

EPIGRAPHE

*La coutume
est plus sûre
que la loi*

Euripide

DEDICACE

Toutes les lettres ne sauraient trouver les mots qu'il faut, les mots ne sauraient exprimer la gratitude, l'amour, le respect et la reconnaissance. C'est tout simplement que je dédie ce travail :

Au bon Dieu, tout puissant qui m'a inspiré, qui m'a guidé dans le bon chemin pour l'accomplissement de ce travail. Louange et honneur à toi ;

A ma très chère mère CLEMENTINE MBWAYA, je ne trouverais jamais des mots pour t'exprimer mon attachement et ma reconnaissance si profond pour l'amour, la tendresse et surtout ta présence à mes côtés, tu m'as toujours conseillée et orientée dans la voie du travail. Puisse ce travail soit la récompense de tous les efforts et l'exaucement de tes prières tant formulées ;

A vous mes chères grandes sœurs GENTILLE NGALULA et MARLEINE MWAMBA, je ne pourrais jamais exprimer le respect que j'ai pour vous, ni ma gratitude envers les innombrables et immenses encouragements durant toutes les années de mes études, vous avez toujours été présentes à mes côtés pour me consoler quand il faut ;

A vous mes grand frères GUYBENILD BIZALA, CHRISTIAN LWABEYA et PRINCE KALUMBA ; aucun mot ne saurait exprimer tout mon amour et toute ma gratitude envers vous. En témoignage des profonds liens qui nous unissent, trouver à travers ce l'expression de mon amour et mon attachement.

A vous mon beau-frère DAVID MUTWALE et belle-sœur JULIE MBOMBO, pour vos prières qui m'ont été bénéfiques, trouvez à travers ce travail l'expression de ma reconnaissance. Puis Dieu vous prête stabilité dans votre ménage.

A vous mes chers amis et collègues PATIENT KAPAKU, LYDIANNE MWIKA, MADELEINE KABANGA, PIERRE PETSHI, DORIEN MUTAMBA, GIFT MUKAKATOT,... pour le moment de dur label passés ensemble, que ce travail soit la récompense et fierté de nos efforts

A vous mes nièces et neveux HAPPINESS MBWAYA, HIGHNESS NGALULA et ENOCH MWAMBA

A tous ceux qui lutte pour la justice dans le monde.

IN MEMORIAM

A la mémoire de mon cher regretté père EMILE MWAMBA, j'aurais tant aimé que vous soyez présent car je sais que vous auriez été très heureux et très fier ; Seigneur j'implore ton intarissable miséricorde pour mon feu père, accueille-le au paradis.

A la mémoire de mon cher regretté frère EVARISTE TSHIMANGA, que Dieu ait votre âme en vous entourant de sa sainte miséricorde.

REMERCIEMENTS

Qu'il nous soit permis de témoigner toute notre gratitude au bon Dieu Tout Puissant, lui dans sa majesté et dans sa miséricorde nous a guidé et protégé dans l'accomplissement de ce travail, louange et honneur à toi.

Aucun mot ne saurait exprimer tout mon amour et toute ma gratitude envers ma tendre mère. Merci pour tes sacrifices le long de ces années. Merci pour ta présence rassurante, merci pour tout l'amour que vous procurez à notre humble famille. Vous avez toujours été pour moi la lumière qui me guide dans les moments les plus obscures ; en témoignage des profonds liens qui nous unissent, veuillez chère maman trouver à travers ce travail l'expression de mon grand amour et de ma reconnaissance.

Mes sincères remerciements s'adressent également à mon grand frère PRINCE KALUMBA pour votre assistance financière et morale durant ce parcours académique. Puisse Dieu vous procurer la joie, le bonheur et qu'il accomplisse les vœux de votre cœur tant attendus.

Il serait ingrat de ne pas remercier mes sœurs et frères à savoir GENTILLE NGALULA, GUYBENILD BIZALA, CHRISTIAN LWABEYA, PRINCE KALUMBA et MARLEINE MWAMBA pour votre assistance financières, pour vos conseils, vos efforts aussi grandioses et admirables dans cette lutte combien merveilleuse pour assurer mon éducation. Mes mots ne suffiraient pas pour vous témoigner toute ma gratitude, restons unis.

Je tiens à remercier également le couple pastoral JOSEPH KALLY et REBECCA ATANDJO pour votre assistance spirituelle.

AVANT-PROPOS

Le terme du présent travail est le résultat de l'affrontement des efforts, conseils, soutiens, encouragement de tous ceux qui ont voulu que la détermination, le courage, la victoire, la réussite, l'apothéose, l'ovation, la consécration ainsi que la persévérance soient le slogan de notre vie qui ne sera jamais inaperçu dans notre mémoire.

C'est ainsi qu'il nous soit permis de remercier le chef des travaux MWAPE NGOSA ; nous sommes très reconnaissante de l'honneur que vous nous faites en acceptant d'assurer la direction de ce travail, vos qualités humaines et professionnelles jointes à votre compétence et votre disponibilité seront pour nous un exemple à suivre dans l'exercice de notre profession. Cher directeur, veuillez agréer l'expression de notre reconnaissance et de notre grand estime à votre égard.

Nos sincères remerciements s'adressent au corps professoral de la faculté de Droit de l'université de Lubumbashi qui a toujours accepté de nous transmettre des connaissances de qualité afin que nous soyons des cadres de ce monde.

Nos remerciements s'adressent également au recteur de l'université de Lubumbashi le professeur GILBERT KISHIBA FITULA ainsi qu'à toutes les autorités décanales de la faculté de droit de l'université de Lubumbashi.

INTRODUCTION GENERALE

A. Présentation du sujet

La crise des valeurs traditionnelles comptant parmi les principaux maux qui, non seulement, minent l'unité et la cohésion nationale, mais aussi hypothèquent le développement intégral, harmonieux et durable de la R.D.C. La constitution du 18 Février 2006 telle que modifiée à ces jours reconnaît, en son article 207, l'autorité coutumière comme socle des valeurs traditionnelles, et l'article 38 alinéas b) du statut de la cour internationale de justice.

La loi fixant statut des chefs coutumiers est donc la mise en œuvre de cette exigence constitutionnelle. Elle vient s'ajouter à l'arsenal juridique sur l'organisation territoriale, administrative et politique en R.D.C. qui confère au chef coutumier, en face des responsabilités coutumières, des charges administratives.

Notre travail porte sur la coutume en droit international public : fondement juridique et application. En effet, la coutume est une source de droit consacrée par l'article 207 de la constitution de la R.D.C. et l'article 38 alinéas b) du statut de la cour internationale de justice. Cependant fort est pour nous de constater que les juges ont tendance à accorder une place moindre à la coutume, ils ne s'intéressent pas à son application. Ainsi il convient de chercher les causes qui posent problème au niveau de son application et d'en chercher une solution.

B. Choix et intérêt du sujet

a. Choix

La coutume est une source de droit international consacrée par les articles 207 de la constitution de la R.D.C. et 38 alinéas b) du statut de la cour internationale de justice en sigle C.I.J., cependant nous constatons que son application pose problème. L'introduction des règles coutumières et de leur applicabilité posent des réels problèmes en droit interne tout comme en droit international. C'est ainsi que nous nous sommes proposées d'axer nos recherches sur la coutume en droit international public : fondement juridique et application, afin de résoudre le problème lié à son application.

b. Intérêt

1. Intérêt sociétal

Etant donné les fonctions importantes que remplissent la coutume, entre autres combler les lacunes du système législatif et exprimer un besoin réel soit traduire l'inadaptation de la règle de droit en vigueur dans certains cas. L'apport modeste de ce travail est de permettre l'application effective de la coutume car importante dans le système judiciaire interne ou international.

2. Intérêt scientifique

Ce travail fera l'objet d'une source d'inspiration pratique à tout chercheur désirant évoluer dans le même domaine. A travers ce travail, nous allons proposer les mécanismes pour l'applicabilité effective de la coutume internationale.

3. Intérêt personnel

Ce thème nous intéresse car en cherchant les mécanismes pour l'application effective de la coutume, nous allons élargir nos connaissances dans le domaine du droit interne et international ainsi que de la coutume et nous permettra d'approfondir les notions tant théoriques que pratiques acquises durant ces trois années passées à la faculté de droit.

C. Etat de la question

Le professeur Victor KALUNGA TSHIKALA¹ définit l'état de la question comme un relevé des publications antérieures qui, de manière directe ou indirecte, ont porté sur le même

¹ Victor KALUNGA TSHIKALA, *guide pratique relatif à la rédaction des mémoires en droit*

thème et non sur le même sujet que celui abordé par l'auteur. Il permet ainsi de faire un état de niveau des recherches et des réflexions dans le domaine.

Cette étape consiste à donner une liste des travaux réalisés dans le même domaine de recherche, dire en quelques mots en quoi notre travail sera différent de ceux de nos prédécesseurs.

Jean- Christophe WERENNE², dans son ouvrage intitulé *la place de la volonté des états dans la formation de la coutume internationale*, s'est posé la question de savoir si tous les états doivent avoir participé à sa formation ? Il y répond en disant la formation du droit international repose principalement sur le consentement des états présents sur la scène internationale. En effet, le principe d'égalité de souveraineté entre chaque état impose le fait qu'aucune obligation juridique ne peut être mise à la charge des états sans que ces derniers l'aient consenti.

Pascal MOUTTAKI³, dans son ouvrage *la coutume : véritable source de droit*, s'interroge si la coutume est-elle une source de droit. Il intervient en disant que la coutume est toute l'équité par cette seule raison qu'elle est reçue. C'est le fondement mystique de son autorité qui la ramènera à son principe l'anéanti.

Ph. VINCENT et F. DEHOUSSE⁴, dans leur ouvrage intitulé *les sources du droit international et la distinction entre la loi et la coutume*, ainsi, la question qui mérite d'être posée est de savoir qu'est-ce qui distingue ces deux sources du droit ? Il intervient en disant que la loi et la coutume, deux sources de droit distinctes quant à leur origine c'est-à-dire la création ; la loi, norme juridique et source directe du droit votée par les assemblées détentrices du pouvoir législatif et dont l'état qui détient le pouvoir de coercition garanti l'application sur le territoire national et la coutume provient des usages.

² Jean-Christophe WERENNE, *la place de la volonté des états dans la formation de la coutume internationale*, P.U.F., 1997

³ Pascal MOUTTAKI, *la coutume : véritable source de droit*, Paris, 2000.

⁴ Ph. VINCENT et F. DEHOUSSE, *les sources du droit international et la distinction entre la loi et la coutume*, Paris, 1980.

Jean BODINI⁵, dans son livre *la coutume, source du droit constitutionnel*, veut savoir si la coutume est-elle réellement une source du droit constitutionnel, il y répond en disant que la coutume peut se définir comme étant un usage, une habitude sociale qui est en elle-même qu'un fait. Par extension, nous parlons de coutume constitutionnelle pour désigner l'ensemble des règles non écrites résultant de précédents concordants, règles qui sont respectées par les pouvoirs d'un état.

