

Koninklijke Academie voor Overzeese Wetenschappen  
Klasse voor Morele en Politieke Wetenschappen, N.R., XXXVI-2, Brussel, 1970

# Droit écrit et Droit coutumier en Afrique centrale

PAR

André DURIEUX

Membre de l'Académie royale des Sciences d'Outre-Mer,  
Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université Catholique de Louvain,  
Ancien inspecteur général chef du Service juridique  
des Ministères des Colonies, du Congo belge et du Ruanda-Urundi  
et des Affaires africaines,  
Inspecteur général h<sup>o</sup> au Service juridique  
du Ministère des Affaires étrangères

NIET IN DE HANDEL - HORS COMMERCE

Académie Royale des Sciences d'Outre-Mer  
Classe des Sciences morales et politiques, N.S., XXXVI-2, Bruxelles, 1970

Koninklijke Academie voor Overzeese Wetenschappen  
Klasse voor Morele en Politieke Wetenschappen, N.R., XXXVI-2, Brussel, 1970

RESUME

L'objet de cette étude est d'examiner, tout d'abord la situation  
lorsque le Ruanda-Urundi fut administré par la Belgique; en  
suite, la mise en place de l'Etat indépendant du Ruanda-Urundi  
indépendant le 30 juin 1962 et depuis que le territoire sous tutelle  
du Ruanda-Urundi s'est scindé le 1<sup>er</sup> juillet 1962 pour former  
deux Etats indépendants; enfin, l'avenir du droit coutumier dans  
la République démocratique du Congo et dans les Républiques du  
Ruanda et du Burundi.

## Droit écrit et Droit coutumier en Afrique centrale

PAR

André DURIEUX

Membre de l'Académie royale des Sciences d'Outre-Mer,

Professeur à la Faculté de Droit

de l'Université Catholique de Louvain,

Ancien inspecteur général chef du Service juridique

des Ministères des Colonies, du Congo belge et du Ruanda-Urundi

et des Affaires africaines,

Inspecteur général h<sup>re</sup> au Service juridique

du Ministère des Affaires étrangères

Académie Royale des Sciences d'Outre-Mer  
Classe des Sciences morales et politiques, N.S., XXXVI-2, Bruxelles, 1970

Mémoire présenté à la Séance du 17 novembre 1969

PAR

André BURBUX

Membre de l'Académie royale des Sciences d'Outre-Mer  
Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université Catholique de Louvain  
Ancien inspecteur général chef du Service juridique  
des Ministères des Colonies, du Congo belge et du Rwanda-Urundi  
et des Affaires africaines,  
Inspecteur général de la Justice juridique  
du Ministère des Affaires étrangères

D/1970/0149/6

## RESUME

L'objet de cette étude est d'examiner, tout d'abord la situation du droit coutumier à l'égard du droit écrit et de l'ordre public lorsque le Congo était soumis au droit de souveraineté belge et lorsque le Ruanda-Urundi était administré par la Belgique; ensuite, la même situation depuis que le Congo est devenu un Etat indépendant le 30 juin 1960 et depuis que le territoire sous tutelle du Ruanda-Urundi s'est scindé le 1<sup>er</sup> juillet 1962 pour former deux Etats indépendants; enfin, l'avenir du droit coutumier dans la République démocratique du Congo et dans les Républiques du Rwanda et du Burundi.

## SAMENVATTING

Het voorwerp van deze studie bestaat eerst en vooral in het onderzoek van de toestand van het gewoonterecht ten opzichte van het schriftelijk recht en van de publieke orde wanneer Kongo onderworpen was aan het belgisch soevereiniteitsrecht en Ruanda-Urundi door België was bestuurd; daarna, dezelfde toestand sedert Kongo een onafhankelijke Staat is geworden op 30 juni 1960 en dat het gebied onder voogdij van Ruanda-Urundi op 1 juli 1962 werd gesplitst om twee onafhankelijke Staten te vormen; eindelijk, de toekomst van het gewoonterecht in de Democratische Republiek Kongo en in de Republieken Rwanda en Burundi.

(1) Goussier, P.F., *Les droits africains, traditionnels et nouveaux, Libérisse globale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1960, p. 5.

(2) Goussier, P.F., *op. cit.*, p. 3.

## INTRODUCTION

La présence de nations occidentales dans l'immense région pouvant être qualifiée « Afrique centrale » a mis en présence, durant plusieurs décennies, le droit écrit, implanté par ces nations, et ce qu'on appelle le droit coutumier ou droit non écrit. Dans la plupart des sociétés africaines précoloniales,

(...) on était en présence d'un ensemble de règles qui constituaient un ordre coordonné et hiérarchisé, qui étaient susceptibles d'exécution forcée, sanctionnées selon des procédés propres au monde juridique, c'est-à-dire des procédés qui pouvaient atteindre l'individu dans ses biens, dans sa liberté ou dans sa vie (1).

Que le mot « Droit » puisse être légitimement utilisé lorsqu'il s'agit des coutumes africaines, cela ne paraît guère présenter d'objection majeure dès l'instant où on ne lie pas la notion de droit et celle d'Etat souverain,

(...) l'Etat (n'étant) qu'une forme de société politique, la forme la mieux intégrée sans doute, mais néanmoins une société politique fondamentale semblable aux autres; bref une espèce dans le genre (2).

Certes, serait-il plus adéquat de faire état de « droits coutumiers » étant donné qu'il n'existe pas un droit coutumier (ou une coutume) mais de nombreux droits coutumiers (ou de nombreuses coutumes). Encore que les coutumes soient, à les comparer les unes aux autres, différentes — ce qui permet de parler de « droits coutumiers » —, on ne peut toutefois pas perdre de vue l'existence de caractéristiques communes qui — ainsi que s'exprime le professeur GONIDEC — « donnent à l'ensemble des Droits africains une unité profonde », caractéristiques pouvant se schématiser comme suit: ces droits africains sont des droits paysans (c'est-à-dire des droits de sociétés essentiellement agraires); ils ont un caractère collectiviste (ou communautaire); ils revêtent un caractère inégalitaire dû à l'évolution économique, encore que

(1) GONIDEC, P.F., *Les droits africains, évolution et sources*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 9.

(2) GONIDEC, P.F., *op. cit.*, p. 8.

les sociétés africaines aient conservé des traits de l'égalitarisme primitif; ils sont imprégnés de religion; enfin, ils sont oraux (3).

Compte tenu de ce qui vient d'être exposé et afin d'éviter toute équivoque, il nous paraît utile de préciser que, lorsque nous utilisons dans le cours de cette étude, l'expression « droit coutumier », nous comprenons par là l'ensemble des droits coutumiers ou des coutumes.

Une dernière observation s'indique avant de terminer cette introduction. On risquerait de commettre une erreur si on interprétait le mot coutumes (ou droits coutumiers) par celui d'usages. Certes, la pratique suivie par tous spontanément peut acquérir avec le temps un caractère d'obligation qui la transforme en loi. Mais l'usage n'est qu'un des modes de création du Droit. C'est ainsi que l'autorité compétente peut être un organe législatif capable d'édicter des règles de droit (4). Comme l'écrivait judicieusement A. SOHIER, en parlant de l'époque précédant la création, par le Roi LÉOPOLD II, de l'Etat indépendant du Congo (encore que son opinion puisse s'appliquer aussi bien à la période de l'existence dudit Etat qu'à celle de la Colonie du Congo belge):

(...) chaque groupement nègre occupant le territoire qui est devenu le Congo belge obéissait à des règles juridiques provenant, soit de véritables lois édictées par les autorités indigènes, soit de la jurisprudence des tribunaux, soit d'usages (5).

Aussi bien, quels que soient les modes de formation des coutumes, celles-ci sont les droits oraux appelés habituellement « coutumes » ou « droits coutumiers » ou « droits non écrits ».

Encore que les brèves considérations qui précèdent n'aient évidemment pas la moindre prétention d'apporter quelque élément nouveau touchant la notion de la coutume et du droit coutumier, nous pensons cependant qu'il n'était peut-être pas inutile de préciser succinctement ce qu'il fallait entendre par cette notion, la confusion dans les idées et l'équivoque à son sujet n'étant pas chose rare. Au surplus, elles permettent de situer exactement le

(3) GONIDEC, *op. cit.*, p. 10-17.

(4) SOHIER, A., Le mariage en droit coutumier congolais, Institut royal colonial belge, Section des sciences morales et politiques, Mémoires, T. XI, fasc. 3, 1943, p. 39, n° 61. — GONIDEC, *op. cit.*, p. 15-17.

(5) SOHIER, A., Le droit coutumier au Congo belge, dans: *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer*, 1955, p. 97, col. 1.

sens et la portée des mots « coutume » et « droit coutumier » auxquels il sera fait appel au cours de l'exposé qui va suivre.

Cela dit, l'objet de cette étude est d'examiner d'abord les rapports du droit écrit et du droit coutumier, ainsi que l'application de la coutume eu égard à l'ordre public, lorsque, d'une part le Congo était soumis au droit de souveraineté belge, d'autre part le Ruanda-Urundi était administré par la Belgique (titre premier); ensuite, de procéder à un examen identique depuis que le Congo belge a fait place à l'Etat congolais le 30 juin 1960, et depuis que le territoire sous tutelle du Ruanda-Urundi s'est scindé, le 1<sup>er</sup> juillet 1962, en deux Etats indépendants, le Rwanda et le Burundi (titre deuxième); enfin, de considérer quel peut être l'avenir du droit coutumier dans ces trois Etats (titre troisième).

Sur le gouvernement du Congo belge — désigné habituellement « Congo colonial » —, nous examinerons l'existence du droit coutumier et son caractère légal.

Cet article 4, al. 2, disposait comme suit:

Les indigènes non immatriculés (6) du Congo belge jouissent des droits civils qui leur sont reconnus par la législation de la Colonie et par leurs coutumes en tant que celles-ci ne sont contraires ni à la République ni à l'ordre public. Les indigènes non immatriculés des cercles comme leur sont assimilés.

Cette disposition, encore que se référant expressément à la matière des droits civils, a été interprétée comme exprimant le principe suivant lequel le droit coutumier continue à régir la vie des indigènes non immatriculés.

De son côté, la législation sur les juridictions indigènes édictait, parmi les règles de fond applicables par lesdites juridictions:

Les tribunaux indigènes appliquent les coutumes pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public universel. Dans les cas où les coutumes sont contraires à l'ordre public universel, comme en cas d'absence de coutumes, les tribunaux jugent en équité. Toutefois, lorsque les dispositions légales ou réglementaires ont eu pour but de substituer d'autres règles à la coutume indigène, les tribunaux indigènes appliquent ces dispositions (art. 38 tel que résultant du décret du 17 mars 1956).

Cependant, si le droit coutumier existait légalement et était,

(6) On appelle aux indigènes « non immatriculés » les indigènes « assimilés » qui, eux, sont régis, au point de vue civil, par la législation belge (art. 6, 2<sup>e</sup>, et art. 24 et suivants de l'avis sur les pouvoirs du Droit civil, tel que déposé à titre principal, au Sénat du 17 mai 1932. *Revue africain de Congo belge*, 1932, p. 1765).





## TITRE PREMIER

Le droit écrit et le droit coutumier  
durant la période dite coloniale

## CHAPITRE I — LE CONGO BELGE

Alors que le Congo était colonie belge, le législateur avait, dans l'article 4, alinéa 2, de la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge — dénommée habituellement « Charte coloniale » —, reconnu l'existence du droit coutumier et son caractère légal.

Cet article 4, al. 2, disposait comme suit:

Les indigènes non immatriculés (6) du Congo belge jouissent des droits civils qui leur sont reconnus par la législation de la Colonie et par leurs coutumes en tant que celles-ci ne sont contraires ni à la législation ni à l'ordre public. Les indigènes non immatriculés des contrées voisines leur sont assimilés.

Cette disposition, encore que se référant expressément à la matière des droits civils, a été interprétée comme exprimant le principe suivant lequel le droit coutumier continue à régir la vie des indigènes non immatriculés.

De son côté, la législation sur les juridictions indigènes édictait, parmi les règles de fond applicables par lesdites juridictions:

Les tribunaux indigènes appliquent les coutumes pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public universel. Dans les cas où les coutumes sont contraires à l'ordre public universel, comme en cas d'absence de coutumes, les tribunaux jugent en équité. Toutefois, lorsque les dispositions légales ou réglementaires ont eu pour but de substituer d'autres règles à la coutume indigène les tribunaux indigènes appliquent ces dispositions (art. 18 tel que résultant du décret du 17 mars 1938).

Cependant, si le droit coutumier existait légalement et était,

---

(6) On oppose aux indigènes « non immatriculés » les indigènes « immatriculés » qui, eux, sont régis, au point de vue civil, par la législation écrite (art. 6, 2°, et art. 34 et suivants du Livre sur les personnes du Droit civil, tels que dérivant, à titre principal, du décret du 17 mai 1952, *Bulletin officiel du Congo belge*, 1952, p. 1208).

dès lors, applicable, il était tenu en échec, ainsi qu'il ressort des textes précités, lorsqu'il était contraire soit à la législation écrite soit à l'ordre public.

