

Les droits des peuples autochtones, pluralisme juridique et reconnaissance des droits ancestraux en RDC

Par Kapya Kabesa Jean Salem Israel Marcel*

INTRODUCTION

Le droit n'est pas autant un fait social qu'une construction sociale, il existe comme phénomène normatif que dans la mesure où il est reconnu à ce titre par les citoyens. L'idéologie de la modernité soutient essentiellement que (1) le droit est uniquement rattaché à l'Etat politique (centralisme); (2) qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique (monisme); et (3) que le droit est toujours le produit d'une activité explicite d'institutions telles que la législature (positivisme).

Ni l'une ni l'autre de ces trois perspectives idéologiques n'est soutenable aujourd'hui comme hypothèse pour penser le droit dans les sociétés multiculturelles. Par contre, l'hypothèse du pluralisme révèle l'impact de divers ordres juridiques autonomes et concurrentiels dans nos vies quotidiennes. Elle nous permet de voir dans quelle mesure le sujet de droit est effectivement celui qui crée le droit. Enfin, cette hypothèse montre que le sujet de droit est celui qui rend possible le fonctionnement de toutes les institutions juridiques -- étatiques ou autres -- en leur accordant leur légitimité.

La problématique fondamentale du droit contemporain a trait à la conciliation des divers ordres juridiques reconnus et créés par les citoyens et citoyennes. Trouver des moyens de concilier les conflits normatifs dans notre propre vie est le premier pas pour trouver des moyens de concilier les conflits normatifs interculturels. La question du pluralisme n'est pas niée de la rivalité entre l'Etat et certaines organisations ou idéologies à prétention normative. Les pressions de la discussion découlent du cœur même de la réflexion sur l'Etat et l'environnement ou il s'inscrit l'examen d'une possible hiérarchie entre les ordres juridiques internes et internationaux.

Les dualistes admettent l'existence de deux ordres nécessairement séparés : Selon eux, la juxtaposition exclut toute répercussion automatique de l'ordre international dans l'ordre interne : qu'un seul ordre juridique qui tient ensemble l'Etat et l'ordre inter étatique qui le surplombe.

Le moniste à dominance internationale le plus souvent représenté affiche la primauté de l'ordre international qui habiliterait dans un second temps l'Etat à exister. C'est alors la fin de l'idée de la souveraineté en tant que telle, habilité, affiche la primauté de l'ordre international. En sens inverse, les monistes à dominance interne considéraient que l'Etat

* Kapya Kabesa Jean Salem Israel Marcel, Professeur Associé à la faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi.

est la seule réalité juridique efficace moyennant quoi l'ordre international n'est amené à se développer que par une délégation des Etats qui se coalisent pour le mettre au monde ⁽¹⁾.

La contradiction suivante en découle : l'ordre international existe en surplomb des Etats, mais le législateur interne peut s'imposer aux traités internationaux en cas de conflit, puisque l'Etat constitue une réalité supérieure. Il reste que dans le monisme ou le dualisme, on ne sort de l'idée que le droit a partie liée à la notion de l'Etat, c'est toujours dans l'Etat ou au-dessus de lui que l'on situe la réalité du droit interne.

Le pluralisme juridique conçu en tant que concept-clé d'un droit post-moderne, ne seraient appréhendée comme la simple coexistence dans un même espace politique, mais bien plutôt comme une conception des différents espaces juridiques superposés, combinés et mélangés dans nos esprits et nos actions doit des moments de bons qualificatifs ou de crises profondes dans les trajectoires des normes, soit dans la graissale de la routine ou monotonie de la vie quotidienne. Plutôt que juxtaposition et coexistence d'ordre juridique, le pluralisme signifierait préférablement combinaison, coalescence, alliance, assemblage, confrontation regroupement, voire fusion et synthèse.

La souveraineté justifie la prétention de l'État au monopole du droit aussi bien dans son élaboration que dans son application. La politique est le pouvoir, le pouvoir est la souveraineté. Faudra-t-il se demander comment reconnaître et prévaloir des ancestraux dans un contexte de l'État de Droit ou le pluralisme juridique s'affrontent avec les droits des peuples autochtones?

A. LE PLURALISME JURIDIQUE ET LEGITIMITE

I. PLURALISME ET REGULATION ETATIQUE

1. PLURALISME JURIDIQUE, LEGITIMITE ET BONNE GOUVERNANCE

Dans le cadre de son programme « Légitimité et enracinement des pouvoirs », l'IRG s'interroge sur les fondements mêmes des liens entre État et société par lesquels l'autorité de l'État est justifiée². Ici ou ailleurs, de l'Europe aux Amériques, en passant par l'Afrique, l'actualité regorge d'exemples quotidiens de divorces, plus ou moins violents, entre les populations, les institutions publiques et les dirigeants.

Le pouvoir officiel et les sociétés sont déconnectés et la régulation étatique ne permet pas de structurer effectivement l'intérêt à agir, matériel et symbolique, de l'ensemble des acteurs (institutions publiques, société civile, secteur privé, etc.). Se pose donc la question de « la légitimité », cette valeur ajoutée au pouvoir qui fonde son acceptation et son obéissance sur les populations.

1 Remy Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, p. 84.

2 Le pluralisme juridique et normatif, une voie pour refonder la bonne gouvernance; Version française du dossier publié en espagnol et réalisé par ELISE GADEA sous la coordination de Claire LAUNAY-GAMA et SEVERINE BELLINA, lima, 12 décembre, 2011.

C'est donc à la compréhension et à l'analyse des différentes sources de légitimité du pouvoir, de leurs interactions et des régulations plurielles qui en résultent, que l'IRG et ses partenaires se consacrent en organisant des rencontres comme celle qui nous réunit à Lima les 12, 13 et 14 décembre 2011. Du local au mondial, les processus de prise de décisions deviennent plus complexes.

En effet, d'autres systèmes de régulation (religion, tradition, violence armée, économie, etc.) agissent à côté du Droit (situation de pluralisme normatif). Par ailleurs, les Droits autres que l'étatique (Droits indigènes, traditionnels, religieux, locaux, etc.) interviennent dans la régulation sociale réelle des sociétés (situation de pluralisme juridique). L'art et le défi de la gouvernance démocratique légitime résident donc dans la création de nouveaux outils et processus adaptés à cette complexité croissante de l'exercice du pouvoir politique et à l'intégration de cette diversité de régulations³.

2. LE PLURALISME COMME SOURCE DE LEGITIMITE

Le pluralisme juridique est fortement lié au concept de légitimité. Dans beaucoup de pays ayant vécu des processus d'assimilation forte, la justice occidentale et étatique a coexisté durant des siècles avec d'autres formes d'application du Droit. Le défi de l'institutionnalisation du pluralisme juridique consiste donc en l'adéquation entre la légalité représentée par l'institution officielle étatique et les véritables légitimités sociales locales. Il s'agit alors d'adapter la loi aux pratiques sociales pour que l'institution juridique ne soit pas déconnectée des processus de légitimation locale et d'établir ainsi la légitimité d'un État.

La reconnaissance des différents types de justice présents dans un pays ne peut être comparée à une forme quelconque de politique de discrimination positive ou de privilèges octroyés aux groupes exclus. Elle correspond plutôt à l'institutionnalisation des pratiques sociales, culturelles ou juridiques qui proviennent d'autres manières de penser l'ordre et la société.

Ainsi, ANA MARIA LARREA MALDONADO dans « La plurinationalité : égaux et différents à la recherche du Sumak Kawsay » a pris l'exemple de l'Équateur pour réaffirmer, d'un point de vue théorique, le besoin d'une telle reconnaissance. Le pluralisme juridique basé sur un pouvoir institué, dans le cadre formel de son exercice – ce qu'elle a appelé la légalité –, prend en compte les valeurs partagées à un moment et dans un lieu déterminés⁴.