D. Problématique et hypothèse

a. Problématique

Le professeur Victor KALUNGA TSHIKALA⁶ pour sa part pense que la problématique est la question principale que l'auteur se pose et à laquelle il entend répondre au bout de ses recherches.

Albert MULUMA M.⁷ définit la problématique comme étant un ensemble des orientations, des problèmes envisagés dans une théorie, dans une recherche.

La problématique est l'approche ou la perspective théorique qu'on décide d'adopter pour traiter le problème posé par la question de départ. Elle est l'angle sous lequel les phénomènes vont être étudiés, la manière dont on va les interroger⁸.

La recherche naît toujours de l'existence d'un problème à résoudre et à clarifier. Il y a problème lorsqu'on ressent la nécessité de combler un écart conscient entre ce qu'on sait et ce qu'on devrait savoir ; autrement dit, il n'y a pas de recherche là où l'on ne se pose pas de question⁹.

⁵ Jean BODINI, *la coutume, source du droit international*, Dalloz, 2002

⁶ *Ibidem* p.3

⁷ Albert MULUMA M., *le guide du chercheur en science sociale et humaine*, édition SOGEDES, Kinshasa, 2003

⁸ *ibidem*

⁹ M. Assie GUY et Dr. KOUSSI Roland, *initiation à la méthodologie de recherche*, p.19

La problématique désigne l'ensemble des questions posées dans un domaine donné de la science en vue d'une recherche des solutions dans l'hypothèse.

Etant donné que la coutume est consacrée comme une source de droit par l'article 38 alinéas b) du statut de la cour internationale de justice et l'article 207 de la constitution de la République Démocratique du Congo telle que modifiée et complétée à ce jour, étant donné qu'il remplit une fonction importante dans le système législatif, il est inconcevable que sa pratique par les juridictions internes et internationales soit ineffective.

Frappant est pour nous de remarquer que son application pose des réels problèmes ; ainsi, en se basant sur les problèmes de l'application de la coutume internationale, une question est celle de savoir quel mécanisme prendre, quelle stratégie adoptée pour enfin arriver à l'application effective de la coutume internationale dans l'ordre interne ou international ?

b. Hypothèse

QUIVY et COMPENDHOUDT¹⁰ définissent l'hypothèse comme une présomption qui anticipe une relation entre deux termes qui, selon les cas, peuvent être des concepts ou des phénomènes.

Les hommes des sciences définissent l'hypothèse comme une série de réponses supposées ou provisoires, mais vraisemblables au regard des questions soulevées par la problématique.

L'hypothèse est une supposition ou une prédiction fondée sur la logique de la problématique et de recherche définis, c'est la réponse anticipée à la question de recherche

¹⁰ QUIVY et COMPENDHOUDT cité par Victor KALUNGA TSHIKALA, « *rédaction des mémoires en droit. Guide pratique* », Lubumbashi, 2012

posée. Toute hypothèse peut selon le cas, être confirmée ou infirmée à l'issue du traitement des données.

Nous tenterons d'établir les modalités d'application de la coutume en proposant la création d'un tribunal coutumier. Ce tribunal aura pour rôle de traiter tous les litiges touchant le droit coutumier.

E. Méthodes et techniques

a. Méthodes

Albert MULUMA¹¹ définit une méthode comme étant un ensemble des règles ou de procéder pour atteindre dans les meilleures conditions un objectif.

Ainsi dans nos recherches, nous avons fait recours à la méthode sociologique qui consiste à éclairer le texte à partir du contexte sociologique de leur naissance et celui de leur application. Cette méthode fait souvent recours aux enquêtes sociologiques, révélatrices de l'état actuel de la société, à la méthode juridique, autrement appelé la méthode exégétique qui est utilisée dans la compréhension des textes par la recherche de l'intention du législateur, à la méthode comparative qui consiste à étudier parallèlement deux systèmes en vue d'en dégager des similitudes ou des dissemblances et à la méthode historique qui vise la reconstruction du passé par un examen des événements passés à partir principalement des documents et archives.

b. Technique

Les techniques de recherche sont des outils ou des instruments de recherche dont se sert le chercheur pour recueillir les données. Les techniques varient selon qu'il s'agit de comprendre un comportement individuel ou collectif, de récolter les opinions, de recenser les faits et les personnes, d'interpréter un document écrit.

¹¹ Albert MULUMA, *le guide du chercheur en sciences sociales et humaines*, p.19

Ainsi nous, dans nos recherches, avons fait recours à la technique documentaire qui consiste à mettre le chercheur en présence des documents supposés contenir les informations recherchées.

F. Délimitation du sujet

Les informations proposées couvrent la période allant de 2018 à 2019, elles sont tirées dans les coutumes locales de la R.D.C., et des coutumes sur le plan mondial

G. Subdivision du travail

La subdivision correspond en quelque sorte au plan sommaire du travail. Hormis l'introduction générale et la conclusion générale, ce travail est divisé en deux chapitres : le premier chapitre parlera des coutumes locales et internationales, ensuite le deuxième chapitre qui parlera de la coutume en droit international public.

Chapitre 1^{er} : LA COUTUME LOCALE ET LA COUTUME INTERNATIONALE

Section 1. La coutume locale

La coutume locale est celle qui est propre à un lieu ou qui a rapport à un lieu ou un territoire. Ici, nous parleront du droit coutumier de notre pays la République Démocratique du Congo. En effet, le droit coutumier est un droit qui renferme une multitude de caractères que nous tenterons d'explicitier un à un.

A. Droit non-écrit

Premièrement, le droit coutumier est un droit non-écrit ; à l'instar de toute société ancienne, le Congo précolonial ignorait l'écriture. Il en résulte que son droit n'est pas écrit. Ce pendant l'on retiendra qu'au moment où elle s'élabore et se fixe, la coutume apparaît par essence non-écrite et qu'elle n'est pas orale, du fait que dans sa phase de formation, elle ne s'énonce pas. On constate que c'est à partir du moment où la communauté se rend compte de l'existence de la règle juridique qu'il arrive qu'elle s'exprime oralement¹².

Le droit coutumier congolais se crée et se transmet par tradition orale ; il doit en grande partie sa survie à l'action conjuguée du chef et des sages du clan qui en assure l'application dans d'innombrables contestations et litiges dont il est saisi¹³.

Comparativement aux coutumes locales en France, elles ont fait l'objet de recueils, puis d'une codification, voire de réformes, publiées comme lettres patentes après une enquête publique et la convocation d'une assemblée provinciale. En fait, seul le droit des personnes et des biens était concerné par ces codifications.

Au demeurant, nous pouvons conclure que la transmission du droit coutumier congolais est orale et assurée par la mémoire des vieillards ; d'où le dicton : « un vieillard congolais qui meurt, c'est toute une bibliothèque qui brûle ».

¹² Mulumba K., cours d'*I.G.E.D.*, op.cit. p.38

¹³ Mulumba K., le droit au nom, op.cit. p. 207

B. Droit social

Le droit coutumier a un caractère social très prononcé. Sa préoccupation constante réside dans la protection permanente des intérêts du groupe, de la société. L'intérêt individuel, personnel s'efface devant l'intérêt communautaire. L'individu est pris sous le parapluie de son groupe.

C. Droit patriarco-matriarcal

La tradition nous apprend que la structure sociale du Congo est fondée sur un système hybride, mixte : il y a d'une part le patriarcat qui est un type de société composée des descendants par les hommes ; comme c'est le cas chez les Lulua, les Luba, les Mongo, les Nyanza, etc... et d'autre part le matriarcat qui est un groupe englobant les descendants par les femmes ; comme c'est le cas chez les bemba, les Lamba, les Tshokwe, les Hemba, etc...

D. Droit magico-religieux

Dans notre société, la religion apparaît comme un système social propre à assurer la prospérité, la stabilité, l'espérance et la survie ; elle exprime par une croyance spontanée en un Etre Suprême, créateur du ciel et de la terre, laquelle croyance permet à l'homme congolais de comprendre et de supporter les difficultés quotidiennes qu'il rencontre dans la vie ; elle crée en lui un sentiment de dépendance et de soumission à la volonté divine ; elle constitue une sorte de refuge et parfois de résignation devant les multiples défis qui écrasent l'individu.

Il convient de souligner que sur ce point, le congolais diffère de l'europpéen en ce que l'europpéen doit aller à l'église pour prier Dieu ; en dehors de l'église, il fait abstraction de la vie religieuse. En revanche, le congolais, ou l'africain en général, voit, pense et prie Dieu partout, il ne peut rien faire qui ne soit voulu par Dieu. Si son sens religieux très élevé se concrétise par le culte des ancêtres divinisés du fait que ces derniers sont considérés comme médiateurs auprès de Dieu ; tous les actes de l'individu sont imprégnés du sacré.

Les ancêtres disposent d'un droit au culte entourés d'innombrables rites ; ces rites consistent dans les prières accompagnées d'offrandes et de sacrifices ; ils sont le meilleur moyen de ménager la bienveillance des dieux et une arme contre leur colère éventuelle.

E. Droit magique

Le droit coutumier revêt un caractère magique : tout converge à assurer la défense de la vie. A cet effet, Possoz¹⁴ affirme : « vivre est la loi fondamentale et le mal moral ne se distingue du mal physique, celui qui couvre le mal physique volontairement ou inconsciemment est le malfaiteur type ». Le droit est fortement imbu de mysticisme. D'où la difficulté de le distinguer de la morale ; il est inspiré, animé et justifié par la philosophie de la force vitale, de l'accroissement, de l'interdépendance, de l'influence et de la hiérarchie vitale¹⁵.

La coutume, enchaîne René David, est liée, dans l'esprit des Africains, à un ordre mythique de l'univers ; obéir à la coutume est un témoignage de respect à l'égard des ancêtres, de qui les ossements sont mêlés au sol et de qui les esprits veillent sur les vivants ; transgresser la coutume risque d'entraîner des réactions défavorables, des génies de la terre, dans un monde où tout est lié, le naturel et le surnaturel, le comportement des hommes et les phénomènes de la nature.

L'obéissance à la coutume est en général spontanée, elle est commandée par la crainte des forces supra humaines, à telle enseigne que les sanctions aux violations des interdits, du tabou sont de nature religieuses ; elles sont très sévères. C'est ainsi qu'en matière pénale, l'infraction est avant tout considérée comme une atteinte à la force vitale de l'homme ; par voie réciproque, tout atteinte peut devenir infractionnelle ; en pareil hypothèse, on recourt fréquemment aux méthodes divinatoires et aux épreuves superstitieuses pour connaître l'auteur et compenser ainsi la perte de la force vitale.

