

JOURNAL DES TRIBUNAUX



D'OUTRE-MER

Périodique
judiciaire
colonial

Les Congolais non immatriculés devant l'état civil

L'état civil d'une personne est l'ensemble des qualités juridiques qui établissent la situation de cette personne au sein de la famille et de la société au point de vue de la jouissance et de l'exercice des droits civils. Les droits civils sont tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent.

Parmi les Congolais, seuls ceux qui ont obtenu l'immatriculation, qui fait l'objet du tome III du chapitre III du livre I^{er} du Code civil, et qui a récemment été réorganisée par le décret du 17 mai 1952, jouissent des dits droits. Ces droits leur ont été reconnus par l'article 6 du titre I du livre I^{er} du Code civil et leur ont été confirmés par l'article 4, alinéa 1^{er}, de la Charte coloniale.

Quant aux Congolais non immatriculés, ils restent soumis, en vertu de l'alinéa 2 du même article 4, à leur droit coutumier. Pour que des dispositions du droit écrit leur soient applicables, il faut, selon l'esprit de la Charte, qu'elles aient été promulguées à leur intention.

Ce serait mal interpréter l'article 4, alinéa 2, de la Charte, que de l'appliquer rigoureusement, et d'éliminer le droit indigène du moment que la matière est réglée par la législation. Si les auteurs de la Charte avaient voulu proscrire les coutumes en opposition avec la législation en général, ils seraient arrivés en fait à ce résultat, certainement exclu, de soumettre tous les autochtones, indistinctement, au droit écrit. L'article 18 du décret sur les juridictions indigènes a formulé l'intention du législateur dans une formule plus claire en déclarant que « lorsque les dispositions légales ou réglementaires ont eu pour but de substituer d'autres règles à la coutume indigène, les tribunaux appliquent ces dispositions ». Il ne suffit donc pas que la loi traite d'une matière, pour que les règles coutumières soient abrogées (2). Aussi, le livre I^{er} du Code civil leur reste étranger, sauf les articles 1 à 6 concernant la nationalité congolaise et ceux concernant l'immatriculation.

Avant le décret du 17 mai 1952 sur la nouvelle immatriculation, l'immatriculation était acquise non seulement à ceux qui la demandaient, ainsi qu'à ceux qui étaient immatriculés d'office en vertu des ordonnances du 15 juillet 1915 et du 26 juillet 1923, mais encore, en vertu de l'article 6 du livre I^{er} du Code civil, aux naturalisés congolais et aux nationaux dont le mariage, la reconnaissance ou la naissance étaient inscrits aux registres de l'état civil. Ces trois actes d'état civil impliquaient l'immatriculation. Mais depuis la réorganisation de l'immatriculation, celle-ci n'est plus acquise qu'en vertu d'un jugement, sauf les cas, prévus par le décret, où elle se transmet d'office à l'épouse et aux enfants. L'établissement occasionnel d'un acte d'état civil concernant un Congolais non im-

matriculé ne suffit donc plus pour lui faire acquérir *ipso facto* l'immatriculation.

La pratique suivie durant plus d'un demi-siècle semble avoir porté des officiers de l'état civil à maintenir une tradition qui est en contradiction flagrante avec les modifications profondes dont l'article 6 du Code civil a fait l'objet. Il importe certes que les officiers de l'état civil, conformément à l'article 6 du décret du 17 mai 1952, respectent les droits acquis des anciens immatriculés, mais ce respect ne peut nullement s'étendre, sauf les exceptions que nous exposerons, au maintien de leur compétence ancienne pour dresser des actes d'état civil dans lesquels des non-immatriculés seraient parties. On appelle « parties à un acte d'état civil » les personnes dont l'acte modifie l'état et la capacité.

Examinons successivement quelques actes d'état civil, dont le dressement pourrait faire surgir quelques hésitations.

Les actes de mariage.

