

M.E.S., Numéro 113, Avril-Juin 2020
<https://www.mesrids.org>
 Dépôt légal : MR 3.02103.57117
 Mise en ligne le 11 janvier 2022

SIX QUESTIONS SPECIALES DU DROIT COUTUMIER CONGOLAIS

par

Christophe KOYARONWA GWALO

Professeur Associé

Université de MBANDAKA

*Chargé de recherches au Centre de Recherches en Sciences Humaines
C.R.E.S.H.*

Résumé

Les particularismes du droit coutumier ainsi que la flexibilité qui le caractérise ont contraint le législateur congolais à intégrer dans l'ordonnancement judiciaire, les décisions des juridictions coutumières (Constitution du 18 février 2006, article 153 al.5). C'est ainsi que depuis, les décisions judiciaires coutumières font partie de l'architecture juridico-judiciaire naturelle où, juges et praticiens de droit sont, dorénavant, tenus de prendre en compte dans toutes leurs activités judiciaires, les dimensions de justice rendues qui ne prendront pas en considération l'aspect du droit coutumier, socle des valeurs ancestrales et qui seront réputées nulles et de nuls effets.

Cette obligation législative a ouvert la boîte de pandore et poussé les spécialistes du droit coutumier à rechercher intensément le contenu à donner aux questions spéciales du droit coutumier, une matière adjonctive à l'enseignement traditionnel du droit coutumier congolais.

Abstract

The custom law particularism so that the flexibility who are improving the congolese legislator to go add in they law ordonnancement, the decision of custom jurisdictions (Constitution du 18 février 2006, article 153 al.5). that is why since, custom justice are in the architecture naturel of juridico-justice where the juge and law practice are know ta take to the heart all justice activities, the dimension of shown justice who can not put it this custom law in the pratice, the source of the for father value who it will be know and kwon one can be able to improve it.

This legislative obligation open a debate and push the pecialists of custom the law on the hard reseach and to give in the special questions of custom law, one adjonctive material traditional teaching of congolese custom law.

Introduction

Il est de notoriété publique que la coutume, fondement du droit moderne congolais, est le socle de la civilisation, la première source formelle, la plus vieille et la plus importante de la structuration actuelle du système juridique et judiciaire congolais. La coutume a, partout au monde, révélé qu'elle est et qu'elle demeure la source invétérée, le cordon ombilical de tout système de droit, en commençant par les systèmes des pays dus à tradition juridique. D'ailleurs, ce n'est pas sans raison que des juristes dillettants n'ont cessé d'affirmer qu'au commencement du droit était la coutume.

Mais, depuis, la coutume a perdu de son influence au profit d'autres sources formelles²⁷⁹ de suite de la généralisation de l'écriture au XVIe siècle.

Aujourd'hui, la coutume réapparaît sur la sellette et tente un repositionnement pour reprendre sa place préférentielle au piédestal duquel elle a été évincée. C'est ainsi qu'en R.D.C., il est fait obligation à tout juriste congolais de prendre en compte la coutume juridique congolaise et de l'intégrer dans ses différentes réflexions, analyses et jugements, lorsque celle-ci ne serait pas en contradiction manifeste avec l'ordre public congolais. Cette obligation se fait de plus en plus contraignante depuis la publication de l'ordonnance-loi n°82-020, du 31 mars 1982, portant code de l'organisation et compétence judiciaires abrogée et remplacée par la loi n°13/011-B, du 11 avril 2013, relative à l'organisation, fonctionnement et compétence judiciaires de l'ordre judiciaire²⁸⁰, elle-même renforcée par la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée à ce jour, notamment, en son article 153 alinéa 5, obligation de tenir compte de la coutume dans toutes ses fonctions en vue de marquer son indépendance d'esprit et son détachement du snobisme intellectuel lié aux enseignements d'extraversion reçus. Mais, plutôt de la capacité de la coutume juridique congolaise à se mouvoir dans le contexte du développement ; de sa capacité d'adaptation aux différentes réalités mouvantes de développement et non de son enlissement dans le gouffre d'une pesanteur qui noie et qui est donc susceptible d'annihiler tout élan de croissance. Le droit coutumier congolais n'est donc pas antinomique au progrès social.

