

JOURNAL DES TRIBUNAUX

D'OUTRE-MER



Periodique
judiciaire
colonial

Le Droit coutumier congolais

Réflexions sur sa nature, son étude, son application,
son avenir

La revue « Zaïre », dans son numéro d'avril 1955, a publié un important article du R. P. de Sousberghe, S. J., intitulé « L'étude du droit coutumier - Méthodes et obstacles ». Cette étude, dépassant parfois son titre, fourmille d'aperçus ingénieux et se termine par des conclusions d'une portée telle qu'elle nous ont paru mériter un sérieux examen. Celui-ci nous a amené, non seulement à formuler certaines réserves, mais à élargir un débat capital pour l'avenir de la colonie. Pour le situer, nous commencerons par de larges extraits de l'étude qui en fut l'occasion.

**

L'auteur expose qu'au cours d'un séjour chez les Bapende, le droit fut l'objet de sa part d'une étude occasionnelle. Peu satisfait des travaux déjà parus sur le droit coutumier des indigènes du Congo, en dehors de la « formulation adoptée par les indigènes eux-mêmes », il lui semblait par ailleurs que dans les « synthèses... tentées par des juristes, contraints par leurs fonctions à se faire, au milieu d'un travail harassant et dans des délais rapides, une idée d'ensemble de la coutume qu'ils doivent contrôler, il est difficile d'y faire le départ entre la part d'interprétation qui est le fait de l'auteur et ce qui revient à l'indigène ».

Voulant combler cette lacune, il arriva rapidement à la constatation que les tribunaux indigènes « dans leur fonctionnement normal, en langue véhiculaire et en procédure simplifiée et rapide inspirée de notre procédure européenne » ne pouvaient livrer « qu'une source de renseignements occasionnels et de valeur secondaire ». « Mais à côté de la procédure normale, ...l'administration du territoire de Gungu autorise encore très heureusement les indigènes à tenir leurs palabres dans leur langue et suivant la procédure coutumière ». C'est à ces palabres « malheureusement trop rares » que l'auteur a tenu à assister.

C'est alors qu'il affronte un premier « obstacle tout à fait inattendu » : la langue spéciale des juristes indigènes dont personne, à sa connaissance, n'a fait mention jusqu'ici.

Ce premier obstacle surmonté, l'enquêteur se heurte à un autre : la façon dont se

déroulent les débats, avec participation du public, roulement de proverbes, allusions littéraires et autres, appel par les avocats professionnels à la conscience collective. Dans cet ensemble touffu, l'Européen se perd, les jeunes Pende eux-mêmes ne suivent plus les débats qu'avec difficulté. Seul un enregistrement sur bande magnétique permettrait à un spécialiste de reconstituer et étudier la palabre de bout en bout et l'on comprend que devant les obstacles divers qu'ils devaient surmonter, les enquêteurs de jadis se soient contentés d'« études marginales, décisions de tribunaux de secteur, observations de coutumes, etc... ». En bref, « la palabre exige une connaissance à peu près encyclopédique du milieu » et « on ne peut exiger pareille somme de connaissance de la part d'un enquêteur, qu'après de longues années, disons même d'une vie, passée dans le pays ».

Dans une longue digression, l'auteur explique que les proverbes cités dans pareilles palabres n'ont pas une portée juridique précise et qu'il « n'existe chez les Pende rien qui ressemble à un principe ou à une formule juridique ». Il étend cette affirmation aux autres tribus congolaises. D'après lui l'indigène est incapable de formuler le droit et de motiver une sentence. Il signale que dans la province de Léopoldville, les jugements ne doivent pas être motivés, qu'il semble qu'il n'en soit pas de même dans d'autres provinces, mais il ignore quels peuvent être les résultats obtenus par l'application de l'obligation de motiver, il les présume négatifs. Il insiste sur l'insuffisance des greffiers.

D'après l'auteur, dans l'étude du droit indigène, il faut « garder devant les yeux cette loi de formation : l'homme commence par agir, ce n'est qu'ensuite qu'il cherche à justifier ses actes en s'efforçant de formuler des principes et des règles. Dans certains domaines, ses actes procèdent partout d'une inspiration identique et nous nous trouvons devant une coutume uniforme; dans d'autres, il se créera tout un éventail de coutumes variées et cela en un espace très restreint ».

« Les principes formulés en premier lieu seront des principes très généraux où il s'efforcera de mettre toute sa sagesse. Il y

cherchera davantage la plénitude que la précision ».

C'est pourquoi le juge qui n'obéit qu'à des maximes générales d'ordre moral, s'en référera aux mêmes maximes alors que la coutume a évolué : « jamais un changement de la coutume (ce qui est fréquent) ne se trahira par une formule devenue périmée mais témoignant encore de l'ancienne règle juridique, ou par la nécessité de modifier une formule qui n'est plus adaptée à la coutume actuelle. Celle-ci évolue et se modifie sous le patronage invariable des mêmes hautes maximes ».

« Dans la justice indigène, les règles de procédure ont une place beaucoup plus importante et jouent un rôle beaucoup plus grands que les règles de droit d'ailleurs à peu près inexistantes ».

L'auteur montre alors le déroulement de cette procédure qui en arrive par l'évocation rituelle des proverbes, maximes de morale et d'équité à la décision concrète qui doit emporter l'assentiment du public et des parties.

C'est pourquoi, écrit-il, « une fois supprimée la procédure coutumière on ne peut plus parler de droit coutumier indigène. En supprimant la procédure coutumière, c'est le droit coutumier, dont elle est l'élément essentiel, qu'on supprime ». Coupé de sa source d'inspiration et de vie, il devient une épave. Et « ceux qui s'efforcent de traduire en une règle juridique à la mode européenne, l'un ou l'autre proverbe ou l'une ou l'autre sentence rendue, font sans doute œuvre hautement pratique et nécessaires, en préparant par étapes l'assimilation, inévitable à la longue, du droit indigène à notre droit européen. Par contre, ils ne nous révèlent ni le droit indigène, ni son génie ».

