

# JOURNAL DES TRIBUNAUX



## D'OUTRE-MER

Periodique  
judiciaire  
colonial

### La grande richesse des juridictions indigènes

Mon titre semblera un paradoxe. Pour éviter toute surprise, je dirai sans tarder que cette grande richesse est le droit coutumier congolais.

L'ère des grandes monographies coutumières semble révolue. Un ouragan dévastateur a soufflé sur les J. I. et le droit coutumier congolais, les critiques se sont multipliées, les cors sonnent l'hallali : « feu la coutume » a-t-on écrit. On prépare l'enterrement, des obsèques rapides, aux petites heures, de pauvre honteux. Et pourtant...

Il m'aurait été aisé de joindre la voix au chœur qui s'est élevé; il suffit de parcourir les registres de la plupart des tribunaux indigènes pour pointer, à travers des pages poisseuses qui feraient les délices d'un collectionneur d'empreintes digitales, des erreurs grossières. Confusion des termes S. P.P., S.P.S. et C.P.C., le fouet cumulé avec la prison, une incompréhension manifeste de ce qu'est une sanction pénale, une sanction civile et les frais de justice (combien de juges ont reçu une bout de théorie sur ces *distinguo* ?), le style fantaisiste, plein de contre-sens, souvent dans une langue véhiculaire ignorée, des greffiers mal payés dont l'immense majorité se recrute parmi les laissés pour compte de nos écoles rudimentaires. Et là-dessus la servilité des juges envers les ukases de leurs supérieurs administratifs, les recettes à faire entrer dans la caisse de chefferie, les multiples condamnations sur la base du fameux article 45 H du décret du 5 décembre 1933 (les plus logiques sont ceux qui condamnent les femmes qui n'ont pas cultivé leurs champs), les actes illégaux de juridiction gracieuse, dévolution de tutelle, entérinement de testaments, prononcé de divorces pour des mariages qui n'ont jamais existé, le tout à des fins administratives. Sans compter l'immixtion, parfois, de l'agent cotonnier ou du puissant colon voisin.

Certains ajoutent, mais ici j'affirme n'avoir jamais rencontré directement ni indirectement le cas, la prévarication des juges; ceux-ci sont si souvent des créatures, qu'il est extraordinaire que leur corruption soit si rare !

J'arrête l'énumération. Ce sujet pourrait faire l'objet d'une étude aussi épaisse qu'un roman-fleuve. Et après tout ce jeu de massacre, nous verrions, intacte, se dégager la base fondamentale des J. I. : le droit cou-

tumier congolais vivant, robuste, varié souple, s'adaptant aux nécessités d'une société bouleversée par une évolution inévitable.

Il suffit de feuilleter les numéros récents du *Bulletin des Juridictions Indigènes*, du *Bulletin de Jurisprudence du Ruanda-Urundi* et du *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer* pour y cueillir une bonne moisson de jugements bien venus. Et cependant, il faut se rendre compte des difficultés que rencontrent les rédacteurs de ces publications pour les réunir. Je m'étendrai un peu sur ce point.

Un premier terme où j'eus la chance d'être placé sous les ordres d'un chef de territoire qui jugeait capital pour l'ordre social un bon fonctionnement des tribunaux indigènes, M. E. Mattelaer, l'actuel commissaire de district de Kabinda, m'avait permis d'approcher cette réalité vivante et touffue du droit coutumier. Je n'avais jamais pensé à recueillir ces jurisprudences intéressantes que j'avais rencontrées, mais elles me hantaient et me donnaient l'envie de jeter une voix discordante parmi celles qui accablaient ces pauvres juridictions. C'est alors que M. le procureur général D. Merckaert a eu la bonté de m'associer pour une modeste part à la rédaction du *Bulletin des Juridictions Indigènes*. En cabinet, sur le vu des rapports de rapides inspections des substituts du Katanga, la documentation d'origine administrative faisant presque entièrement défaut, à travers des remarques relatives surtout aux diverses carences que j'ai énumérées, nous tâchons d'Elisabethville de déceler l'objet du litige, la jurisprudence qui pourrait être intéressante. Et régulièrement les territoires reçoivent demande de copies d'une poignée de jugements. Les résultats de cette méthode empirique, rudimentaire même, sont surprenants : en un an le Bulletin a ainsi récolté une bonne centaine de jugements couvrant toutes les branches du droit coutumier. Souvent les tribunaux les plus sévèrement critiqués fournissent d'excellents jugements : n'ayant pas cédé à la caricature de tribunaux de police que l'on rencontre parfois, la présentation extérieure de leurs registres les avait fait juger défavorablement, en partie à tort. Quelques spécimens de trop plein ont paru au J. T. O. Les envois sporadiques du Kivu et du Kasai sont tout aussi prometteurs.