Voilà pourquoi, Mulumba Katchy affirme que le droit coutumier congolais n'est pas figé, car il est évolutif, dynamique, progressiste et s'épure de ses éléments négatifs considérés comme des tares. Ce droit évolue et s'adapte aux

²⁷⁹ Il s'agit des sources binaires organisées dans la famille Romaniste de droit et nulle part ailleurs.

²⁸⁰ Constitution de la RDC du 18 février, modifiée et complétée, art. 110.

mutations perpétuelles de la société moderne comme des synergies de la mondialisation²⁸¹.

C'est pour cette raison aussi que Montesquieu n'avait jamais cessé de prêcher l'accommodation de la loi, du [droit] aux réalités environnementales, lorsqu'il déclarait qu'une loi [un droit] qui est en déphasage avec son milieu naturel, sa coutume, sa société et sa culture est voué à disparaître, à tomber en désuétude puisqu'elle échappe à ce principe d'airain. C'est exactement ce qu'avait affirmé, en son temps André Tunc²⁸² lorsqu'il déclara que dans le contexte actuel, la société africaine vit et est obligée de vivre à une époque dont le niveau technique exige qu'elle sacrifie quelques-unes de ses traditions, même si elles sont belles, afin de pouvoir participer à l'effort d'organisation et d'harmonisation universelle sans lequel il n'y aurait jamais de paix sur cette terre. Dans le même ordre d'idées, Keba Mbaye²⁸³ ajoute que la sagesse recommande... de créer un droit nouveau, formé des coutumes locales fécondées par le droit moderne, admettant sur les matières le plus délicates, une faculté d'options entre les deux règles sans pouvoir les détraquer.

Le mérite du présent article se découvre à travers les six questions irisées dites spéciales du droit coutumier congolais et qui structurent cette étude.

I. Peut-on parler aujourd'hui du Droit coutumier ou des Droits coutumiers congolais ?

Parler du Droit coutumier congolais dans un pays où il existe une mosaïque des coutumes paraît a priori, assez osé. La coutume suppose un mode de vie de penser et d'agir d'un peuple, d'une structure sociale. Or, il existe de nombreuses communautés, une multitude de coutumes, et donc plusieurs modes de vie, de penser et d'agir. Perçu sous cet angle, il serait malaisé de parler du Droit coutumier congolais que des Droits coutumiers, sans envisager préalablement leur uniformisation.

En effet, au cours de leur histoire, certaines ethnies ont connu l'Etat sous la forme d'empires, d'autres ont vécu sous la forme des royaumes ou des chefferies. Dans ces différents vestiges, l'organisation clanique apparaissait comme la seule unité qui assurait la globalité des fonctions politiques, administratives et judiciaires laissant, ainsi la place à l'idée de droit, c'est-à-dire à l'idée des organisations politiques et sociales différenciées selon des modèles spécifiques à chaque coutume.

Il ressort malgré tout du scepticisme et de l'anti-dogmatisme de certains ethnologues²⁸⁴, qu'il y avait véritablement une unité de droit, même parmi les peuples différents ethniquement par leur mode de vie, de penser et d'agir. Ainsi, il résulte de ces différents droits liés à la

tradition de chaque ethnie, de chaque coutume que la source la plus importante de l'autorité du Droit traditionnel résidait dans les croyances religieuses et dans les rituels de chacune des communautés ainsi définie.

Parmi les caractéristiques communes les plus en vogue des droits traditionnels congolais, on peut retenir la sacralité, les caractères de justice distributive, communautaire, patriarco-matriarcal, conciliateur et évolutif, de réalisme de langage et des pratiques comme constitutifs d'éléments d'uniformisation.