Et l'auteur conclut son intéressant article en souhaitant que la procédure coutumière ne disparaisse pas trop vite, malgré la nécessité du contrôle de l'administration européenne et en affirmant qu'il n'a voulu apporter qu'un plaidoyer pour l'enregistrement des palabres. Il insiste sur le procédé d'investigation de premier ordre que constitue pour l'ethnologie cette méthode.

Et il affirme : « il ne nous paraît pas qu'une formation de juriste soit indispensable au stade de l'investigation. Une bonne formation d'ethnologue s'impose davantage. Ce qu'on appelle « droit coutumier indigène » ressemble si peu et si loin à ce que nous appelons droit et ce que nous étudions dans nos facultés universitaires; il est si loin de la précision à laquelle un

juriste a été formé. Ne serait-il pas préférable d'ailleurs de parler de « coutumes indigènes », là où nous ne trouvons pas de formulation, et de réserver le terme « droit coutumier » au stade de la formulation ».

Et « c'est à l'ethnologue qu'il appartiendra de faire le commentaire ou l'étude critique » des coutumes telles que les révèlent les palabres, « la tâche du juriste ne vient qu'après et se réduit, nous semble-t-il, à tirer ses propres conclusions de documents recueillis et commentés par d'autres plus qualifiés ».

Nous nous excusons de ce long exposé, mais avant de commenter cette étude, nous voulions en résumer les grandes lignes en nous efforçant de ne pas trahir l'auteur. Nous aurions craint de déformer la pensée du R. P. de Sousberghe avec lequel nous pensons différer surtout sur une question d'angle de prise de vue.

Nous croyons d'abord qu'il est actuellement impossible de dissocier la question des coutumes indigènes de celle des juridictions indigènes dans lesquelles elle s'exprime. Le R. P. de Sousberghe lui-même ne parvient pas à les séparer. Ensuite il faut bien préciser, pour dissiper toute équivoque, que lorsque l'auteur mentionne les « juristes » il fait manifestement allusion aux juristes professionnels (et non aux docteurs en droit, ce qui n'est pas la même chose) qui sont en l'occurrence pour le Congo les magistrats des parquets et quelques professeurs universitaires de droit. N'ayant pratiquement pas un accès direct dans le fonctionnement des juridictions indigènes et la vie du droit coutumier, leurs études et les directives qui en découlent ne sont que de seconde main, ils ne s'occupent, en fait, du droit coutumier qu'en vivant à l'extérieur. Il y a ensuite les praticiens du droit coutumier, des fonctionnaires, juges accessoirement, et, depuis peu, quelques juges, greffiers ou mandataires noirs lettrés dont émanent les travaux de première main sur le droit; ils ne possèdent généralement aucune formation juridique. Enfin il y a les ethnologues, qui travaillent de l'extérieur en amateurs au point de vue fonctionnement des juridictions indigènes et application de la coutume, et qui, soit comme ethnographes se sont intéressés à l'instar des praticiens à des coutumes données, soit comme ethnologues ont entrepris des ouvrages de synthèse et des formulations générales en empiétant sur le domaine juridique.

Ces distinctions sont peut-être un peu arbitraires dans leur exposé schématique, mais nous estimons devoir les préciser avant d'aborder nos réflexions proprement dites sur l'étude du R. P. de Sousberghe.

Nous n'insisterons pas sur la première difficulté qu'a rencontrée l'auteur: la langue spéciale des juristes noirs; à première vue,

ce phénomène va de soi... s'il existe réellement un droit coutumier, et est connu de tous ceux qui se sont intéressés de près aux juridictions indigènes: tant dans les monographies que dans les commentaires de jurisprudence, nous retrouvons souvent des expressions typiques intraduisibles. Nous avons dû les intégrer dans notre vocabulaire juridique. Il est exact, hélas, qu'aucune étude n'a paru sur ce sujet, par suite sans doute d'un manque de coordination entre linguistes et juristes. Mais, comme l'indique l'auteur, il ne s'agit là que d'une difficulté secondaire et il n'exige pas de l'enquêteur de la coutume une formation approfondie de linguiste.

Cependant, dès le début de l'article, le juriste est choqué; c'est lorsque l'auteur parle d'une « procédure européenne » comme étant la procédure « normale » des juridictions indigènes instituées par le législateur et loue une administration locale d'avoir « autorisé » les indigènes à tenir certaines palabres « suivant la procédure coutumière ». En effet, dans l'article 25 des décrets coordonnés, le législateur dispose expressément que les règles de procédure sont les règles coutumières, sauf quelques prescriptions qu'il énonce. Ces exceptions limitatives ne visent qu'à proclamer les droits de la défense d'une manière toute générale, à instituer la tarification des frais et à assurer l'enregistrement du jugement qui doit être rendu publiquement et sommairement motivé.

Depuis le début de l'organisation des juridictions indigènes, les magistrats qui ont écrit à ce sujet n'ont cessé de rappeler la prescription formelle du législateur et insisté sur son observation. Le phénomène que relève donc le R. P. de Sousberghe, et ses graves conséquences, ne dérivent que d'un abus de droit, d'une illégalité pure et simple, dénoncée précisément par les « juristes ».

C'est également avec ahurissement que nous lisons que dans la province de Léopoldville, les juges ne doivent pas motiver leurs sentences et que l'auteur signale comme une sorte d'initiative individuelle la prescription qui existerait en d'autres provinces de motiver les jugements: encore une fois nous nous trouvons devant une violation formelle des vœux du législateur et, en tous les cas, assez de jugements d'annulation sur cette base ont été publiés dans les revues spécialisées pour que l'on s'étonne.

