

La représentation du droit autochtone dans le discours colonial : le cas du Congo belge et de la « coutume indigène » (1908-1960)

Charlotte Braillon

Introduction : les renouveaux de l'histoire coloniale et le thème de la représentation du droit autochtone

C'est un lieu commun des sources coloniales : les colonisés vivaient conformément à leurs « coutumes ». Souvent accompagnée des termes usages, mœurs, ou encore traditions – en référence au temps précolonial –, l'expression est employée par le colonisateur européen pour désigner le mode de vie du colonisé. Parmi plusieurs significations cependant, la coutume est associée de manière privilégiée au droit, sous l'appellation « coutume » ou « droit coutumier ».

L'historien du droit colonial est constamment confronté au lexique de la coutume. C'est le cas pour différentes époques et régions du globe concernées par la colonisation, ce qui est un fait remarquable¹. Longtemps, l'historiographie a pris ce phénomène pour acquis. Des travaux plus récents ont cependant montré que l'emploi des termes « coutume » ou « droit coutumier » n'était en aucun cas anodin, mais qu'il constituait un élément déterminant de l'analyse des rapports de pouvoir, notamment pour ce qui concerne l'acculturation des populations².

¹ Pour illustrer l'ancienneté de la démarche, ainsi que son ampleur dans les différentes colonies européennes, on citera l'exemple du Jésuite Lafitau qui, à la suite d'une mission de cinq ans au Canada, s'était donné pour objet de relater les « *coutumes des sauvages* » (J.-F. LAFITAU, *Moeurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*, Paris, 1724, p. 3).

² Voir les travaux de Robert Jacob et de Jérôme Bourgon, le premier pour l'Europe

Gardons à l'esprit qu'en adoptant le vocabulaire de la coutume, le colonisateur développait une représentation spécifique du droit du colonisé³, laquelle emportait des conséquences pratiques sur l'autorité de ce droit dans la colonie.

C'est au départ de ces voies nouvelles que s'inscrit notre réflexion sur l'histoire du droit autochtone. L'histoire du droit et de la justice du Congo belge, qui connaît actuellement un renouveau⁴, plus de 50 ans après l'Indépendance, gagne à être étudiée selon des angles d'approches

médiévale et le second pour le Japon et la Chine du début du XX^e siècle. S'intéressant aux textes juridiques médiévaux rédigés en langue vernaculaire – et que l'histoire du droit connaît précisément sous le nom de « coutumiers » –, R. Jacob a montré que les premiers documents de ce type (au début du XIII^e siècle) n'employaient nullement le lexique de la coutume pour désigner les règles de droit. Ce n'est que dans la seconde moitié du XIII^e siècle que le terme « coutume » a désigné le droit décrit dans ces textes. L'auteur explique cette mutation par l'influence des juges et des administrateurs formés au droit savant. Ceux-ci ont requalifié le droit « populaire » selon les termes de la théorie de la coutume, développée à cette époque par les docteurs du droit romain et du droit canonique (R. JACOB, « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? » dans M. MOUSNIER et J. POUMAREDE (dir.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse, 2001, p. 103-120). Quant aux travaux de J. Bourgon, ils indiquent que l'apparition des notions de coutume et de droit coutumier au Japon et en Chine sont la conséquence de l'introduction du droit occidental. C'est pourquoi l'entreprise de rédaction des coutumes locales, qui eut lieu en Chine au début du XX^e siècle dans le cadre des projets de codification civile, a reposé sur un postulat fictif. Le projet avait en effet pour but de décrire un droit coutumier que l'on disait préexistant, alors pourtant que le terme était absent des textes de la pratique judiciaire. Son introduction faisait suite à l'influence des élites modernisatrices, qui avaient été guidées par les juristes occidentaux (J. BOURGON, « La coutume et le droit en Chine à la fin de l'Empire », *Annales. Histories, Sciences sociales*, 1999, p. 1073 et J. BOURGON, « Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 2001, p. 125-143).

³ C'est ce que R. Jacob désigne par « configuration » et « représentation » de la juridicité (R. JACOB, « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? », *op. cit.*, p. 104).

⁴ On mentionnera, parmi tant d'autres projets, les travaux de prosopographie des magistrats (FNRS-FRSC BELGAFRIMA, *Prosopographie des magistrats coloniaux belges* (1885-1962)) et plusieurs thèses en cours de réalisation. Si cette contribution concerne essentiellement la colonie du Congo belge, on doit cependant se référer aux nouvelles recherches en droit colonial pour d'autres territoires, notamment pour les colonies françaises (F. RENUCCI, « Introduction », *Clio@themis*, 2011, n°4, *Les Chantiers de l'histoire coloniale*).

différents de ceux de l'historiographie traditionnelle. C'est pourquoi la question de la représentation du droit dans le discours colonial doit être posée. L'un des mérites du mouvement des *postcolonial studies*⁵, qui a fortement inspiré les chercheurs anglo-saxons à partir des années 1980 et, plus récemment, les historiens français et belges⁶, est d'avoir attiré l'attention sur ce type de question. Si l'on peut émettre certaines réserves à l'égard de ce mouvement et des différents courants qui lui sont apparentés, il a permis d'ouvrir de nouvelles pistes de réflexions⁷, à travers un questionnement sur des thèmes tels que la représentation du colonisé, l'analyse des discours, la constitution des savoirs coloniaux et l'impact de ces différents éléments sur les relations de pouvoirs au sein des colonies et des métropoles.

C'est pourquoi nous avons choisi d'aborder l'histoire du Congo belge à travers la représentation du droit autochtone. Le développement de la notion de « coutume indigène » dans le discours colonial sera d'abord envisagé à partir des sources de la doctrine juridique et des travaux de l'administration (I). On s'attardera ensuite sur les origines de ce discours, dans les doctrines européennes, et sur leurs propres modèles de représentation du droit (II).

⁵ N. LAZARUS (dir.), *The Cambridge Companion to Postcolonial Literary Studies*, Cambridge, 2004 ; J. MCLEOD (éd.), *The Routledge Companion to Postcolonial Studies*, Londres, 2007.

⁶ Pour les études relatives à l'histoire du Congo belge et apparentées au mouvement des *postcolonial studies*, on renverra généralement à la bibliographie de P. STACEY et V. REID, « Historiography : the Belgian Congo », dans P. PODDAR et alii, *A Historical Companion to Postcolonial Literatures. Continental Europe and its Empire*, Edimbourg, 2008, p. 28-30.

⁷ Voir en ce sens E. SIBEUD, « *Post-Colonial et Colonial Studies* : enjeux et débats », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2004, p. 87-95, spéc. p. 91. En ce qui concerne les réserves, rappelons le caractère idéologique de la genèse des *postcolonial studies*, certains de leurs travaux fondateurs étant nés d'une critique plus profonde de la colonisation et des rapports de domination que celle-ci suppose, ainsi que d'une volonté de valoriser les minorités, qu'elles soient raciales ou sexuelles. Ceci a donné lieu à des rapprochements avec les *subaltern studies* et avec les théories politiques marxistes.

I. — La notion de « coutume indigène » dans le discours colonial

Au Congo belge, le statut du droit autochtone – ou « droit indigène », pour respecter les terminologies des sources, – était réglé par le droit colonial⁸. Depuis la période de l'Etat indépendant du Congo (ci-après EIC), qui s'étend de 1885 à 1908, jusqu'à la période du Congo belge, de 1908 à 1960, les instruments de type législatif se sont référés à ce droit comme étant « coutumier ». Aucun n'a toutefois défini ce terme.

Ce sont d'autres sources, appartenant au discours colonial, qui en ont entrepris une définition et qui ont développé une réflexion plus ample sur la notion de coutume indigène, notamment en la comparant au concept de loi ou de droit écrit. Après avoir envisagé le statut du droit indigène dans le droit du Congo belge (A), on décrira les sources coloniales qui donnent accès au développement de cette notion (B), avant d'analyser plus précisément leur représentation du droit indigène (C).

A. Le statut de la « coutume indigène » dans le droit du Congo belge

La règle première qui régissait les rapports entre le droit colonial et le droit indigène se trouve dans la Charte coloniale. Promulguée en 1908, lors de la création de la colonie – l'EIC ne possédait pas ce statut –, la Charte fixait les principes de gouvernement et d'administration du Congo belge et elle réglait ses rapports avec la Belgique. L'article 4 de la Charte coloniale envisageait la question du droit applicable aux différentes catégories de personnes résidant dans la colonie.

Quatre catégories étaient déterminées : les Belges, les Congolais immatriculés, les étrangers et les indigènes⁹. Les trois premières

⁸ Voir généralement les travaux de Jacques Vanderlinden, dont l'article « Regards sur la rencontre d'un ordre colonial et d'ordres précoloniaux », dans E. LAMY et L. DE CLERCK (éd.), *L'ordre juridique colonial belge en Afrique centrale. Eléments d'histoire*, Bruxelles, 2004, p. 359-438.