Il n'est pas douteux que depuis le décret du 17 mai 1952, l'officier de l'état civil est devenu incompetent *ratione personae* pour célébrer l'union civile de deux Congolais non immatriculés. Lorsqu'il instrumente vis-à-vis de Congolais, l'article 106 du Code civil, modifié par le prédit décret, exige, en effet, qu'il se fasse remettre l'acte d'immatriculation des candidats au mariage.

Si l'un d'eux seulement est immatriculé, le Code civil n'admet la célébration que si c'est le mari qui est immatriculé (C. civ., l. 1^{re}, art. 36, al. 1^{er}). Dans le cas opposé, la femme perd son immatriculation et passe sous le statut du droit coutumier de son époux (même art. al. 2).

Le décret du 17 mai 1952 a omis de régler le cas de la femme congolaise non immatriculée qui désirerait s'unir à un Européen. Il ne prévoit que le mariage entre Congolais (C. civ., l. 1^{re}, art. 36), mais nous estimons que le décret n'a apporté aucune entrave à pareille union.

Suivant une communication de l'avocat A. Rubbens à l'I.R.C.B. (3), pareil mariage serait devenu impossible depuis l'application du nouveau décret. « En vertu de l'article 106 du Code civil, qui est d'ordre public, une personne de statut non indigène ne peut contracter mariage que devant l'officier de l'état civil, or, ce fonctionnaire n'est habilité à marier les indigènes que lorsqu'ils sont immatriculés ». L'argumentation de M. A. Rubbens nous paraît très contestable. Le législateur a entendu appliquer le principe traditionnel (4) que la loi du mari déterminera le statut de la famille. L'esprit de la législation congolaise ne s'oppose nullement à ce que la femme congolaise suive la nationalité de son mari, lors-

que la loi nationale de celui-ci la lui fait acquérir. Comment, d'ailleurs, l'officier de l'état civil pourrait-il refuser de célébrer ce mariage, alors qu'il ne le peut entre un immatriculé et une non-immatriculée ? Même si la loi nationale du mari ne prévoyait pas l'attribution de sa nationalité à son épouse, comment faire moins confiance dans son choix à cet Européen qu'à un immatriculé et en conséquence mettre en doute que son élu possède l'aptitude nécessaire pour tenir décentement sa place dans la vie sociale ? Il importe en l'espèce d'appliquer l'interprétation systématique (5) ou dogmatique (6), en éclairant la disposition légale de l'article 36 du Code civil, livre I^{er}, dont l'application est en jeu, par les principes généraux, sous l'empire desquels le place le système suivi par le législateur. On pourrait encore invoquer l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies, en sa séance du 10 décembre 1948, et qui est proposée comme un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations (7). En vertu de cet article, « l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, ont le droit de se marier à partir de l'âge nubile ». Il existe d'autre part, une tradition constante en ce sens, au Congo, et la modification actuelle apportée au Code civil n'a jamais pu avoir eu en vue, dans la pensée du législateur, d'y mettre fin.

Le décret du 17 mai 1952 n'a pas cru davantage nécessaire de prévoir le mariage entre un Congolais non immatriculé et une Européenne. Nous estimons que pareille union ne pourrait être célébrée au Congo que pour autant que le Congolais soit au préalable immatriculé. En effet, l'officier de l'état civil n'est compétent *ratione personae*, à l'exclusion du cas précédent, que si les deux époux appartiennent au premier groupe des ressortissants. Les conditions déterminées par la loi pour l'existence d'un mariage d'une personne de statut européen sont pour lui d'ordre public (8).

En cas de refus de la part du futur mari de se faire immatriculer, existerait-il une possibilité de faire consacrer l'union ? Dans l'état actuel de la législation, nous ne le croyons pas. En effet, le mariage religieux n'apporte, en l'espèce, aucune solution, puisqu'il est inexistant au regard du Code civil. Cette conséquence ne manquerait d'ailleurs pas de rendre les autorités ecclésiastiques particulièrement réticentes avant de bénir pareille union. D'autre part, un mariage coutumier devrait être considéré comme inexistant, puisqu'il se ferait en dehors de l'intervention de l'officier de l'état civil et que partant, il n'y aurait pas, au regard de la loi qui régit les Européens, de célébration de mariage. Une union contractée en pays étranger en fraude du statut personnel des époux ne serait pas davantage à conseiller, sa validité pouvant à tout moment être contestée tant par les époux eux-mêmes que par le ministère public et les tiers. Il y a là certainement une grave lacune dans notre

(5) Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, n° 200, p. 187.