En république démocratique du Congo, depuis l'avènement de la colonisation, de nombreux textes légaux ont reconnu et consacré le statut juridique de la coutume en tant que source du Droit.

Par ailleurs, il sied de noter que l'ordonnement juridique et judiciaire colonial était dominé par le Droit coutumier. Ce monopole s'était justifié par l'absence et l'ignorance de l'écriture, par l'étroitesse de l'espace territorial, l'absence de mobilité due à l'insécurité aux frontières, aux barrières linguistiques et à l'analphabétisme.

De tout ce qui précède, il y a à relever que nonobstant la difficulté liée à la mosaïque des coutumes que peut compter le Congo (environ 350 coutumes), on peut se permettre, d'écrire ou de simplifier le Droit coutumier congolais parce que, dans toutes les ethnies, les coutumes, les principes restent presque les mêmes sauf quelques exceptions, bien qu'il existe une diversité des coutumes, et malgré l'étroitesse territoriale, *toutes ces ethnies avec leurs coutumes sont* régies par un seul Droit coutumier dont les caractères sont ici rappelés.

II. Droit coutumier congolais, droit de justice distributive et d'équité ?

On a dit, du Droit coutumier qu'il est l'ensemble des règles non écrites dont le but est de régir les rapports privés entre les membres d'un groupe, soit entre les membres d'un groupe et leurs chefs, soit entre les groupes eux-mêmes.

La question qu'on se pose souvent est celle de savoir si le Droit coutumier est un droit de justice distributive ? Cette question appelle la maîtrise sinon la compréhension du concept *justice*.

La justice est un concept polysémique. *Il peut être pris soit au sens d'une institution ou d'un pouvoir chargé de faire respecter les droits de chacun, en punissant tout particulièrement ceux qui ont mal agi, ou de donner à chacun ce qu'il mérite, de manière juste. C'est aussi une*

²⁸¹ MULUMBA KATCHY, F., *Droit coutumier congolais*, Kinshasa, éd. CREJA, 2011, p. 21.

²⁸² TUNG, A., *Les aspects juridiques du développement économique*, Paris, éd. Dalloz, 1966, Par (F) MULUMBA KATCHY, p. 22.

²⁸³ *Ibidem*, p. 22.

²⁸⁴ Lire à ce sujet, les travaux de Marcel GEAULE et de G. DIETERLEN, pour qui *Le monde est le résultat transitoire d'une création par différenciation et il en résulte que ce sont les différences qui unissent et qui sont à la base de la cohésion des sociétés*.

action de reconnaître le droit de quelqu'un à quelque chose, d'accueillir sa plainte, etc.

Le Droit coutumier congolais répond globalement à toutes ses préoccupations sociales, il est un Droit de Justice distributive en ce qu'il donne à chacun selon son statut. *Tel est le cas de trois personnes qui tuent un animal et que deux d'entre eux se le partagent. Il y a injustice.* Mais, il ne s'agit pas d'une justice qui doit distribuer équitablement. L'aphorisme sur la justice s'étend à la chasse qui n'est pas toujours communautaire. Il s'en découle que ceux qui ont investi dans une activité communautaire ont le droit de partager les bénéfices matériels et les autres gains.

Mais des principes connexes sont aussi pris en compte, par exemple, *le chasseur qui a tiré le coup mortel ou blessé l'animal, a droit à une part plus importante que les autres.* La connexion entre la Justice, le corpus de droits et de devoirs dans une société traditionnelle, est le mieux mis en valeur dans les relations du même groupe familial.

A ce titre, on note, par exemple, que le statut est tel qu'entre femmes dans un ménage polygamique, l'ordre de séniorité correspondait à l'ordre du mariage en commençant par la première. En ce qui concerne les descendants, le sexe et l'âge sont déterminants.