⁹ Dès la fin du XIX^e siècle, le droit de l'EIC avait défini les indigènes comme étant « les individus nés sur le territoire du Congo d'individus de race autochtone » (P. DUFRENOY, *Précis de droit colonial*, Bruxelles, 1946, p. 76). Quant à l'immatriculation, c'est une procédure créée en 1895 et qui avait pour conséquence d'assimiler les indigènes « immatriculés » – pour la plupart, militaires et fonctionnaires – aux Belges en matière de droit.

jouissaient « de tous les droits civils reconnus par la législation du Congo belge », sachant que leur statut personnel – et partant certains litiges de droit privé – était réglé par « leurs *lois nationales* en tant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public » (art. 4.1). En revanche, les indigènes du Congo, de même que ceux des régions voisines, jouissaient « de tous les droits civils qui leurs sont reconnus par la législation de la colonie et par leurs *coutumes* en tant que celles-ci ne sont contraires ni à la législation ni à l'ordre public » (art. 4.2)¹⁰.

Le principe du maintien des « coutumes » remonte au droit de l'EIC. Dès 1886, une ordonnance portant sur le fonctionnement de la justice prévoyait que lorsque les parties à un litige étaient l'une et l'autre indigènes, le différend qui les opposait devait être jugé par les chefs locaux « conformément à la coutume locale »¹¹. D'autres mesures ont ensuite affirmé que les terres occupées par les indigènes étaient régies selon « les coutumes et les usages locaux »¹². Notons qu'en droit pénal, les juridictions de l'EIC étaient compétentes à l'égard de nombreuses infractions impliquant les indigènes¹³.

D'emblée, la Charte coloniale différenciait les indigènes des non indigènes, en matière de droit privé. Pour les premiers, les « coutumes » étaient applicables ; pour les seconds, les lois nationales ainsi que la « législation » du Congo belge. Dans l'esprit de la Charte, ce dernier

¹⁰ Loi du 18 octobre 1908 sur le Gouvernement du Congo belge, *Bulletin Officiel du Congo belge* (ci-après *BO*), 1908, p. 65 et *Moniteur belge*, 1908, p. 5887.

¹¹ Ordonnance du 15 mai 1886, *BO*, 1886, p. 89. Notons qu'à partir de 1898, les tribunaux de première instance ont été admis à connaître des litiges civils et commerciaux entre indigènes, à la requête des deux parties (décret du 11 janvier 1898, *BO*, 1898, p. 37).

¹² Il s'agit principalement du décret du 14 septembre 1886, qui prévoyait que les terres occupées par les populations indigènes continuaient d'être régies par « les coutumes et les usages locaux » (*BO*, 1886, p. 138) ; ainsi que du décret du 3 juin 1906, qui définissait les terres occupées par les indigènes de la manière suivante : « celles où ils habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque conformément aux coutumes et usages locaux » (*BO*, 1906, p. 226).

¹³ Les juridictions de l'EIC étaient compétentes de plein droit si l'infraction avait été commise au préjudice d'un non-indigène ou de l'Etat ; si elle avait eu lieu dans les établissements de l'EIC, d'un non-indigène, ou dans un périmètre d'un kilomètre ; enfin, si elle était connexe d'une infraction imputable à un non-indigène (décret du 7 janvier 1886, *BO*, 1886, p. 1). Voir généralement R. DEWOLF, « Le droit pénal » dans E. LAMY et L. DE CLERCK (éd.), *op. cit.*, p. 317.

terme ne recouvrait pas seulement la loi au sens strict, mais plus largement le concept de disposition normative écrite, c'est-à-dire les lois belges expressément applicables à la colonie, les décrets, mais également les arrêtés et ordonnances¹⁴. Ce faisant, une opposition entre les dispositions normatives écrites et la coutume indigène était esquissée, opposition particulièrement symbolique pour notre propos et sur laquelle nous reviendrons.

Les mesures adoptées après 1908 ont confirmé le statut de la « coutume » comme droit applicable aux indigènes du Congo belge, sous réserve du respect de l'ordre public. La coutume était essentiellement applicable en matière de droit privé, en raison des nombreuses exceptions du droit pénal¹⁵. Egalement, si elle était considérée comme le principal type de droit pour les indigènes, rappelons que certains décrets les visaient directement, notamment dans le domaine du droit matrimonial¹⁶.

Parmi ces mesures, l'une des plus intéressantes est le décret du 15 avril relatif aux juridictions indigènes – également dits « tribunaux coutumiers ». Le décret avait pour objet de reconnaître les structures judiciaires préexistantes et d'en créer de nouvelles, notamment dans les zones urbaines. L'ensemble, compétent pour la majorité des litiges entre indigènes, était intégré au système judiciaire de la colonie et supervisé par les autres juridictions. De nombreuses règles de procédure devaient être suivies par les tribunaux coutumiers, ce qui écarte d'ailleurs l'hypothèse d'une reconnaissance simple de la justice indigène, pour lui préférer celle

¹⁴ La Charte coloniale prévoyait que le pouvoir législatif du Congo belge était exercé par le roi avec la consultation de son conseil colonial (art. 2). Il procédait par *décrets*. En toute hypothèse cependant, le Parlement belge était prééminent : l'article 2 stipule que le roi exerçait le pouvoir législatif, sauf dans les exceptions déterminées par la loi. Ainsi dans certaines matières, en particulier les finances, les chambres belges édictaient des lois applicables au Congo belge. Quant au pouvoir exécutif, il était exercé par le roi, par voie d'arrêtés. Lorsqu'il délégait ce pouvoir au gouverneur général du Congo, celui-ci adoptait des ordonnances (P. DUFRENOY, *op. cit.*, p. 23-27).

¹⁵ Ces juridictions étaient compétentes pour de nombreuses infractions commises par les indigènes, si bien qu'en définitive la justice autochtone ne conservait que les affaires mineures, dont les adultères, les escroqueries à la dot et les calomnies (M.-B. DEMBOUR, « La peine durant la colonisation belge » dans *La peine. Recueil de la Société Jean Bodin*, t. IV, Bruxelles, 1991, p. 67-95, notamment p. 77).

¹⁶ Parmi plusieurs exemples, on citera le décret du 4 avril 1950 relatif à l'interdiction de la polygamie, *BO*, 1950, p. 484.

d'une institutionnalisation. L'une de ces règles prévoyait que les règles de fond applicables au litige étaient « les coutumes, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public universel »¹⁷.

Si la Charte coloniale et les dispositions ultérieures se référaient à la coutume pour évoquer le droit autochtone, aucune n'indiquait cependant ce qu'il convenait d'entendre par ce terme. D'autres sources s'en sont démarquées, développant une définition, voire une réflexion, sur le concept de coutume indigène. Ces sources, ce sont les travaux de l'administration et la doctrine juridique, qui se sont employés à caractériser la notion à partir du dernier tiers du XIX^e siècle jusqu'à la fin des années 1950.

B. Les sources du discours colonial : doctrine juridique et travaux de l'administration

Les documents qui permettent de percevoir le point de vue du colonisateur belge sur le droit indigène sont extrêmement nombreux. Leurs formes, leurs auteurs et leurs objets sont par ailleurs multiples. A titre d'illustration, indiquons que l'on dispose des rapports administratifs, mais encore des récits d'explorateurs, des travaux d'ethnologues, ou des critiques des missionnaires à l'égard de tel ou tel aspect du mode de vie indigène¹⁸. Sur la notion de coutume, deux sources sont privilégiées : la doctrine juridique et les travaux de l'administration.

¹⁷ Article 17 du décret du 15 avril 1926 relatif aux juridictions indigènes, *BO*, 1926, p. 448. Notons que l'institutionnalisation des tribunaux coutumiers a été pérenne. Bon nombre de ces tribunaux ont été maintenus après l'Indépendance. En 1968, la loi de promulgation du Code d'organisation judiciaire a créé des tribunaux de paix, dont l'une des fonctions consistait à prendre la relève des tribunaux coutumiers. La mise en œuvre a cependant été tardive. Evariste Boshab indique que peu de tribunaux de paix existent dans les zones rurales, où le recours à la justice coutumière reste fréquent (E. BOSHAB, *Pouvoirs et droits coutumiers à l'épreuve du temps*, Bruxelles, 2007, p. 129-137).

¹⁸ C. BRAILLON et E. FALZONE, « Mariage, droit et colonisation(s) en Amérique hispanique et au Congo belge : quelles concurrences ? » dans S. EYEZO'O et J.-F. ZORN (dir.), *Concurrences en mission : propagandes, conflits, coexistences (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, 2011, p. 79-105. Pour l'histoire de la documentation coloniale, on se référera généralement à M. PONCELET, *L'invention des sciences coloniales belges*, Paris, 2008.