En réalité, dès le début de cette étude, nous nous heurtons aux graves inconvénients d'un système qui a écarté, en fait, les juristes du fonctionnement des juridictions indigènes. Nous nous trouvons dans la province de Léopoldville, où, pratiquement, mis à part le district du Lac Léopold II, les chefferies ont disparu pour faire place à des secteurs et où les tribunaux de chefferies et les tribunaux secondaires ne se rencontrent plus qu'à l'état de survivance. Les juridictions indigènes dans pareille ambiance de centralisation et de dépersonnalisation, comme elles ne

dépendent que de l'action des autorités administratives, peuvent avoir vite perdu leur originalité et logiquement en être arrivées à adopter une « procédure européenne » expéditive, disons plus brutalement la procédure rudimentaire des tribunaux de police qui aboutit si facilement à une caricature de jugement, en langue véhiculaire, mal connue dans les régions Bapende et, nécessairement, pauvre et termes juridiques. Tout cela facilite bien sûr les contrôles d'une autorité pressée, donne un sentiment réconfortant d'ordre extérieur et d'uniformité. Mais que deviendrait le droit européen lui-même, soumis à ce régime? Or, tout ceci est contraire à la volonté du législateur et cette situation de fait n'est pas la règle générale, peut-être même dans la province de Léopoldville; en tous les cas, nous avons nous-mêmes inspecté un tribunal secondaire dont les sentences étaient transcrites dans un idiome local compris au plus par quelques centaines d'individus. Rappelons aussi que certainement au moins dans les provinces du Kivu et du Katanga, la grosse majorité des jugements rendus à l'intérieur le sont par des tribunaux secondaires d'une composition fortement traditionnelle qui n'administrent souvent la justice qu'à une poignée de justiciables, et tout le monde s'en trouve bien.

Le juriste déplorera, dès l'abord donc, que le divorce qui s'est institué entre lui et l'administration de la justice indigène ait pu aboutir à pareille situation et souhaitera une réorganisation des juridictions indigènes qui lui permette d'enfin remplir un rôle qui normalement doit lui revenir. Si ce que dit le R. P. de Sousberghe est général, il s'étonnera moins que l'activité des tribunaux de la province de Léopoldville ait fait l'objet de si peu de commentaires: quelques commentaires du R. P. De Boeck dans « Le mariage chez les Ekonda », quelques commentaires du R. P. de Beaucorps qui, avec la perspicacité qu'on lui connaît, a eu recours parfois à des jurisprudences locales, deux ou trois annotations de M. le Gouverneur Peigneux, alors administrateur, dans son excellente étude « Le droit coutumier du groupe Gombe-Matadi » (une des deux seules chefferies subsistant dans le Bas et le Moyen-Congo) et surtout les citations résumées du R. P. Mertens dans « la juridiction indigène chez les Bakongo orientaux » qui s'en réfèrent à tant d'anciennes décisions et de sentences arbitraires: cet auteur nous faisait d'ailleurs lui-même remarquer que les quelques juridictions reconnues qu'il citait ont disparu depuis l'époque de son étude. Il a fallu attendre ces toutes dernières années pour que des sentences émanant d'un tribunal indigène de Léopoldville soient publiées dans une revue juridique... cependant, la qualité de ces jugements nous fait douter que la situation décrite par l'auteur soit aussi généralisée qu'elle lui paraît et nous sommes convaincus que le silence auquel nous faisons allusion doit avoir autre origine, par

exemple, la non-création d'une revue locale spécialisée dans ces questions à Léopoldville même.

Nous constatons, nous ne critiquons pas.

*
**

L'analyse très intéressante, partie capitale à notre avis de son article, que fait le R.P. L. de Sousberghe de la procédure coutum re emporte toute notre adhésion. Nous sommes aussi convaincu que lui que nous en arrivons là à une partie essentielle du droit coutumier. Nous nous excusons de nous citer, mais, étant de ces juristes dont l'activité consiste surtout à « formuler le droit coutumier » dans le sens que porte l'auteur à cette expression, et, particulièrement, à noticer des jugements, il nous plaît de souligner combien nos idées ont pu devancer les découvertes du R.P. de Sousberghe. Nous écrivions, en effet, dans le « J.T.O. » du 15 mars 1952, page 29, sous le titre « La grande richesse des Juridictions indigènes » :

« 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 le 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 les 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 d pare pas la tapisserie que forme l'ensemble des rapports sociaux réglé par la coutume ancestrale. Le pr c dent 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. »

Le lecteur nous passera la longueur de cette citation, mais nous sommes convaincus que le R.P. de Sousberghe ne

pourrait qu'y souscrire, même si les conclusions qu'il en tire ne sont pas les nôtres.

De ce procédé propre au droit coutumier découle aussi, selon nous, deux autres de ses caractéristiques très importantes : son caractère évolutif continu que souligne l'auteur et qu'a dégagé depuis longtemps et malgré de vives controverses M. Antoine Sohier.

Ensuite la tendance arbitrale de nos juridictions. Comme le montre le R.P., les juges coutumiers s'efforcent d'emporter l'adhésion du perdant à la solution qu'ils préconisent : M. Gr visse, dans « La grande pitié des Juridictions Indigènes » a insisté sur ce caractère et, selon l'expression du R.P. Hulstaert, la justice traditionnelle n'était pas « dictatoriale ».

*
**

La formule saisissante de l'auteur : « en supprimant la procédure coutum re, c'est le droit coutumier... qu'on supprime », malgré son radicalisme, ne manque pas de justesse. Toute entrave apportée au développement du raisonnement juridique du juge ne peut que l'empêcher d'atteindre le but qu'il se propose de dire le droit dans son application au cas concret qui lui est soumis.

