2), ni le rapport publié au *Bulletin Officiel* (3) n'y font allusion.

2) INFLUENCE PARA-LÉGISLATIVE.

La confusion des pouvoirs judiciaire et administratif à l'échelon des Juridictions Indigènes congolaises a engendré, à côté de l'influence des textes législatifs pro-

(1) *Op. cit.*, [p. 23, note 3], page 99.

(2) *C.R.A.*, 1949, pp. 1.362 et 1.389.

(3) *B.O.*, 1949, p. 1.908.

prement dits, une autre que nous pourrions qualifier de para-législative.

Elle est provoquée avant tout par les circulaires du pouvoir exécutif.

Plusieurs jugements n'hésitent pas à baser leurs décisions sur des circulaires ou instructions (1).

Certaines de ces circulaires ne cachent d'ailleurs pas leur but : telle cette instruction de 1947 sur la prescription pénale coutumière, invoquée et appliquée par un jugement du tribunal du Mwami du Ruanda (2).

La plus caractéristique de ces influences est celle de la circulaire du Gouverneur Général du 10 avril 1923 que nous avons déjà étudiée (3). Il nous a été donné de constater qu'elle s'était intégrée dans ce que le tribunal de Centre de Jadotville appelait la coutume locale s'appliquant aux vieux résidants : le tribunal d'ailleurs se refusait âprement à aller au-delà du système inauguré par la circulaire et repoussait, notamment, la prétention de certaines veuves sans enfant d'hériter, tout rapport des donations entre vifs effectué, de plus de la moitié des biens de leur mari, même si par testament elles étaient bénéficiaires de la totalité de la succession. Il est frappant de constater qu'à Léopoldville aussi, la fameuse circulaire est devenue la loi (4).

Quelles que soient les intentions généreuses de ces circulaires il faut remarquer, compte tenu de l'influence profonde qu'elles exercent dans l'état de fait et de droit actuel de la Colonie, combien elles échappent à tout contrôle législatif sérieux.

(1) Centre de Léopoldville n° 55.032 Ch. I du 5 février 1955, *Jur. Léo* v° ordre public II et Territoire de Bikoro, 22 septembre 1953, *J.T.O.*, 1955, p. 28.

(2) 27 avril 1951, *B.R.U.*, 1954, p. 677.

(3) Considérations sur les testaments en droit coutumier congolais, Comptes rendus du Congrès Scientifique du Cinquantième Anniversaire du C. S. K., Communication 100, Elisabethville, 1950 et *B.J.I.*, 1952, p. 213 et suivantes.

(4) Territoire de Léopoldville, 3 juin 1954, *J.T.O.*, 1955, p. 103 et même tribunal n° 7.643 du 20 décembre 1955, *Jur. Léo* v° testaments.

3) ORDRE PUBLIC.

Avant d'aborder le rôle du pouvoir législatif coutumier dans l'élaboration du droit, nous isolerons deux notions posées par le législateur européen et dont l'influence est considérable : l'ordre public et l'équité.

La notion de l'ordre public ne peut pas être séparée dans la pratique de la sauvegarde des bonnes mœurs, du respect des libertés proclamées par le législateur, ni de certaines restrictions tirées de la législation : lorsque la loi punit le meurtre, elle prohibe nécessairement certaines formes de vengeance privée.

Parmi les facteurs qui exercent leur pression sur la vie et le développement du droit coutumier, l'ordre public est à notre avis l'un des plus heureusement fécond : cette notion est un phare qui éclaire le chemin du progrès, elle donne un sens à l'évolution et l'imprécision même de ses définitions, l'ordre public ne peut finalement s'exprimer que par des exemples concrets, lui permet de serrer la réalité, le contingent, de s'adapter aux besoins, parfois temporaires, d'une société,

C'est l'approfondissement de la notion de l'ordre public, étayée par l'obligation du respect de la liberté de conscience, voire celle des garanties accordées aux justiciables en matière d'incrimination, qui a permis à la plupart des coutumes de faire le partage entre le *fas* et le *jus*, de se débarrasser de certaines superstitions étrangères au droit et qui le défiguraient. L'ordre public a, notamment, su très bien chez les baLuba du Katanga, comme l'atteste une nombreuse jurisprudence (1), distinguer le droit du *fas* en matière de paiement de l'indemnité de mort.

Un autre chef-d'œuvre de la jurisprudence coutumière,

(1) Voir, par exemple, Territoire de Sampwe n° 26 du 20 septembre 1934, *B.J.I.*, 1935, p. 68 avec la note.

preuve de la vitalité du droit coutumier, a été l'élimination progressive de l'esclavage domestique. Chaque situation de fait posait un problème juridique subtil : valeur des unions conjugales entre maître et esclave, entre esclaves, filiation, relation de patronat se superposant à celles de maître à serviteur, avance de dot du maître à l'esclave, propriété, incorporation au clan, etc... Tous ces cas ont été réglés avec bonheur, sans trouble social grave : la jurisprudence, après la mise hors la loi de la traite, s'en est prise d'abord aux cessions d'esclaves, tout esclave réclamant sa libération en se prévalant des garanties de liberté individuelle, appuyées par des mesures administratives comme les fonds de rachat, a obtenu satisfaction et, finalement, l'esclavage domestique volontaire qui était toléré comme compatible avec l'ordre public colonial, a disparu : le fait même d'appeler quelqu'un esclave est devenu une injure. Or il faut se rendre compte combien, ne fût-ce qu'au point de vue économique, l'équilibre social de certaines régions reposait sur les servages de toutes natures (1).

Cette matière de l'ordre public est inépuisable : citons parmi les récentes déductions de ce principe, l'interdiction de l'usure (2).

Mais il serait erroné de croire que l'application de ce principe soit purement négative, qu'elle n'aboutisse qu'à des prohibitions : il ne suffit pas d'éliminer certaines institutions, il faut souvent les remplacer.

C'est ainsi qu'une jurisprudence (3) déclare contraire à l'ordre public le fait que la rupture par divorce d'une des unions conclues par échange de femmes, entraîne la dissolution automatique de toute la série donnée de mariages interdépendants. Pour l'union conjugale qui

(1) Voir [p. 38, note 1].

(2) Parquet du Ruanda, 17 juillet 1953, *J.T.O.*, 1955, p. 26 et Parquet du Luabala, 27 juillet 1954, *J.T.O.*, 1955, p. 76.

(3) Parquet du Kibali-Ituri 3 avril 1951, *J.T.O.*, 1952, p. 166 avec note.

sumage et que le tribunal refuse de rompre, la réintégration dans sa famille de la femme divorcée a fait disparaître l'alliance. Aussi le tribunal peut-il imposer aux parties de rétablir pour l'union non dissoute, dans la ligne coutumière, le lien d'alliance, par exemple, par remise d'une dot.

L'ordre public peut très bien épauler des principes traditionnels battus en brèche par des abus de droit si fréquents qu'ils s'incrustaient dans les mœurs : par exemple, en mettant définitivement en relief la règle coutumière de la liberté du consentement des époux au mariage. Les décisions en ce sens sont multiples, mais nous nous devons de renvoyer le lecteur à l'une d'elles rendue par des juges traditionnels qui expriment cette notion de l'ordre public d'une façon suggestive et savoureuse ⁽¹⁾.

Aussi comprenons-nous mal comment certains ⁽²⁾ croient pouvoir affirmer que cette notion échappe à l'entendement des juges indigènes. Certes, même pour des juristes avertis, il est difficile de dégager les nécessités de l'ordre public dans les litiges concrets, mais nous avons retiré de notre commerce avec maints juges indigènes que cette notion était bien le levain d'une grande partie de leur travail juridique. Mais l'incarnation de ce principe ne s'isole pas du contexte d'ensemble du droit coutumier : nous revenons ici à la notion de l'ordre public coutumier ⁽³⁾.

* * *

Il n'est pas facile de définir l'ordre public. Une doctrine assez étoffée déjà existe sur la matière au Congo ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Chefferie Bena Niembo n° 6-7 mars 1951, *B.J.I.*, 1954, p. 287 avec note : à remarquer à ce propos que le Tribunal institue une nouvelle règle en ordonnant la restitution de la dot.

⁽²⁾ Territoire de Léopoldville n° 5.936, 9 février 1955, *Jur. Léo*, v° concubinage I.

⁽³⁾ Voir [p. 31, note 3].

⁽⁴⁾ Voir *op. cit.*, [p. 38, note 1], études et ouvrages, *verbo* ordre public.

L'unanimité semble s'être faite actuellement, en tous les cas, sur le fait que contrairement aux termes des décrets coordonnés sur les Juridictions Indigènes, l'ordre public applicable au droit coutumier n'est pas l'ordre public universel, mais l'ordre public colonial, plus restreint, dégagé par M. le Professeur SOLUS⁽¹⁾. Cette dernière notion, moins stricte que celle de l'ordre public international, tolère de la coutume le respect d'institutions bannies du droit occidental : c'était, et c'est encore partiellement, le cas de la polygamie ; ce fut celui de l'esclavage domestique volontaire.

L'ordre public ainsi entendu ménage déjà beaucoup plus l'évolution progressive de la coutume, évite des traumatismes trop brutaux.

Mais à côté de cet ordre public colonial, il en existe un autre que l'on peut comparer à l'ordre public interne ; c'est cet ordre public coutumier traditionnel sur lequel M. PETIT a attiré l'attention.

D'une façon confuse et parfois contestable, cette idée s'était déjà exprimée dans la jurisprudence. C'est ainsi que par mesure de police, un tribunal⁽²⁾ a condamné pénalement une célibataire qui, menant de pair plusieurs aventures, risquait de dresser l'un contre l'autre ses amants et que d'autres⁽³⁾ ont sanctionné d'office l'adultère de l'épouse d'un mari complaisant. De même devant l'opposition irréductible et génératrice de désordres du conjoint coupable à la reprise de la vie commune, certains sièges⁽⁴⁾ se sont résignés à prononcer le divorce postulé par le perturbateur.

(1) Voir A. SOHIER, *op. cit.* [p. 3, note 2], pages 20 et 21, n° 12.

(2) Chefferie des Bayeke n° 186, 1933, *B.J.I.*, 1938, p. 207, cité par GRÉVISSÉ, *op. cit.*, [p. 6, note 1].