1. La doctrine juridique

Il s'agit de la production des juristes en dehors du cadre strictement judiciaire. Majoritairement publiée, elle prend la forme de monographies ou d'articles, rédigés par des juristes qui avaient étudié le droit en Belgique et qui ont exercé certaines fonctions au Congo, principalement magistrats ou hauts fonctionnaires, ou qui ont entretenu des liens particulier avec l'entreprise coloniale. Ceux-ci ont fortement influencé l'acquisition des savoirs coloniaux¹⁹.

Plusieurs ouvrages ont bercé l'histoire du droit du Congo belge : qu'on pense, parmi tant d'autres, à ceux de Félicien Cattier et d'Antoine Sohier, sur lesquels on s'attardera²⁰. Le décret de 1926 relatif aux juridictions indigènes a par ailleurs encouragé la diffusion des études sur le droit indigène. L'institutionnalisation de ces juridictions est à l'origine de la création du *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier* en 1933. Dirigée par A. Sohier, la revue publiait les articles des magistrats et des administrateurs, sur le droit d'une localité – essentiellement dans la région du Katanga – ou sur un aspect spécifique du droit. Elle diffusait également la jurisprudence des tribunaux coutumiers.

La doctrine juridique se distingue par son formalisme. Celui-ci concerne aussi bien la forme d'analyse et de présentation de la « coutume » que la méthode d'étude. Les juristes employaient régulièrement les catégories du Code civil belge. D'autre part, si certains décrivaient le droit indigène d'une localité, d'autres envisageaient « le » droit coutumier ou « un » droit coutumier, dans une visée d'unification des droits locaux et éventuellement, de codification. Aussi tendaient-ils à effacer les distinctions entre les différentes populations du Congo, alors pourtant que des différences majeures existaient en ce qui concerne l'organisation de la société et les relations interpersonnelles²¹.

¹⁹ M. PONCELET, *op. cit.*

²⁰ On peut d'ores et déjà citer : 1- pour la période de l'EIC : F. CATTIER, *Droit et administration de l'État Indépendant du Congo*, Bruxelles, 1898 ; 2 – pour la période du Congo belge : G. VAN DER KERKEN, *Les Sociétés Bantoues au Congo Belge et les problèmes de la politique indigène*, Bruxelles, 1919 ; P. SALKIN, *Etudes africaines*, Bruxelles, 1920 ; A. SOHIER, *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo Belge*, Bruxelles, 1949.

²¹ A titre d'exemple, on renverra aux études d'Antoine Sohier, ce dernier comptant parmi les auteurs les plus influents. La plupart de ses publications, surtout celles

2. Les travaux de l'administration

Quant aux travaux de l'administration, ils recouvrent l'ensemble des documents qui ont pu être établis par un membre de l'administration, à tout niveau de la hiérarchie administrative, et dont tout ou partie a été consacré à une description du droit indigène ou à une réflexion sur la notion de coutume.

Au sein de la production de l'administration, ce sont les rapports des administrateurs territoriaux qui sont les plus riches pour l'étude du sujet. Appartenant aux échellons inférieurs de l'organisation administrative²², placés sous la direction du gouverneur général de la colonie, des gouverneurs de province et des commissaires de district, ils étaient les gestionnaires des localités et partant, les intermédiaires principaux entre l'administration et les populations autochtones²³. Parmi une multitude d'attributions, dont la collecte des impôts, le recensement des populations, l'état civil et l'administration de la prison, l'administrateur était dans l'obligation de participer aux conseils de chefferie, au fonctionnement de la justice indigène et d'établir les états de comptes des circonscriptions indigènes.

Lorsque les administrateurs territoriaux étaient chargés de rédiger des rapports spécifiques sur les populations de leurs territoires, certains aspects portaient sur le système juridique. L'intérêt des dirigeants pour ce genre d'information remonte à la période de l'EIC, notamment avec l'envoi, en 1887, d'un *Questionnaire concernant l'organisation politique, civile et pénale des tribus du territoire de l'État indépendant* (voir *infra*,

relatives au droit du mariage, ne distinguent pas entre les différentes régions du Congo belge. L'anthropologie du droit nous enseigne l'existence de variantes en matière de droit matrimonial, comme plus généralement en matière de droit privé (W. MC GAFFEY, *Custom and Government in the Lower Congo*, Berkeley, 1970). A l'inverse, l'objectif d'A. Sohier était de dégager le « fond communs » des différentes règles coutumières, pour décrire « un » droit coutumier congolais (Antoine SOHIER, « Le mariage coutumier congolais », *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais* (ci-après *BJJ*), 1933, p. 149.

²² Au sens large, l'unité à laquelle les administrateurs de territoire appartenait – dite la « territoriale », du nom du Service territorial créé en 1912 –, comprenait des administrateurs de territoire, des administrateurs assistants principaux, des administrateurs assistants, des agents territoriaux principaux et des agents territoriaux (M.-B. DEMBOUR, *Recalling the Belgian Congo. Conversations and Introspection*, Oxford, 2000).

²³ M.-B. Dembour parle de la « colonne vertébrale » de la colonie (*Ibid.*, p. 22).

p. 161). Dans un contexte pourtant peu propice à l'étude des populations – les priorités matérielles des dirigeants de l'EIC étaient alors bien différentes²⁴ – cette enquête a connu une renommée scientifique importante, au Congo comme dans les relations internationales²⁵.

Au début du XX^e siècle également, une enquête fut lancée sur la structure politique des chefferies indigènes, envisageant principalement les règles de succession au pouvoir²⁶. Enfin, plusieurs projets ont été initiés par l'administration dans le sillage du décret de 1926 instaurant les tribunaux indigènes²⁷. En dehors des instructions officielles, de nombreux travaux sur les « coutumes » des populations ont été réalisés spontanément²⁸.

Si les travaux juridiques se caractérisent par leur formalisme, ceux de l'administration suscitent des remarques plus proprement politiques,

²⁴ Ces préoccupations étaient davantage centrées sur le contrôle effectif des territoires et sur l'organisation des transports et des modes d'exploitation des ressources (L. H. GANN et P. DUIGNAN, *The Rulers of Belgian Africa 1884-1914*, Princeton, 1979).

²⁵ La renommée scientifique du questionnaire et des réponses qui lui ont été données est illustrée dans une correspondance entre le Ministère des affaires étrangères et le Ministère des colonies, à propos d'une demande des Pays-Bas. En décembre 1912, l'ambassadeur des Pays-Bas à Bruxelles exprima le désir d'obtenir copie des renseignements que le Gouvernement belge aurait recueilli au sujet du droit indigène (*adatrecht*). Faisant parvenir une dizaine de documents, le ministre des colonies mentionnait qu'un « questionnaire relatif aux coutumes indigènes a été adressé jadis à nos fonctionnaires d'Afrique », mais que les exemplaires avaient été épuisés. Dans une réponse, le Ministère des affaires étrangères précisait que le ministre néerlandais des colonies attacherait « un grand prix » à obtenir une copie du questionnaire, que le Ministère des colonies lui fit ensuite parvenir (lettre du 9 décembre 1912 du Ministère des affaires étrangères ; lettre du 27 décembre 1912 du Ministère des colonies ; lettre d'avril 1913 du Ministère des affaires étrangères, Bruxelles, Service public fédéral des Affaires Etrangères de Belgique, Archives africaines (ci-après AEAA), AI, 1370).

²⁶ AEAA, AI, 1370.

²⁷ Il s'agit principalement : 1 – des enquêtes préalables à l'établissement de juridictions indigènes ; les administrateurs territoriaux étant chargés de transmettre, pour chaque tribunal particulier, une demande de reconnaissance ou de création (AEAA, AI, 1370 ; AEAA, AI, 1592) ; 2 – d'un projet initié par A. Sohier. En 1932, alors procureur général, il transmet à tous les administrateurs de la province du Katanga une *enquête sur le droit coutumier indigène*, rédigée par le Procureur P. van Arenbergh (AEAA, AI, 1669). Après opposition, le projet fut abandonné sur le plan administratif, mais repris comme point de départ de nombreuses publications dans le *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier*, 1933, p. 22.

²⁸ Voir les études ethnographiques dans AEAA, AI, 1407, 1408, 1409 et 1410.

même si les deux corps ont participé ensemble à la construction de l'autorité coloniale. En premier lieu, la connaissance du droit indigène a constitué un élément déterminant de la gestion des territoires. A un niveau plus général ensuite, la collecte de l'information a contribué au développement de la politique indigène.

La politique indigène du Congo belge reposait sur un double principe : le respect des coutumes et l'encouragement d'une « civilisation » progressive. L'objectif était que les coutumes « évoluent » naturellement vers le mode européen²⁹. Ces principes s'accompagnaient de délégations de pouvoirs aux chefs indigènes. Le programme est illustré par les propos du Ministre des colonies Louis Franck (1918-1924) : « l'autorité coloniale doit former graduellement une administration indigène subordonnée, qui empruntera son influence à notre pouvoir et consolidera l'institution des chefferies »³⁰. C'est pourquoi les décrets du 3 juin 1906 et du 2 mai 1910 avaient organisé les circonscriptions indigènes, en reconnaissant l'autorité des chefs coutumiers et en faisant de la chefferie une subdivision administrative de l'organisation coloniale³¹.

