

## **Une rétrospective de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières congolaises. Contribution à la dynamique de réforme de la justice pénale congolaise.**

### **A retrospective of criminal justice rendered by congolese customary courts. Contribution to the reform of the congolese criminal justice system.**

**TATY MANTIMA Harris**

Doctorant,

École de criminologie

Université de Kinshasa

République Démocratique du Congo

**KIENGE-KIENGE INTUDI Raoul**

Enseignant chercheur

Université de Kinshasa

République Démocratique du Congo

**Date de soumission :** 20/02/2023

**Date d'acceptation :** 20/03/2024

**Pour citer cet article :**

TATY MANTIMA H. & KIENGE-KIENGE INTUDI R. (2024), « Une rétrospective de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières congolaises. Contribution à la dynamique de réforme de la justice pénale congolaise », Revue Internationale du chercheur «Volume 5 : Numéro 1» pp : 1061-1088

## Résumé

La présente réflexion constitue une rétrospective de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières congolaises. Elle interroge les modalités de résolution des conflits mobilisées dans la justice pénale coutumière et la manière dont elles peuvent être réinvesties dans la justice pénale actuelle. Elle tente de proposer, dans le cadre des travaux de réforme de la justice pénale congolaise, quelques balises à partir des référentiels endogènes de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières, en guise de réponses à la désaffection des populations à la justice pénale étatique du fait de sa distance socio-culturelle. En effet, cette justice pénale étatique apparaît comme un modèle voyageur, conçu suivant le modèle occidental, de sorte qu'elle est en perte de repères et semble se retrouver au cœur d'une indigénisation par les populations-usagers, du fait de son inadéquation aux valeurs sociales et culturelles de la société congolaise. Elle révèle une certaine ambivalence normative. Ainsi, dans la perspective de la réforme de la justice pénale en RD Congo, il importe de consacrer une justice endogène, négociée et inclusive, à l'antipode d'une justice importée et imposée, facteur d'exclusion sociale et même du sous-développement.

**Mots clés :** « juridictions coutumières ; justice pénale congolaise ; ambivalence normative ; réforme de la justice ; justice endogène ».

## Summary

This reflection is a retrospective of the criminal justice rendered by Congolese customary jurisdictions. It examines the modalities of conflict resolution mobilized in customary criminal justice and the way in which they can be reinvested in current criminal justice. It attempts to propose, in the context of the work on the reform of the Congolese criminal justice system, some guidelines based on the endogenous referential frameworks of criminal justice rendered by customary jurisdictions, as a response to the disaffection of the population with the state criminal justice system due to its socio-cultural distance. Indeed, this state criminal justice system appears to be a travelling model, designed according to the Western model, so that it is losing its bearings and seems to find itself at the heart of an indigenization by the user populations, because of its inadequacy with the social and cultural values of Congolese society. It reveals a certain normative ambivalence. Thus, with a view to the reform of the criminal justice system in the Democratic Republic of Congo, it is important to enshrine an endogenous, negotiated and inclusive justice system, which is the antithesis of imported and imposed justice, a factor of social exclusion and even underdevelopment.

**Keywords:** « customary jurisdictions; Congolese criminal justice; normative ambivalence; reform of the judiciary; endogenous justice ».

## Introduction

Le système de résolution des conflits pénaux mis en œuvre en RD Congo, calqué sur le modèle occidental, par le biais de la colonisation, se heurte à de multiples difficultés liées notamment au problème de langue, de culture, de structures accommodées pour la distribution de la justice, d'éloignement géographique, de manque de confiance dans le personnel judiciaire et policier ainsi que du coût de la justice. Aussi, les solutions proposées ne sont pas toujours adaptées au contexte de la société congolaise, partagée entre l'oralité et l'écrit ; entre les tabous et le fétichisme. Ceci explique l'inadéquation congénitale de la justice congolaise, qui a pour corolaire la désaffection des populations à une justice qui paraît aux yeux de la majorité comme un « service public sans services » (Gandusson, 2014) ; une justice d'ailleurs, importée et imposée.

En effet, il y a des « discours récurrents de réformes » (Morelle & Marcis, 2015), qui tendent à améliorer la qualité de la justice, mais en même temps, qui suscitent toujours des interrogations sur un modèle de justice pénale adéquate aux aspirations des populations-usagers. Ainsi, à la lumière de ces interrogations, est-il possible de soutenir que la RD Congo s'est accommodée à la tradition juridique occidentale, sans un travail préalable de contextualisation socioculturelle ? Dans un tel contexte, une rétrospective de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières peut-elle servir de balise à l'émergence d'une justice pénale endogène (Bongeli & Ngoma-Binda, 2022), adéquate aux aspirations profondes des populations ? On peut déjà relever le fait que la contestation de la légitimité de l'action politique des acteurs de la justice pénale congolaise souligne l'extériorité de leur ancrage par rapport au reste de la couche sociale. (Berti & Tarabout, 2012).

Face à cette situation problématique, il se pose alors la question de la redéfinition de la justice pénale congolaise. Elle devrait intégrer les réalités locales et réhabiliter ou réinvestir les modalités endogènes de résolution des conflits, en les adaptant à l'évolution de la société congolaise, pour faire de la justice un vrai outil de régulation sociale à même de traiter les conflits pénaux dans un contexte de pénurie de la justice. La présente étude s'interroge donc sur « l'avenir de la justice » pénale en RD Congo (Gandusson, 2014).

A cet égard, Yves Brillon (Brillon, 1980) relevait déjà que les conceptions traditionnelles du droit et de la justice se voient en continuelle confrontation avec des codes pénaux, des procédures judiciaires, des politiques de défense sociale qui tirent leur inspiration beaucoup plus des modèles occidentaux que des pratiques indigènes ancestrales. Pourtant, la norme

juridique nécessite plutôt une confrontation aux réalités sociales, car la fonction essentielle de la justice est de régir l'ordre social. Ceci permet de considérer que le mimétisme du modèle de la justice issue de la puissance coloniale est l'une de conséquences qui justifient le rejet de cette justice par la majorité de congolais. Il apparaît de ce fait urgent de trouver une panacée à cette situation, qui s'apparente à une crise de la justice, impliquant ainsi la nécessité de sa réforme afin de l'adapter aux exigences socioculturelles de la société congolaise.

La présente réflexion, qui part de ce constat, se propose de faire une rétrospective de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières congolaises, en questionnant principalement les modalités de résolution des conflits qu'elles mobilisent et la manière dont elles peuvent être réinvesties dans la justice pénale congolaise contemporaine. Une telle démarche permet de discuter la justice pénale étatique comme un modèle voyageur (Olivier de Sardan, 2021), approché dans un prisme culturaliste et pluri juridique (Marty, 2006). Elle permet de traiter des diverses situations dues à la juxtaposition ou à la superposition des normes ou de modes de vie des acteurs dans leur rapport aux instances de contrôle social. La situation du pluri juridisme *de facto* à laquelle est confrontée la société congolaise constitue l'un des facteurs majeurs de mutation du paysage juridique et l'un des points d'observation privilégiés pour saisir les transformations qui affectent la justice, mettant en exergue la question de la légitimité d'un modèle de justice adapté au contexte congolais.

Ainsi, notre matériau est essentiellement construit à partir d'une recension documentaire tirée du Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais de 1937-1938, 5<sup>e</sup> année, Elisabethville, Janvier-Février 1937, n° 1 ; la Revue juridique du Congo-belge, 9<sup>e</sup> année, Elisabethville, Septembre et octobre 1933, la Revue juridique du Congo-belge 11<sup>e</sup> année, n° 1, Elisabethville, janvier-février 1935, la Revue juridique du Congo-belge, 14<sup>e</sup> année, Elisabethville, janvier-février 1938, la Revue juridique du Congo-belge, 18<sup>e</sup> année, Elisabethville, janvier-février 1942, la Revue juridique du Congo-belge, 20<sup>e</sup> année, Elisabethville, Mai-Juin 1944 et la Revue juridique du Congo-belge, 22<sup>e</sup> année, Elisabethville, janvier-février 1946.

