

# Le rôle de la coutume en procédure civile congolaise

Par

**ERIC KATUSELE BAYONGI\***

## **Résumé**

*Le paysage juridique est caractérisé par un foisonnement de normes. Celles-ci ne se confondent pas avec celles d'autres domaines générateurs de règles que sont la religion et la morale. Dans certains pays du système romano-germanique, il y a une forte utilisation de la loi et dans d'autres, il existe une sorte de dualisme juridique. La loi est utilisée côte à côte avec la coutume. Cet article cherche à démontrer que la coutume ne pourrait pas être utilisée comme source en droit judiciaire congolais en général, et en procédure civile en particulier. Après avoir passé en revue les différentes sources du droit généralement reconnues en droit judiciaire congolais, l'auteur analyse le rôle réel que joue la coutume en procédure civile. Il soutient l'idée selon laquelle la coutume ne pourrait pas être utilisée comme source en droit judiciaire pour les six raisons qu'il présente. Il propose de se rabattre sur les usages et les pratiques judiciaires en lieu et place de la coutume.*

## **Abstract**

*The legal landscape is characterized by a multitude of norms. These are not confused with other generating fields of rules such as religion and moral. In certain countries of Civil law system, law plays a great role and in some others, there exists a sort of legal duality. The written law is used together with customary law. This paper tries to show that custom should not be used as source of Congolese judicial law in general, and in procedural law, in particular. After reviewing different sources of law generally recognised in judicial law, the author analyses the real role that custom plays in procedural law. He maintains the idea that the custom should not be used as the source in judicial law for six reasons. He suggests that other references could be used replacing custom, those are usages and judicial practices.*

**Mots-clés/key-words:** *coutume, usage, pratiques judiciaires, droit judiciaire, procédure civile*

## INTRODUCTION

**L**e paysage juridique est caractérisé par un foisonnement de normes. Celles-ci ne se confondent pas avec celles d'autres domaines générateurs de règles que sont la religion et la morale. Et dans les pays où la religion n'est pas unique ou imposée, les individus savent bien faire la différence entre les deux. Cela ne veut pas dire que ces différents domaines ne s'influencent pas mutuellement. Il en est même plus lorsque la culture, la philosophie, les valeurs d'un peuple influencent les normes qui le régissent. C'est ce que la doctrine romano-germanique a appelé les forces productrices ou sources matérielles du droit. Celles-ci s'opposent aux sources formelles qui constituent la manifestation expresse des normes juridiques. Ce sont ces dernières qui nous intéresseront dans les lignes qui suivent.

De haut en bas et de bas en haut de la pyramide de Hans Kelsen, l'on sait naviguer dans la hiérarchie des sources formelles du droit. Bien que les philosophes du droit voient la question sous un autre angle, il reste que sur le plan pratique les juges congolais, pour leur part et, dans une certaine mesure les juges du système romano-germanique continuent à observer cette hiérarchie dans leurs jugements et arrêts tout en interprétant parfois de manière savante ces lois. Ainsi, une force particulière est reconnue à la Constitution par rapport aux lois, aux lois par rapport aux règlements subordonnés et par rapport aux coutumes et principes généraux du droit.

Dans certains pays du système romano-germanique, il y a une forte utilisation de la loi, un recours fréquent à la loi au point même qu'on parlerait d'une inflation législative. Dans d'autres, par contre, il existe une sorte de dualisme juridique. La loi est utilisée côte à côte avec la coutume. L'on doit constater que la même situation s'est démarquée dans l'histoire du système romano-germanique. Déjà à l'époque du droit romain, la coutume n'est pas énumérée parmi les sources du droit romain tel qu'on le constate dans les *Institutes* de Gaius<sup>1</sup>. Ce sont les glossateurs de l'école de Bologne,

---

\* Licence en Droit (Université de Goma), LLM en droit international des droits de l'homme et VIH en Afrique (Université de Pretoria), Chef de travaux à l'Université de Goma, Avocat au Barreau de Goma. E-mail : [katusele@gmail.com](mailto:katusele@gmail.com).

et à leur suite les post-glossateurs, qui vont commencer à combler les lacunes du droit romain par les coutumes. Les marchands de l'Italie médiévale vont permettre à la coutume et aux usages commerciaux de prendre le dessus. Les coutumes continueront à prendre de l'ampleur à l'époque de l'Ancienne France divisée en deux grandes zones<sup>2</sup> : au nord d'une ligne allant de Genève à l'embouchure de la Charente, il y avait les coutumes proprement dites ; elles étaient très diverses, formées des traditions combinées de la Gaule et des conquérants francs ou germanis<sup>3</sup>. Les pays situés au sud de cette ligne étaient principalement soumis au droit romain<sup>4</sup>. Et les colonisateurs, en arrivant en RDC, trouvent la coutume des indigènes qu'ils décident de laisser régir certains aspects de la vie<sup>5</sup>. Après l'indépendance, le dualisme n'a pas disparu.

Cet article étudie l'étendue de l'application de la coutume en droit congolais. Il cherche à démontrer que la coutume se limite au droit substantiel et les autres sources du droit couvrent le droit de forme. Une attention particulière est portée au droit procédural, la procédure civile telle que connue dans le langage habituel. La coutume peut-elle être considérée comme une source en procédure civile ? Cette question constitue la préoccupation principale des lignes qui suivent et qui essaient d'y défendre une réponse négative, dans une démarche exégético-historique passant par une brève analyse des règles de procédure civile (I), une explication du sens à donner à la coutume dans le contexte du droit judiciaire (II) et en proposant les sources confondues à la coutume qui, elles sont applicables à la procédure civile (III).

---

<sup>1</sup> J.G. APPEL et R.P. DELYING, « The history and development of the civil-law system. A primer on the civil-law system », p. 7, disponible sur [www.au.af.mil](http://www.au.af.mil), consulté le 20 Septembre 2016.

<sup>2</sup> Démarcation remise en question depuis les travaux de M. YVER, *Essai de géographie coutumière*, 1966, et l'on tend à admettre l'existence de groupes ou familles de coutumes qui brisent la traditionnelle de démarcation (Voy. FR. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 2000, p. 49, note 2).

<sup>3</sup> FR. TERRE, *Op. cit.*, p. 49.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Déjà l'article 4, al. 2 de la Charte Coloniale prévoyait que les indigènes non immatriculés au Congo belge jouissent des droits civils qui leur 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 (V. Loi sur le Gouvernement du Congo Belge du 18 octobre 1908 in P. PIRON et J. DEVOS, *Codes et lois du Congo Belge*, Tome I, *Matières civiles, commerciales, pénales*, Maison Ferdinand Larcier, s.a. et Editions des Codes et Lois du Congo Belge, Bruxelles et Léopoldville, 1959, p.14 et ss.).

## I. LES REGLES DE PROCEDURE

Une présentation générale (A) précède nécessairement la présentation des sources de la procédure civile (B). Il nous apparaît donc nécessaire de commencer par dissocier la procédure civile du vaste champ du droit judiciaire.

### A. Notions générales

#### 1) Définition et place de la procédure civile en droit judiciaire

La procédure est une branche de la science du droit privé ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice et englobant la procédure administrative, civile et pénale<sup>6</sup>. Cette définition donnée par Gérard Cornu a le désavantage d'englober les notions générales d'organisation et de la compétence judiciaire qui sont par ailleurs à séparer de celles de procédure bien que le législateur congolais ne se départit pas non plus de fixer des règles de procédure dans une loi censée organiser et fixer le fonctionnement et les compétences des juridictions. Il faut reconnaître que ce n'est pas une erreur mais une façon de confirmer cet adage latin *omnia definitio periculosa est in jure civile*, toute définition n'est pas facile à faire en droit. La définition de Gérard Cornu peut se justifier par la tradition française et belge d'ailleurs où il existe un Code judiciaire qui traite à la fois des matières relevant de l'organisation judiciaire (certains aspects qui ont trait à l'administration de la justice) que de la procédure civile. Tout compte fait, la doctrine s'est évertuée à faire des distinctions qui nous enseignent qu'il existe un rapport de tout et de partie, de contenant et de contenu entre, d'une part, le droit judiciaire et la procédure, d'autre part. D'ailleurs, la procédure elle-même comporte des rameaux. Bref, le droit judiciaire englobe la procédure puisqu'il concerne des règles qui la dépassent.

---

<sup>6</sup> G., CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadriga/PUF, 2014, V° Procédure.

Certains auteurs définissent le droit judiciaire comme étant l'ensemble des règles relatives à la solution du litige par le juge ainsi que les règles de procédure<sup>7</sup>. D'après les Professeurs Telesphore Kavundja Maneno et Fidèle Zegbe Zegs, cette définition ne concerne que la procédure civile et n'englobe pas les autres branches du droit judiciaire. Le professeur Cyr Cambier considère que le droit judiciaire comprend l'ensemble des normes et des principes qui régissent l'administration de la justice par les cours et tribunaux<sup>8</sup>. Ils proposent une définition qui semble simple et pratique: le droit judiciaire est l'ensemble des lois, des règles relatives à l'organisation et compétences judiciaires et aux procédures judiciaires (procédure pénale, procédure civile et les voies d'exécution). Cette définition est intéressante dès lors qu'elle regroupe les différentes branches du droit judiciaire qui sont l'organisation et compétence judiciaires, la procédure civile, la procédure pénale et les voies d'exécution. *L'organisation et compétence judiciaires* est l'ensemble des règles, des lois relatives à l'organisation, fonctionnement et compétences des cours et tribunaux (juridictions judiciaires et juridictionnelles). Il nous semble opportun d'ajouter sur cette liste, la procédure en matière administrative qui se détache désormais puisque régie par une loi particulière en RDC<sup>9</sup>.