La reconnaissance de la diversité nationale attire alors l'attention sur les dynamiques d'interactions permanentes entre la légalité et la légitimité. Les procédures légales et le système institutionnel en vigueur sont alors issus du consentement d'une population dont

3 MARION MULLER et Claire LAUNAY-GAMA, *Le pluralisme juridique et normatif, une voie pour refonder la gouvernance?* Institut de recherche et débat sur la gouvernance (Institute for Research and Debate on Governance), Dossier proposé par l'IRG à l'occasion de la rencontre internationale « Pluralisme juridique dans les sociétés multiculturelles », Lima 12–14 décembre 2011.

4 MARION MULLER et Claire LAUNAY-GAMA, *op. cit.*

les valeurs, les pratiques et les attentes sont en même temps diverses et évolutives. De cette manière se réaffirme le lien entre le Droit – en tant qu’instance productrice de normes – et la société. Le Droit est un des mécanismes de coercition sociale, et en même temps la matrice des mécanismes sociaux. Le Droit, comme les sociétés, n’est pas un élément fixe.

3. PLURALISME JURIDIQUE ET GESTION DES CONFLITS

La réalité est surtout perceptible sur le plan des règles de fonds, en matière foncière. À côté des règles de Droit écrit qui régissent la terre, le législateur, pour les terres des communautés locales, prévoit qu’elles sont régies par les coutumes et usages locaux (même si elles le sont provisoirement, la loi prévoyant que les droits de jouissance régulièrement acquis sur ces terres seront réglés par une ordonnance du président de la République, qui se fait encore attendre).

Une certaine catégorie des terres est donc régie par le Droit coutumier, il s’agit des terres des communautés locales, c’est-à-dire, celles qu’elles habitent, cultivent ou exploitent d’une manière quelconque – individuelle ou collective – conformément aux coutumes et usages locaux. Les tribunaux de police et les juridictions coutumières ne peuvent donc plus légalement fonctionner dans cet espace depuis l’installation des tribunaux de paix à BUTEMBO et à BENI.

Cependant devant la multiplicité des conflits fonciers que connaît la région⁵, on ne peut s’empêcher de réfléchir sur le fonctionnement de ce pluralisme juridique et juridictionnel, et de cette pluralité d’instances intervenant dans le règlement des conflits fonciers dans la région en prenant en considération le Droit applicable auxdits litiges; à savoir le Droit coutumier nande, dans son contenu en matière foncière, dans les institutions chargées de gérer la terre, dans les problèmes qu’il pose, dans les interrogations qu’il suscite, dans les collisions qu’il subit du fait des mutations socioéconomiques profondes que connaît son environnement, dans son application par les juridictions de Droit écrit notamment les tribunaux de paix, en prenant en compte la forte concurrence dont ceux-ci font l’objet de la part des instances informelles notamment les conseils de conciliation⁶.

L’étude des institutions⁷ foncières coutumières locales et du règlement des conflits fonciers dans les territoires de Beni et de Lubero nous permettra en fait d’analyser, dans le contexte des Territoires de Beni et de Lubero caractérisé par l’escalade et la récurrence des conflits fonciers, les voies que ceux-ci prennent dans le processus de leur résolution, et de

5 Les litiges fonciers occupent donc plus de $\frac{3}{4}$ des dossiers présentés devant les tribunaux de la région, sans compter ceux qui sont orientés vers des instances informelles de résolution de ces types de conflits (chefs de quartiers, notables, chefs de villages...).

6 MULENDEVU MUKOKOBYA Richard, *Pluralisme juridique et règlement des conflits fonciers en République Démocratique du Congo*, L’Harmattan, 2013, p.4.

7 LAURENT, P.-J., MATHIEU P., « Introduction. Une grille d’analyse synthétique : gestion viable de l’environnement foncier, institutions et enjeux », in Laurent P.-J., Mathieu, P., (dir.) *Actions locales, enjeux fonciers et gestion de l’environnement au Sahel*, Cahiers du CIDEP, n°27, p.54.

comprendre la manière dont les acteurs qui y sont impliqués mobilisent les pouvoirs et les instances pour les résoudre. Il est important, déjà à ce stade, de signaler que le règlement des litiges fonciers individuels et collectifs régis la coutume est de la compétence matérielle des tribunaux de paix. Les juridictions coutumières (tribunaux secondaires de groupements, tribunaux principaux de chefferies, ...) ont donc formellement disparu avec l'avènement des tribunaux de paix dans la région.

Mais, sur le plan informel, ces juridictions n'ont pas disparu. Elles continuent à connaître elles aussi des litiges fonciers régis par la coutume, au niveau des localités (villages), des groupements et des chefferies, au travers des conseils/chambres de conciliation. Elles offrent leurs conciliations dans beaucoup de litiges. On constate en effet que la majorité des paysans leur soumet encore leurs différends relatifs au foncier coutumier. On constate par ailleurs que d'autres acteurs interviennent eux aussi sur le terrain du règlement des litiges fonciers régis par la coutume. Il s'agit notamment des ONG qui, depuis quelques années s'investissent aussi dans cette justice informelle en faveur des membres et des non membres de leurs organisations. Ainsi, enregistre-t-on une pluralité d'instances qui cohabitent les unes à côté des autres. Ces instances (formelles et informelles), se font tout le temps de la concurrence, et ne collaborent qu'exceptionnellement.

Toutes disent appliquer la coutume dans le règlement des conflits qui leur sont soumis. Les tribunaux de paix appliquent la coutume dans les litiges fonciers régis par la coutume (ce qui est une exigence légale), les chambres de conciliation (au niveau des groupements, des chefferies, des ONG, des Eglises) basent aussi leur conciliation sur la coutume; à l'occurrence celle du peuple Nande, la région étant encore caractérisée par une certaine homogénéité ethno-culturelle.

4. PLURALISME ET SYSTEMES LEGAUX TRADITIONNELS

La Constitution sud-africaine, largement admirée comme étant peut-être la plus avancée du continent, accommode les systèmes légaux traditionnels aux principes constitutionnels supérieurs d'égalité et de non-discrimination. Les normes statutaires et civiques sont établies par des règles de formelles et écrites. Pareillement, la Charia islamique est caractérisée par l'existence de sources formelles. Les coutumes indigènes et traditionnelles sont dans la plupart non codifiées. Les systèmes légal et traditionnel sont souvent considérés comme étant géographiquement et normativement séparés l'un de l'autre.

Pour la plupart, cependant, leur fonctionnement est modelé par le caractère patrimonial essentiel du système étatique africain, marqué par un fort degré de pratiques de faveurs personnalisées et la diminution des notions de Droit sous l'effet des réseaux de pouvoirs et de patronage formels comme informels. Cette notion de patrimonialité date des origines coloniales des systèmes légaux africains contemporains, quand l'autorité des élites locales comme les chefs ou autres personnes aux services des administrateurs colons était limitée au service des intérêts de la population locale dominante. Le transfert de pouvoir à l'indépendance des « maîtres » blancs aux « maîtres » noirs ne s'est pas accompagné d'une

création de mécanismes assurant des responsabilités locales. A l'indépendance, les structures de pouvoirs traditionnelles se sont adaptées aux nouvelles dynamiques de pouvoir souvent remarquablement identiques aux anciennes et par conséquent elles ont gardé leur pertinence.

Les Etats ont l'obligation fondamentale de garantir l'existence, la disponibilité et l'effectivité de l'infrastructure du rendu de la justice. Dans une affaire de 1994 devant le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies, la Zambie a cherché à démontrer, sans recevoir l'approbation du Comité, qu'on ne pouvait pas attendre d'un pays en voie de développement tel que la Zambie qu'il dispose des ressources nécessaires pour assurer le financement des services de justice adaptés.

En Afrique, les infrastructures de la justice doivent être responsable non seulement des systèmes statutaires et civiques mais également des mécanismes traditionnels et informels. Les mécanismes formels ou statutaires de rendu de justice comme la police, la bureaucratie de la justice administrative et du gouvernement, les tribunaux, les avocats et les juges, sont surtout situés dans les zones urbaines. Ils sont maintenus par des dépenses de taxes publiques et de budget. En revanche, les dispositifs informels, tels que les chefs traditionnels, les membres de groupe de défense, les institutions de quartiers, religieuses sont fondées sur les catégories d'âges, sont présents dans toutes les formes d'implantations humaines en Afrique⁸.