En droit coutumier congolais, si la bonne part a été donnée à l'individu qu'il fallait, dans le bon ordre de séniorité, on doit dire qu'on a partagé justement et équitablement. Le partage équitable n'est pas un partage égalitaire, c'est juste un partage à chacun selon son statut.

Tel n'est malheureusement pas le cas en Droit moderne, régi par un certain nombre des principes dont *l'égalité de tous devant la loi peu importe l'âge, le sexe, bref le statut social. La justice du Droit coutumier est distributive, car en Droit moderne, ce qui est justice n'est pas nécessairement juste d'où la spécialité de cette question.*

III. Droit coutumier congolais, un droit de réalisme de langage et des pratiques ?

La construction du Droit coutumier congolais tient compte du langage courant et expressif. La non acceptation, par exemple, de l'institution tutelle en Droit traditionnel congolais et son remplacement par « le père juridique » en est une des illustrations.

Le Droit traditionnel congolais à l'opposé du Droit congolais moderne, n'est pas constitué des règles préétablies uniformes : le génie du Droit indigène est de rappeler, d'encourager, et d'intérioriser le besoin d'exécuter les devoirs et les responsabilités que le simple fait d'être

membre d'une société imposée ». C'est du génie que de soumettre des standards de comportements corrects à tous.

C'est ainsi qu'en Droit coutumier congolais, dans la coutume Luba, du Kasai, la femme qui déconne est appelée « Mukaji wa Tshibawu ». Le réalisme du langage et pratique de ce phénomène engendre, le tshibindi dont les conséquences sont, notamment, la perte d'enfants ; la pauvreté ; les difficultés lors de l'accouchement, le tshibindi attire toute sorte de malédictions. L'autre meilleure illustration est la présomption de paternité selon laquelle « l'enfant né dans le mariage ou dans les trois cents jours après la dissolution du mariage a pour père le mari de sa mère »²⁸⁵ et ce, même lorsqu'on sait que l'enfant n'est pas l'œuvre de celui dont on prétend être le père.

Le Droit moderne, caractérisé par l'écrit, a pour règle d'or la liberté. Celle-ci entraîne l'égalité entre l'homme et la femme, la parité. Pareille conception constitue une entorse en Droit coutumier. C'est ainsi qu'en Droit moderne, au nom de la liberté, il est reconnu à la femme le droit de disposer de son corps²⁸⁶ comme elle l'entend alors qu'en Droit coutumier, une telle attitude poserait des sérieux problèmes. La singularité du Droit coutumier permet d'affirmer la spécialité du réalisme du langage et des pratiques.

IV. De la problématique du statut du droit coutumier et de sa place dans l'ordonnement des décisions judiciaires congolaises

Le statut peut signifier, *l'état de la personne fixé par une loi, un règlement.* En République démocratique du Congo, depuis l'avènement de la colonisation, maints textes légaux ont reconnu et consacré le statut juridique de la coutume en tant que source du Droit²⁸⁷. Tel est son statut jusqu'à ce jour puisque récemment en 2015, plus précisément le 25 août, toute une loi fixant le statut des chefs coutumiers a été adoptée, promulguée et publiée, consacrant ainsi l'importance du droit coutumier.

Aujourd'hui, la coutume revêt la même valeur juridique que toute autre source formelle du Droit. En effet, l'article 153 alinéa 5 de la Constitution dispose que : « Les cours et tribunaux civils et militaires appliquent la loi et les actes réglementaires ainsi que la coutume, pour autant que celle-ci soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Depuis le 30 juin 1960, date de l'accession du Congo à la souveraineté nationale et internationale, le souci du colonisateur était de lutter contre le dualisme judiciaire afin d'installer le monolithisme judiciaire. Mais les réformes judiciaires de 1968, complétées par celles de 1978,

²⁸⁵ Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille telle que modifiée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016, article 602, in *JORDC*, 57^{ème} année, n° Spécial du 27 Juillet 2016.