La démarche documentaire entreprise a permis d'analyser les différentes décisions rendues, dans divers contextes, par les juridictions coutumières, en s'intéressant essentiellement sur la manière dont les conflits étaient résolus devant lesdites juridictions. Il s'agira, à la fin, de dégager les éléments valorisants, qui peuvent être réinvestis dans la résolution contemporaine des conflits, en réponse au défi dynamique de mise en œuvre de réforme du secteur judiciaire,

qui devra s'inscrire dans la prise en compte des mécanismes locaux traditionnels de résolution des conflits. Ceci dit, cette réflexion tentera de présenter les modalités de résolution des conflits mobilisées dans la justice pénale coutumière (1) avant de pencher sur les dérives de la justice pénale contemporaine ainsi que sur les balises de la justice pénale coutumière (2) qui serviront d'éclairage à la dynamique de réforme de la justice pénale, qui s'impose en perspective.

## **1. Les modalités de résolution des conflits mobilisées dans la justice pénale coutumière**

Il s'agira sur ce point de présenter, en premier lieu, les traits essentiels de la justice pénale coutumière (1.1) pour tenter de comprendre, en second lieu, la construction paradoxale de l'ordre public dans la justice coutumière et dans la justice contemporaine (1.2).

### **1.1. Les traits essentiels de la justice pénale coutumière**

#### **1.1.1. Les faits répréhensibles répertoriés et leur nature**

Après l'analyse des différents documents exploités, les incriminations suivantes sont répertoriées, à savoir : la sorcellerie maléfique ; la coupe de cheveux par une personne autre que le frère du défunt ; la transmission volontaire d'une maladie vénérienne ; l'acceptation d'une seconde dot par le père de la fille ; les coups et blessures ; l'abandon de domicile, du mari, de la femme, de famille ; le refus de reconstruire la maison délabrée de son épouse ; le délaissement du domicile conjugal ; la tentative d'introduire sa maitresse dans le logis conjugal ; l'adultère ; l'espionnage ; la séduction d'une femme mariée ; viol ; relation avec une femme ivre mort ; l'enlèvement ; l'incendie de brousse ; le meurtre ; le vol ; le recel d'objet ; des imputations dommageables ; des injures ; la calomnie ; des destructions, dégradations et dommages ; la destruction d'animaux domestiques ; l'évasion des détenus ; la concussion ; les actes arbitraires ; la désertion ; la trahison ; le refus d'ordre ; du manque de respect envers le chef et ses notables ; l'homicide ; la participation aux épreuves de poison ; l'abus de croyances superstitieuses ; la désignation d'une personne comme sorcière ; la corruption de fonctionnaires.

En effet, les incriminations répertoriées permettent de considérer que les faits portant atteinte à l'ordre de famille et aux bonnes mœurs prennent une première place devant les juridictions coutumières. Il s'agit de l'adultère, suivi du viol ainsi que de l'abandon de famille, l'abandon

du toit conjugal, l'abandon du mari et l'abandon de la femme. Il en résulte le constat selon lequel les incriminations portant atteinte à l'ordre de famille et aux bonnes mœurs constituent la masse la plus importante des faits traités par les juridictions coutumières, contrairement aux juridictions de droit écrit qui réprimaient essentiellement les atteintes à l'autorité de l'État et à l'administration. Cela pourrait se justifier non seulement par le fait que les atteintes à l'ordre de famille et aux bonnes mœurs évoquaient plus souvent les valeurs coutumières que les atteintes à l'autorité de l'État et à l'administration, mais aussi par le fait que la famille et les bonnes mœurs sont sacralisées dans la culture congolaise et ce, contrairement aux représentations occidentales de ces valeurs sociales. Dans un contexte colonial, les atteintes à l'autorité de l'État et à l'administration publique pouvaient traduire, de manière évidente, un refus de se soumettre à la domination coloniale, que la justice pénale, instrumentalisée par l'autorité coloniale, ne pouvait que réprimer sévèrement. Par ailleurs, les incriminations portant atteinte à la propriété privée prennent la deuxième position. Ce qui révèle une considération particulière à la protection de la propriété privée parmi les valeurs axiologiques protégées dans la culture traditionnelle précoloniale.

### **1.1.2. Les règles de compétence et de procédure mobilisées**

La présente étude a permis d'identifier les différentes juridictions suivantes : le tribunal de parquet, le tribunal de territoire et le tribunal de première instance. Concernant les règles de compétence et de procédure mobilisées, l'on dénote des accommodements dans la procédure engagée pour chaque cas jugé par les différentes instances, sans se conformer à une procédure type. Par ailleurs, trois modes de saisine sont observés : la saisine d'office, la comparution volontaire des parties et l'accusation par la partie lésée ou la victime. Dans tous les tribunaux indigènes, le juge est avant tout un organe conciliateur. Cela tient à l'organisation même de la société traditionnelle précoloniale. Cette conception s'explique par le fait que ces sociétés reposent essentiellement sur la notion de collectivité, alors que la société occidentale cultive l'individualisme.

En effet, la gouvernance judiciaire précoloniale tirait ses fondements dans les différents mécanismes du palabre africain. Dans ce processus, comme l'indique Odenyo Mzee, les juges choisis parmi les notables du clan, considérés comme « des faiseurs de paix » présentent les parties en conflit et les amènent à s'expliquer (Odenyo, 2003). A titre de préalables, des « hommes intelligents », « des sorciers », « des magiciens » procèdent à des investigations et délivrent leur témoignage. Dans l'assemblée se trouve assis un patriarche influent reconnu

pour son intégrité. D'une grande discrétion, il ne prend pas part aux débats et son regard, absent, est plutôt fixé dans les nuages. Son avis sera cependant prépondérant au moment de la délibération. Le silence est ordonné et la parole commence à être distribuée selon un protocole établi. La parole dépensée au cours de la palabre n'est pas ordinaire ; elle est riche et puissante, fondée sur la somme d'expériences vécues et conceptualisées par la société : proverbes, paraboles, contes, généalogies, mythes, d'où se dégagent des leçons, des mises en garde et des recommandations prônant la pondération, le compromis et la concorde.

Dans ce processus de mise en forme pénale réalisé par les sociétés précoloniales, le chef meneur des débats doit être éloquent et d'une grande érudition dans le domaine de l'histoire et du droit coutumier. Sa parole est souvent ésotérique et sous forme de paraboles ; elle revêt des allures à la fois symbolique et rythmique. Le chef indique ce qui est désirable et ce qui est répréhensible. Ainsi, ces mises en garde contribuent à orienter les conduites en favorisant certains types de comportements. Dans ces sociétés traditionnelles précoloniales, quatre sous-ensembles de valeurs sont organisés autour des axes suivants : la relation ; la restitution ; l'identité et l'évitement du risque. L'évitement du risque, notamment celui d'une escalade du conflit, est une valeur largement partagée dans les sociétés traditionnelles. A l'opposé des sociétés occidentales qui favorisent la prise de risque, il s'agit ici de ne pas exposer l'ordre existant ou l'un de ses composants. Ainsi les conduites innovantes aux résultats incertains sont-elles plutôt tenues en suspicion. Une manière classique de réduire un certain nombre de risques dans la résolution de conflits consiste à intégrer dans la structure des acteurs à fort pouvoir et redoutés tels que dieux et ancêtres. Tout signe de mauvaise volonté pourrait susciter leur colère ainsi que des actions punitives. Il en va de même pour un engagement non respecté. Devant les juridictions coutumières, comme le soutient Degni Segui, « contrairement au juge, le chef ne cherche pas à trancher le nœud gordien du litige en s'appuyant sur un texte figé, mais plutôt à le dénouer en tentant de trouver un compromis acceptable pour les deux parties ». (Ségui, 1995).

### **1.1.3. Les modalités de preuves mobilisées**

Devant les juridictions coutumières congolaises, les modalités de preuves tendant à prouver la véracité des faits reprochés à la personne poursuivie des faits répréhensibles n'obéissent pas à une rationalité propre en ce qui concerne les preuves de culpabilité. En effet, les rites ancestraux et les pratiques traditionnelles mis en œuvre dans le domaine de la preuve par les communautés traditionnelles précoloniales sont essentiellement orientés vers la réalisation

de l'objectif principal poursuivi par la justice ancestrale, objectif consistant, avant tout, à rapprocher les points de vue contraires, à réconcilier les parties en conflit, dissiper les ressentiments, instaurer au sein de la communauté un climat d'union, d'équilibre et d'harmonie. L'idée de conciliation domine donc l'organisation de la procédure judiciaire des sociétés précoloniales.