II. PLURALISME ET SES MECONTEMENTS

1. L'IDEOLOGIE DE LA THEORIE DE LA MODERNITE

L'idéologie de la modernité soutient essentiellement que le Droit est uniquement rattaché à l'Etat politique (centralisme); qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique (monisme); et que le Droit est toujours le produit d'une activité explicite d'institutions telles que la législature (positivisme). Ni l'une ni l'autre de ces trois perspectives idéologiques n'est soutenable aujourd'hui comme hypothèse pour penser le Droit dans les sociétés multiculturelles.

Par contre, l'hypothèse du pluralisme révèle l'impact de divers ordres juridiques autonomes et concurrentiels dans nos vies quotidiennes. Elle nous permet de voir dans quelle mesure le sujet de Droit est effectivement celui qui crée le Droit. Enfin, cette hypothèse montre que le sujet de Droit est celui qui rend possible le fonctionnement de toutes les institutions juridiques étatiques ou autres en leur accordant leur légitimité. Le pluralisme juridique prend le contre-pied de cette vision et reconnaît l'existence simultanée de plusieurs ordres juridiques ou cadres normatifs et ce, quel que soit la période, le lieu où le contexte général dans lequel on se trouve.

8 *MAGAYA vs. MAGAYA* [1999]; 3 *Law Reports of the Commonwealth*, 35.

Il semble que le concept ait été initialement introduit par des anthropologues du Droit qui étudiaient l'évolution des systèmes juridiques dans des contextes de décolonisation où on pouvait observer simultanément plusieurs ordres légaux (par exemple, le Droit colonial et le Droit coutumier) mais il s'est vite répandu comme une approche analytique pour étudier toutes sortes de situations légales dans toutes sortes de contexte⁹. J. POUMAREDE indique que la reconnaissance officielle du pluralisme judiciaire en écho au pluralisme juridique se faisait sur une base inégalitaire quand on sait que les tribunaux indigènes ne constituaient qu'une justice d'exception par rapport à la justice de Droit commun exercée par les tribunaux français statuant selon les codes et la législation coloniale française¹⁰.

Les tribunaux étaient non seulement présidés par des administrateurs coloniaux, mais les assesseurs étaient choisis sur des listes de notables établies par les gouverneurs des différents territoires¹¹ ». Ces assesseurs ne pouvaient être choisis que sur proposition des chefs traditionnels qui, eux-mêmes, étaient déjà inféodés au pouvoir colonial. Et lorsqu'on connaît la politique générale menée à l'égard des chefferies traditionnelles, on ne peut que douter de la réelle indépendance de ces assesseurs vis-à-vis de ce pouvoir¹².

L'environnement juridique congolais est caractérisé par la coexistence de plusieurs ordres normatifs et mécanismes de règlement de conflits aussi formels qu'informels. Cette situation comporte, à première vue, deux aspects, l'un matériel et l'autre institutionnel.

En effet, à côté du Droit écrit, le Droit congolais compte la coutume parmi les sources du Droit; et à côté des juridictions judiciaires de Droit écrit, il organise des tribunaux coutumiers. Ces derniers sont cependant appelés à disparaître avec l'installation effective des tribunaux de paix à travers tout le pays¹³.

De plus, la théorie du pluralisme juridique qui postule l'existence d'ordres juridiques sociologiques se révèle également problématique. Cette conception du pluralisme, loin de demander comment le Droit agit sur le sujet de Droit (comme si le Droit, que ce soit étatique ou sociologique, était une entité réelle), demande comment les sujets de Droit contribuent à la création du Droit.

Par cette notion dynamique du Droit construit réciproquement par les sujets et les institutions officielles du Droit, le pluralisme juridique donne une légitimité aux interprétations autres que celles des magistrats ou des élites de ces communautés culturelles. Cette

9 VON BENDA, K., - BECKMANN, F., *op. cit.*, p. 206.

10 CHABAS, J., « La justice indigène en Afrique occidentale française », In *Annales africaines*, Paris, 1954, p. 101.

11 POUMAREDE, J. « Exploitation coloniale et droits traditionnels », in *Pouvoirs publics et développement en Afrique*, Toulouse, éd. de l'Université des sciences sociales, 1992, p. 141-147.

12 CORNEVIN, R., « L'évolution des chefferies dans l'Afrique noire d'expression française », *Recueil Penant*, 1961, p. 385.

13 L'ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant code d'organisation et de compétence judiciaires, telle que modifiée et complétée à ce jour, tout en instituant un ou des tribunaux de paix dans chaque zone rurale et dans chaque ville, prévoit néanmoins dans les dispositions transitoires que les tribunaux de police et les juridictions coutumières sont maintenues jusqu'à l'installation des tribunaux de paix.

perspective pluraliste est évidemment déstabilisante pour les institutions et les officiers de justice étatique tels que la police, les fonctionnaires, les magistrats. Elle les oblige à reconnaître que leur rapport avec le Droit et leur responsabilité envers lui n'est pas uniquement tributaire de normes juridiques étatiques.

Plus encore, leur rapport avec et leur responsabilité envers lui n'est non plus tributaire de leur propre imagination (leurs croyances) et leurs pratiques (leurs comportements). En effet, selon la perspective pluraliste, le Droit étatique lui-même n'est que le produit d'une construction réciproque, une médiation constante entre les sujets du Droit et les sujets qui exercent un rôle institutionnel.

La guerre des Droits, soulève ce qui est sa méthode privilégiée : la controverse. La controverse en effet peut diviser les juristes, mais ne divise pas le Droit¹⁴. Il faut se convaincre que bien peu de solutions de Droit sont à l'abri de la discussion et, il n'est peut-être pas bon d'avoir l'impression ou de donner l'impression que le Droit est sûr, déterminé, achevé.

Il faut également avoir conscience que « la fonction propre de la science du Droit est d'imaginer les hypothèses où telle règle, tel principe, aboutiraient à des solutions injustes et de construire une « théorie rivale¹⁵ ». C'est précisément cette rivalité propre à toute activité interprétative du Droit qui expliquent le fait que deux avocats, défendent dans la même cause des thèses opposées au regard au juge de faire droit à leurs prétentions et en affirmant qu'ainsi justice sera faite. Le juge dira le Droit qu'il reconstruira à partir de ces arguments contradictoires, exposés et préalablement discutés controversés – par les parties.

Il ne s'agit pas non plus de cette conflictualité malsaine – puisque discriminatoire et arbitraire que produit un Droit fait pour contrarier déloyalement les entreprises des adversaires du prince, tout en couvrant, voire en bénissant celles similaires de ses proches et amis. Nos sociétés modernes et complexes connaissent en effet des lois innombrables, instables, souvent incohérentes et mal rédigées; tant et si bien que le Droit ne s'enseigne plus comme un enchaînement de certitudes.

2. L 'HYPOTHESE CONTROVERSEE DE LA GUERRE DES DROITS

La Guerre des Droits comme conséquence du pluralisme juridique, évoque l'idée d'un système juridique implosé, émietté en de multiples catégories juridiques obéissant à des rationalités propres et déconnectées, produisant des modes d'agir individuel ou collectif inédits, développant des résistances ou au contraire des moyens de pression de contraintes

14 Il n'existe sans doute pas de concept clair de l'unité du droit, surtout que la méthode pour aborder la question de l'unité du droit n'est pas encore, à notre connaissance, au point. La théorie des systèmes qui semble être la méthode la mieux appropriée à cet égard n'a pas encore véritablement trouvé ses marques en Droit.

15 *ATLAS C.*, « Réflexion sur les méthodes du Droit. Exemple de Droit des biens », in *Recueil Dalloz, Sirey*, Paris, s1983, chronique XXVI, p. 148.

nouveaux confirmant entre elles des relations tantôt mal définies, tantôt chaotiques. Elle s'inscrit dans le modèle théorique bien connu du pluralisme juridique.