F. Droit conciliateur et évolutif

Enfin c'est un droit conciliateur et évolutif. La conciliation se manifeste davantage dans le domaine de l'administration de la justice. Il existe, dans la société traditionnelle, beaucoup de litiges et de contestations, nés souvent des rapports d'ordre privés entre les membres du même groupe social. Aussi doivent-ils être diligemment portés des arbitres pour trouver une solution. On note ici la même préoccupation qu'en matière de prescription en droit-

¹⁴ Possoz, la morale, *aequatoria*, 11, p. 54, coquilhatville, 1939.

¹⁵ Temples, la philosophie bantoue, 1948, p. 81.

écrit. A titre d'exemple, le dialogue inter-congolais de Sun-city en Afrique du sud donnant la solution de un plus quatre.

Le droit coutumier n'est pas figé. Il est dynamique, progressiste, il s'épure des éléments négatifs considérés comme des tares ; il évolue et s'adapte aux mutations perpétuelles de la société moderne, creuset des synergies de la mondialisation. Cette évolution s'avère certes lente, prudente mais sûres ; elle doit être l'œuvre du progrès des multiformes mœurs congolaises dont la finalité est de réaliser la fusion, l'intégration totale des différents systèmes juridiques.

L'on décèle cette dynamique du droit traditionnel congolais en vue de métamorphose à travers les trois périodes, à savoir la période précoloniale, la période coloniale et la période postcoloniale.

a. La période précoloniale

Avant l'avènement du pouvoir colonial belge au Congo, le terrain juridique était exclusivement occupé par le droit traditionnel. La raison essentielle qui justifie ce monopole est l'ignorance de l'écriture, l'analphabétisme. Il en résulte que le droit congolais était non-écrit ; les coutumes juridiques n'étaient pas rédigées, de sorte que leur survie était assurée par la tradition orale.

L'application du droit dans l'espace était dominée par le principe de la personnalité de droit, en ce sens que chaque justiciable vivait sous le régime de sa propre coutume juridique ; ce qui entraînait souvent des conflits des lois et des juridictions lorsqu'un différend opposait les sujets des droits différents. C'était fréquent en matière de droit des personnes et de la famille, d'autant plus que la situation devenait complexe lorsqu'il fallait tenir compte des systèmes patriarcal et matriarcal.

b. La période coloniale

A l'arrivée de la colonisation, la situation juridique change dans notre pays. Elle ressemble à celle qui prévalait en occident lors des conquêtes romaines et de l'expansion du droit romain dans les pays conquis.

Lorsque la puissance coloniale entre au pays, elle introduit son mode de vie juridique. Il s'installe ainsi sur le territoire nationale un dualisme juridique, à savoir le droit coutumier congolais et le droit écrit franco-belge.

Ne pouvant s'adapter au mode de vie juridique congolais, ni obliger les congolais à adopter automatiquement le mode de vie occidental et à s'aligner sur ce dernier, le pouvoir colonial a adopté une attitude de compromis, tout en soulignant la primauté du droit occidental sur le droit traditionnel. Il a élagué de celui des coutumes dites barbares, car il les considérait comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Donc, le champ d'application du droit fut conditionné par sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Ce dualisme juridique et ségrégationniste consacre deux groupes des justiciables : les belges et les assimilés sont régis par le droit écrit, tandis que les autochtones vivent sous le droit coutumier. Il suffit de lire l'article 4 de la loi du 8 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge pour s'en rendre compte : « les belges, les congolais immatriculés dans la colonie et les étrangers jouissent de tous les droits civils reconnus par la législation du Congo belge. Leur statut précolonial est régi par leurs coutumes indigènes non immatriculés du Congo belge jouissent des droits civils qui leur sont reconnus par la législation de la colonie et par leurs coutumes autant que celles-ci ne soient pas contraires ni à la législation ni à l'ordre public. Les indigènes non immatriculés des contrées voisines leur sont assimilés ».

Notons que le rapport du conseil colonial sur le décret du 17 Mai 1952 portant immatriculation des congolais précis « qu'en réalité, tous les congolais jouissent de la plénitude des droits civils, mais pour ceux que vise l'article 6, il s'agit de tous les droits civils reconnus par la législation et par les coutumes. Il y a différence de nature et non de degré. Les uns n'ont pas moins de droits, ni des droit inférieurs aux autres, mais les dispositions civiles qui leurs sont applicables sont adaptées à leur formation et à leur manière de vivre.

Et la cour d'appel de Léopoldville de poursuivre : « les contestations entre indigènes justiciables de droit écrit et justiciables de coutumier, sont régies par le droit coutumier même si la contestation a un caractère commercial »¹⁶. D'après la cour d'appel d'Elisabethville, « le droit coutumier de l'indigène du Congo Belge est son droit propre. Par une disposition légale,

¹⁶ Léo, 3 Mars 1942, R.J.C.B., p.138

exception est faite pour les indigènes immatriculés auxquels s'applique, en vertu d'une présomption de civilisation, le droit écrit congolais »¹⁷.

Aussi l'article 1 de l'ordonnance de l'administrateur général au Congo du 14 Mai 1886 dispose : « quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulguées, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ».

Toujours au sujet de la limitation du champ d'application de la coutume au contact du droit occidental, Sohier¹⁸ conseille une certaine prudence dans la démarche : « il ne faut pas nécessairement, écrit-il, pour échapper à des usages rétrogrades et incompatibles avec nos idées civilisées, s'empresse de légiférer, une solution en rapport avec la mentalité indigène pouvant être espérée de la libre évolution de la coutume, s'en dégageant déjà souvent ; qu'enfin cette évolution peut même être attendue des organes législatifs indigènes généralement subsistants et que nous pouvons conseiller, mais avec beaucoup de prudence et toujours en nous inspirant nous-mêmes de l'esprit des coutumes ».

Néanmoins, on peut retenir que, malgré les contradictions apparentes, il n'y a pas de cloisons étanches entre les deux systèmes, à force de se côtoyer, ils ont engendré un métissage, un droit nouveau, dit droit évolué.

c. Période postcoloniale

Au lendemain de l'accession du Congo à l'indépendance il a été décidé de revoir, de repenser son système juridique, legs du pouvoir colonial. Cette remise en question touche à toutes les branches du droit, droit civil, droit judiciaire, etc... le but poursuivi est de créer un type de droit nouveau, un droit reflétant la vie moderne, un droit sans parti pris, un droit qui tient compte des réalités sociales. Bref un droit métis, synthèse de ces deux systèmes.

Section 2. La coutume internationale

¹⁷ Elis, 24 Avril 1934, R.J.C.B., p. 85

¹⁸ Sohier, le mariage en droit coutumier congolais, B.J.L., 1946,n°7, p.198

La coutume internationale est une pratique juridique acceptée comme de droit, impliquant un ensemble des précédents et la conviction des états qu'ils obéissent à une règle de droit. Elle est la preuve de l'existence d'une pratique générale considérée par les sujets du droit international comme une source de légalité.

L'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice définit la coutume comme la preuve d'une pratique étatique générale que les États estiment obligatoires en vertu d'une règle de droit. Le professeur Peter Haggenmacher appelle cette définition « la doctrine des deux éléments du droit coutumier » parce qu'elle définit la coutume par un élément objectif; la pratique des États, et par un élément subjectif; « la reconnaissance générale » par les États que cette pratique est obligatoire entre eux (*l'opinio juris*)¹⁹.

Cependant, la coutume internationale ne fait pas l'objet d'une théorie unique généralement acceptée et même la définition précitée ne fait pas l'objet d'un accord unanime. Les auteurs qui adoptent une analyse économique du droit international excluent l'élément objectif de la définition de la coutume pour deux raisons différentes. Certains nient qu'une pratique étatique puisse être suffisamment générale et uniforme²⁰. Une deuxième raison, partagée par d'autres auteurs, est qu'une règle coutumière exprime les attentes qu'entretiennent les États quant à leur comportement²¹. Ces attentes peuvent se former indépendamment d'une pratique répétée et générale. Il faut donc parler des théories de la coutume internationale.

Nous distinguons deux types de théories, les théories traditionnelles et les théories rationalistes. Les théories traditionnelles comportent l'ensemble des théories qui ont deux caractéristiques : elles définissent la coutume internationale en fonction de deux éléments et elles présument que la coutume exerce une influence exogène sur le comportement des États à travers *l'opinio juris*. Quant aux théories rationalistes, celles-ci attaquent la cohérence du modèle de deux éléments et examine le prétendu effet exogène de la coutume sur la conduite des États²².

Paragraphe 1. Les théories traditionnelles de la coutume internationale

¹⁹ Peter Haggenmacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier » in *la pratique de la Cour internationale*, 1986, n°90, RGDIP 1, p.10 et 12

²⁰ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law » p. 1129-1131.

²¹ Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p. 201

²² Andrew T. Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law », (2002) p. 1840-1841

La coutume internationale a premièrement été identifiée comme une source du *jus gentium* (Le droit des gens) par le théologien et juriste espagnol Francisco Suarez²³. Le *jus gentium* consistait en ce droit que tous les peuples et les nations doivent observer dans leurs relations réciproques.

Suarez assimilait le droit des gens aux coutumes avec lesquelles les nations étaient en accord et qu'elles observaient. À l'instar des théories courantes de la coutume internationale, Suarez s'attardait aussi la question du caractère obligatoire du droit des gens. Il affirmait que le principe de *pacta sunt servanda*, une règle de droit naturel, accorde au droit des gens sa force obligatoire²⁴.

Une première école du droit international qui est apparu après le jus naturalisme, la théorie volontariste ; puis un élément ignoré par Suarez, mais qui constitue une autre ligne de démarcation entre les théories de la coutume, est la méthodologie à privilégier pour l'identification des règles coutumières. Certains auteurs privilégient une approche inductive, qui infère des règles coutumières à partir de la pratique des États. D'autres adoptent plutôt une approche déductive qui accentue l'importance de l'*opinio juris* en déduisant des règles coutumières à partir de conventions internationales et de résolutions d'organisations internationales universellement acceptées²⁵.

Cette dernière approche considère que l'adoption d'instruments internationaux constitue des déclarations reconnaissant l'existence d'une règle coutumière. L'adoption de ces instruments peut aussi constituer des éléments de preuve d'une pratique étatique car ils démontrent parfois un comportement généralisé et consistant²⁶.

A. La doctrine des deux éléments

²³ Il l'a identifié comme source de droit international dans son ouvrage *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, qui a été publié en 1612

²⁴ Alfred Verdross, « Le fondement du droit international » in *Recueil de Cours* n° 247, p. 256,1927

²⁵ Anthea Elizabeth Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation », 2001, p. 758

²⁶ Brian D. Lepar, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 34~35

Cette doctrine explique la coutume internationale en fonction de deux éléments : la pratique des États et l'*opinio juris* et elle sert deux fonctions : premièrement expliquer la formation et le caractère obligatoire d'une règle dans le consentement tacite d'un État de règles coutumières²⁷, et deuxièmement distinguer entre les règles coutumières et de simples usages non-obligatoires tels que la courtoisie internationale²⁸.