Les procédures judiciaires englobent la procédure civile, la procédure pénale et les voies d'exécution. *La procédure civile* que beaucoup appellent *droit judiciaire privé*<sup>10</sup> est l'ensemble des règles de procédure à suivre entre l'examen du litige porté devant une juridiction (ou autre institution) jusqu'à l'exécution de la décision définitive vidant ledit litige (ou jugement ou

---

<sup>7</sup> L. CADJET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd. Litec, 2009, n° 4, p. 2.

<sup>8</sup> C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil. Tome I. Fonction et organisation judiciaires*, Bruxelles, éd. Maison Ferdinand Larquier, 1974, p.9.

<sup>9</sup> Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *J.O.R.D.C.*, n° spécial, 18 Octobre 2016.

<sup>10</sup> Notamment G. CLOSSET MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, éd. Larquier, 2009; L. CADJET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd. Litec, 2009; O. STAES, *Droit judiciaire privé*, Paris, éd. Ellipses, 2006; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire. Tome I. Les institutions judiciaires: organisation et éléments de compétence*, Bruxelles, éd. Larquier, 2010; J. HERON et TH. LE BARTS, *Droit judiciaire privé*, Paris, 3<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2006; A. RUBBENS, *Droit judiciaire congolais Tome II. La procédure judiciaire contentieuse du droit privé*, Kinshasa, éd. PUC, 2012; MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Kinshasa, éd. Academia-Bruylant, Droit et Idées Nouvelles, 2006.

arrêt). La procédure civile est un rameau de la procédure ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions particulières aux tribunaux civils de l'ordre judiciaire<sup>11</sup>. Une fois de plus, Gérard Cornu inclut ici les règles d'organisation et de compétence judiciaire. De manière plus explicite, on peut définir *la procédure civile* comme étant la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, y intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter<sup>12</sup>. *La procédure pénale* que l'on peut appeler *droit judiciaire répressif* ou *droit judiciaire pénal* est l'ensemble des règles de procédure à suivre depuis la commission de l'infraction pénale jusqu'à l'exécution du jugement ou arrêt. Elle englobe également l'administration de la preuve en matière pénale. *Les voies d'exécution* quant à elles sont toutes les règles de procédure relatives à l'exécution de jugements ou arrêts (y compris les saisies). Et les mêmes principes peuvent s'appliquer à la *procédure administrative*.

D'autres distinctions parlent de droit processuel en tant que se rapportant à un procès sous toutes ses espèces civil, pénal, administratif, arbitral. Et le spécialiste en est appelé *processualiste* contrairement au procédurier qui prend volontiers l'initiative de procès et n'hésite pas à en retarder le cours ; un chicanier<sup>13</sup>.

Nous pouvons retenir que le droit de procédure civile est une partie du grand ensemble de droit judiciaire à côté des autres rameaux que constituent la procédure pénale et la procédure administrative. Les autres types de procédure s'appuient sur la procédure civile tout en prévoyant de petites particularités. Il en est ainsi de la procédure en matière de travail et en matière commerciale. En matière du travail, le législateur prévoit : « *Pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la présente loi, les dispositions du Code de Procédure Civile sont d'application en matière du travail* »<sup>14</sup>. En matière commerciale, le législateur prévoit aussi une disposition similaire : « *Pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la présente loi, les*

<sup>11</sup> G., CORNU (dir.), *Vocabulaire judiciaire*, V° Procédure civile.

<sup>12</sup> G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire. Tome 2. Manuel de procédure civile*, Bruxelles, éd. Larcier, 2015, n° 1, p. 15; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire. Tome 1. Les institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, 2<sup>ème</sup> éd. Larcier, 2014, n° 9, p. 21.

<sup>13</sup> CORNU, G., *Vocabulaire judiciaire*, V° Procédurier et processualiste.

<sup>14</sup> V. art. 44 de la loi n°016/2002 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux du travail, *J.O.R.D.C.*, 43<sup>ème</sup> année, numéro spécial, 25 Octobre 2002.

*dispositions du Code de procédure civile et du Code de procédure pénale restent d'application en matière commerciale* »<sup>15</sup>. Nous pouvons affirmer que les règles de procédure civile constituent une sorte de « droit commun » en matière de procédure. D'ailleurs, Antoine Rubbens, ajoute que le juge répressif peut user des règles de procédure civile pour combler les lacunes du Code de procédure pénale<sup>16</sup>.

## 2) Finalité des règles de procédure civile

Les règles de procédure ont principalement pour objectif de fixer les règles par lesquelles passe l'examen d'une prétention depuis son introduction jusqu'à la décision subséquente s'y appliquant et même, au-delà, touchant l'exécution de cette décision. Les règles de procédure concernent le « comment » du traitement d'une prétention. C'est ainsi qu'elles prévoient la manière d'introduire une prétention (par voie d'assignation, de requête ou de comparution volontaire). Elles indiquent quelles sont les mentions des actes de procédure en général en comparaison avec les mentions prévues pour les actes introductifs d'instance. Elles prévoient également les formalités à observer pour porter à la connaissance des parties de la procédure initiée contre elles, c'est la procédure de signification des actes de procédure<sup>17</sup>. Les règles de procédure précisent également les délais de procédure en ce qui concerne la signification des actes de procédure<sup>18</sup> et l'exercice des voies de recours<sup>19</sup>.

La procédure est donc un droit des formalités. Elle prévoit les formalités qui doivent être observées en diverses circonstances dans la marche vers la solution à un litige opposant deux ou plusieurs personnes devant le juge. C'est seulement par l'observance de ces formalités qu'une solution peut être régulièrement donnée à un litige. Puisqu'en cas d'inobservance, le jugement

---

<sup>15</sup> Art. 47 de la loi n° 002-2001 du 03 Juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce, *J.O.RDC.*, no14, 15 juillet 2001, p. 4.

<sup>16</sup> RUBBENS, A., *Le droit judiciaire congolais, Tome III, Instruction criminelle et pénale*, Kinshasa, PUZ, 1978, p. 12

<sup>17</sup> Signification à personne, à domicile ou à résidence, à domicile élu, par édit et missive, à domicile inconnu, par messenger.

<sup>18</sup> 8 jours francs pour ce qui est du délai d'assignation susceptibles d'une augmentation du délai de distance, 3 mois lorsqu'il s'agit d'une signification à l'étranger.

<sup>19</sup> 15 jours susceptibles d'augmentation du délai de distance pour l'opposition, 30 jours pour ce qui est de l'appel, 3 mois dans le cas de la requête civile et du pourvoi en cassation et 12 mois pour la prise à partie ; sans oublier les autres délais francs en matière d'exécution des jugements en matière civile.

peut être attaqué s'il est le résultat d'une procédure torpillée. D'ailleurs, les parties peuvent arrêter le cours de la procédure si elles constatent que des formalités importantes sont foulées au pied ; c'est ce que les incidents de procédure permettent de faire justement. Les exceptions permettent d'arrêter la procédure pendant un moment jusqu'à ce qu'une formalité soit accomplie.

Ainsi dit, les règles de procédure font partie du droit de forme et non du droit de fond. C'est-à-dire que, contrairement au droit civil, les obligations par exemple, la procédure civile ne résoudra pas la question de savoir qui n'a pas exécuté son obligation. Si une partie allègue qu'un cocontractant n'a pas payé son obligation (c'est-à-dire ne l'a pas exécutée), la règle de procédure ne permettra pas de déterminer s'il a raison ou s'il a tort. C'est plutôt le Code des obligations lu avec son contrat qui permettra de trancher. Mais pour qu'il tranche, le juge devra faire l'examen de cette prétention en observant des règles de procédure. Déjà, il faut que pareille prétention lui soit apportée c'est-à-dire que le créancier devra « saisir » le juge et porter l'existence de cette action à la connaissance du débiteur par le mécanisme de la signification. Si ces formalités de départ ne sont pas observées, le créancier risque de ne pas se voir reconnaître son droit. Bref, les règles de procédure permettront d'encadrer le processus d'examen de la prétention sans en donner la solution. Les règles de procédure sont formelles, elles ne sont pas substantielles ni matérielles en ce qu'elles ne règlent pas le litige soumis au juge mais encadrent la manière dont ce dernier réglera ledit litige.

### ***B) Les sources de la procédure civile***

Il s'agit principalement des sources formelles. Nous mettrons l'attention sur les formes sous lesquelles les règles de procédure civile se présentent.

#### ***1) La Constitution***

La question qui pourrait se poser est celle de savoir s'il existe une fondation constitutionnelle aux règles de procédure civile. Une autre question serait celle de savoir s'il y a des règles de procédure prévues par la constitution. Une troisième question serait celle de savoir si les règles de procédure ont une valeur constitutionnelle.



La Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée contient quelques dispositions qui peuvent être considérées comme se rapportant à la procédure civile.

D'après l'article 19 :

Nul ne peut être ni soustrait ni distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par le juge compétent. Le droit de la défense est organisé et garanti.