### *Section 1.*

#### *Contrariété du droit coutumier eu égard à la législation*

Devait être écartée toute coutume qui aurait été en opposition avec la législation écrite lorsque celle-ci avait été promulguée à l'intention même de la population indigène soumise au droit coutumier (7). A titre d'exemple, on peut citer la législation sur les juridictions indigènes (décret du 15 avril 1926 tel que modifié jusque et y compris le décret du 16 septembre 1959); la législation sur le mariage monogamique des indigènes (décret du 5 juillet 1948); la législation sur le contrat de travail des indigènes, immatriculés ou non (arrêté royal de coordination du 19 juillet 1954 jusque et y compris le décret du 10 juin 1958).

Il en était de même lorsque la législation écrite était applicable à la fois aux non-indigènes et aux indigènes, ou lorsqu'une législation écrite, applicable aux non-indigènes, était susceptible d'être étendue aux indigènes. Il en fut ainsi notamment en ce qui concerne la législation sur le contrat d'emploi (décret de base du 25 juin 1949) qui prévoyait, en son article 2, alinéa 2, que le gouverneur général, par décision individuelle ou collective, pouvait accorder le bénéfice de ladite législation à tout indigène du Congo belge, du Ruanda-Urundi ou de tout autre territoire d'Afrique.

Il importe d'observer que des cas pouvaient survenir où une personne non immatriculée était capable de se voir octroyer certains droits par une législation particulière, sans que, de ce fait, elle ait été soustraite, en ce domaine spécial, au droit coutumier, sans qu'il y ait donc eu opposition entre le droit écrit et le droit coutumier. C'est notamment ce qui se réalisait dans le cas de l'indigène non immatriculé qui, en vertu du décret du 13 février 1953, pouvait accéder à la propriété immobilière individuelle.

(7) HALEWYCK de HEUSCH, M., *Les institutions politiques et administratives des pays africains soumis à l'autorité de la Belgique*, Office de publicité, Bruxelles, 1938, p. 15, n° 29. — VERSTRAETE, M., *Aperçu de droit civil du Congo belge*, Editions Zaïre, Anvers, 1947, p. 45.

(Les Congolais) pourront cumuler les droits qui leur sont ainsi octroyés avec l'exercice de leurs droits coutumiers sur les terres indigènes (8).

## Section 2

### *Contrariété du droit coutumier eu égard à l'ordre public*

Que faut-il entendre par la notion de l'«ordre public» dont fait état l'article 4, alinéa 2, de la Charte coloniale, cité plus avant?

#### § 1. *Considération préliminaire*

Il nous paraît opportun, avant d'examiner le sens et la portée de l'ordre public dont il est question à l'article 4, alinéa 2, de la Charte coloniale, d'apprécier si cet ordre public a le même contenu que l'ordre public qui se trouve mentionné dans le même article 4, alinéa 1, de la Charte.

Il semble, en effet, qu'en confrontant la même expression d'«ordre public» à laquelle le législateur a fait appel dans les deux alinéas du même article, non seulement on évitera toute erreur d'interprétation mais encore on permettra de mieux saisir la notion de l'ordre public inscrite dans l'alinéa 2 dudit article 4.

L'article 4, alinéa 1, est libellé comme suit:

Les Belges, les Congolais immatriculés dans la Colonie et les étrangers jouissent de tous les droits civils reconnus par la législation du Congo belge. Leur statut personnel est régi par leurs lois nationales en tant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public.

On voudra se souvenir que la doctrine avait estimé que, par cet ordre public, il fallait entendre l'ordre public international congolais (9), tandis que la jurisprudence coloniale, suivant en cela l'opinion de M. HALEWYCK (10), l'interprétait comme

(8) Rapport du Conseil colonial, *Bulletin officiel du Congo belge*, 1953, p. 409. Voir aussi: Projet du décret et exposé des motifs, dans: *Compte rendu analytique du Conseil colonial*, 1952, p. 2417-2419.

(9) DURIEUX, A., La notion de l'ordre public en droit privé colonial belge, Institut royal colonial belge, Section des sciences morales et politiques, Mémoires, T. XXXI, fasc. 1, 1953, p. 13-34. — VERSTRAETE, M., Aperçu de droit civil du Congo belge, *op. cit.*, p. 38.

(10) HALEWYCK, M., La Charte coloniale, Weissenbruck, Bruxelles, T. I, 1910, n<sup>os</sup> 70 et 71. — *Contra*: DURIEUX, A., La notion de l'ordre public en droit privé colonial belge, *op. cit.*, p. 19, et VERSTRAETE, M., Les conflits de lois belgo-congolais, dans: *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer*, 1953, p. 159, col. 1.

étant l'ordre public congolais (11). Un arrêt prononcé le 9 avril 1952 par la Cour d'appel de Bruxelles (12), confirmant un jugement rendu le 30 mars 1951 par le Tribunal de première instance de Charleroi, admettait qu'il pût y avoir contrariété entre une législation belge coloniale déterminée et l'ordre public international belge; ce qui permettait, semble-t-il, de tirer aussi la conclusion, en renversant les données du problème, qu'une législation belge métropolitaine déterminée pouvait, à son tour, être tenue en échec, sur le territoire d'Afrique, par suite de l'existence d'un ordre public international congolais. Ledit arrêt paraissait donc confirmer l'opinion soutenue jusqu'alors par une partie de la doctrine belge coloniale, à savoir que la notion de l'ordre public inscrite dans l'article 4, al. 1, de la Charte coloniale, était susceptible d'être entendue dans le sens de l'ordre public international congolais.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation rendu le 22 octobre 1953 (13), sur pourvoi introduit contre l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles, cassa, avec renvoi, cet arrêt. Il repoussait l'exception fondée sur l'ordre public international belge. Un décret pris conformément à la Charte coloniale est en réalité une loi émanant de la souveraineté nationale et, partant, son application ne saurait être contraire à l'ordre public belge (14).

M. VERSTRAETE observait à ce sujet:

Cet arrêt de principe (de la Cour de cassation) ne vise que les relations juridiques belgo-congolaises. Pourtant, il aura forcément une répercussion à l'égard du statut personnel des étrangers, compte tenu de l'article 5 de l'Acte général de Berlin, repris par l'article 3 de la Convention de Saint-Germain-en-Laye, qui défend toute discrimination entre nationaux et étrangers quant au traitement qui doit leur être réservé au Congo (15). Il importe

(11) Pour les références à cette jurisprudence, voir VERSTRAETE, M., Les conflits de lois belgo-congolais, *op. cit.*, p. 158-159, (31), (32) et (33).

(12) *Journal des Tribunaux* du 28 juin 1953, p. 412.

(13) *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer*, 1953, p. 176, avec erratum (au sujet de la date de l'arrêt), même revue, 1954, p. 32. — *Pasicrisie belge*, 1954, I, 130.

(14) Conclusions du Ministère public représenté par M. le Premier avocat général HAYOIT DE TERMICOURT, même référence que *sub* (13).

(15) VERSTRAETE, M., L'ordre public dans l'unité belge. Discours prononcé à la séance académique de reprise des cours de l'Institut universitaire des Territoires d'Outre-Mer le 22 octobre 1955, Etablissements Graphica, Anvers 1955, p. 12 et 13.

toutefois d'observer que, dans une étude ultérieure, publiée en 1956, M. VERSTRAETE ne fait plus état de la constatation tirée de ces deux conventions internationales, et exprime l'opinion que, pour les étrangers, les limitations à leur statut personnel « résulteront nécessairement de l'ordre public international » (16). Il en revenait ainsi à la réfutation, qu'il avait présentée en 1953 et en 1954, de l'objection tirée de la défense de toute discrimination entre citoyens belges et étrangers quant au traitement devant leur être refusé au Congo (17).

S'il est exact que la Cour de Cassation a entendu résoudre le cas des relations juridiques belgo-congolaises, ce dans le sens rapporté très succinctement plus avant, il faut admettre que, malgré le libellé de l'article 4, al. 1, de la Charte coloniale, il n'y a pas d'exception d'ordre public congolais susceptible de jouer à l'égard des Belges (des citoyens belges) en ce qui concerne leur statut personnel.

D'autre part, il semble qu'on peut émettre l'avis que les limitations au statut personnel des étrangers résultent de l'ordre public prescrit par la susdite disposition légale, cet ordre public étant l'ordre public international; car les motifs invoqués par la Cour de cassation dans son arrêt et par le Ministère public dans ses conclusions pour justifier l'impossibilité d'une contrariété entre l'ordre public belge métropolitain et l'ordre public belge colonial sont sans pertinence lorsqu'entrent en conflit l'ordre public colonial belge et une loi émanant d'un Etat étranger. A cet égard il n'est pas inopportun d'ajouter que tant l'article 5 de l'Acte général de Berlin que l'article 3 de la Convention de Saint-Germain-en-Laye prévoient l'intervention des restrictions nécessaires au maintien de la sécurité et de l'ordre publics en ce qui concerne le traitement et les droits dont ces articles 5 et 3 font mention.

Telles sont, semble-t-il, les conclusions qui paraissent pouvoir être tirées de l'examen de la notion de l'ordre public inscrit dans l'article 4, al. 1, de la Charte coloniale.

(16) VERSTRAETE, M., *Droit civil du Congo belge*, T. I, Larcier, Bruxelles, 1956, p. 48 et 49.

(17) VERSTRAETE, M., *Les conflits de lois belgo-congolais*, *op. cit.*, p. 159, col. 2. — Et: *Les conflits de lois belgo-congolais*, dans: *Revue de droit international et de droit comparé*, 1954, n° spécial, p. 144.

L'interprétation qui vient d'être donnée à la notion de l'ordre public ne vise — il semble opportun de signaler une fois de plus la chose — que le cas prévu par l'article 4, alinéa 1, de la Charte coloniale, c'est-à-dire en matière du statut personnel régi par les lois nationales soit étrangères soit belges métropolitaines.

Bien entendu, en-dehors de cette règle légale telle qu'interprétée, il existe des dispositions légales qui, par elles-mêmes, constituent des lois d'ordre public et s'appliquent à tous indistinctement, aux Belges, aux étrangers comme aux autochtones de la Colonie. A titre exemplaire on peut citer certaines dispositions de la Charte coloniale (notamment l'article 2, alinéas 1 et 3), un nombre important de dispositions appartenant au droit pénal belge colonial.

Cela étant dit dans un souci de précision, il peut paraître intéressant d'attirer l'attention sur l'article 15 du titre II « Des étrangers » du Livre sur les personnes du Code civil congolais.

Cet article 15 dispose:

Les lois, les jugements étrangers, les conventions et dispositions privées ne peuvent en aucun cas avoir d'effet dans l'Etat indépendant du Congo (dans la Colonie) en ce qu'ils ont de contraire au droit public de cet Etat (de la Colonie) ou à celles de ses lois qui ont en vue l'intérêt social ou la morale publique.

Si, par hypothèse, on fait abstraction de ce que cet article est inséré dans un titre concernant les étrangers et de ce que, à partir du 15 novembre 1908, les lois belges (métropolitaines) n'étaient pas des lois étrangères (puisqu'émanant de la souveraineté nationale belge), il faudrait admettre en tout état de cause que le susdit article 15 n'aurait pas pu faire échec à l'application d'une de ces lois sur le territoire de la Colonie, en se fondant sur le fait qu'elle aurait été contraire « à celles (des) lois (de la Colonie) qui ont en vue l'intérêt social ou la morale publique »; car l'arrêt du 22 octobre 1953 de la Cour de cassation, de l'avis conforme du Ministère public, a posé le principe de la non contrariété, en matière de l'ordre public, entre une loi belge métropolitaine et une loi belge coloniale.

§ 2. De l'ordre public dans l'article 4, alinéa 2,  
de la Charte coloniale

Que faut-il entendre, présentement, par l'« ordre public » qui, dans l'article 4, alinéa 2, de la Charte coloniale, est susceptible de faire échec au droit coutumier?

Dans une étude présentée à la Classe des sciences morales et politiques de notre Compagnie (18), nous avons émis l'opinion que le susdit ordre public était un ordre public *sui generis*, à savoir l'ordre public colonial, nous ralliant ainsi à celle exprimée antérieurement par les professeurs H. SOLUS et H. BATTIFOL (19) et adoptée par A. SOHIER (20), G. MINEUR (21) et M. VERSTRAETE (22).

L'ordre public, considéré dans sa portée et dans son contenu, peut être varié. Tantôt il s'imposera uniquement aux individus relevant de la loi nationale; tantôt, se faisant intransigeant et plus pressant, ce sont même les lois étrangères qui lui seraient contraires qu'il fera plier devant lui; tantôt, il se fera compréhensif et plus souple lorsqu'au sein d'une même collectivité deux civilisations s'opposeront, l'une avec son droit écrit, l'autre avec son droit coutumier. Dans le premier cas, on se trouve en présence de l'ordre public interne; dans le deuxième cas, en présence de l'ordre public international; dans le troisième cas, en présence d'un ordre public *sui generis* qualifié d'ordre public colonial.

Cet ordre public colonial paraît donc avoir un caractère et une portée différents de ce qu'on appelle le droit public interne, notion qui sera examinée lorsque sera entrepris ultérieurement l'examen des dispositions constitutionnelles des Etats du Congo,

(18) DURIEUX, A., La notion de l'ordre public en droit privé colonial belge, *op. cit.*, p. 41-48.

(19) SOLUS, H., Traité de la condition des indigènes en droit privé, Sirey, Paris, 1927, n<sup>os</sup> 270-277. — BATTIFOL, H., Traité élémentaire de droit international privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949, n<sup>o</sup> 362.

(20) SOHIER, A., Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge, Larcier, Bruxelles, 2e édition, 1954, n<sup>o</sup> 12 — Et: Des obligations et des contrats dans: Les Nouvelles, Droit colonial, T. IV, Larcier, Bruxelles, 1948, n<sup>o</sup> 37.