(3) Chefferie Kaponda n° 6, *B.J.I.*, 1933, p. 75 avec note ; Territoire de Basankusu n° 38, 28 juin 1935, *B.J.I.*, 1937, p. 63 ; même Tribunal n° 55, 3 août 1935, *B.J.I.*, 1937, p. 91 ; Territoire de Bokungu n° 7, 18 mars 1936, *B.J.I.*, 1937, p. 191 et Territoire de Sampwe n° 117, 12 mars 1937, *B.J.I.*, 1939, p. 191 ; contra Parquet du Haut-Katanga 14 avril 1949, *B.J.I.*, 1949, p. 136.

(4) Voir note sous les jugements de Shindaika cités [p. 28, note 6] ; Chefferie

En vertu d'une idée semblable, un jugement ⁽¹⁾ dénie au mari le droit de transiger en matière de D. I. pour l'adultère de sa femme.

Mais c'est à Léopoldville et de façon toute récente que, sous l'impulsion de M. PETIT, s'opère la prise de conscience de cette notion. Plusieurs jugements y font allusion ⁽²⁾, dont l'un ⁽³⁾ très intéressant prohibe à Léopoldville la procédure coutumière des prises de gage forcées, source d'abus dans le milieu d'une grande cité. M. PETIT a d'ailleurs eu l'occasion de commenter plus avant ses conceptions en la matière dans une note ⁽⁴⁾ et surtout un article ⁽⁵⁾ qui a fait sensation parmi les spécialistes.

Il est certain que ces idées sont à creuser et susceptibles, en obligeant les juges à éclairer l'ensemble de la coutume d'un jour nouveau, de rendre plus cohérent le droit coutumier et de créer un barrage très utile contre des innovations artificielles et dangereuses pour l'ordre public coutumier.

4) ÉQUITÉ.

Les décrets coordonnés sur les Juridictions Indigènes stipulent qu'en cas d'absence de coutume ou de coutume contraire à l'ordre public, les jugements doivent être rendus en équité. Le déni de justice est prohibé devant toutes les juridictions.

De quelle équité s'agit-il ? Manifestement d'une équité coutumière, comme l'écrit M. A. SOHIER :

Ngoy Mwasu n° 29, *B.J.I.*, 1933, p. 95 ; Territoire de Jadotville, n° 77, *B.J.I.*, 1934, p. 199 et la note sous Parquet de Kasongo n° 13, 18 janvier 1937, *B.J.I.*, 1939, p. 139.

⁽¹⁾ Territoire de Sampwe n° 113, 23 février 1937, *B.J.I.*, 1941, p. 47.

⁽²⁾ Territoire de Léopoldville, jugements n° 5.574, 18 novembre 1954, *Jur. Léo*, v° divorce I ; 5.936, 9 février 1955, *Jur. Léo*, v° Concubinage II ; 6.422, 21 mai 1955, *Jur. Léo*, v° divorce III.

⁽³⁾ Territoire de Léopoldville n° 6.555, 3 juin 1955, *Jur. Léo* v° rétention I.

⁽⁴⁾ Sous Territoire de Léopoldville n° 6.330, 9 juillet 1955, *Jur. Léo* v° ordre public IV.

⁽⁵⁾ Voir *op. cit.*, [p. 40, note 1].

«... l'équité doit être cherchée, non d'après nos idées, mais en confrontant le cas avec l'esprit général des coutumes » (1).

La jurisprudence en contient de remarquables cas d'application. Citons ce jugement (2) rendu en matière d'attribution d'enfants nés d'un patrilinéal et d'une matrilinéale mariés selon des formalités intermédiaires entre leurs coutumes respectives.

Mais les recours à cette faculté de juger en équité sont souvent abusifs ou erronés. Telle cette décision (3) qui déclare qu'en l'absence de coutume en matière de chose jugée la juridiction applique en équité les principes énoncés par le Code Civil. Le respect absolu de la chose jugée n'existe pas en droit coutumier : dans sa négation, ce droit n'apporte-t-il pas une solution en la matière ? Pourquoi ce recours à la législation écrite ? Il est abusif de violer le droit coutumier sur ce point, surtout en recherchant des règles positives dans un droit étranger à son génie.

Pour mieux nous faire comprendre, donnons un autre exemple. Nous savons que maintes coutumes ignorent le testament. Cependant, la plupart d'entre elles en sont arrivées ou tendent à l'admettre en partant de l'exhérédation, puis en passant par l'élection d'un héritier parmi les successibles directs pour enfin aboutir à une plus grande liberté de choix pour le testateur (4). Il n'empêche qu'il serait inadmissible, sous prétexte qu'une coutume ne connaît pas le testament, rejette donc cette institution,

(1) Pratique des Juridictions Indigènes, Bruxelles 1932, n° 13, p. 12 ; dans le même sens, même auteur, Interdiction du mariage polygamique, *J.T.O.*, 1953, p. 45 et MINEUR, L'interprétation des coutumes, *B.R.U.*, 1946, p. 57, n° 16. Voir aussi Territoire de Costermansville, n° 46, 16 mars 1951, *B.J.I.*, 1954, p. 281 avec note.

(2) Territoire d'Élisabethville n° 456, 8 juin 1951, *B.J.I.*, 1952, p. 353 avec la note.

(3) Territoire de Léopoldville n° 7.116, 13 septembre 1955, *Jur. Léo* v° Puissance paternelle I.

(4) Voir références [p. 21, note 3 et p. 43, note 3].

de recourir à l'équité en cette matière, qui plus est, de s'inspirer de la législation civile européenne.

Plus encore que l'ordre public, l'équité doit baigner dans le courant coutumier. Ces notions introduites par le législateur s'apparentent ainsi aux procédés de développement interne du droit coutumier : nous l'annoncions déjà en étudiant les créations jurisprudentielles dans la première partie du présent essai.

5) POUVOIR LÉGISLATIF COUTUMIER.

L'existence et la licéité d'un pouvoir législatif coutumier ne semblent devoir plus être mises en doute après les discussions soulevées à ce sujet à l'Institut Royal Colonial Belge ⁽¹⁾ : le législateur ordinaire a d'ailleurs implicitement admis cette thèse ⁽²⁾.

L'action de ce pouvoir régulier est assez rarement mentionnée, malgré quelques exemples célèbres ⁽³⁾ : c'est qu'elle se fait sentir dans la ligne des adaptations de la coutume aux besoins nouveaux telles qu'elles se traduisent dans la jurisprudence ; de plus, la confusion de fait qui s'est établie dans l'administration indigène entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire ne facilite pas la tâche des observateurs.

M. SALMON ⁽⁴⁾ signale des interventions du pouvoir législatif indigène en matière de preuve d'état-civil ⁽⁵⁾, de suppression de l'indemnité de décès et de limitation du taux de la dot ⁽⁶⁾. A remarquer, pour cette dernière réglementation, qu'elle correspond à un réel besoin du

⁽¹⁾ *Bulletin des Séances de l'I.R.C.B.*, XIX, 1948, 3, p. 662, voir la communication de M. V. DEVAUX, Le problème du législateur au Congo belge, et les discussions qui ont suivi.

⁽²⁾ Décret du 14 juillet 1952 sur la réorganisation du Ruanda-Urundi.

⁽³⁾ Voir Les édits de Msiri, *B.J.I.*, 1938, p. 259, et de BEAUCORPS, *op. cit.*, [p. 28, note 5].

⁽⁴⁾ *Op. cit.* [p. 29, note 3].

⁽⁵⁾ *B.J.I.*, 1953, p. 232.

⁽⁶⁾ *B.J.I.*, 1953, p. 123.

droit coutumier, car non seulement dans d'autres régions congolaises une réforme de ce genre est réclamée (1), mais cette intervention législative coutumière se retrouve au-delà de nos frontières (2). L'efficacité de cette tarification de la dot, tant chez les Warega que chez les Haya, paraît cependant relative : un marché noir de la dot s'est institué. Nous avons signalé une résistance analogue à certaines dispositions législatives de droit écrit : par exemple, en réaction contre le décret sur la polygamie, l'efflorescence d'un certain concubinat à forme matrimoniale (3). Nous ne croyons pourtant pas qu'il faille être pessimiste sur le résultat final de ces interventions législatives : l'insécurité qui entoure ce marché noir de la dot ou ce concubinat qui ne peuvent être sanctionnés par la jurisprudence, finira par avoir raison de ces abus de droit. Mais il serait naïf de croire qu'il suffit d'une disposition législative pour changer brusquement les mœurs et éliminer sans retour des abus.

Au Ruanda, M. G. MINEUR a signalé (4) le travail jurisprudentiel qui visait à débarrasser le contrat d'*ubuhake*, bail à cheptel doublé d'inféodation, des injustices qui l'entachaient. Parallèlement, le Mwami en son conseil, peu assuré de la légalité de son pouvoir législatif coutumier, par des publications mi-circulaires administratives, mi-réglementaires, essayait de guider le mouvement (5). Profitant des pouvoirs qui lui étaient officiellement reconnus (6), le législateur coutumier du Ruanda a décidé l'abrogation progressive de cette institution (7). Certes,

(1) Voir, entre autres, Em. CAPELLE, La limitation du taux des dots, *Zaire*, 1948, p. 956.

(2) Voir *op. cit.* [p. 31, note 2], n° 265, p. 59.

(3) Voir [p. 40, note 1].

(4) *Op. cit.* [p. 28, note 3], p. 10 et 11.

(5) Statut du contrat d'*ubugarubu* de 1941, *B.R.U.*, 1947, p. 137.

(6) Voir [p. 50, note 2].

(7) Voir l'arrêté 1/54 du 1^{er} avril 1954 sur la suppression progressive de la coutume dite *Ubuhake*, *B.R.U.*, 1955, p. 799 et J. VANHOVE, Une réforme d'importance au Ruanda : la suppression du bail à cheptel, *J.T.O.*, 1954, p. 97.

il faut s'attendre à une résistance des bénéficiaires du régime. Les délais de la période transitoire prévue ne seront peut-être pas toujours respectés. L'édifice social et politique du Ruanda est trop lié à l'*ubuhake* pour qu'il en soit autrement, mais on peut raisonnablement espérer que le but poursuivi sera atteint dans un temps relativement bref.

De toute façon, l'évolution de la coutume aurait été trop lente pour espérer modifier le caractère juridique personnel, fondement du contrat, avant longtemps et une intervention législative s'imposait si l'on voulait précipiter le mouvement amorcé.