Toute personne a le droit de se défendre elle-même ou de se faire assister d'un défenseur de son choix et ce, à tous les niveaux de la procédure pénale, y compris l'enquête policière et l'instruction préjuridictionnelle.

Elle peut se faire assister également devant les services de sécurité.

Cette disposition est applicable en procédure civile sous certaines réserves. Le droit d'accéder au juge est reconnu tant en procédure pénale qu'en procédure civile<sup>20</sup>. Cependant, quant au droit de se défendre soi-même ou celui de se faire assister en toute phase de procédure, il apparaît clairement que cette partie de l'article 19 s'applique plus en procédure pénale.

L'article 20 quant à lui :

Les audiences des cours et tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit jugée dangereuse pour l'ordre public ou les bonnes mœurs. Dans ce cas, le tribunal ordonne le huis clos.

Et l'article 21 :

Tout jugement est écrit et motivé. Il est prononcé en audience publique. Le droit de former un recours contre un jugement est garanti à tous. Il est exercé dans les conditions fixées par la loi.

---

<sup>20</sup> C'est le contenu de l'article 14, §1 du Pacte International sur les droits civils et politiques.

La généralité de ces dispositions permet de les appliquer aussi bien en procédure pénale que civile. L'on peut y ajouter le caractère indélogeable du droit de faire recours<sup>21</sup>.

L'article 153, al. 4 est aussi d'une importance certaine en cette matière en ce qu'il dispose que :

Les Cours et Tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

En discutant de la pertinence de cette disposition en tant que règle de procédure, nous pensons qu'elle peut se comprendre dans les deux aspects à savoir celui de dire au juge quelle règle de fond appliquer à une prétention et deuxièmement préciser certaines formalités à observer par ces sources pour qu'elles soient applicables. Ainsi par exemple, les traités internationaux ne seront d'application qu'à la condition d'avoir été « dûment ratifiés »<sup>22</sup>. Ainsi, lorsqu'une partie est en mesure de démontrer qu'un traité n'a pas été dûment ratifié, elle provoquera l'exclusion de l'application de celui-ci aussi bien au fond que sur la procédure en cours. Donc, le moyen tendant à faire vérifier le respect de cette formalité est un moyen de forme mais qui peut avoir des implications au fond. Il en est de même d'un moyen qui viserait à écarter l'application d'une coutume au motif qu'elle n'est pas conforme à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

La Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour fixe certains principes applicables au procès civil (art. 20, 21, 61).

---

<sup>21</sup> Art. 61, al. 5 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, *J.R.D.C.*, numéro spécial, Kinshasa, 5 février 2011.

<sup>22</sup> Il faut reconnaître que ce n'est pas la seule condition puisque l'article 215 de la Constitution précise que : « Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie ». Ceci suggère que le juge donnera prééminence aux traités internationaux par rapport à la loi à condition qu'ils soient : 1) régulièrement conclus ; 2) publiés au journal officiel et 3) qu'ils soient appliqués par l'autre partie, c'est la condition de réciprocité (qui ne s'applique pas aux traités en droits humains).

Au-delà de ces règles de procédure que fixe la Constitution, il y a lieu de mentionner qu'elle fixe également la compétence en matière législative. Elle précise de quel pouvoir émanent les règles de procédure. Il est vrai que cela n'est pas si exprès qu'on l'aurait souhaité puisque cette conclusion dérive d'une lecture combinée des dispositions se rapportant plus à l'organisation et à la compétence des juridictions. En effet, d'après l'article 122, points 1, 6 et 7 :

Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, la loi fixe les règles concernant:

1. les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;
6. la détermination des infractions et des peines qui leur sont applicables, la procédure pénale, l'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire, la création de nouveaux ordres de juridictions, le statut des magistrats, le régime juridique du Conseil supérieur de la magistrature ;
7. l'organisation du Barreau, l'assistance judiciaire et la représentation en justice ;

Il a été décidé que l'article 122 de la Constitution a, dans son énumération des matières relevant de la loi, omis de mentionner la « procédure civile », mais cette omission ne peut empêcher le Parlement de légiférer sur cette matière par une loi ordinaire<sup>23</sup>.

Et l'article 153, al. 5 d'ajouter :

L'organisation, le fonctionnement et les compétences des juridictions de l'ordre judiciaire sont déterminés par une loi organique.

Ainsi la procédure civile relève principalement *du domaine de la loi* et secondairement du domaine du pouvoir réglementaire en ce que l'exécutif

---

<sup>23</sup> C.S.J., 6 juin 2009, R. Const. 067/TSR, *Affaire Requête en interprétation des articles 122, alinéa 5, 155 alinéas 4 et 169 de la Constitution*, Odon NSUMBU, *Cour Suprême de Justice. Héritage de demi-siècle de jurisprudence*, Les Analyses juridiques, Kinshasa, 2015, p. 1046, n°16.

est censé mettre la loi en exécution<sup>24</sup>. En vertu de l'article 202, point 36, litt. c et d de la Constitution, la matière de la procédure civile relève *exclusivement* du pouvoir central. Mais la formulation de l'article 203, point 1 de la Constitution pourrait laisser entendre que la procédure civile peut tomber sous le coup des compétences concurrentes entre le pouvoir central et provincial.

La dernière question posée ci-haut concerne les principes de procédure civile à valeur constitutionnelle. Nous pouvons estimer qu'il y a lieu de citer toutes les dispositions constitutionnelles applicables directement en procédure civile par une juridiction telles que celles citées ci-haut (art. 19, 20, 21, 61, al. 5 et 153, al. 4 de la Constitution). Il y a lieu d'y ajouter les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle également. Et, là c'est la Cour constitutionnelle qui a compétence à déterminer quel principe ou quelle règle a valeur constitutionnelle en générale et par voie de conséquence, en procédure civile.

## *2) Les conventions et autres traités internationaux*

Ces textes fixent notamment les règles en matière de procès équitable<sup>25</sup>. D'autres instruments juridiques internationaux fixent les règles en matière d'arbitrage et peuvent intéresser la procédure civile en ce sens. Il en est ainsi du Traité relatif à l'harmonisation des affaires<sup>26</sup> créant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) qui organise la compétence arbitrale de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)<sup>27</sup> située à Abidjan.

## *3) La loi*

En procédure civile, c'est le Décret du 7 mars 1960 faisant office d'une loi qui prévoit le Code de procédure civile. Ce « Décret » est une loi car il avait

---

<sup>24</sup> Art. 90 (2) et 92 (1) de la Constitution.

<sup>25</sup> Art. 14 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, art. 7 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>26</sup> Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

<sup>27</sup> Art. 21 et ss. Du Traité susmentionné.

été pris par le Roi dans l'exercice de ses compétences législatives<sup>28</sup>. Donc, ce n'est pas un acte réglementaire.

Le 14 mai 1886, deux textes ont été adoptés sans que, pour leur identification, l'on en ait donné des numéros séparés de référence : l'ordonnance de l'administrateur général du Congo du 14 mai 1886 approuvée plus tard par le décret du 14 novembre 1886 et les décrets postérieurs qui l'ont modifiée et complétée, édicta des règles relatives à la procédure civile. Ce texte a été abrogé par l'article 199 du Code de procédure civile<sup>29</sup>. Donc, le second texte pris la même date et qui fixe les sources applicables lorsqu'il n'y a pas de loi est resté en vigueur.

Il faut reconnaître que la procédure civile congolaise est atteinte par les actes uniformes de l'OHADA qui ont également force de loi. En effet, avec l'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA, les actes uniformes pris dans le cadre de cette organisation s'appliquent directement sur le territoire de la RDC<sup>30</sup>. Nous pouvons retenir particulièrement deux actes uniformes à savoir l'Acte uniforme sur l'arbitrage et l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. Le premier remplace le titre V du Code de procédure civile et le deuxième remplace le titre III<sup>31</sup>.

#### *4) Les actes réglementaires*

Les actes réglementaires ont pour fonction principale d'exécuter les lois, il s'agit-là des règlements subordonnés. En fait, la Constitution écarte la possibilité des règlements autonomes en matière de droit judiciaire en général puisque l'organisation judiciaire en général est réservée au domaine de la loi. C'est le Premier Ministre qui est l'autorité de droit commun en

---

<sup>28</sup> En vertu de l'article 7 de la Charte coloniale qui reconnaissait au Roi un pouvoir législatif.

<sup>29</sup> LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil, les biens*, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2003, p. 68, n°42.

<sup>30</sup> Conformément à l'article 10 du Traité de l'OHADA.

<sup>31</sup> L'abrogation est radicale. D'après l'article 35 de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage : « Le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties ». Et l'article 336 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution de disposer : « Le présent Acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties ». Ceci implique que ces textes ne laissent plus d'espace au droit interne. A moins que les deux textes eux-mêmes renvoient au droit interne à certaines occasions.

matière d'exécution des lois à travers les Décrets<sup>32</sup>. Cependant, les arrêtés des Ministres interviennent pour organiser dans certains détails le secteur de la justice<sup>33</sup>.

L'Arrêté d'organisation judiciaire est l'un de ces instruments importants dans la procédure civile (et pénale) congolaise. C'est l'Arrêté d'organisation judiciaire n°299/79 du 20 Août 1979 portant règlement des cours, tribunaux et parquets. Son contenu comble certains vides du Code de procédure civile.