(21) MINEUR, G., *Journal des Tribunaux d'Ouvre-Mer*, a) observ. *sub* jugement du 30.12.1950, 1951, p. 200; b) observ., II, *sub* jugement du 10.12.1951, 1952, p. 82.

(22) VERSTRAETE, M., Aperçu de droit civil du Congo belge, *op. cit.*, p. 44 — Et: Droit civil du Congo belge, T. I, *op. cit.*, p. 55-57.

du Rwanda et du Burundi, où l'ordre public sera mentionné comme devant faire échec à la coutume qui lui serait contraire.

A. SOHIER a tenté de donner une définition de l'ordre public colonial. Il écrit, en effet:

L'ordre public colonial comprend les principes si essentiels pour le respect de la personnalité humaine et le maintien de notre civilisation que nous cesserions d'être nous-mêmes civilisés et nous mettrions notre organisation nationale en péril si nous incorporions à notre législation, même en ce qui concerne nos nationaux à civilisation attardée, des coutumes qui y manqueraient (...) c'est un ordre public plus tolérant tenant compte de la formation spéciale de la société indigène (23).

A titre indicatif, on peut citer comme étant en opposition avec l'ordre public colonial la coutume qui imposerait pour la tenure de terres indigènes des prestations excessives au point de manquer de respect dû à la personnalité humaine, ou celle permettant des intérêts usuraires (24). Violeraient aussi ledit ordre public les obligations immorales, les contrats léonins. Encore à titre indicatif, on peut noter que le décret du 4 avril 1950 a pros- crit, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1951, tout nouveau mariage coutumier avant la dissolution ou l'annulation du ou des mariages antérieurs, étant nulles de plein droit toute union contractée en contravention à cette défense ainsi que toute convention matrimoniale conclue en vue d'un tel mariage. L'ordre public colonial intervient, ici, en sa plénitude.

Alors que la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge était encore applicable, on a pu estimer que les concessions accordées au droit coutumier, dans le cadre de l'ordre public colonial, étaient appelées à s'atténuer et à disparaître avec le temps. M. VERSTRAETE, écrit:

(...) l'ordre public colonial tendra progressivement à s'aligner sur l'ordre public, tel que nous le concevons dans la métropole. En ce sens, est-il vrai de dire que la notion d'ordre public colonial est essentiellement contingente et exceptionnelle (25).

A cette notion d'ordre public colonial, telle qu'elle vient d'être exposée, pourrait-on opposer l'article 18 de la législation sur les

(23) SOHIER, A., A propos de la notion de l'ordre public en droit privé colonial belge, *Bulletin des séances de l'Institut royal colonial belge*, T. XXIV, 1953, 2, p. 546.

(24) VERSTRAETE, M., *Droit civil du Congo belge*, T. I, *op. cit.*, p. 56, avec, en note, les références jurisprudentielles.

(25) VERSTRAETE, M., *Droit civil du Congo belge*, T. I, *op. cit.*, p. 56 *in fine*.



juridictions indigènes — cité précédemment —, prévoyant que les tribunaux indigènes appliquent les coutumes pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public « universel »?

Nous pensons que l'« ordre public universel » dudit article 18 n'a pas de fondement en droit.

En effet, cette disposition légale ajoute à la notion d'ordre public une qualification qui ne se trouve pas dans l'article 4, alinéa 2, de la Charte coloniale. Or, compte tenu de la hiérarchie qui existe entre la loi et le décret, ce dernier ne peut pas donner une autre portée ou un autre contenu à l'ordre public tel qu'inscrit dans la Charte coloniale. Au surplus, il est à noter que le rapport du Conseil Colonial, se rapportant à l'article 18 précité, signale qu'on a posé la question s'il ne convenait pas de donner à l'expression ordre public une définition précise.

On fit observer qu'il serait dangereux de le faire et qu'il appartenait aux tribunaux d'en dégager la portée d'après la doctrine et la jurisprudence (26).

On peut, dès lors, conclure que la notion de l'« ordre public universel » de l'article 18 ne peut pas être entendue dans un sens différent de celui qui est donné à celle de l'« ordre public » inscrite dans l'article 4, alinéa 2, de la Charte coloniale. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de l'ordre public colonial (27).

L'ordre public inscrit dans l'article 4, alinéa 2, de la Charte coloniale et étant interprété comme étant un ordre public *sui generis* ou ordre public colonial, ne joue — si on se réfère à la disposition légale précitée — que dans la matière des droits civils.

Il suit que les indigènes non immatriculés peuvent, en-dehors du cas envisagé par la susdite disposition, voir leurs coutumes tenues en échec par l'ordre public lorsqu'il s'agit de normes législatives ou réglementaires, marquées de ce caractère d'ordre public, soit applicables indistinctement à tous ceux se trouvant sur le territoire de la Colonie, soit expressément portées à l'intention des indigènes non immatriculés ou à l'intention des indigènes non immatriculés et des indigènes immatriculés.

(26) Rapport du Conseil colonial, *Bulletin officiel du Congo belge*, 1938, p. 242.

(27) *Sic* SOHIER, A., *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge*, *op. cit.*, n° 12. — Voir MAGOTTE, J., *Les juridictions indigènes*, Dison-Verviers, 1939, n° 135.

## CHAPITRE II. — LE RUANDA-URUNDI

Ce qui vient d'être exposé en ce qui concerne, pour le Congo belge, les rapports du droit écrit et du droit coutumier, paraît s'appliquer, dans une même mesure, à ce qui regarde les rapports du droit écrit et du droit coutumier dans le territoire sous tutelle du Ruanda-Urundi.

En effet, la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge était applicable au Ruanda-Urundi, ce en vertu de l'article 1 de la loi du 21 août 1925 sur le gouvernement du Ruanda-Urundi, disposant que ledit territoire était soumis aux lois du Congo belge sous réserve des dispositions prévues par cette loi du 21 août 1925. Aucune de ces réserves n'affectant l'article 4 de la Charte coloniale, il suit que cette disposition avait force obligatoire sur le susdit territoire.

Ainsi peut-on émettre l'opinion que l'interprétation donnée à l'ordre public inscrit dans l'article 4, alinéa 1, de la Charte coloniale (28) vaut également lorsqu'il s'agit d'analyser cet ordre public eu égard à son application sur le territoire sous tutelle. Le fait que la Belgique n'exerçait, au Ruanda-Urundi, que les attributs de la souveraineté, alors qu'elle exerçait le droit de souveraineté sur le territoire du Congo belge, ne semble devoir exercer aucune influence sur l'interprétation identique à donner à la notion de l'ordre public suivant qu'il s'agit du Congo belge, d'une part, du Ruanda-Urundi, d'autre part. Il s'indique, d'un autre côté, de relever que la différence d'interprétation qui a paru pouvoir être apportée à la notion de l'ordre public, selon qu'on se trouve en présence de Belges (de citoyens belges) ou d'étrangers, ce, ainsi qu'on sait, en matière de leur statut personnel, ne paraît pas être en opposition soit avec l'article 76, d, de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 approuvée par la loi du 14 décembre 1945, soit avec l'article 9 de l'Accord de tutelle approuvé le 13 décembre 1946 par l'Assemblée générale des Nations Unies et approuvé par la loi du 25 avril 1949.

(28) Voir Chapitre I, section 2, § 1.

Quant à l'interprétation qui a été donnée précédemment (29) de l'ordre public dont fait état l'article 4, alinéa 2 cette fois, de la Charte coloniale, et quant à ce qui a été exposé au sujet de la contrariété du droit coutumier eu égard à la législation (30), on peut estimer que les considérations présentées en ce qui concerne le cas du Congo belge peuvent être appliquées au cas du territoire sous tutelle. La seule précision susceptible d'être apportée, en matière de l'ordre public, est que, si le Ruanda-Urundi avait sa propre législation sur les juridictions indigènes, cette législation comprenait un article 20 dont le texte était identique à l'article 18 de la législation sur les juridictions indigènes en vigueur au Congo belge. Ce que nous avons dit au sujet dudit article 18 vaut, dès lors, en ce qui concerne l'article 20.

Pour être complet, il convient d'ajouter qu'une ordonnance législative du 14 janvier 1961 (31) avait créé et organisé des tribunaux de canton au Rwanda. Son article 36 édictait que:

Le tribunal applique le droit coutumier du ressort, tandis que l'article 37 prévoyait:

Dans le cas où ce droit est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs, comme en cas de carence, les tribunaux jugent en équité.

Ici, donc, il n'est plus fait état de l'ordre public « universel » et, d'un autre côté, on insère la notion de « bonnes mœurs », ce qui est nouveau en ce qui concerne les juridictions indigènes.

Enfin, en vertu de l'article 1, alinéa 2, de l'ordonnance législative du 5 juin 1962 exclusivement applicable au Rwanda (32), l'ordonnance législative précitée du 14 janvier 1961 — avec les modifications ultérieures y apportées —, ainsi que l'ordonnance législative du 5 octobre 1943 sur les juridictions indigènes, ainsi que modifiée par celle du 14 janvier 1961 elle-même modifiée comme dit plus avant, restaient en vigueur

(...) jusqu'à la date de constitution du siège des cours et tribunaux organisés en vertu de l'édit du 20 février 1962 portant code d'organisation et de compétence judiciaire du Ruanda tel que mis en vigueur par l'ordonnance législative n° R/7 du 12 avril 1962.

(29) Voir Chapitre I, section 2, § 2.

(30) Voir Chapitre I, section 1.

(31) *Bulletin officiel du Ruanda-Urundi*, 1961, p. 310.

(32) *Bulletin officiel du Ruanda-Urundi*, 1962, p. 541.

## TITRE DEUXIEME

### Le Droit écrit et le Droit coutumier après la période dite coloniale

#### *Remarque préliminaire*

Il va de soi que ce seront les Constitutions des nouveaux Etats qui, dorénavant, feront l'objet de notre examen. On n'ignore pas, du reste, que la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge, telle que modifiée, et en tant que s'appliquant au Congo belge, fut abrogée au 30 juin 1960 (date de l'accession de la Colonie à l'indépendance) par la loi du 19 mai 1960 (article 259) (33), tandis que la loi du 21 août 1925 sur le gouvernement du Ruanda-Urundi et la loi du 18 octobre 1908, telle que modifiée, sur le gouvernement du Congo belge en tant qu'elle s'appliquait au Ruanda-Urundi, étaient abrogées par la loi du 21 septembre 1962 sortant ses effets au 1<sup>er</sup> juillet 1962 (articles 2 et 3) (34), le 1<sup>er</sup> juillet 1962 étant la date de l'accession du Burundi et du Rwanda à l'indépendance.

#### CHAPITRE I. — LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

##### *Section 1. La loi fondamentale du 19 mai 1960*

La loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo (35) n'édicte aucune règle en ce qui concerne les rapports du droit coutumier vis-à-vis du droit écrit et de l'ordre public.

(33) *Moniteur belge*, 1960, p. 3988 et *Moniteur congolais*, 1960, I, p. 1535. — La loi du 19 mai 1960 fut modifiée par celle du 16 juin 1960, *Moniteur belge*, 1960, p. 4780.

(34) *Moniteur belge*, 1962, p. 8791.

(35) Même référence que *sub* note (33).

La seule référence au régime coutumier qu'on y découvre gît dans l'article 191, alinéa 1, reconnaissant l'existence des tribunaux coutumiers:

Il y a au Congo des cours d'appel, des tribunaux de première instance, des tribunaux de district, des tribunaux de police et des tribunaux coutumiers. Leur organisation et leur compétence sont réglées par la loi.

Etant donné que l'article 2 de la même loi fondamentale dispose:

Les lois, décrets et ordonnances législatives, leurs mesures d'exécution ainsi que toutes dispositions réglementaires, existant au 30 juin 1960, restent en vigueur tant qu'ils n'auront pas été expressément abrogés,

il suit que la législation sur les juridictions indigènes, émanant du législateur ordinaire de la Colonie par voie de décret, était restée en vigueur, et qu'était ainsi confirmée l'existence du droit coutumier applicable par les susdites juridictions. Aussi bien l'article 18 de cette législation continuait à produire tous ses effets, à savoir que les tribunaux indigènes appliquaient les coutumes pour autant qu'elles ne fussent pas contraires à l'« ordre public universel » et devaient appliquer les dispositions légales ou réglementaires ayant pour but « de substituer d'autres règles à la coutume indigène ».

Que le droit coutumier ait été reconnu et maintenu par le législateur souverain découle aussi de la loi fondamentale du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques (36) dont l'article 11, alinéa 1, dispose:

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille dans les conditions déterminées par la loi ou les édits, ainsi que par la coutume si celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public,

tandis que l'article 14, § 1, prescrit:

Le respect des biens acquis suivant la loi ou les édits ou les coutumes ainsi que le respect des investissements, est garanti.

Cela étant, l'« ordre public universel » de l'article 18 de la législation sur les juridictions indigènes, que, sous l'empire de la Charte coloniale, nous avons interprété comme étant un ordre public *sui generis* ou ordre public colonial, aurait-il acquis un autre sens, une autre portée, depuis l'accession du Congo à l'indépendance?

(36) *Moniteur belge*, 1960, p. 4781 et *Moniteur congolais*, 1960, I, p. 1916.