Nous avons déjà vu d'ailleurs ⁽¹⁾ que des interventions législatives sont indispensables en certains cas pour réformer certaines coutumes. Nous y reviendrons dans la troisième partie de notre essai.

Mais le pouvoir législatif indigène n'est licite que dans des limites bien déterminées. Comme il existe, à côté des textes de droit écrit, des interventions que nous avons appelées para-législatives, il s'est développé au Congo des pseudo-pouvoirs législatifs coutumiers. Il nous faut les examiner.

6) PSEUDO-POUVOIRS LÉGISLATIFS COUTUMIERS.

Ces faux législateurs se sont révélés au Congo sous des apparences très variées. Nous pouvons cependant les ranger en deux catégories que nous observerons successivement : les juges qui s'érigent en législateur d'une part, les pouvoirs législatifs indigènes illégaux de l'autre.

* * *

L'arbitraire du juge, combattu régulièrement par les commentateurs de jurisprudence, est, malgré tout, trop fréquent au Congo.

⁽¹⁾ Voir [p. 24, note 3].

Il faut cependant remarquer que les jugements qui reprennent des formules comme : « attendu qu'il importe de faire évoluer la coutume... » ou « jusqu'à présent nous avons fait..., dorénavant nous ferons... » sont en règle générale rendus sous la présidence d'un Européen qui a imposé sa volonté. Un juge africain n'oserait pas prendre sur lui de braver l'opinion juridique de la masse de ses justiciables, de rejeter une coutume bien établie pour la remplacer de but en blanc par une nouvelle. L'élaboration interne de la coutume ne s'accommode pas de tournants aussi brusques. Les juges que nous visons ici s'arrogent un véritable pouvoir législatif, ils agissent sur la coutume de l'extérieur : ce coup de force, le juge indigène ne l'accomplira pas.

Comment ce phénomène a-t-il été possible ? D'abord, bien sûr, grâce à la confusion des pouvoirs à l'échelon indigène. Ensuite et surtout, il dérive d'une compréhension tout à fait erronée de ce qu'est le pouvoir évolutif de la coutume. Nous reverrons plus avant ces points dans la troisième partie du présent essai.

Mais passons en revue quelques cas d'espèce.

Un jugement ⁽¹⁾ s'en prend ainsi à la coutume qui établit une présomption de responsabilité dans le chef de l'hôte. Il déclare textuellement après l'exposé de la coutume :

« Attendu qu'il convient pourtant de changer cette coutume et d'habituer les indigènes à ce changement par les jugements des cas de cette espèce ».

A remarquer combien cette formule révèle que le président a, illégalement, refusé de s'incliner devant l'avis de ses assesseurs. Mais ce qui surtout doit être souligné, c'est que le tribunal ne s'est pas embarrassé, ce qui était son droit et son devoir, de rechercher si la

(1) Territoire de Bukama n° 658, 8 juin 1949, *B.J.I.*, 1951, p. 91 avec note.

coutume était contraire à l'ordre public. Il connaissait la coutume, mais son caractère insolite aux yeux du président (elle est évidemment ignorée en droit positif européen et même de plusieurs coutumes) lui a paru commander sa disparition dans le bien même de la société indigène. Il est compréhensible que le commentateur du jugement ait dénoncé ce procédé.

L'idéal que poursuivent certains de ces juges peut être d'occidentaliser la coutume : comme le dit un jugement ⁽¹⁾ : « dans le cas présent, il convient de faire prédominer les idées de nos institutions » (européennes) ; par parenthèse, ici encore le président ne cache pas qu'il impose sa volonté. Mais parfois ce principe soi-disant supérieur dérive de conceptions personnelles non seulement étrangères à la coutume, mais encore au droit métropolitain comme celui qui donne la préférence à la filiation naturelle sur la filiation légale. « Attendu... que la paternité du sang doit être protégée » dit un jugement ⁽²⁾, « qu'il convient cependant de sauvegarder la famille naturelle ; que la coutume » (qui exigerait le versement impossible en l'espèce, d'un titre de reconnaissance) « ne pouvant être appliquée dans l'occurrence... » (à cause du principe invoqué) surenchérit un autre ⁽³⁾. Et il ne s'agit pas là d'une jurisprudence purement locale, puisque nous la rencontrons dans une tout autre région de la Colonie ⁽⁴⁾.

Ce qu'il y a de grave dans ce bon plaisir médiéval du juge (les buts qu'il poursuit sont nobles, n'en doutons pas), c'est qu'il se déroule à la fois en marge de la loi, ce législateur d'un nouveau genre ne se préoccupe pas d'analyses de la coutume à la lueur de l'ordre public,

⁽¹⁾ Territoire de Kongolo n° 35, 11 mars 1939, *B.J.I.*, 1942, p. 177.

⁽²⁾ BRIBOSIA, *op. cit.*, [p. 23, note 2], Territoire de Masisi n° 259, *B.J.I.*, 1940, p. 77.

⁽³⁾ Même auteur, même tribunal n° 221, *B.J.I.*, 1940, p. 77.

⁽⁴⁾ Voir tribunal du Secteur Bongale-Bakola, *J.T.O.*, 1953, p. 149 et Territoire de Léopoldville, 18 juin 1951, *J.T.O.*, 1952, p. 100 avec la note.

des libertés garanties, des bonnes mœurs, de l'équité, etc., et en marge du droit coutumier, car ce juge n'envisage chaque fois qu'une manifestation déterminée d'une coutume sans la replacer dans son contexte d'ensemble. Ces interventions incoordonnées, basées sur des critères subjectifs, échappent souvent au contrôle et n'offrent pas la garantie d'une discussion sérieuse sur le fond que présente une intervention d'un pouvoir législatif régulier.

Il est évident, par exemple, que dans certains cas individuels, les présomptions de paternité, alors qu'en Europe elles jouent surtout contre le père légal, et que dans le contexte social congolais elles lui bénéficient, peuvent paraître iniques : la mère, entre autres, a pu, après divorce, se remarier avec le père naturel de son enfant unique et adultérin ; mais qui ne voit que baser, en principe, l'attribution d'un enfant sur la paternité du sang, aboutit à saper dans ses fondements le mariage et l'alliance ?

M. SALMON ⁽¹⁾ signale un cas qui doit tirer son origine d'une semblable intervention : pendant quelques années qui paraissent bien correspondre avec le séjour d'un président de Tribunal de Territoire, les Warega du seul territoire de Pangi ont connu une coutume qui accordait le divorce *de plano* s'il était postulé par l'épouse et son ayant droit. Brusquement, cette coutume fut abandonnée et on en revint dans ce cas aux divorces pour causes déterminées. Il est bien entendu que cette jurisprudence facilitait la tâche du tribunal et lui évitait les recours à la contrainte et aux longues procédures de conciliation, mais quels désordres sociaux il en résultait !

Notons encore qu'il a été signalé que certains administrateurs recouraient au procédé, très louable en soi

(1) *Op. cit.* [p. 29, note 3], *B.J.I.*, 1953, p. 236 et 237.

quand il n'outrepasse pas ses limites, des instructions aux juges africains pour introduire de véritables réformes législatives (1).

Il faut, cependant, dire que les abus en cette matière ne sont pas toujours faciles à détecter ne fût-ce qu'à cause de l'inorganisation du pouvoir législatif coutumier. Ainsi M. DEBATTY (2) rapporte un jugement rendu gracieusement et sans débat. La décision déclare, après avoir entériné un testament et exposé l'évolution de la coutume en cette matière :

« Qu'à l'avenir néanmoins on peut envisager deux formes distinctes de testament »

et établit une réglementation sur ce point. Bien qu'il s'agisse d'un « jugement », sa forme insolite non contentieuse et les commentaires (3) de l'auteur nous font penser que ce jugement n'a peut-être été rédigé que pour exprimer d'une façon solennelle la volonté du pouvoir législatif coutumier de la chefferie Kasha. Mais il faut avouer que le doute est possible.

* * *

Fort différent de l'arbitraire du juge, existe aussi un pseudo-pouvoir législatif coutumier que nous qualifierons d'illégal ou d'irrégulier.

Le besoin d'un pouvoir législatif local pour lutter contre des abus régionaux que la coutume se révèle incapable de combattre sans secours extérieur, a été signalé notamment par E. CAPELLE (4) pour endiguer certaines spéculations sur la dot à Léopoldville. Or

(1) Sur ces abus, voir A. SOHIER, L'évolution des coutumes, *B.J.I.*, 1934, p. 123 et Le droit coutumier au Congo belge, rôle des tribunaux, *J.T.O.*, 1955, p. 99.

(2) *Op. cit.* [p. 21, note 3], rapportant la décision du tribunal de Territoire de Costermansville du 27 juillet 1951, *B.J.I.*, 1955, p. 25.

(3) Voir *B.J.I.*, 1955, p. 29 à 31.

(4) *Op. cit.* [p. 51, note 1].

si la validité d'un pouvoir législatif coutumier peut être reconnue dans les chefferies et même les secteurs, il n'en est pas de même dans les centres extra-coutumiers.

Pressés par la nécessité, nous avons vu des pouvoirs locaux s'ériger en législateur selon une procédure originale, assemblée de juges, conseil de centre, dont le seul défaut est de n'avoir aucune base légale.

Dès avant la dernière guerre, un jugement ⁽¹⁾ s'élevait contre cette pratique. Il s'agissait ici du conseil de centre d'Élisabethville qui, escamotant toute difficulté d'analyse juridique pour les juges, décidait qu'en cas de conflit entre un père patrilinéal et une mère matrilinéale, les enfants seraient attribués par moitié à chacune des lignées des époux. A Jadotville aussi, un temps cette solution parut vouloir s'imposer et nous l'avons personnellement retrouvée à Kipushi.

A Léopoldville, comme le constate une notice ⁽²⁾ suivie d'une solide note de critique :

« Forme la coutume locale le sentiment général de la population constaté par une assemblée spéciale des juges d'une cité indigène ».

Dans ce cas, était en cause la validité des mariages religieux. Nous retrouvons pareille intervention en matière de prise de gage forcée ⁽³⁾.

Une autre méthode employée est celle d'une décision rendue en juridiction gracieuse : nous avons signalé plus haut ⁽⁴⁾ le caractère ambigu d'une semblable procédure.

Juridiquement, ces procédés doivent être rejetés.