(6) Bellefroid, *Indeling tot de rechtswetenschap in Nederland* (IV^e druk), n° 84, p. 115.

(7) Wigny, *Le droit constitutionnel*, t. I, n° 143, pp. 256, 264 et 299.

(8) Gohr, *Bull. I.R.C.B.*, 1933, p. 326, sub 1°.

(1) Cass., 3 mars 1891, *Pas.*, I, p. 81; — Wigny, *Principes généraux du droit administratif*, p. 193, n° 145.

(2) A. Sohier, *Traité élémentaire de droit coutumier*, n° 13.

(3) *Bull. I.R.C.B.*, 1953, p. 436.

(4) Planiol et Ripert, t. I, n° 376; — De Page, t. I, n° 36. Ils indiquent cependant tous deux une nouvelle tendance favorable à l'indépendance de la femme.

législation, qu'il importerait d'autant plus de combler qu'elle contrevient à l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme que nous venons de citer plus haut.

Les actes de reconnaissance.

La reconnaissance d'un enfant naturel par un Congolais non immatriculé, actée par un officier de l'état civil, pourrait donner lieu à un doute, à première vue plus plausible que dans le cas du mariage, où l'article 126 du livre I^{er} du Code civil exige *expressis verbis* l'immatriculation. L'article 208 du livre I^{er} du Code civil, en effet, dont le « ne » est reconnu être le résultat d'une erreur de typographie, n'exige aucune capacité juridique pour se reconnaître l'auteur d'un enfant (9).

« Celui qui reconnaît un enfant, dit Laurent, ne contracte pas; la reconnaissance n'est pas un acte intéressé, c'est un acte moral, l'accomplissement d'un devoir » (10). Il suffit donc d'« avoir l'aptitude naturelle à savoir ce que l'on fait » (11).

Doit-il résulter de ces considérations que l'officier de l'état civil est tenu de recevoir une déclaration faite par un Congolais non immatriculé? Nous n'hésitons pas à répondre par un non formel. La distinction à faire entre les incapables visés à l'article 208 du livre I^{er} du Code civil et le déclarant, Congolais non immatriculé, tranche le problème: les incapables jouissent des droits civils, mais ne sont privés que de leur exercice, privation dont les lève exceptionnellement l'article 208, tandis que le Congolais non immatriculé ne possède pas les droits civils. Tant leur jouissance que leur exercice lui sont refusés.

Quant à l'enfant, la condition d'immatriculation ne se pose évidemment pas. En vertu d'une argumentation *a contrario* de l'article 37, alinéa 3, du livre I^{er} du Code civil, il l'obtient par le fait même de la reconnaissance, du moment que celle-ci a lieu avant la majorité du bénéficiaire. L'article 307 permet d'ailleurs de reconnaître un enfant avant sa naissance. Nous verrons plus loin la valeur d'un acte d'état civil de reconnaissance illégalement dressé.

Les actes d'adoption.

Nous ne croyons pas que l'incompétence de l'officier de l'état civil *ratione personae*, pour dresser un acte d'adoption, où les deux parties, l'adoptant comme l'adopté, ne seraient pas immatriculés, puisse faire surgir le moindre doute. L'article 227 du livre I^{er} du Code civil prévient toute hésitation. En effet, il exige que l'officier se fasse remettre l'acte d'immatriculation de l'adoptant et de l'adopté. Il est d'ailleurs à peine besoin de relever qu'il va de soi que le Congolais non immatriculé ne pourrait pas adopter suivant les règles du Code civil, puisqu'il reste soumis au droit coutumier. Il pourrait sembler moins nécessaire que l'adopté fût immatriculé, l'adoption pouvant au même titre que la reconnaissance, la lui donner. Mais le Conseil Colonial, lors de la discussion du décret du 17 mai 1952 sur l'immatriculation, craignit à juste titre que la transmettre d'office de l'adoptant à l'adopté eût pu faire surgir un trafic de droits, destructeur de la politique législative (12). Relevons que, pour obvier à ce danger, il eût suffi de soumettre, comme en Belgique, l'adoption à l'homologation du tribunal. L'instauration d'un contrôle judiciaire offrirait d'ailleurs l'énorme avantage de pouvoir élargir les conditions de fond requises pour pouvoir être adopté. En dehors des enfants incestueux et