Cette documentation réunie au petit

bonheur, prouve de façon éclatante que les œuvres vives du droit coutumier ne sont pas encore attaquées. Il faut s'en réjouir. Cependant, quitte à faire un coq à l'âne, je vais rompre mon exposé pour revenir sur certaines notions fondamentales qui, perdues de vue, ont causé un préjudice considérable à l'étude et au développement du droit coutumier.

C'est d'abord la définition même de ce droit : le terme incomplet de « coutumes » employé par le législateur a faussé l'esprit de beaucoup. Du titre premier, « Généralités », du « Droit Coutumier du Congo belge » par A. Sohler, je crois pouvoir donner cette définition de cette branche du droit congolais : « le droit régissant les indigènes dans les matières qui ne sont pas réglées impérativement par le législateur de droit écrit ». Ceci nous force à nous libérer d'une conception archéologique, folklorique ou ethnologique du droit coutumier qui paralyse tant de bonnes volontés : elles aperçoivent des monstres dans notre droit coutumier congolais contemporain, là où nous ne trouvons qu'une adaptation réaliste du droit aux nécessités sociales. Ainsi l'ensemble des règles juridiques nées au centre extra-coutumier d'Elisabethville sur les contrats de louage immobilier : réparations locatives, droit d'expulsion, sous-location, droit de visite du propriétaire, entretien de la parcelle, etc..., est du plus pur droit coutumier. Une étude sur ce sujet limité serait neuve et apporterait des éléments précieux sur la vie sociale et juridique des Centres.

En dernière analyse, tout comme le droit européen, le droit coutumier congolais comprend des secteurs « coutume » proprement dite, de la jurisprudence qui, grâce à Dieu, est devenue écrite, de la doctrine, les monographies en sont, et de véritables dispositions législatives dont seules les plus récentes sont nettement discernables. La grande différence entre les deux droits consiste dans la primauté accordée à la loi par le droit européen, à la coutume en droit coutumier congolais. Cette opposition entre les deux droits s'apparente à celle entre la « common law » et le droit Napoléon, elle concerne la méthode : le juriste continental recherche d'abord si le fait qui lui est soumis est réglé par la loi, puis interprète celle-ci, le juriste anglais tâche de découvrir la solution donnée par la coutume immémoriale puis consulte ses recueils de lois, exceptions à la règle générale de la « common law ». Cette différence de méthode divise aussi le juriste de droit écrit et le juriste de droit coutumier au Congo. Le juriste de droit écrit, repère un texte,

s'acharne sur lui, son travail de modelage l'amène à réduire le litige à l'expression légale qui l'a prévu, non sans parfois violenter, et le texte, et le fait. Le juge coutumier saisi d'un fait en replace les données dans le cadre général de la société, s'éloigne, observe si le détail ajouté par lui ne dépare pas la tapisserie que forme l'ensemble des rapports sociaux réglés par la coutume ancestrale. Le précédent l'aide, certes, la doctrine traditionnelle guide ses raisonnements, les dispositions édictées par les sages sont respectées, mais c'est avant tout l'harmonie sociale qui l'intéresse. C'est pourquoi ce droit se montre tellement humain, mouvant, comme la condition humaine, tout en demeurant logique, de façon interne, avec lui-même, et ceci l'oppose au droit écrit. Sa logique n'est pas celle d'une théorie mais d'un organisme vivant. Et nous le voyons, malgré les écoles, malgré les philosophies, se dégager des principes dans lesquels on a cru l'enserrer, entériner des faits nouveaux, devenir un admirable instrument de progrès social. Nos juristes auront beau ergoter, condamner ces intrusions comme contraires à la société clanique, le juriste noir n'aperçoit pas l'objection et sanctionne, par exemple, des apports chrétiens, individualistes peut-être en un certain sens, mais qui, en fait, ont modifié la conscience juridique de la population. Les missionnaires l'ont compris et la coutume n'est plus l'ennemie à leurs yeux. Cela ne veut pas dire que le droit coutumier est flou, n'obéit pas à des règles fixes, consacre le règne de l'arbitraire du juge : n'oublions pas que ce dernier, beaucoup plus que le juge européen, a besoin du soutien de ses justiciables. Non, il n'est tout simplement pas soumis à l'arbitraire de la loi écrite qui, pour une société en pleine évolution, est le pire de tous.