⁽¹⁾ Voir Parquet d'Élisabethville n° 590, 9 novembre 1939, *B.J.I.*, 1941, p. 26.

⁽²⁾ Sur Territoire de Léopoldville 18 juin 1951, *J.T.O.*, 1952, p. 100 avec note d'observations.

⁽³⁾ Voir Territoire de Léopoldville n° 6.555 du 3 juin 1955, *Jur. Léo* n° ré-tention I et la note.

⁽⁴⁾ Voir [p. 56, notes 2 et 3].

N'empêche qu'ils révèlent une situation qui mérite solution ⁽¹⁾.

Mais nous empiétons ici, et ce n'est pas la première fois, sur les conclusions qui peuvent être déduites de nos analyses.

III. Quelques conclusions.

1) COMPLEXITÉ DES MÉCANISMES DE TRANSFORMATIONS DES COUTUMES.

Fidèle de bout en bout à une même méthode, nous avons élaboré les deux premières parties du présent essai en évoquant d'abord à notre esprit des cas concrets de transformations des coutumes. Nous les avons groupés alors assez grossièrement par parenté de processus et ce n'est qu'après que nous avons commencé notre rédaction et essayé de définir ces procédés. Or il est remarquable de constater, d'abord, que notre exposé qui n'était en rien préconçu, a obéi de lui-même à un plan logique aux yeux des catégories juridiques classiques et, ensuite, qu'à bien y regarder, la bonne centaine d'exemples qui constituent l'armature de notre exposé, ne se réduisent quasiment aucun, à l'état pur, à l'un ou l'autre de ces processus de transformation, mais se révèlent presque toujours largement hybrides.

C'est que, d'abord, nous nous trouvons en présence d'un droit, nous y reviendrons, et ensuite, d'un mécanisme de développement extrêmement délicat : malgré la longueur relative de cet essai, nous n'avons qu'effleuré un sujet auquel un traité pourrait être consacré.

Déjà dans notre exposé, nous avons attiré au passage l'attention du lecteur sur certains facteurs de nature

⁽¹⁾ Voir note sous Territoire de Léopoldville, 24 mai 1955, *J.T.O.*, 1956, p. 29 et *op. cit.* [p. 43, note 3].

à déséquilibrer l'élaboration harmonieuse du droit coutumier.

Il était absolument nécessaire, au moment où le droit coutumier effectuait son entrée officielle sur la scène judiciaire congolaise, d'analyser sa nature et, notamment, car il s'agissait d'un droit vivant pour lequel une vision trop conservatrice risquait de devenir un péril mortel, de mettre en valeur son caractère évolutif. C'était essentiel, non pas tant pour les juristes indigènes qui par leurs procédés de raisonnement suivaient ce principe, même s'ils ne l'exprimaient pas, que pour les Européens chargés d'appliquer la coutume et de veiller à sa sauvegarde. Malgré quelques oppositions au début, à première vue cette théorie bouleversait la notion de coutume, personne ne songe plus à discuter ce point.

Ce caractère du droit coutumier est d'ailleurs également admis par nos voisins britanniques ⁽¹⁾ et correspond aux conceptions que se faisaient de l'*adat* indonésien les Néerlandais ⁽²⁾.

Mais il est temps d'insister sur le fait que l'évolution n'est pas la formule passe-partout où tant croient trouver la justification d'un apport continu et artificiel de corps étrangers dans le droit coutumier au risque de le faire crouler.

M. MINEUR, quand il parle de l'évolution ⁽³⁾, emploie l'adverbe « insensiblement ». M. GRÉVISSE écrit ⁽⁴⁾ très justement :

« On est tenté d'additionner toutes les mutations et d'utiliser la somme pour conclure du particulier au général et affirmer un profond changement des caractères distinctifs de la masse. Ce faisant on com-

⁽¹⁾ Voir Judicial Adviser's Conference 1953, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1953, p. 24, 7.

⁽²⁾ Voir Dr L. ADAM, Méthodes et modalités d'investigation et de relevé du droit coutumier indigène aux Indes orientales néerlandaises avant la guerre, revue *Kongo-Overzee*, Anvers, XIV, 1948, 5.

⁽³⁾ *Op. cit.* [p. 28, note 3], *B.R.U.*, 1946, p. 4 et 6.

⁽⁴⁾ *Op. cit.* [p. 23, note 3], p. 99.

met une erreur. Elle devient évidente quand on prend physiquement contact avec plusieurs centaines de natifs... dans leur ensemble ils continuent à vivre sur le fond et selon le rythme bantous, se méfient des innovations et exigent la continuité de leur vie ».

Nous ne pouvons pas, dans notre impatience, simplifier le phénomène du travail interne d'adaptation de la coutume et prendre pour révolution ce qui n'est qu'évolution. Les justiciables ne sauraient supporter un renversement continu du droit. La lecture de certains traités de droit européen rédigés en une forme scolastique, se délectant de *contra* et de controverses, se jalonnant de revirements de la jurisprudence de la Cour de Cassation, pourraient faire croire aux profanes que les juristes se meuvent dans un tourbillon d'astuces vaines et fragiles. Ce n'est évidemment que superficiel. La jurisprudence, toutes antennes dehors, ne tâte prudemment le terrain nouveau où elle s'engage qu'après avoir assuré ses arrières : quand un observateur, comme le R. P. L. DE SOUSBERGHE ⁽¹⁾, veut rejeter la coutume des disciplines juridiques en constatant à la fois ses variations et le fait que ces changements ne se traduisent pas par des modifications de maximes, il se méprend à la fois sur la profondeur des transformations subies par la coutume et sur la rigidité temporelle des applications concrètes des règles juridiques évoquées par les juges quels qu'ils soient.

Quand nous lisons dans un vœu que nous avons déjà mentionné ⁽²⁾ : « il est indispensable que la rédaction » (de la coutume) « tienne compte des modifications subies par la coutume ; d'autre part, l'indication des règles anciennes actuellement abandonnées, serait très utile », nous ne pouvons que mesurer la difficulté qui attend les rédacteurs de coutumiers, car s'il est possible dans une perspective historique de saisir le mouvement du droit,

⁽¹⁾ Voir référence [p. 12, note 2].

⁽²⁾ Voir [p. 3, note 1].

il est très malaisé d'en établir les étapes et surtout d'affirmer qu'une règle ancienne a été abandonnée. Lorsque nous parlions du renversement de la présomption fixant la perfection de la vente au Katanga ⁽¹⁾, il faut se rendre compte combien cette évolution est lente, pleine de détours et retours, de jurisprudences divergentes, inconsciente pourrait-on dire et n'est-il pas soutenable que les règles de base n'ont pas varié ?

Lorsque nous avons entrepris notre répertoire coutumier ⁽²⁾, parmi les conseils que nous avons reçus, il s'en trouvait un nous recommandant de bien marquer l'évolution de la coutume et de monter nos rubriques dans cette perspective. Bien entendu, les exemples qui émaillent notre essai prouvent la réalité de l'évolution, mais c'est le résultat d'une analyse subséquente, car l'expérience nous a appris que les matériaux recueillis pour notre répertoire se rangeaient d'eux-mêmes en masses compactes et que les variations dans le temps (et même selon les lieux) étaient beaucoup moins caractéristiques que l'homogénéité d'ensemble.

M. BRIBOSIA ⁽³⁾ annonçait en avant-propos d'un premier envoi de jurisprudence du Territoire de Masisi que vu la rapide évolution de la coutume, ses livrets ultérieurs mettraient en relief les changements subis par le droit depuis cette publication ⁽⁴⁾ : ce qui ne s'est pas produit ⁽⁵⁾ !

Les variations, contradictions, voire aberrations de la jurisprudence des tribunaux indigènes sont-elles aussi importantes que certains le soutiennent ? Notre expérience personnelle ne nous l'a pas appris. Et si nous consultons un auteur qui l'affirme et examinons les cas

⁽¹⁾ Voir [p. 17, note 2].

⁽²⁾ Voir [p. 38, note 1].

⁽³⁾ *Op. cit.* [p. 23, note 2].

⁽⁴⁾ *B.J.I.*, 1941, p. 73.

⁽⁵⁾ *B.J.I.*, 1941, p. 98 et 1942, p. 147.

qu'il cite ⁽¹⁾, nous constatons qu'ils peuvent s'expliquer sans trop de difficultés : le fait, par exemple, qu'après le divorce la dot est remboursée par le père de la femme au mari ou par le père de la femme au père du mari ou par le père et la mère de la femme chacun pour parties, ne s'insère-t-il pas dans un des systèmes dotaux habituels d'Afrique noire ? Ces jurisprudences peuvent très bien ne pas s'annuler : ce sont les cas d'espèce qui diffèrent.

C'est que les juges coutumiers ont besoin d'assurer continuellement leur légitimité aux yeux des justiciables ; la coutume doit demeurer un tout cohérent, partant son évolution ne peut être dans l'ensemble que progressive. Ils ne marquent l'opposition entre la règle nouvelle et l'ancienne que lorsque celle-ci est vraiment désuète et que son rappel peut expliciter le droit actuel ⁽²⁾.

Mais comme nous le disions en commençant ce chapitre, l'évolution n'est pas seulement lente, elle est aussi complexe. Rien n'est plus faux que certaines positions simplistes, d'où qu'elles viennent, par exemple celles de ceux qui veulent presser l'évolution dans des questions non encore mûres, comme celles de ceux qui incriminent tout changement à la néfaste et directe influence des Européens.

Dans les cas où le phénomène est en apparence le plus simple, une analyse un peu attentive révèle un entrecroisement d'influences diverses.

Il est certain par exemple que le rôle mitigé d'office d'état-civil joué par les juridictions indigènes, en marge des attributions qui leur étaient dévolues par la loi, poursuit des buts administratifs où se décèle une pression des autorités territoriales. Mais il convient de remarquer que cette tendance se dessinait il y a déjà

⁽¹⁾ A. RUBBENS, La codification de la coutume, *Bulletin des Séances de l'I.R.C.* B., XIX, 1948, 3, p. 696.

⁽²⁾ Voir références reprises [p. 35, note 1 et p. 46, note 1].

vingt ans ⁽¹⁾, qu'elle s'est doublée d'une réglementation écrite ⁽²⁾, que si elle correspond à un besoin administratif, elle répond aussi à une nécessité judiciaire dans les déficiences contemporaines du système traditionnel des preuves et se complique, de plus, d'une réaction coutumière à l'encontre de la façon trop peu contrôlée dont sont mentionnés les états-civils dans les pièces d'identité et de recensement ⁽³⁾.