Il est observé que devant ces juridictions, les aveux viennent à la première position, suivis des témoignages, soit de la victime elle-même soit des proches de la victime ou les personnes ayant vécues le déroulement des faits. Il faut dire aussi que pour certains cas jugés graves, lorsque la personne poursuivie ne présentait pas des aveux, elle était soumise à des ordalies (Gaudemet, 1965). Cette modalité de preuve, par les ordalies, consistait à faire passer à l'accusé une épreuve physique décidant de son sort. L'accusé était revêtu parfois d'habits religieux pour se soumettre au « jugement de Dieu ». L'épreuve se déroulant sous le regard de la divinité tutélaire de la justice qui va sauver l'innocent et empêcher l'injustice. Appelant directement à la divinité, ce mode de preuve était cependant orienté par les personnes en conflit, qui décidaient du type d'ordalie qui s'applique, plus ou moins risquée, et des circonstances de son exécution.

Par ailleurs, devant ces juridictions, il ne revenait pas uniquement à la victime de prouver la culpabilité de l'auteur désigné mais aussi, et surtout, à l'accusé de prouver son innocence, quand bien-même la victime serait dans l'impossibilité de prouver ses allégations. Dans certains cas, il était invoqué les oracles du divin pour vérifier les soupçons. Un autre constat est le fait que dans certaines circonstances où la culpabilité de l'accusé n'était pas établie, les juges le rendaient au moins responsable et non coupable. Ce qui atteste ici la volonté de rétablir l'équilibre communautaire en évitant qu'un fait répréhensible demeure non réparé ; ce qui peut occasionner la vengeance privée et par ricochet, déstabiliser la cohésion communautaire.

#### **1.1.4. Regard critique sur les sentences prononcées**

Les sentences applicables devant les juridictions pénales coutumières sont la mort, l'arrestation, les coups de fouets, la réprimande, l'admonestation, la restitution, le paiement de rançon, les dommages-intérêts ainsi que la servitude pénale. Relativement aux sentences prononcées par les juridictions coutumières, il est observé que le taux de la peine était essentiellement prononcé en termes de jours et très rarement en termes de mois. Il était

souvent prononcé des peines allant de 7 jours minimum. La peine de mort a été prononcée dans certains cas, pour le crime de sang. Les amendes exigées ne représentent pas en soi des sommes exorbitantes, qui peuvent affecter très sensiblement le patrimoine du coupable. L'on note que ces sommes allaient souvent de 20 à 25 francs, ce qui paraît dérisoire.

Dans le cadre des incriminations se rapportant à l'ordre de famille, l'on constate qu'au-delà des amendes exigées, il était très souvent exigé au coupable de s'acquitter de ses obligations, d'accompagner son conjoint. Dans le cas d'adultère de la femme, la remise de la dot était exigée et le taux de la peine infligée à l'épouse coupable était bien souvent inférieur à son complice d'adultère. Et en cas de demande par le mari victime, les dommages-intérêts étaient accordés. Lorsque le mari paraissait trop intéressé aux dommages-intérêts, cela servait d'argument pour les juges à refuser de faire droit à sa demande de réparation.

Aussi, en cas de viol ayant entraîné la mort de la femme, il était exigé le paiement d'un esclave au chef. En cas de récidive pour les ressortissants d'un même clan, le meurtrier était abandonné aux parents du défunt qui pouvaient en faire ce qu'ils voulaient alors que lorsqu'il s'agissait des ressortissants des clans différents, le complice payait à la famille du défunt un cochon, le vin et les frais d'enterrement ainsi qu'un esclave pour remplacer le mort. Curieusement, les juges qui rendaient pareilles sentence se faisaient toujours payer un esclave. En cas de coups ayant entraîné des blessures, le coupable était condamné à payer les soins donnés à la victime et lui apporter du vin et des vivres pendant la durée de ses blessures.

L'on note également les cas de torture infligée au coupable, en l'attachant par exemple à une fourche de bois jusqu'à ce que la colère de la victime soit passée. De tous ces cas prélevés, aucune sentence n'a été prononcée contre un homme pour adultère commis contre sa femme quand bien même ce dernier se rendait coupable en qualité de complice non pas envers sa propre femme mais seulement s'il avait commis le viol contre une femme mariée. Les dommages intérêts prononcés en cas de viol étaient toujours proportionnels à l'importance du viol. En ce qui concerne l'incrimination de vol, il est observé que ce dernier revêtait un caractère de gravité si le voleur et la victime du vol faisaient partie de la même cellule sociale que constitue la famille.

## **1.2. Une construction paradoxale de l'ordre public dans la justice coutumière et dans la justice contemporaine**

### **1.2.1. Au regard des incriminations se rapportant à l'ordre de famille**

Pierre Akele Adau affirme que tout ordre juridique résulte d'un système de valeurs et configure des valeurs positives qui expriment davantage des valeurs idéologiques indiquant a contrario ou indirectement des contre-valeurs. Le droit doit non seulement être construit en référence à ces valeurs qu'il doit savoir reconnaître, mais aussi identifier l'échelle de leur composition (Akele, 2008). Pour cette raison, affirme-t-il, le droit pénal, dont la mission consiste à garantir et à protéger les valeurs essentielles de la société, dont non seulement protéger la famille ; mais aussi lui offrir la possibilité de défendre, dans le cadre de la justice qu'il organise, les intérêts de la personne.

En effet, au regard des décisions rendues par les juridictions coutumières, il est observé que les incriminations portant atteinte à l'ordre de famille et aux bonnes mœurs prennent une première place. Cela se justifie par le fait que l'ordre de famille est sacralisé dans la culture traditionnelle congolaise et ceci rentre en contradiction avec les représentations occidentales de l'ordre social. A cet égard, il faut noter que chaque société est marquée par une identité anthropologique et, à chaque identité correspond une relation communautaire particulière avec ses codes, ses idéologies et ses modes de fraternités. Ainsi peuvent se mettre en place et coexister la communauté de parenté, de village ou du quartier, de l'ethnie et de la région, constituant des lignages ayant les mêmes interdits, signe de leur relation de consanguinité.

En contexte congolais, le clan, ethnie, la tribu restent le socle regroupant des identités diverses ayant conscience d'appartenir à une même souche. La Constitution de la RD Congo ainsi que le code de la famille considère la famille comme la cellule mère de la nation. Elle est confrontée aujourd'hui à un dualisme culturel qui la place devant des choix à opérer. Ceux-ci se situant entre le souci de conserver son identité culturelle et la nécessité de s'intégrer dans un monde en pleine mutation, influencé par la culture occidentale découlant de la colonisation et qui s'est perpétuée après l'indépendance.

La famille constitue donc le socle sur lequel s'édifie la société qui se fait un devoir de la promouvoir, de la protéger et de la défendre. C'est là que la personne humaine naît, advient à son être et à son destin. C'est là qu'elle est nommée, reconnue, identifiée et introduite dans un réseau complexe de relations organisées permettant le vivre-ensemble. Ainsi, la famille a une signification et une place prépondérante dans toute expérience humaine. Cela est plus

particulièrement vrai dans le contexte congolais où la famille subit les contrecoups des mutations socio-culturelles. Les tensions socio-politiques se répercutent de manière insidieuse sur la cellule familiale. Ce qui dévalorise la place qu'occupait la famille dans les sociétés traditionnelles au point de consacrer une inversion de valeur entre la famille et l'Etat.

### **1.2.2. Au regard des atteintes à la propriété privée**

Les incriminations portant atteinte à la propriété privée prennent la deuxième place dans les sociétés traditionnelles précoloniales. Ceci montre que la propriété individuelle est une valeur protégée par nos sociétés traditionnelles. Le régime foncier traditionnel consacrait un caractère sacré ou divin à la terre. Ce qui la rendait non susceptible d'appropriation individuelle. Le fait que les droits sur la terre étaient inaliénables instituait la dimension toujours collective de ces droits donc communautaire. Il faut dire que les sociétés traditionnelles faisaient de la propriété une conception opposée à la conception occidentale. L'idée spéciale qu'ils se font de l'origine de la propriété, corroborée par leurs croyances religieuses, fait qu'ils n'admettent pas que des droits de propriété réelle puissent s'acquérir ni s'exercer sur le sol.