Le droit coutumier est également victime, précisément là où son adaptation est la plus malaisée, d'une déficience de vocabulaire : je vise ici l'expression « centre extra-coutumier ». Ce terme est peut-être vrai au point de vue administratif, mais non pour le droit qui y est appliqué. Pour reprendre l'exemple déjà cité : le droit des locations à Elisabethville est strictement coutumier. En fait, je n'ai jamais rencontré du droit extra-coutumier dans un centre. Les tribunaux de centre que j'ai vu fonctionner au Kasai, au milieu de régions où la coutume présente une remarquable unité, composés de justiciables venus presque tous des environs, appliquent le même droit que les proches tribunaux de chefferie ou de secteur. Avec des erreurs dues au manque de formation des juges, les tribunaux de centre de Kipushi, Elisabethville et Jadotville me paraissent dans l'ensemble rendre la justice conformément au vœu de la population. Il m'est même apparu que, généralement, lorsque dans un même litige le tribunal de centre et le tribunal de territoire avaient adopté des solutions contraires, la plus juridique était celle du tribunal de centre. Ces tribunaux de centre ont même une nette tendance au traditionalisme et ne présentent pas du tout l'aspect d'institutions coupées de toute attache. Les juges en sont considérés comme

légitimes. Les tribunaux de territoire, par contre, acquièrent la néfaste habitude de juger « en équité », équité trop souvent coupée de toute relation organique avec la vie sociale indigène. La seule région vraiment extra-coutumière que j'aie rencontrée, où les juges eux-mêmes me demandaient s'il n'était pas possible de les munir d'un code écrit, est celle de Kasenga, où les pêcheries ont amené un méli-mélo de populations qui ne savent plus où elles en sont, ne distinguent même plus patrilinéaux et matrilinéaux. Paradoxalement, c'est là que le tribunal de territoire peut ressusciter le droit coutumier. Les milieux de marins d'eau douce se révèlent aussi instables que ceux des loups de mer des grands ports ! Mais je crois pareilles régions exceptionnelles dans la Colonie.

Une autre grande cause du désarroi du droit indigène gît dans le but administratif que d'aucuns lui assignent. Les observateurs ont déjà assez insisté, je n'y reviendrai pas, sur l'influence néfaste des sanctions réglementaires, en matières de cultures obligatoires par exemple, de la compétence des juridictions indigènes. On voit même certains les étendre, en leur soumettant des litiges pénaux greffés sur le contrat de travail, entre autres. J'ai un jour compté dans une chefferie qu'un homme sur cinq, en un an, avait été condamné sur la base du fameux article 45 H.

J'aimerais insister ici sur une autre intrusion administrative, plus subtile celle-là : ses effets échappent à l'observateur superficiel. C'est ce rôle de juridiction gracieuse qui, contre les textes des décrets, leur est actuellement dévolu. Il est demandé aux juridictions indigènes de suppléer à l'absence d'offices d'état civil ou notariaux. C'est eux qui décideront de la radiation du nom de la femme dans le livret d'identité d'un homme, de l'inscription d'un enfant sous tutelle dans ce même livret, ils se prononceront sur la validité du testament d'un homme encore en vie, à sa requête et sans contestation, etc. Cette néfaste tendance se retrouve même dans des textes officiels (voir, par exemple, l'ordonnance 12/310 du 17 oct. 1951, B. A., p. 2263). Il est temps de crier casse-cou ; si des institutions doivent être créées dans ces matières, que le législateur mette sur pied un notariat indigène, prévoie des juridictions gracieuses, des commissions où les juges, spécialistes de la coutume, siègent, mais, de grâce, que cessent cette caricature de procès civil sans débats réels et cette confusion de notions coutumières essentielles qui obligent les juges à prononcer le divorce de relations incestueuses ou adultérines, à s'immiscer dans des matières qui relèvent uniquement de l'organisation interne de la parentèle !