Lorsque nous lisons dans un article récent ⁽⁴⁾ à propos des redevances de chasse :

« Il faut remarquer que parler d'*évolution* est jouer sur les mots. En fait, il y a intervention directe de l'administration européenne qui, faisant usage d'un pouvoir accordé par la loi, abroge le droit au tribut coutumier et le remplace par le paiement d'une taxe tarifée »,

nous devons reconnaître qu'il y a certainement là une intervention extérieure européenne, mais aussi, cependant, faire remarquer qu'au Sud-Katanga où les coutumes régionales distinguent très nettement tribut et redevance de chasse, certains chefs désirent que le tribut proprement dit, au moins pour partie et en certaines circonstances, entre dans la caisse de chefferie. Bien entendu, la situation est assez différente de celle des Mongo, où l'organisation politique, si on peut l'appeler ainsi, traditionnelle et la propriété foncière se confondaient avec la famille, mais il y a gros à parier que depuis l'occupation européenne la coutume dissocie la notion du chefpropriétaire de celle du chef politique avec toutes les conséquences qui peuvent en découler.

Il convient donc de se montrer extrêmement prudent

(1) Territoire de Coquilhatville n° 107, 11 août 1934, *B.J.I.*, 1937, p. 122 avec note et Chefferie Kabongo, n° 19, *B.J.I.*, 1934, p. 171.

(2) Voir [p. 21, note 2] et l'ordonnance 12/310 du 17 octobre 1951 sur le statut du personnel auxiliaire de l'administration d'Afrique.

(3) Voir, notamment, note sous deux jugements du tribunal de Centre de Kipushi, *J.T.O.*, 1951, p. 114 et Parquet du Lualaba 21 novembre 1953, *J.T.O.*, 1954, p. 26.

(4) G. HULSTAERT, Note sur les redevances de chasse, *Zaire*, 1956, p. 283.

lorsqu'on aborde les transformations subies par le droit coutumier et se méfier des conclusions aussi hâtives que lapidaires.

2) LA COUTUME EST DU DROIT.

Nous avons montré comment les matériaux de base du présent essai, tous exemples vécus, se sont répartis d'eux-mêmes en des catégories juridiques classiques. Lorsque nous avons entrepris notre activité de noticier au *Bulletin des Juridictions Indigènes*, il ne nous a pas fallu longtemps pour remarquer qu'une fois le superflu anecdotique, mine de renseignements pour l'ethnographe, bien déterminé, la jurisprudence des tribunaux indigènes commandait les définitions juridiques du type courant ; la rédaction d'un répertoire reprenant plus de cinq mille décisions a renforcé notre opinion à ce sujet.

Or il se trouve au Congo un fort parti pour rejeter la coutume des disciplines juridiques.

A part certains réflexes superficiels, la pratique ne prend plus le droit coutumier, que le législateur a dénommé la coutume, pour la source particulière du droit qu'est la coutume au sens restreint. Le droit coutumier n'est pas pétrifié, c'est celui qui vit sous nos yeux.

Mais en confondant le droit (*law* en anglais) avec de simples usages (*custom*), nous voyons une large part des études coutumières congolaises faussées par un mauvais départ. Le droit est cet ensemble de dispositions écrites ou non, qui règlent obligatoirement les rapports de la société tant au point de vue des personnes que des biens ; l'inobservance du droit doit pouvoir être sanctionnée, pénalement ou civilement, par les tribunaux : il s'incarne donc dans la jurisprudence.

Une fois que l'on s'écarte du droit ainsi défini et qu'on prétend y insérer des disciplines étrangères, on s'égare sans retour.

C'est ainsi que le droit n'est pas une philosophie des relations sociales. Certes, comme l'écrit G. BRAU ⁽¹⁾ :

« La religion représente un des principaux matériaux constituant la base sur laquelle repose tout le Droit Coutumier Lunda ».

Ceci est vrai du christianisme pour les divers droits européens depuis, et y compris, les compilations de JUSTINIEN. Mais ce qui est inadmissible, c'est de faire de la philosophie le droit et de rejeter de celui-ci ce qui ne cadre pas avec la religion. C'est ainsi que M. POSSOZ ⁽²⁾ et son école en arrivent à ramener le droit à une « doctrine » ; il correspond non aux « mœurs nègres telles qu'elles sont » mais « telles qu'elles doivent être selon l'esprit nègre, selon la logique interne du droit nègre » ⁽³⁾. Il réduit le droit à une philosophie et le fait juridique ne l'est guère que pour autant qu'il s'intègre dans cette philosophie. C'est ainsi que l'auteur étudie le « droit sacré ». Nous pourrions multiplier les exemples, mais bornons-nous à une seule citation : « leur droit » (des pygmées et nègres) « est lié à l'invisible, religieux dans son sommet » (et non sa base, comme le dit M. BRAU) « et synthétique ou global dans sa méthode ou dans son caractère scientifique : il n'est ni laïcisé ni cartésianisé. Il est en somme plus juridique que chez nous » ⁽⁴⁾.

Il est évident qu'un droit ainsi entendu doit en arriver ou au rejet de toute innovation contraire à la philosophie bantoue qui le somme et, par conséquent, n'entérine pas l'évolution du droit d'une société de plus en plus composite et dont les modes de vie et de pensée sont bouleversés, ou, par contre, accumulant les superstitions,

⁽¹⁾ *Op. cit.* [p. 28, note 4], *B.J.I.*, 1941, p. 155, finale de l'avant-propos.

⁽²⁾ Voir, *op. cit.* [p. 24, note 1].

⁽³⁾ P. 18.

⁽⁴⁾ P. 105. On comprend qu'une vue aussi originale du droit ait pu faire croire à l'ethnologue Ed. DE JONGHE que c'est « une science normative » : A propos de la codification de la coutume, *Bulletin des Séances de l'I.R.C.B.*, XIX, 1948, 3, p. 703.

préjugés, attitudes morales contradictoires des individus, à l'impossibilité de dégager les règles des rapports sociaux, à l'affirmation qu'il n'y a pas de droit, au chaos en un mot.

Mais il est utile d'illustrer nos affirmations.

La législation des pays européens nous fournit des exemples de cette discordance entre le droit et la philosophie : si l'article 212 du Code Civil Napoléon proclame : « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance », comment concilier cette déclaration de principe, qui restera immuable, avec les projets de ceux qui réclament la possibilité offerte par certaines législations européennes, du divorce pour démence incurable du conjoint ? Il y a un siècle, le divorce lui-même, extrêmement rare, ne soulevait-il pas la réprobation morale quasi-unanime de la population : il faisait pourtant partie du droit.

Mais nos Noirs eux-mêmes font la distinction.

C'est ainsi qu'en certains endroits, ils sont convaincus que le mariage du puîné avant l'aîné est frappé de stérilité, sanction de l'au-delà. Nous avons rencontré des cas d'espèce à Lusambo : aucune sanction juridique ne frappait le contrevenant, son mariage était parfaitement valide, les liens familiaux qui l'unissaient aux siens et, en particulier, à son aîné étaient aussi intimes que par le passé, mais il se désolait de n'avoir pas d'enfant, mal irrémédiable selon lui, ce qui ne l'empêchait pas de consulter à ce propos un médecin européen.

Autre exemple : un type de contrat d'amitié est à la fois magique et juridique, il comprend un pacte de non-agression judiciaire et un lien mystique en vertu duquel la mort d'un ami entraîne celle de l'autre (1). La jurisprudence sanctionnera la clause de règlementation amiable des litiges (2), mais jamais si l'un des amis

(1) Voir DE SOUSBERGHE, Pactes d'union dans la mort, *Zaire*, 1954, p. 391.

(2) Voir LACOSTE, La justice coutumière chez les Bangengele, *B.J.I.*, 1952, p. 233, v^o Amitié, mention d'un jugement de mars 1949.

s'avisait de survivre, un héritier du défunt ne songerait à réclamer l'exécution de la conséquence magique du contrat.

Aussi est-il vain de tenter l'inconciliable en voulant à tout prix faire coïncider droit et philosophie : n'a-t-on pas voulu démontrer que le mariage chrétien s'insère dans la philosophie bantoue (1) ?

Mais continuons, car l'argument suprême de certains, c'est que les Noirs sont incapables de distinguer de simples croyances ou habitudes du droit : la fameuse affirmation que la mentalité indigène se perd dans les subtilités juridiques à l'euro péenne. Or voyons comment s'expriment les juges bien traditionnels d'un petit tribunal secondaire ; ils rejettent la demande en divorce d'une femme en ces termes :

« La coutume des Wanianga prévoit la circoncision de tous les hommes, mais elle ne prévoit pas que son défaut soit une cause de divorce ; il faut qu'une femme soit sans pudeur pour invoquer un tel motif » (2).

Mais avec la circoncision, nous abordons l'un des domaines de l'ethnologie.

En elle-même la circoncision a très peu d'importance juridique ; les rites d'initiation qui peuvent l'entourer ont une signification sociale ou religieuse bien plus intéressante que leurs répercussions juridiques : il serait inadmissible que le juriste qui s'occupe des Juridictions Indigènes ignore ces institutions, mais il est superflu qu'il les connaisse jusque dans les moindres détails. C'est là un des domaines de l'ethnologue.

Le juriste européen en des litiges juridiquement fort simples, dans tel accident de mine, par exemple, il apprécie s'il y a relation de cause à effet entre le coup

(1) Voir PETIT, *op. cit.* [p. 15, note 3], *J.T.O.*, 1956, p. 36.

(2) Voir BRIBOSIA, *op. cit.* [p. 17, note 2], rapportant le jugement n° 473 du Tribunal secondaire Walowa Loanda, *B.J.I.*, 1942, p. 149.

reçu par la victime et sa mort et aussi si ce coup fut provoqué par l'imprudence d'un tiers, ce qui ne soulève aucune difficulté en droit, doit être capable de suivre les exposés techniques que lui feront les experts, ingénieurs et médecins. C'est pourquoi les programmes universitaires exigent de lui une solide formation de base et pendant deux ans, avant d'aborder le droit proprement dit, étudie-t-il la philosophie, l'histoire, la littérature etc., mais nul ne songe à déclarer que l'ingénieur ou le médecin qu'il entend sont mieux à même que lui de trancher le litige qui lui est soumis.