Ce modèle a été longtemps déconsidéré par les juristes classiques qui font au système juridique national une présentation moniste résultant du monopole législatif de l'Etat, le Droit serait un tout homogène, un bloc sans fissure. Des Droits apparemment distincts de ce système ne seraient en réalité des exceptions confirmant la règle, admises ou tolérées par celle-ci. De sorte que ces fragments de Droit hors-système n'auraient de force que dérivée, du fait d'une délégation expresse ou tacite du Droit étatique¹⁶. Comme l'enseigne MICHEL ALLIOT¹⁷, « repenser le Droit africain », c'est mettre en place un Droit que l'on peut maîtriser et dans lequel on peut se reconnaître, sur la base d'une « réflexion en profondeur dont il faut faire la théorie »; Sans doute cette théorie peut-elle viser à être mondiale, à condition de ne pas considérer qu'il y a, qu'il peut ou qu'il doit y avoir des institutions, des pratiques et des mentalités universelles.

Aucune société ne peut prétendre saisir dans sa totalité la vérité ultime de notre monde, chacune peut en apercevoir un aspect écrit AKELE ADAU Pierre¹⁸. On s'accorde ainsi à voir dans le juge l'archétype du tiers impartial et désintéressé. Quant à la fonction de juger, elle est définie comme une « mission d'ensemble qui englobe celle de dire le Droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (...), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle¹⁹ ». A ce titre, ALLIOT, M²⁰, s'il ne s'agit pas de faire table rase du système, de ses acteurs et de ses composantes, il ne s'agit pas non plus de reconduire sur des modèles et les axiomes du passé un Droit qui serait reformé seulement en surface.

Il s'agit bien au contraire, de repenser ce Droit pour construire un autre avenir en considérant qu'il y a à la base de cette reconstruction, une véritable génétique de la pensée juridique : « la cosmogonie influence-t-elle l'image qu'une société se fait d'elle-même et du même coup les institutions qu'elle se donne? Ou bien la manière de penser l'univers et celle de se penser sont-elles prisonnières d'une même logique? Il suffit ici de constater que tout système juridique répond à une logique qui le dépasse et le détermine, mais que cette logique permet et en même temps limite l'intervention.

16 CARBONNIER, J., 1994, *op.cit.*, p.356.

17 ALLIOT, M., *Le Droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2001, p. 95.

18 AKELE ADAU Pierre, 2009, *op.cit.*23.

19 KOJÈVE, A., 1981, *op.cit.* 25.

20 ALLIOT, M, *ibidem*.p. 55.

B. LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

I. LA DECLARATION DES PEUPLES AUTOCHTONES

BANKI-MOON, alors Secrétaire général de l'ONU, considérait en 2007 que l'adoption de cette déclaration était un « triomphe pour les peuples autochtones du monde entier ». Elle marquait, selon lui, « un moment historique où les Etats membres de l'ONU et les peuples autochtones ont réconcilié leurs histoires douloureuses et ont décidé d'avancer ensemble sur le chemin des droits de l'Homme, de la justice et du développement pour tous²¹ ». L'adoption de cette déclaration est effectivement une grande victoire symbolique pour les Autochtones, une victoire survenue après 25 ans de mobilisation et de travail au sein de deux instances onusiennes, le Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA) créé en 1982 et celui plus spécialisé sur le projet de la déclaration (GTPD) créé en 1995.

Plusieurs juristes autochtones ont souligné l'importance et la particularité de cette déclaration dans un livre collectif, *Making the Declaration Work*, publié en 2009 par l'International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), notamment Dalee Sambo Dorough, docteur en Droit international et professeure à l'Université de Fairbanks. Cette Inuk de l'Alaska s'est beaucoup investie depuis les années 1970 dans l'élaboration des 46 articles de cette déclaration. En mai 2010, elle a été élue membre expert de l'Instance permanente sur les questions autochtones de l'ONU à New York. Pour elle, la Déclaration est importante, car elle résulte d'un travail avec les représentants autochtones (à la différence de la déclaration sur les minorités où celles-ci n'étaient qu'observatrices)²².

En participant à l'élaboration de cette déclaration, les autochtones ont selon lui contribué à créer une nouvelle compréhension des droits de l'Homme, en particulier de la notion des droits collectifs. De nombreux leaders et aînés autochtones sont venus pendant des années dans les instances onusiennes expliquer la nature collective de leurs droits, et notamment les droits collectifs de leurs terres et ressources naturelles. ANAYA souligne l'importance de l'article 3 qui porte sur l'autodétermination : « Les peuples autochtones ont le Droit à l'autodétermination. En vertu de ce Droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». Ce Droit n'implique pas un Etat pour chaque peuple, mais, grâce à cet article 3, les peuples autochtones ne sont pas considérés comme des sous-peuples. Ce sont des communautés politiques qui ont droit à l'autonomie.

21 La Déclaration des Nations-Unies sur les Droits des peuples autochtones à l'épreuve du temps (2007–2012), *Françoise Morin*, Montréal 2012, Cahier no 2012–05. Rapport de recherche, www.reseaudialog.ca.

22 Pour DALEE SAMBO DOROUGH, les Peuples autochtones ont réussi à redéfinir leurs Droits en devenant des sujets et non pas des objets de Droit international (SAMBO DOROUGH, 2009, BELLIER 2012). Ce fut également le cas de JAMES ANAYA, avocat amérindien et professeur de Droit à l'Université d'Arizona, spécialiste des Droits autochtones et, depuis 2008, Rapporteur spécial de l'ONU sur la situation des Droits de l'homme et des libertés fondamentales des Peuples autochtones.

Selon ANAYA, la Déclaration a fait avancer nos concepts de Droit international, en adoptant un angle de vue moins étato-centré et en substituant aux normes juridiques qui visaient l'assimilation des autochtones des normes qui respectent les cultures des Peuples autochtones et leurs identités collectives (ANAYA 2009). Cette déclaration intéresse aujourd'hui plus de 370 millions d'Autochtones répartis dans 77 Etats et représentant plus de 5 000 cultures, dont plus de la moitié en Asie.

II. LE CADRE JURIDIQUE DES PEUPLES AUTOCHTONES

1. LA CULTURE DES DROITS DE L'HOMME

A l'ONU, à cette époque, c'est la culture des droits de l'Homme qui prédomine. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est accompagnée dans les années 1960 par l'adoption de deux pactes, l'un sur les droits civils et politiques et l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. Dans le Pacte sur les droits civils et politiques, l'article 1 stipule : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. » À l'époque, cela concerne surtout les pays colonisés qui vont négocier leur indépendance.

L'ONU est loin de penser que cela touche aussi les Peuples autochtones. Ils rejoignent pourtant les premiers selon ABJORN EIDE, juriste norvégien et expert onusien, puisqu'ils dénoncent le colonialisme interne dont ils sont victimes. L'article 27 de ce même Pacte concerne les minorités : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. ». La Sous-commissions sur la prévention de la discrimination et protection des minorités, qui dépend de la Commission des droits de l'homme, va entreprendre une série de rapports sur divers aspects de la discrimination de ces minorités qui seront à l'origine d'une décennie de l'ONU (1973–1982) dédiée à la lutte contre le racisme et la discrimination raciale²³.

2. DES ANTHROPOLOGUES FORMES PAR FREDRIK BARTH

A la même époque, des anthropologues vont jouer un rôle majeur dans cette construction internationale de l'autochtonie. Il s'agit particulièrement d'anthropologues formés par FREDRIK BARTH et ayant participé en 1967 au Symposium que celui-ci avait organisé à BERGEN pour mieux analyser la situation des groupes ethniques et la gestion de leurs frontières.

23 Groupe des membres fondateurs de l'ONG International Work Group for Indigenous Affairs. Parmi eux, Helge Kleivan (3e à partir de la gauche). Stuttgart, 1968. © IWGIA.