(9) Verstraete & Desolre, *Kongolees Burgerlijk Wetboek*, D. I, n° 453, p. 385.

(10) Laurent, *Avant-projet de revision du Code civil*, t. II, p. 115.

(11) De Page, *Traité de droit civil*, t. , n° 1127; — Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, t. I, n° 963 (éd. 1953).

(12) Rapport sur le décret du 17 mai 1952 au sujet de l'article 37 *in fine*.

adultérins, nous songeons ici particulièrement aux enfants mulâtres, non reconnus, qui actuellement, depuis l'abrogation tacite (13) de l'ordonnance du 15 juillet 1915 ne pourraient pas faire l'objet d'une adoption, à défaut d'immatriculation. Il y a là un oubli du législateur qu'il importerait de réparer au plus tôt.

Actes de naissance.

Nous pensons qu'en l'espèce aucune méprise n'est possible. Dorénavant, ne pourront plus être reçues par les officiers de l'état civil que les seules déclarations de naissance des enfants issus d'immatriculés nouveaux.

Quant aux enfants des anciens immatriculés, la disposition transitoire du décret du 17 mai 1952 leur est étrangère. Elle ne maintient les droits que leur avait fait acquérir l'ancienne immatriculation, qu'à ceux qui étaient immatriculés avant le nouveau décret. Il résulte clairement de l'esprit de la réorganisation de l'immatriculation, que le respect des droits acquis a été strictement limité aux bénéficiaires à vie, à ce moment, et ne s'étend pas aux générations futures. Cette mesure s'imposait, sinon deux immatriculations différentes auraient continué à exister sans limite de temps.

Valeur des actes irréguliers.

Imaginons qu'un officier de l'état civil, se méprenant sur sa compétence *ratione personae*, ait dressé un acte où serait intervenu comme partie un Congolais non immatriculé? Quelle serait la portée de cet acte?

En principe, foi est due au titre (14). La loi congolaise, pas plus que la loi métropolitaine, ne prononce nulle part la nullité d'office d'un acte pour inobservation des règles qu'elles prescrivent. L'acte irrégulier, bien qu'irrégulier, existe et, en conséquence, il importe qu'une décision intervienne pour lui enlever ses effets. Il y a une apparence. On ne saurait pas ne pas en tenir compte sans la détruire au préalable.

« Les actes sont valables dès qu'ils ont été reçus par celui qui exerce les fonctions conformément à un mandat de l'administration, sans protestation ni réclamation aucune, précise Beudant. *Error communis facit jus*. On ne peut raisonnablement exiger des particuliers qu'ils contrôlent l'administration. Ils la prennent comme elle s'offre à eux et ne sont pas responsables de ses erreurs » (15).