L'on ne peut pas négliger cependant le rôle des autres acteurs détenteurs du pouvoir réglementaire tels que le Président de la République détenant un pouvoir de nomination et de révocation des magistrats<sup>34</sup> ou encore qui peut suspendre sur tout ou partie de la République et pour la durée et les infractions qu'il fixe, l'action répressive des Cours et Tribunaux de droit commun au profit de celle des juridictions militaires<sup>35</sup>. Il faut ajouter le pouvoir réglementaire des Présidents des juridictions et chefs d'offices des parquets.

#### *5) L'équité*

Le sens de la pondération du juge lui permet parfois de trancher des situations que le texte ne prévoit pas ou que le texte prévoit mais en tenant compte de l'équilibre des débats. Le juge en use parfois lorsqu'il s'agit de peser les conséquences de l'annulation d'une procédure ou encore accorder ou refuser une remise au-delà du nombre reconnu par la loi ou encore permettre ou pas aux parties de plaider ou de renvoyer une cause au Rôle général surtout lorsqu'une partie n'est pas assistée, etc.

#### *6) Les autres sources secondaires*

C'est ici le lieu de placer la doctrine et la jurisprudence.

---

<sup>32</sup> Art. 92 de la Constitution du 18 février 2006.

<sup>33</sup> Conformément à l'article 93 de la Constitution du 18 février 2006.

<sup>34</sup> Art. 82 de la Constitution du 18 février 2006.

<sup>35</sup> Art. 156, al. 2 de la Constitution du 18 février 2006.

### 7) *Les sources à problème : la coutume, les pratiques et usages*

Il est vrai que l'ordonnance législative du 14 mai 1886 sus-évoquée a laissé demeurer dans notre arsenal juridique le recours à certaines sources lorsque la matière n'est pas réglée par la loi au sens général. D'ailleurs, le contenu de cette ordonnance législative a été souvent repris par les textes en matière judiciaire. Il nous appartient, dans les lignes qui suivent, de discuter du véritable rôle que joueraient ces sources en procédure civile particulièrement. Notons que dans la doctrine congolaise, il arrive parfois que allusion soit faite à la coutume sans démontrer en quoi elle est source de procédure et non source du fond<sup>36</sup>. Il faut reconnaître que les Professeurs Bayona Ba-Meya et Luzolo Bambi Lessa ainsi qu'Emile Lamy ont détecté l'inefficacité de la coutume sur les règles d'organisation et de compétence judiciaires même s'ils notent que la pratique judiciaire crée parfois des procédés non prévus par le législateur<sup>37</sup>.

### 8) *Les principes généraux de droit*

D'après l'article 118, al. 2 de la loi °13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire (ci-après loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire)<sup>38</sup>, en cas d'absence de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit. Pour le Professeur Kavundja Maneno, il s'agit des solutions juridiques admises en droit par la jurisprudence en l'absence de règles écrites telles que notamment les lois et qui se conforment aux lois<sup>39</sup>. La loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire les envisage comme applicables en l'absence d'une coutume, c'est-à-dire de loin après l'absence des lois. L'on notera avec intérêt que ces principes découlent de l'esprit des lois et non pas de la personne du juge ou de la création par celui-ci. Ainsi, les principes généraux de droit viennent au secours des lois et coutumes de manière générale. Certains sont applicables en procédure

<sup>36</sup> L'on retrouve cette difficulté chez MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Ed. Academia Buylant, Louvain-la-Neuve, 2006, n°16, pp. 33-34.

<sup>37</sup> BAYONA BA-MEYA et LUZOLO BAMBI LESSA, *Cours de procédure civile*, Troisième graduat, UNIKIN, 2000, p. 8 cités par G. KILALA PENE-AMUNA, *Procédure civile*, Vol. 1, Leadership Editions, 2012, p. 22.

<sup>38</sup> *J.O.R.D.C.*, n° spécial, 4 mai 2013.

<sup>39</sup> *Droit judiciaire congolais : Tome I. Organisation et compétence judiciaires*, Edition Médias Saint Paul, Kinshasa, 2017, p. 21.

civile, en particulier. Il en est ainsi des principes tels que : Nul ne plaide par procureur ; Pas d'intérêt pas d'action ; *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, etc.

## II. LE ROLE DE LA COUTUME

Il nous paraît important de présenter brièvement le sens général de la coutume (A) avant d'aborder l'utilisation proprement dite de la coutume (B) et l'entendement particulier que nous nous en faisons en procédure civile (C).

### A. *Le sens de la coutume en droit (contours et insécurités)*

Le Professeur Téléphore Kavundja Maneno fait un relevé instructif et presque exhaustif des références faites à la coutume en matière judiciaire<sup>40</sup>. La force, le fondement juridique de la coutume reposent sur les dispositions de l'article 153 alinéa 4 de la Constitution du 18 février 2006, les articles 10, 95, 96, 108, 110, 116 et 118 de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire (ci-après abrégée loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire). En effet, à titre illustratif, l'article 153 alinéa 4 de la Constitution déclare : « *Les cours et tribunaux, civils et militaires (...) appliquent les lois et « la coutume » pour autant que celle-ci soit conforme à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Aussi, l'article 10 alinéas 2 et 3 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire prévoit que le tribunal de paix siège au nombre de trois juges lorsqu'il y a lieu de faire application de la *coutume locale*. Dans ce cas, deux des trois juges sont des *notables du lieu* désigné par le président de la juridiction.

L'article 95 de la même loi organique dit : " *La Cour de cassation connaît des pourvois en cassation pour violation des traités internationaux dûment ratifiés, de la loi ou de « la coutume » formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux civils et militaires de l'ordre judiciaire*". L'article 116 de la loi organique susvisée dit : "*La Cour de cassation connaît des pourvois en cassation pour violation des traités internationaux dûment ratifiés, des lois et de la « coutume » contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre*

---

<sup>40</sup> *Op. cit.*, pp. 16-18.



*judiciaire en matière civile, commerciale et sociale*". Et l'article 108 de la même loi organique déclare : « (...), *les tribunaux répressifs saisis de l'action publique prononcent d'office les dommages intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la « coutume » ou des usages locaux* ». De même, la section du contentieux du Conseil d'Etat connaît des pourvois en cassation, pour violation de la Constitution, du traité international dûment ratifié, de la loi, de l'édit, de la coutume, ...<sup>41</sup>

Aussi, l'article 118 de loi organique précitée affirme : « *Si une contestation doit être tranchée suivant « la coutume », les cours et tribunaux appliquent celle-ci, pour autant qu'elle soit conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En cas d'absence de « coutume » ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit*". Les articles 17 et 77 du Code de procédure pénale prévoit que l'officier du ministère public peut imposer au témoin, avant de déposer, la forme du serment d'après les *coutumes locales*.

De même, le règlement d'ordre intérieur de la Cour suprême de justice<sup>42</sup> prévoyait des experts en *coutume* qui pourraient éclairer la justice en cas de besoin. Aussi, il est tenu au siège des cours et tribunaux un tableau des *consultants coutumiers*. En cas d'enquête sur la coutume, les présidents des cours et tribunaux peuvent désigner un consultant coutumier parmi les experts inscrits à ce tableau ou les personnes possédant une expérience éprouvée en la matière. Les présidents des cours et tribunaux prennent une ordonnance de taxation suivant le tarif fixé par le ministre de la Justice<sup>43</sup>. L'article 86 de la loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la loi organique n°15/014 du 1er août 2015<sup>44</sup> prévoit les juges assesseurs auprès des tribunaux de paix en qualité de consultants lorsque ceux-ci font application de la *coutume*. La circulaire du Procureur général de la République n°2/008/IM/PGR/2011

---

<sup>41</sup> Art. 87 parmi tant d'autres de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *J.O.R.D.C.*, Kinshasa, 18 Octobre 2015, col. 1

<sup>42</sup> Article 19 de l'ordonnance 0166 du premier président de la Cour suprême de justice modifiant et complétant le règlement d'ordre intérieur de la Cour suprême de justice, in *JORZ*, n° 14, 15 juillet 1976, p. 746 .

<sup>43</sup> Article 21 de l'arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets.

<sup>44</sup> *J.O.R.D.C.*, n° spécial, Kinshasa, 5 Août 2015.

relative à l'action des parquets oblige les officiers du ministère public à se mettre au courant des *traditions locales*.

L'article 18 des décrets coordonnés sur les juridictions coutumières (Décret du 17 mars 1938) prévoit que « [l]es tribunaux indigènes (coutumières) appliquent « les coutumes », pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public universel. Toutefois, lorsque des dispositions légales ou réglementaires ont eu pour but de substituer d'autres règles à la « coutume indigène (locales) », les tribunaux indigènes appliquent ces dispositions ». En ce qui concerne l'ordre public universel dont il est question ici, le tribunal de première instance d'Elisabethville (Lubumbashi) a estimé qu'il s'agit de l'ordre public international et non de l'ordre public interne du droit écrit congolais<sup>45</sup>. L'article 25 des décrets coordonnés sur les juridictions coutumières dispose que les règles de procédure sont, pour diverses juridictions, *les règles coutumières du ressort*.

Enfin, l'ordonnance de l'administrateur général au Congo du 14 mai 1886 relative aux principes à suivre dans les décisions judiciaires<sup>46</sup> dit que quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulguée, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées notamment d'après les *coutumes locales*. En ce cas, le juge pourra prendre l'avis d'un ou plusieurs indigènes (entendez les congolais) ou non indigènes, choisis parmi les notables les plus capables.