²⁸⁶ Lire WANE BAMEME, B. A., *Cours de Droit pénal spécial*, Fac. De Droit, 2016-2017, p.147. Notions sur l'article 147 K du décret du 30 Janvier 1940 portant code pénal tel que modifié par la loi n°06/018 du 20 Juillet 2006 sur les violences sexuelles réprimant la grossesse forcée.

²⁸⁷ MULUMBA KATCHY, *Op.cit.*, pp. 3-10.

créant les tribunaux de paix et fixant leurs sièges et ressorts sont venues contredire les faits.

L'ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant code d'organisation et de la compétence judiciaire, abrogée et remplacée par la loi-organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire dispose à l'article 110, que *les Tribunaux de paix connaissent...les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la Coutume.*

En réalité, toutes les matières qui étaient de la compétence des tribunaux coutumiers devaient en principe, à dater de 1968, être dévolues aux tribunaux de Droit écrit (principalement les tribunaux de paix), mais triste est de constater que ces fameux tribunaux n'ont jamais été installés dans certains coins de la République, où les Congolais avaient besoin de la justice. A cause de cette défaillance, les tribunaux de paix n'ont pas été installés à certains endroits, donnant ainsi l'occasion aux chefs coutumiers de continuer de trancher des litiges opposant des individus en vue d'établir l'équilibre social.

La question qui s'impose et qui indispose est de savoir *quelle est la place des décisions coutumières dans l'ordonnancement judiciaire congolais ? Est-ce que toutes les décisions coutumières rendues sont susceptibles de constituer une jurisprudence ? Quelle est la nature juridique d'une décision coutumière rendue sur une question ?*

Sans crainte d'être contredit, une décision rendue par une autorité coutumière sur une question (conflit, par exemple, en matière de mariage), est une décision judiciaire voire juridictionnelle, car en Droit coutumier, le pouvoir de dire le droit revient et/ou est incarné par le chef qui, lorsqu'il décide, sa décision est considérée comme *chose jugée*, du fait que l'autorité coutumière est reconnue par la loi et est dévolue conformément à la coutume locale...²⁸⁸.

Les décisions judiciaires coutumières ont une place dans l'ordonnancement judiciaire congolais, d'abord parce qu'elles constituent un moyen par lequel l'Etat administre la justice à son peuple là où certains tribunaux ne sont pas opérationnels, et où la distance ne permet pas aux justiciables de saisir le juge ; ensuite, ces décisions sont rendues par les juges coutumiers (tribunal coutumier) selon les règles de procédure existantes et dès que le tribunal tranche, tout le monde s'incline.

Enfin, ces décisions empêchent le recours à la vengeance privée comme à la Justice privée. Elles constituent donc des *décisions judiciaires et juridictionnelles* au même titre que les décisions rendues par

les tribunaux de Droit écrit. Elles sont susceptibles de constituer une jurisprudence. C'est dans cette optique qu'un époux peut répudier son conjoint chez les Luba du Kasai. C'est une jurisprudence ancienne reprise dans un proverbe local du Kasai : « *Mukaji mupidia muluma, biuma kabitu biapidia Mfumuabi* », qui signifie en français : « *Si l'initiative de la répudiation de l'homme vient de la femme, celle-ci a l'obligation de rembourser la dot* ».

Donc, les décisions judiciaires coutumières ne sont pas moindres que celles rendues par les tribunaux de Droit écrit, parce que les deux visent le rétablissement de l'ordre public troublé et le rétablissement des intérêts méconnus. C'est la raison pour laquelle, il y a un droit pénal, civil, administratif coutumiers, etc.