Jusque-là, l'anthropologie s'était bornée à étudier les groupes ethniques comme des isolats autonomes, sans prendre en compte leurs relations avec le milieu environnant, social, économique et politique. Elle avait négligé également de prendre en compte la façon dont ces peuples se considéraient eux-mêmes et étaient perçus par leurs voisins. Fredrik Barth proposait un renversement de perspective en définissant les groupes ethniques comme des formes d'organisation sociale résultant de l'interaction du groupe et de son environnement.

Il fallait donc s'intéresser aux frontières en fonction desquelles l'identité d'un groupe est construite, de même que celles qui lui sont assignées par ses voisins. Ceci impliquait d'étudier le contexte historique, économique et politique dans lequel ces identités ethniques avaient vu le jour. Il fallait analyser les processus de construction, de maintien et de disparition des frontières ethniques, car elles n'étaient pas immuables, et pouvaient subir de grandes variations à travers le temps. Il était alors essentiel d'inventorier les marqueurs symboliques que les individus utilisaient pour tracer la frontière entre leur groupe ethnique et les autres, et d'analyser le rôle des entrepreneurs ethniques dans la mobilisation politique de leur groupe (Barth 1969). Bref, les conditions théoriques étaient réunies pour que le développement politique autochtone soit validé comme objet de recherche et d'action (MORIN ET SALADIN D'ANGLURE, 1995).

Parmi ces anthropologues formés par FREDRIK BARTH, certains travaillent en Amérique du Sud et participent en août 1968 au 38^{ème} Congrès des Américanistes à Stuttgart. Ils viennent témoigner de la situation dramatique des Indiens dans plusieurs pays d'Amérique du Sud et dénoncent le génocide et l'ethnocide dont ceux-ci sont victimes. Des anthropologues décident de créer la même année une ONG, l'International Work -Group for Indigenous Affairs (IWGIA), à Copenhague. Elle a pour tâche d'informer sur la situation autochtone dans les Amériques et d'aider ces groupes autochtones à s'organiser pour défendre leurs terres et leur culture²⁴.

3. DES REPRESENTANTS DES ORGANISATIONS AUTOCHTONES

Avec leurs organisations, les représentants autochtones vont faire du lobbying pour se démarquer des minorités²⁵ et refuser la notion de « population autochtone ». Ils veulent être reconnus comme peuple autochtone. Pour Ted Moses, chef du Grand Conseil des Cris

24 Depuis 40 ans, l'IWGIA accompagne les peuples autochtones dans leurs mobilisations et leur lutte pour la reconnaissance de leurs droits. Cette ONG a développé des actions dans les différentes parties du monde.

25 En 1971, la Sous-commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités avait créé un groupe de travail sur les droits des minorités présidé par Francesco Capotorti. Ce groupe d'experts examinait les problèmes des individus minoritaires d'où l'intitulé de la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies en 1992 : *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*. Cette approche centrée sur les individus ne satisfaisait pas les Autochtones qui mettaient en avant leur problématique collective en se présentant comme des peuples.

du QUEBEC, le terme « population » est dégradant et insultant puisqu'il est généralement utilisé pour décrire des espèces animales.

Les Autochtones cherchent à lui substituer le concept de « peuple », mais les délégués gouvernementaux ont longtemps hésité puisque ce terme, selon la Charte des Nations-Unies, implique le droit à l'autodétermination, pouvant conduire à la sécession. S'il n'y a pas de définition officielle de l'expression « peuple autochtone », plusieurs agences de l'ONU comme le Haut-commissariat aux droits de l'homme, l'Organisation internationale du Travail et la Banque mondiale en ont proposé une au cours de leurs travaux. Pendant que les experts se concentraient sur cette spécificité juridique, les organisations autochtones cherchèrent à s'exprimer elles-mêmes sur cette question dans l'enceinte onusienne afin de faire entendre leurs voix devant les représentants des Etats (Niez en 2003).

Une conférence organisée par des ONG en 1977 à Genève sur « la discrimination contre les populations autochtones des Amériques » permit ce début de dialogue. Pour la première fois dans l'histoire, une centaine d'Indiens, représentant plus de 60 « nations » autochtones des deux Amériques, furent conviés au Palais des Nations pour parler de leurs problèmes revêtus de leurs costumes traditionnels et accompagnés par leurs aînés, les leaders autochtones pénétrèrent dans l'enceinte onusienne où ils purent s'exprimer librement. Ils se présentèrent comme les représentants de « peuples autochtones » ayant des liens spécifiques avec la terre et proposèrent une « déclaration de principes pour la défense des Nations et Peuples autochtones de l'hémisphère occidental ». Texte prémonitoire, puisqu'il abordait toutes les grandes questions qui allaient faire l'objet de débats pendant les trente années suivantes.

En 1978, une seconde conférence étudia les moyens de « combattre le racisme et la discrimination raciale ». Une dernière conférence portant sur « les peuples autochtones et leur rapport à la terre » rassembla en 1981 non seulement des représentants autochtones des deux Amériques mais aussi d'Australie et de NORVEGE.

Ces trois conférences onusiennes, rassemblant des autochtones de plusieurs parties du monde, contribuèrent à faire émerger une identité transnationale autochtone qui se développa et s'étendit peu à peu aux autres régions du monde, au cours des vingt-cinq années qui suivirent (BRYSK,2000). Elles firent ressortir aussi le manque d'outils juridiques pour la défense des droits des Peuples autochtones, tout en appuyant la recommandation du rapport COBO de créer un groupe de travail pour y suppléer. Les pressions conjuguées des organisations autochtones avec statut consultatif auprès de l'ECOSOC, des ONG de soutien à la cause autochtone, d'un certain nombre de gouvernements comme les gouvernements nordiques, le Canada et l'Australie, réussirent à convaincre le Conseil économique et social de la nécessité de créer un tel Groupe de travail. Celui-ci fut créé en 1982 sous le nom de Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA).

La notion de « peuple autochtone » était encore loin de rallier une majorité des représentants des États à l'ECOSOC, mais les représentants autochtones avaient réussi en cinq ans à s'imposer à l'ONU comme de nouveaux acteurs politiques avec lesquels il fallait compter (BARSH,1994). De 1982 à 1993, le groupe de travail sur les populations

autochtones (GTPA va servir de creuset à la fabrication de l'autochtonie, qui va dépasser les frontières des deux Amériques pour devenir une identité planétaire. Le groupe de travail accueillit ainsi chaque année plus de mille représentants autochtones venant des cinq continents (Morin 2005).

Ce groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA) fut l'unique structure de l'ONU où les bénéficiaires pour lesquels ce groupe travaille participèrent activement aux débats et apportèrent leur contribution à la fabrication de la Déclaration. La discussion des articles de cette déclaration se basa sur un projet écrit par cinq organisations autochtones d'Amérique du Nord, — dont l'International Indian Treaty Council et l'Inuit Circumpolar Conference (ICC). Des principes comme celui d'autodétermination y figurent et vont donner lieu à de nombreuses discussions avec les représentants gouvernementaux. ERICA IRENE DAES, présidente du GTPA de 1984 à 2001 joua un rôle essentiel dans la rédaction de cette déclaration (DAES, 2008).

Au-delà des définitions et des qualificatifs imposés ou revendiqués, les Peuples autochtones vont faire leur place à l'ONU (MUEHLEBACH, 2001) en s'appropriant le Groupe de travail pour qu'il ne soit pas seulement un lieu de discussion avec les experts et les représentants des États, ou une tribune où ils peuvent présenter leurs « doléances » (Sanders 1989), mais pour qu'il soit aussi un outil politique identitaire (Morin 2006).

III. MISE EN ŒUVRE DE LA DÉCLARATION AU NIVEAU NATIONAL

Si de nombreux gouvernements manquent de volonté politique pour combler le fossé entre la Déclaration des droits des peuples autochtones qu'ils ont adoptée le 13 septembre 2007 et sa mise en œuvre au niveau national, il faut toutefois souligner quelques avancées significatives dans les cinq dernières années.