Certains incriminent aussi l'introduction de sanctions pénales dans les décrets coordonnés sur les juridictions indigènes. Ici, je ne puis marquer mon accord. La façon dont les noirs approuvent nos juridictions répressives supérieures et notre Code pénal, pas notre multiple et tracassier droit réglementaire certes, prouve que le droit pénal est bien adapté aux nécessités de la société indigène et conforme aux exigences de sa

conscience. Les confusions qui naissent dans l'esprit de nombreux juges proviennent surtout d'un manque de formation, d'exposé du mécanisme des décrets, qu'il serait possible de pallier.

Si les juridictions indigènes présentaient les garanties dont je parlerai plus loin, j'admettrais que leur compétence pénale soit étendue : il est parfois ridicule pour les juges coutumiers de ne pouvoir prononcer qu'un ou deux mois de S.P.P. pour des infractions qui aux yeux de la coutume et de la morale naturelle constituent des crimes que notre droit pénal n'a pas prévus.

J'hésite à donner une illustration de ce que je viens de dire. Ayant inspecté des tribunaux d'une région qui pendant la guerre n'avait pratiquement plus été occupée, j'ai eu la surprise d'y relever plusieurs jugements pénaux de faits dépassant la compétence de ces tribunaux (vols qualifiés, coups volontaires ayant entraîné mutilation grave) et d'ailleurs sanctionnés largement au delà des limites permises (six mois de S.P.P., par exemple). Certaines de ces décisions non entièrement exécutées furent annulées au tribunal de parquet et déferées au tribunal de district, qui rendit quasiment les mêmes sentences. Avec l'accord des populations, ces tribunaux de secteur s'étaient substitués à une autorité défaillante.

Il faut en convenir : le droit coutumier congolais de l'heure a ses misères. Mais quand nous examinons son action contre les tares de la société, nous ne pouvons qu'être étonnés d'observer combien, à la lumière de l'ordre public dont la notion peut progresser, il répond mieux souvent que nos dispositions écrites au but à atteindre. Il faut avoir le courage de reconnaître que maintes de nos lois, comme la protection de la fille impubère, du mariage monogamique, voire à présent la prohibition de la polygamie, ressemblent à des coups d'épée dans l'eau. Leur rigidité, inévitable d'ailleurs, les rendent inapplicables. Le droit coutumier, par contre, soutenu par l'adhésion profonde de la population, souple et évoluant, se révèle plus efficace, même si son action paraît au premier abord plus lente, car il ne bouleverse pas la société. Ceci n'est pas de la théorie, nous pouvons en citer un exemple fort net : l'esclavage. Comme toute la loi a suggéré à ce propos une direction aux juridictions indigènes, celles-ci l'ont suivie en évitant de saper l'organisation traditionnelle, car les cas-limites obligent de nuancer la notion d'ordre public de la liberté humaine. Il y avait celui des enfants de femmes esclaves et leur attribution à une parentèle, la restitution d'une dot avancée par un maître à son esclave, etc... Le résultat de cette lente élaboration jurisprudentielle, œuvre de juges noirs surtout, est moins spectaculaire que la liquidation par les armes des razzias de traitants, mais il n'en est pas moins profond : l'esclavage domestique est mort presque partout, il agonise dans les régions les plus fermées.

Mais pour que le droit coutumier, cette grande richesse des juridictions indigènes, puisse atteindre son but de progrès, évolue

selon son génie propre, c'est l'approfondissement de la notion d'ordre public qui doit le guider, peu à peu, sur certains points défaillants. Ce droit coutumier, il faut le laisser servir et non s'en servir. Pour qu'il atteigne son but, il faudrait qu'enfin les juridictions indigènes deviennent vraiment des tribunaux. Je ne veux pas incriminer ici l'admirable service territorial, où se sont révélés tant d'auteurs d'intéressantes monographies, mais comme le droit coutumier fait partie des disciplines juridiques et non de la sociologie, les juridictions indigènes doivent être intégrées dans le pouvoir judiciaire et non demeurer un instrument de l'action administrative.