### ***B. La coutume visée comme source de la procédure civile***

Au regard des dispositions disponibles relatives à la coutume, l'on peut d'abord noter que cette dernière est reconnue comme étant une source en droit congolais que les juges peuvent appliquer<sup>47</sup>. D'autres dispositions

---

<sup>45</sup> 1<sup>ère</sup> Instance Elisabethville, 8 octobre 1913, in *Jurisprudence du Congo*, 1921, p. 327.

<sup>46</sup> Articles 1 et 2 de l'ordonnance précitée, in *Bulletin Officiel de l'Etat indépendant du Congo*, 1886, pp. 188 et 189.

<sup>47</sup> Constitution : art. 153, al. 4 Les Cours et Tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Et l'Ordonnance de l'Administrateur générale du Congo à son article 1<sup>er</sup> : Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité.

visent la coutume en tant que source d'appréciation des jugements ou arrêts rendus en dernier ressort par les juridictions<sup>48</sup>. Certains autres articles indiquent les spécificités que devra comporter le siège lorsque la coutume est d'application<sup>49</sup>. La coutume est également une source des réparations<sup>50</sup> ou encore elle est prise en compte dans la détermination de la compétence de certaines juridictions<sup>51</sup>. Il en découle qu'il est un fait indéniable que la coutume soit une source du droit congolais. Les juges peuvent s'en inspirer lorsque la loi fait pour autant que certaines conditions sont remplies à savoir la conformité à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>52</sup>. L'on constate avec regret que la Constitution, à l'article 153, alinéa 4 avait omis de mentionner la conformité de la coutume à la loi, comme si la coutume avait

---

<sup>48</sup> Il suffit de lire la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire pour s'en convaincre. Article 95 : La Cour de cassation connaît des pourvois en cassation pour violation des traités internationaux dûment ratifiés, de la loi ou de la coutume formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux civils et militaires de l'ordre judiciaire. Article 116 : La Cour de cassation connaît des pourvois en cassation pour violation des traités internationaux dûment ratifiés, des lois et de la coutume contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire en matière civile, commerciale et sociale. Les dispositions de l'article 96 de la présente loi organique s'appliquent *mutatis mutandis* en matière civile.

<sup>49</sup> D'après l'article 10 de la loi précitée, le tribunal de paix siège au nombre de trois juges en matière répressive, d'un seul juge en matière civile. Toutefois, il siège au nombre de trois juges lorsqu'il y a lieu de faire application de la coutume locale. Dans ce cas, deux des trois juges sont des notables du lieu désigné par le président de la juridiction.

<sup>50</sup> Article 108 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire : Sans préjudice du droit des parties de se réserver et d'assurer elles-mêmes la défense de leurs intérêts et de suivre la voie de leur choix, les tribunaux répressifs saisis de l'action publique prononcent d'office les dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux. Voir également l'article 78 (2) de la loi organique n°13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation (*Journal officiel de la RDC, n° spécial, 20 février 2013*) d'après lequel : De même, la Cour ne peut statuer d'office sur les dommages-intérêts et réparations qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux.

<sup>51</sup> D'après l'article 110 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire : Les tribunaux de paix connaissent de toute contestation portant sur le droit de la famille, les successions, les libéralités et les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la coutume.

<sup>52</sup> Article 118 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire : Si une contestation doit être tranchée suivant la coutume, les cours et tribunaux appliquent celle-ci, pour autant qu'elle soit conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La loi de 2009 sur la protection de l'enfant en donne un exemple à son article 49 qui dispose : Les pratiques, traditions et coutumes qui portent atteinte au développement, à la santé, voire à la vie de l'enfant sont interdites.

la même force que la loi lorsqu'elle est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs...

La coutume apparaît donc comme une véritable source en droit congolais. Mais quel est son contenu ? D'après Gérard Cornu, la coutume est une norme de Droit objectif fondée sur une tradition populaire (*consensus utentium*) qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant ; véritable règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité a fait sienne par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*)<sup>53</sup>. Il en ressort que la coutume a toujours été présentée comme étant une norme composée de deux éléments : un élément matériel (consistant en l'usage répété dans le temps) et un élément psychologique (consistant en la croyance que la violation de cet usage est une violation du droit).

Mais la coutume relève du droit non-écrit, son contenu n'est pas précisé dans un document. Les usages répétés et ayant force de droit découlent souvent du vécu quotidien. D'où parfois la difficulté de savoir quel est son vrai contenu dans une situation particulière. Le législateur, étant conscient de cette situation, a décidé alors qu'à chaque fois que le Tribunal de paix devra faire application de la coutume, il lui faudra compléter le siège par d'autres juges<sup>54</sup>. Le juge aura nécessairement besoin d'aide pour connaître ce que la coutume dit à propos d'une question lui soumise. Il en découle que certaines règles coutumières peuvent être floues. Il n'est pas exclu que les règles coutumières soient écrites ou encore qu'elles soient codifiées c'est-à-dire transformées en « lois ».

La coutume est toutefois différente de ses composantes ou des degrés de force de ses composantes que sont les usages et les pratiques. A la différence de ces deux derniers, la coutume a une force juridique. Les usages et les pratiques manquent cet élément psychologique qui rend la coutume obligatoire. Cette différence n'a pas été faite dans les anciennes

---

<sup>53</sup> *Vocabulaire juridique*, V° Coutume.

<sup>54</sup> Article 10 de la loi sur les juridictions de l'ordre judiciaire : Le Tribunal de paix siège au nombre de trois juges en matière répressive, d'un seul juge en matière civile. Toutefois, il siège au nombre de trois juges lorsqu'il y a lieu de faire application de la coutume locale. Dans ce cas, deux des trois juges sont des notables du lieu désigné par le Président de la juridiction.

discussions sur les usages et coutumes en matière commerciale. Mais, la doctrine a fini par la constater. (...)

La coutume est employée dans un sens particulier par le constituant et même le législateur lorsqu'il s'agit du droit judiciaire. C'est ce sens qui nous permet d'écarter la coutume comme source en droit judiciaire au profit des usages et de la pratique des cours, tribunaux et parquets.

### ***C. Le sens de la coutume***

A bien lire les textes déjà repris ci-haut, le constituant et le législateur demandent au juge « d'appliquer » la coutume dans des cas précis. L'application de la coutume est entendue dans le sens de donner solution à une question de droit posée par les parties au juge. La question de droit est celle qui oppose deux thèses sur l'application ou l'interprétation d'une règle de droit. Le juge doit alors trancher en donnant une solution. La solution donnée par le juge doit trouver sa source dans les traités internationaux, la loi, les règlements ou la coutume<sup>55</sup>.

La question qui est posée au juge peut être de deux natures. Il peut s'agir d'une question de fond ou d'une question de forme. Le droit de fond résout la question relative aux droits subjectifs en question. Le droit de fond ou encore droit substantiel reconnaît et protège les droits subjectifs au moyen des sanctions qu'il prévoit. Ainsi, la question de savoir qui est le père de tel ou tel enfant sera résolue en lisant les dispositions du Code de la famille sur l'établissement de la filiation. La question de savoir qui est propriétaire de tel ou tel bien sera résolue en lisant les dispositions relatives à l'acquisition, la preuve et la transmission de la propriété en RDC. Par contre, le droit de forme est l'ensemble des règles de droit qui s'occupent des formalités à accomplir pour que les parties soumettent leur question de droit au juge et que ce dernier doit suivre pour donner solution. Les règles qui gouvernent la « manière » par laquelle une question sera soumise au juge et par laquelle le juge va examiner la question pour, enfin, adopter une solution font partie du droit de forme. Ainsi, celui qui cherche à faire reconnaître la filiation de son père devra respecter les règles se rapportant à la soumission de sa demande sous forme de requête ou d'assignation puisque cette formalité est déterminée par les règles du droit de forme ; la manière dont le juge va se

---

<sup>55</sup> Art. 153, al. 4 de la Constitution du 18 février 2006.

rassurer de l'existence de la relation père et fils en instruisant ou en examinant les éléments de preuve. De même, celui qui veut faire reconnaître sa propriété sur un immeuble devra suivre les règles du droit de forme pour savoir comment introduire son action, quelles preuves produire, à quel moment les produire et le juge devra observer les mêmes formalités en ce qui concerne l'examen des moyens de preuve jusqu'à rendre la décision et même dans la suite, les formalités à observer par les agents de l'ordre judiciaire pour assurer l'exécution de la décision. Bref, la règle de fond tranche le litige et la règle de forme ne tranche pas le litige.

A propos du droit de forme, la Constitution est claire. Elle fait de la loi la source principale en droit judiciaire. C'est la loi qui fixe les règles d'organisation, de fonctionnement et de compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Les règles de droit judiciaire sont d'interprétation stricte. Cela sous-entend qu'elles ne peuvent pas s'entendre de manière large. S'il faut les analyser différemment, nous pouvons affirmer que les règles d'organisation, de fonctionnement et de compétence sont d'ordre public en général puisqu'elles portent sur les institutions de l'Etat. Il y a quelques exceptions comme celle liée à la compétence territoriale des juridictions en matière civile qui tombe sous la coupe de l'ordre privé ; il en est de même de la possibilité pour les parties de se mettre d'accord sur la saisine du Tribunal de Grande Instance en dernier ressort au détriment du Tribunal de paix<sup>56</sup>. Ces deux exemples montrent que les parties peuvent se convenir de déroger aux règles de compétence. Ce sont des exceptions à la règle générale qui rattache ces principes à l'ordre public. Tenant en compte cet aspect, la coutume ne peut donc avoir de place pour organiser les cours et tribunaux.