Or, si l'on prend l'exemple de l'enquête sur la structure politique des chefferies indigènes (1907-1908), et des rapports des administrateurs territoriaux dans ce cadre, on s'aperçoit que ceux-ci répondent aux thématiques des décrets de 1906 et de 1910. Ceux-ci édictaient pour la première fois des règles relatives à l'exercice du pouvoir au sein des circonscriptions. Plusieurs articles portaient sur la désignation des chefs, précisant notamment que la « coutume » devait déterminer l'indigène le plus qualifié pour exercer la fonction de chef³². Seule était revêtue de cette

²⁹ L'article 5 énonçait ce principe, en donnant mission au gouverneur général de protéger et de favoriser toutes les institutions et entreprises religieuses, scientifiques ou charitables, tendant à « instruire les indigènes et à leur faire comprendre et apprécier les avantages de la civilisation ». Le texte était repris de l'article 6 du Traité de Berlin de 1885 (A. HALOT-GEVAERT, *La Charte coloniale belge. Commentaire de la loi de gouvernement du Congo belge*, Paris/Bruxelles/Londres, 1910, p. 44).

³⁰ L. FRANCK, « Quelques aspects de notre politique indigène au Congo » dans L. FRANCK (dir.), *Etudes de colonisation comparée*, t. I, Bruxelles, 1924, p. 79-129, spéc. p. 99.

³¹ J. MAGOTTE, « Les circonscriptions indigènes » dans L. HENNEBICQ, J. WATHELET et G. CISELET (dir.), *Les Nouvelles. Droit colonial*, t. III, Bruxelles, 1938, p. 407-492.

³² Sur la légitimation du pouvoir politique traditionnel par l'autorité coloniale et l'impact politique de ces mesures sur le long terme : H. MAMBI TUNGA BAU, *Pouvoir traditionnel et pouvoir d'Etat en République Démocratique du Congo. Esquisse d'une*

qualité la personne investie comme telle par le commissaire de district, lequel était chargé de reconnaître et d'investir le chef. Précisément, les rapports rédigés par les administrateurs témoignent d'un intérêt particulier pour les règles de succession et d'investiture. En décrivant le fonctionnement du pouvoir et de la justice au sein de la société indigène, les fonctionnaires territoriaux fournissaient une base nécessaire à l'orientation de la politique coloniale, la connaissance du droit indigène étant un élément du processus de prise de décision³³.

*C. Le droit indigène : non écrit,
ancien et « purement coutumier »*

De la fin du XIX^e siècle aux années 1950, les travaux de l'administration coloniale et de la doctrine juridique se sont attachés à décrire les « coutumes » des colonisés, que ce soit pour une région spécifique ou bien à un niveau plus général, éventuellement avec une visée unificatrice. Dans ces sources, il est question des règles de droit (ce que prescrivent les « coutumes ») mais également, de la forme que prend le droit dans la société, c'est-à-dire le concept de coutume lui-même. L'administration et la doctrine ont cultivé un intérêt premier pour ce sujet, notamment parce qu'il suppose l'existence d'une forme de droit éloignée de celles du droit belge. Cet intérêt a existé dès la période de l'EIC, lors de laquelle est apparue une première définition du concept de « coutume indigène » (1), qui a ensuite été suivie et précisée pendant la période du Congo belge (2).

1. Les sources de l'EIC (1885-1908)

Les premiers documents qui illustrent le développement de la notion de coutume dans le discours colonial remontent à la période de l'EIC. Il s'agit d'abord du livre *Droit et administration de l'État Indépendant du Congo* de Félicien Cattier. Paru en 1898, c'est un ouvrage de référence³⁴ en droit colonial, notamment en raison de la personnalité de son auteur³⁴.

théorie d'hybridation des pouvoirs politiques, Kinshasa, 2010.

³³ A. BERTRAND « De la nécessité d'une documentation scientifique ou statistique préalable à toute mesure intéressant les indigènes », *Bulletin des séances de l'Institut Royal Colonial Belge*, 1931, p. 489.

³⁴ Diplômé en droit de l'Université libre de Bruxelles (1891) et docteur spécial en droit pénal et histoire du droit (1893), F. Cattier fut fortement impliqué dans les

F. Cattier envisage les « sources » du droit privé congolais, c'est-à-dire les formes matérielles qui servent à identifier les règles de droit. Il en distingue deux types : les sources écrites et les sources non écrites. Les premières correspondent à l'ensemble des dispositions normatives écrites, en ce compris les dispositions du Code civil de l'EIC, les décrets, les ordonnances et les arrêtés³⁵. Quant aux sources non écrites, ce sont les « coutumes locales », auxquelles l'ordonnance de 1886 se référait. L'auteur les identifie au droit indigène et précise qu'il s'agit des « usages anciens et assez uniformes que pour mériter le nom de coutume »³⁶. Il ajoute par ailleurs que la coutume est la seule forme de droit dans les sociétés indigènes : « le droit indigène (...) est purement coutumier »³⁷.

D'autres sources, inédites, traduisent le point de vue de l'administration locale. Ce sont les réponses au questionnaire de 1887, que nous avons mentionné plus haut, et dont l'initiative revenait à Edmond Van Eetvelde, alors administrateur général des affaires étrangères de l'EIC. En mars 1887, il transmet une cinquantaine d'exemplaires du *Questionnaire concernant l'organisation politique, civile et pénale des tribus du territoire de l'État indépendant* au gouverneur général à Boma. Les exemplaires vierges devaient être remplis par les « hauts fonctionnaires, magistrats, et toute personne susceptible d'être en contact avec les indigènes : missionnaires, administrateurs »³⁸. L'objectif était de réaliser un recueil de coutumes

entreprises coloniales. Avec Edmond Picard, chez qui il effectuait son stage d'avocat au barreau de Bruxelles, il collabora à la rédaction d'une consultation sur la question des terres vacantes de l'EIC. Il accepta ensuite une mission auprès du conseiller du roi de Siam (1896), avant de revenir à Bruxelles et d'y occuper les fonctions de conseiller juridique dans les sociétés coloniales et de professeur à l'ULB, où il enseigna notamment le droit du Congo. Il s'investit ensuite dans les débats relatifs à l'EIC et à la création du Congo belge (P. KAUCH, «F. Cattier», dans *Biographie nationale*, Bruxelles, 1964, t. 32 supplément t. IV, p. 90).

³⁵ F. CATTIER, *op. cit.*, p. 339-340.

³⁶ *Ibidem*, p. 342. Il s'agit de l'ordonnance du 15 mai 1886, précédemment citée (voir *supra*, note 11), qui prévoyait que les coutumes étaient applicables en cas de lacune du droit colonial. F. Cattier interprétait l'ordonnance comme se référant au droit indigène, pour la raison qu'à l'époque où elle fut adoptée, il ne pouvait pas exister, dans les localités habitées par les Européens, « des usages assez anciens et assez uniformes que pour mériter le nom de coutume »

³⁷ *Ibid.*, p. 343.

³⁸ Lettre de l'administrateur général au gouverneur général, 30 mars 1888, AEAA, AI, 1370. L'exemplaire vierge du questionnaire, ainsi que les réponses, sont disponibles

indigènes. Si le travail de condensation des réponses – qui avait été confié à Félix Fuchs – n’a pas laissé de traces³⁹, le questionnaire a suscité l’intérêt de nombreux membres de l’administration de l’EIC. Notons que toutes les réponses proviennent de la région du Bas-Congo et que certaines ont été rédigées par des juristes⁴⁰.

Parmi les questions posées, certaines portaient sur le fonctionnement des pouvoirs exécutif et législatif. Dans le cadre du thème des pouvoirs du chef, on trouve celle-ci : « dispose-t-il du pouvoir législatif ? ». Elle postule l’existence d’une loi ou du moins, d’une notion s’en rapprochant.

Les réponses des magistrats, missionnaires et administrateurs associent spontanément cette question à la thématique de la coutume, une association qui est confirmée par la préparation du questionnaire⁴¹. Les opinions diffèrent cependant quant à la relation entre les deux notions.

dans le même portefeuille. On relèvera qu’un texte reproduisant le modèle du questionnaire a été publié en 1894 par Félicien Cattier et Louis Wodon (F. CATTIER et L. WODON, *Enquête sur les coutumes juridiques des peuplades congolaises*, Bruxelles, 1894).