Pour que l'existence d'une coutume soit consacrée, elle doit réunir deux éléments : l'élément matériel et l'élément psychologique.

a. l'élément matériel

Cet élément se matérialise par l'existence d'une pratique générale c'est-à-dire la répétition dans le temps et dans l'espace d'actes, des faits, des déclarations ou d'agissements positifs ou négatifs émanant des sujets de droit international.

❖ Les précédents

C'est une pratique à la fois constante et uniforme qui permet de fonder une coutume.

1. Les comportements susceptibles de constituer des précédents

La formation de la coutume s'appuie sur l'ensemble des comportements des sujets du droit international. Ces comportements peuvent correspondre à des actes juridiques internes ou internationaux, mais ce n'est pas une nécessité, il suffit qu'ils émanent des sujets de droit internationaux (états, organisations internationales, juridictions internationales, organisations non gouvernementales, voire certaines personnes privées à la limite²⁹).

La C.P.J.I. puis la C.I.J. n'hésite d'ailleurs pas à citer leur propre jurisprudence comme précédents utiles. Quant aux organisations internationales comme pour les états, mais pour d'autres raisons, il convient de distinguer leurs pratiques internes et leurs comportements dans les relations internationales. L'adoption des plusieurs résolutions sur une question dans un

²⁷ Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbat, *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 365-366.

²⁸ Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale »

²⁹ Le relevé de Ch. Rousseau, *droit international public*, vol. I, 1971, P.338-339

temps limite peut ainsi constituer un précédent susceptible de donner naissance à un processus coutumier³⁰.

b. l'élément psychologique

Il ne suffit pas, pour que le droit reconnaisse une coutume, de prouver qu'il existe une pratique constante et uniforme : encore faut-il apporter la preuve qu'en agissant comme ils l'ont fait, les sujets de droit international avaient la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit³¹. C'est cette conviction que traduit la formule *opinio iuris sive necessitas*.

Néanmoins, depuis que l'exigence de l'*opinio iuris* a été inscrite dans l'article 38 alinéa 1 du statut de la C.P.J.I. puis de la C.I.J. « une pratique acceptée comme étant de droit », la jurisprudence demeure très ferme sur la question du principe. Elle est d'une remarquable continuité depuis le *dictum* de la cour dans l'affaire du *lotus* ; répondant à la thèse de l'agent du gouvernement français qui invoquait un fait d'abstention, la C.P.J.I. ne considéra pas celui-ci comme un précédent pertinent dans la mesure où il n'était pas motivé, en l'espèce, par la conscience d'un devoir de s'abstenir³².

De manière plus systématique encore, la C.I.J. exprime cette théorie dans les termes suivants : « les états doivent donc avoir le sentiment de se conformer, ce qui équivaut à une obligation juridique ; ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais qui sont motivés par le sentiment d'une obligation juridique³³ ».

Tous les sujets de droit peuvent contribuer à cette constitution de l'*opinio iuris*, y compris les personnes privées selon la sentence arbitrale *Amin oil* de 1982. Par définition l'*opinio iuris* ne peut résulter que d'une expression de volonté librement consenti ; dans l'affaire

³⁰ C.I.J. *avis conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie*, 1971

³¹ C.I.J. *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, 1969 et C.P.J.I., *Affaires du lotus*, 1927

³² Arrêt de 1927, série A n°10, p.28

³³ Plateau continental de la mer du Nord, Rec. 1969, p.44

Amin oil, les pressions et contraintes économiques subies par les sociétés pétrolières feront hésiter l'arbitre à tirer des conséquences de l'attitude et de l'acquiescement apparent de ces sociétés à l'abandon de la règle coutumière antérieure.

L'élément psychologique permet de différencier la coutume de l'usage et de la courtoisie, il existe en effet dans la vie internationale une multitude d'usages, des pratiques qui sont suivis par la majorité des états, cependant, ils ne constituent pas des règles coutumières car leur manque cet élément de reconnaissance de leur caractère obligatoire. Il s'agit alors des règles de courtoisie destinées le plus souvent à conserver leur caractère amical aux relations internationales que les états appliquent de leur plein gré, mais par lesquelles ils ne s'estiment nullement liés.

Cette doctrine traditionnelle a fait l'objet d'une attention particulière par la Cour internationale de justice dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*³⁴. L'Allemagne de l'Ouest, le Danemark et les Pays-Bas, des États limitrophes, cherchaient à délimiter le plateau continental qu'ils partageaient et ils ont demandé à la Cour d'identifier les règles de délimitation applicables.

La Cour devait notamment déterminer si la règle de l'équidistance, prévue à l'article 6 de la *Convention sur le plateau continental*³⁵, était une règle coutumière qui a été codifiée par la *Convention* ou qui s'était cristallisée en règle coutumière après l'adoption de la *Convention*. Après avoir rejeté la première possibilité, la Cour a examiné des cas d'application antérieurs de la règle de l'équidistance dans la délimitation d'un plateau continental. Elle a noté qu'il n'y avait pas une pratique suffisamment générale et fréquente de la part des États d'appliquer cette règle pour délimiter le plateau continental qu'ils partageaient. De plus, indépendamment de la fréquence des actes d'application de la règle de l'équidistance, la Cour n'aurait pas pu conclure

³⁴*Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark; République fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, 1969, CIJ, Rec. 3.

³⁵ *Convention sur le plateau continental*, le 29 avril 1958, 499 R1NU 311, [1970] RT Can n°4 (entrée en vigueur: 8 mars 1970). Suivant la règle de l'équidistance, les limites d'un plateau continental adjacent aux territoires de plusieurs États limitrophes sont fixées de « telle sorte que tous les points de la ligne de délimitation soient équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des États ». *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 11.

que cette règle s'était cristallisée en règle coutumière parce que l'existence de *l'opinio juris* n'avait pas été prouvée.

François Gény³⁶, dans un autre contexte que le droit international public, réservait à *l'opinio juris* uniquement la fonction de différencier entre des usages juridiques (des coutumes) et des usages sociaux. Il définissait la coutume d'abord par son élément objectif, la pratique des sujets de droit et il fallait donc accorder davantage de poids à la preuve de l'élément objectif que l'élément subjectif.

Paragraphe 2. Les théories rationalistes de la coutume internationale

Même si elles s'inscrivent dans des champs différents, l'analyse économique du droit international et les théories dites « rationalistes » des relations internationales étudient des questions semblables, partagent plusieurs postulats et emploient des méthodologies apparentées.

Ces diverses théories, auxquelles nous référerons globalement sous le vocable de « théories rationalistes » étudient le comportement des États, les conditions sous lesquelles les États coopèrent et comment la coopération internationale affecte le comportement des États. L'adoption de règles de droit international et l'usage de mécanismes de surveillance pour assurer que les États s'y conforment constituent des « efforts de coopération ». Les États doivent coopérer pour effectuer ces tâches³⁷ et lorsqu'une règle de droit international voit le jour, elle peut potentiellement affecter le comportement futur des États liés par la règle.

Les études rationalistes de la coutume internationale étudient la question de savoir si la coutume internationale affecte et, le cas échéant, comment elle affecte la conduite des États. La décision de coopérer est expliquée par les postulats du choix rationnel. Les États poursuivent

³⁶ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. 1, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, au paragraphe 110. L'intérêt des publicistes pour les travaux de François Gény, qui étudiait les sources de droit privé français, est dans son étude de la coutume comme source de droit et la distinction entre des coutumes obligatoires et des pratiques non obligatoires. Voir Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, à la p. 48

³⁷ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », aux pp. 1129-1131.

leurs intérêts individuels respectifs³⁸. Un intérêt étatique est la préférence d'un État quant à son avenir³⁹. Il est consistant, complet, mais transitif. Transposant ces postulats à la décision d'un État de reconnaître une règle coutumière ou à sa décision de s'y conformer, les théories réalistes prédirent que l'État ne prendra ces décisions que s'il tire des gains suffisants par rapport aux coûts encourus par le fait de reconnaître et de se conformer à une telle règle coutumière.

Si les actions des États ne sont motivées que par des intérêts transitifs, la notion de l'*opinio juris* selon laquelle les États suivent une règle coutumière par un sentiment d'obligation légale tombe à l'eau et, du même coup, met en question la possibilité que cette règle puisse réellement affecter la conduite des États. Comparant le système international à un marché dans lequel les États se rencontrent et concluent des transactions, les théories rationalistes soutiennent que, dans une transaction, des États échangent des composantes de leur pouvoir réglementaire en échange de gains qui comblent leurs intérêts⁴⁰.

Paragraphe 4. La codification des règles coutumières

L'article 13 de la charte des Nations Unies confie à l'assemblée générale la mission de provoquer les études et de faire des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification. Cette dernière est définie à l'article 15 comme la « formulation plus précise et la systématisation des règles du droit international dans les domaines où existent déjà une pratique étatique conséquente, des précédents et des opinions doctrinales ». C'est donc un processus de conversion des règles coutumières en un corps des règles écrites alors que le développement progressif viserait plus les sujets qui ne sont pas encore règles par le droit international.

Pour mener bien cette mission, l'assemblée générale a créé la commission du droit international (C.D.I.), composée de trente-quatre juristes indépendants choisis pour représenter les différents systèmes juridiques du monde. Leur travail a permis l'adoption de toute une série des conventions dont les conventions de Vienne sur le droit des traités.

³⁸ Goldsmith et Posner, *The Limits of International Law*, aux pp. 3-4.

³⁹ *Ibid.*, aux pp. 6-7.

⁴⁰ Jeffrey L. Dunoff et Joël P. Trachtman, « : Economie. Analysis of International Law », (1999) 24 Yale J. Intel L. 1, à la p. 13. .

Ce processus de codification répond a priori a un objectif de sécurité juridique, il vise à réunir en un seul texte des règles coutumières souvent dispersées dont l'existence est parfois difficile à prouver ; cependant on s'aperçoit que ce processus ne se contente pas de fixer dans un texte écrit l'état du droit sur une question, il s'accompagne souvent ou entraîne un mouvement de développement progressif du droit international qui va aboutir à affirmer des nouvelles règles. Ainsi la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, si elle a effectivement permis de codifier par exemple les règles relatives à la largeur de la mer territoriale, a fait acte de développement du droit en consacrant l'existence de la Zone Economique Exclusif (Z.E.E.).

Chapitre deuxième : la coutume en droit interne : fondement juridique et application

Avant de proposer la solution complète de l'application de la coutume, nous allons d'abord expliquer comment elle était appliquée avant, pendant et après la colonisation.