Il en est de même de la procédure qui est une matière qui s'attache également au fonctionnement des juridictions. Il est vrai qu'en matière civile, la volonté des parties peut déroger à certaines règles. Il en est ainsi de la saisine du tribunal. La loi permet que celle-ci intervienne par voie de « comparution volontaire ». En plus, les parties ont la possibilité de se mettre d'accord sur un certain nombre d'aspects pendant la procédure. En fait, le principe du dispositif qui caractérise le procès civil permet aux parties de conduire la procédure et même de l'arrêter à tout moment s'ils

---

<sup>56</sup> Art. 112 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire.

tombent d'accord<sup>57</sup>. Mais le juge reste maître en certains aspects de la procédure. En matière pénale, par contre, la volonté des parties semble ne pas avoir de place. Le juge étant actif, il conduit la procédure. Et même en ce qui concerne l'action civile, les parties n'ont pas beaucoup de liberté. Si la victime ne se constitue pas partie civile, le juge peut allouer des dommages et intérêts d'office<sup>58</sup>. Ceci pour montrer que la volonté des parties ne joue pas beaucoup. En effet, cette illustration nous permet de constater que les règles de procédure admettent peu de dérogations. Et de ce fait, il y a peu d'espace pour d'autres règles que la loi au sens strict et, par voie de conséquence, la coutume n'a pas de place.

Ainsi, appliquer la coutume voudrait signifier y puiser une solution du litige. Cela veut dire en d'autres termes que la référence faite à la coutume par la Constitution et même par la loi renvoie à la coutume comme source du droit au fond et non de forme. A lire les conditions d'application de la coutume telles que posées par la Constitution, la coutume se voit écartée formellement du champ du droit de fond. Arrêtons-nous momentanément sur ces conditions avant de revenir sur l'affirmation d'éviction de la coutume en tant que source du droit judiciaire.

D'après l'article 153, paragraphe 4 de la Constitution, la coutume n'est applicable que si elle est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>59</sup>. La loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire pose que la coutume doit être conforme à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>60</sup>. En comparant les dispositions des deux textes, l'on relève que la Constitution donne deux conditions à remplir par la coutume pour être d'application à savoir : la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La loi organique précitée en donne trois à savoir la conformité à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Une lecture orthodoxe de la Constitution peut amener à penser que la coutume ne doit qu'être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs qui sont des éléments extralégaux et généralement mouvants. Il pourrait s'ensuivre que les éléments qui

---

<sup>57</sup> C'est le cas lorsqu'il y a désistement ou règlement à l'amiable constaté par un jugement d'expédient.

<sup>58</sup> Art. 108 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire.

<sup>59</sup> Article 153, al. 4 de la Constitution du 18 février 2006 : « (...) la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

<sup>60</sup> Art. 118, al. 2 « En cas d'absence de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les Gours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit ».

composent l'ordre public se situent en dehors de la loi et dérivent des principes du droit naturel, par exemple. Puisque l'on sait que généralement l'ordre public englobe des principes évolutifs qui peuvent être généralisables ou contextualisés d'après les conceptions. Il en est de même d'ailleurs de bonnes mœurs. Tout cela pour faire observer qu'une lecture radicale de la Constitution pourrait amener à penser que la coutume n'a pas à être conforme à la loi mais seulement à l'ordre public et aux bonnes mœurs de sorte que la coutume et la loi seraient désormais des sources de même valeur. Contre cette interprétation, deux contre-arguments nous permettent d'affirmer le contraire. Premièrement, la Constitution elle-même fait référence à une coutume conforme à la loi à l'article 207, al. 2 lorsqu'elle prévoit que : « *L'autorité coutumière est reconnue. Elle est dévolue conformément à la coutume locale, pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à la Constitution, à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». Donc l'on peut penser que le constituant avait inutilement oublié, à l'article 153, al.4, de faire de cette conformité à la loi une condition d'application de la coutume. Deuxièmement, la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire vient en complément de la Constitution<sup>61</sup>. Ainsi, les juges peuvent bien se fonder sur l'article 118, al. 2 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire pour se rassurer de la conformité d'une coutume à la loi avant son application.

Il découle de ce qui précède que la coutume est une source de droit mais du droit de fond. Cependant, étant donné que beaucoup de questions sont posées au juge et que parmi elles des questions de fond et de forme peuvent lui être soumises sans qu'elles ne soient nécessairement réglées par la loi, il y a lieu de se demander s'il peut y appliquer la coutume. Dans un premier temps et en ce qui concerne les questions de fond, nous pensons que le juge peut appliquer sans problème au fond à condition que cette coutume soit conforme à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il est vrai que la conformité à la loi peut poser des questions d'interprétation puisque la coutume est censée s'appliquer en l'absence d'une loi. Sa conformité sera appréciée en rapport avec quelle loi ? Certainement la loi vue au sens général. Dans un deuxième temps, en ce qui concerne les questions de forme, la coutume ne saurait être applicable puisque la Constitution l'écarte

---

<sup>61</sup> En effet, la loi organique est celle votée par le Parlement pour préciser ou compléter les dispositions de la Constitution. (V. GUINCHARD, S. et DEBARD, TH. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2012, V° Loi organique). Le régime particulier de ces lois est prévu par l'article 124 de la Constitution.



en affirmant que les questions d'organisation, de fonctionnement et de compétence des juridictions sont du domaine de la loi. Nous ne voyons pas une possibilité par laquelle une coutume créerait une formalité procédurale ou une coutume mettrait sur pied une compétence juridictionnelle sans être contraire à la loi. Si le juge se pose la question de savoir si la coutume est conforme à la loi il devra constater que cette coutume qui prévoit une règle de droit judiciaire est inopérante puisqu'empiétant sur un domaine que la Constitution réserve à la loi. Toute autre serait la situation où la loi elle-même renverrait à une coutume. C'est le cas, en matière répressive où les articles 17 et 77 du Code de procédure pénale renvoient expressément à la coutume locale<sup>62</sup>. Il existe d'ailleurs une disposition similaire dans le Code judiciaire militaire, l'article 177.

Que faire alors des questions non réglées par la loi ? Nous pensons que les usages et pratiques judiciaires permettront de trouver une solution.

### **III. LE ROLE DES PRATIQUES ET USAGES**

Les pratiques et usages sont des éléments que la doctrine classique a confondus à la coutume tout au départ. Mais avec le temps, des séparations ont été tracées. Il convient donc de s'interroger sur le sens des usages et pratiques avant de débattre de leur utilisation en matière de droit judiciaire.

#### ***A. Le sens de ces sources en droit***

Prenant appui sur l'article du Professeur Florent Garnier, nous rencontrons un certain nombre d'éléments qui permettent de saisir l'évolution de la réflexion sur les usages. Des études intéressantes ont été menées à propos des usages en matière commerciale dont la formation s'est faite par des règles tirées des usages locaux. Ainsi, le Professeur précité observe que l'évolution des réflexions se fait en deux temps : d'abord l'assimilation de ces deux notions et ensuite la distinction. Il relève déjà qu'après une rapide approche historique et présentation de la formation de l'usage, Escarra s'est, en 1910, interrogé sur la place de cette source « extra législative » dans la

---

<sup>62</sup> Art. 17, al. 2 « Toutefois l'officier du Ministère public peut imposer la forme de serment dont l'emploi, d'après les coutumes locales, paraît le plus propre à garantir la sincérité de la déposition ». Et l'article 77, al. 2 de prévoir « Les témoins prêtent serment dans les formes prévues à l'article 17, alinéa 2 ».

hiérarchie des sources et de son rapport à la loi. L'essentiel de son article tient à l'examen des différentes matières commerciales dans lesquelles on rencontre des usages (assurances terrestres, vente, solidarité, compte courant, opérations de bourse, droit maritime, ...). Escarra assimile l'usage et la coutume et il adopte la distinction de l'usage de fait et de l'usage de droit<sup>63</sup>. Jules Valéry établit une filiation entre la coutume qualifiée de droit non écrit et trois sources : les usages (adoptant la distinction usages généraux et locaux), et de manière moins développée dans son analyse, la jurisprudence et la doctrine<sup>64</sup>. Enfin, en 1959, Michel Pedamon, s'interrogeant sur la distinction de l'usage et de la coutume, développait l'idée que si les deux notions ont une « unité d'origine », elles diffèrent quant à leur régime juridique<sup>65</sup>.