³⁹ Dans une lettre datant de juillet 1889, le gouverneur général précise que les « indispositions » de F. Fuchs ne lui ont pas permis de terminer le travail, mais qu’il pourra le parachever à Bruxelles (lettre du gouverneur général à l’administrateur général, 2 juillet 1889, AEAA, 1370 ; en ce sens : M. VAN GRIEKENS-TAVERNIER, *La colonisation belge en Afrique centrale. Guide des archives africaines du ministère des affaires africaines, 1885-1962*, Bruxelles, 1981, p. 38). Docteur en droit de l’ULB, avocat au barreau de Bruxelles, F. Fuchs occupait en 1888 le poste de juge suppléant près le Tribunal d’appel et de directeur de la justice *ad interim*, avant d’être officiellement nommé à ce poste au mois de mai de la même année. En juillet 1889, il retourna en Belgique pour soigner un paludisme, et revint en Afrique au mois de novembre (B. PIRET, *Inventaire des archives de Félix Fuchs (1887-1927) conservées au Musée royal de l’Afrique centrale*, Tervuren, 2011, p. 6). Sur sa biographie, voir également F. DELLICOUR, « Félix Fuchs », dans *Biographie coloniale belge*, t. I, Bruxelles, 1948.

⁴⁰ Il s’agit entre autres de William Holman Bentley, missionnaire anglais de la *Baptist Missionary Society* qui avait fait ses études de droit à Glasgow (A. LACROIX, « W. H. Bentley », *Biographie coloniale belge*, t. I, Bruxelles, 1948, p. 115) et d’Arthur-Henri Baerts, juge du Tribunal de première instance de Banane, diplômé en droit de l’ULB (R. BONNAERENS « Arthur-Henri Baerts », *Biographie coloniale belge*, t. IV, Bruxelles, 1955, p. 9).

⁴¹ Dans le brouillon du questionnaire de 1887, on retrouve, dans la question relative au pouvoir législatif, plusieurs autres sous-questions qui ont été supprimées dans le texte définitif : « dans quelle forme promulgue-t-il les décisions ? quelle est la forme des coutumes ? comment sont-elles constatées ? » (AEAA, AI, 1370).

Certaines réponses insistent sur le fait que la société indigène n'a pas de loi, mais bien des coutumes : « il n'existe pour ainsi dire pas de pouvoir législatif. On se base sur des coutumes très anciennes qui ne sont jamais modifiées »⁴². Selon d'autres réponses au contraire, la coutume est précisément la « loi de l'indigène ». Ainsi le juge Arthur-Henri Baerts, dont les réponses furent les seules à être publiées, écrivait : « chez les Mousseronghes la législation est exclusivement coutumière. Le roi, avec le concours de l'assemblée, ne fait que définir la coutume dans chaque cas particulier »⁴³.

2. Les sources du Congo belge (1908-1960)

La représentation du droit indigène dans les différents documents établis à la fin du XIX^e siècle pourrait être synthétisée de la manière suivante : le droit indigène est *coutumier*, la coutume est la *seule* forme de droit dans la société indigène, c'est un droit *non écrit* et c'est un droit *ancien*. Le même paradigme est constaté aux cours des décennies suivantes.

De nombreux articles publiés dans le *Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier* ont été consacrés à la description des règles dites coutumières, mais également à la notion de coutume elle-même⁴⁴. Le directeur de la revue, A. Sohier, s'intéressa constamment à cette thématique. Outre sa renommée⁴⁵, il se distinguait de ses

⁴² VANDEVELDE (Boma), p. 2 : « il n'existe pour ainsi dire pas de pouvoir législatif. On se base sur des coutumes très anciennes qui ne sont jamais modifiées » (AEAA, AI, 1370).

⁴³ M. BAERTS et PRIEUR, « Organisation civile, politique et pénale de la tribu des Mousseronghes », *Publications de l'EIC*, n°4, 1890, p. 7.

⁴⁴ Outre les articles d'A. Sohier, on citera les exemples de V. DEVAUX, « Essai critique sur la situation juridique des indigènes », *BJI*, 1938, p. 196 et LAFONTAINE, « L'évolution juridique de la société congolaise », *BJI*, 1956, p. 157. Voir également les publications dans le périodique *Aequatoria* et dans le *Journal des Tribunaux d'Outremer*.

⁴⁵ A. Sohier est connu pour son œuvre doctrinale considérable, qui va de pair avec une carrière de magistrat brillante, effectuée au parquet pour la période passée au Congo belge. Arrivé au Katanga en 1910, il exerça les fonctions de substitut du procureur du roi (1912) puis de procureur du roi près du Tribunal de première instance d'Elisabethville (1918), et de substitut du procureur général (1922) puis de procureur général près la Cour d'appel d'Elisabethville (1925). Il quitta le Congo belge en 1937

prédécesseurs en refusant de considérer la coutume comme la seule catégorie du droit indigène, à une époque où certains administrateurs considéraient que la coutume était à la société indigène ce que la loi était à l'Européen⁴⁶.

Parmi les sources du droit indigène, A. Sohier citait la coutume, mais également la loi, la jurisprudence et les principes généraux du droit⁴⁷. En toute hypothèse cependant, l'auteur considérait la coutume comme la composante première de ce droit⁴⁸.

Sa définition reproduisait par ailleurs de nombreux éléments constatés dans les documents de l'EIC. Citant un jugement du Tribunal de première instance d'Elisabethville de 1914, l'auteur faisait siennes les considérations suivantes : « le droit coutumier est l'usage que le temps et un certain nombre d'actes conformes ont transformé en règles obligatoires »⁴⁹. Il confirmait une conception devenue classique, en y apportant certaines précisions, dont le fait que le caractère obligatoire de la coutume indigène pouvait être déduit d'une pratique constante.

A la même époque, on peut lire sous la plume du chef de l'administration des affaires indigènes et de la main d'œuvre : « la règle coutumière tient sa force obligatoire d'une longue et commune pratique »⁵⁰. On constate la reproduction de cette définition dans les

et poursuivit sa carrière en Belgique, carrière qu'il acheva comme premier président de la Cour de cassation (1958) (E. LAMY, « Sohier (Antoine) », dans *Biographie Belge d'Outremer*, t. VIII, Bruxelles, 1998, p. 392).

⁴⁶ PIRSON, 1923, AEAA, AI, 1407 : « les coutumes sont profondément enracinées dans les lois qui les régissent ». Voir en ce sens dans la doctrine juridique : J. VANHOVE, « Eléments du droit privé coutumier du Congo belge », dans L. HENNEBICQ, J. WATHELET et G. CISELET (dir.), *op. cit.*, t. III, p. 629 : « la loi de l'indigène est la coutume ».

⁴⁷ A. SOHIER, « Note sur la notion de coutume et de droit coutumier congolais », *Bulletin de l'Institut Royal Colonial Belge*, t. XV, 1944, p. 34-41.

⁴⁸ On renverra pour preuve aux titres de ses ouvrages et de ses contributions, qui établissent une association presque exclusive entre le droit indigène et le droit coutumier.

⁴⁹ Tribunal de première instance d'Elisabethville, 9 mars 1914 (cité dans A. SOHIER, « Note sur la notion de coutume... », *op. cit.*). Egalement : A. SOHIER, *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge*, *op. cit.*, p. 10-11.

⁵⁰ Note du chef de l'administration des indigènes et de la main d'œuvre R. PREYS, 12 janvier 1938, AEAA, AI, 1644.

sources ultérieures, tant dans la doctrine juridique que dans les travaux de l'administration⁵¹.

II. — Les matériaux du discours colonial : la représentation de la « coutume » en droit belge (XIX^e – XX^e s.)

L'homogénéité du discours colonial en matière de représentation du droit autochtone, à travers la définition de la notion de « coutume indigène », est un phénomène remarquable. Cette homogénéité ne peut s'expliquer, en partie, que par les éléments qui ont inspiré le discours colonial. Le facteur principal tient à l'état de la théorie des sources du droit dans le droit belge à l'époque coloniale.

Cette théorie, dont découle la définition de la coutume, catégorise et définit les « sources du droit ». Ces dernières sont les formes qu'une règle de droit peut prendre dans un ordre juridique donné, et dont sa validité dans cet ordre dépend⁵². Historiquement, les ordres juridiques d'Europe continentale ont eu tendance à distinguer deux grandes catégories de sources du droit : la loi et la coutume⁵³. Parmi les textes qui ont pu inspirer le discours colonial, on doit en premier lieu prendre en

⁵¹ On citera : 1^o pour la doctrine : M. VERSTRAETE, « Les personnes et la famille », dans A. SOHIER (dir.), *Droit civil du Congo belge*, t. I, Bruxelles, 1956, p. 22 : « deux conditions doivent être remplies pour qu'une pratique soit coutumière : la tradition et la conviction qu'elle constitue le droit » ; 2^o pour l'administration : SALMON, *Le droit matrimonial des Warega*, 1952, AEAA, GG, 7130 : « la coutume est créée par les mœurs [...] usage implanté dans une collectivité uniformément et depuis longtemps et considéré comme obligatoire par les juridictions ».