Or c'est ce qui se passe au Congo à propos du droit coutumier ! Nous avons déjà eu en une autre circonstance ⁽¹⁾ l'occasion de rencontrer cette opinion, mais elle revient sur le tapis ⁽²⁾ : les ethnologues et les sociologues prétendent maintenir, comme ils le sont actuellement en fait, les juristes à l'écart du droit coutumier. Et certes, il est absolument indispensable pour un juriste coutumier de posséder une connaissance approfondie du milieu où vivent ses justiciables ; il ne lui est pas permis d'ignorer les travaux des ethnologues et sociologues, mais de là à faire du droit une branche annexe de la sociologie et de l'ethnologie, il y a une marge. Or le danger de cette situation, c'est que le sociologue enregistre objectivement les changements de la société, transformations beaucoup plus rapides que celles du droit, le jeu des adaptations internes du droit freinant nettement le mouvement, de plus, dans un pays où les conditions de vie sont aussi bouleversées, se développent des abus de droit que le sociologue ne peut qu'enregistrer, mais que le juriste doit dénoncer. Si l'ethnologue lui aussi doit serrer de près la réalité vivante, sa formation, cependant,

⁽¹⁾ Voir *op. cit.* [p. 10, note 2].

⁽²⁾ Voir BRAUSCH, L'avenir du droit coutumier africain, *Problèmes d'Afrique Centrale*, 1955, p. 198, à comparer avec A. SOHIER, Un symposium de droit coutumier, *J.T.O.*, 1955, p. 108.

l'incite souvent à rechercher l'état ancien, et révolu, de la société, beaucoup plus intéressante à son point de vue que l'actuelle, plus facile aussi peut-être à étudier puisqu'il s'agit d'un fossile fixé, mais qu'il faut s'empresse de saisir, car il sera sans doute trop tard lorsque les vieilles générations où il recrute ses informateurs, seront passées : il a donc tendance à rejeter du droit ses dernières innovations. L'expérience congolaise d'ailleurs est on ne peut plus formelle à cet égard : la stérilité de tant de travaux ethnographiques, d'un intérêt puissant dans leur domaine, pour le praticien forcé de siéger dans les juridictions indigènes ou de les inspecter, a provoqué, à la suite des décrets organisant ces tribunaux, la naissance de plusieurs revues juridiques spécialisées en droit coutumier et l'abordant d'une manière tout à fait inédite.

Le risque de paralyser le droit coutumier en ne le traitant pas comme du droit, mais en le confondant avec d'autres disciplines, est grand ; dissimulé par les usages, les questions de fait, il peut se perdre sans retour. Il est symptomatique d'ailleurs de constater combien peuvent être pessimistes sur l'avenir de ce droit certains de ceux qui prétendent en écarter les juristes (1).

Il faut qu'une certaine méfiance envers la formation juridique disparaisse : il est certain, par exemple, que lorsque nous constatons au Katanga que le chasseur doit donner une partie de la bête au chef du clan où elle fut abattue et une autre au chef politique, nous nous trouvons d'un côté devant une obligation civile, de l'autre un devoir fiscal et nous demeurons purement objectif en les distinguant ; pourquoi écrire alors à propos de la notice d'un jugement :

« On y voit combien est poussée loin la fiction puisqu'on y parle de *droit fiscal coutumier* » (2).

(1) Voir *op. cit.* [p. 10, note 1].

(2) Voir *op. cit.* [p. 63, note 4], *Zaïre*, 1956, p. 283.

Même s'il ne veut pas « généraliser » (1), l'auteur décèle dans le chef du noticier une volonté bien étrangère à la sienne, de plier le droit coutumier à ses fins ; ajoutons, cependant, que le cas d'espèce est difficile, car dans certaines régions, pouvoir politique et pouvoir familial se confondent et dans d'autres, le pouvoir politique a confisqué (le terme est fort, car il est le résultat souvent sans doute d'une longue évolution) la propriété du sol à son profit.

Ce qui nous paraît lamentable dans des malentendus de ce genre, c'est que le seul emploi du vocable juridique exact soit considéré comme une entreprise anti-coutumière !

Aussi n'est-ce pas sans appréhension que nous voyons recommander de recueillir les coutumes « dans une perspective sociologique » (2).

Que le droit ne soit pas isolé, c'est évident ; il en est de même de toutes les sciences dont le comportement de l'homme est l'objet. Ce n'est pas une raison pour traiter le droit comme s'il n'était pas juridique (3). Il est impossible de comprendre les mécanismes de transformations de la coutume et de déterminer les maux qui menacent son existence et les remèdes appropriés si on rejette cette base.

Et est-il si difficile de distinguer le droit du milieu où il baigne ? L'étude de la jurisprudence montre que les juges indigènes le font. Et l'honnête homme aussi. Nous n'en voulons pour preuve que cette phrase d'un médecin éminent (4) qui bien que n'étant pas juriste, ne s'en prend pas pour autant pour ethnologue :

« Tabou (*kizila*) est la chose interdite, soustraite à l'usage courant et, lorsque l'interdiction est violée, la sanction n'est pas une peine

(1) P. 286.

(2) Voir [p. 3, note 1].

(3) Voir à ce sujet A. SOHLER, Comment étudier le droit coutumier, *B.J.I.*, 1947, p. 173.

(4) D^r J. BERTRAND, Observations et réflexions, *Cepsi*, n° 29, 1955, p. 63.

éditée par une loi civile, mais une calamité, un désastre qui frappe le vrai coupable ».

3) NÉCESSITÉ D'ORGANISER LE POUVOIR LÉGISLATIF COUTUMIER.

Nous avons vu que l'interaction des divers processus de développement interne de la coutume aboutit à une évolution lente qui ne permet pas à la jurisprudence de donner sagement le coup de barre qui s'impose en certains cas ou de mettre sur pied une réglementation toute nouvelle dictée par les nécessités sociales.

Le législateur ordinaire de la Colonie n'est pas suffisamment en contact avec les réalités locales fort variables pour agir à coup sûr : c'est ainsi que la surenchère de la dot, plaie sociale de Léopoldville, ne sévit pas au Katanga, que certains abus du contrat de bail à cheptel se localisent dans l'Est, une réglementation uniforme et générale en pareilles matières risque d'être plus nocive que bénéfique.

Le malheur veut que le pouvoir législatif coutumier régulier là où il pouvait continuer à fonctionner s'est souvent effacé ; de plus, le découpage administratif de la Colonie ne correspond souvent pas aux aires coutumières réelles : une tribu très homogène peut être répartie sur plusieurs territoires et l'intérêt est évident de la voir dotée d'un législateur unique. Sans compter qu'en maints endroits, comme les Centres Extra-Coutumiers, les pouvoirs législatifs qui se sont constitués sont illégaux.

Le résultat en est que, sous la pression des circonstances, ou les juges s'habituent à s'ériger en législateur de fait, sombrent dans l'arbitraire, prennent le chemin de la facilité en abandonnant celui du droit et que l'insécurité devient le lot des justiciables au grand dam de la paix sociale, ou les juridictions sont soumises à l'action

extérieure d'autorités extra-judiciaires non contrôlées et irresponsables, mal informées le plus souvent des nécessités profondes du droit et agissant surtout sur des points particuliers sans envisager l'édifice d'ensemble de la coutume.

C'est pourquoi tant d'observateurs, éminents praticiens de la coutume ⁽¹⁾, réclament l'organisation du pouvoir législatif coutumier. Cette nécessité dépasse d'ailleurs le cadre congolais, puisqu'il répond à un besoin d'autres territoires africains ⁽²⁾.

Comment organiser ce pouvoir législatif, en dehors du fait que, dès à présent, il convient de le protéger là où il subsiste ? Ceci dépasse le cadre de notre essai. Mais nous pouvons quand même insister sur le fait que les autorités indigènes doivent y avoir une voix prépondérante effective, que cette institution doit être nettement distincte des tribunaux, même si les juges en font partie, que d'ailleurs le ressort dévolu à chacun de ces pouvoirs législatifs ne doit pas nécessairement coïncider avec celui de chaque juridiction de base. C'est ainsi du reste que le Ruanda et l'Urundi ont chacun un conseil unique pour tout leur territoire ⁽³⁾, les Haya du Tanganyika Territory aussi ⁽⁴⁾ et même chez les Warega, la compétence du conseil législatif semble excéder celui de la circonscription indigène ⁽⁵⁾. La sanction du pouvoir exécutif, peut-être aidé d'un comité, permettrait d'éviter que les faux pas des conseils législatifs sortent leurs effets.

Il nous paraît certain que l'arbitraire du juge est inévitable si un pouvoir législatif coutumier n'est pas mis

⁽¹⁾ Voir, entre autres, DEVAUX, *op. cit.* [p. 4, note 1], *B. J. I.*, 1938, p. 199, 225 et 226 ; GRÉVISSE, *op. cit.* [p. 23, note 3], p. 101 ; CAPELLE, *op. cit.* [p. 51, n. 1].

⁽²⁾ Voir la résolution n° 3 du symposium d'Amsterdam, *J. T. O.*, 1955, p. 139.

⁽³⁾ Voir [p. 50, note 2].

⁽⁴⁾ Voir *op. cit.* [p. 31, note 2].

⁽⁵⁾ Voir SALMON, *op. cit.* [p. 29, note 3].

sur pied : l'expérience néerlandaise est symptomatique : aucun pouvoir législatif coutumier n'était organisé en Indonésie et l'on s'y méfiait des autorités traditionnelles, aussi, bien qu'« un des avantages de ce droit » (l'*adat*) « est son aptitude à se plier, sa facilité de s'adapter aux conditions sociales changeantes » (1), quand le juge « ne peut trouver un sens de justice clair parmi les justiciables » (2) était-il autorisé à « suivre son propre sentiment de justice et son sens commun » (3) ; ce qui ne peut aboutir qu'à la confusion. Et nous n'avons pas été étonné d'apprendre que l'Indonésie indépendante songe à adopter l'un des derniers droits occidentaux.

4) DEVOIR DE PRUDENCE DU POUVOIR LÉGISLATIF EUROPÉEN.