Dans les sociétés traditionnelles, la terre relève d'une divinité et appartient à la communauté totale de tous les hommes d'un lignage ou d'un clan et, au premier chef, aux ancêtres morts. L'idée de la propriété privée immobilière semble donc inadmissible. Par contre, un respect presque absolu était accordé à la propriété mobilière privée dans la mesure où toute appropriation d'un bien mobilier appartenant à autrui était sévèrement sanctionnée, car aux yeux de la communauté, pareille attitude était de nature à détruire la cohésion communautaire.

### **1.2.3. Au regard des atteintes à l'ordre public**

Il est observé que les incriminations portant atteinte à l'ordre public viennent à la dernière position dans les sociétés traditionnelles précoloniales alors qu'elles prennent la première place dans la conception occidentale. Ceci démontre le refus par les populations, se considérant maître de leur destin commun, de se soumettre à une imposition de l'autorité publique et un refus de se soumettre à la domination.

En effet, il faut reconnaître, comme le soutient Anne Marie La Rosa, que le procès pénal, dans sa conception occidentale, a été conçu comme le lieu d'un affrontement binaire entre l'auteur de l'infraction et un souverain à l'autorité bafouée par le crime, et non comme un espace de triangulation binaire entre l'État, l'infacteur et la victime ; plus comme vecteur de l'intérêt à

la répression de l'État, que comme moyen de réparation de l'intérêt privé de la victime (La Rosa, 2003) alors que la gouvernance judiciaire de nos sociétés traditionnelles s'identifie, a contrario de la société occidentale, au modèle d'une justice réparatrice qui se centre sur le préjudice en essayant de le réparer et/ou de restaurer l'équilibre rompu entre les parties, c'est-à-dire la société, le délinquant et la victime. L'objectif sera alors la restauration du lien entre les différentes parties impliquées, afin de rétablir la paix et la cohésion au sein de la communauté.

De ce fait, on peut considérer que la justice qui était distribuée par les sociétés traditionnelles précoloniales, qui prônent la réparation, serait une réponse systématique au crime et pourrait renforcer la guérison des lésions des victimes, des délinquants et des communautés, causés ou révélés par le crime. Milène Jaccoud considère que ce modèle de justice est qualifié de modèle éclaté, où se retrouve la justice relationnelle, participative, transformatrice ou réformatrice voire restauratrice (Jaccoud, 2008). Ce qui correspondrait dans l'idéal au modèle de justice adapté au contexte congolais et à ses valeurs.

La justice réparatrice, comme celle qui était appliquée dans les sociétés traditionnelles précoloniales, sous le mécanisme de l'arbre à palabre, envisage le crime plus comme un acte contre une personne ou une communauté que contre l'État. La victime y joue un rôle majeur et peut y bénéficier de la part de l'auteur de certaines formes de réparation. Dans cette forme de justice, les victimes ont l'occasion d'exprimer l'impact détaillé de l'acte criminel sur leur vie, de recevoir des réponses aux questions qui les hantent sur les faits et de participer à la mise en responsabilité du criminel pour ses faits et gestes. Les criminels peuvent raconter l'histoire du pourquoi du crime et quel effet il a eu sur leur vie. On leur donne une occasion de remettre les choses sur le droit chemin avec les victimes dans la limite du possible par certaines formes de compensation.

## **2. Les dérives de la justice pénale contemporaine et les balises de la justice pénale coutumière**

Le présent point présentera les dérives de la justice pénale congolaise (2.1) avant de proposer les balises de la justice pénale coutumière (2.2), qui serviront d'éclairage dans la perspective de réforme du droit pénal congolais.

### **2.1. Les dérives de la justice pénale contemporaine**

#### **2.1.1. La méfiance des populations envers une justice pénale importée et imposée**

Le droit pénal est une technique qui ne vaut que par le degré d'intégration et de rationalisation qu'elle apporte à l'organisation sociale ainsi que le degré d'adhésion à l'organisation et aux normes qu'il édicte (Akele, 2008). Cela étant, il doit refléter les aspirations profondes de ceux qui doivent en subir les implications. Pourtant, le paysage judiciaire congolais semble marqué par une méfiance des justiciables vis-à-vis de la justice étatique ; ce qui explique une désaffection de ceux-ci à une justice qui leur semble étrangère. Le système judiciaire congolais serait finalement celui « d'une justice qui n'est pas à la portée de la population ou tout au moins de la majorité de celle-ci ».

En effet, la population qui se sent ainsi éloignée des institutions judiciaires officielles, qu'elle considère, du reste, comme expression d'une justice imposée, venue de l'étranger, manifeste sa méfiance par le contournement et l'évitement de celle-ci au profit des structures de justice informelle qu'elle juge plus souples et plus adaptées à son vécu quotidien (Nzundu, 2018).

Ainsi, considérant que nos instances judiciaires, telles qu'elles sont organisées et réparties actuellement sont loin de constituer une réponse aux attentes des populations, au sens d'une justice plus proche et plus accessible pour eux. Non seulement ces tribunaux pèchent par leur carence comme l'affirme Nzundu Nzalalemba, mais aussi, ils ne donnent pas satisfaction dans leur fonctionnement. Ce qui justifie la méfiance des populations vis-à-vis de la justice institutionnelle qui leur est proposée. Cette méfiance est renforcée par le fait que nos instances judiciaires sont éloignées tant au niveau de la proximité spatiale d'une justice physiquement ou géographiquement plus à la portée des justiciables, d'une proximité sociale et humaine, d'une justice plus soucieuse de compréhension, de négociation que de sanctions et enfin, d'une proximité temporelle d'une justice qui, se voyant reprocher ses engorgements et ses lenteurs, cherche à y remédier ».

### **2.1.2. L'inadéquation du système pénal actuel aux réalités socioculturelles congolaises**

La RD Congo est interpellée par la question de l'efficacité de son système pénal. Quel mode de régulation doit-elle adopter au regard de toutes les mutations sociojuridiques qui, bien qu'ayant marquées son histoire, n'ont pas toujours été forcément en adéquation avec ses propres réalités socioculturelles.

En effet, au sein des sociétés traditionnelles précoloniales, il existait, au-delà de la diversité des conceptions de ce qui est juste, des très fortes similitudes qui tiennent à la place prépondérante qu'occupe le sacré. L'idée d'une justice conférant des droits individuels et

subjectifs est inconnue dans ce type de société, qui fonde le lien social sur un ensemble de coutumes ancestrales, le plus souvent transmises oralement. Ainsi, dans les sociétés traditionnelles précoloniales, la justice procédait de règles coutumières et non écrites, fondées sur la soumission à l'autorité du chef établi, système qui perdura jusqu'à la colonisation. Ceci eut pour effet d'institutionnaliser la justice et de rapprocher le système juridique et les institutions du modèle occidental dans la plupart des États qui succédèrent aux Empires coloniaux.

Considérant que la justice actuelle résulte en grande partie du mimétisme du modèle de la justice occidentale héritée de la colonisation, il y a lieu d'épingler, qu'avant la colonisation, la tradition congolaise était pluraliste en matière de justice. Elle laissait à chaque communauté la possibilité de juger en son sein, selon ses us et coutumes, selon un droit connu et accepté. En cas de conflit entre des individus ou des communautés, le recours était fait aux chefs de village, aux doyens qui jugeaient selon les coutumes et qui étaient considérés comme étant plus proches (Ngoumbango, 2014). Dans ces sociétés précoloniales, la justice consistait plutôt à chercher la conciliation et non l'exclusion sociale du délinquant, considéré à bien d'égards, par les sociétés occidentales, comme un parasite qu'il faut éliminer, pour rétablir l'ordre public. La société traditionnelle précoloniale était fondée sur l'harmonie, et le droit n'est qu'une valeur secondaire. Elle a pour fondement la religion. Ceci a pour corollaire la non implication des populations à une justice qui leur est trop éloignée, favorisant ainsi la non adhésion de ceux-ci à son organisation, car elle se présente pour la plupart comme une justice imposée, c'est-à-dire la justice des autres, venue d'ailleurs et qui ne tient pas compte des réalités socioculturelles de la société congolaise.

L'on peut noter que la justice qui était proposée par les sociétés traditionnelles précoloniales visait à impliquer, dans la mesure du possible, toutes les parties concernées par une infraction spécifique, et qui cherche à identifier et à traiter de manière collective les souffrances, les besoins et les obligations, de façon à guérir et réparer autant que faire se peut (Zehr, 2010). Cette conception traditionnelle de la justice pénale se retrouve aux antipodes de la conception occidentale de la justice pénale, qui prône l'exclusion sociale du délinquant comme réponse pénale au rétablissement de l'ordre public.