⁵² C'est pourquoi l'on précise parfois qu'il s'agit des sources « formelles » du droit, par opposition aux sources matérielles, définies comme les éléments de fait (au sens large, sociaux, économiques, historiques, idéologiques, etc.) et qui expliquent l'existence d'une règle de droit en particulier ; et aux sources documentaires, c'est-à-dire le support du texte. Sur les sources du droit en France et en Belgique, voir généralement : « Sources du droit » dans G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, 2004 ; « Sources du droit » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, ainsi que le numéro spécial des *Archives de philosophie du droit* en 1982.

⁵³ Auxquelles s'ajoutent éventuellement, avec une importance plus ou moins grande selon les auteurs, la jurisprudence et la doctrine. Pour ces deux sources cependant, les juristes prennent toujours soin de préciser qu'elles ne constituent pas des sources « officielles » du droit dans les ordres juridiques continentaux.

considération les commentaires du Code civil de 1804, rédigés par les juristes français au XIX^e siècle (A). Les travaux et les enseignements belges seront ensuite abordés (B), avant de questionner les processus de diffusion de ces textes dans le discours colonial (C).

A. Les commentaires du Code civil français et la théorie des sources du droit (XIX^e siècle)

L'historiographie traditionnelle distingue deux courants de la doctrine civiliste du XIX^e siècle : l'école historique et l'école de l'exégèse. Selon une approche caricaturale, la première aurait privilégié les sources de l'ancien droit – dont le droit coutumier, le droit romain et les ordonnances – dans l'interprétation du Code civil de 1804, tandis que la seconde les aurait rejetées, au profit du Code et des lois contemporaines.

Les auteurs du début du XX^e siècle sont à l'origine de cette interprétation, reprochant à l'école de l'exégèse une « rigidité » dans la définition du droit, qui se serait traduite par la reconnaissance exclusive d'une seule source du droit (la législation) et par un hermétisme total envers d'autres éléments d'interprétation, dont la philosophie et l'histoire⁵⁴. Des travaux plus récents, dont ceux de Jean-Louis Halpérin, Philippe Rémy et Nader Hakim, ont permis de nuancer cette vision dichotomique⁵⁵.

En premier lieu, il serait impropre de parler d'une *école* de l'exégèse. A la place, J.-L. Halpérin suggère de distinguer selon les périodes et les auteurs. Leur méthode n'était nullement monolithique : les premiers commentaires du Code contiennent de nombreuses références au droit naturel, à l'histoire et au droit romain⁵⁶. Les suivants, réalisés par des auteurs formés après 1804, sont moins sensibles à ces sujets.

⁵⁴ Voir le paradigme de cette historiographie dans J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924.

⁵⁵ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XX^e siècle*, Paris, 2002 ; P. RÉMY, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, p. 115 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, p. 80. Voir également B. BOUCKAERT, *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code civil*, Anvers, 1981.

⁵⁶ D. R. KELLEY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, 1984, p. 45-49. Pour le droit naturel, voir l'exemple de C. E. DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, t. I, Paris-Bruxelles, 1827, p. 19.

Les mêmes réserves doivent être émises en ce qui concerne les sources du droit. D'une manière générale, l'opinion des civilistes du XIX^e siècle ne peut se réduire à une déférence absolue envers le texte de la loi⁵⁷. D'autre part, ils n'étaient pas réticents à une réflexion sur le droit et ses formes. Bien au contraire, la plupart des commentaires du Code civil s'ouvraient sur une riche introduction, relative à la définition du droit positif, à sa force obligatoire, et éventuellement à ses rapports avec l'ancien droit. C'est dans le cadre de ce sujet qu'une réflexion, plus ou moins importante, était consacrée au concept de coutume.

Les commentaires du Code et les traités de droit civil du XIX^e siècle citent la coutume parmi les sources du droit et en développent une définition. Dans le contexte de cette doctrine, le terme « coutume » est utilisé comme synonyme d'« usage local », avec lequel il est pratiquement interchangeable. Il désigne les usages contemporains propres à une localité ou à une branche professionnelle et qui constituent, en droit civil, une source de droit subsidiaire par rapport à la législation. L'usage local est applicable en cas de lacune, ou bien lorsqu'un article du Code y renvoie expressément, par exemple pour la distance des plantations entre deux fonds voisins⁵⁸.

Pour le début du XIX^e siècle, il ressort de commentaires majeurs, dont ceux de Charles Duranton, Charles Toullier et Armand Demante, que le droit d'un peuple comprend : 1 – les dispositions écrites et promulguées (le Code et plus généralement la loi) ; et 2 – le droit qui s'est établi avec le temps, par l'usage des peuples (la coutume ou l'usage local)⁵⁹. Également, en 1854, l'ouvrage *Le droit civil français* de Karl Salomo Zachariae

⁵⁷ Là où les auteurs étaient fortement attachés à la loi, il s'agissait davantage d'une « foi » dans le texte écrit qu'un essai de définition théorique du droit (R. JACOB, « Editer la loi. Positivisme juridique et histoire nationale au début du XIX^e siècle », *Bulletin de la Commission Royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de la Belgique*, 1996, p. 135-178, spéc. p. 169).

⁵⁸ Ils envisagent également, mais à un niveau moindre, les coutumes de l'Ancien Régime. En même temps que toutes les autres sources de droit anciennes (ordonnance, droit romain...) celles-ci ont été abolies dans les matières réglées par le Code, mais il est possible de s'y référer en cas de lacune (article 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII promulguant le Code civil).

⁵⁹ C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. I, Paris, 1824, p. 126 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 3^e éd., Paris-Bruxelles, 1830, p. 8 ; A.-M. DEMANTE, *Programme du Cours de droit civil français fait à l'Ecole de Paris*, 2^e éd, t. I, Paris, 1835, p. 6.

précise que le droit civil français comprend deux *sources* : le droit législatif et le droit coutumier⁶⁰.

Selon la conception de ces textes, les coutumes possédaient un caractère non écrit, qui les distinguait de la loi, mais elles se caractérisaient également par une origine populaire et par une ancienneté. Dans l'un des traités majeurs du siècle, directement inspiré de celui de K.-S. Zachariae, Charles Aubry et Charles Rau ont repris cette distinction entre le droit écrit (la loi) et le droit non écrit (la coutume) et ils ont donné de la coutume la définition suivante : « un usage ne doit être considéré comme obligatoire qu'autant que les faits invoqués pour en établir l'existence soient multiples et uniformes, et qu'ils se soient produits, pendant un certain laps de temps, d'une manière non clandestine et sans désapprobation expresse du législateur »⁶¹. Reproduisant les textes antérieurs, cette définition est l'exemple typique de la représentation de la « coutume » adoptée en droit civil français au XIX^e siècle.

B. Les notions de sources du droit et de coutume dans la doctrine et l'enseignement du droit en Belgique

Dans son introduction aux *Principes de droit civil* (1876), F. Laurent envisageait les origines historiques du Code de 1804. Ce faisant, il abordait le sujet des coutumes en vigueur avant cette date et précisait que les peuples étaient à cette époque attachés à leurs « coutumes traditionnelles » et à leurs « vieux usages »⁶². Depuis que le droit avait été codifié, la notion de coutume recouvrait le droit non écrit, c'est-à-dire un droit « qui n'émane pas du législateur, qui n'est pas publié, ni authentiquement consacré »⁶³.

⁶⁰ K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, 5^e éd. (trad. fr.), t. I, Paris, 1854, p. 6. Voir par la suite : F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, 4^e éd., t. I, 1855, p. 8 ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6^e éd., Paris, 1866, p. XXXI ; E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, 1869, p. VI.

⁶¹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.-S. Zachariae*, 3^e éd, t. I, Paris, 1856, p. 39. La définition est semblable à celle développée par Charles Toullier en 1824 (C. TOULLIER, *op. cit.*, p. 126).

⁶² F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, 1876, p. 9.

⁶³ L'auteur insiste sur le caractère non écrit de l'usage contemporain, en raison de la comparaison avec les coutumes de l'Ancien Régime qui, à partir du XV^e siècle, avaient pris une forme écrite (*Ibid.*, p. 12).

Si F. Laurent compte parmi les plus grands juristes de l'histoire du droit belge⁶⁴, bien d'autres juristes et professeurs belges ont développé, à partir du XIX^e siècle, une définition de la « coutume » en tant que source du droit. Parmi les enseignements, citons le cours d'*Encyclopédie du droit* donné à l'Université de Liège par Paul Namur⁶⁵. On retrouve la notion dans d'autres matières que le droit civil, notamment l'histoire du droit et le droit romain. Dans l'ouvrage *Ancien droit Belgique* (1876), d'Eugène Defacqz, le droit coutumier est défini comme « l'usage que le temps et un certain nombre d'actes conformes ont transformé en règle obligatoire »⁶⁶. Au début du XX^e siècle, le cours de droit romain donné par Henri Staedler à l'Université de Louvain insistait sur le caractère non écrit de l'usage⁶⁷.