V. *Les caractères spécifiques du droit coutumier congolais au regard du droit moderne congolais*

Par caractères, il faut entendre *la marque propre à une chose ; ce qui distingue une personne des autres, une chose des autres.*

1. Le Droit moderne est caractérisé par : l'écriture ; son universalité ; l'interventionnisme étatique et la sanction.

Le Droit moderne est écrit. *C'est la cristallisation en Droit pénal du principe de la légalité qui veut que pour qu'un fait pénal fasse l'objet des poursuites, il doit avoir été prévu, défini et assorti d'une sanction avant sa commission. C'est le caractère écrit du Droit moderne qui assure et rassure la sécurité dite juridique des règles écrites.*

2. L'universalité du Droit signifie que le Droit est partout. Ce caractère ne signifie pas que le Droit est le même pour tous les peuples. Il s'agit simplement de l'application de la maxime « *ubi societas ibi jus* ».
3. L'interventionnisme étatique signifie que l'Etat, la puissance publique dispose des moyens variés de contrôler l'application effective des règles juridiques.
4. Le caractère sanctionnateur veut dire qu'il n'y a pas des règles de Droit sans sanction. Le respect de la règle juridique par l'ensemble des membres de la communauté est une conséquence du caractère contraignant du Droit.

Dans son Droit coutumier, Mulumba Katchy enseigne que *le Droit coutumier renferme une somme des caractères : le Droit coutumier est non écrit ; social ; patriarco-matriarcal ; magico-religieux ; conciliateur et évolutif*²⁸⁹.

A ces caractères, Christophe Koyoronwa Gwalo ajoute les caractères de *communautarisme ; de justice distributive ; de sacralité ; du réalisme des langages et pratiques voire de souplesse du Droit coutumier.*

²⁸⁸ Constitution de la République démocratique du Congo, telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution de la République démocratique du Congo du 18 Février 2006, article 207, in JORDC, 53^{ème} année, numéro spécial du 5 février 2011.

²⁸⁹ MULUMBA KATCHY, F., *Op.cit.*, pp.17-30.

L'organisation de ces deux systèmes sociaux est essentiellement basée sur le lien de sang.

Du point de vue communautaire, le paterfamilias assure l'administration de la justice, préside le conseil des sages et rend des sentences. Le pouvoir magico-religieux fait du patriarche un être sacré. Celui-ci veille à la santé de ses administrés et possède le secret de guérir certaines maladies. En tant qu'intermédiaire entre les vivants et les morts, il implore le secours des morts pour obtenir la guérison de telle ou telle victime.

Le chef est également chargé de tous les biens de la communauté ; il assure le culte et la bienveillance du sol par des sacrifices et prières, lesquels sont considérés comme des biens sacrés du groupe²⁹⁰.

Les ancêtres disposent d'un droit au culte entouré d'innombrables rites, ces rites. Ces rites consistent dans les prières accompagnées d'offrandes et des sacrifices, ils sont le meilleur moyen de ménager la bienveillance des dieux et une arme contre leur courroux éventuel. Aussi, le congolais est obligé d'observer diverses lois morales. Curieusement, on constate que ces lois renferment les dix commandements de la bible : respect et obéissance aux dieux ; aux chefs, amour du prochain ; défense de tuer, de voler, de convoiter, de commettre l'adultère ; l'homme doit s'abstenir d'actes déplaisants aux mânes des ancêtres.

Dans cette société sacrée, le droit revêt un caractère magique : tout converge à assurer la défense de la vie. Possoz²⁹¹ affirme : « *vivre est la loi fondamentale et le mal moral ne se distingue du mal physique ; celui qui cause 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 vitale²⁹². La coutume, enchaine 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 nature²⁹³.

5.1. Le caractère évolutif du droit coutumier congolais

Le droit coutumier congolais n'est pas figé. Il est dynamique, progressiste, il s'épure de ses éléments négatifs considérés comme des tares, il évolue et s'adapte aux mutations perpétuelles de la société moderne, creuset

de synergies de la mondialisation. Cette évolution s'avère certes lente, prudente, mais sûre ; 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 ; André Tunc s'accorde avec nous lorsqu'il dit que la société africaine vit et est obligée de vivre à une époque dont le niveau technique exige qu'elle sacrifie quelques-unes de ses traditions, même si elles sont belles, afin de pouvoir participer à cet effort d'organisation et d'harmonisation universelle sans lequel il n'y aura jamais de paix sur cette terre ; la prudence est recommandée dans cette marche vers le modernisme du développement économique et social. Tunc se réjouit du fait de constater que, malgré l'explosion législative, chaque institution nouvelle tire sa source de la sagesse des anciens, ou, en tout cas, n'est adoptée qu'en toute connaissance de cause, après inventaire complet de ce qui a été, ou de ce qui est encore la tradition²⁹⁴.