### **2.1.3. L'exclusion sociale du coupable comme paradigme de la justice pénale contemporaine**

L'exclusion sociale a existé dans le passé, elle existe encore aujourd'hui et, si rien n'est fait pour y remédier, elle se perpétuera dans le futur. A cet effet, comme l'affirme Jordi Estivill, ne serait-ce qu'au sens littéral, l'exclusion et les exclus existent depuis que les êtres humains vivent en groupe et veulent donner un sens à la vie en société. L'ostracisme à Athènes, la proscription à Rome, les castes inférieures en Inde et les multiples formes d'esclavage, d'exil et de bannissement, de « ghettoïsation » ou encore d'excommunication sont des manifestations historiques de l'attitude de rejet adoptée par chaque société à l'égard des indésirables, des intrus ou des damnés de la terre, pour reprendre les paroles d'une chanson ancienne, affirme Jordi Estivill (Estivill, 2004).

L'exclusion déterminait la façon dont on établissait en Europe une distinction, une séparation, entre les membres du groupe et les autres, entre ceux qui jouissaient d'un statut de plein droit et ceux qui avaient un statut particulier ou n'en avaient simplement aucun. Ces formes d'exclusion n'étaient pas reconnues comme telles ; faisant partie de l'organisation sociale ou religieuse de l'époque, elles étaient moralement acceptées. En outre, elles remplissaient des fonctions économiques, sociales, culturelles et politiques puisqu'elles permettaient de racheter péchés et vices par la charité, freinaient les excès et prévenaient les déviances, et constituaient un stimulant différentiel pour ceux qui vivaient en accord avec les règles et valeurs dominantes.

En effet, il est souvent démontré que les coupables, condamnés pour des faits infractionnels, ont difficile d'admettre d'être reconnus comme criminels : ils se sentent plutôt victimes des dysfonctionnements de la société, de sa construction des valeurs et des interdits et, surtout, des inégalités sociales, qui font d'eux victimes et non coupables. Souvent exclues et rejetées, elles doivent vivre ou survivre en étant privées de l'accès aux droits fondamentaux (logement, travail, protection médicale, éducation, formation, revenu, participation sociale...). Elles sont, de plus, jugées coupables de leur sort. Si elles se sentent personnellement persécutées par les circonstances humiliantes qu'elles vivent, elles les prennent comme des malchances personnelles et intègrent ce sentiment de culpabilité.

Cette condition d'exclusion est beaucoup plus perceptible, en contexte congolais, dans la mesure où la personne reconnue coupable des faits infractionnels, privée de liberté de

mouvement, n'a aucun rôle à jouer au sein de la société, ni individuel, ni collectif. Elle est condamnée à une exclusion totale du rôle d'acteur qu'elle est sensée jouer, pour son propre épanouissement ou sa réinsertion sociale. Le peu d'aide matérielle ou sociale qu'on lui consent ne favorise pas sa promotion. Une telle réduction de l'être à son strict minimum ne sera brisée que dans la mesure où la société établira avec les personnes condamnées, par une décision de privation de liberté, des rapports humains d'une nouvelle qualité, reposant sur un autre regard à porter sur ces personnes, déclarées coupables d'un comportement que l'on qualifierait d'anti social, suite à une construction sociale qui, malheureusement, ne prend pas en compte le sens que donne chaque individu à son agir, criminel soit-il.

Par ailleurs, la privation de liberté en contexte congolais laisse transparaître l'impression du rejet. Pour y remédier, il faudrait prendre du recul, une reconnaissance de l'intérêt du coupable, car dans l'exclusion, la souffrance est niée. L'émergence du condamné par une réinsertion communautaire passera par une entrée en relation positive, où l'exclu retrouve une identité dans une relation et un projet qui vise son épanouissement. Les pouvoirs publics doivent développer des politiques qui revalorisent le condamné, en lui donnant l'occasion d'accéder aux droits fondamentaux, pour son émergence identitaire. L'exclusion du coupable ayant montré toutes ses limites tant, elle contribue davantage au sous-développement dans la mesure où l'exclu est aussi exclu de la participation au développement de son identité. A cet effet, un retournement de paradigme devra s'opérer dans l'optique de reconnaître aux personnes, même condamnées, le statut de sujet et donc, acteur de sa propre histoire sans une limitation à des déterminismes d'ordre factoriels.

## **2.2. Les balises de la justice pénale coutumière**

### **2.2.1. D'une justice imposée à une justice négociée : le coupable a son mot à dire**

Comme l'affirme Alain Blanc, la justice pénale connaît de nos jours une phase de mutation caractérisée par la confrontation sinon la coexistence de trois paradigmes : celui d'une justice d'abord fondée pendant des siècles sur la souveraineté, assortie d'une indexation de la peine sur la gravité des faits commis ; puis, mise à jour par Michel Foucault, depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, d'une justice disciplinaire assortie d'un appareillage clinique ayant vocation à agir sur la personnalité du délinquant. Dès lors, il ne sera plus simplement question d'isoler et de punir, mais aussi de soigner et de réhabiliter. Et, la dernière étape est celle d'une justice que l'on peut qualifier « néolibérale », en charge maintenant d'anticiper les risques en optimisant ses ressources. Cette dernière approche, qui pouvait déjà apparaître en filigrane,

dans le concept de dangerosité de l'école de défense sociale, comme le soutient Alain Blanc, est basée sur le concept de management, entendu ici, comme un mode de gestion fondée sur une logique à dominance économique dans le cadre d'une société « libérale ». Elle fait référence aux économies de moyens, de temps et à la gestion des flux, perçus comme reliés à une logique entièrement fondée sur la rationalité économique et devenue l'alpha et l'oméga de la performance judiciaire (Blanc, 2013) ; (Languin, et al., 2004).

A ce sujet, Christophe Mincke nous fait percevoir que ce changement de paradigme induit également des nouvelles modalités de régulation des conflits, qui aspirent transcender les limites des procédés traditionnels établis par ses prédécesseurs. Il soutient que ces modalités sont basées sur la participation des protagonistes dans la recherche de la solution au conflit et à l'atténuation des conséquences de ce dernier. Ces nouvelles modalités de régulation des conflits sociaux criminalisés « prônent un abandon maximal de la référence à la loi au profit de processus volontaires et consensuels fondés sur l'élaboration de normes ad hoc et la résolution dialogique des conflits » (Mincke, 2006).

Ces nouvelles modalités procèdent d'une volonté de revenir à une prise de décisions locale dans l'ultime but de pacifier les rapports sociaux en vue de renforcer la cohésion communautaire. Ces modalités encouragent l'expression pacifique d'un conflit, de promouvoir la tolérance et l'intégration, de faire respecter la diversité et de favoriser des pratiques locales responsables. Elles mettent, surtout en avant, la négociation entre les principales parties en vue d'obtenir une plus grande implication de leur part dans l'exécution de la solution concertée, gage d'une harmonie sociale durable.

A ce titre, cette modalité de justice semble rencontrer encore de la résistance de la part du système pénal moderne, particulièrement en droit romaniste pendant qu'elles occupent une place centrale dans le système pénal anglo-saxon (Garapon & Papadopoulos, 2003) ; (Masset et Forthomme, 2012).

En effet, le repli généralisé du système pénal, qui se manifeste par l'effondrement de la confiance absolue à la répression ainsi que par cet élan de déjudiciarisation, dépénalisation et décriminalisation (Pradel, 2016), a également permis à ce nouveau paradigme de justice pénale de s'ériger en maître dans ce champ pénal spécifique qui privilégie le préventif et l'éducatif au répressif. Sans avoir connu la même évolution que le droit européen, le droit pénal congolais s'inscrit dans le schéma de la justice restaurative qui n'est « légalement »

admise que dans le cadre spécifique de la justice des mineurs, malgré l'inflation législative que connaît le pays, pendant que certains de ses éléments sont consacrés dans la poursuite des infractions à caractère économique comme la transaction. A ce sujet, dans la dynamique de réforme du droit pénal congolais, il faudrait consacrer un régime plus général de la justice restaurative, dans le but d'offrir aux populations un système de justice pénale en adéquation avec leurs valeurs socioculturelles. Ceci permet de soutenir que le dispositif juridique congolais actuel n'exprime qu'un ordre imposé par l'État là où il conviendrait d'associer substantiellement un ordre négocié et un ordre accepté, afin d'éviter une contestation radicale et une situation aggravée de la désorganisation sociale.