La nation congolaise tend à se former, par-dessus les tribus, par-dessus les races. Même si son droit n'est pas uniformisé artificiellement et prématurément, il est indispensable que son pouvoir judiciaire devienne un seul ensemble, des juridictions indigènes jusqu'aux juridictions européennes. Ce chaînon bien lâche que constituent les tribunaux de parquet a fait son temps.

D'intéressants projets ont vu le jour depuis peu. Je crois que la soudure peut être trouvée dans l'annexion qui s'impose des tribunaux de police à la hiérarchie judiciaire normale, le juge de police, comme en Belgique, étant juge de paix et siégeant aux tribunaux de territoire. La fusion des tribunaux de première instance, de district et de parquet terminerait l'intégration des diverses espèces de juridictions.

Certes l'argument de l'incidence politique des juridictions indigènes est de poids, mais le ministère public est une branche de l'exé-

cutif, et celui-ci ne rentrerait-il pas dans son vrai rôle en se muant en ministère public auprès de toutes les juridictions ?

Rendues enfin à leurs fonctions judiciaires, encadrées de juristes européens formés qui sauront s'imprégner, de par leur métier, d'ambiance coutumière et serviront par ricochet à l'éducation des juges assesseurs indigènes, les juridictions indigènes pourront laisser servir cet admirable instrument de progrès qu'est le droit coutumier congolais.

Car si les populations congolaises aspirent à une certaine unité, elles désirent un droit vivant, adapté à la mentalité des justiciables, et seul le droit coutumier peut répondre aux exigences d'un peuple fort différencié par régions et dont les éléments ont atteint des stades variables d'évolution.

Les normes de notre civilisation et les aspirations bantoues doivent être respectées. Notre droit futur et hypothétique ne peut, dans une société harmonieuse, qu'être né de la fusion de notre droit écrit actuel et des valeurs, appropriées au génie des populations qu'elles régissent, du droit coutumier.

Aussi est-il angoissant de penser combien cette branche capitale de notre droit est l'objet du dédain, et, pire encore, de l'indifférence de la plupart des juristes coloniaux.

Il est regrettable par ailleurs, de voir tant de ceux qui ont compris l'importance primordiale du respect des valeurs autochtones, se ranger, par ignorance des disciplines juridiques, au côté des juristes napoléoniens purs et empêcher que les juridictions indigènes et le droit coutumier soient enfin placés dans leur véritable rôle.

Jean SOHIER.

## DOCTRINE

### Mines coloniales Domaine public ou domaine privé ?

« Ce sont de passionnants et redoutables problèmes que ceux qui s'élèvent à l'occasion du régime à établir pour les gisements miniers. Des substances minérales gisent dans les profondeurs du sol. Qui doit en être considéré comme le propriétaire ? Le propriétaire de la surface, celui qui découvre le gisement ou en fait apparaître le premier l'existence, la collectivité, dont l'Etat est l'expression juridique ? »

C'est par ces questions que M. Rolland, professeur à l'Université de Paris, commence la préface d'un ouvrage sur le régime minier au Maroc (1).

La propriété des mines est un problème qui a fait couler beaucoup d'encre. Ce problème a été posé en droit naturel et en droit positif.

Dans son traité sur les mines, resté classique en France, M. Aguillon affirme que les substances minérales n'appartiennent pas de droit naturel au propriétaire de la surface. « La propriété individuelle du sol ne trouve son fondement en justice que dans la notion du travail au moyen duquel le propriétaire a acquis le droit de libre disposition du terrain mis par lui en culture; que ce travail ait été effectué directement par lui ou que... ce soit le travail de ceux aux droits desquels il s'est légitimement substitué »; mais cette notion d'un travail pré-

lable est inconciliable avec la nature des gisements miniers, qui sont enfouis dans les profondeurs du sol et généralement inconnus de ceux qui se sont appropriés le sol (2).

Du principe que la propriété ne repose en droit naturel, que sur le travail et l'effort propre, on pourrait déduire, dit encore Aguillon, que la mine devrait appartenir à l'inventeur; cependant, une entreprise minière n'est techniquement viable que si son champ d'action est notablement plus étendu que le point d'occupation ou de découverte.

En définitive, l'exploitation des mines intéresse avant tout la collectivité; ce n'est pas tant, conclut Aguillon, une question de droit naturel à reconnaître, qu'une question d'intérêt public à fixer.