Sous l'influence du civiliste François Géný, l'usage est dissocié de la coutume, deux étapes sont distinguées éclairant le passage de l'usage à la coutume vers la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Deux étapes sont distinguées éclairant le passage de l'usage à la coutume. Une première approche prend en considération la formation de la coutume marquée par une première étape correspondant à l'usage. L'usage constitue alors un fait – un « *substratum* nécessaire de toute coutume juridique » - qui peut se muer en coutume. Au premier élément matériel doit s'ajouter un élément psychologique (*opinio necessitatis seu juris*)<sup>66</sup> pour que la coutume soit formée. L'usage apparaît alors comme un élément nécessaire mais non suffisant dans la formation de la coutume. Il est antérieur à l'apparition de l'élément psychologique ou *opinio juris*. François Géný précise :

« l'usage, pour engendrer la coutume, doit avoir, chez ceux qui le pratiquent, le caractère d'exercice d'un droit subjectif, qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif ; autrement dit, que les actes composant cet usage n'ont effet,

---

<sup>63</sup> J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, pp. 97-123 cité par Garnier, Fl., *loc. cit.*, p. 6.

<sup>64</sup> J. VALÉRY, « La coutume commerciale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, pp. 418-438 cité par Garnier, Fl., *loc. cit.*, p. 6.

<sup>65</sup> M. PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1959, pp. 335-357 cité Garnier, Fl., *loc. cit.*, p. 6.

<sup>66</sup> F. GENÝ, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2<sup>ème</sup> éd., 1954, I, n° 119, p. 364 cité par Garnier, Fl., *loc. cit.*, p. 10.

pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective »<sup>67</sup>.

Dans une deuxième approche qui a plus de l'intérêt pour le droit commercial, Cesare Vivante dissocie les usages législatifs des usages interprétatifs. Sa pensée va être connue par la doctrine française avec les comptes rendus que lui consacrent les *Annales de droit commercial* fondées par Edmond-Eugène Thaller publiées en 1894.

« Les usages sont soumis par [Vivante] à une étude attentive. Il les divise en usages juridiques contenant une règle de droit qui tire sa force obligatoire du fait que les commerçants l'observent comme maxime légale, en usages interprétatifs qui n'ont qu'une valeur contractuelle en présence de clauses ambiguës ou sous-entendues, et en usages techniques comme ceux concernant la tenue des livres, le mode d'emballage des marchandises, qui ne peuvent avoir de conséquences de droit qu'indirectement. Les premiers de ces usages, auxquels il ne reconnaît pas la vertu de déroger aux lois commerciales écrites, doivent être à peine de cassation appliqués par les juges. On voit combien nous sommes loin du système français, beaucoup plus simple, mieux en état de corriger le droit écrit, et qui, quoi qu'en pense l'auteur, laisse plus de souplesse à l'usage en ne l'immobilisant pas dans des décisions de la Cour de cassation »<sup>68</sup>.

Il découle de ce qui précède que la première approche est plus générale et nous intéresse le plus. La deuxième quant à elle se limite aux aspects du droit commercial en particulier. Il en résulte qu'il existe une différence intéressante d'avec la coutume en ce que l'usage est dépourvu de l'élément psychologique. Il en est de même de la pratique qui se distinguerait de l'usage en ce qu'elle est plus répétée dans le temps mais reste aussi dépourvue de l'élément psychologique. Ces deux éléments constituent donc des manières de faire quelque chose ou des manières de régler certaines questions. La question qui reste est celle de savoir s'ils peuvent jouer un rôle en droit judiciaire de manière acceptable.

---

<sup>67</sup> F. GÉNY, *loc. cit.*, p. 361.

<sup>68</sup> *Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 237 cité par Garnier, *Fl.*, *loc. cit.*, p. 12.

### ***B. L'utilisation des pratiques et usages judiciaires***

L'application des usages et pratiques en milieu judiciaire par les juges peut poser le problème de sa force juridique. Il y a donc lieu de se demander avant tout si les usages et pratiques constituent des sources du droit. A cette question, l'examen des textes constitutionnels s'impose. En effet, l'on constate que l'article 153, al. 4 de la Constitution ne fait pas mention des usages et pratiques en tant que sources du droit à titre général. L'article 118 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire qui en est le complément direct n'en fait pas mention également. L'article 118 précité renvoie à la coutume et en cas d'absence de coutume, le même article renvoie aux principes généraux du droit. L'article 1<sup>er</sup> de l'Ordonnance d'Administration générale du 14 Mai 1886 ne cite pas non plus les usages mais parle plutôt des « coutumes locales ». Il est libellé comme suit :

« Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ».

Si l'on devait tenir compte de l'état de la doctrine à l'époque, il est possible que la coutume ne fût pas différenciée nettement de l'usage et dans ce sens l'on pourrait affirmer que l'expression « coutume locale » renvoie aussi bien à la coutume qu'aux usages. Mais le mot « locale » qui y est utilisé fait sous-entendre une coutume du lieu où se trouve le juge. Interprété à ce jour, y aurait-il des coutumes locales et des usages locaux ? Pourtant la Constitution ne fait pas référence à la coutume locale. C'est à propos de l'usage que l'on trouve souvent dans les lois modernes ce mot « local » tel que nous le verrons plus bas. Ainsi, tenant à profit les textes modernes, à savoir la Constitution et la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire, l'on peut affirmer que les usages et les pratiques ne sont pas des sources primaires du droit. Ils peuvent être considérés comme des sources secondaires. Leur application est conditionnée par l'existence d'un texte

exprès qui les prévoit ; les juges ne sont pas, en principe, appelés à en faire application.

Un certain nombre de textes en matière judiciaire font référence à l'usage ou l'usage local. Déjà l'article 108 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire cite les usages locaux dans un contexte particulier<sup>69</sup>. D'après cette disposition, le juge applique l'usage local en matière répressive lorsqu'il doit prononcer des dommages et intérêts d'office qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux. Et l'article 78 de la loi organique portant procédure devant la Cour de cassation reprend la même disposition à son alinéa 2. Il s'agit donc d'un domaine précis. L'article 177 du Code judiciaire militaire est intéressant en ce qu'il permet de se référer à la coutume sur une question rattachable à la procédure. En effet, il est libellé comme suit : « Toutefois, le magistrat instructeur militaire peut imposer la forme de serment dont l'emploi, d'après les usages, paraît le plus approprié pour garantir la sincérité de la déposition ». Il s'agit également d'un cas précis. C'est le cas de le dire pour les articles 17 et 77 du Code de procédure pénale. Le législateur renvoie à la coutume « locale ». L'on pourrait même interpréter cette disposition comme visant plutôt « l'usage local » au lieu de la « coutume » en soi puisqu'il n'est pas exclu que les rédacteurs du Code de procédure pénale aient été sous l'emprise de la confusion entre « coutume et usage » qui a caractérisé une grande partie de la doctrine dans la période précédant la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle tel que démontré plus haut. Toutefois, dans le cas où un auteur pourrait être amené à faire une distinction basée sur la lettre entre « usage local » et « coutume locale », nous pensons quant à nous que les renvois faits à la coutume locale aux articles 17 et 77 du Code de procédure pénale ne changent pas nos convictions sur le fait que la coutume ne puisse constituer une source en droit judiciaire général et en procédure civile en particulier puisque ces dispositions paraissent comme des exceptions venant confirmer la règle traduite par notre humble opinion. En plus, faisant partie d'un texte pris en matière répressive, ces dispositions doivent être limitées à la matière du serment du témoin et ne peuvent être étendues à d'autres matières. En outre, une lecture comparée avec le Code judiciaire militaire nous ferait dire que le législateur voulait plutôt parler d'usage.

---

<sup>69</sup> Sans préjudice du droit des parties de se réserver et d'assurer elles-mêmes la défense de leurs intérêts et de suivre la voie de leur choix, les Tribunaux répressifs saisis de l'action publique prononcent d'office les dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux.

L'argument tiré de l'existence des juridictions coutumières<sup>70</sup> n'est pas non plus satisfaisant pour deux raisons principales. La première est que ces juridictions ne sont pas reconnues dans l'architecture des juridictions de l'ordre judiciaire, qui est notre champ d'analyse. Ni la Constitution, ni la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire ne les place dans l'architecture de cet ordre. En effet, d'après l'article 153 de la Constitution, il est institué un ordre de juridictions judiciaires, composé des cours et tribunaux civils et militaires placés sous le contrôle de la Cour de cassation. D'après l'article 6 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire: « Les juridictions de l'Ordre judiciaire sont : les tribunaux de paix, les tribunaux militaires de police, les tribunaux de grande instance, les tribunaux de commerce, les tribunaux du travail, les tribunaux militaires de garnison, les Cours militaires, les Cours militaires opérationnelles, les Cours d'appel, la Haute Cour militaire et la Cour de cassation. » Les juridictions coutumières n'y sont pas citées. En plus, elles ne peuvent pas être comprises dans l'expression « juridictions spécialisées »<sup>71</sup> puisque celles-ci sont censées juger des matières spécialisées, énumérées de manière limitative<sup>72</sup>. La deuxième raison est que ces juridictions sont appelées à disparaître depuis l'ancienne Ordonnance-loi portant Code d'organisation et de compétence judiciaires du 31 mars 1982<sup>73</sup>. Leur suppression est appelée de tous les vœux étant donné les critiques qui lui sont adressées<sup>74</sup>. L'on ne peut donc tirer argument de ce que les textes relatifs aux juridictions coutumières prévoient de règles d'organisation ou de procédure relevant de la coutume pour affirmer que la coutume est une source en droit judiciaire. Quoique cela soit le cas effectivement<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Prévues par l'Arrêté royal du 13 mai 1938 portant sur la coordination des décrets relatifs aux juridictions indigènes. (*B.O.*, 1938, p. 471)

<sup>71</sup> Visées à l'article 149, al. 6 de la Constitution.