Bien entendu, la qualification d'ordre public « colonial » est à proscrire depuis le 30 juin 1960. Donnée alors que le Congo était une colonie et utilisée pour circonscrire le moins imparfaitement possible cet ordre public particulier par rapport à l'ordre public congolais *sensu stricto* et à l'ordre public international, elle n'exerçait aucune influence sur ce qu'était en lui-même cet ordre public *sui generis*.

Cela dit, quelle réponse peut être apportée à la question qui vient d'être posée?

A s'en tenir à la loi fondamentale du 19 mai 1960, on peut estimer qu'on n'y décèle pas d'élément, qu'il soit implicite ou formel, susceptible de faire donner à l'ordre public de l'article 18 de la législation sur les juridictions indigènes une interprétation différente de celle qu'on lui accordait lorsque la Charte coloniale était en vigueur. D'autre part, les motifs qui ont été avancés pour justifier l'existence d'un ordre public *sui generis* sous la période coloniale paraissent conserver leur valeur sous l'empire de la foi fondamentale du 19 mai 1960. Dans ces conditions, il paraît permis d'exprimer l'avis que l'ordre public du susdit article 18 reste un ordre public *sui generis* différent des deux autres ordres publics mentionnés plus avant.

### Section 2. La Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964

La Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964 (37) qui, dans son article 203, abroge la loi fondamentale du 19 mai 1960 sur les structures du Congo et la loi fondamentale du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques, proclame l'existence du droit coutumier. L'article 43, alinéa 1<sup>er</sup>, dispose:

Les droits de propriété, qu'ils aient été acquis en vertu du droit coutumier ou du droit écrit, sont garantis conformément aux lois nationales.

De son côté, l'article 49, 2<sup>o</sup>, prévoit que:

Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, les matières suivantes sont de la compétence concurrente de la République et des provinces:

(37) *Moniteur congolais*, n<sup>o</sup> spécial du 1<sup>er</sup> août 1964.

1° ...

2° le droit civil et le droit coutumier.

C'est essentiellement l'article 123, alinéa 1, qui, dans le cadre de notre étude, doit retenir l'attention, compte tenu du principe important qu'il édicte:

Les cours et tribunaux appliquent la loi et la coutume pour autant que celle-ci soit conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

L'analyse de cette disposition permet d'en tirer les principes suivants. Tout d'abord, la Constitution reconnaît l'existence de la coutume. Ensuite, elle établit la primauté de la loi sur la coutume. Enfin, elle exige, pour que la coutume puisse être appliquée par les cours et tribunaux, qu'elle concorde avec les lois, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Cet ordre public est-il l'ordre public congolais *sensu stricto* ou l'ordre public *sui generis* appelé aussi, sous l'empire de la Charte coloniale, l'ordre public colonial et décrit lors de l'examen de l'article 4, alinéa 2, de ladite Charte?

A défaut de connaître les travaux de la Commission constitutionnelle ayant siégé à Luluabourg du 10 janvier au 11 avril 1964, (37bis), il semble que, à s'en tenir exclusivement à l'article 123, alinéa 1, on pourrait émettre l'avis suivant:

L'article 123, alinéa 1, de la Constitution émet une règle formelle et absolue: la coutume doit être conforme aux lois, à l'ordre public, aux bonnes mœurs. Il ne s'agit donc pas seulement de faire plier la coutume qui serait « contraire » aux lois, à l'ordre public, aux bonnes mœurs (37ter). C'est plus que cela qu'exige ledit article 123: la coutume doit « concorder » (37quater) avec

---

(37bis) On ne trouvera pas davantage de commentaire intéressant sur l'article 123, al. 1, dans le « Mémoire explicatif de la Constitution présenté au Gouvernement de la République par le secrétariat de la commission constitutionnelle gouvernementale » publié dans le *Moniteur congolais*, n° spécial du 5 octobre 1965, p. 106.

(37ter) On pourrait ajouter conforme à la Constitution, plus spécialement en ce qui concerne les droits fondamentaux (art. 13 et suivants).

(37quater) Pour PAUWELS, J.M., la « conformité » aux lois signifie en réalité « que des coutumes peuvent être modifiées ou abrogées par simple mesure législative » (La Constitution du Congo et le droit coutumier, dans *Etudes congolaises*, n° 9, 1964, p. 13). Cette interprétation va à l'encontre du sens qu'a le mot « conforme » et, au surplus, ne constitue, en fait, que le rappel de la règle constitutionnelle établissant une hiérarchie entre la loi et la coutume. On peut se demander si le mot « contraire » n'aurait pas dû être substitué au mot « conforme » par le constituant de 1964.

les lois, l'ordre public, les bonnes mœurs. D'autre part, cette règle ne formulant aucune distinction, c'est toute coutume quelconque, qu'elle ait pour objet les droits privés ou autres droits, qui est soumise à la norme constitutionnelle pour qu'elle puisse être appliquée par les cours et tribunaux. De troisième part, la Constitution se montre si impérieusement exigeante qu'elle entend imposer la conformité de la coutume non seulement avec l'ordre public mais encore avec les bonnes mœurs. C'est là une exigence nouvelle car elle n'existait ni dans la Charte coloniale ni dans la loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo. Enfin et de quatrième part, le texte légal n'offre pas d'élément intrinsèque susceptible d'attacher à l'ordre public — et aussi aux bonnes mœurs — un sens différent de celui qu'ils ont habituellement dans le droit occidental et qui, dans le cas contraire, pourrait, en ce qui concerne l'ordre public, être éventuellement celui d'un ordre public *sui generis*.

Certes, il existe encore, sur le territoire congolais, une dualité de populations dont l'une, de très loin la moins importante, est soumise au droit écrit, tandis que l'autre, comprenant l'écrasante majorité des autochtones, est soumise au droit coutumier. Ne faut-il pas, dès lors, se montrer moins exigeant et plus compréhensif, dans les matières de l'ordre public et des bonnes mœurs, quand on se trouve en présence des personnes vivant dans une société moins évoluée, sous l'empire de la coutume? Dans la réalité des faits, ce qui était estimé fondé et équitable sous le régime dit colonial ne l'était-il plus en 1964?

Il convient de reconnaître volontiers que cette objection ne peut pas être rejetée comme étant dénuée de pertinence. Cependant, si, à défaut de sources officielles en notre possession, susceptibles de projeter, le cas échéant, une lumière sur l'article 123, alinéa 1, de la Constitution, on se résout à tenter de découvrir ce qui a été voulu dans la susdite disposition, il semble que, compte tenu du commentaire qui en a été fait plus avant et eu égard à la constatation que l'article 123, alinéa 1, est clair, précis et formel, et ne souffre, dans ses termes, aucune interprétation et aucune distinction, l'ordre public, qui y est mentionné, n'est pas un ordre public *sui generis*. L'ordre public dit universel de la législation sur les juridictions indigènes devrait, dès lors, lui aussi, recevoir la même interprétation.



Aussi bien, il convient de se demander présentement en quoi consistent cet ordre public et ces bonnes mœurs susceptibles de faire échec à la coutume. On peut supposer que ces notions ont été adoptées par l'Etat Congolais, avec le sens et la portée qu'elles ont dans la doctrine et la jurisprudence belges, ou, tout au moins, avec un sens et une portée qui s'en rapprochent très fortement.

Le professeur H. DE PAGE a écrit:

Il est fort malaisé de définir l'ordre public. Il s'agit d'une notion aussi vague que fondamentale, qui se sent bien plus qu'elle ne se définit... S'il est impossible de donner une définition formelle et complète de la loi d'ordre public, il n'est pas interdit d'en esquisser l'idée générale. Voici comment nous croyons pouvoir la formuler. La loi d'ordre public est celle qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée... La Cour de cassation a estimé convenable de reprendre (cette définition) dans les motifs de son arrêt du 9 décembre 1948 (38).

En ce qui regarde la notion des bonnes mœurs, le professeur R. DEKKERS la considère comme étant

(...) assez vague, du moins dans ses contours. Quant au principe, on peut dire que la notion des bonnes mœurs recouvre tout ce qui touche, de près ou de loin, à la dignité humaine (39).

Pour sa part, le professeur H. DE PAGE analyse comme suit ladite notion:

La notion des bonnes mœurs est essentiellement réaliste et de bon sens. Certains auteurs assimilent les bonnes mœurs à la morale. C'est aller fort loin, car toutes les morales ne sont point toujours d'accord, et la consécration de certaines morales confessionnelles serait contraire à la liberté d'opinion. Mais il y a moyen d'asseoir la notion des bonnes mœurs sur un terrain beaucoup plus solide. Toute civilisation comporte un ensemble de règles d'ordre moral, faites d'habitudes et de traditions, formant corps avec la mentalité d'un peuple, et suffisamment générales pour être indépendantes de toute confession déterminée. Il existe une morale coutumière sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement. C'est la notion légale des bonnes mœurs. Elle a un sens très clair, et les tribunaux l'ont parfaitement compris. C'est elle qui consacre

(38) DE PAGE, H., *Traité de droit civil belge*, T. I, E. Bruylant, Bruxelles, 1962, n° 91. — Voir Cass. 9 Décembre 1948, Pas. 1948, I, 699 et, dans le même sens, Cass. 22 décembre 1949, Pas. 1950, I, 266 et Cass. 15 mars 1968, Pas. 1968, I, 884. — *Sic*: DEKKERS, R., *Précis de droit civil belge*, T. I, E. Bruylant, Bruxelles, 1954, n° 23, a.

(39) DEKKERS, R., *op. cit.*, T. I, n° 23, b.

L'ordre public doit être entendu comme l'ordre nécessaire dans le cadre de l'Etat. La coutume sera subordonnée à cet ordre et non à un ordre qui serait subordonné à une région. L'idée de base est que l'ordre public national doit l'emporter sur les diverses coutumes régionales ou locales (43).

Ce commentaire, en tant que visant l'ordre public, n'apporte aucun éclaircissement sur ce qu'on a voulu entendre par l'« ordre public de l'Etat ». Que cet ordre soit nécessaire, cela paraît évident dès qu'il s'agit de l'ordre public. A vrai dire, il semble que, sans qu'on ait tenté d'exprimer en quoi, d'une manière plus ou moins précise, consistait ledit ordre public, on ait voulu souligner que seul devait être pris en considération l'ordre public de « l'Etat » et que les diverses coutumes régionales ou locales devaient fléchir devant ce seul et même ordre public. Peut-être ne pourrait-on voir dans le commentaire des mots « ordre public de l'Etat » qu'une affirmation et en même temps une conséquence du caractère centralisateur des pouvoirs étatiques établis par la Constitution de 1967.

Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas présomptueux de penser que, nonobstant le fait que l'article 57, alinéa 1, ne fait pas appel aux bonnes mœurs pour tenir en échec le droit coutumier, alors qu'y recourait l'article 123, alinéa 1, de la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964, on peut appliquer à l'« ordre public de l'Etat » dudit article 57, alinéa 1, l'interprétation que nous avons cru pouvoir donner à l'« ordre public » de l'article 123, alinéa 1, précité. De même, la notion de conformité de la coutume aux lois et à l'ordre public de l'Etat nous semble pouvoir être identique à celle que nous avons donnée au sujet dudit article 123, alinéa 1. Enfin, l'ordre public dit universel de l'article 18 de la législation sur les juridictions indigènes doit être compris comme sous l'empire de la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964 (voir la section 2 qui précède), et il semble permis d'émettre d'ores et déjà l'opinion que c'est la même interprétation qui paraît devoir être donnée à l'ordre public dont fait état l'ordonnance — loi du 10 juillet 1968 dans certaines de ses dispositions (voir le titre troisième, chapitre I).

(43) Mémoire explicatif du projet de Constitution sur la base du texte de l'avant projet présenté au Président de la République et sur la base des discussions de la Commission politique du Gouvernement. — Mémoire précédant le texte de la Constitution, *Moniteur congolais*, n° 14 du 15 juillet 1967, p. 559, col. 2, et p. 560, col. 1.

## CHAPITRE II. — L'ÉTAT DU RWANDA

Si les institutions du Rwanda et leur fonctionnement furent organisés par l'ordonnance législative du 10 mai 1962 entrant en vigueur le 15 janvier 1962 (44), celle-ci, conformément à son article 1, cessa d'être en vigueur lorsqu'elle fut remplacée par la Constitution de la République du Rwanda du 24 novembre 1962 (45).

Cette Constitution reconnaît l'existence de la coutume puisque, en son article 102,b, il est dit que

(La Cour Suprême) donne l'interprétation authentique de la loi écrite ou coutumière en cas de silence, d'insuffisance ou d'imprécision de celle-ci,

et, en son article 109,

Une loi organique détermine la procédure selon laquelle les coutumes-lois sont codifiées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la présente Constitution.

Pendant elle est muette sur les deux points suivants: la loi a-t-elle primauté sur la coutume, et existe-t-il un ordre public susceptible de faire échec à l'application de la coutume par les cours et tribunaux?

Certes, sur un point particulier du droit coutumier, la Constitution est intervenue en prohibant la polygamie (article 29, alinéa 1). Mais c'est la Constitution, et non pas une loi, qui en a décidé ainsi.

Malgré la silence de la Constitution, on pourrait, pensons-nous, émettre l'avis que la loi a primauté sur la coutume et qu'il existe un ordre public devant qui le droit coutumier doit se plier. Il serait, semble-t-il, assez difficilement concevable qu'il en soit autrement dans un Pays où la Constitution est écrite; où, depuis plusieurs décennies, un droit écrit important n'a cessé de se développer; où furent appliqués traditionnellement — tout au moins depuis 1925 au 30 juin 1962 inclus — les principes de la primauté de l'acte législatif sur la coutume et de la prééminence de l'ordre public à l'égard du droit coutumier; où la Constitution pose la règle de la codification des coutumes — lois mises en

(44) *Bulletin officiel du Ruanda-Urundi*, 1962, p. 470.