En droit positif et comparé, le problème de la propriété minière a reçu des solutions très diverses, que Aguillon a classé en trois systèmes :

- a) le système de l'accession, dans lequel la propriété des substances n'est pas séparée de celle de la surface;
- b) le système de la domanialité, dans lequel l'Etat dispose des mines comme il lui plaît, au même titre que d'un bien domanial;

c) le système des *res nullius*, que ni l'Etat, ni le propriétaire superficiaire ne peut revendiquer, comme lui appartenant de droit.

L'appropriation des mines, en tant que *res nullius*, comporte deux modalités : cette appropriation peut se faire par la priorité de l'occupation ou de la demande; elle peut encore se faire par concession de droit régalién; dans ce dernier régime, l'Etat choisit discrétionnairement le concessionnaire; ce régime se différencie de la domanialité, en ce que l'Etat propriétaire des mines, les concède aux conditions qu'il lui plaît de fixer, tandis que sous le régime de droit régalién, l'Etat doit respecter le cahier des charges établi par la loi.

Cette classification, avoue Aguillon, est assez théorique, parce que bien peu de législations ont été établies et maintenues dans le cadre de principes nettement arrêtés; elles ont fait des emprunts plus ou moins importants à l'un ou l'autre de ces systèmes; les textes ont été souvent des solutions transactionnelles entre idées adverses et conceptions divergentes.

La plupart des législations minières se sont écartées de leur point de départ; dans une étude très fouillée, parue en 1938, dans les *Annales des Mines* (Paris), M. Lantenois en donne de nombreux exemples (3).

En définitive, quelle que soit la conception initiale, les différentes législations tendent aujourd'hui vers le même but : sauvegarder les richesses minérales au profit de la collectivité en augmentant sans cesse les droits de l'Etat et en restreignant d'autant les droits du propriétaire superficiaire et ceux du concessionnaire.

\*\*\*

En Belgique, la loi de base est encore la loi napoléonienne de 1810.

Cette loi, quant à la propriété des mines, est interprétée différemment en France et en Belgique.

Aguillon reconnaît que fréquemment la jurisprudence française, en invoquant l'article 552 du Code civil, a déclaré que la mine était un démembrement de la surface; il conteste cette thèse parce que cet article 552 contient une clause finale, qui exclut le *ius domini* sur les mines; le propriétaire superficiaire, déclare-t-il, n'a jamais eu, avant la concession, un droit de propriété sur la mine, située dans son fonds; il a simplement droit à une redevance tréfoncière — droit *sui generis* — pour le cas, où une concession serait située dans ce fonds. Les mines sont, avant leur concession, des choses qui juridiquement ne sont pas encore nées, des *res nullius*; elles ne deviennent des biens, sur lesquels des personnes peuvent avoir des droits, que par l'effet de la concession. La base de la législation de 1810, dit encore Aguillon, est la séparation de la mine et de la surface. Dès lors, l'acte qui institue une concession est un acte de puissance publique, simplement déclaratif des droits respectifs du concessionnaire, du propriétaire superficiaire, de l'inventeur.

L'Etat décide discrétionnairement de l'opportunité de cette institution et du choix du concessionnaire (4).

La doctrine et la jurisprudence belges admettent au contraire que la loi de 1810 consacre le système de l'accession.

L'article 552 du Code civil attribue au propriétaire de la surface la propriété du dessous; ce dernier est donc virtuellement propriétaire des mines, contenues dans son fonds; mais ce droit tréfoncier est stérile, aussi longtemps qu'il n'en a pas reçu la concession.

De cette conception, on a déduit, qu'avant la concession, la mine est hors commerce; que, d'autre part, les substances illégalement extraites d'une mine non concédée, appartiennent au propriétaire, où l'extraction a eu lieu.

En droit belge, la concession a pour effet, non seulement de séparer la surface du tréfonds,

(1) *L'évolution du régime minier au Maroc français*, par P. Mauchaussé (1938).

(2) *Législation des mines en France*, par L. Aguillon (1903), p. 3.

(3) « Etude comparative des législations minières », par M. Lantenois, inspecteur général des mines, *Annales des mines* (Paris), t. XIII, p. 938.

(4) Aguillon, *Op. cit.*, n° 6, 46, 47, 183, 219.