(13) *Contra* : Rubbens, *Bull. I.R.C.B.*, 1953, II, p. 423. A. Rubbens conteste l'abrogation de l'ordonnance du 15 juillet 1915, concernant l'immatriculation d'office des mulâtres (*Bull. I.R.C.B.*, 1953, II, p. 423). Mais comment cette ordonnance pourrait-elle subsister, alors qu'elle est incompatible avec les dispositions et l'esprit du décret du 17 mai 1952 qui réserve l'immatriculation nouvelle à une élite, jugée apte par décision judiciaire à la recevoir, et ne maintient l'ancienne qu'à ceux immatriculés « avant la mise en vigueur du présent décret » (art. 6). « Lorsque la loi nouvelle a pour objet de substituer, à la réglementation de la loi ancienne, une nouvelle réglementation d'ensemble de la même matière, la loi ancienne est abrogée tout entière, même dans ses dispositions non directement contredites par celles de la loi nouvelle » (Henri Rollin, « Initiation juridique », *Encyclopédie du Droit*, 1923, n° 21, p. 27). D'autre part, en tenant compte de la hiérarchie des autorités dont émanent les dispositions légales, l'abrogation d'une loi entraîne celle des dispositions réglementaires prises pour son exécution (De Page, t. I, n° 218). Vainement opposerait-on à cette abrogation tacite l'exception *specialia generalibus derogant*. Le but poursuivi par le législateur ne laisse en l'espèce aucun doute sur la portée absolue du décret (Consulter sur le conflit entre la règle générale et la règle spéciale : Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, n° 148; — Bellefroid, *Inleiding tot de rechtswetenschap*, n° 51).

(14) Beudant, *Droit civil français*, t. II.

(15) Beudant, *Droit civil français*, t. II, n° 289,

Cette doctrine, quoique formelle, ne nous paraît pourtant pas pouvoir s'appliquer au Congo dans les cas envisagés. La situation y est toute particulière. En réalité, un acte juridique (que ce soit un mariage, une reconnaissance ou une déclaration de naissance) a été accompli. Mais l'accomplissement de cet acte juridique était, en vertu de la législation congolaise, impossible par l'absence de jouissance des droits civils que cet accomplissement devait nécessairement impliquer de la part des parties (15bis). L'*instrumentum* de cet acte juridique, autrement dit sa preuve, c'est-à-dire l'acte de l'état civil manquait donc d'objet, puisqu'il portait sur un néant (16). L'on pourrait comparer ce cas à celui tranché par la jurisprudence et la doctrine françaises qui ont décidé qu'un mariage contracté par une personne frappée de mort civile est inexistant (17). Or, un acte juridique inexistant se distingue d'un acte juridique annulable en ce que le premier, comme le terme l'exprime, équivaut au néant, tandis que le second existe, quoique entaché d'un vice (18).

Conformément à cette manière de voir, les pénalistes ont refusé de reconnaître un crime de bigamie dans un second mariage contracté par un condamné à mort civile puisque aussi bien ce second mariage est inexistant (19).

En conséquence nous estimons qu'un acte d'état civil qui aurait été reçu par un officier d'état civil, alors que celui-ci eût dû s'abstenir de le dresser à raison de l'absence d'immatriculation dans le chef d'une partie ou des parties, doit être considéré comme dépourvu de tout effet, en tant qu'ayant constaté un acte juridique qui est sans valeur. L'acte juridique étant inexistant, l'acte d'état civil qui le concerne n'a pu avoir comme résultat de lui donner la vie, ne fût-ce qu'une vie éphémère. Cet acte juridique n'a pas d'existence légale et ce n'est pas un écrit, quelle que soit la qualité de son rédacteur, qui de ce rien pourrait faire, même à titre provisoire, un acte juridique valable.

..

Une dernière question pourrait se poser à l'occasion de ces actes irréguliers. A qui incombera-t-il de faire disparaître des registres cette apparence d'actes : au pouvoir judiciaire ou au pouvoir administratif?

Il importe de relever qu'au Congo, le législateur a placé l'état civil sous le contrôle de l'autorité administrative et l'a chargée de rectifier les actes et même d'ordonner des inscriptions tardives après enquête (C. civ., l. I^{er}, art. 48, 49).

Nous serions en conséquence enclins à rendre le Gouverneur Général ou son délégué compétent. Il importe en effet de distinguer une rectification d'actes d'état civil d'une action en réclamation ou en contestation d'état. Tandis qu'une rectification compete au Gouverneur Général ou à son délégué, les actions d'état entrent dans la compétence exclusive des tribunaux. Mais une simple rectification suffit lorsque l'acte d'état civil, qui n'est en réalité qu'un instrument de preuve, ne contient qu'une erreur ou une irrégularité, sans que l'état lui-même de la personne y mentionnée entre en discussion. Ce n'est que

606, 607; — dans le même sens, un arrêt de Bordeaux du 21 juin 1937, *Sir.*, p. 38.