D'après Keba M'baye²⁹⁵, *la sagesse recommande l'unité et la cohésion nationale, et créer un droit nouveau, formé des coutumes locales fécondées par le droit moderne, et admet, sur les matières les plus délicates, en les combinant aux exigences les plus irréductibles, une faculté d'option entre deux règles*. Le principe d'un droit unique posé, le premier travail devra consister à photocopier les coutumes, telles qu'elles sont applicables à l'heure actuelle, au moyen d'une enquête auprès des personnes compétentes. Une fois l'enquête terminée, il faut analyser le résultat, le critiquer en le soumettant à l'appréciation de plusieurs autorités ; puis, il faut opter, à propos de chaque matière, de chaque règle, en tenant compte à la fois de ce qui est souhaitable et de ce qui est possible. La coutume juridique, le droit traditionnel congolais continu à suivre les mutations sociales. Cette exigence est consacrée par la loi fondamentale, et l'article 153 de la Constitution du 18 février 2006 telle modifiée et complétée à ce jour.

Du caractère communautariste du Droit coutumier congolais

Le Droit coutumier congolais est un Droit communautariste, car les relations sociales dans les sociétés traditionnelles se réalisent sur base des groupements humains. Les hommes ne sont jamais perçus en tant qu'individus isolés, la personnalité juridique n'existe qu'à travers la communauté par le *pater familias* qui gère la communauté en son nom et pour le compte du clan.

La communauté se définit non par une ressemblance, mais par un triple partage : le partage d'une même vie qui se traduit par le partage d'un même espace, le partage d'ancêtres communs, d'une langue commune, des mêmes divinités, des mêmes amis et des mêmes ennemis. Bref, par le partage de la totalité des spécificités, c'est-à-

²⁹⁰MULUMBA KATCHY, F., *Op.cit.*, p.21.

²⁹¹POSSOZ, cité par MULUMBA KATCHY, *Op.cit.*, p.22.

²⁹²TEMPELS, cité par MULUMBA KATCHY, *Op.cit.*, p.23.

²⁹³*Idem*.

²⁹⁴TUNC, A., cité par MULUMBA KATCHY, *Op.cit.*, p.25.

²⁹⁵*Idem*.

dire que les communautés valorisent plus leurs spécificités que leurs similitudes, leurs hiérarchies que leur égalité. Cependant, ces spécificités sont partagées, car elles ne constituent pas de foyers de tensions ou d'opposition entre les groupes qui en sont porteurs. Au contraire, ceux-ci ont tendance à penser qu'elles sont *in fine* complémentaires. La spécificité de chacun est nécessaire à la vie des autres. Et c'est ça le fondement de la société.

La plupart des mythes de fondation des communautés indiquent clairement que les individus semblables ne peuvent pas fonder la société politique si préalablement ils ne se sont pas différenciés.

En principe, l'interdépendance de tous les pouvoirs fait que sauf crise, aucun pouvoir ne peut tendre à devenir absolu. Le Droit des communautés n'a pas besoin d'un pouvoir qui veuille le maintenir, il est la conséquence nécessaire de leur structure.

VI. *Dans le contexte actuel, que faire du droit coutumier congolais ?*

Le Droit coutumier a toujours sa place même dans le contexte actuel de notre législation. Ce Droit, à l'instar du Droit moderne, vise la sauvegarde des valeurs culturelles congolaises, lesquelles, constituent la coutume.