D'abord sur le plan juridique et législatif :

- En octobre 2007, le président de la Cour suprême du Belize s'est référé à la Déclaration pour décider que des terres confisquées par l'État devaient être rendues au peuple maya. Le juge relevait le fait que le Belize avait signé la Déclaration, et le tribunal citait l'article 26 à propos du droit des Peuples autochtones sur les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.
- En novembre 2007, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a invoqué la Déclaration pour donner gain de cause aux SARAMAKA du Suriname, dans une affaire d'exploitation forestière. La Cour a invoqué l'article 32, qui affirme le droit, pour les Peuples autochtones, « de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ».

A la même époque, la Bolivie a voté la loi no 3760 qui incorporait le texte de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones dans la législation nationale. En juin 2008, le gouvernement japonais ne reconnaissait officiellement que les AINUS; formaient un peuple autochtone dans la partie nord du Japon. La résolution adoptée par le Parlement japonais

déclare que les AINUS possèdent une langue, une culture et une religion distinctes. En 2009, le GROENLAND a négocié avec le DANEMARK une plus grande autonomie gouvernementale, que son premier ministre a qualifiée « de mise en œuvre de facto de la Déclaration ». Le 21 juin 2009, l'Act on Greenland Self-Government fut voté, en Remplacement du Greenland Home Rule Act de 1978.

En 2011, l'Etat congolais a promulgué la loi numéro 5-2011 sur la promotion et la protection des droits des Peuples autochtones. Cette loi reprend, sans faire référence expressément à la Déclaration, l'essentiel de ses principes, en particulier, la protection des institutions traditionnelles, la propriété intellectuelle des savoirs, la protection des lieux sacrés, des droits de propriété collectifs et individuels. L'alinéa 2 de l'article premier de cette loi interdit l'utilisation du terme pygmée en République du Congo en raison de sa connotation péjorative.

En juillet 2012, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a fait connaître son Jugement dans l'affaire qui opposait depuis 2003 le peuple kichwa de Sarayaku à l'État équatorien. Ce dernier a été déclaré responsable de violation des droits à la propriété collective de la communauté kichwa de Sarayaku. L'État équatorien avait en effet accordé une concession d'exploitation à une entreprise pétrolière argentine (CGC) sur le territoire de cette communauté sans respecter le droit à la consultation préalable sur le plan constitutionnel.

En septembre 2008, l'Équateur a adopté par referendum une nouvelle constitution qui reconnaît l'existence d'un État plurinational et interculturel. De nombreux articles s'inspirent des valeurs des « nationalités » autochtones qui constituent cet État et reconnaissent leurs droits collectifs, notamment par rapport à l'affirmation de leur identité culturelle, à la propriété et à l'autogestion de leurs territoires ancestraux. Une nouvelle vision du monde, que traduit le concept philosophique kichwa du *sumak kawsay* ou « bien vivre », inscrit dans la Constitution, est au fondement d'une nouvelle conception du développement et des relations avec la nature, ou *Pachamama*. Pour la première fois, la Constitution d'un pays garantit des droits à la « nature ».

En 2009 la Bolivie se dote d'une nouvelle Constitution qui instaure un Etat plurinational. Cette nouvelle Constitution donne une plus grande représentation politique aux Peuples autochtones qui participent davantage aux responsabilités locales et nationales. Elle tient compte de l'ensemble des Droits reconnus dans la Déclaration sur les droits des peuples autochtones et instaure un régime d'autonomie indigène pour certaines entités territoriales. De nouvelles lois, des programmes socio-économiques qui relèvent du plan de développement national intitulé Bolivie digne, souveraine, productive et démocratique pour bien vivre s'inscrivent dans les objectifs de la seconde décennie internationale des populations autochtones (2005-2014).

En 2011 le Maroc se dote d'une nouvelle constitution qui reconnaît officiellement l'identité et la langue Amazigh. Notons que les deux nouvelles Constitutions de l'Équateur et de l'État plurinational de Bolivie qui traduisent de véritables révolutions culturelles – n'auraient pu voir le jour sans la mobilisation autochtone des quarante dernières années

tant au niveau national qu'international. L'adoption de la Déclaration des droits des peuples autochtones à l'ONU par 143 pays le 13 septembre 2007 a apporté une reconnaissance internationale et des réponses officielles à « la question autochtone » des années 1970. Cette adoption a contribué à valoriser les visions du monde des Peuples autochtones qui sont au fondement de ces nouveaux textes constitutionnels. Il reste cependant beaucoup à faire pour voir les objectifs de la Déclaration de l'ONU devenir une réalité. L'application de toutes ces lois et de tous ces dispositifs constitutionnels rencontre beaucoup d'obstacles sur le terrain, en particulier dans le domaine de la gouvernance des ressources naturelles qui restent contrôlées par l'État.

La conception étatique du développement basé sur la croissance s'oppose à celle des peuples autochtones qui valorise, notamment en Amérique latine. Véritable solution de remplacement au développement, ce concept propose une approche plus communautaire, dans une coexistence harmonieuse avec la nature. Celle-ci n'est plus un objet que l'on s'approprie et que l'on exploite, mais un sujet avec des droits qu'il faut respecter (GUDY-NAS, 2011). C'est donc une incitation à repenser le développement. Or, les États sont de plus en plus dépendants des multinationales minières et pétrolières, qui investissent dans des proportions jamais atteintes. Cela les pousse à privilégier la croissance aux dépens des droits des Peuples autochtones.

Le plus important de ces droits est le libre consentement préalable et informé sur tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires (article 32 de la Déclaration). Pour que ce droit fondamental soit respecté, il faut que les Peuples autochtones soient associés aux prises de décisions sur des projets les concernant. Les articles 18 et 19 de la Déclaration insistent sur ce droit et exhortent les États à se concerter et à coopérer avec les institutions représentatives des Peuples autochtones avant d'adopter de tels projets. Or, bien souvent, les autochtones se trouvent exclus de la sphère décisionnelle étatique, qui peut ainsi plus facilement ignorer leurs droits²⁶.

Le MEDPA a d'ailleurs présenté lors de sa 3e session en juillet 2010 un premier rapport sur les Peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions. Il rappelle la valeur fondamentale de ce Droit : Pour que les peuples autochtones aient accès à l'ensemble des droits de l'Homme, il faut nécessairement qu'ils puissent participer aux décisions concernant tous les aspects de leur vie. Ce principe est le corollaire d'une multitude de normes universellement acceptées en matière de droits de l'homme et son principal objet est de consacrer le droit des peuples autochtones de maîtriser leur propre destin dans des conditions d'égalité.

Le droit de consultation généralement établi par la Déclaration sur les droits des peuples autochtones implique que ces peuples participent de manière « effective », et non qu'ils soient consultés pour la forme, de sorte qu'ils donnent leur consentement libre, préalable et éclairé (A/HRC/EMRIP/2010/2). On comprend dès lors le lien étroit entre ce

26 MORIN FRANÇOISE ET BERNARD SALADIN D'ANGLURE, « L'ethnicité, un outil politique pour les autochtones de l'Arctique et de l'Amazonie », in *Études/Inuit/Studies* 1995, p.37 – 68.

principe de la participation aux décisions et le droit des Peuples autochtones à l'autodétermination. L'autonomie, le droit de s'administrer soi-même et le fait d'être consulté sur les questions qui les touchent, sur la base du principe du consentement libre, préalable et éclairé, sont des étapes qui conduisent les Peuples autochtones vers l'autodétermination²⁷.

Promouvoir cette participation pleine et entière des Peuples autochtones à la prise de décision concernant directement ou indirectement leur mode de vie, leurs terres et territoires traditionnels ainsi que leur intégrité culturelle est l'un des cinq objectifs du Programme d'action pour la deuxième décennie internationale des peuples autochtones qui se termine en 2014.