Nier ce problème et se dissimuler la gravité du mal, c'est faire preuve de manque de réalisme. Mais pour y remédier, il s'agit avant tout d'élucider les causes de la situation présente. Elles ne doivent être trouvées ni dans les textes visant la procédure dans les décrets coordonnés, qui sauvegardent la coutume, ni dans l'intervention de juristes de droit écrit tentant de substituer leurs conceptions juridiques occidentales aux coutumes, puisque les magistrats ne sont pratiquement jamais intervenus directement dans le fonctionnement des juridictions indigènes.

Mais l'importance des règles de procédure rentre dans un cadre plus général : quand le droit subit une crise d'adaptation, comme c'est le cas, les questions de forme l'emportent souvent sur celles de fond. La remarquable transformation du droit romain primitif, étroit et patriarcal, en cet instrument de perfection unique qu'est le droit impérial, s'est opérée presque exclusivement par des réformes de procédure et d'administration des preuves. Nous avons essayé de démontrer dans notre étude « Considérations sur les testaments en droit coutumier congolais » (comptes rendus du Congrès du Cinquantenaire du C.S.K. et B.J.I., 1952, p. 206), l'importance de ces questions de forme. Or le droit coutumier congolais est formaliste. Comme l'a expliqué M. Gr visse, dans les esprits indigènes, le signe et le signifié sont intimement liés, la perte de l'un entraîne la déchéance de l'autre. Or non seulement la procédure coutum re a été sap e, mais tout le système coutumier des preuves a été bouleversé, ne fût-ce que par l'introduction de l'écriture, le déve-

loppement de l'économie et les mutations de plus du dixième de la population.

Non seulement des raisons de facilité administrative ont ébranlé les rouages de la procédure coutum re, mais encore le rituel des preuves, inadapté aux situations sociales actuelles, n'a pas été remplacé de façon adéquate, les recensements à but censitaire et les inscriptions d'identité à but policier ont obscurci les esprits des juges indigènes, le tout aggravé par le rôle de juridiction administrative qui, contrairement aux textes des décrets coordonnés, a été dévolu aux tribunaux indigènes pour permettre un contrôle de l'état civil des noirs (biffures ou inscriptions aux livrets d'identité, dévolutions de tutelles alors que la famille est d'accord, etc.). Le but poursuivi était utile mais les conséquences de ces nouvelles attributions n'ont pas été discernées à temps.

Ici encore, le malaise tire en partie son origine du fait, que, remises aux mains de l'administration, les juridictions indigènes ont été amenées, en dehors de leur vocation judiciaire, à poursuivre des fins administratives, alors que leurs besoins les plus urgents au point de vue judiciaire ont échappé à l'observation de la majorité de ceux qui s'en occupaient.

Depuis plusieurs années, les juristes lancent des cris d'alarme. Ils ont lancé l'idée d'une organisation d'un « notariat indigène », mais leurs espoirs ont été décès, les projets n'ont pas abouti, l'opinion publique, mal informée, n'ayant pas compris la portée réelle du problème. Les juristes isolés ont paru avoir soulevé une question technique sans nécessité pratique immédiate et vitale.

*
**

Le R.P. de Sousberghe insiste d'une façon très convaincante sur la mine de renseignements sur la vie indigène toute entière, que constitue l'enregistrement d'une palabre sous forme traditionnelle, notamment, par l'élucidation de la signification des proverbes cités au cours des débats.

Ceci est évident. Il suffit de suivre la vie d'une juridiction européenne, pour se rendre compte combien en justice les questions de fait prennent plus de temps aux débats que les questions de droit. Combien d'audiences ne sont-elles pas parfois consacrées à des discussions techniques, par exemple sur l'exploitation des mines, la navigation fluviale ou l'interprétation médicale d'un fait ? Nos tribunaux congolais n'ont-ils pas été appelés dans des litiges matrimoniaux, à rechercher et à expliquer, les droits canon, coranique, talmudique ou grec-orthodoxe ? Et, dans un autre domaine, chacun de nos rhétoriciens n'a-t-il pas d  analyser l'art oratoire à travers le texte d'une plaidoirie ?

Il est certain que, si par hypothèse nous ignorions l'écriture, la fréquentation de nos prétoires permettrait à un observateur étranger de recueillir une ample moisson de renseignements ethnographiques.

*
**

Mais comment le droit coutumier a-t-il fait son apparition dans notre littérature coloniale ?

L'ère léopoldienne, avec le sens à la fois prophétique et réaliste qui la caractérise, s'était gardée de supprimer la vie judiciaire qu'elle avait trouvée avant la fondation de l'Etat Indépendant. Elle s'était bornée à superposer à ces anciennes juridictions une organisation nouvelle qui, à la fois, devait répondre aux besoins de droit civil de la population d'origine européenne qui s'établissait au Congo et assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité publics du pays en instituant un instrument répressif appliquant un droit pénal commun. A cette époque déjà, les recours officieux auprès d'Européens de toute fonction sociale, étaient entrés dans les mœurs.

Dès 1923, le législateur, documenté par une expérience empirique antérieure, sentait la nécessité de réserver une place officielle aux juridictions indigènes et de préserver leur existence par une organisation reconnue et par l'attribution de pouvoirs d'exécution effectifs et uniformes. Ce furent les décrets de 1926 et les diverses mises au point des années 30. Les tribunaux indigènes effectuaient leur entrée officielle dans la vie judiciaire de la Colonie, les magistrats nantis de pouvoirs de contrôle suprême et les fonctionnaires obligés de siéger avec des assesseurs indigènes majoritaires ne pouvaient commettre de déni de justice : tous durent s'initier à la coutume.

Or il apparut bientôt qu'une énorme documentation ethnologique existait déjà, car, depuis plus d'un quart de siècle, diverses revues, dont on ne dira jamais assez les mérites, recueillaient et commentaient des études ethnographiques et dans ouvrages que l'on consulte encore aujourd'hui avaient été publiés, mais que cette documentation ne servait littéralement à rien au point de vue juridique, à part quelques données rudimentaires que l'on pouvait trouver, noyées dans la masse.