(15bis) Relevons que dans l'acte de naissance, comme d'ailleurs dans l'acte de décès, la partie est la personne dont l'état est inscrit. C'est donc le nouveau-né et le défunt qui doivent être immatriculés. Ceux qui font connaître l'événement ne sont que des déclarants et témoins qui ne doivent pas nécessairement être immatriculés.

(16) Planiol et Ripert, t. II, n° 258, p. 208.

(17) Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, n° 2930; — Cass. fr., 30 juill. 1900, D. P., 1901-I, p. 317.

(18) Note de Glasson-Dalloz, 1903, I, p. 137 sur la différence entre actes inexistantes et actes nuls.

(19) Faustin Hélie, *loc. cit.* solution implicite dans Nypels et Servais, *Droit pénal*, t. III, n° 6, qui fait la distinction entre mariage annulable et inexistant.

lorsque le fond même de l'état de cette personne est mis en question qu'une action d'état s'impose (20). En l'occurrence, l'erreur commise par l'officier de l'état civil n'a pu avoir comme effet de modifier l'état d'une personne : l'inscription a été illégale et, partant, l'an-

(20) Consultez De Page, t. I, n^{os} 256, 456; — Planiol et Ripert, t. I, n^{os} 221, 222; — Colin et Capitant, *op. cit.*, n^{os} 402 et s.; — Inst. Costermansville, 28 mars 1947, R. J., 1947, p. 153.

nulation de l'acte ne peut donner lieu à aucune contestation d'état. Une action d'état de la compétence des tribunaux ne se concevrait que si, non plus la preuve de l'état de la personne, mais la réalité de cet état était discutée. En l'occurrence, répétons-le, l'acte juridique, dont acte a été dressé, est inexistant. Sa preuve par conséquent est dépourvue de toute valeur et l'acte d'état civil, irrégulièrement inscrit, n'a pu modifier un état, qui ne peut changer qu'en vertu de la loi.

Maurice VERSTRAETE.

La rédaction des coutumiers

Un colloque à l'Institut Solvay.

Nous avons rendu compte des colloques consacrés au droit coutumier à Amsterdam en avril 1955 (J.T.O., 1955, pp. 108 et 139) et à Bukavu en août 1955 (J.T.O., 1955, p. 153). Le vœu y avait été exprimé de voir, dans les différents pays participants, entreprendre la rédaction des coutumes par une coopération entre juristes, sociologues et ethnographes.

Pour amorcer la mise en action de ces vœux, M. Idenburg, le distingué président de l'Africa Instituut de Leyde, a suggéré une réunion de quelques spécialistes. L'Institut Solvay a bien voulu se charger de son organisation. Malheureusement, le professeur Idenburg s'est trouvé empêché au dernier moment, les Britanniques espérés n'ont pu venir, et le colloque, sous la présidence de M. l'inspecteur royal Van Hove, n'a réuni que MM. les professeurs Poirier, de Paris, Korn et Emanuel, venus de Hollande, et, pour la Belgique, Madame Dorsingfan-Smets, MM. Brausch, Mineur et Jean Sohier, ainsi que moi-même. On n'était pas nombreux, mais ce fut cependant une après-midi bien remplie, de franche et utile coopération. La discussion suivit l'ordre d'un important schéma rédigé par M. le professeur Poirier.

**

Un premier point à élucider était l'objet de la rédaction proposée. La plupart des membres ont insisté sur ce qu'il ne s'agit pas d'un ouvrage de science pure, d'une simple recension des coutumes, mais aussi de faciliter la tâche de ceux qui s'occupent des tribunaux indigènes. Rien qu'au Congo belge, des milliers de juges indigènes rendent chaque année des centaines de milliers de jugements coutumiers. Des centaines de fonctionnaires et de magistrats président ou dirigent ces juridictions. Or les règles coutumières sont souvent mal connues, mal comprises. Il est nécessaire de noter les coutumes, de les photographier en quelque sorte, non en les interprétant ou y faisant un choix, mais en les rédigeant sous une forme claire, fournissant à tous des manuels ou guides dont ils puissent se servir dans la pratique.