Qu'il agisse par décrets ou par arrêtés, il ne saurait trop être recommandé au législateur européen, même lorsque son but paraît totalement étranger au domaine coutumier, de prévoir quelles peuvent être les répercussions de ses dispositions sur le droit coutumier. Il suffit d'avoir observé les réactions des indigènes devant la généreuse législation sur les accidents de travail qui leur paraît en certain cas une iniquité, pour en être convaincu : aurait-il été impossible de découvrir une formule d'harmonisation avec le système coutumier ?

Peut-être que le comité éventuellement chargé par le pouvoir exécutif de l'assister lors de la sanction des décisions des conseils législatifs coutumiers pourrait être appelé à donner ses avis sur tout texte législatif ordinaire ?

Quant aux interventions para-législatives, qui ne voit qu'elles ne sont qu'un pis-aller, qu'incontrôlées, pour-

(1) Voir ADAM, *op. cit.* [p. 59, note 2], surtout p. 12 à 15, VI à XI.

(2) P. 14.

(3) P. 15.

suivant des buts étrangers au droit, elles conduisent, si elles se multiplient, à l'anarchie, à la destruction pure et simple de la coutume ? Puisqu'il se révèle indispensable de mettre de l'ordre dans le domaine coutumier, mieux vaut être régulier jusqu'au bout !

5) NÉCESSITÉ D'ORGANISER LA SÉPARATION DES POUVOIRS EXÉCUTIF ET JUDICIAIRE A L'ÉCHELON DES JURIDICTIONS INDIGÈNES.

Voici des années que les spécialistes juristes insistent sur la nécessité d'assurer, selon le vœu exprès du législateur, la protection de la procédure traditionnelle (1). Or le mal n'a fait que s'accroître (2). Par ignorance parfois, souvent pour des raisons extra-judiciaires, renforcement du pouvoir d'autorités politiques indigènes, facilité d'un contrôle rapide, etc..., on en est arrivé en maints endroits à saboter la procédure coutumière pour la remplacer par une caricature abrégée de nos juridictions européennes pénales inférieures les moins formalistes. Or toute atteinte à la procédure constitue une entrave au raisonnement juridique des juges et aboutit à la dégradation du droit. Les rouages précis, mais fragiles, de l'évolution commandent, qu'une bonne fois pour toutes, il soit mis fin en matière de juridictions indigènes aux bulletins de victoire à coups de statistiques : augmentation du nombre des jugements rendus, du chiffre des amendes perçues, etc... (3), aux affres de la liquidation d'arriérés judiciaires à coup de procédures expéditives, au combat mené contre les arbitrages et procédures conciliatoires (4). Cet effort de restauration de la procédure

(1) Voir, notamment A. SOHIER, *op. cit.* [p. 49, n. 1], p. 12, n° 13 et p. 21, n° 32.

(2) Voir DE SOUSBERGHE, *op. cit.* [p. 10, n. 1].

(3) Voir, par exemple, Rémunération des juges indigènes, *J.T.O.*, 1953, p. 172.

(4) Voir par exemple, SALMON, *op. cit.* [p. 29, note 3], *B.J.I.*, 1953, p. 125 et Parquet de l'Urundi, 3 novembre 1949, *J.T.O.*, 1950, p. 33 avec note.

coutumière ne sera efficace que doublé de l'indépendance des juridictions à l'égard du pouvoir politique dont les interventions ont tant contribué à la confusion actuelle.

D'une façon plus générale, l'organisation judiciaire elle-même doit tenir compte des problèmes posés par les transformations des coutumes. Elle doit être assez forte pour permettre aux juges de résister à diverses pressions administratives qui s'exercent sur eux. Elle doit être enfin assez ferme et informée pour apprécier divers facteurs difficiles qui interviennent dans l'évolution du droit : conflits de coutumes, élucidation de l'équité, définition de l'ordre, public, etc... Nous ne voudrions pas que l'on prenne les lignes qui vont suivre pour ce qu'elles ne sont pas, nous ne visons pas ici des personnes, mais un système et, notamment, nous tenons à rendre hommage à tant de territoriaux champions de l'idée coutumière et dont les travaux forment la majorité de ceux que nous avons cités dans le présent essai. Nous tenons également à affirmer dès le début que les juridictions indigènes ont besoin d'un encadrement de spécialistes qui, au Congo du moins, ne saurait être à l'heure actuelle qu'européen avant tout ; comme l'écrit un territorial éminent ⁽¹⁾ :

« Quand dans un territoire les Juridictions Indigènes donnent satisfaction, ce succès n'est pas dû au jeu dominant de facteurs internes stables. Il faut, au contraire, le rapporter à l'action particulièrement intense et heureuse d'un ou plusieurs hommes, européens en général, indigènes trop rarement ».

On ne saurait guère trouver de meilleure preuve de la vitalité du droit coutumier que le fait que son évolution s'est déroulée, malgré tout, avec une certaine cohérence et homogénéité par tout le Congo. En effet, les tribunaux de revision sont présidés par des fonctionnaires surchargés de besogne, rarement juristes, presque jamais

(1) GRÉVISSE, *op. cit.* [p. 23, note 3], p. 93.

contrôlés et fonctionnent souvent selon l'intérêt que prend le président à la coutume : on a vu certains tribunaux de Territoire cesser de siéger des années entières et ne reprendre leur activité, même en dehors de toute saisine d'office, qu'à l'arrivée d'un nouvel Administrateur. On serait, d'autre part, effrayé de relever la proportion de jugements rendus en certains lieux sous la présidence d'Administrateurs Territoriaux Assistants premier terme ! Lorsque nous remontons aux juridictions d'annulation, nous constatons que ces cours de cassation aux pouvoirs restreints, mais régulatrices quand même, incoordonnées, imposent une conception de certains points de droit qui diffère non seulement d'un tribunal de parquet à l'autre, mais encore d'un juge à l'autre à l'intérieur du même parquet ! Ici aussi, nous voyons qu'une grande partie des sentences sont rendues par des juges premier terme qui une fois arrivés à une certaine expérience, de par leurs fonctions, ne siègent plus en matière coutumière. Il y a plus : certains en sont arrivés à dénier le droit aux parties de saisir le Tribunal de Parquet en matière d'annulation ⁽¹⁾ ! Et nous ne disons rien du manque de formation des juges indigènes eux-mêmes !

Il nous faut repenser l'organisation des juridictions indigènes à la lumière du principe de la séparation des pouvoirs, veiller à les doter d'un encadrement spécialisé, former les juges qui servent le droit coutumier et prévoir des cours régulatrices de jurisprudence.

Il ne s'agit plus ici de vaines querelles de service, mais de sauver le droit coutumier.

L'expérience de nos voisins britanniques en ce domaine peut nous être salutaire.

La brochure publiée en 1953 par le Secrétariat d'État aux Colonies de Londres et que nous avons déjà men-

(1) Parquet du Sud-Kivu, 23 janvier 1953, *B.J.I.*, 1953, p. 40, *J.T.O.*, 1953, p. 65.

tionnée ⁽¹⁾, nous montre comment dans leurs différentes colonies africaines, les Britanniques en sont arrivés, après avoir dépassé cette rivalité à laquelle nous venons de faire allusion, à nommer dans leurs divers territoires des *Judicial Advisers*, juristes chargés de l'inspection des juridictions indigènes et des *Supreme Courts*, premier pas vers l'intégration complète de ces tribunaux au système judiciaire d'ensemble, chargées de coordonner la jurisprudence. Cette organisation unitaire et ce transfert des tribunaux coutumiers aux mains d'un pouvoir judiciaire indépendant, se justifient en très grande, en majeure partie même, par la nécessité de guider l'évolution du droit coutumier, traité comme une branche nettement juridique et de préserver son originalité. Signalons que la brochure insiste sur la formation juridique indispensable aux juges. Notons aussi que cette brochure attire l'attention sur les vœux exprimés par les indigènes eux-mêmes dans ce sens, des Africains ayant d'ailleurs participé à la conférence résumée dans la brochure.

6) DE LA CODIFICATION ET DE LA RÉDACTION DES COUTUMES ⁽²⁾

C'est en se basant sur le phénomène de l'évolution que la brochure que nous venons de citer ⁽³⁾ et la conférence de Bukavu ⁽⁴⁾ se montrent très réticentes envers les codifications. Les avis sont partagés parmi les juristes indigènes, car il nous a été donné de rencontrer parmi eux des partisans et des adversaires de la codification.

⁽¹⁾ Voir [p. 59, note 1].

⁽²⁾ Les considérations qui suivent ont été rédigées avant le colloque mentionné dans l'avant-propos. Il conviendra de les comparer avec les résultats de ce colloque lorsqu'ils seront publiés. Voir également A. SOHIER, La rédaction des coutumiers, *J.T.O.*, 1956, p. 83, qui vient de paraître tandis que nous corrigeons les épreuves de la présente étude.

⁽³⁾ Voir [p. 59, note 1].

⁽⁴⁾ Voir [p. 3, note 1].

Quels sont les avantages de la codification ? Elle permet de soustraire les justiciables à l'arbitraire du juge ; elle leur assure sur toute l'étendue couverte par un droit les avantages d'une loi unique ; elle facilite l'étude du droit ; elle permet, enfin, de fixer un *corpus juris* sur lequel peut travailler le législateur.

Quels en sont les désavantages ? Elle peut engendrer une cristallisation du droit, entrave à son développement ressentie particulièrement là où n'existe pas un législateur actif ; en figeant les diverses coutumes, elle empêche dans les contrées multiraciales la formation d'un droit commun nécessaire et oppose les coutumes les unes aux autres ; enfin elle n'offre qu'une garantie illusoire si une juridiction coutumière supérieure unique ne fixe pas l'interprétation de la loi dans les sujets controversés.

Nous pouvons en conclure que la codification demande la réunion des conditions suivantes :

a) Une population homogène occupant un territoire relativement peuplé et étendu ;

b) Une coutume unique suffisamment connue et pratiquée par des juristes coutumiers professionnels ;

c) Une organisation judiciaire hiérarchisée, coiffée par une cour coutumière régulatrice ;

d) Un pouvoir législatif indépendant des tribunaux, assez efficace pour apporter au code, en temps opportun, les modifications dictées par l'évolution des idées et des faits.

Dans les territoires belges d'Afrique, seuls le Ruanda et l'Urundi sont à même de répondre rapidement à ces exigences (1).