Le Droit coutumier congolais est appelé à s'épanouir parce que contenant des principes protecteurs de la société congolaise. Ceci voudrait dire que chaque fois, dans la mesure du possible, qu'on voudra prendre des décisions, adopter des lois, etc., toujours tenir compte des coutumes existantes et, sans lesquelles, il n'y aurait pas d'épanouissement en République démocratique du Congo.

Dans le contexte actuel de notre législation, il est difficile que la coutume cède totalement sa place de gardienne et de protectrice de la société, parce que la loi et la coutume comme certaines disciplines de la vie visent le maintien de l'ordre public et social. Pour le Droit écrit, c'est la liberté qui régent les relations individuelles tandis que pour le Droit coutumier, au-delà de la liberté, il y a certaines limites qu'il ne faut pas franchir, car les franchir, c'est vouloir renier l'existence de la coutume. Or, cette dernière existe et ses effets sont manifestes.

Conclusion

Les six questions spéciales du droit coutumier congolais tentent de trouver un fondement juridique à la décision du législateur congolais d'intégrer les jugements coutumiers dans l'arsenal du système judiciaire congolais (ord.-Loi n°82-020 du 31 mars 1982 abrogée et remplacée par la loi n°13/011-B du 11 avril 2013), une démarche qui paraît tout à fait légitime sinon noble.

Cependant, on ne devrait pas s'arrêter simplement à faire l'apologie de ce droit et ne pas tenir

compte du contexte dans lequel ce droit évolue : la mondialité juridique, un contexte mouvant et tant d'autres paramètres endogènes comme par exemple, le choc que peut entraîner la rencontre des diverses coutumes.

Voilà pourquoi, il est important de recommander la prudence dans la manière d'apprécier les dispositions du droit coutumier congolais pour éviter de glisser dans le gouffre du rigorisme excessif des coutumes, qui cherchent de tout le temps à se déterminer comme la seule et principale source du droit moderne congolais.

C'est ainsi que nous recommandons la sagesse de Keba Mbaye de créer un droit nouveau formé des coutumes locales fécondées par le droit moderne, ce qui probablement admet pour les matières les plus délicates, une faculté d'options entre les deux droits.

BIBLIORAPHIE.

TEXTES JURIDIQUES.

- Constitution de la République démocratique du Congo, telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, *in* JORDC, 53^{ème} année, n°spécial du 05 février 2011.
- La loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille telle que modifiée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016, *in* JORDC, 57^{ème} année, nSpécial du 27 Juillet 2016.

DOCTRINE

- BOMPAKA NKEYI MAKANYI, *Les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités*, FAC. DE DROIT, ULK, 2014.
- GUINCHARD (S) et DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques*, 21^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2014.
- GRANET (F), *L'établissement et la contestation de la filiation naturelle*, éd. Dalloz, Paris, 2001-2002.
- ILOKI (A), *Le droit des successions au Congo, tome I, « ouverture de la succession, la qualité d'héritiers, les biens indivis »*, L'Harmattan, Paris, 2006.
- KENGO wa DONDO, *Réflexions sur la filiation hors mariage*, Mercuriale, Kinshasa, 1974.
- MUMUMBA KATCHY F., *Droit coutumier congolais*, 2^{ème} éd., Crefida, Kinshasa, 2016.
- MULUMBA KATCHY F., *Introduction générale à l'étude du Droit coutumier congolais*, éd. Creja, Kinshasa, 2011.
- YAV KATSHUNG (J.), *Les successions en Droit congolais (cas des enfants héritiers)*, éd. New Voices publishing, cap town, 2008.
- YAV KATSHUNG (J.), « *Les conflits successoraux et protection des enfants et du conjoint survivant en droit congolais* », Lubumbashi, 2012,

www.yavassociates.com, consulté le 27 février 2018, à 18h00'.

- VOIRIN (P) et GOUBEAUX G., *Droit civil : les régimes matrimoniaux, successions et les libéralités, tome II*, 27^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2012.