Les définitions de ces textes sont très proches de celles adoptées dans les commentaires du Code civil français. Ceci s'explique notamment par l'impact fondamental du droit français dans la genèse du droit belge, notamment à travers la réception des codes qui sont entrés en vigueur à l'époque où la Belgique était sous domination française : le Code civil de 1804, mais également le Code de procédure civile (1806), le Code de commerce (1806), le Code de procédure criminelle (1808) et le Code pénal (1810). Par la suite, après le régime hollandais et l'Indépendance de 1830, l'héritage français a perduré et a fait preuve d'une « ténacité »⁶⁸, dont rendent compte les nombreuses interactions doctrinales.

⁶⁴ D. HEIRBAUT et J.-F. GERKENS, « In the Shadow of France. Legal Acculturation and Legal Transplants in the Southern Netherlands/Belgium », dans Y.-H. LELEU et E. DIRIX (éd.), *The Belgian Reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, 2011, p. 3-34, spéc. p. 24.

⁶⁵ L'auteur y indique : « la force obligatoire des coutumes réside dans le consentement tacite du peuple » (P. NAMUR, *Cours d'Encyclopédie du droit (Liège)*, Bruxelles, 1882, p. 15). Sur l'enseignement et les facultés de droit en Belgique au XIX^e siècle, voir J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, 1979, p. 472-473. Pour le programme des études de droit au XIX^e siècle : L. HALKIN, *L'Université de Liège de 1867 à 1935 : Liber memorialis. Notices biographiques*, vol. 1, Liège, 1936, p. 168 ; V. BRANTS, *La Faculté de droit de l'Université de Louvain à travers cinq siècles. Etude historique*, Bruxelles, 1917.

⁶⁶ E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique*, Bruxelles, 1873, p. 304.

⁶⁷ H. STAEDTLER, *Cours de droit romain*, Louvain, 1902, p. 110 : « de nos jours le droit écrit est l'acte législatif ; le droit non écrit est issu de l'usage constant ».

⁶⁸ D. HEIRBAUT et J.-F. GERKENS, *op. cit.*, p. 19. Voy. également D. HEIRBAUT et M. E. STORME, « De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid ? », *The Belgian Reports*

Dans le courant du XX^e siècle, c'est l'œuvre du juriste français François GénY qui est réputée avoir exercé l'influence la plus considérable sur la notion de coutume en droit privé, en France comme dans les autres pays où le Code de 1804 avait été reçu. *Méthode d'interprétation en droit privé positif* (1899)⁶⁹ fut la première étude systématique consacrée à la notion de coutume en droit contemporain. Dans celle-ci, F. GénY déclarait rejeter les conceptions des auteurs de l'exégèse. Il leur reprochait de négliger la coutume au profit de la loi, son propre objectif étant au contraire de revaloriser le statut de la coutume en droit privé.

Selon F. GénY, la coutume était composée de deux éléments : 1^o un usage constant, ancien et uniforme (l'élément «matériel»); 2^o la conviction de son caractère juridiquement obligatoire (l'élément «psychologique», encore dit «moral»). Lorsque la question de la preuve des éléments se posait devant le juge, celui-ci était autorisé à présumer l'existence de l'élément psychologique si le premier (matériel) était constaté⁷⁰.

Même si cet auteur avait entrepris de se détacher de la notion de coutume telle qu'adoptée par la doctrine civiliste du XIX^e siècle, sa propre définition était pourtant identique lorsqu'elle insistait sur le caractère non écrit de la coutume, sur son origine populaire – elle « traduit les aspirations de la conscience populaire »⁷¹ – et sur l'ancienneté de l'usage.

at the Congress of Utrecht of the International Academy of Comparative Law, Bruxelles, 2006, p. 3-43.

⁶⁹ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 276-392. On se référera au texte de la seconde édition (Paris, 1919). Sur le succès de l'ouvrage : J. VANDERLINDEN, « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? » dans C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN et P. JESTAZ (dir.), *François GénY. Mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Bruxelles, 2000, p. 56-73.

⁷⁰ F. GENY, *op. cit.*, p. 364.

⁷¹ *Ibidem*, p. 320. Sur le fait que F. GénY demeurait tributaire de ses prédécesseurs : M.-C. BELLEAU, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les Cahiers de Droit*, 1999, p. 507-544, spéc. p. 529 ; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XX^e siècle*, Paris, 2002, p. 322 : « comme à son habitude, il (GénY) ne fait pas preuve d'une hardiesse novatrice mais tente de trouver le moyen terme sur lequel les juristes pourront se mettre d'accord ».

Elle fut reprise au cours du XX^e siècle par la doctrine belge, fortement attachée à la notion des deux éléments de la coutume.

Ainsi, les *Pandectes* belges ont défini la coutume comme un «usage ancien, transformé par le temps et un certain nombre d'actes conformes en règle obligatoire»⁷². On y perçoit bien l'élément matériel – l'usage ancien et les actes nombreux – ainsi que l'élément psychologique – la règle obligatoire. Egalement, dans le *Traité élémentaire de droit civil belge* d'Henri de Page (1948), les coutumes sont «des habitudes qui, en se stabilisant, deviennent des nécessités et créent la règle»⁷³. On peut se référer à de nombreux professeurs de droit qui ont contribué à la diffusion de cette définition en Belgique, parmi lesquels Jean Dabin et Claude Renard⁷⁴.

C. De la métropole à la colonie : les processus de diffusion des savoirs juridiques

En comparant les doctrines belges et françaises des XIX^e et XX^e siècles avec le discours colonial, on constate que ces deux entités partagent les mêmes conceptions de la « coutume », même si dans le premier cas le terme désigne l'usage local en droit civil et dans le second, le droit indigène.

Par exemple, lorsque l'ouvrage *Droit et administration de l'EIC* (1898) de F. Cattier divise le droit civil de l'EIC en deux catégories, à savoir le droit écrit (décrets, ordonnances et arrêtés) et le droit non écrit (coutumes indigènes), il reproduit les catégories précédemment employées par les civilistes du XIX^e siècle, dont C. Aubry et C. Rau, qui opposaient le droit écrit (loi) au droit non écrit (usage local).

⁷² «Coutume» dans E. PICARD et N. d'HOFFSCHMIDT, *Pandectes belges. Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, t. 27, Bruxelles, 1888 : «un usage ancien que le temps et un certain nombre d'actes conformes ont transformé en règle obligatoire».

⁷³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, 1948, p. 16. Pour la doctrine, on citera également R. DECKERS, *Handboek van burgerlijk recht*, t. I, Bruxelles, 1956, p. 31, selon lequel la coutume est une règle de droit qui s'est développée par un comportement répété et public, en dehors des dispositions législatives.

⁷⁴ J. DABIN, *Résumé du cours de droit civil*, Louvain, 1936, p. 11 ; C. RENARD, *Cours d'encyclopédie du droit*, t. I, Liège, 1960, p. 35.

Par ailleurs, le discours colonial a généralement décrit la coutume indigène comme un droit ancien, formé par l'habitude. Ce sont les caractéristiques de la définition adoptée par les civilistes belges et français au XIX^e siècle pour l'usage local. Et si l'on se réfère à A. Sohier, selon lequel le droit coutumier indigène est un usage qui a acquis force obligatoire, et que cette force obligatoire peut se présumer à partir d'une pratique constante, on constate que le parallèle avec la conception de F. Génys, formulée pour le droit privé, est parfait. En premier lieu, la coutume est dans les deux cas composée de deux éléments, et en ce qui concerne la preuve du caractère obligatoire de la coutume (l'élément moral), une présomption identique est posée.

L'influence fut si forte qu'elle a persisté après l'Indépendance de 1960. Ceci explique pourquoi, en 1968, Louis De Clerck enseignait dans *l'Introduction à l'étude du droit coutumier* que la coutume était « l'ensemble des règles non écrites et transmises oralement, organisant la vie sociale des communautés africaines traditionnelles et reconnues comme obligatoires par ces communautés »⁷⁵. Encore actuellement, lorsque les juristes envisagent le droit traditionnel de la République démocratique du Congo, ils citent le droit coutumier parmi ses sources, et ils rappellent que celui-ci est composé de deux éléments, l'un matériel et l'autre psychologique⁷⁶.

Quant aux processus de diffusion des doctrines civilistes belges et françaises dans le discours colonial, ils sont relativement clairs pour la partie « doctrine juridique » du discours colonial. C'est en particulier le cas pour des auteurs comme F. Cattier, A.-H. Baerts et A. Sohier, sur lesquels nous disposons de nombreuses indications biographiques, qui

⁷⁵ L. DE CLERCK, *Introduction à l'étude du droit coutumier*, Bujumbura, 1968, p. 7. En ce sens : E. LAMY, *Introduction à l'étude du droit écrit et du droit coutumier zaïrois*, Kinshasa, 1975, p. 89. Voir plus généralement dans la doctrine : A. DURIEUX, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique centrale », *Mémoires de l'Académie Royale des Sciences d'Outremer*, 1970, p. 4 : « la pratique suivie par tous spontanément peut acquérir avec le temps un caractère obligatoire ».