De plus, l'assemblée a précisé qu'il s'agit de rédaction et non de codification. Les coutumes sont encore en pleine évolution : il ne faut pas les figer et empêcher leur adaptation aux situations nouvelles. Ici je me permettrai deux commentaires. Le premier, c'est que, dans l'esprit des participants, il ne s'agissait pas d'écarter la forme d'une codification. Il y a avantage à formuler la loi coutumière en articles concis, nets, ordonnés, comme ceux d'un code ou d'une loi. C'est d'ailleurs ce que désirent les praticiens, indigènes et non indigènes. Mais les dispositions ainsi rédigées ne doivent pas avoir un caractère obligatoire ou fixé.

Mon second commentaire sera une réserve que j'ai formulée au colloque. La position que j'ai signalée s'impose au Congo, mais elle ne peut être que provisoire. On doit arriver à la fixité du droit, sans laquelle le désordre s'introduit trop aisément dans la société. Il faudra qu'un jour les codifications soient rendues obligatoires, mais cela suppose qu'un pouvoir législatif indigène fonctionne pour assurer de façon consciente l'évolution des règles. Cela ne paraît réalisé encore nulle part au Congo, ni dans les colonies françaises, semble-t-il. Mais

n'en est-il pas autrement au Ruanda ou dans l'Urundi ? Lors d'un entretien avec M. Senta-noye Gratiën, le distingué vice-président du tribunal du Mwami du Ruanda, il m'affirmait que dès à présent une telle codification était réalisable et souhaitable pour son ressort, et que le conseil du pays fournissait l'organe législatif nécessaire. Ce serait évidemment un progrès. Craignons, sur ce point comme sur tous autres, des positions trop tranchées.

**

Il faut donc rédiger les coutumes sous une forme qui en laisse apparaître les innombrables variétés, en faisant un relevé aussi objectif que possible. Le droit à rédiger est le droit actuel, mais on procédera à la recherche des règles antérieures, qui éclaireront souvent les règles présentes.

Mais quand nous trouvons-nous devant une règle juridique ? Je citerai sur ce point les notes de Madame Dorsingfan-Smets, qui forment une espèce de procès-verbal officieux du colloque :

« Le contenu du droit coutumier devra être défini pour assurer une certaine homogénéité dans les divers travaux et en préciser les limites. Il est insisté à ce propos sur la nécessité d'un questionnaire-guide de travail pour les enquêteurs qui en seront chargés.

» La discussion porte spécialement sur le critère à utiliser pour définir la règle juridique par opposition aux autres impératifs collectifs : moraux, magiques, religieux ou sociaux. Il sera nécessaire de déborder le cadre du droit tel que le conçoivent les juristes pour rencontrer la conception indigène.

» Monsieur Brausch proposait de prendre comme critère la notion de rétablissement de l'équilibre social troublé, que la sanction soit concrète ou magique. Messieurs Sohier et Mineur insistent sur la nécessité d'une sanction imposée par une autorité, une instance de justice. Monsieur Korn souligne que la désapprobation publique, la remontrance du chef est déjà du droit. Une brève discussion se développe sur ces points.

» Le caractère pluraliste de la juridiction indigène doit être pris en considération, la seule juridiction n'est pas le tribunal, d'autres procédés peuvent apparaître : arbitrage, justice personnelle, justice de confréries, etc. avec l'approbation de la société.

» Il importe donc de tenir compte dans le critère envisagé d'une sanction sociale de l'autorité mais de sortir du cadre étroit des juridictions *sensu stricto* et d'y ajouter les autres formes de justice possibles. Sous une forme plus simple, les membres décident qu'il y a lieu d'insérer dans un coutumier toute règle dont l'observation entraîne une sanction précise, quelle qu'en soit la nature, susceptible d'être prononcée par une instance judiciaire. »

**

Le schéma appelait ensuite l'assemblée à se prononcer sur la méthodologie du travail. Voici ce qu'en disent les notes précitées :

« Le rédacteur fera appel, avec le soin et la circonspection habituels aux enquêtes en milieu indigène, aux informateurs noirs, aux archi-

ves de territoires, à la jurisprudence que constituent les registres des tribunaux indigènes.