Section 1. L'administration de la justice antérieure à la colonisation

Paragraphe 1. La composition des tribunaux

Dans toute société, il nait souvent des contestations et des litiges qu'il sied de faire trancher, dans l'intérêt du bon ordre, par les arbitres, les juges. Dans l'ancienne société congolaise antérieure à la colonisation, ce rôle est dévolu au conseil des anciens, des sages éclairés par les avis des notables ou encore experts. Ce conseil cumule les pouvoirs d'ordre législatif, exécutif et par la coutume.

Sa composition, déterminée par la coutume, varie d'une coutume à une autre ; elle comprend des juges et des assesseurs. Cette composition et le pouvoir des tribunaux sont strictement réglés. Le chef du clan est le chef de la juridiction ; il en préside les audiences cependant, il peut déléguer la direction des débats à un autre juge.

La composition du tribunal est toujours collégiale. Les juges sont souvent héréditaires, ayant reçu une formation dans les stages appropriés. Ils doivent présenter des hautes qualités de morale, de justice et de dévouement ; ils doivent être habiles et aptes à instruire les affaires, à présider les audiences, à diriger les débats et à bien appliquer le Droit.

Dans certains clans, le chef est le véritable grand juge. Il est le seul à décider et à imposer sa volonté sur base du rapport de ses subordonnées.

En revanche dans d'autres clans, le chef ne détient qu'un droit de contrôle et de veto ; il ne préside pas les séances la justice est rendue en son nom par le conseil des sages.

Lorsqu'il s'agit d'une affaire opposant les parties des coutumes différentes, on crée une juridiction spéciale dont la composition est mixte. Le tribunal comprend alors les juges des clans auxquels les parties appartiennent. Ce tribunal inter clanique siège à la frontière des territoires intéressés.

Paragraphe 2. La compétence du tribunal coutumier

D'une manière générale, il y a lieu de dire que les juridictions claniques possèdent la plénitude de compétence. Celle-ci couvre tout le ressort juridictionnel du clan en tant qu'entité administrative centralisée. Il s'agit de la compétence locale. Le tribunal siège toujours à la cour du chef et toutes les parties suivent cette cour.

L'on peut également affirmer que la compétence matérielle de juridictions coutumières est polyvalente. Ces tribunaux connaissent des contestations et des litiges de toute nature et de toute espèce. Ils versent dans le panier des affaires d'ordre pénal, civil, administratif, commercial, social, financier, etc. il ne se préoccupe pas non plus de la valeur, de l'importance du litige en matière pénale ; leur compétence va des délits mineurs(contraventions) aux délits majeurs (crimes). Ils attachent plus d'importance à la réparation du préjudice cause a la victime qu'a la punition du coupable.

La compétence personnelle est pratiquement inexistante. Exceptionnellement, on peut noter le cas ponctuel et sporadique relatif aux privilèges des juridictions pour les grands dignitaires du clan. Ces derniers comparaissent toujours devant le même tribunal clanique, mais autrement compose et à huis clos pour les affaires délicates qui portent atteinte notamment aux bonnes mœurs et à leur honneur. D'ailleurs, l'organisation judiciaire traditionnelle ignore le principe de double degré de juridiction prévue en droit civil écrit.

Paragraphe 3. Les procédures devant le tribunal coutumier

A ce niveau, nous pouvons parler de la diversité de procédure, du fait qu'en droit traditionnel, il existe de procédures variables et variées pour saisir un tribunal ; ces procédures diffèrent d'une coutume a une autre. Ici nous épinglons l'essentiel, c'est-à-dire certains traits communs à la majorité des coutumes congolaises, entre autres l'introduction du différend, la conciliation, la délibération, le jugement et l'exécution du jugement. Ces traits traduisent les différentes phases du déroulement d'un procès dans la société traditionnelle.

I. L'introduction d'une affaire

Il faut rappeler qu'en milieux traditionnels, le conflit, le différend est toujours l'affaire des groupes, des familles, bien qu'au départ ce conflit oppose les individus et que la responsabilité finit par devenir collective, n'étant pas hiérarchisé, le pouvoir judiciaire peut être confié aux arbitres librement choisis par les parties ou au conseil des notables.

Compte tenu de l'importance que notre société attache à la conciliation, beaucoup de litiges passent d'abord par les procédures conciliatoires avant d'atteindre le tribunal, le conseil des sages⁴¹. La phase conciliatoire s'impose et devient un préalable à la poursuite du procès. Ce souci se manifeste dans les discussions entre les parties intéressées (foyers, parentèles). Il vise à réaliser une amiable solution du litige plutôt qu'à appliquer des règles conçues dans l'abstrait, à telle enseigne que la justice apparaît comme une institution de paix, plus qu'elle ne vise à l'application d'un Droit écrit⁴². Q ce propos, A.N. Allott⁴³ considère les règles de droit coutumier africain, non pas comme les injonctions pour les juges, mais uniquement comme un ordre de grandeur et une base de discussion.

L'on notera que l'exercice de la justice n'est pas nécessairement une décision coercitive et contraignante. L'arbitrage et la procédure privée sont préférables dans la recherche de la solution au différend à la procédure publique, officielle. La coutume cherche plus l'adhésion que la contrainte sociale organisée.

Ces discussions que les occidentaux qualifient de palabres sont longues et parfois ennuyeuses, elles peuvent s'étendre sur plusieurs mois mais ce qui importe c'est la recherche de l'unanimité, de l'adhésion de toutes les parties en vue de trouver une solution solide de compromis ou tout le monde trouvera son compte.

Dans l'hypothèse où la phase conciliatoire n'aboutit pas n'est pas concluante, le litige est alors porté devant le conseil des sages pour jugement.

II. Les audiences publiques

En cas d'échec de la conciliation, on passe au stade suivant, celui de déroulement normal du procès.

⁴¹ Gilissen j. et Vander Linden j., *l'organisation judiciaire en Afrique noire*, p.51, Ed. de l'institut de sociologie, ULB, 1969.

⁴² Deckers R., *op.cit.* p.181.

⁴³ A.N. Allott cite par Deckers, *essays in African law*, p.68, Londres 1960.

Les audiences publiques sont organisées. Elles sont parfois nombreuses et se déroulent devant le conseil des anciens sous la présidence du chef de clan. Les débats sont publics et contradictoires. Les parties comparaissent en parentèles respectives. Les témoins sont entendus et les autres modes de preuve déposés par les intéressés.

Concrètement, la parole est accordée à tour de rôle à chaque partie. Celle-ci se lève, prend la parole et présente ses moyens de défense ; la plaidoirie est longue et ne s'attache pas forcément à l'objet du débat. Le plaideur ne fait qu'effleurer le débat par allusions, des proverbes, des paraboles, des exemples, des gestes, des symboles appropriés. Il parle à mots couverts, se fait comprendre à demi-mot, tout en s'abstenant des paroles blessantes, désobéissantes. Ce langage image contribue à éclairer la religion des juges et à fixer, à former leur conviction. Enfin de compte, le tribunal clôt les débats et prend la cause en délibéré.

III. Les modes de preuves en droit coutumier

1) La preuve instrumentale

Le droit coutumier, pour palier à l'ignorance de l'écriture recourt à ce mode de preuve pour prouver l'existence d'un droit réclame. C'est le gage. C'est un usage qui consiste pour tout individu qui, à l'occasion d'un prêt ou de toute autre obligation, exige du redevable, laisse en gage d'un objet quelconque à titre de garantie de paiement. Parmi ces objets, nous pouvons citer la houe, la machette, la hache, le fusil, etc.

Pour appuyer cette preuve, les proverbes selon les coutumes posent un principe coutumier.

Le gage est appelé chez les kanyok « tshiey » pour signifier un objet laissé en reconnaissance d'une créance. Chez les luba, on parle de « kweyeka » c'est-à-dire laissé un objet en reconnaissance de dette. Tandis que chez les Lele, le gage, objet de preuve est constitué en pièce de raphia, et s'appelle « Mbala mwe mu ikambu », c'est la reconnaissance par le débiteur et en même temps un engagement de sa part à les exécuter. Chez les Budja, il consiste à un anneau et s'appelle « Ekomba ».

2) La preuve testimoniale

La preuve en droit coutumier dit MBOMPAKAY N'KEY⁴⁴ Mankanyi : « est aussi libre qu'en droit écrit ; essentiellement orale et fondée sur le témoignage, elle est régie par des accords matérialisés en des formes solennelles, rituelles voir magiques, frappant la mémoire des témoins attires assistants a la cérémonie ».

Cet argument fait la différence du droit coutumier au droit écrit, lequel souscrit essentiellement à preuve littérale, la qualifiant de preuve préconstituée. Les sociétés traditionnelles sont restées accrochées ce mode de preuve.

L'importance d'un témoin dans la justice traditionnelle n'est pas à rechercher, le témoin joue un rôle important d'éclaireur pour le tribunal. Compte tenu de l'importance de sa déposition, il est toujours soumis au serment. Le sens de ce serment veut dire : je ne parle que de ce que j'ai vu, en conséquence, ce qu'il a entendu ne pouvait être pris en considération pour éviter des spéculations ou soupçon a l'égard des innocents.

Outre ce serment, le témoin est toujours considéré comme celui qui voit pour aller dire aux autres ; ou bien celui qui a assisté au déroulement des faits est obligé d'en informer les ayants droit.

La justice traditionnelle ne connaît pas la notion du faux témoin telle qu'enseigne par le droit écrit. Les personnes invitées pour témoins ne prennent pas le risque de tenter cette aventure car elles ont peur de mentir le roi ou le chef garant de la sécurité des biens et des personnes et l'interlocuteur valable entre les morts et les vivants.

3) L'aveu

Par définition, l'aveu est l'ensemble des déclarations par lesquelles une personne reconnaît en totalité ou en partie le bien fondé des accusations portées a son égard⁴⁵.

Le droit coutumier n'ignore pas ce mode de preuve car il est le plus souvent exprime par les proverbes.

Chez les Kanyok par exemple « wahoundund, wahori ndundudj », ce qui signifie qu'on ne peut pas parler tantôt en acceptant les faits tantôt en les niant. Les kanyok comparent un pareil homme à un ballon qui s'amortit plusieurs fois et a des endroits différents.

⁴⁴ Mbompakay N., M., cite par KUALA KABAKASHALA, *la preuve en droit congolais*, ed. batena ntambura, Kinshasa, 1998, p.20.

⁴⁵ KATUARA KABA KASHALA, *op. cit.* p. 49

Chez les baluba de kabongo, dit Collard, « la remise devant témoin d'un gage de responsabilité : houe, hache, poule, flèche, etc. est considéré comme un aveu et l'engagement pris en remettant le symbole coutumier est irrévocable »⁴⁶.

Cette lecture faite par Collard chez les baluba ne cadre pas avec sa définition, car l'aveu est une déclaration par laquelle une personne tient pour vrai un fait qui peut produire contre elle des conséquences juridique. L'aveu est judiciaire lorsque la déclaration est faite en justice ; il lie le juge. En cas d'adultère par exemple, l'aveu de la femme établit l'infraction et l'homme sera puni même s'il nie les faits à moins qu'il apporte une preuve contraire.