(45) *Journal officiel de la République rwandaise*, 1962, n° 22bis du 1 décembre 1962.

La Constitution du 23 novembre 1961 fut remplacée par celle du 16 octobre 1962 (53) entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1962.

Pas plus que la Constitution précédente, elle ne contenait aucune règle relative aux rapports du droit écrit et du droit coutumier. La seule mention à la coutume se trouve à l'article 15, alinéa 2:

La polygamie est abolie; des lois particulières en régleront les modalités.

Pendant, un arrêté royal du 8 juillet 1966 portait suspension de la Constitution du Royaume du Burundi (54). L'article 1 édictait, en effet, que

Jusqu'à ce que le pays soit doté d'une nouvelle Constitution répondant aux réalités du Pays et aux aspirations réelles de notre peuple, la Constitution actuelle est suspendue.

Alors que la République du Burundi était proclamée le 28 novembre 1966 (55), un décret présidentiel du 7 février 1967 instituait une commission technique chargée d'élaborer le projet de Constitution de la République (56). Sauf erreur de notre part, nous ne croyons pas que la nouvelle Constitution ait, au moment où ces lignes sont écrites, vu le jour.

La situation de la République du Burundi constitue un cas spécial, par rapport à la République démocratique du Congo et à la République du Rwanda, dans le domaine de la coutume envisagée aussi bien eu égard à la loi que vis-à-vis de l'ordre public. Dans une étude publiée en 1968, L. DE CLERCK, magistrat au Burundi, écrivait:

Au Burundi (...), depuis l'accession de ce pays à l'indépendance, aucun texte législatif (ne) fait plus allusion (au droit coutumier). Le droit coutumier a entièrement disparu du droit public du Burundi. (...) La loi du 26 juillet 1962 sur l'organisation et la compétence judiciaires a créé un nouvel ordre de juridictions. Il n'y a plus au Burundi de juridictions réservées aux litiges relevant de la coutume. Cette loi ne fait aucune allusion à l'application du droit coutumier... En outre la loi du 18 octobre 1908, et les distinctions qu'elle établissait en son article 4, a été abrogée par l'entrée en vigueur de la Constitution du Burundi. Devant ce silence de la loi, la jurisprudence a cependant continué à reconnaître aux Burundi

(53) *Bulletin officiel du Burundi*, 1963, n° 1bis.

(54) *Bulletin officiel du Burundi*, 1966, n° 66, p. 315.

(55) Proclamation du Président de la République Michel MICOMBERO, *Bulletin officiel du Burundi*, 1967, p. 1.

(56) *Bulletin officiel du Burundi*, 1967, p. 88. — Une ordonnance du 17 juillet 1967 du ministre de la Justice, Garde des sceaux, a fixé le règlement d'ordre intérieur de la susdite commission technique (même *Bulletin*, 1967, p. 351).

et aux Africains des pays voisins, les droits qu'ils détiennent en vertu de la coutume... La jurisprudence et la doctrine ont justifié cette position en invoquant l'ordonnance du 14 mai 1886 portant titre préliminaire du Code civil... Ils ont tiré aussi argument de l'article 6 du Code civil, livre I, qui réserve l'exercice de tous les droits exprimés dans ce Code aux seuls individus naturalisés et immatriculés (57).

De son côté, M. HELVÉTIUS observe qu'ont été supprimées toutes les juridictions coutumières organisées par l'ordonnance législative du 5 octobre 1943 et que les juridictions reconnues sont uniformément soumises aux règles de fonctionnement contenues dans les codes occidentaux de procédure civile et pénale. Cependant,

(...) si les juridictions coutumières ont été supprimées d'un trait de plume du législateur, il est évident qu'en fait elles ont survécu sous les appellations nouvelles de tribunaux de résidence et de province (...). (La compétence de ces tribunaux inférieurs) est devenue obligatoire pour les autres habitants,

c'est-à-dire non seulement pour les justiciables vivant en milieu traditionnel, mais encore pour les habitants ne vivant pas en milieu traditionnel (58). Il nous sera permis de dire que nous ne partageons pas l'opinion exprimée ci-dessus, suivant laquelle les juridictions coutumières auraient survécu, en pratique, dans lesdits tribunaux. A vrai dire, toutes les juridictions coutumières ont été supprimées implicitement tant par la Constitution du 16 octobre 1962 fixant la liste des juridictions que par la loi du 26 juillet 1962 sur l'organisation et la compétence judiciaires, et la compétence *ratione personae* des tribunaux de résidence et de province s'étend à tous les habitants, sans aucune distinction, ainsi qu'en témoignent, en matière civile, les articles 123 à 128 de la loi précitée (59).

Que reste-t-il donc du droit coutumier depuis l'abrogation des textes qui le consacraient?

(57) DE CLERCK, Louis, La place de la coutume dans le droit actuel du Burundi, dans: *Revue administrative et juridique du Burundi*, 1968, p. 33-34.

(58) HELVÉTIUS, Michel, Les transformations du droit coutumier au Burundi, dans: *Revue juridique de droit civil et coutumier du Rwanda et du Burundi*, 1965, p. 146 et 147.

(59) Il est à noter que M. HELVÉTIUS ne reprend pas son opinion, que nous critiquons, dans son étude « Fonctionnement de la justice en milieu coutumier au Burundi » parue dans: *L'organisation judiciaire en Afrique noire*, Editions de l'Institut de Sociologie, Bruxelles, 1969, p. 228 et 229.

M. HELVÉTIUS donne la réponse suivante:

En matière répressive, cette source de droit a incontestablement tari par application du principe *nulla poena sine lege* versé à l'article 9 de la Constitution. (...) Par contre (...) la loi du 23 janvier 1963 relative à la création du jury fait largement appel aux citoyens pour l'exercice de la justice. (...) En matière civile, c'est la jurisprudence qui, jouant une fois de plus un rôle décisif, a reconnu la survivance des coutumes et, après avoir rappelé, lui aussi, l'ordonnance du 14 mai 1886, il poursuit:

La jurisprudence a été en somme forcée de constater que le principe contenu à l'article 4 de la Charte coloniale a survécu à l'abrogation de ladite Charte (60).

Cette dernière affirmation est juridiquement contestable si elle entend par là que le principe inscrit dans l'article 4 serait encore applicable et appliqué, alors que la Charte coloniale a été abrogée, dans toutes ses dispositions, au 1<sup>er</sup> juillet 1962. D'autre part, on observera que L. DE CLERCK, dans le passage de son étude que nous avons cité plus avant, donne d'autres fondements juridiques au maintien de l'application de la coutume par les tribunaux.

Une dernière question se pose au sujet de l'application de la coutume par les tribunaux: la coutume peut-elle être tenue en échec par le droit écrit et par l'ordre public?

L. DE CLERCK émet l'opinion

(...) que le droit coutumier ne doit être appliqué au Burundi que s'il n'est pas contraire à l'ordre public et à la loi (61), tandis que M. HELVÉTIUS, examinant le droit applicable depuis l'indépendance, écrit, sans apporter de justification à son assertion:

La coutume non contraire à l'ordre public et l'équité pour les litiges civils qui relèvent de la coutume. Le droit écrit dans tous les autres cas (62).

Pour notre part, la réponse à la question semblerait pouvoir être positive, dans le cas où il serait estimé fondé de s'inspirer, pour le Burundi, de ce que nous écrivions plus avant au sujet de l'Etat rwandais, en adoptant, certes *mutatis mutandis*, les motifs invoqués à l'appui de notre avis.

(60) HELVÉTIUS, Michel, Les transformations du droit coutumier au Burundi, *op. cit.*, p. 149 et 150.

(61) DE CLERCK, Louis, *op. cit.*, p. 36.

(62) HELVÉTIUS, Michel, Fonctionnement de la justice en milieu coutumier au Burundi, *op. cit.*, *sub* référence (59), p. 238.

## TITRE TROISIEME

### L'avenir du Droit coutumier

#### *Considérations préliminaires*

On peut estimer que, d'une manière générale, il existe en Afrique une tendance à l'unification du système juridique. L'indépendance octroyée à des territoires jadis administrés par des puissances européennes a laissé habituellement intact le droit écrit introduit par elles. Les constitutions que les nouveaux Etats se sont octroyées consacrent, tout au moins implicitement, cet état de choses. Mais à côté du droit écrit a subsisté, dans la plupart de ces Etats, le droit coutumier même si celui-ci a subi éventuellement l'influence du régime colonial. Cette dualité dans le système juridique, les Pays qui ont accédé à l'indépendance l'ont trouvée lorsqu'ils devinrent les maîtres de leur destinée, et, parfois, en ont même retenu le principe dans leur loi fondamentale.

Dans la perspective de l'édification d'un Etat moderne, où le développement de l'économique et du social devait nécessairement acquérir un caractère de plus en plus exigeant et généralisé, et prenait aussi, dans la réalité des choses, une importance au moins égale à celle du politique, les Etats nouveaux ont pris conscience, la plupart du temps, des difficultés et des obstacles que pouvaient leur faire courir des coutumes disparates, trop figées dans leurs traditions, inaptés à s'adapter à l'évolution s'imposant à tous égards à toute la collectivité. Au surplus, la multiplicité des coutumes qui étaient en quelque sorte l'expression de l'existence de groupements indigènes à tendance particulariste, était susceptible de constituer un facteur s'opposant à une politique de centralisation, à l'unité nationale.

Devant une telle situation et compte tenu de la coexistence du droit écrit et du droit coutumier, la réaction des Etats pouvait s'exprimer de diverses manières. D'ores et déjà on peut citer les

suivantes: Ou bien adopter une solution quasi révolutionnaire en créant un droit écrit ne tenant pas compte du droit coutumier. Ou bien intégrer purement et simplement le droit coutumier dans le droit écrit. Ou bien s'en tenir au *statu quo*. Ou bien, enfin, envisager un système mixte où l'intégration de la coutume dans la loi ne serait que partielle.

Si on reparlera de ces techniques plus après, on peut, au préalable, présenter quelques brèves considérations d'ordre général.

On peut dire tout de suite que la solution du maintien du *statu quo* ne paraît pas celle retenue par les Etats africains. Pour le professeur GONIDEC

(...) incontestablement les préférences des Africains vont vers (le système) (...)

où serait créé un droit nouveau, synthèse des systèmes juridiques traditionnels et du droit moderne,

(...) l'idéal (étant) l'adoption de lois nouvelles destinées à fondre les éléments de droit traditionnel dans le droit moderne et rendues applicables à l'ensemble de la population (63).

Si le système du *statu quo* semble devoir être écarté, il n'en est pas moins vrai que les populations africaines paraissent peu disposées à ce qu'on ne tienne pas compte de leurs règles coutumières et à ce que celles-ci cèdent la place, par une intervention législative plus ou moins étendue, à un droit moderne, inspiré du droit occidental, applicable à l'ensemble de la société. D'un autre côté, il ne peut pas être perdu de vue que, même au sein d'une population soumise au droit coutumier, il en est une partie — celle vivant strictement en milieu coutumier — qui a subi d'une manière moins intense l'influence du droit écrit érigé par la puissance coloniale et a donc continué à vivre, sous de nombreux aspects, sous l'empire de la coutume, alors qu'une autre partie, s'étant retirée des groupements traditionnels et s'étant établie auprès de centres européens importants, a été soumise à un certain ascendant du droit écrit.

L'intégration du droit coutumier dans le droit écrit doit avoir égard à ces réalités si on veut que la loi nouvelle soit acceptée par l'ensemble de la société, et, dès lors, soit efficacement appliquée.

(63) GONIDEC, P.F., *op. cit.*, p. 44.



Dans cette optique, il peut être estimé désirable que, même dans l'hypothèse où on aurait adopté le système de l'intégration partielle du droit coutumier dans le droit écrit, cette politique de fusion des deux droits se réalise progressivement, surtout si, dans une perspective plus lointaine, on envisage comme but final indispensable à atteindre une substitution complète de normes nouvelles aux règles coutumières primitivement reprises dans le droit écrit. Il n'est pas sans importance, en effet, que la population s'habitue insensiblement à être placée sous un système juridique nouveau, et, dès lors, à s'y soumettre dans un acquiescement librement consenti.

Nous avons écrit plus avant que les Etats nouveaux se trouvaient en présence de deux droits: du droit coutumier et du droit écrit, et que différents systèmes pouvaient être invoqués pour résoudre cette coexistence compte tenu des exigences du développement et de l'unité nationale. Il a été dit aussi que les populations paraissaient peu disposées à renoncer complètement à leurs coutumes, même si le développement de la société imposait des transformations dans le système juridique. Aussi bien

(...) le problème est de savoir quelles sont les techniques les plus appropriées pour réaliser la conciliation de considérations contradictoires (64),

à savoir le respect des valeurs traditionnelles et les impératifs du développement.

Pour le professeur GONIDEC, la première démarche est de constater les droits existants. Toutefois, cette constatation par écrit desdits droits n'est qu'un premier stade, insuffisant quoique indispensable. La modernisation des droits traditionnels ne peut se limiter à constater ce qui est. Elle suppose la mise en œuvre de techniques qui varient selon le but envisagé par les dirigeants africains.