### **2.2.2. La ritualisation du procès pénal : paroles, gestes, proverbes et chants rassurent**

#### **les parties**

Le déroulement du procès dans les sociétés traditionnelles précoloniales, qui prônent la négociation, se caractérise par une ritualisation qui donne toute l'importance à la parole et met en avant les gestes, les proverbes et les chants. On peut notamment distinguer le recours au rituel, l'usage de la rhétorique, l'emploi des signaux indirects, une gestion spécifique du temps et finalement l'intégration dans cette ritualisation des activités non professionnelles telles que des activités de loisir ou des partages de nourriture en commun.

En effet, la ritualisation des procédures de résolution de conflit permet un contrôle étroit du processus, en canalise l'orientation et laisse place à des actions socialement acceptables. L'introduction du rituel renforce la signification de l'acte à l'instar de la distribution de noix de cola ou de vin de palme au tout début de la procédure de conciliation (Gulliver, 1979). Rites religieux et prières renforcent le statut de la cérémonie. Dans la médiation des conflits, le pouvoir du rituel peut être instrumentalisé par un masque ou par la transe qui est une voie privilégiée pour recevoir et transmettre les volontés des esprits. L'affirmation rituelle peut être comprise comme une action symbolique destinée à assurer une plus grande coopération de chacun (Chukwu, 2003). Elle s'ancre dans des actes tels que le serrement de mains, l'étreinte, le baiser, le serment, la prière, un sacrifice, le partage de nourriture ou la consommation d'une boisson en commun. La cérémonie finale peut comporter le sacrifice d'un animal tel que chèvre ou mouton pour réaffirmer l'unité du groupe. Répandre le sang de l'animal est un moyen privilégié d'apaiser la colère du groupe, c'est-à-dire celle des hommes, des ancêtres et des dieux.

L'usage de la rhétorique, l'emploi de l'éloquence introduisent une forme de régulation situationnelle par le discours. Les mots ne sont pas seulement une manière d'exprimer un acte tel qu'une concession ou une demande, mais un acte en lui-même. Ils ne reproduisent pas la réalité ; ils sont la réalité. Ainsi, dans la palabre africaine, la rhétorique constitue une ressource supplémentaire pour le négociateur ou le médiateur (Zartman, 1996). L'art oratoire dans les sociétés traditionnelles est ainsi hautement valorisé. Il trouve son premier niveau de légitimation dans l'admiration qu'il suscite chez ses auditeurs. Le recours aux proverbes, fruits de la culture traditionnelle, renforce l'argument, lui donne une assise collective. Les formes d'adresse notamment en termes de parenté telles que l'oncle, tante, nièce, neveu introduisent un facteur intégratif également susceptible de modifier le cadrage du conflit.

L'émission de signaux constitue un autre attribut spécifique aux sociétés traditionnelles. Quelle que soit son intention initiale (préservation de la face, exploration aux limites, tactique prudente ou détournée), le signal indirect se caractérise par son ambiguïté et la difficulté à en saisir la véritable rationalité. Une telle pratique est particulièrement répandue dans les cultures à fort contexte, c'est-à-dire les cultures où l'on suggère plutôt qu'on ne dit, où l'on s'exprime par métaphores, où c'est en dernier ressort le contexte de la situation qui permet d'interpréter le message (Hall, 1976). Il faut admettre que dans les cultures traditionnelles congolaises, on ne fait pas d'objection directe, on ne dit pas « non », même si on le pense. Une communication efficace requiert un travail considérable d'observation et de décodage des signaux faibles car ils ont l'importance d'affirmer les détails significatifs. Même le médiateur s'efforce de faire ainsi et de ne pas émettre de suggestions trop explicites.

Le recours à un métalangage, une métaphore ou à une façon particulière d'exposer les faits appartient au registre indirect. Les approches holistes des situations de négociation conduisent à des méthodes originales destinées à traiter la complexité. Les approches métaphoriques jouent un rôle analogue. L'importance des symboles dans la production du sens et dans la structuration de l'action s'avère souvent déterminante. Les mythes et les représentations faisant appel à la mémoire historique constituent un facteur de légitimation des actes et des procédures mises en œuvre. Les protagonistes de la négociation présentent une extrême diversité car les êtres humains sont rejoints par les dieux, les fantômes, les démons, les esprits des ancêtres et autres puissances surnaturelles avec toute l'autorité dont celles-ci disposent face aux responsables du différend. Dans ce processus, il est souvent mis

en contribution, les vertus de la palabre dans le but de dénouer le nœud gordien du litige et non de le trancher.

### **2.2.3. L'inclusion communautaire comme nouveau paradigme de la réponse pénale**

Dans les sociétés traditionnelles précoloniales, comme communauté des hommes, le lien collectif apparaît comme un attribut essentiel dans les situations de résolution des conflits, car on ne peut pas séparer l'individu du groupe auquel il appartient et s'identifie.

En effet, l'organisation générale du processus de résolution des conflits présente des spécificités notamment en recourant à des approches par cercles concentriques visant progressivement à cerner l'objet réel de la discussion en évitant d'éveiller inutilement les susceptibilités (Derong, 1999). Il ne s'agit pas tant de désigner un coupable que de proposer une solution acceptable par tous. Dans ce processus de résolution des conflits, l'effort fourni tend à correspondre à la fois aux attentes des protagonistes et satisfaire les exigences des puissances surnaturelles. Finalement, ces sociétés font de la résolution de conflit un processus intégrant plusieurs niveaux (concret, symbolique, surnaturel) orchestrant ainsi de façon fonctionnelle un traitement placé sous le signe de la complexité.

Pour parvenir à une inclusion communautaire du coupable, autant des vertus tirées de la palabre parviennent à préserver la qualité d'une relation, même aux dépens de ses propres objectifs et cela implique que le résultat à obtenir doit correspondre à un niveau acceptable pour chacune des parties. Le chef n'agit pas comme un leader mais comme une personne raisonnable capable de trouver un consensus. La population entend participer à la production des normes auxquelles il se soumet dans le cadre d'une justice participative. Dans ce processus, un respect particulier attaché à l'âge ou bien à la position hiérarchique ou statutaire reflète également les valeurs attachées à l'équilibre du groupe. L'harmonie apparaît comme une valeur si cruciale qu'une attitude hostile entre les parties en conflit peut être aussi fortement punie que les actes à l'origine du conflit. Ainsi, les relations entre les membres d'une même communauté ne peuvent être définies ou traitées selon une logique de jeu à somme non nulle, c'est-à-dire en termes de gagnant-perdant. Il s'agit essentiellement de restaurer les relations intra-groupes. La paix et l'harmonie doivent être restaurées non seulement parmi les hommes, mais également avec tout l'environnement, y compris les animaux et les arbres (Hamdesa, 2000). Si ceci n'était pas accompli, ce sont les esprits qui interviendraient et frapperaient en déclenchant des catastrophes naturelles. Préserver la face de chacun constitue une autre obligation relationnelle majeure. Chaque individu et plus encore

chaque groupe, clan, ethnie auquel il appartient doit voir sa réputation préservée, son image externe sauvegardée. A travers cette préoccupation, il s'agit de prendre en compte l'avenir des relations. C'est le jugement social qui devient le facteur prépondérant. L'harmonie doit être maintenue. Pour parvenir à rétablir la cohésion communautaire, la restitution est une procédure nécessaire à la restauration de la paix et à sa pérennité. Elle s'impose par rapport à la punition qui reste la mesure la plus fréquemment pratiquée dans la justice occidentale. La compensation, même symbolique, incarne une vertu dans les cultures traditionnelles. Lorsque les individus vivent dans un tissu de rapports sociaux étroits, la restitution fournit une base pour engager une phase de réconciliation. Il s'agit de recréer l'équilibre social mis en cause par le conflit et chacun doit y prendre sa part.