Chez les wagenias, l'aveu est aussi accepté comme un mode de preuve et est régi par le principe de l'individualité.

4) Les présomptions

Pour Katuala⁴⁷ les présomptions sont les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Cette définition n'est pas celle donnée par Guillien, R. Vincent, J.⁴⁸ ; pour eux, la présomption est un mode de raisonnement juridique en vertu duquel de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé.

Dans la justice traditionnelle, les présomptions de culpabilité ou d'innocence sont coulées dans les proverbes juridiques.

5) Le serment

D'après Lacoste, B.⁴⁹, le serment remplissait également un rôle probatoire en milieu coutumier. En l'absence d'autres preuves, le serment servait à vérifier la sincérité des allégations des parties. Et jadis, on prêtait serment sur ses proches en demandant qu'il meurt si l'on mentait ou bien ne appelant la malédiction des morts.

En droit coutumier, ce serment n'est réservé souvent qu'à la cour royale dans la mesure où il se fait sur deux objets sacrés du roi, à savoir la peau de léopard et la canne du roi.

⁴⁶ Kalenda, D., la justice dans le système judiciaire traditionnel Kanyok, mémoire D.E.A. Fac de droit, UNILU, 2013 2014, inedit.

⁴⁷ Katuala kaba kashala, *op.cit.* p. 44.

⁴⁸ Guillien, R., et Vincent, J., *lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2000, p.73.

⁴⁹ Lacoste, B., cite par Kalenda, D., *op.cit.*, inedit.

Pour certifier leurs déclarations chacune des parties doit traverser un de ces objets sacrés en faisant le serment suivant : « je suis saint et personne ne peut me citer sinon Dieu, regarder au ciel c'est avoir peur de la foudre et regarder par terre c'est avoir peur des morts, si je commets seulement cette affaire, que je meurs sans délai ».

Après avoir prêter serment, si rien ne lui arrive, la personne clame son indépendance. Ce serment est aussi accepté chez les Bakongo, comme atteste Mertens.

Chez les Baluba de kabongo, ce mode de preuve n'était pas admis partout. Il était surtout pratique auprès des juridictions inférieures, tribunal de parentèle et tribunal de village. Entre membres de la société bumbu duye, le serment sur les répliques sacrées, le « Ngulu ya mbuydye » était considéré comme une preuve suffisante de l'innocence de celui qui me prêtait. En effet, le parjure se condamnait à mourir dans un délai très court car dans la croyance indigène, la profanation de répliques était réputée de nature à porter malheur à la personne sacrilège.

Il arrivait aussi que celui qui fait le serment ramasse un peu de terre et la porte en bouche s'engageant à mourir au cas où il mentait. Cette forme de serment est aussi d'usage chez les Kanyok mais il est renforcé quand il s'agit d'une mort mystique d'un homme dont on recherche le sorcier. A ce moment le serment se passe en famille ou dans le lignage en prenant la terre de la tombe du défunt qui est aspergée dans l'eau que tous les membres de la famille doivent prendre, s'engageant de mourir s'ils connaissent sa mort.

Il ressort que la justice traditionnelle ne prévoit pas la sanction à l'encontre du coupable de parjure. Seul le monde indivisible exerce des sévères malheurs sur le coupable comme pour les ordalies.

6) Les ordalies

Par définition, l'ordalie est une épreuve judiciaire en usage au moyen âge sous le nom de jugement de Dieu⁵⁰. Cette définition ne permet pas de cerner le sens véritable des ordalies pratiquées par les ancêtres.

Pour Mbaya Ngang k.⁵¹, les ordalies sont les épreuves qui, en milieu coutumier relèvent presque toutes du jugement des dieux ou des puissances indivisibles.

⁵⁰ Encyclopédie cite par kalenda, D., *op.cit.* Inédit.

⁵¹ *Idem*

En d'autres termes elles sont un mode de preuve le plus couramment employé, jadis, pour prouver devant l'assistance l'innocence ou la culpabilité du prévenu.

Ces ordalies se présentent sous diverses formes dont voici les plus fréquentes et répandues :

a) L'épreuve de l'eau bouillante

Cette épreuve est connue dans la majorité des sociétés traditionnelles. Elle consiste pour l'accusé ou les accusés de tremper sa main dans le pot d'eau en ébullition. S'il ne contracte pas de brûlure ni des atteintes légères, il est reconnu innocent ; dans le cas contraire, il est déclaré coupable.

Chez les Balomotwa, l'épreuve s'appelle « Mwavi », qui consiste pour le suspect à plonger sa main dans un récipient rempli d'eau bouillante et en sortir un objet déposé au fond. S'il ressort sa main sans brûlures apparentes son innocence est prouvée.

Chez les Kanyok, cette épreuve est faite par un gang a buk (féticheur) expérimenté dont la renommée a déjà gagnée la contrée. L'épreuve de l'eau bouillante est différente de celle de fer chaud.

b) L'épreuve du fer chaud

Elle est similaire à la précédente, à la seule différence qu'il s'agit d'un fer chauffé dont la procédure est décrite par Mertens : « à la demande de la personne lésée, le forgeron attise le feu et allume sa forge puis il y plonge une barre de fer. Entretemps, il enduit la peau du suspect de certains produits magiques. Avant de passer à l'épreuve même, il procède à un interrogatoire psychologique, si le suspect persiste dans ses dénégations, le forgeron passe alors lentement sur sa main le morceau du métal chauffé. Au contact du métal rouge avec la peau, s'il n'y a pas de brûlure, l'innocence du suspect est normalement établie.

Les kanyok, à l'instar d'autres sociétés traditionnelles connaissent cette épreuve mais c'est toujours la même personne qui procède à l'épreuve et non un simple forgeron.

Chez les Baluba de Kabongo écrit Collard, l'épreuve est la même mais ils utilisent la houe portée au rouge vif au fond du récipient pleine d'eau bouillante dans laquelle baignent les feuilles de l'arbre « Mwavi ». La même épreuve est pratiquée, cette fois-ci à l'aide d'une grosse

perle appelée « Mitunda » ou d'un petit anneau chauffé et déposé sur la paupière du suspect, et la procédure reste la même.

La deuxième expérience de Collard s'approche de l'épreuve par le coquillage. Elle consiste à glisser le coquillage entre l'œil et la paupière du suspect. Si après l'incantation magique, le coquillage disparaît dans l'œil et fait vociférer la personne suspectée, on est alors sûr que cette personne est coupable ; mais si le coquillage tombe à terre, le suspect est déclaré innocent.

La même épreuve est pratiquée dans la coutume Laila mais l'épreuve est faite au moyen de corrosif obtenu en pressant l'écorce râpée de l'arbre « Bokungu ». La procédure reste inchangée.

c) L'épreuve du poison

Cette épreuve est la plus dangereuse, la plus meurtrière de toutes les épreuves précitées en effet, elle n'est réservée qu'à la cour royale et sous l'œil du roi lui-même.

La procédure de cette épreuve est la suivante : lorsque dans une famille on enregistre des décès successifs ou un décès mystérieux d'un membre, celle-ci, par le biais de son chef, recherche l'auteur de ce malheureux. Ainsi unanimement, ils s'amenaient dans la cour informer le roi ; celui-ci appelle la personne habilitée à le faire. Cet homme prend les écorces de l'arbre « Tshipap » qu'il pille dans un mortier puis il donne à tous les suspects. Le coupable trépane sur place, ce poison s'appelle en Kanyok « Tshipap » nom de l'arbre à poison.

Plusieurs tribus le connaissent, notamment les Lele, les Legas, les Balomatwa, il s'appelle « Mwaviya bibalo », tandis que chez les Baluba de Kabongo, il s'appelle « Mwavi ».

Toutes ces épreuves sont différentes à la divination.

7) La divination

La divination est un mode de preuve qui consiste, pour la victime, à consulter un devin en vue de découvrir le coupable ou l'auteur d'un forfait et ce, au moyen de ses esprits communément désignés sous le nom des ancêtres (Bakishi, Bitwanda ou Ngombo, etc.). Elle est spécialement pratiquée par des experts ou des confréries des spécialistes comme les féticheurs, nécromanciens, etc.

IV. L'enquête

Le droit coutumier connaît le procédé d'enquête qui consiste à confronter les faits tels que décrits par les parties devant le tribunal et la réalité du terrain. C'est ainsi c'est ainsi qu'ils l'ont dénommé en Kanyok « Tshitaal bibidy » qui vient du proverbe « Tshitaal baidy i tshishimik » qui signifie ce que deux personnes ont vu ne fait l'objet de doute.

L'enquête n'est possible que dans les causes foncières, de meurtre perpétré par un chasseur à l'occasion de chasse, de feu de brousse ayant entraîné incendie des cases d'habitation ou encoure en cas de vol non flagrant. L'enquête est sollicitée par toutes les parties y compris le tribunal.

La deuxième raison qui motive la demande de l'enquête, c'est le doute et les contradictions des déclarations des parties. La seule façon d'accéder à la vérité, c'est l'enquête afin d'éclairer la religion du tribunal.

V. La délibération et le prononcé du jugement

Après les débats, le conseil se retire en secret pour délibérer et prendre sa décision. Celle-ci est prise par le collège des juges sur base de la discussion et du compromis. Elle doit recueillir l'assentiment de tous en vue de consacrer l'entente entre les parties, laquelle entente s'exprime par l'organisation d'une beuverie ou d'un banquet auquel le juge et les parties prendront part. Avant d'y parvenir, les juges doivent prendre toutes leurs précautions lors de la délibération : observer la coutume applicable, s'inspirer de l'équité, éviter de se heurter à l'opinion publique, de provoquer la vengeance divine de mécontenter les parents du condamné, etc.

La sentence est toujours rendue au nom du chef. Mais, ce dernier ne doit en aucune façon imposer son point de vue. Il évite d'énervier l'opinion publique, de mécontenter la masse, de provoquer les sanctions divines et magiques et de bousculer la tradition⁵².

Après la délibération à huis clos, le tribunal rentre en audience au siège, à la cour du chef pour rendre son jugement et détermine en même temps la façon de l'exécuter. Souvent, ce jugement est rendu à la satisfaction de toutes les parties. Toutefois, il existe une voie pour la partie qui n'est pas satisfaite : cas rare. Ce recours consiste normalement à demander la révision de la sentence auprès de la même juridiction, car celle-ci statue en premier et dernier ressort; il n'existe aucune autre juridiction au-dessus d'elle.

Les parties doivent enfin payer les frais de justice considérable sous forme des cadeaux aux juges. Souvent, c'est la partie gagnante qui les supporte. Le perdant est tenu de s'exécuter

⁵² Goffin et Cie, *op.cit.*, p.173.

volontairement et avec promptitude. Autrement, il s'expose au mépris du public et a vengeance divine. Il peut même faire l'objet d'exécution forcée sur sa personne ou sur ses biens ; il court le risque d'être réduit en esclavage.