Une première solution consiste à faire confiance aux tribunaux et à leur permettre de faire évoluer progressivement les droits traditionnels, ce qui implique qu'on ait d'abord résolu le problème de l'organisation des juridictions qui devraient être unifiées. Cette solution permettrait, certes, d'espérer une fusion des droits modernes et des droits traditionnels. Mais un tel processus aurait

---

(64) GONIDEC, *op. cit.*, p. 271.

l'inconvénient d'être très long, sans que, au surplus, on soit sûr d'atteindre finalement le résultat envisagé. Aussi bien les juristes des Etats africains francophones se fondent davantage sur le recours au procédé législatif comme moyen de moderniser les droits traditionnels.

Cette intervention du législateur est susceptible de prendre des formes très diverses.

Une méthode consisterait à codifier les règles existantes du droit traditionnel. Cette codification serait soit nationale — si les droits traditionnels sont relativement uniformes —, soit locale — si les règles coutumières existantes sont diverses. Qu'il s'agisse de codification nationale ou locale, on pourrait introduire, à l'occasion de cette codification, quelques modifications au droit existant. Le double inconvénient de cette méthode de codification serait, d'une part d'enlever, au droit traditionnel non écrit qui évolue, sa souplesse, ce qui obligerait le législateur à intervenir fréquemment; d'autre part de ne pas permettre d'apporter des modifications majeures au droit existant.

Il va de soi que cette méthode laisse subsister la dualité des droits et même la complexité des systèmes juridiques nationaux, et contribue à renforcer le tribalisme au détriment de l'unité nationale.

Aussi bien est-on amené à utiliser une autre sorte de codification qui consiste à créer un droit nouveau, synthèse harmonieuse des éléments de droit moderne et des éléments de droit coutumier. Dans la perspective d'une « codification-synthèse », celle-ci pourrait être réalisée soit en visant l'ensemble du droit privé ou, au moins, l'ensemble du droit civil, soit en procédant à des codifications partielles et limitées. Le premier système a été adopté par l'Ethiopie, lorsque cet Etat promulgua en 1960 son code civil, tandis que le Sénégal recourait à la seconde méthode en se contentant d'élaborer un code des obligations.

Ce système d'une « codification-synthèse » pourrait, certes, être rejeté comme solution. Il existe, en effet, une solution radicale qui consiste à ne pas tenir compte des règles traditionnelles et à leur substituer un droit moderne d'inspiration occidentale; c'est la solution ivoirienne. Au sujet de cette méthode radicale, le professeur GONIDEC — dont nous avons reproduit, en forme de résumé, dans les lignes précédentes, sa pensée sur les problèmes

soulevés par la dualité du droit écrit et du droit coutumier (65) — écrit ce qui suit, après avoir noté que la solution radicale pose les questions de connaissance et d'exécution de la loi :

Seule l'expérience démontrera si réellement la législation, porteuse d'avenir, est capable d'être un instrument de transformation de sociétés demeurées relativement closes et archaïques. Mais il est probable que, pendant un certain temps encore, il y aura un décalage important entre le droit théorique ou idéal voulu par le législateur et le droit réellement appliqué. D'où la nécessité pour les juristes africains d'être également des sociologues capables de rapprocher le droit légiféré et le droit vécu (66).

Cette considération nous paraît singulièrement digne d'être soulignée. Car, qu'il s'agisse de la solution radicale dont il vient d'être question, ou de la solution d'intégration — qu'elle soit totale ou même partielle — du droit coutumier dans le droit écrit, on ne saurait pas assez tenir compte de ce qu'il ne suffit pas d'élaborer un code et de le mettre en vigueur pour qu'il soit compris, respecté, assimilé par une population à qui est imposé un système juridique nouveau alors même que celui-ci n'aurait pas fait abstraction de règles ayant relevé de la coutume. Cela paraît surtout, sinon essentiellement, fondé en ce qui concerne le domaine du droit privé, car, pour ce qui regarde le domaine du droit public, nombreuses déjà étaient les dispositions légales édictées par les puissances coloniales et applicables à l'ensemble de la collectivité sans distinction selon l'appartenance à tel ou tel statut. En matière d'intégration des règles coutumières dans le droit écrit et, surtout, en matière d'élaboration d'un droit écrit faisant complètement abstraction du droit coutumier, le législateur ne peut agir qu'avec mesure et circonspection, en tenant compte des facteurs psychologiques et sociologiques de la population appelée à être placée sous le régime du droit écrit.

Les considérations qui viennent d'être présentées ne l'ont été que dans une perspective de vue générale du problème de la co-

(65) GONIDEC, P.F., *op. cit.*, p. 271-276, *passim*. — Au sujet du code civil éthiopien, voir SOHIER, Jean, Propos sur le code civil de l'Empire d'Ethiopie, dans: *Revue juridique du Congo*, n° spécial, 1965, p. 271-290. Pour LAMY, E., le code civil éthiopien n'aurait pas repris des règles coutumières; il n'y aurait donc pas eu intégration (Le problème de l'intégration du droit congolais..., même *Revue* et même n°, p. 164-165).

(66) GONIDEC, P.F., *op. cit.*, p. 276.

existence du droit écrit et du droit coutumier dans les nouveaux Etats africains francophones, et des solutions possibles à y apporter, abstraction faite de cas d'espèce.

Le moment est présentement venu de tenter de connaître si, dans le domaine considéré, les autorités de la République démocratique du Congo, de la République du Rwanda et de la République du Burundi, ont pris position sur le sort à réserver au droit coutumier, et, dans l'affirmative, de dégager la politique adoptée pour résoudre ce problème de la coexistence des deux droits que ces Etats ont hérités lors de leur accession à l'indépendance.

Etant donné qu'il ne sera pas toujours aisé de déceler s'il y a une politique ou non, soit à défaut de texte constitutionnel indicatif, soit à défaut d'une œuvre législative suffisamment importante pour qu'on puisse en déduire la politique vers laquelle tendrait la volonté du législateur, soit à défaut de déclaration officielle, il s'imposera de recourir à ce qu'en a écrit la doctrine, surtout celle émanant de ressortissants des trois Etats. Aussi bien, si on veut respecter l'analyse que certains auteurs ont faite du problème en examen, si on veut se rendre compte exactement de leur pensée ainsi que de leur raisonnement conduisant éventuellement à l'adoption de telle solution précise, obligation sera parfois, en citant certains extraits de leur étude ou en en présentant une synthèse, de répéter l'une ou l'autre considération ayant déjà trouvé place dans la partie générale, qui précède immédiatement, de cet exposé.

## CHAPITRE I. — LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Ainsi que nous l'avons fait observer (67), la loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo ne formule aucune règle au sujet des rapports entre le droit écrit et le droit coutumier. Elle prévoit, cependant, parmi les juridictions qu'elle établit, les tribunaux coutumiers.

(67) Voir Titre deuxième, chapitre I, section 1.

La Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964 reconnaît expressément le droit coutumier comme source de droit (68); ce qui semble exclure, tout au moins dans l'esprit du constituant, une intégration — quel qu'en soit le mode — du droit coutumier dans le droit écrit.

Enfin, en ce qui concerne la Constitution du 24 juin 1967, on peut émettre un avis identique à celui qui vient d'être formulé en ce qui concerne la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964 (69).

Si, cette fois, on se place sur un autre plan, à savoir sur ce qu'aurait éventuellement accompli le législateur congolais en matière de législation impliquant une certaine intégration du droit coutumier dans le droit écrit, fût-ce dans une branche du droit privé ou même dans une partie de cette branche, il semble bien qu'on soit forcé de ne découvrir aucune réalisation de ce genre dans l'œuvre législative accomplie depuis le 30 juin 1960.

N'y aurait-il donc aucun courant, dans la doctrine congolaise, en faveur de l'intégration? En d'autres termes, quelle est la pensée des juristes sur les difficultés et sur la portée d'une intégration de la coutume dans la loi?

La première étude sur ce problème, encore qu'élaborée sous l'empire de la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964, émane de A. MAKAYA, conseiller juridique auprès du ministre de la Justice. On peut en dégager les idées principales suivantes.

En matière d'adaptation du droit coutumier aux mécanismes juridiques des pays modernes occidentaux, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de confronter les deux systèmes juridiques en vue de chercher et de trouver les moyens d'une éventuelle intégration de l'un dans l'autre, des difficultés surgissent en ce qui concerne le Congo, car les coutumes diffèrent beaucoup entre elles. Un second obstacle à l'unification des coutumes réside dans la Constitution elle-même qui laisse aux provinces toutes organisées sur une base ethnique et tribale une large autonomie (article 5) et une compétence concurrente avec le pouvoir fédéral en matière de droit civil et de droit coutumier (articles 47 et 49) (70).

(68) Voir Titre deuxième, chapitre I, section 2.

(69) Voir Titre deuxième, chapitre I, section 3.

(70) Par respect pour la pensée de l'auteur, nous citons ce second obstacle, en faisant observer qu'il n'existe plus sous l'empire de la Constitution du 24 juin 1967.

Enfin, il existe deux fractions distinctes, avec des mentalités parfois différentes, dans les populations: la classe dite primitive et la classe dite évoluée, instruite et acquise aux mentalités européennes.

Toutefois, il existe des facteurs favorables à l'évolution. Sur le plan politique et juridique, on peut citer l'institutionnalisation des pouvoirs prévoyant une organisation administrative uniforme (71), divers principes démocratiques prescrivant qu'il ne doit plus exister qu'une seule classe de citoyens, le droit judiciaire existant qui établit une organisation compétente et une procédure uniformes à travers tout le territoire, le droit civil déjà en vigueur, le droit pénal applicable sur tout le territoire, le droit social. Sur le plan économique interviennent les incidences du développement économique et l'évolution d'une économie de marché. Un troisième facteur favorable est la cohabitation extra-coutumière dans les centres urbains, qui mène à un brassage des mœurs. Enfin, la multiplication des mariages exogamiques tend aussi à l'uniformisation des habitudes de vie familiale. Ainsi toutes ces dispositions légales et les diverses situations déjà établies auront comme première conséquence de tendre vers une fusion des coutumes et de leur codification.

Cela étant, la question se pose vers quoi, vers où les Congolais orienteront-ils le droit coutumier africain. Resteront-ils conformistes ou opéreront-ils une réforme soit progressive soit radicale? Laisseront-ils leurs traditions et valeurs ancestrales essentielles absorbées par la civilisation «mécanicienne» de l'Occident, ou reviendront-ils à leurs pratiques traditionnelles, ou bien devront-ils innover un *modus vivendi* entre ces dernières et les impératifs du monde moderne?

Pour l'auteur de l'étude en examen, une réforme brutale ne peut certainement être envisagée dans l'immédiat. D'autre part, le maintien du *statu quo* est inconciliable avec l'évolution sociale actuelle d'autant plus que «le droit» (72) connaît déjà de très nombreuses transformations sous l'influence de la colonisation.

(71) L'auteur cite, ici, divers articles de la Constitution du 1er août 1964. On notera que la Constitution du 24 juin 1967 prévoit une centralisation très accentuée des pouvoirs législatif et exécutif.

(72) Vraisemblablement s'agit-il, en l'occurrence, du droit coutumier.

Aussi bien estime-t-il que la République est depuis de longues années déjà vouée et engagée à s'adapter progressivement aux mécanismes juridiques occidentaux.

(...) affirmer encore aujourd'hui que l'Africain congolais ne peut copier « l'homme de l'Occident », même partiellement, serait une aberration et un manque de sincérité.

Parmi les facteurs déterminants, l'étude relève les facteurs d'ordre politique et juridique (organisation des pouvoirs basée sur les institutions modernes européennes, application des principes généraux du droit reconnus dans tous les pays modernes — doctrine, jurisprudence, etc., — et du droit des gens; le « legs du colonisateur » à savoir le code civil, le code pénal, le code de commerce, le code de travail, le droit économique, etc., tous d'inspiration occidentale); puis, les facteurs d'ordre économique, social et culturel, sans omettre l'assistance technique étrangère; enfin, les facteurs d'ordre religieux (évangélisation et christianisation) (73).

Un autre juriste congolais, J.-C. MUKASA, assistant à la Faculté de Droit de l'Université officielle du Congo à Lubumbashi, s'est aussi préoccupé du problème de la coexistence du droit écrit et du droit coutumier. Son étude est particulièrement intéressante, non seulement parce qu'elle apporte une contribution au problème en examen, mais encore parce que, ne perdant pas de vue le concret, elle s'intéresse aux matières à intégrer, à la méthode à employer dans l'optique d'une intégration, à l'élément humain appelé à travailler à cette intégration.

L'unification du droit destinée à rendre tous les citoyens égaux devant la même loi, armés de moyens égaux d'assurer et de défendre leurs droits, ayant à leur disposition les mêmes possibilités dans le domaine juridique, est (...) un besoin urgent

parce que le droit écrit est mieux organisé, mieux protégé et plus sûr que le droit coutumier traité jusqu'ici en parent pauvre par l'organisation rudimentaire des tribunaux appelés à l'appliquer et par la qualité des juges chargés de trancher les conflits qui en relèvent.

(73) MAKAYA, A., La diversité des coutumes au Congo-Léopoldville face à l'adaptation du droit coutumier africain aux techniques juridiques occidentales, dans: *Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération*, 1966, n° 1, p. 129-133, *passim*.