De 1926 à 1930, sans manifestation au grand jour, tant dans les postes de l'intérieur que dans les parquets, une documentation spécialisée s'amoncela, des échanges de vues s'établirent entre praticiens.

Ce fut alors que parut la « Pratique des Juridictions Indigènes » et bientôt le « Bulletin des Juridictions Indigènes et du Droit Coutumier Congolais », édité au Congo même et dont le succès fut immédiat et durable. Les premières années du Bulletin donnent une impression de bouillonnement de vie intense, une multitude de décisions furent publiées et commentées, ainsi qu'une série de monographies répondant pour la plupart à un questionnaire rédigé par feu le conseiller P. Van Arenbergh, alors substitut du procureur du Roi. Ces premiers numéros épuisés sont à ce point appréciés qu'encore actuellement la Société d'Etudes Juridiques du Katanga est solli-

citée par des institutions scientifiques étrangères pour une réimpression ou au moins une édition photocopiée. Parallèlement à ces publications d'études et de jurisprudence, des essais de synthèse provisoire paraissaient.

Tandis que le B.J.I. trouvait, une dizaine d'années plus tard, une émule juridique dans le vaillant « Bulletin des Juridictions Indigènes du Ruanda-Urundi », puis après encore dans le J.T.O., que les indigènes collaboraient à ces revues de plus en plus nombreux et de façon bénévole, une réaction se dessinait dans les milieux d'ethnologues. La valeur scientifique des études juridiques coutumières était mise en question, les ethnologues visaient à en éliminer les juristes et à canaliser le courant à leur profit, ils voulaient imposer leurs vues et leur vocabulaire, le vocable d'« ethnologie juridique » fut forgé. Rien n'est plus symptomatique à cet égard que la lecture des bibliographies de certaines revues non juridiques : sous la rubrique « ethnologie », on range de nombreux articles qui sont nettement des études de droit coutumier, par exemple des commentaires de jurisprudence, même parus dans des revues juridiques, même dus à des présidents de juridictions.

*
**

Est-il vrai que le « droit coutumier » soit une création artificielle des juristes et que les noirs n'y reconnaissent pas leur pensée ? Est-il exact que les monographies juridiques, les jurisprudences publiées et notifiées trahissent la coutume ?

Nous croyons pouvoir émettre une opinion en la matière, ayant pratiqué le droit coutumier tant comme président de Tribunal de territoire que juge de parquet et ayant dirigé des cercles d'études de noirs discutant des sujets juridiques.

Il est bien sûr que beaucoup de nos juges réellement coutumiers de l'intérieur, illettrés qui n'ont pas joui de cet instrument de pensée qu'est l'écriture, presque tous les greffiers dont la formation est le plus souvent nulle et certainement la grosse masse des justiciables sont incapables de formuler le droit coutumier. En Europe, il en est de même d'ailleurs, tant de la plupart des greffiers que des notaires. Nous connaissons, cependant, il suffit de rappeler les publications qui émanent du Ruanda ou les fameux « édits de M'Siri », des formulations juridiques d'indigènes presque parfaites et antérieures à la colonisation. Comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, comme nos bantous parlaient, sans connaître leur grammaire, des langues dont les règles élucidées par les linguistes sont réelles, nous sommes convaincus que nos juristes noirs faisaient du « droit coutumier ».

Nous pourrions multiplier les exemples vécus, mais, négligeant ceux que nous avons pu puiser durant nos activités de président de Tribunal de territoire, puisque nous étions secondés par nos assesseurs, nous ne citerons que des exemples tirés d'une connaissance purement livresque; la chefferie

Bayeke se trouve dans notre ressort. On connaît l'excellent ouvrage sur les Bayeke de M. Grévisse. C'est un chef-d'œuvre de commentaires basés sur la jurisprudence. Nous certifions qu'il nous a permis, après une brève consultation, de mettre d'accord instantanément des parties séparées par un différend aigu. De même, des commentaires « ethnographiques » du genre de celui de M. M. Kalenda, mandataire auprès des juridictions indigènes, sur le « muketo », nous ont servi comme juge de parquet trois ou quatre fois avec l'automatisme d'un bouton-poussoir dans des litiges d'ordre matrimonial, d'attribution d'enfants ou de déduction de l'indemnité à cause de mort séparant des Bâluba-Shankadi : après la lecture de jugements touffus de Tribunal de centre puis, en revision, de Tribunal de territoire, il nous suffisait, devant les parties acharnées à défendre leurs points de vue, de poser la simple question « où se trouvait le « muketo » à ce moment-là ? » pour voir, comme après un « sésame ouvre-toi » magique, s'ouvrir la figure des antagonistes et se dissiper aussitôt le malentendu. Or remarquez bien que les parties soulagées avaient été incapables jusque là de saisir le nœud du problème juridique posé.