Section 2. L'organisation de la justice traditionnelle pendant la période coloniale et post coloniale

Il est indéniable que dans toute société, il s'impose aux gouvernements le souci d'établir une bonne administration de la justice, à partir du moment où le cadre constitutionnel est installé. Ce souci s'est manifesté à l'arrivée de la colonisation belge, mais celle-ci s'est trouvée devant deux types de droit : droit écrit de type occidental et le droit non écrit incarné par les coutumes indigènes⁵³. Ce fait a engendré le dualisme des structures d'organisation judiciaire et des organes juridictionnels. Il y a d'un côté la justice de style européen, mieux équipée et mieux outillée, applicable aux européens et leurs assimilés ; l'on retrouve d'autre part la justice indigène, pauvre et démunie, applicable aux autochtones et leurs assimilés⁵⁴.

La beauté de nos coutumes réside dans leur capacité d'évoluer, de s'adapter aux mutations de la société moderne. Cette souplesse a permis au pouvoir colonial belge d'instituer au départ des tribunaux spéciaux appelés « tribunaux indigènes » pour juger les procès intéressant les autochtones, l'objet final étant de réaliser l'intégration totale des juridictions de Droit commun et la création de la structure judiciaire unique, monolithique, groupant les deux sortes de tribunaux et, assurant le même statut à tous leurs membres.

C'est ainsi que le décret du 15 Avril 1926 sur les juridictions indigènes⁵⁵, le pouvoir colonial consacre l'existence de ces juridictions coutumières. À côté des anciennes juridictions coutumières, le pouvoir ajoute, dans les régions coutumières, des juridictions artificielles, les tribunaux de secteur, les tribunaux de centre, les tribunaux de commune, les tribunaux de territoire, les tribunaux de la ville.

Le principe fondamental de cette loi est de maintenir et de fortifier les juridictions indigènes là où elles existent, d'en établir là où les agglomérations d'indigènes se sont artificiellement créées, de façon à rapprocher la justice des justiciables et, en même temps, à

⁵³ John Gilissen estime que les deux appellations " droit écrit " et " droit coutumier " sont impropres, puisque le premier est la loi d'être uniquement écrit et le second loin d'être uniquement coutumier.

⁵⁴ Cette discrimination a poussé le commissaire de district Grevisse à écrire un livre sur « la grande pitié des tribunaux indigènes », mémoire Inst. Roy. Col. Belge, Bruxelles 1949, Goffin et Cie, op. cit. p.173.

⁵⁵ Jacques Vanderliden préfère l'expression « les juridictions pour indigènes de statut coutumier » à l'expression « les juridictions indigènes », car il y a des indigènes de statut de droit écrit, les évolués ; in Aspect de la justice indigène en pays zande, p.143, Bruxelles 1956, 1957, 1958.

assurer aux indigènes l'application des règles répondant à leurs conceptions et au stade de leur développement matériel et moral.

Emile Lamy⁵⁶ enchaîne que le décret du 15 Avril 1926 a montré la voie. Loin de tuer la coutume, il fait une date faste dans l'histoire du Droit indigène par ce qu'il a permis à la coutume de renaître, alors qu'elle était menacée aux premières années de la colonisation. Il a réveillé la confiance des congolais dans leurs propres coutumes et suscite un intérêt scientifique et juridique dans le chef des Européens. En fait, quelle est l'économie de cette loi ?

Dans cette loi, le législateur colonial parle respectivement de l'institution, de la composition, de la surveillance, de la compétence, des règles de fond et de procédure devant les juridictions indigènes.

Le décret du 15 Avril 1929 complété par celui du 16 Septembre 1959 institue les différentes juridictions indigènes réappelées (article 1). Seul le tribunal de chefferie existe conformément à la coutume. Mais, il doit être reconnu par l'autorité territoriale (commissaire de district ou premier bourgmestre). Les autres juridictions sont créées par le commissaire de district ou par le premier bourgmestre.

Le décret déterminait également leurs ressorts respectifs et leur composition (article 2 à 9). Toutefois, la composition des tribunaux de chefferie est déterminée par la coutume (article 3).

Le ministère public surveille la composition et l'ancien de tous les tribunaux indigènes de son ressort. Il leur donne des directives nécessaires pour la bonne administration de la justice. Il a le droit d'obtenir, au siège même du tribunal, communication des registres et autres documents du tribunal (article 10).

La compétence des tribunaux indigènes est déterminée par les articles 11 à 17 du décret. Les tribunaux indigènes connaissent des contestations entre indigènes du Congo ou des contrées voisines aux deux conditions suivantes :

- Que les contestations ne doivent pas être tranchées par l'application des règles du droit écrit ;
- Que le défendeur se trouve dans le ressort du tribunal (article 11).

⁵⁶ Lamy E., *introduction à l'étude du droit coutumier, cours polycopie, p.133, Université Officielle du Congo, Lubumbashi 1965.*

Les tribunaux indigènes appliquent les coutumes, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public universel. Dans les cas des coutumes contraires à l'ordre public ou l'absence de coutumes, les tribunaux indigènes jugent en équité (article 18).

Les règles de procédures sont, pour les diverses juridictions, les règles coutumières du ressort. Dans les hypothèses des coutumes contraires à l'ordre public universel ou aux principes d'humanité ou d'équité ou d'absence de coutume, la procédures s'inspirera des règles de l'équité (article 25).

Telle est l'organisation judiciaire pendant la période coloniale. Qu'en est-il de la période postcoloniale ?

Nul doute que devenu indépendant, notre pays ne pouvait pas se permettre le luxe de maintenir les structures judiciaires dualistes, discriminatoires, car pareille organisation consacrerait ostensiblement et scandaleusement la ségrégation raciale, chose inadmissible pour un état souverain.

C'est ainsi qu'à partir du 30 Juin 1960, date de l'accession du Congo a la souveraineté nationale et internationale, le dualisme judiciaire commença à céder progressivement devant le monolithisme judiciaire. Les reformes judiciaires de 1968, complétées par celles de 1978 (instauration des tribunaux de paix), ont définitivement mis fin à ce paradoxe. La coutume a la même valeur juridique que toute autre source formelle du Droit. A ce propos, l'article 149 de la constitution de la transition disposait : « les cours et tribunaux civils et militaires appliquent la loi et les actes règlementaires ainsi que la coutume pour autant que celle-ci soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Aujourd'hui, tous les habitants du Congo, nationaux comme étrangers, noirs comme blancs sont justiciables devant les mêmes et seules juridictions. L'intégration est donc totale.

Cependant, il sied de souligner que le projet d'installation des tribunaux de paix sur toute l'étendue de la R.D.C. est aujourd'hui loin d'être respecté, la coutume, au fil du temps commence à perdre son originalité, elle n'est plus appliquée par le juge suite la désinstallation des tribunaux coutumiers sur l'ensemble de la R.D.C.

Ainsi, nous proposons la réinstallation des tribunaux coutumiers qui connaîtra de toutes les contestations portant sur le droit de la famille, les successions, les libéralités et les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la coutume.

Critique et suggestion

On constate que, jadis la coutume en droit était mystifiée et divinisée, compte tenu des circonstances actuelles qui ne permettent pas d'être en contact avec les dieux au moment voulu, et que l'œuvre humaine est toujours entachée d'erreur, la coutume cesse de plus en plus d'être appliquée par les juges.

Ainsi, pour assurer la bonne application de la coutume dans les juridictions internes, on suggère la création d'un tribunal qui connaîtra les litiges qui touchent la coutume, ce tribunal fonctionnera comme suite:

A. Composition

Cette juridiction sera composée d'un président et des juges qui seront désignés par le commissaire de district ou le bourgmestre qui va fixer leurs ressorts. Elle va siéger au nombre de trois juges à savoir un juge président qui sera chargé de la répartition des tâches.

Ce tribunal va siéger avec le concours du ministère public et l'assistance d'un greffier titulaire qui peut être assisté également d'un ou plusieurs greffiers adjoints.

B. Compétences

Ce tribunal va connaître toutes les contestations portant sur le droit de la famille, les successions, les libéralités et les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la coutume ; du point de vue matériel.

Concernant la compétence personnelle, cette juridiction ne peut juger que les litiges opposant les congolais entre eux ou entre un congolais et un étranger.

Pour ce qui est de la compétence territoriale, le ressort est fixé par le texte de création et coïncide avec l'étendue de la circonscription administrative.

C. La saisine

Cette juridiction sera saisie par voie de requête écrite ou orale : le demandeur introduit l'instance par une requête écrite ou orale présentée au président de cette la juridiction. Si la requête est orale, le président, assisté du secrétaire en établit un procès-verbal qui est immédiatement consigné dans un registre.

Cette requête devra contenir selon l'article 2 du code de procédure civile en vigueur, toutes les mentions relatives à l'identification précise des parties ainsi que l'objet de la demande et l'exposé des moyens.

D. Les modes de preuve

Tous les modes de preuves observés en droit écrit seront observés également dans cette juridiction à savoir la preuve instrumentale, la preuve testimoniale, l'aveu, les présomptions et le serment.

E. Les voies de recours

Cette juridiction sera susceptible des voies de recours ordinaires à savoir l'appel et l'opposition.

L'appel est la voie de recours ouverte à la partie lésée par un jugement rendu contradictoirement et qui le défère à une autre juridiction supérieure à savoir le tribunal de paix du ressort pour en obtenir la reformation (article 66 du code de procédure civile).

L'opposition est la voie de recours ouverte, d'après la loi, au défendeur condamné sans avoir été entendu sur l'action du demandeur, pour le mettre à même de se défendre devant le même tribunal et espérer obtenir la rétraction du jugement rendu par défaut à son égard (article 61 du code de procédure civile). Mais il importe d'admettre que le demandeur qui a fait défaut peut également former opposition au jugement ayant statué au fond et au profit du défendeur, dans le cas du défendeur qui a pris avantage par une action reconventionnelle.

Conclusion générale

Après un long voyage, nous voici au point de franchir la ligne d'arrivée de ce travail qui consistait à la coutume en droit international public : fondement juridique et application.

Toutefois, ce travail a suscité une question à laquelle nous avons avancé une réponse tout à fait hypothétique : quel mécanisme prendre, quelle stratégie adoptée pour enfin arriver à l'application effective de la coutume internationale dans l'ordre interne ou international ?

Pour arriver à bon port, nous avons utilisé la méthode exégétique, la méthode comparative, la méthode historique qui nous a permis de proposer une piste de solution afin de remédier au problème d'application de la coutume en droit.