Ainsi, des excuses doivent être présentées publiquement car la solution concerne l'ensemble de la communauté à l'image de l'engagement que prend le coupable. Le groupe a toujours une certaine responsabilité dans ce que chacun fait, ou ne fait pas, à travers l'éducation dont il est vecteur et des modèles comportementaux qu'il fournit. L'identité est produite par la communauté : « Nous sommes, donc je suis », pourrait-on affirmer. La possibilité de négociation offre aux protagonistes une situation dans laquelle chacun peut avoir une conscience aigüe de sa propre identité et de la nécessité absolue de la protéger. Souvent les enjeux réels du conflit sont au-delà des éléments objectifs perceptibles et peuvent toucher à l'identité (Lowi & Rothman, 1993). Ainsi, renoncer à certains buts ou à certains droits peut aussi conduire à remettre en cause l'identité. Négocier consiste alors, non seulement à atteindre les objectifs qui sont la raison d'être de l'interaction, mais implique une tâche parallèle de réassurance de cette identité.

L'insertion communautaire permet une approche holistique de la justice. Elle propose une réponse judiciaire adéquate susceptible de renforcer la confiance des populations envers l'institution juridique et ses acteurs afin de mieux répondre aux attentes des populations en favorisant la réconciliation, le rétablissement des relations entre les parties et la réinsertion des personnes concernées dans leur collectivité. Cela offre une justice de nature plus communautaire, fondée sur le renforcement du dialogue entre la justice et la collectivité.

#### **2.2.4. Reconnaître aux parties le droit de choisir leur forme de justice pour leur conflit**

La société contemporaine vit actuellement une mutation en matière de gestion des conflits, qui passe d'un modèle répressif à un modèle plus consensuel. Depuis quelques années, comme l'affirme Pierre Truche, nos sociétés rentrent sur « la voie d'une autre justice, d'une justice

différente, d'une justice non violente » mais tout en soulignant que « cette forme de justice n'est pas une justice admise par tous » (Truche, 1992). Ainsi, à côté de la « justice violente », comme l'affirme Etienne Le Roy, la médiation serait-elle simplement porteuse d'une nouvelle idéologie de la pacification sociale ou d'un nouveau projet de société (Le Roy, 1995). Dans cette perspective, Mireille Delmas-Marty avance l'idée de l'évolution de nos sociétés vers un pluralisme juridique et l'on serait tenté d'ajouter que nos sociétés actuelles progressent aussi vers un pluralisme judiciaire et plus largement vers une pluralité de modes de régulation sociale. À l'image de la typologie proposée par Michel Van de Kerchove, on verrait coexister des modes « rétributifs », « réparateurs », « protecteurs » et « conciliateurs », de résolution des conflits (Kerchove, 2003).

Cependant, Lauréline Fontaine pense que toute théorie positiviste du droit serait nécessairement moniste et que, pour penser le pluralisme juridique, il serait nécessaire de sortir du cadre positiviste (Fontaine, 2007). Cela paraît discutable tant des propositions peuvent parfaitement tout à la fois soutenir le pluralisme juridique et être positivistes comme l'affirme Boris Barraud (Barraud, 2016). C'est cette dernière position que nous adoptons en considérant que le droit pénal étatique n'est pas l'unique source qui constitue le droit positif. D'autres normes relevant de la morale par exemple, bien que non codifiées, constituent aussi des sources de droit bien « légitimes » (Bellina, 2009), dans la perception collective des populations. Il faut dire que la question de la légitimité d'une norme est doublement justifiée. D'une part, la nature de certains « conflits » ne peut être traitée efficacement dans le cadre strict du droit positif étatique. D'autre part et réciproquement, le droit positif étatique peut dans certains cas, comporter des effets secondaires injustes, qui peuvent produire une victimisation successive voire un règlement de compte ou la vindicte.

Par ailleurs, Il faudrait noter que le droit résulte des pratiques « hétéro normes » comme l'affirme Séverine Bellina, parce que chaque acteur appartient à une pluralité de mondes (familial, professionnel, culturel, etc.). Dès lors, la « juridicité » a des frontières mouvantes, en fonction de ce qu'un groupe reconnaît comme faisant loi et comme devant être sanctionné, à un moment donné, dans chaque système normatif (social, religieux, professionnel, familial, etc.). Non seulement la légalité n'est pas synonyme de légitimité, bien plus, elle est loin de constituer la source unique de la légitimité dans la pratique. Et les légitimités sont à la fois multiples et souvent distinctes pour faire partie de la légalité : on peut trouver des situations légales et légitimes, légales et non légitimes pour certaines et non

légales mais légitimes. Pour Max Weber, « le concept de légitimité se rapporte à la notion de reconnaissance sociale. C'est socialement que se définit la légitimité » (Weber, 1971).

En effet, en RD Congo, la légalité officielle résulte essentiellement d'une importation et d'un transfert normatif qui permet de considérer que l'organisation judiciaire est déconnectée des sociétés, déracinée de son histoire et de ses cultures. Figé dans la légalité, l'État perd en légitimité : valeur ajoutée qui fonde son acceptation, son obéissance, son respect par les sujets/citoyens. (Bellina, 2009). Il faut dire que d'autres sources de légitimité (références coutumières, religieuses, mouvements associatifs, locales, etc.) interviennent dans le processus de régulation des conflits. Les décalages entre le pouvoir officiel et les « ailleurs » du pouvoir réel, entre la légalité et la légitimité se manifestent, notamment, dans les dynamiques, dites « alternatives populaires ou citoyennes », d'interactions entre les différents systèmes de régulation effectivement mobilisés par les acteurs, selon des modalités spécifiques en fonction des aires géoculturelles. C'est là un signe univoque d'une prise de conscience de l'idée voulant que l'ordre juridique étatique côtoie et soit perméable à d'autres ordres juridiques. Malgré les apparences, la norme juridique perd donc du terrain, parce que le droit lui-même est concurrencé par d'autres modes de régulation sociale, par d'autres techniques de gestion de la population, plus efficaces et plus opérationnelles » (Lochak, 1989).

## Conclusion

Au regard de la désaffection des populations envers la justice pénale contemporaine, conséquence du mimétisme d'une justice importée et imposée, qui ne repose pas sur des valeurs sociales et culturelles de la société congolaise, la présente réflexion constitue une rétrospective de la justice pénale rendue par les juridictions coutumières congolaises, qui interroge les modalités de résolution des conflits mobilisées dans la justice pénale coutumière et la manière dont elles peuvent être réinvesties dans la justice pénale contemporaine dans la perspective de proposer, dans le cadre des travaux de réforme de notre système de justice, les balises en guise de réponses aux dérives de cette justice pénale.

Pour y parvenir, une recension, d'une part, du bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais et, d'autre part, des revues juridiques du Congo-belge, ont servi de cadre de référence dans lequel ont été puisés les données de la présente réflexion. En procédant ainsi par une méthode documentaire, ayant permis d'analyser les différentes décisions rendues,

dans divers contextes, par les juridictions coutumières, ont été recensées les incriminations coutumières, les règles de compétence et de procédure mobilisées, les modalités de preuve mobilisées et les mesures prononcées en guise de sanctions pénales.

Il en résulte le constat selon lequel les incriminations portant atteinte à l'ordre de famille et aux bonnes mœurs constituent la masse la plus importante des faits traités par les juridictions coutumières, contrairement aux juridictions de droit écrit qui réprimaient essentiellement les atteintes à l'autorité de l'État et à l'administration. Cela pourrait se justifier non seulement par le fait que les atteintes à l'ordre de famille et aux bonnes mœurs évoquaient plus souvent les valeurs coutumières que les atteintes à l'autorité de l'État et à l'administration, mais aussi par le fait que la famille et les bonnes mœurs sont sacralisées dans la culture congolaise, et ce, contrairement aux représentations occidentales de ces valeurs sociales. Dans un contexte colonial, les atteintes à l'autorité de l'État et à l'administration publique pouvaient traduire, de manière évidente, un refus de se soumettre à la domination coloniale, que la justice pénale, instrumentalisée par l'autorité coloniale, ne pouvait que réprimer sévèrement.

Concernant les règles de compétence et de procédure mobilisées, l'on note des accommodements dans la procédure engagée pour chaque cas jugé par les différentes instances, sans se conformer à une procédure type. Par ailleurs, trois modes de saisine sont observés : la saisine d'office, la comparution volontaire des parties et l'accusation par la partie lésée ou la victime.

En termes de modalités de preuves, les aveux, le miroir magique, les épreuves d'ordalies, les témoignages furent employés comme modes de preuve devant les juridictions coutumières alors que pour les sentences prononcées, bien qu'il y ait eu des cas où la condamnation à mort fut prononcée, la réparation du préjudice causé, la restitution, la compensation ainsi que l'admonestation prennent une place privilégiée en minimisant le recours à la servitude pénale dont le taux de la peine est généralement prononcé en termes de jours de privation de liberté.