De même, avec l'aide précieuse de M. le procureur général Merckaert, nous avons monté il y a peu un répertoire de jurisprudence coutumière que nous ne désespérons pas de voir publié. Nous avons réuni toutes les jurisprudences parues principalement dans le B.J.I., le B.J.I. du Ruanda-Urundi et le J.T.O., depuis une vingtaine d'années. Ces jugements provenant de toutes les parties de l'Afrique Belge, s'étendant sur une période de plus de vingt-cinq ans, se présentaient sous des formes diverses, résumés, reproduction « in extenso », simples notices, le tout commenté ou non et recueilli tant par des administrateurs présidents de Tribunaux de territoire que par de simples agents territoriaux, des greffiers et des juges indigènes, des magistrats juges de Tribunaux de parquet ou d'autres qui ne l'avaient jamais été, ainsi que par plusieurs missionnaires. Ces décisions émanaient de petits tribunaux secondaires de régions excentriques comme de Cours d'appel. Le travail que nous entreprenions était, bien entendu, de seconde main et sa présentation ne pouvait que contenir des éléments subjectifs, mais la disparité des sources de ces quelque quinze cents jugements, l'obligation de s'en tenir aux renseignements, parfois fort succincts, fournis, notre souci aussi de respecter, quand c'était possible, fidèlement le texte colligé, antérieur pour des centaines de décisions aux synthèses de droit coutumier, nous garantissent quand même une grande objectivité dans les données fournies par les matériaux réunis. Ignorant où nous allions, nous les avons distribués en quelques rubriques fort lâches, nous attendant à des difficultés délicates dans les subdivisions définitives, vu les différences probables entre les coutumes et les variations de ces coutumes dans le temps. Or, à notre surprise, il s'avéra bien-

tôt que le caractère dominant qui ressortait de cette confrontation était l'homogénéité de l'ensemble et la persistance de la coutume dans le temps. A plus de quinze ans de distance, nous relevions, par exemple, en territoire Mitwaba, des juges unanimes mais tous différents, prendre à la majorité contre deux administrateurs étrangers l'un à l'autre la même décision, en vertu d'un principe coutumier exprimé de façon identique. Dans ces conditions, il nous est difficile de ne pas croire qu'il y ait réellement un droit coutumier et des juges coutumiers animés par des principes juridiques. L'intérêt très réel et parfois passionné, que prennent des indigènes, habituellement de familles de juges, aux synthèses de droit coutumier et publications de jurisprudence, est très caractéristique aussi : citons cette réaction symptomatique de commentateurs de jurisprudence ruandais contre l'adage de M. Antoine Sohier « pater is est quem dos demonstrat », car au Ruanda ce principe doit se doubler de l'obligation d'une filiation naturelle par le sang, au moins présumée par la cohabitation au moment de la conception, de la part du mari.

**

Est-il étonnant qu'il existe un droit coutumier et des juristes indigènes spécialisés ? Nous ne le croyons pas, le contraire serait impensable, car qui dit relations sociales, vie en société, dit droit, et pour peu que cette société soit évoluée, comme le sont toutes nos sociétés bantoues dont le passé est lointain, le droit devient affaire de spécialistes. La disparition du droit entraîne l'anarchie.

Nous avons pu voir de près ce qu'est une société indigène sans droit. La région de Kasenga, par la richesse de l'industrie du poisson qui y est née, a connu un afflux d'indigènes allogènes qui s'installèrent dans les villages d'autochtones peu nombreux et vite noyés par les étrangers, les diverses populations s'unissant indistinctement par mariages entre elles. Ces populations qui ne furent jamais organisées en milieux extra-coutumiers demeuraient sous la juridiction des anciens juges et chefs de village. Contrairement aux tribunaux de centre qui, dès le début, ont mis au point de véritables systèmes de droit inter-coutumier, sorte de droit international privé, le phénomène étant facilité par la relative imperméabilité des groupes raciaux et la présence dans les sièges du juges d'origines disparates, les juges de la région de Kasenga, perdus comme le sont les juges indigènes en présence d'une coutume étrangère, en sont arrivés à oublier même leurs propres coutumes ancestrales et à rendre une justice dictée par les circonstances et les données d'un « bon sens » d'opportunité. Les résultats en sont proprement catastrophiques, le « mariage » y ressemble plus à l'union libre qu'à autre chose, la criminalité courante (coups, vols, etc...) y est au moins cinq fois plus forte qu'au centre extra-coutumier d'Elisabethville. La première chose que les juges, presque tous illettrés, nous ont demandé spontanément lors de notre inspec-

tion, c'est un code, ils désignaient le nôtre du doigt pour s'y référer et nous avons remarqué dans le rapport d'inspection de notre prédécesseur que la même requête lui avait été formulée. Nous avons observé, la seule fois de notre carrière, que la justice rendue par le Tribunal de territoire, sous la présidence de jeunes administrateurs frais émoulus, malheureusement aussi trop souvent mutés, mais s'inspirant d'ouvrages de synthèse, satisfaisait plus et les justiciables et les juges eux-mêmes que les jugements rendus par des sièges uniquement composés d'indigènes.

Nous n'avons évidemment jamais fréquenté de juges Bapende et ignorons par quel biais le R.P. de Sousberghe les a abordés; nous nous étonnons cependant de ses affirmations à l'égard de l'esprit juridique des noirs, car, au contraire, une fois la glace rompue, mais il est parfois très difficile de faire tomber les barrières de la méfiance, nous nous sommes toujours senti de plein pied avec les juges lancés dans une conversation sur un terrain commun, où les greffiers, d'ailleurs, qui souvent servaient d'interprètes, étaient incapables de nous suivre.

Que de fois nous est-il arrivé d'ailleurs de confier la traduction d'un jugement en un idiome non véhiculaire à un interprète du parquet, excellent dans ses fonctions et de lui faire remarquer que telle ou telle phrase était mal traduite et que les juges avaient certainement voulu exprimer une autre idée. La scène, avec des commis différents d'ailleurs, suivait alors le même processus : l'interprète vexé nous assurait que sa traduction était exacte et commentait le sens de chaque terme. Il finissait quand même par condescendre, avec scepticisme, à interroger sur le sens de la phrase litigieuse quelque vieux notable de la race à laquelle s'appliquait la coutume envisagée. Quelques jours après, et c'est arrivé chaque fois, l'interprète, assez penaud, venait nous expliquer qu'en effet sa traduction, bien que correcte... ne l'était pas, que la phrase signifiait plutôt ceci, et le résultat nous paraissait, cette fois, logique : ne connaissant ni la langue, ni la coutume spéciale en cause, comme juriste nous y avons vu plus clair qu'un enfant du pays.