<sup>72</sup> T. KAVUNDJA MANENO, *Op. cit.*, p. 361

<sup>73</sup> A lire les articles 162 et 163 de cet ancien Code qui justifiaient légalement une telle prise de position. L'art. 162 : « Jusqu'à l'installation des tribunaux de paix, les tribunaux de grande instance seront compétents pour connaître en premier ressort des contestations qui relèvent normalement de la compétence des tribunaux de paix » ; et l'art. 163 : « Les tribunaux de police et les juridictions coutumières sont maintenus jusqu'à l'installation des tribunaux de paix ».

<sup>74</sup> *Idem*, pp. 742-749.

<sup>75</sup> C'est le cas du tribunal de chefferie existant « conformément à la coutume » et reconnu, selon le cas, par le commissaire de district ou par le premier bourgmestre (art. 1<sup>er</sup>). La composition des tribunaux de chefferie, tant principaux que secondaires, est déterminée par la coutume (art. 3). La composition des tribunaux

L'on trouve également quelques références à l'usage en droit privé substantiel. L'article 47 *in fine* de la loi dite foncière<sup>76</sup> dispose à propos de la mitoyenneté : « *La forme et la hauteur des clôtures sont fixées par des règlements particuliers ou les usages du lieu* ». C'est le cas aussi de l'art. 388 de la même loi d'après lequel : « *Les terres occupées par les communautés locales sont celles que ces communautés habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque — individuelle ou collective — conformément aux coutumes et usages locaux* ». Dans le Code des obligations, l'on trouve également certaines dispositions pertinentes. A titre d'illustration, l'art. 34 prévoit : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » ; l'art. 57 : « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* » ; l'art. 58 : « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* » ; et bien d'autres. L'élément essentiel à considérer est que ces dispositions renvoient aux usages en tant que source exceptionnelle au fond.

Il s'agit ici haut des références diverses que le législateur fait à l'usage local. Nous constatons que dans la plupart des cas il fait allusion à l'usage des lieux, cela voudrait signifier que l'usage est un aspect particulier d'un lieu quelconque du pays et peut ne pas être général. Cela sous-entend que sur une question particulière, il peut y avoir autant d'usages pour différents coins du pays et cela n'est pas un énervement puisque la loi le permet. Bien entendu, un tel usage ne recevra application que lorsque la loi l'a cité expressément puisque l'application d'un usage par le juge de manière générale n'emporte pas notre opinion étant donné que nous avons montré que dans les textes généraux l'usage n'est pas cité à titre principal comme une source du droit. Nous pensons que les usages et pratiques des lieux peuvent servir à donner une solution particulière à une question de droit judiciaire en général sans que cela apparaisse comme une entorse.

---

secondaires de secteur est déterminée par la coutume (art. 4 *in fine*). Et l'article 25 pose le principe que les règles de procédure dérivent de la coutume.

<sup>76</sup> Il s'agit de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés. (*J.O.Z.*, no 3, 1er février 1974, p. 69).

## CONCLUSION

Nous pouvons affirmer que la coutume n'est pas une source en matière judiciaire pour les raisons sus-développées ci-après : premièrement, la Constitution écarte la coutume en tant que source du droit judiciaire de manière expresse<sup>77</sup>. Deuxièmement, la coutume est citée comme une source du droit mais applicable au fond d'un litige soumis au juge et non pas comme une source génératrice d'une formalité de procédure ou d'une règle de compétence en matière judiciaire. Troisièmement, les règles du droit judiciaire se rapportant à l'organisation et au fonctionnement des institutions que la Constitution reconnaît comme des institutions de la République<sup>78</sup>, sont des règles d'ordre public en général et auxquelles l'on ne peut déroger qu'exceptionnellement lorsque la loi le prévoit. Quatrièmement, la coutume présente cet inconvénient d'être imprécise, ce qui rendrait difficile son application sur une question de forme. Cinquièmement, la RDC est caractérisée par une mosaïque de tribus et s'il fallait permettre le développement des règles de droit judiciaire, il y a risque d'en avoir plusieurs sur le territoire d'un même pays. Cet état de chose créerait de l'insécurité dans le chef des plaideurs s'ils devaient se renseigner sur une formalité de procédure, par exemple, particulière à un coin particulier du pays. Ce serait même une porte ouverte aux inégalités devant la loi. D'ailleurs, nous avons constaté que la Constitution ne cite pas la coutume « locale » comme une source du droit. Sixièmement, l'on ne peut tirer l'argument de ce que les juridictions coutumières tirent leurs règles d'organisation et de procédure, en partie, de la coutume pour affirmer que celle-ci est une source en droit judiciaire puisque ces juridictions sont appelées à disparaître.

Au regard de ce qui précède, nous avons pensé que certaines questions de droit judiciaire peuvent tomber d'abord dans le champ des principes généraux de droit, comme le suggère la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire et, ensuite, dans le champ des usages et pratiques judiciaires. Il nous a été utile de faire la distinction entre ces éléments et la

---

<sup>77</sup> Nous rappelons les articles 122, points 1, 6 et 7 ainsi que l'art. 153 *in fine* de la Constitution du 18 février 2006.

<sup>78</sup> Art. 68, al. 4 de la Constitution.



coutume en ce sens que cette dernière les contient en plus d'un élément psychologique qui la rend obligatoire. Le recours aux usages et pratiques présente moins de dangers puisque, premièrement, ils ne sont pas obligatoires. Cela voudrait dire que le non-respect d'une formalité imposée par un usage ou une pratique d'une juridiction particulière n'emporterait pas de risque de nullité de procédure. Ce qui serait le contraire si pareille formalité résultait d'une coutume. Ainsi par exemple, le fait pour certaines juridictions de demander aux demandeurs, en matière civile, de se placer du côté du Ministère public et les défendeurs, du côté du Greffier, n'est rien d'autre qu'une pratique judiciaire qui n'entacherait d'aucun vice la procédure si les parties se plaçaient en sens inverse. Il en aurait été autrement si cette exigence dérivait de la coutume. Deuxièmement, la loi reconnaît parfois le caractère local des usages. Cela permet de constater que dans différents lieux du pays peuvent se développer des aménagements particuliers en procédure sans que ceux-là n'affectent la validité même de la procédure.

A contre-courant se trouvent cependant les usages et pratiques développés dans le cadre des procédures en matière commerciale. L'on sait que le droit commercial a tiré une grande partie de ses règles des coutumes et usages des marchands. Il reste à analyser la force juridique de ces usages et pratiques dans les Tribunaux de commerce appliquant le droit de l'OHADA dans certaines villes de la RDC. Peut-on y appliquer le même raisonnement ?

## **BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

### **I. TEXTES LEGAUX**

1. Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, *J.R.D.C.*, numéro spécial, Kinshasa, 5 février 2011.
2. Loi n° 002-2001 du 03 Juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce, *J.O.RDC.*, no14, 15 juillet 2001, p. 4.
3. loi n°016/2002 du 16 Octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux du travail, *J.O.R.D.C.*, 43<sup>ème</sup> année, numéro spécial, 25 Octobre 2002.
4. Loi organique n°13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation *J.O.R.D.C.*, n° spécial, 20 février 2013.

5. Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire *J.O.R.D.C., n° spécial*, 4 mai 2013.
6. Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *J.O.R.D.C., n° spécial*, 18 Octobre 2016.

## II. OUVRAGES

1. CADIET, L. et JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd. Litec, 2009.
2. CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil. Tome I. Fonction et organisation judiciaires*, Bruxelles, éd. Maison Ferdinand Larcier, 1974.
3. CLOSSET MARCHAL, G., *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, éd. Larcier, 2009.
4. CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 2014.
5. DE LEVAL (dir.), G., *Droit judiciaire. Tome 2. Manuel de procédure civile*, Bruxelles, éd. Larcier, 2015.
6. DE LEVAL, G. et GEORGES, F., *Précis de droit judiciaire. Tome I. Les institutions judiciaires: organisation et éléments de compétence*, Bruxelles, éd. Larcier, 2010.
7. HERON, J. et LE BARTS, TH., *Droit judiciaire privé*, Paris, 3<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2006.
8. LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil, les biens*, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2003.
9. MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Kinshasa, éd. Academia-Bruylant, Droit et Idées Nouvelles, 2006.
10. PIRON P. et DEVOS, J., *Codes et lois du Congo Belge, Tome I, Matières civiles, commerciales, pénales*, Maison Ferdinand Larcier, s.a. et Editions des Codes et Lois du Congo Belge, Bruxelles et Léopoldville, 1959.
11. RUBBENS, A., *Droit judiciaire congolais Tome II. La procédure judiciaire contentieuse du droit privé*, Kinshasa, éd. PUC, 2012.
12. RUBBENS, A., *Le droit judiciaire congolais, Tome III, Instruction criminelle et pénale*, Kinshasa, PUZ, 1978.
13. TERRE, FR. *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 2000.

### **III. ARTICLES ET NOTES DE COURS**

1. ESCAEEA, J., « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910.
2. GUINCHARD, S. et DEBARD, TH. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2012.
3. KAVUNDJA MANENO, T., *Droit judiciaire congolais : Tome I. Organisation et compétence judiciaires*, Cours photocopié, Université de Goma, G1 Droit, Goma, 2017.
4. PEDAMON, M., « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1959
5. VALERY, J., « La coutume commerciale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924.