⁷⁶ C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, 2005, p. 9-20. Voir également E.-O. DJELO, *L'impact de la coutume sur l'exercice du pouvoir en Afrique noire. Le cas du Zaïre*, Louvain-la-Neuve, 1990, p. 24 : « ensemble d'usages et de pratiques qui, par l'effet de la répétition, durant un certain temps et souvent revêtue d'une certaine publicité, s'impose à un moment donné comme une règle obligatoire ».

renseignent précisément sur leur parcours universitaire et leur formation juridique⁷⁷.

Des précisions doivent en revanche être apportées en ce qui concerne les travaux de l'administration. La formation des administrateurs territoriaux – soit les membres de l'administration les plus importants pour nos sources – n'incluait pas nécessairement des aspects juridiques. L'entrée dans le service territorial était subordonnée à un diplôme d'humanité pour les premiers postes. Seuls les postes les plus élevés nécessitaient un diplôme d'université. Des formations spécifiques furent d'ailleurs créées en Belgique pour l'administration coloniale⁷⁸. Selon les statistiques de M.-B. Dembour, 10% des membres du service territorial étaient titulaires d'un diplôme de droit⁷⁹. Ce chiffre semble à première vue réduit. On doit cependant souligner que la fonction d'administrateur territorial a pu constituer, pour certains juristes, une transition avant la haute administration ou la magistrature. D'autre part, même si les données biographiques sont difficilement accessibles pour la plupart d'entre eux⁸⁰,

⁷⁷ En ce qui concerne F. Cattier, on renverra à la note 35 et à P. KAUCH, *op. cit.*. Le juge A.-H. Baerts était docteur en droit de l'ULB (R. BONNAERENS, *op. cit.*). Quant à A. Sohier, il fut reçu docteur en droit de l'ULg en 1908 (E. LAMY, *op. cit.*).

⁷⁸ L'Ecole coloniale fut créée en 1911 (Bruxelles) et l'Université coloniale belge en 1920 (Anvers). Si cette dernière avait été conçue comme la voie d'entrée par excellence dans l'administration coloniale, elle accueillit peu d'étudiants. A titre illustratif, Amandine Lauro et Valérie Piette font remarquer que pendant l'année 1931-1932, seuls 15 étudiants y étaient inscrits. Le même problème est constaté pour les sections coloniales des autres universités belges. Les auteurs précisent que l'administration coloniale engageait un grand nombre de diplômés des sections non coloniales (A. LAURO et V. PIETTE, « Le Congo belge (1908-1945). Coloniser sans élites ? », dans C. LAUX, F.-J. RUGGIU et P. SINGARAVELOU (dir.), *Au sommet de l'Empire. Les élites européennes dans les colonies (XVI^e-XX^e siècle)*, Bruxelles, 2009, p. 115-139, spéc. p. 127-128). Sur le sujet de la formation, on notera que la première université officielle du Congo belge fut établie en 1955, suivie en 1959 par la création d'une école normale moyenne (D. DIBWE dia Mwembu, « La formation des élites coloniales. Le cas de la province du Katanga », dans N. TOUSIGNANT (éd.), *Le manifeste Conscience africaine (1956). Elites congolaises et société coloniale. Regards croisés*, Bruxelles, 2009, p. 117-139, spéc. p. 133).

⁷⁹ M.-B. DEMBOUR, *Recalling the Belgian Congo*, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁰ On renverra au projet FNRS-FRSC BELGAFRIMA, *Prosopographie des magistrats coloniaux belges (1885-1962)* (voir *supra*, note 4).

nous avons constaté que plusieurs auteurs des documents analysés, également administrateurs, avaient une formation de juristes⁸¹.

La perspective des administrateurs était par ailleurs empreinte d'une idéologie coloniale plus globale. On doit, à cet égard, prendre la mesure de l'impact des orientations de la politique indigène sur les travaux de l'administration. Les instructions données aux fonctionnaires et aux agents du service territorial reflètent une représentation bien spécifique de la société et du droit indigène. Le *Recueil à l'usage des fonctionnaires et des agents du Service territorial au Congo belge* posait notamment l'obligation de faciliter « l'évolution morale et matérielle des populations noires », ou, en d'autres termes, l'avènement des « populations primitives » à un « stade plus élevé »⁸². Les fonctionnaires et les agents devaient également lutter contre certaines « coutumes barbares » et contre les épreuves « superstitieuses »⁸³. Ces instructions montrent que le personnel de la colonie était familier d'un contexte où l'on associait la coutume à des caractères de primitivité, ce qui conforte l'opposition entre un droit « ancien » ou « populaire » (la coutume) et un droit écrit, qui représente par opposition la modernité européenne (la loi).

Un dernier élément doit être souligné, qui permet de saisir toute l'ampleur de la diffusion du concept de coutume. Lorsqu'on prend la peine d'envisager les doctrines antérieures au XIX^e siècle, on se rend compte que cette conception dans son ensemble – la définition de la coutume tout autant que l'opposition loi/coutume – est en fait bien plus ancienne, si bien que les civilistes des XIX^e et XX^e siècle ne sont pas eux-mêmes à l'origine du concept de coutume. Ils ont plutôt réalisé la synthèse d'une tradition doctrinale développée dès le Moyen Âge par les docteurs du droit savant. Selon Robert Jacob, cette définition, dite romano-

⁸¹ A titre indicatif, on rappellera la formation juridique de W. H. Bentley et d'A.-H. Baerts, qui ont participé à l'enquête de 1887.

⁸² *Recueil à l'usage des fonctionnaires et des agents du Service territorial au Congo belge*, 5^e éd., Bruxelles, 1930, p. 98 : « L'avènement des populations primitives à un stade plus élevé et meilleur n'est possible que si, au lieu d'importer en Afrique nos conceptions, nos principes, nos institutions en formules toutes faites, nous nous efforçons patiemment de développer la civilisation indigène sur son propre fonds, d'après ses mœurs et ses tendances, et ses langues ». Cela s'inscrivait dans la lignée de l'article 5 de la Charte coloniale.

⁸³ *Ibidem*, p. 378-379.

canonique, fut à l'origine des constructions ultérieures⁸⁴. Rappelons qu'au XIII^e siècle, un romaniste comme Jacques de Revigny, dont les enseignements passèrent à la postérité, définissait la coutume comme le droit non écrit qui a été introduit par les usages anciens du peuple⁸⁵.

Conclusion

Dans l'introduction, nous avons insisté sur le fait que la qualification du droit autochtone comme « coutume » ou « droit coutumier » était un phénomène que l'on ne pouvait prendre pour acquis et sur lequel l'historien devait s'interroger. Cette qualification constitue, en elle-même, un objet d'études et de recherches.

Centrée sur le droit du Congo belge, la première partie de cette contribution a montré que le discours colonial faisait preuve d'une forte homogénéité dans la représentation du droit indigène. Les sources confirment la qualification du droit indigène comme « coutume », mais également, elles dégagent une définition uniforme de ce concept.

Ces éléments ne sont pas isolés. C'est ce qu'indique l'étude du statut de la coutume dans le droit belge, à une époque qui coïncide avec la période coloniale. Les juristes belges avaient d'ailleurs été inspirés par les civilistes français, qui, dans le sillage du Code civil de 1804, s'étaient intéressés à la notion d'usage local, à laquelle ils avaient assimilé la coutume. Eux-mêmes tenaient ces représentations des juristes de l'Ancien Régime.

Un constat interpelle : dans les deux corps de sources, le droit colonial d'une part et le droit civil belge/français d'autre part, les objets que l'on désigne sous le vocable « coutume » sont dissemblables. Ils suscitent pourtant la même représentation. La « coutume indigène » et l'« usage local » sont semblablement définis, comme étant une source du droit non

⁸⁴ R. JACOB, « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? », *op. cit.*. Également : P. HAGGENMACHER, « Coutume », *Archives de philosophie du droit*, 1990, p. 29.

⁸⁵ « Ius diuturnis usibus populi recte continuatis introductum » (J. de REVIGNY, *Répétition De Quibus. Quaestiones de materia consuetudinis*, première série). On se réfère à l'édition du texte dans L. WAELEKENS, *La théorie de la coutume chez Jacques de Revigny*, Leyde, 1984, p. 482.

écrite, populaire et ancienne. Par ailleurs, une même dichotomie entre ces deux objets et la loi/le droit écrit est posée.

Pourquoi deux objets si différents ont-ils été représentés en des termes identiques ? L'enjeu de cette question est loin d'être négligeable, compte tenu des conséquences, sur le long terme, des modèles juridiques imposés pendant la période coloniale⁸⁶. Nous espérons que cette contribution y aura apporté des éléments de réflexion, en invitant à une analyse du discours colonial à travers les éléments de politique indigène et les processus de diffusion des savoirs juridiques.

⁸⁶ X. DIJON, « Les masques du droit en Afrique : une lecture européenne des sources de la norme », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2009, p. 567-601.