**

Est-ce extraordinaire ? Nous ne le croyons pas.

Il est certain qu'un missionnaire bon linguiste et fin ethnologue aura en mains des atouts maieurs. Le moins qu'on puisse dire de Saint François Xavier, c'est qu'il n'avait ni le don des langues, ni celui de comprendre une société étrangère : cela ne l'a pas empêché d'être, par le truchement de mauvais interprètes, le pêcheur d'hommes que l'on sait : c'est qu'il est plus important pour un convertisseur d'être un saint qu'un linguiste ou un ethnologue.

Combien de fois, comme magistrat instructeur, avons-nous vu réussir par de jeunes commissaires de police premier terme,

anciens de la police judiciaire métropolitaine, de brillantes enquêtes qui avaient débuté par un échec d'un ancien territorial de valeur, expérimenté, connaissant à fond la langue et la mentalité indigènes, même là où intervenaient des superstitions : il est certain que le rendement de ces commissaires de police serait accru le jour où ils parleraient la langue et comprendraient mieux le milieu et l'esprit des autochtones, mais, avant tout, pour faire un bon officier de police judiciaire, il faut être policier.

Or nous touchons au domaine policier, à l'un de ces métiers, comme celui de juger, où tout le monde s'imagine qu'il n'y a guère de vrais spécialistes et où tous se sentent une âme d'amateur aussi brillant que tous les héros de romans policiers.

Certes, comme nous l'expliquions plus haut, les méthodes juridiques peuvent être diverses, mais il serait faux de croire que le mécanisme général des relations sociales, basées sur une humanité quand même unique, le droit qui en dérive, ne soit pas fondamentalement un.

Le R.P. de Sousberghe, qui est docteur en droit, mais n'a sans doute pas pratiqué, se fait, nous le craignons, une idée sommaire du droit vivant : nos universités elles-mêmes enseignent un droit international privé et public, un droit naturel aussi, qui n'est certainement pas conforme au schéma auquel il réduit le droit occidental. Tout praticien sait que l'article le plus appliqué du droit Napoléon est celui qui est repris au livre III sous le titre n° 258 de notre Code civil congolais : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». S'il est une maxime d'une portée bien générale, d'une application réellement variée et variable, c'est bien celle-là et jamais les tentatives d'améliorer ce texte ou de le préciser n'ont abouti. Or, quand on pratique un peu le droit, c'est tout le temps qu'on tombe sur des articles de ce genre et le grand reproche que font les juristes à certaines législations contemporaines, c'est précisément de vouloir en arriver à une précision mécanique étrangère à la vie et... au droit.

Le travail du juriste commence vraiment au delà du texte, et c'est pourquoi le juriste coutumier doit avoir une formation juridique encore plus poussée que son collègue de droit écrit.

Nous nous exagérons souvent cette spécificité de notre droit écrit continental : nous en citons un exemple dans nos articles « Du principe légaliste en droit pénal coutumier congolais », « Bulletin des Juridictions Indigènes », 1951, page 16, en haut : des juristes occidentaux rangeaient les Anglo-Saxons parmi les adversaires de la règle « nulla poena sine lege », s'imaginant à tort que la « common law » se fiait à l'arbitraire du juge en matière pénale. A remarquer combien d'ailleurs il est difficile de se faire comprendre : n'a-t-on pas confondu ce « principe légaliste » que nous défendions avec une « législation légaliste » ?

C'est se faire illusion que de croire qu'une société pourrait demeurer cohérente en étant soumise à un droit, même coutumier, non dirigé par des principes juridiques mais dérivant, seulement, de maximes d'ordre général, morales ou religieuses.

**

Il est néanmoins certain, et les exemples donnés par le R. P. de Sousberghe sont des plus convaincants, que l'aide de linguistes et d'ethnologues nous sont indispensables pour comprendre les coutumes dans leurs variétés et leurs richesses, pour suivre le déroulement d'une palabre jusque dans ses ultimes détails.

Pour élucider les règles, le droit, des rapports sociaux d'un groupe donné, il faut connaître cette société, ce qui relève de l'ethnologie. Mais le grand danger de l'ethnologue, c'est qu'il risque de ne voir dans une affaire judiciaire que l'anecdote, qui l'intéresse, et d'oublier le général, qui est le propre du juriste. Bien sûr, et surtout faute de temps, le juriste risque d'aller trop vite, et l'écueil d'une vue superficielle de sa part n'est que trop réel, mais il est un autre écueil, c'est de s'attarder au particulier, de s'y enliser. Or le juriste, et c'est pourquoi il paraît si souvent aux yeux du profane manquer d'esprit scientifique, ne vit pas dans l'abstrait, sa science doit s'intégrer à chaque pas dans le réel, il est forcé journellement d'appliquer des théories aux cas concrets qui lui sont soumis.

Le danger des ethnologues qui s'aventurent dans le domaine juridique, c'est qu'ils y apportent leur vocabulaire, inutilisable pour un juriste et qui amène tant de quiproquos, oublient le but avant tout pratique du droit, mettent sur le même pied de simples curiosités, sans importance pour le juriste, et l'essentiel, égarant le praticien dans une série de marécages de domaines annexes.

La palabre est comme le sentier indigène : quand on le suit, il paraît sinuer sans raison, mais vu d'avion, il se dirige droit au but. A force de relever chaque tournant, l'observateur risque d'en oublier la direction générale.

L'expérience a déjà été faite au Congo, le danger n'est que trop réel, sous peine de gaspiller sans utilité ses efforts, l'ethnologue qui veut aborder le droit doit se laisser guider par les juristes, leur laisser coordonner ses études, se rendre compte qu'il vient en aide... à plus qualifiés que lui.