Ces analyses permettent de constater un fossé entre les représentations autochtones et occidentales de la justice pénale. Ce fossé ne peut être comblé qu'en changeant le paradigme d'une justice pénale conciliatrice et réparatrice, plus adapté à la culture congolaise, tel qu'il fut vécu dans les sociétés précoloniales et qualifié de mécanisme de l'arbre à palabre.

La justice pénale d'origine coloniale étant l'expression de la politique coloniale au Congo, fut un instrument au service de l'autorité coloniale pour asseoir sa domination ainsi que

l'occupation territoriale. Elle a soumis la justice pénale congolaise à une acculturation accrue. Le changement de paradigme de la justice pénale conduirait à en faire un instrument de régulation sociale plus adapté susceptible de permettre l'adhésion et la reconnaissance des populations à une justice pénale légitime. Dans la perspective de la réforme de la justice pénale en RD Congo, il importe de consacrer une justice endogène, négociée et inclusive à l'antipode d'une justice importée et imposée, facteur d'exclusion sociale. La justice pénale congolaise reformée éviterait le formalisme contraignant du procès pénal pour sa ritualisation contextualisée dans chaque communauté dans laquelle gestes, paroles, proverbes et chants auront le mérite de rassurer les parties et de favoriser l'inclusion communautaire du coupable.

Ainsi, à travers une approche rétrospective et prospective, la présente étude montre que les dynamiques de réforme de la justice pénale amorcées, ne répondent pas aux attentes d'adaptation des la justice congolaise aux modalités endogènes de résolution des conflits sociaux ; ce qui justifie le nonaccès des populations à un modèle de justice qui paraît éloigné de leur vision du monde. Il conviendrait ainsi de reconnaître aux populations le droit de choisir la forme de justice applicable à leur conflit, comme issue à la difficulté du pluralisme juridique et judiciaire. Il s'agit, en fin de compte, d'orienter la réforme de la justice pénale en RD Congo vers une meilleure articulation entre la justice coutumière et la justice pénale moderne, pour réponde à l'exigence de légitimité dans une vision pluraliste de la justice pénale.

## Bibliographie

- AKELE ADAU P. (dir), (2008) *Réforme du code pénal congolais : A la recherche des options fondamentales*, Tome 2, CEPAS, Kinshasa, p.7.
- BARRAUD B., (2016), *Théories du droit et pluralisme juridique : Introduction et conclusion. Théories du droit et pluralisme juridique - Tome II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 9.
- BELLINA S., (2009-2010) *La légitimité dans tous ses états : réalité, pluralisme et enracinement des pouvoirs*, *Chronique de la gouvernance*, Paris, IRG, p. 56.
- BERTI D., TARABOUT G., « Pratiques de justice, Catégories, procédures, stratégies », , Dans *Diogène* 2012/3-4 (n° 239-240), p. 3-15.
- BLANC A., « La justice pénale entre nouvelle démocratie judiciaire et nouveaux savoirs », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, pp. 203-212 ;
- BONGELI YEIKELO YA ATO E., NGOMA-BINDA PHAMBU E., *Regards endogènes sur l'Etat au Congo-Kinshasa*, L'Harmattan, RD Congo, 2022.
- BRILLON Y., (1980) *Ethnographie de l'Afrique noire*, Presse de l'Université de Montréal, p. 7.
- Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais de 1937-1938, 5<sup>e</sup> année, Elisabethville, Janvier-Février 1937, n° 1.
- CHUKWU O. Nze, (2003) « Negotiating within the Kinship Plate form », in *Guy-Olivier Faure, How People Negotiate: The Resolution of Conflicts in Different Cultures*, p. 173 et s.
- De SARDAN J.P., *La revanche des contextes. Des mésaventures de l'ingénierie sociale, en Afrique et au-delà*, Paris, Karthala, 2021, pp.351-374.
- DEGNI SÉGUI R., (1995) « Modes informels de régulation des conflits dans les quartiers urbains pauvres : « l'exemple d'Abidjan », in *Pauvreté urbaine et accès à la justice en Afrique*, Paris, L'Harmattan, p. 374.
- ESTIVILL J., (2004) *Panorama de la lutte contre l'exclusion sociale, concepts et stratégies*, Genève, Bureau international du travail, p. 4.
- FONTAINE L., (2007) « Le pluralisme comme théorie des normes », in *L. Fontaine, dir., Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, coll. Droit et justice, p. 130.
- GARAPON A. et PAPADOPOULOS I., (2003) *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Paris, p. 72.
- GAUDEMET J., (1965) « Les ordalies au Moyen-âge : doctrine, législation et pratiques canonique », *Recueil de la Société Jean-Bodin*, Bruxelles, p. 99.

- GAUDUSSON. J., « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs Introduction thématique », Dans *Afrique contemporaine* 2014/2 (n° 250), p. 13.
- HALL E., (1976) *Beyond Culture*, New York, Doubleday.
- JACCOUD M., (2008) *Innovations pénales et justice réparatrice*, Revue française de criminologie, Vol. 4, p. 42.
- KERCKOVE V., (2003) cité par A. MARIE LA ROSA, *Juridictions Pénales Internationales, Procédure et la Preuve*, Paris, éd, PUF, p. 59.
- LANDREVILLE P. et LABERGE D., (1994) « La prison, solution ou problème social ? » in *Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, Traité des problèmes sociaux*, Montréal, p. 1164.
- LANGUIN N. et al., « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance et Société*, 2004/2, Vol. 28, p. 159-178.
- LE ROY E., « La médiation, mode d'emploi », in *Droit et Société* n° 29/1995, p. 35.
- LOCHAK D., (1989) « Présentation », *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., p. 34.
- M. DELMAS - MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, tome 2, Paris, Seuil, 2006.
- MARIE LA ROSA A., (2003) *Juridictions pénales internationales, Procédure et la Preuve*, Paris, PUF, p. 59.
- MASSET A. et FORTHOMME M., (2012) « La transaction pénale de droit commun. La culture judiciaire belge garde-t-elle son âme ? », *Justine*, n°33, p. 10.
- MINCKE C., « La proximité dangereuse. Médiation pénale belge et proximité », in *Droit et société*, 2006/2, n°63-64, p. 459 et s.
- MORELLE M., Frédéric Le MARCIS F., « Dans *Afrique contemporaine* », 2015/1, (n° 253), Éditions DeBoeck supérieur, 2, p. 117 à 129.
- NGOUMBANGO KOHETTO J., (2014) *L'accès au droit et à la justice des citoyens en République centrafricaine*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, p. 12.
- NZUNDU NZALALEMBA J.E., (2018) *La justice de proximité au niveau des tribunaux de paix en République Démocratique du Congo, Des discours aux pratiques*. Thèse de doctorat, Faculté de droit, Unikin, p. 20.
- ODENYO Mzee J., (2003) « Nyabeda Tragedy », in *Guy-Olivier Faure, How People Negotiate. Resolving Disputes in Different Cultures*, Kluwer Academic Publishers.
- PRADEL J., (2016) *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4e éd., Paris, p. 497.
- Revue juridique du Congo-belge 11<sup>e</sup> année, n° 1, Elisabethville, janvier-février 1935.
- Revue juridique du Congo-belge, 14<sup>e</sup> année, Elisabethville, janvier-février 1938.



- Revue juridique du Congo-belge, 18<sup>e</sup> année, Elisabethville, janvier-février 1942.
- Revue juridique du Congo-belge, 20<sup>e</sup> année, Elisabethville, Mai-Juin 1944.
- Revue juridique du Congo-belge, 22<sup>e</sup> année, Elisabethville, janvier-février 1946.
- Revue juridique du Congo-belge, 9<sup>e</sup> année, Elisabethville, Septembre et octobre 1933.
- TRUCHE P., Procureur Général près la Cour d'Appel de Paris, in *États Généraux de la Médiation*, Grenoble 10 novembre 1992, INAVEM, AIV.
- WEBER M., (1971) « La légitimité », in *Economie et société*, Paris, p. 219.
- ZARTMAN W. (éd), (1996) *Elusive Peace: Negotiating an End to Civil Wars*, Washington D C, Brookings Institution Press.