* * *

(1) L'Urundi, pour deux millions d'habitants, ne compte guère plus de 10.000 Noirs allogènes, la plupart concentrés à Usumbura : voir LE MAIRE DE WARZÉE, La réforme de l'organisation des Juridictions Indigènes du Ruanda-Urundi, *J.T.O.*, 1953, p. 142. La proportion doit être encore plus faible au Ruanda.

Si nous ne pouvons envisager pour l'avenir immédiat que d'exceptionnelles codifications de coutume, par contre, il y a toujours avantage à établir un recueil de coutume : garantie pour le justiciable, guide pour le juge, base de discussions pour l'enrichissement du droit.

Il est indispensable de ne pas partir avec une idée, un système préconçus du droit coutumier : mouler les faits dans des cadres rigides préétablis risque de gauchir le réel, de stériliser les efforts d'investigation.

A notre avis, une enquête doit comprendre deux relevés parallèles destinés à se compléter et à se recouper.

Le premier relevé doit consister à faire exposer par quelques juristes noirs sélectionnés la coutume matière par matière ; ils devront être obligés d'émailler leur compte rendu d'exemples vécus et de sentences, de pure sagesse au besoin. Ils ne seront pas bousculés par un horaire précis, ni sollicités dans un sens ou dans un autre : l'enquêteur devra se méfier d'un questionnaire trop précis, ni exiger des réponses là où il ne peut y en avoir : par exemple, en matière testamentaire, là où le testament est inconnu.

Le second relevé comprendra un dépouillement systématique de toute la jurisprudence, sa mise sur fiche et un collationnement assez souple par genres, sans schéma préétabli. Les juges devront se trouver auprès de l'enquêteur et lui expliquer la portée et les circonstances de chacun des jugements, être prêts à compléter les indications souvent sommaires de la feuille d'audience.

La confrontation des deux relevés se fera alors contradictoirement en invitant juges et juristes à s'expliquer sur les divergences. Un projet de recueil sera alors rédigé en suivant l'ordre de présentation de la logique des indigènes. Chaque règle sera suivie de l'exemple jurisprudentiel. Doivent être impitoyablement rejetés du relevé des règles, les faits qui ne sont pas susceptibles de s'incarner dans la jurisprudence, tout au plus ces usages

ou données idéologiques figureront-ils dans des annexes. Les controverses et variantes seront notées avec les explications des praticiens, les questions qui ne sont pas jurisprudentiellement mûres ou trop récentes seront aussi écartées du recueil. L'évolution ne doit pas faire l'objet de recherches particulières ; elle ressortira d'elle-même des différences entre l'exposé théorique des juristes et la jurisprudence, ainsi, surtout si l'aire coutumière est assez étendue, que des variantes de la jurisprudence elle-même.

Le projet de recueil devra être discuté et approuvé par les divers tribunaux coutumiers avant la rédaction définitive ⁽¹⁾.

Une fois le recueil établi, il doit être rappelé périodiquement qu'il ne peut entraver la vie du droit, (nos codes écrits non plus d'ailleurs n'empêchent guère son développement), mais que comme base de référence il doit sans cesse s'enrichir : des revisions périodiques du recueil doivent être effectuées, amenées qu'elles seront par la publication régulière d'une revue juridique locale qui peut n'être d'ailleurs que polycopiée. La création d'un conseil législatif unique est évidemment fort souhaitable.

L'aire coutumière doit faire l'objet d'un choix judiciaire.

Tous les coutumiers dignes de ce nom montés jusqu'à présent au Congo, — dans les territoires sous mandat, par contre, des synthèses ont été tentées, — à une

(1) Voir à ce sujet : VAN ARENBERGH, Enquête sur le droit coutumier Congolais ; Questionnaire, brochure éditée par la Société d'Études Juridiques du Katanga et parue au *B.J.I.* ; la méthodologie exposée par l'*op. cit.* [p. 31, note 2], *op. cit.* [p. 59, note 2] et l'*op. cit.* [p. 62, note 1] et les discussions qui le suivent. Il ne faut de toute façon pas oublier que le juriste recherche avant tout les règles qui régissent obligatoirement les rapports (juridiques) de la société et qu'il est absolument faux de croire qu'« il se préoccupe bien moins de ce qui est réellement que de ce qui doit ou devrait être dans l'intérêt d'une bonne pratique de la justice », il est d'abord juge avant d'être législateur : voir DE JONGHE *op cit* [p. 65, note 4]. Lire aussi, R.P.L. LOTAR, Pour la codification du droit coutumier, *Congo*, Bruxelles, 1926-II, p. 21 ; 1927-I, p. 72 et 600 ; 1928-I, p. 24 et 148.

exception près, n'envisagent que la jurisprudence et le droit appliqué par une juridiction bien déterminée, l'exception d'ailleurs n'en est une qu'à demi : l'auteur, M. SALMON ⁽¹⁾, malgré ses buts premiers, ayant dû se limiter à une seule branche du droit.

Or nous ne pouvons mesurer le degré d'évolution d'une coutume, déterminer ses principes directeurs que sur une base plus large, assortie d'exemples multipliés et grâce à l'étude des variantes localisées et des exceptions. De plus, les recueils de coutume n'offrent un grand intérêt pratique que pour les coutumes importantes destinées à devenir des pôles d'attraction.

Tous les spécialistes savent pourtant que certaines coutumes couvrent une aire coutumière considérable : par exemple, le noyau central des baLuba du Katanga dont la coutume est d'une homogénéité remarquable, étend ses rameaux sur quatre districts différents et comprend, dans leur quasi-totalité, un bloc de six territoires. Des constatations analogues pourraient être faites à propos des baLuba du Kasai, des baKongo, etc... Or que voyons nous : pour les baLuba du Katanga une étude de M. LANFANT ⁽²⁾ limitée à la chefferie Mulongo, pour ceux du Kasai un seul coutumier ⁽³⁾, pour les baKongo, celui de M. PEIGNEUX ⁽⁴⁾ consacré à la chefferie Gombe Matadi et l'importante étude du R. P. MERTENS ⁽⁵⁾ qui cite la jurisprudence de deux tribunaux de Chefferies actuellement absorbées dans des secteurs. Nous ne possédons sur les trois grands groupes que nous venons de citer que des vues fragmentaires, et, encore, sont-ils favorisés par rapport à d'autres !

⁽¹⁾ *Op. cit.* [p. 29, note 3], *B.J.I.*, 1953, p. 121.

⁽²⁾ *Op. cit.* [p. 20, note 4], *B.J.I.*, 1935, p. 51 et 78.

⁽³⁾ CH. MAYER, Les Bena Tshitolo, *B.J.I.*, 1953, p. 5 et 25.

⁽⁴⁾ *Op. cit.*, [p. 26, note 3], *B.J.I.*, 1933, pp. 111 et 132.

⁽⁵⁾ La juridiction indigène chez les baKongo orientaux, *Kongo-Overzee*, Anvers, années 1944 à 1952.

Un enquêteur isolé ne peut venir à bout de sa tâche qu'en se limitant à un groupe assez restreint, bien localisé autour d'un tribunal : le type du genre est ce chef-d'œuvre que sont *Les Bayeke* de GRÉVISSÉ (1).

Les chercheurs doivent donc être nombreux, bien équipés, non limités dans le temps, réservés à cette seule tâche et aidés efficacement par l'Administration : il ne s'agit pas là de l'œuvre de dilettantes, ni de constituer des chasses réservées pour tel ou tel spécialiste. Notons d'ailleurs que pour mieux percevoir la direction de l'évolution, l'enquête devra englober le comportement des groupes envisagés dans les grands centres : par exemple, Léopoldville et Matadi pour les baKongo ; Luluabourg, Élisabethville, Jadotville et Léopoldville pour les baLuba du Kasai ; Kamina, Manono et les centres du Sud-Katanga pour les baLuba du Katanga.

Une étape ultérieure étudiera le comportement des acculturés aux grands groupes par rapport aux coutumiers dressés.

Insistons sur le fait que les enquêteurs doivent être mandatés officiellement et responsables devant l'Administration. Ces coutumiers doivent constituer un instrument de travail : il est inadmissible de voir, comme nous l'avons personnellement constaté, la bibliothèque d'un territoire démunie d'un excellent coutumier relatif à la principale circonscription indigène du Territoire, ouvrage dont l'existence était d'ailleurs ignorée de certains membres du personnel territorial. Il est désolant de se rendre compte que tant d'efforts gratuits d'un de leurs prédécesseurs ont été gaspillés en vain !

La coordination de ces enquêtes doit être concentrée à l'échelon supérieur dans les mains de hauts fonctionnaires territoriaux et magistrats, les juristes devant y prendre une part prépondérante.

(1) *Op. cit.* [p. 6, note 1], *B.J.I.*, 1937, numéros 1 à 6, 1938, numéros 7 et 8.

La participation à une équipe de recherche constituerait certainement une excellente formation de base pour les futurs magistrats chargés de s'occuper du droit coutumier.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	3
I. FACTEURS INTERNES DE TRANSFORMATIONS DES COUTUMES ..	4
1) Application d'un principe ancien à un fait nouveau....	4
2) Adoption de règles nouvelles suite à des modifications extérieures d'une situation traditionnelle	17
3) Création jurisprudentielle, réponse à un besoin nouveau	21
4) Changement d'opinion des justiciables	23
5) Réaction contre une déviation des mœurs publiques ..	30
6) Influence de la notion coutumière de l'ordre public ..	31
II. FACTEURS EXTERNES DE TRANSFORMATIONS DES COUTUMES	32
1) Influence des textes législatifs	32
<i>Textes généraux visant le droit coutumier ou les Juridic-</i> <i>tions Indigènes</i>	32
<i>Textes spéciaux visant directement le droit coutumier ..</i>	38
<i>Textes ne visant directement ni les coutumes ni les Juri-</i> <i>dictions Indigènes</i>	40
2) Influence para-législative	42
3) Ordre public	44
4) Équité	48
5) Pouvoir législatif coutumier	50
6) Pseudo-pouvoirs législatifs coutumiers	52
III. QUELQUES CONCLUSIONS	58
1) Complexité des mécanismes de transformations des cou- tumes	58
2) La coutume est du droit	64
3) Nécessité d'organiser le pouvoir législatif coutumier....	71
4) Devoir de prudence du pouvoir législatif européen....	73
5) Nécessité d'organiser la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire à l'échelon des juridictions indigènes	74
6) De la codification et de la rédaction des coutumes.....	77