La fin de cette décennie sera marquée par la réunion plénière de l'Assemblée générale des Nations-Unies, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones, qui se tiendra en 2014. Elle réunira les États et les représentants des Peuples autochtones afin d'examiner les réussites et les insuffisances de la mise en œuvre des normes de la Déclaration. Les Peuples autochtones attendent beaucoup de cette Conférence onusienne de très haut niveau pour promouvoir des mesures aux plans national et local afin d'assurer la réalisation de leurs droits. Envers cet espoir, il faut rappeler les réserves exprimées par certains auteurs sur la capacité des instances onusiennes à combler le fossé entre les normes internationales de la Déclaration et les réalités du terrain. Ainsi, STEPHEN ALLEN (2011) doute de l'efficacité des mesures prises au niveau international et préconise un engagement politique des autochtones au niveau national afin de bousculer les habitudes culturelles du politique et de l'administratif et proposer des stratégies pour générer une volonté politique, qui seule permettrait l'application des normes de la Déclaration au niveau local.

IV. LE CADRE JURIDIQUE DE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

1. LE CONTEXTE NATIONAL DE LA PRISE EN COMPTE DES PEUPLES PYGMEES DE LA FORET EQUATORIAL

Conformément à la déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones, à ses articles 12, 15, 16, 19, 21, 29 et 35, les respects de la dignité et de la valeur humaine constitue la substance des droits de l'Homme. Ces droits, sur le plan international, jouissent d'une légitimité qui leur confère un poids moral incontestable et qui conduit les Etats et Gouvernements membres des Nations-Unies à ratifier des traités et à se soumettre librement aux obligations contraignantes en la matière.

En République Démocratique du Congo, les peuples autochtones pygmées sont incontestablement les premiers habitants du bassin du Congo. A l'origine, ils ne vivent que de la chasse et de la cueillette. Ils sont entièrement dépendants de la forêt. Ils y acquièrent le savoir endogène et une maîtrise de l'environnement forestier telle qu'on ne puisse

27 BELLIER IRÈNE, « Les peuples autochtones aux Nations -Unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique Internationale* numéro 54, QUEBEC, 2012, pp. 61–80.

rencontrer auprès d'aucun peuple en RD. Congo. Ce qui leur vaut le qualificatif de « Peuple de la forêt ». Le mode de vie nomade et l'organisation sociale segmentaire, sont autant des facteurs qui accentuent la discrimination des communautés autochtones pygmées en tant que gardiens de la forêt. La discrimination contre les peuples autochtones pygmées est principalement marquée en ce qui concerne leurs droits sur les terres et ressources naturelles. Ces droits ne sont reconnus dans aucune législation congolaise, ni garantis par celle-ci.

Par ailleurs, les Peuples autochtones dont les droits ne sont pas reconnus, peuvent être dépossédés de leurs terres sans aucune voie de recours possible alors qu'ils sont détenteurs des savoirs endogènes très important pour l'évolution de l'humanité, la préservation de la biodiversité et pour le développement de la recherche tant sur le plan fondamental que sur le plan pratique. La prise des décisions en matière de développement des Peuples autochtones Pygmées soulèvent une série des problèmes qui reposent, entre autres, sur quatre concepts : le pouvoir des décisions, le consentement libre et éclairé, la participation des Peuples Autochtones Pygmées et la reconnaissance de leurs Droits.

Malgré la diversité de leurs situations, les Peuples autochtones partagent une série de caractéristiques et une expérience commune face à leur savoir. Il s'agit de leur préexistence, de leur non domination, de leur forte dépendance vis-à-vis des écosystèmes nourriciers, de leur organisation basée sur le mode des sociétés précapitalistes. A ce titre, les Peuples autochtones sont les populations les plus vulnérables, les plus marginalisées et les plus désavantagés de la République Démocratique du Congo. Cette marginalisation est une des causes principales de leur pauvreté qui se matérialise par la perte de la maîtrise des terres, des territoires et des ressources naturelles qui étaient traditionnellement les leurs²⁸.

Cette loi répond à la préoccupation qui consiste à protéger les droits spécifiques des Peuples Autochtones et intègre les acquis de l'Etat de Droit conformément à la Constitution, du 18/02/2006 telle que modifiée à ce jour.

2. LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES DE LA RDC

La République Démocratique du Congo, Etat membre des Nations-Unies et de l'Union Africaine, a signé et ratifié plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme de manière globale et certains textes spécifiques y afférents, consacrant notamment le droit à la consultation, l'exercice des droits culturels ou le développement de mesures visant à réduire la pauvreté qui touchent directement les autochtones.

Dans la Constitution du 18 février 2006, qui découle du principe national « (Tous les hommes sont égaux) » réaffirme son adhésion à la Charte de l'Organisation des Nations-Unies, à la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, aux Pactes internationaux du 16 décembre 1966 relatifs aux droits civils et politiques d'une part et aux

28 RDC, ASSEMBLEE NATIONALE : 2^{ème} LEGISLATURE DE LA 3^{ème} RÉPUBLIQUE, Proposition de loi portant promotion et protection des Droits des Peuples Autochtones Pygmées en RDC, DRAFT, Décembre 2012.

droits économiques sociaux et culturels d'autre part, réaffirme également son attachement à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 27 juin 1981, et indique que le pays est un « Etat de Droit fondé sur une démocratie pluraliste, garantissant la sécurité des personnes et des biens, la protection des plus faibles, notamment les personnes vulnérables, les minorités et le plein exercice des libertés et droits fondamentaux ».

À vrai dire, il existe en République Démocratique du Congo un certain vide juridique sur les questions relatives aux peuples autochtones.

En effet, les articles 11, 12 et 13, disposent que :

- Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Toutefois, la jouissance des droits politiques est reconnue aux seuls congolais, sauf exceptions établies par la loi. Tous les congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois.
- Aucun congolais ne peut, en matière d'éducation et d'accès aux fonctions publiques ni en aucune autre matière, faire l'objet d'une mesure discriminatoire, qu'elle résulte de la loi ou d'un acte de l'exécutif, en raison de sa religion, de son origine familiale, de sa condition sociale, de sa résidence, de ses opinions ou de ses convictions politiques, de son appartenance à une race, à une ethnie, à une tribu, à une minorité culturelle ou linguistique.

Depuis l'adoption de la Convention OIT 169, par le pays, de nouveaux développements législatifs laissent espérer une reconnaissance formelle des droits des peuples autochtones. Le texte de base du régime forestier congolais et ses mesures d'exécution datent du 11 avril 1949. La mise en œuvre de ce régime s'est avérée difficile au fur et à mesure de l'évolution politique, économique, sociale et culturelle du pays. Ainsi, on constate que, 42 ans après son accession à l'indépendance, la République Démocratique du Congo ne s'est pas encore dotée d'un régime forestier approprié, à savoir un cadre légal qui permet, à la fois, à la forêt de remplir en équilibre ses fonctions écologiques et sociales, à l'administration forestière de contribuer substantiellement au développement national et aux populations riveraines de participer activement à la gestion des forêts pour pouvoir en tirer un bénéfice légitime :

- Toute forêt à concéder fait l'objet d'une enquête préalable de manière à pouvoir la rendre quitte et libre de tout droit. Ici également, la consultation des populations riveraines de la forêt est obligatoire pour garantir la paix sociale et la jouissance paisible des forêts concédées;
- Pour assurer le développement durable des ressources naturelles, la présente loi introduit dans la gestion forestière deux concepts, celui d'inventaire forestier et celui d'aménagement forestier.

Dans la présente loi, la concession forestière se démarque nettement de la concession foncière et constitue un droit réel immobilier « sui generis » parce que portant uniquement sur le bois. Il est sous-tendu par un contrat de concession forestière accompagné des cahiers des charges dans lesquels sont spécifiés les droits et obligations des parties contractantes. La concession forestière peut s'acquérir par deux voies : l'une principale, l'adjudication, et

l'autre, exceptionnelle, le gré à gré. Toutefois, les communautés locales, c'est-à-dire en fait les populations locales, peuvent acquérir, à titre gratuit, une concession forestière sur leurs terres ancestrales.