Il est d'autant plus urgent qu'il devient intolérable que dans un pays devenu indépendant, un droit spécial continue à régir les étrangers et une petite classe de nationaux privilégiés et que la majorité des habitants soient juridiquement défavorisés par l'incertitude et même l'insécurité que présente le droit qui les régit. Dans le domaine juridique, des efforts particuliers doivent donc être consacrés à l'unification du droit écrit et du droit coutumier. Mais comment va-t-on réaliser cette unification, en d'autres termes quelle sera la physionomie du droit congolais de demain ?

L'auteur de l'article envisage diverses hypothèses.

La première consiste à imposer la coutume comme étant la loi de tous les habitants, et à la codifier. Ici, diverses difficultés surgissent: la diversité des coutumes congolaises elles-mêmes. Quelle coutume devrait être choisie et comment l'imposer sans créer un mal social grave? Si l'on veut éviter ce mal social, il faudrait envisager l'unification des coutumes entre elles et ériger en loi la synthèse qui s'en dégagerait, ce qui constitue une nouvelle difficulté aggravée du fait que, dans beaucoup de ses aspects, le droit coutumier apparaît comme désuet et peu adapté aux besoins d'un Etat moderne. Modifier la coutume à codifier, pour l'adapter aux impératifs nouveaux, équivaldrait à imaginer un nouveau droit.

Une deuxième hypothèse est celle ayant pour objet la mise de tous les habitants sous l'empire du droit écrit congolais actuel. On peut lui objecter que l'élaboration du droit doit s'inspirer du milieu social qui fournit le « donné » de la vie juridique; que le droit écrit ignore le « donné » de la vie juridique des Africains et que, parce qu'il est un droit façonné selon les conceptions européennes et destiné avant tout à régir les Européens, il est, comme tel, étranger aux Africains.

Enfin, la troisième hypothèse entrevoit l'intégration du droit coutumier et du droit écrit.

Cette formule réalise le compromis d'instituer un système juridique tenant compte à la fois et des croyances traditionnelles et des impératifs du progrès.

Dans cette perspective, J.-C. MUKASA, soulève trois questions: quelles sont les matières dans lesquelles il faut hâter l'intégration; quelle méthode faut-il employer en vue de cette réalisation; enfin, qui peut s'atteler à ce travail d'intégration.

Quant aux matières, tout d'abord:

Dans le domaine du droit des biens, de nombreux domaines



échappent à la nécessité d'unification juridique, encore qu'il faille repenser le problème du régime des terres (74). Dans la matière des obligations et des contrats, il n'y aurait à apporter que les modifications commandées par la désuétude du code civil lui-même. En définitive, l'intégration ne doit avoir pour objet que le droit des personnes.

Ensuite, en ce qui concerne la méthode :

Parmi bien d'autres, il en est une qui est susceptible de hâter l'unification du droit: si on part du fait que de nombreux chercheurs ont identifié les coutumes, les ont recensées et classifiées, il s'impose de dépasser ce stade en dégageant, par le recours au système de la comparaison des coutumes, les points essentiels; en confrontant ceux-ci aux principes modernes du droit écrit, en les jugeant compte tenu du droit naturel et de l'équité; en les étudiant par rapport à d'autres droits africains modernes; en en retirant une règle de conduite sociale. Cette méthode implique, d'une part le travail des juristes en commission, d'autre part la confrontation de ce travail à l'opinion publique lors d'un congrès sur un sujet précis (juristes, sociologues, spécialistes des différentes disciplines humaines, représentants de toutes les couches de la population). C'est ainsi que s'est tenu à Lubumbashi du 14 au 18 novembre 1966 un colloque sur la dot.

Enfin, pour ce qui regarde les personnes appelées à se livrer au travail d'intégration, il y a lieu de citer les juristes auxquels peuvent être associés des sociologues dans l'étude de l'aspect social de toute institution envisagée. Parmi les juristes, ce sont avant tout les juristes nationaux qui doivent prendre la charge de ce travail, car il ne faut pas servir un idéal étranger à la population que l'on veut régir, tout comme il s'impose de ne pas créer un droit abstrait et arbitraire (75).

(74) Dans son importante étude sur « Le problème de l'intégration du droit congolais: son origine, son évolution, son avenir », le professeur E. LAMY écrit: « A ce jour (N.B. L'étude a été publiée en 1965) il semble que le Congo veut aussi établir une nouvelle législation générale des terres... », et signale en note le colloque foncier d'Elisabethville du 10 au 18 novembre 1964. Dans: *Revue juridique du Congo*, 1965, n° spécial, p. 197.

(75) Sur le problème de l'intégration de la coutume dans le droit écrit (notamment en matière d'enquête préalable coutumière) on lira avec intérêt: BLANC-JOUVAN, Marc, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, Remarques sur la codification du droit privé à Madagascar, dans: *Revue juridique du Congo*, 1967, p. 168 et p. 172-183.

La méthode préconisée par J.-C. MUKASA peut, de sa propre opinion, se combiner avec une autre.

Il faudrait (...) que les travaux des commissions de juristes et des congrès puissent s'enrichir des tendances d'intégration émises par des juges de droit écrit et ceux de droit coutumier siégeant ensemble et confrontant leurs opinions dans l'interprétation de certaines coutumes. L'organisation judiciaire unique jouerait, par l'unité de la jurisprudence, un rôle appréciable dans l'élaboration du droit congolais de demain (76).

S'il paraît incontestable qu'une organisation judiciaire unique remplirait un certain rôle d'unification en matière de jurisprudence, nous pensons aussi que, indépendamment de ces assises où se retrouveraient juges de droit écrit et juges de droit coutumier, l'interprétation des coutumes pourrait se fonder à titre principal sur la jurisprudence des juridictions indigènes étant donné que, dans la très grande majorité des cas, c'est devant elles que comparaissent, pour les questions relevant du droit privé, les personnes soumises à la coutume (77).

Voici comment, pour sa part, E. LAMY, professeur à l'Université officielle de Lubumbashi, envisage l'avenir du droit coutumier.

Le *statu quo* paraît être une solution qui n'est que momentanée parce que le Congo n'a pu encore — on observera que l'étude date vraisemblablement de 1964 — se pencher sur l'examen des problèmes d'intégration, ce faute de réelle stabilité sociale, d'autant que l'article 123 de la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964, par les limites qu'il impose à la coutume, ne semble pas admettre la stabilisation du droit coutumier (78).

Quant à une intégration immédiate et globale,

(elle) paraît malgré tout nettement prématurée vu que, jusqu'à ce jour, il subsiste en fait un dualisme aussi bien sous l'angle de l'organisation et des cadres judiciaires que par rapport à l'application d'un type de droit... (La décolonisation) veut une fusion de la règle occidentale et de la coutume dans un seul tout nouveau différent de ses géniteurs, qui sera

(76) MUKASA, J.-C., Le problème de l'unification et de l'intégration du droit congolais, dans: *Problèmes sociaux africains*, n° 75 de décembre 1966 et n° 76 de mars 1967, p. 55-61 *passim*.

(77) Dans cette optique, on ne peut pas perdre de vue l'ouvrage de SOHIER, Jean, Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumières du Congo et du Ruanda-Urundi jusqu'au 31 décembre 1953, Larcier, Bruxelles, 1957, Et celui de PAUWELS, J.M., Répertoire de droit coutumier congolais. Jurisprudence et doctrine, 1954-1967, Office national de la recherche et du développement, Kinshasa, 1970.

(78) Le libellé de l'article 57, alinéa 1, de la Constitution du 24 juin 1967 est presque identique à celui de l'article 123, alinéa 1, de la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964.

un droit congolais sans doute écrit. (...) Il semble donc qu'il faille apporter au problème de l'intégration des droits congolais une sage lenteur basée sur l'information des coutumes, tant pour en dégager les convergences et les divergences internes, que pour constater leur conformité ou leur opposition avec la loi écrite.

Aussi bien s'impose-t-il de rechercher un programme des moyens à employer en vue d'un résultat final d'intégration non encore précisé dans le temps plutôt que de décider une suppression immédiate de la coutume, même si celle-ci est largement introduite dans la loi écrite, parce que la coutume n'est pas toujours suffisamment décantée « des » coutumes. Ce travail de recherche doit aussi tenir compte d'un autre principe, à savoir que lorsqu'un domaine juridique n'est pas spécifique à la coutume, soit parce que déjà absorbé par la loi ou créé par elle, soit parce qu'il y a conformité actuelle entre la loi et la coutume, seule la loi régira ce domaine. Ainsi, « le solde juridique sera le domaine spécifiquement coutumier ».

Dans les matières déjà absorbées par la loi, le professeur LAMY cite le droit public interne et externe, le droit pénal; dans les matières créées par la loi, il mentionne notamment le droit commercial, le droit du travail et de la prévoyance sociale, les législations bancaire et économique; enfin, dans les matières où on trouve une coexistence parallèle des deux types de droit (c'est-à-dire où il n'y a pas, dans une large mesure, d'opposition profonde aussi bien dans les conceptions que dans les principes d'application), il fait état de la responsabilité aquilienne, de la responsabilité contractuelle et du régime des preuves.

Qu'en est-il lorsqu'un domaine juridique est spécifique au droit coutumier?

On cherchera à préciser les points de rencontre acquis ou possibles. Il en est ainsi en ce qui regarde le régime des personnes, (...) le droit des personnes (étant) certes celui où les oppositions entre les deux droits congolais sont de prime abord les plus tranchées; de même en ce qui regarde le domaine des biens. En effet

Le droit coutumier sur les biens mobiliers et immobiliers s'écarte aussi, à raison des motifs de l'organisation clanique, du régime juridique occidental basé sur l'organisation et la défense de la propriété individuelle et à rendement économique intensif. Elle est au contraire collective, extensive à raison de l'exploitation par assolement du sol et de subsistance.

Pour E. LAMY, le programme de l'intégration future peut se placer sur deux plans: tout d'abord, il s'impose de réaliser

(...) l'unification complète des cadres judiciaires qui constitue une intégration de forme et de l'activité des hommes de justice; ensuite, il y a lieu d'envisager une réforme juridique pouvant être considérée dans les points suivants: la codification du droit pénal coutumier à intégrer dans la législation répressive actuelle; un réajustement du livre du Code civil congolais sur les contrats ou obligations conventionnelles, de manière à en étendre l'application à tous les Congolais; la recherche systématique des données et de l'évolution actuelles en matière du droit des personnes, en vue de dégager les éléments convergents; la codification du droit foncier coutumier déjà en voie de formation par l'organisation légale de l'entité foncière traditionnelle et surtout par la mise en place d'une législation de moyens permettant de rendre applicable la réforme à travers tout le pays. Il n'est pas douteux qu'en cours de travail d'autres problèmes devront surgir (79).

Pour L. ZUYDERHOFF, ancien magistrat au Congo, ce serait une erreur fondamentale d'imposer *in globo* le Code Napoléon ou tout autre code étranger aux Congolais, alors que la plus grande partie de la population du Congo est encore actuellement sous l'empire de la coutume. C'est pourquoi il y aurait lieu d'étudier les différentes coutumes pour en extraire les principes communs. Ce travail pourrait se faire à l'aide des archives des tribunaux de chefferie, de centre et de territoire, par la consultation de monographies traitant des coutumes d'une tribu déterminée, et par celle du « Bulletin des juridictions indigènes ».

Cette étude terminée, on pourrait procéder à l'unification des différentes coutumes, tout en éliminant ce qui, dans lesdites coutumes, serait contraire à la Charte des droits de l'Homme. Le droit coutumier devrait non seulement être unifié, mais aussi diversifié avec la possibilité d'option *in limine litis* pour tel ou tel régime (par exemple, option pour le régime patrilinéal ou pour le régime matrilinéal).

(79) LAMY, E., Le problème de l'intégration du droit congolais: son origine, son évolution, son avenir, dans: *Revue juridique du Congo*, 1965, n° spécial, p. 185-187, 190-196, 198, 202-203, *passim*.

Un second stade consisterait à moderniser la coutume unifiée et diversifiée pour tenir compte des situations nouvelles créées par le développement du pays et permettre l'investissement de capitaux étrangers et les échanges avec les autres pays. On pourrait ici encore imaginer un système d'option *in limine litis* pour le droit coutumier ou pour un droit plus moderne.

Enfin, on procéderait à la codification de la coutume unifiée, diversifiée et modernisée, afin d'éliminer tout arbitraire de la part des tribunaux.

En attendant la promulgation d'un nouveau code, il faudrait maintenir l'organisation judiciaire actuelle, car il importe de ne rien brusquer sous peine de plonger les Congolais dans une situation anarchique au point de vue judiciaire (80).

Il ne semble pas que, dans son étude, L. ZUYDERHOFF ait tenté de résoudre le problème de l'intégration du droit coutumier dans le droit écrit. On voudrait ne pas trahir sa pensée en disant que, eu égard à la très grande majorité de la population encore soumise à la coutume, il préconiserait la codification de la coutume, celle-ci serait-elle l'objet d'une modernisation. Encore est-il, cependant, qu'il ne s'explique pas sur ce qu'il entend par un « droit plus moderne » qui coexisterait à côté du droit coutumier. Que serait ce « droit plus moderne », quelle en serait la matière, quels seraient les éléments de la population auxquels il serait applicable? Si on peut opter *in limine litis* pour un des deux droits, serait-on donc soumis à la fois aux deux droits? Et comment concilier ce droit d'option avec la constatation de la nécessité de maintenir les coutumes, fussent-elles codifiées, pour la partie de la population la moins développée? A vrai dire, c'est le terme « option » qui sème un certain trouble dans la recherche de la pensée de l'auteur de l'étude. Sans son emploi, on comprendrait aisément que les éléments de la population les moins développés soient soumis à un droit coutumier codifié et même modernisé, tandis que les éléments de la population plus développés seraient assujettis à un droit plus moderne. Encore faudrait-il que, comme nous l'écrivons plus avant, la notion de ce droit plus moderne

(80) ZUYDERHOFF, Louis, Note sur l'organisation judiciaire en République du Congo, dans: L'organisation judiciaire en Afrique noire, Editions de l'Institut de sociologie, Bruxelles, 1969, p. 94-95.

fût précisée, que le sort à réserver au droit écrit actuel fût déterminé, qu'on justifiât davantage ce que gagnerait le droit coutumier à être unifié tout en étant diversifié.