Que l'ethnologue, donc, se contente d'enregistrer la palabre sur bande magnétique, en fasse une traduction correcte, explique le sens commun des proverbes exprimés et les allusions à un mode de vie propre aux indigènes. Puis qu'il s'arrête et n'étudie pas la coutume : cela dépasse ses capacités.

Que d'autre part, il utilise les renseignements d'ordre ethnologique qu'il a découverts au cours des débats, nul ne le lui reprochera, mais que, sous ce prétexte, il veuille faire de l'étude de ces palabres

et des coutumes judiciaires et juridiques une chasse gardée, n'est pas justifié.

**

Que le lecteur nous excuse une parenthèse. Nous avons l'air d'avancer ici des affirmations sans les étayer : il convient, quelque polémique que cela puisse soulever, de montrer par un exemple vécu la confusion que peut entraîner l'empiètement de l'ethnologie sur le droit.

Pour l'ethnologue, le clan est d'une importance capitale. Nous voyons d'ailleurs ce terme « clan » employé dans les sens les plus variés et les plus ambigus, à cause des indigènes eux-mêmes qui infusent aux institutions les plus diverses le contenu philosophique du concept de clan. Or, nous sommes presque gênés de l'affirmer, le clan n'a qu'une influence minime dans le domaine juridique. Quand, confronté avec les faits, nous commençons à nous convaincre, nous avons hésité et discuté longuement de la chose avec divers indigènes. La conclusion fut certaine. La famille, dans une conception plus large que celle de la famille occidentale, les juristes l'ont baptisée parentèle, a, par contre, elle, une importance juridique capitale. Le vocabulaire et les conceptions ethnologiques en la matière ont fait perdre un temps considérable aux chercheurs, les ont souvent empêché d'y voir clair, et tout compte fait, l'influence des ethnologues dans ce domaine précis s'est révélée néfaste.

Et nous pourrions aussi mentionner l'intérêt tout relatif au point de vue droit que comportent les rites, importants au point de vue ethnologique, qui entourent la naissance, la puberté, etc...

Nous l'avons suggéré plus haut : nous sommes convaincus que si certaines provinces comptent si peu de littérature coutumière et connaissent, peut-être certains abus dans le fonctionnement des juridictions indigènes auxquels il aurait pu être remédié, c'est que faute d'existence de publication juridique locale qui les aurait aiguillés vers l'étude des coutumes, les chercheurs s'y sont intéressés à des enquêtes ethnographiques stériles au point de vue droit.

**

Nous parlions de danger.

Le fonctionnement des juridictions indigènes n'a que trop souffert d'une équivoque qui a séparé arbitrairement pour des raisons d'opportunité ce qui devait être concerté.

Ce n'est pas au moment où le législateur cherche à y remédier en voulant les intégrer dans l'organisation judiciaire normale, que nous devons connaître une nouvelle dissension en remettant l'étude des coutumes à des profanes sans responsabilité.

Bien sûr, dans ses visées directement pratiques, le droit peut sembler à certains manquer de bases scientifiques désintéressées (le droit est toujours engagé), comme dans sa recherche des règles générales, paraître à d'autres un jeu d'abstractions. Ce double

reproche contradictoire se résout précisément dans la discipline juridique en un ensemble harmonieux : séparer l'étude des coutumes, les synthèses de droit coutumier et le fonctionnement des juridictions indigènes, c'est fausser tout le mécanisme des procédés juridiques et conduire au chaos.

Croire que les synthèses de droit coutumier trahissent la coutume, l'appauvrissent, est une vue de l'esprit car c'est par son universalité, sa logique interne, qu'une coutume se défend elle-même, demeure respectée et utile : si elle ne représente qu'un amas confus de maximes de bon sens et de folklore conduisant à des solutions variables d'opportunité dictée par l'émotivité du moment, c'est un leurre de croire qu'elle peut maintenir l'harmonie des rapports sociaux ; or nos noirs dans le bouleversement, surtout économique, amené par la colonisation, ont assez prouvé par leur équilibre maintenu malgré tout, qu'ils étaient régis par un droit véritable.

Non, nous ne devons pas tout remettre en question et tenir pour dénué de valeur le travail déjà fourni.

Nous ne devons pas attendre l'arme au pied, nos fonctions nous l'interdisent d'ailleurs, que les ethnologues daignent nous éclairer.

**

L'enjeu est d'importance.

Le législateur a voulu donner leur chance aux valeurs indigènes authentiques, dont celles du droit coutumier. Avec sagesse, il a associé les autochtones à l'administration de la justice, leur laissant en ces matières coutumières qui les intéressent tant, la majorité des voix dans les sièges. C'est une de leurs plus anciennes participations au pouvoir, celle à laquelle ils tiennent, peut-être, le plus.

A une heure où le législateur et le gouvernement de la Colonie défendent une politique qui fait de plus en plus la place aux autochtones et à leur originalité, risquer une régression équivaut à mettre en doute les principes avancés par nos dirigeants.

Nous comprenons le pessimisme du R. P. de Sousberghe sur l'avenir des coutumes, car il est le résultat direct de la vue qu'il a du droit coutumier. Pour nous, nous devons avouer que les pronostics en cette matière ne nous tentent pas : nous savons qu'à l'heure actuelle nous avons besoin d'un droit coutumier solide et de juridictions qui l'appliquent. Certains de nos voisins expriment trop de regrets de n'avoir pas suivi cette politique pour que nous n'en soyons pas convaincus, et que si ce droit, qui est le seul à répondre de façon satisfaisante aux besoins de l'heure actuelle, comporte des valeurs durables, ce n'est qu'en le dégageant d'un folklore périssable que nous le sauvegarderons, en le traitant comme un droit nanti d'un réel caractère juridique et en le soutenant par une organisation judiciaire solide remise aux mains des spécialistes.

Jean SOHIER.