» Il devra prendre en considération les interférences de l'impératif juridique et des autres règles de la vie collective en tenant compte du critère cité plus haut. Il ne pourra ignorer les situations complexes nées des relations entre populations différentes (nomades et sédentaires, chasseurs et agriculteurs, etc.), ou de l'incidence du statut personnel des individus.

» De plus, en ce qui concerne la notion d'ordre public, il semble que le rédacteur ne pourra écarter les dispositions coutumières qui lui paraîtraient contraires à l'ordre public. Celles-ci devront être relevées. Il appartiendra aux commissions supérieures de faire apparaître que certains usages sont contraires à l'ordre public et ne peuvent être appliqués par le tribunal. »

Sur ce dernier point, je crois pouvoir indiquer que, à mon avis, les rédactions devront prendre la forme de codes, mais de codes soigneusement annotés. Au bas de la règle devra souvent figurer son explication, l'esprit dans lequel elle doit être comprise, le rapprochement avec d'autres coutumes, et des remarques sur l'applicabilité des règles par les tribunaux actuels, notamment en ce qui concerne l'ordre public.

On trouvera intéressantes les remarques suivantes que j'extrait du schéma de M. Poirier :

« Les questions qui se posent à propos des informateurs ressortissent à la méthodologie classique de l'enquête ethnologique. Il faudra multiplier les précautions dans le choix (vieillards, notables, chefs); il faudra s'adresser de préférence aux *assesseurs autochtones* des tribunaux (en Afrique française, ils figurent sur une liste des tribunaux agréée par le Gouverneur de chaque territoire) (1); il conviendra de procéder à des *recoupements* de différentes sortes (poser la même question, après un certain délai; poser la même question à des informateurs différents). S'attacher tout particulièrement à assortir tout énoncé de règle d'un exemple concret : c'est par l'application du principe qu'on doit retrouver celui-ci; par exemple c'est en s'astreignant à suivre le déroulement complexe d'une succession précise qu'on analysera les règles de la dévolution successorale; il importe en effet de saisir le *droit vivant*. D'autre part, on prendra soin de noter en ce qui concerne les secteurs de droit actuellement en évolution, outre la règle applicable au moment de l'enquête, la règle tombée en désuétude. En effet, il ne faudra pas oublier que la tâche est de rédiger et non de codifier, et que l'intérêt du travail se situe aussi bien sur le plan scientifique que sur le plan pratique : c'est pourquoi on devra noter les solutions anciennes ».

Relevons encore la réflexion très juste du distingué professeur que, dans l'examen de la jurisprudence, il faudra prendre garde aux jugements pris « en équité », tout en se présentant comme conformes aux traditions juridiques coutumières. Le cas est assurément fréquent dans nos juridictions actuelles. Mais parfois le recours à l'équité masque une évolution de la coutume.

**

Sur la question du cadre de droit coutumier, les notes s'expriment comme suit : « Il est inutile de chercher à rédiger des coutumiers de secteurs trop limités ou trop étroits. Cependant il conviendra de tenir compte du particularisme ethnique et des possibilités d'études comparatives. Il n'est pas question de se baser sur les divisions administratives mais il faudra chercher en ce domaine les solutions d'espèce.

» Il est entendu qu'il faudra choisir des *entités de droit coutumier homogène, suffisamment larges pour permettre des comparaisons valables.* »

**

Pour ces travaux, le colloque prévoit un vaste schéma d'organisation.

À la base, pour chaque secteur défini comme ci-dessus, des commissions locales dont je dirai un mot plus loin. Au-dessus, d'après les notes :

« Au second échelon : une commission qui siègerait soit au territoire dans le sens français

(1) En Afrique belge, aux juges indigènes.