Pour atteindre notre objectif, nous avons subdivisé notre travail en deux chapitres à savoir :

- Le chapitre premier intitulé la coutume locale et internationale qui nous a permis de comprendre la quintessence de ce travail ;
- Le deuxième chapitre intitulé la coutume en droit qui nous a montré les différentes façons dont la coutume était appliquée et les moyens pour la rendre d'application à nos jours

Enfin nous n'avons pas la prétention d'épuiser tous les problèmes qui se posent dans notre thème. Ce pendant l'amélioration susceptible, les critiques et suggestions seront accueillis avec succès.

Bibliographie

I. Texte légal

1. ASADHO ; *statut de Rome de la cour pénal internationale* ; Lubumbashi, Novembre 2001
2. *Convention sur le plateau continental*, le 29 avril 1958, 499 R1NU 311, [1970] RT Can n°4 (entrée en vigueur: 8 mars 1970).
3. Arrêt de 1927, série A n°10, p.28

II. Ouvrages

1. A. NUET ; *Droit pénal international* ; P.U.F., 2000
- Alfred CHRETIEN et Paul NACHABAUR ; *principes de Droit international public* ; Paris 1893
2. ANONYME ; *justice internationale et promotion des nations* ; Kin., Philosophât saint Augustin 2006
4. Guillien, R., et Vincent, J., *lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris,2000, p.73.
- 3.
4. Sohier, le mariage en droit coutumier congolais, B.J.L., 1946,n°7, p.198
5. Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p. 201
6. David RUZIE ; *Droit international public* ; 15^e éditions France Dalloz 2000
7. Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA ; *Droit international*, 11^e éditions A. Pedone 2012
8. Gérard TEBoul ; *usages et coutume dans la jurisprudence administrative* ; Editions L.G.D.J. 1918
9. Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law » p. 1129-1131.
10. Mulumba K., le droit au nom, op.cit. p. 207

11. Brian D. Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 34~35
12. Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbat, *Droit international public*, 11^o éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 365-366.

13. Andrew T. Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law », (2002), p. 1840-1841
14. Jacques DEHAUSSY ; *propos sur les sources du Droit international : l'exercice de la fonction normative dans un ordre juridique singulier* ; Editions PEDONE
15. Jean-Pierre BEURIER ; *l'influence de l'évolution du Droit international sur ses sources* ; 1993-1994
16. Jean-Pierre COT ; *la charte des Nations- Unies I: commentaire article par article* ; Paris Economica 2005
17. Michel BELANGER ; *Droit international conseils-exercices* ; 4^e éditions, Paris 1995
18. Michel BELANGER ; *Droit international public* ; 5^e éditions, Paris 1995
19. Mbompakay N., M., cite par KUALA KABAKASHALA, *la preuve en droit congolais*, ed.batena ntambura, Kinshasa, 1998, p.20.
20. Nguyen QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET ; *Droit international public* ; 7^e éditions L.G.D.J. 1967
21. Nations-Unies ; *projets de conclusion sur la détermination du Droit international coutumier et commentaires y relatifs*, 2018
22. Patrick DAILLIER et Alain PELLET ; *Droit international public* ; 7^e éditions L.G.D.J. 2002
23. Raymond RANJEVA et Charles CADOUX ; *Droit international public* ; EDICEF/ AUPELF
24. Victor KALUNGA TSHIKALA, « *rédaction des mémoires en droit. Guide pratique* », Lubumbashi, 2012
25. Temples, la philosophie bantoue, 1948.
26. Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 3e 6d., Paris, Montchrestien, 1997 a lap. 59 [Combacau et Sur].
27. Possoz, la morale, *aequatoria*, 11, coquilhatville, 1939.

28. Gilissen j. et Vanderlinden j., *l'organisation judiciaire en Afrique noire*, p.51,Ed. de l'institut de sociologie, ULB, 1969.

III.Revues

1. ANONYME ; « la coutume » in *centre Michel de l'Hospital* ; numéro 2, Mars 2013
2. François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. 1, 2e éd.,
3. ANONYME ; « Droit international » in *revue générale de Droit international public* ; troisième série, TOME XXVI, 1995
4. Brigitte Stern, La coutume au cœur du droit international in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Editions A. Pédone, 1981, p. 479-499.
5. Peter Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier» in *la pratique de la Cour internationale*, 1986, n°90, RGDIP 1, p.10 et 12
6. Léo, 3 Mars 1942, R.J.C.B., p.138
7. Elis, 24 Avril 1934, R.J.C.B., p. 85

IV. Notes de cours

1. Abdelhalim LARBI, « cours de Droit international public », destiné aux étudiants en droit, université SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH, 2015-2016
2. Kalenda, D., la justice dans le système judiciaire traditionnel Kanyok, mémoire D.E.A. Fac de droit, UNILU, 2013 2014, inédit.
3. Etienne ILUNGA KABULULU, « *cours d'introduction générale à l'étude du droit* », a l'intention des cadres administratifs de l'IG / PNC, INSPINCTION GENERALE D'AUDIT DE LA POLICE NATIONALE CONGOLAISE, Janvier 2012
4. MUSANGAMWENYA WALYANGA KUBABEZAGA Gilbert, *Droit coutumier congolais*, deuxième graduat, 2017-2018

5. MUSANGAMWENYA WALYANGA KUBABEZAGA Gilbert, *Introduction générale à l'étude de Droit*, Premier graduat, 2016-2017
6. Lamy E. *introduction à l'étude du droit coutumier, cours polycopie, p.133, Université Officielle du Congo, Lubumbashi 1965.*

V. Webographie

1. ANONYME, « document du juriste » dans document, www.doc-du-juriste.com (page consultée le 05 Décembre 2015)
2. ANONYME, « cours de droit international public » dans cours de droit international public, www.cours-de-droit.net (page consultée 6 octobre 2015)
3. Lega vox, « la coutume international » dans fiche pratique, www.legavox.net (page consultée 12 Aout 2012)
4. Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « Le droit au développement, [www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.RES.2002.69.Fr?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.RES.2002.69.Fr?Opendocument)».
5. Andrew T. Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law», (2002)
6. Alfred Verdross, « Le fondement du droit international» in *Recueil de Cours* n° 247,
7. Anthea Elizabeth Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation », 2001,
8. Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale »
9. Peter Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier» in *la pratique de la Cour internationale*, 1986, n°90, RGDIP 1, p.10 et 12
10. Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law » p. 1129-1131.
11. Le relevé de Ch. Rousseau, *droit international public*, vol. I, 1971, P.338-339
12. Plateau continental de la mer du Nord, Rec. 1969, p.44
13. *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark; République fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, 1969, CIJ, Rec. 3.

TABLE DE MATIERE

Contenu

EPIGRAPHE	Erreur ! Signet non défini.
DEDICACE	Erreur ! Signet non défini.
IN MEMORIAM	Erreur ! Signet non défini.
REMERCIEMENTS	Erreur ! Signet non défini.
AVANT-PROPOS.....	Erreur ! Signet non défini.
INTRODUCTION GENERALE	Erreur ! Signet non défini.
Présentation du sujet	Erreur ! Signet non défini.
Choix et intérêt du sujet.....	Erreur ! Signet non défini.
Choix.....	Erreur ! Signet non défini.
Intérêt.....	Erreur ! Signet non défini.
Intérêt sociétal	Erreur ! Signet non défini.
Intérêt scientifique	Erreur ! Signet non défini.
Intérêt personnel.....	Erreur ! Signet non défini.
Etat de la question.....	Erreur ! Signet non défini.
Problématique et hypothèse.....	Erreur ! Signet non défini.
Problématique.....	Erreur ! Signet non défini.
Hypothèse	Erreur ! Signet non défini.
Méthodes et techniques	Erreur ! Signet non défini.
Méthodes	Erreur ! Signet non défini.

Technique	Erreur ! Signet non défini.
Délimitation du sujet.....	Erreur ! Signet non défini.
Subdivision du travail	Erreur ! Signet non défini.
Chapitre 1 ^{er} : LA COUTUME LOCALE ET LA COUTUME INTERNATIONALE.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 1. La coutume locale.....	Erreur ! Signet non défini.
Droit non-écrit.....	Erreur ! Signet non défini.
Droit social.....	Erreur ! Signet non défini.
Droit patriarco-matriarcal	Erreur ! Signet non défini.
Droit magico-religieux	Erreur ! Signet non défini.
Droit magique.....	Erreur ! Signet non défini.
Droit conciliateur et évolutif	Erreur ! Signet non défini.
La période précoloniale.....	Erreur ! Signet non défini.
La période coloniale	Erreur ! Signet non défini.
Période postcoloniale.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 2. La coutume internationale	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. Les théories traditionnelles de la coutume internationale.	Erreur ! Signet non défini.
La doctrine des deux éléments	Erreur ! Signet non défini.
l'élément matériel.....	Erreur ! Signet non défini.
Les précédents.....	Erreur ! Signet non défini.
Les comportements susceptibles de constituer des précédents.....	Erreur ! Signet non défini.
l'élément psychologique	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. Les théories rationalistes de la coutume internationale	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 4. La codification des règles coutumières.....	Erreur ! Signet non défini.
Chapitre deuxième : LA COUTUME EN DROIT INTERNE : FONDEMENT JURIDIQUE ET APPLICATION	Erreur ! Signet non défini.
.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 1. L'administration de la justice antérieure à la colonisation	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. La composition des tribunaux.....	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. La compétence du tribunal coutumier	Erreur ! Signet non défini.

Paragraphe 3. Les procédures devant le tribunal coutumier.....	Erreur ! Signet non défini.
L'introduction d'une affaire	Erreur ! Signet non défini.
Les audiences publiques.....	Erreur ! Signet non défini.
Les modes de preuves en droit coutumier.....	Erreur ! Signet non défini.
La preuve instrumentale	Erreur ! Signet non défini.
La preuve testimoniale.....	Erreur ! Signet non défini.
L'aveu	Erreur ! Signet non défini.
Les présomptions	Erreur ! Signet non défini.
Le serment.....	Erreur ! Signet non défini.
Les ordalies.....	Erreur ! Signet non défini.
L'épreuve de l'eau bouillante.....	Erreur ! Signet non défini.
L'épreuve du fer chaud	Erreur ! Signet non défini.
L'épreuve du poison.....	Erreur ! Signet non défini.
La divination	Erreur ! Signet non défini.
L'enquête.....	Erreur ! Signet non défini.
La délibération et le prononcé du jugement.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 2. L'organisation de la justice traditionnelle pendant la période coloniale et post coloniale	Erreur ! Signet non défini.
Critique et suggestion	Erreur ! Signet non défini.
Composition	Erreur ! Signet non défini.
Compétences.....	Erreur ! Signet non défini.
La saisine	Erreur ! Signet non défini.
Les modes de preuve.....	Erreur ! Signet non défini.
Les voies de recours	Erreur ! Signet non défini.
CONCLUSION GENERALE	Erreur ! Signet non défini.
Bibliographie	Erreur ! Signet non défini.
TABLE DE MATIERE.....	42