Nous avons émis, plus avant, l'opinion suivant laquelle il ne paraissait pas que le législateur congolais ait réalisé une œuvre impliquant une intégration du droit coutumier dans le droit écrit, fût-ce dans une seule branche du droit privé ou même dans une partie de cette branche.

D'aucuns pourraient, cependant, être tentés d'opposer à cet avis une objection fondée sur l'exposé des motifs précédant l'ordonnance-loi du 10 juillet 1968 (81) portant le Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, et entrant en vigueur à la date de sa signature (article 174).

Voici comment s'exprime, dans deux de ses passages, ledit exposé des motifs :

Afin de mettre la législation en concordance avec les prescrits de la Constitution du 24 juin 1967 et de répondre au vœu du Gouvernement, désireux d'effacer les dernières traces de discrimination raciale et de consacrer l'intégration de la coutume dans le droit national en mettant fin à la dichotomie des organes judiciaires, j'ai chargé une commission de juristes (...) d'élaborer (...) un texte entièrement refondu qui procurerait au peuple congolais une organisation judiciaire répondant à ses aspirations traditionnelles comme aux exigences d'un Etat moderne, et

La compétence d'attribution des tribunaux civils a été revue, tenant compte de la nouvelle organisation judiciaire et du principe de l'intégrité (*sic*) de la coutume dans le droit national.

Se trouve-t-on en présence d'un cas d'intégration de la coutume dans le droit écrit ?

Si on parcourt le texte de ladite ordonnance législative, on constate que les tribunaux, tels que déterminés par cet acte législatif, ont compétence pour appliquer la coutume (articles 27, alinéa 2; 43, alinéa 2; 114; 116, alinéa 2; 125); que les cours et tribunaux appliquent la coutume pour autant que celle-ci soit conforme aux lois et à l'ordre public, et que, en cas de carence de coutume et lorsque la coutume n'est pas conforme aux lois et à l'ordre public, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit national (article 126, alinéas 1 et 2); que la

(81) *Moniteur congolais*, 1968, n° 14. Exposé des motifs, p. 1340-1343. — Texte législatif, p. 1343 et suiv.

section judiciaire de la cour suprême de justice connaît des pouvoirs en cassation pour violation de la loi ou de la coutume (article 163, 1°).

D'autre part, l'article 173 abroge — sous réserve de diverses mesures transitoires — le décret du 8 mai 1958 portant le Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, et prévoit que:

Dans les villes et territoires dans lesquels un tribunal de paix (82) sera installé, les décrets sur les juridictions indigènes coordonnés par l'arrêté royal du 13 mai 1938, ensemble avec les textes qui les ont modifiés ou complétés, cesseront d'être d'application.

De ce qui précède on peut déduire l'avis suivant.

Il semble que les passages de l'exposé des motifs que nous avons cités pourraient engendrer une certaine équivoque.

Que la coutume fasse partie du droit national au même titre que la loi et à la condition qu'elle soit conforme aux lois et à l'ordre public de l'Etat, le principe en est déjà inscrit dans l'article 57, alinéa 1, de la Constitution du 24 juin 1967. Mais si on veut dire que des règles coutumières en matière d'organisation et de compétence judiciaires auraient été « intégrées » dans le droit national, à savoir dans l'ordonnance-loi du 10 juillet 1968, cela ne paraît pas exact. A la vérité, on supprime purement et simplement les juridictions indigènes créées par le législateur colonial et, après avoir abrogé le décret du 8 mai 1958 précité, on crée des juridictions uniques pour tous les justiciables quel qu'en soit le statut, encore qu'on maintienne le principe de l'application de la coutume — que lesdites juridictions indigènes reconnaissent — au bénéfice des personnes relevant du droit coutumier.

Ainsi, en l'occurrence, il n'y a pas d'« intégration » — tout au moins au sens où la doctrine et nous-même avons employé ce terme dans le cours du présent Titre troisième — de règles strictement coutumières dans le droit écrit, de fusion ou d'adaptation de ces règles par rapport à un droit écrit existant ou à un droit écrit nouveau en élaboration.

En conséquence, nous estimons pouvoir nous en tenir à l'opinion que nous avons exprimée au sujet de l'absence, dans l'Etat

(82) Ainsi que s'exprime l'Exposé des motifs: « Le tribunal de paix (art. 24 à 30) est destiné à résorber les missions des tribunaux secondaires et principaux de chefferie et de secteur, des tribunaux de centre et de commune, les tribunaux de territoire et de ville, ainsi que les tribunaux de police ». — Il y a un ou plusieurs tribunaux de paix dans chaque ville et dans chaque territoire.

congolais, d'une œuvre législative impliquant l'intégration du droit coutumier dans le droit écrit.

S'il paraît que, aussi bien sous l'empire de la Constitution du 1<sup>er</sup> août 1964 que sous celui de la Constitution du 24 juin 1967, la République démocratique du Congo n'a pas procédé à des mesures d'intégration du droit coutumier dans le droit écrit, il semble toutefois que, sur le plan doctrinal, il existe une quasi unanimité pour repousser le *statu quo*, et pour admettre une intégration prudente et progressive, dans le droit écrit, de ce qui aura pu être considéré comme règle générale et valable dans les diverses coutumes, après enquête coutumière. Cette intégration tiendra compte à la fois, d'une part des impératifs du monde moderne et de l'évolution sociale actuelle, d'autre part de ce que le droit à élaborer est un droit destiné à régir des Africains; en d'autres termes, il s'agit de réaliser

(...) une fusion de la règle occidentale et de la coutume dans un seul tout nouveau... (83).

On peut concevoir que la République sortira de son immobilisme en ce problème de l'intégration — sauf, s'il y échet, à modifier la Constitution du 24 juin 1967 considérée notamment en son article 123, alinéa 1 — lorsque, l'ordre complet régnant en permanence sur tout le territoire, les diverses autorités administratives exerçant réellement leur propre compétence sur toute l'étendue du territoire, toutes les juridictions fonctionnant partout normalement avec des juges formés à la fois au droit écrit et au droit coutumier et les pouvoirs centralisateurs de l'Etat s'exerçant sans conteste et réellement depuis la capitale jusqu'aux frontières du Pays, les impérieuses obligations du développement économique et social, et la nécessité de garantir et de maintenir une forte unité nationale décideront les autorités à prendre en considération le problème de l'intégration du droit coutumier dans le droit écrit, afin d'aboutir — on peut espérer que ce sera d'une manière progressive et sage — à un seul droit congolais reflétant aussi bien les coutumes dans ce qu'elles ont de plus valable que les règles du droit en vigueur dans les Etats modernes que sont les Etats occidentaux et adaptées, dans la mesure où la chose appa-

(83) LAMY, E., *op. cit.*, p. 186.



raîtra indispensable, à la situation de la population et de l'Etat congolais. Dans cette perspective, il est souhaitable que la République démocratique du Congo ne perde pas de vue l'existence de la très grande œuvre législative accomplie par la Belgique dans ce qui fut le Congo belge, œuvre législative dont une partie, par surcroît, s'appliquait et continue à s'appliquer à l'ensemble de la population sans distinction aucune.

## CHAPITRE II. — L'ÉTAT DU RWANDA

En matière du problème de l'intégration du droit coutumier dans le droit écrit, la situation dans la République du Rwanda est toute différente de celle qui existe dans la République démocratique du Congo.

En effet, il semble que le Rwanda se soit orienté vers la solution prônant une intégration totale de la coutume dans la loi.

Le professeur E. LAMY, définit, comme suit, l'intégration totale:

(c'est) celle où à partir d'une codification légale exhaustive d'une branche juridique ou de tout le *corpus juris*, la coutume n'est plus une base de principe d'application d'une règle de droit et ne devient plus qu'une source de droit, un fondement historique et rarement un droit supplétif à l'égard de domaines mineurs non encore traités par la loi (84).

La Constitution du 24 novembre 1962 a peut-être tracé une ligne indicative vers l'adoption de cette politique d'intégration totale puisque, en son article 109, elle édicte:

Une loi organique détermine la procédure selon laquelle les coutumes-lois sont codifiées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la présente Constitution (85).

Cependant, on peut croire qu'il est aussi d'autres facteurs qui sont intervenus pour rendre possible la mise en œuvre d'une intégration générale.

N. RUHASHYANKIKO, professeur de droit à l'Université nationale du Rwanda, mentionne les éléments favorables suivants: l'homogénéité du territoire avec une population parlant la

(84) LAMY, E., *op. cit.*, p. 161.

(85) Voir Titre deuxième, chapitre II, de notre étude.

suite, si on doit considérer — à moins d'une erreur dans cette perspective — qu'il s'agit en l'occurrence d'une intégration totale de la coutume dans la loi, on peut se demander en quoi consiste la codification des « coutumes-lois » dont la procédure doit être déterminée par une loi organique qui, du reste, paraît ne pas avoir encore été promulguée (article 109 précité de la Constitution du 24 novembre 1962). L'expression « coutumes-lois » ne prête guère, semble-t-il, à une interprétation suffisamment probable du sens à donner à la susdite disposition constitutionnelle, à moins qu'il ne s'agisse, ce qui semble très douteux, lorsqu'on aura intégré tout le droit coutumier dans le droit écrit existant ou dans le droit écrit nouveau, de passer, suivant la procédure fixée par la loi organique, à la codification générale des diverses législations préalablement édifiées en fonction du principe de l'intégration totale.

Quoi qu'il en soit, une dernière question peut être posée: le droit écrit, qu'on entend instaurer, créera-t-il un système propre et original? Pour l'auteur de la communication, une totale originalité en ce domaine est problématique, vu l'histoire, l'évolution politique, sociale et économique, les options philosophiques et idéologiques du Rwanda. D'autre part, le système français a exercé une influence déterminante. Il appartient au Rwanda (...) d'utiliser les apports extérieurs, de les intégrer dans sa coutume et ses lois et se forger un système enrichi, original et pleinement adapté à l'âme de son peuple (96).

### CHAPITRE III. — L'ÉTAT DU BURUNDI

Comme nous l'avons fait observer précédemment (97), la Constitution du 16 octobre 1962 — suspendue par l'arrêté royal du 8 juillet 1966 — ne comprenait aucune disposition traitant de la coutume et de ses rapports avec le droit écrit. Seul, l'article 15, alinéa 2, s'occupait d'une coutume en abolissant la polygamie.

(96) RUHASHYANKIKO, Nicodème, *op. cit.*, p. 122-123 *passim*.

(97) Voir Titre deuxième, chapitre III.

D'autre part, nous avons fait observer que si la Constitution avait établi la liste limitative des juridictions, la loi du 26 juillet 1962 sur l'organisation et la compétence judiciaires avait supprimé les juridictions indigènes créées par l'ordonnance législative du 5 octobre 1943, organisé des juridictions dont la compétence *ratione personae* s'étendait à tous les habitants sans aucune distinction, écarté la coutume comme source de droit applicable étant donné que la susdite loi n'en fait aucune mention.

Faut-il, dès lors, considérer cette loi du 26 juillet 1962 comme étant un acte législatif substituant purement et simplement le droit écrit d'inspiration occidentale à la coutume, sans tenir compte de celle-ci, ou comme une première mesure d'intégration du droit coutumier dans le droit écrit?

Encore qu'il apparaisse délicat, à défaut de connaître les travaux préparatoires ayant entouré l'élaboration de la loi, d'apporter une réponse quelque peu ferme à cette question, on pourrait pencher, avec la prudence qui s'impose, en faveur de la première branche de l'alternative, c'est-à-dire en faveur de la formation d'un droit écrit faisant abstraction de la coutume. Si cela était exact, on se trouverait en présence d'un cas d'application de la solution radicale, quasi révolutionnaire, dont nous avons parlé au commencement du présent Titre troisième, et qui consiste dans la création d'un droit écrit sans le moindre lien avec le droit coutumier.

Au sujet de la loi du 26 juillet 1962 précitée, M. HELVETIUS écrit:

Depuis son indépendance, le Burundi a donc supprimé les juridictions indigènes que la tutelle avait consacrées. En créant un ordre unique de juridictions ordinaires pour l'ensemble des habitants du territoire, on satisfait à une vue de l'esprit égalitaire fort séduisante. L'organisation judiciaire se trouve d'un coup débarrassée de toute trace de discrimination (...) la masse rurale et même celle des centres tient ses droits de la coutume pour longtemps encore et la reconnaissance du droit écrit est une nécessité aussi impérieuse pour le maintien des collectivités travaillant au progrès économique du pays. En créant des juridictions territorialement et spirituellement proches des justiciables vivant en milieu traditionnel, mais accessibles aux autres habitants (...), le Burundi nous paraît avoir sauvegardé au mieux les intérêts des uns et des autres. Ce