Par rapport au décret du 11 avril à la loi de 1949, cette loi insère dans le régime forestier des dispositions spécifiques relatives à la fiscalité forestière. Celle-ci se distingue de la fiscalité ordinaire et vise à asseoir une politique de taxation forestière qui soit à même de garantir à la fois une gestion durable de la ressource forestière, une incitation à la meilleure gestion forestière et une conciliation d'objectifs de développement de l'industrie forestière et de l'accroissement des recettes forestières.

La présente loi, se voulant générale, se borne à définir les principes et les matières générales, lesquels feront l'objet des textes réglementaires permettant ainsi au gouvernement une adaptation dynamique aux conditions socio-économiques du pays. Le Code forestier, promulgué par la Loi n° 011/2002 du 29 août 2002 portant Code forestier, indique dans son article 1er que « la forêt centrafricaine remplit de multiples fonctions » et, particulièrement, « contribue à la survie et au bien-être des populations notamment des peuples autochtones qui y sont culturellement et intimement associés », traite de « Droit coutumier d'usage et des peuples autochtones », et introduit le concept de « forêts communautaires » qui font « l'objet d'une convention de gestion entre une communauté villageoise et/ou autochtone et l'Etat ».

L'article 6 indique qu'afin d'adapter la politique forestière nationale aux particularités de chaque province, un plan forestier provincial est élaboré par chaque Gouverneur de province concernée après avis du conseil consultatif provincial.

C. DEFIS DE LA RECONNAISSANCE DES DROITS ANCESTRAUX

I. L'INTEGRATION DES COUTUMES DANS LE SYSTEME JUDICIAIRE

La question de la redéfinition du Droit congolais qui doit intégrer les réalités locales et réhabiliter la justice traditionnelle en l'adaptant à l'évolution de la société; d'autre part, tout mettre en œuvre pour faciliter l'accès de la population au Droit et à la justice officielle. Les cultures juridiques en Afrique sont des réalités sociolinguistiques « têtues » qui doivent être envisagées sous un nouveau jour mettant en évidence l'importance de la juri-linguistique. De ce point de vue, une configuration juri-linguistique des États africains s'impose, la thèse de l'adaptabilité²⁹ aidant.

Selon cette thèse, les systèmes de Droit (Droit civiliste, Droit coutumier, *common law*) s'intégreraient aux situations sociolinguistiques diverses et dynamiques pour réduire l'écart considérable entre les gouvernants et les gouvernés ou entre les besoins des citoyens et les réponses institutionnelles. L'adaptabilité donnerait ainsi l'occasion de décomplexer les citoyens africains face aux diverses sources de Droit et de décomplexifier leurs situations

29 DEFFANS, B « Introduction : Le droit comme facteur de développement économique », in *Mondes en Développement*, Vol.33 – 2005/1, n°129.

juridiques. Les langues vernaculaires africaines, par exemple, ne font qu'exacerber les Droits coutumiers qui seraient plus longs et difficiles à modifier. Elles semblent autoriser d'emblée des repliements ontologiques, des remises en cause permanentes des situations juridiques en cours dans les États africains, des transferts de sens « insolites » dans les pratiques juridiques diverses, des violences légales récursives.

Les langues vernaculaires africaines, quant à elles, dont les usages sont prépondérants dans l'économie informelle³⁰ suscitée par l'urbanisation croissante des États africains s'accommoderaient au *common law*, système juridique fondé non pas sur, les lois écrites et publiées mais sur la prééminence de la jurisprudence³¹. Les acteurs économiques africains parlant pour la plupart les langues véhiculaires (dioula, lingala, swahili, wolof, etc.) ont communément une vision manichéenne de la langue officielle écrite, langue de fiscalisation, d'imposition, de juridiction, etc., entachée de méfiance, de défiance, de suspicion, *car summun jus, summa injuria*.

Les langues véhiculaires apparaissent ainsi comme supports des échanges économiques bénéficiant de la légitimité des actions économiques et de l'opinion publique à cause de leur efficacité dans les relations commerciales (marchés, rues, gares, etc.), de leur sensibilité aux signaux du marché (fluctuation des prix par rapport aux choix des langues), de leur affranchissement aux contraintes de la parole écrite, etc. Les langues occidentales, d'ordinares langues officielles des États africains, s'accordent naturellement au Droit civiliste. Elles favoriseraient la mise en place d'institutions juridiques « rigides » renforçant et préservant le pouvoir des États africains ou de l'élite africaine et la dissémination des universaux juridiques tels que la bonne gouvernance, les droits de l'Homme, la liberté, la justice, la démocratie, l'État de Droit, etc.

En réalité, le problème du Droit traditionnel africain n'est pas pour l'africain mais pour le juriste occidental qui ne peut pas – et ne sait pas comment – comprendre son essence. Plus précisément, sans avoir été éduqué dans une approche anthropologique, le juriste occidental tente de convaincre les africains, en vain, que le Droit traditionnel (ou au moins cette façon de créer le Droit) ne sert à rien. Toutes les tentatives de "codification" ont substantiellement échoué et la cristallisation qui en a résulté n'a pas empêché le Droit coutumier d'évoluer.

L'expérience nous a montré que dans les domaines où le Droit coutumier a été traditionnellement plus fort, le Droit adopté par l'État a été tout simplement ignoré par les individus qui préfèrent continuer à avoir leur vie régie par la tradition et à résoudre tout litige en utilisant les moyens de règlement des différends coutumiers. L'Afrique est certainement un continent où les règles juridiques ayant une autorité réelle manquent de

30 *DE MIRAS, C.*, « L'informel : un mode d'emploi », in *Lautier, B. et al., L'État et l'informel*, Paris, l'Harmattan, 1991, p.117.

31 Décisions orales et/ou contradictoires rendues par les juges dans les différents tribunaux.

légitimité : elles ont été largement ignorées par les citoyens, et ont été utilisées par les juristes anthropologues comme des exemples types d'inefficacité du Droit³².

Les observations qui précèdent confirment qu'il est possible d'avoir différentes approches et expériences de ce que nous identifions comme « Droit », et, même plus, que le Droit officiel peut coexister avec le Droit traditionnel. Parfois, les juristes africains ont une approche « puriste », regardant le Droit à travers le spectre occidental qu'ils ont étudié dans les universités, tandis que le Droit est mieux perçu comme un phénomène social qui est strictement lié à l'environnement où il est créé et évolue³³.

La société africaine est caractérisée par une vision de la vie où tout est lié; la vie et le surnaturel, les comportements humains et les phénomènes naturels, le pouvoir et le sacré. Les traditions africaines sont essentiellement basées sur le rôle central joué par le groupe sous tous ses formes possibles (famille, clan, village, communauté) où la solidarité entre les membres du groupe est un facteur clé qui rend difficile la distinction – par exemple-entre obligations juridiques et morales, et les obligations envers un autre individu et le groupe dans son ensemble.

Ce genre de distinctions n'existe pas en vertu de la tradition africaine, dans la mesure où ces éléments définissent et représentent « l'obligation ». Comme certains concepts juridiques sont typiquement occidentaux, seul un juriste formé à ces concepts peut les comprendre parce qu'ils ne sont pas envisagés dans la culture juridique traditionnelle africaine³⁴.

Les systèmes juridiques ne sont plus indépendants et isolés les uns des autres. Ils sont continuellement influencés par différents facteurs externes adaptés d'autres systèmes juridiques. Les chercheurs ont remarqué aujourd'hui et ont commencé à étudier cette nouvelle tendance d'un croissant flux de globalisation juridique (également défini comme un échange constant d'influence). En raison de ses particularismes, le Droit congolais et africain devrait aujourd'hui aller au-delà du débat « stérile » *common law* contre droit continental. Il devrait fonder son développement sur les caractéristiques essentielles de chaque système. Il est important de respecter la vision africaine du Droit fondée sur les pratiques et d'introduire les concepts occidentaux et les particularités qui sont communes aux traditions africaines.

En outre, il est nécessaire de parvenir à la création d'un Droit réellement « africain³⁵ », et de se prémunir d'une fracture entre les différents acteurs juridiques afin d'éviter que

32 Voir *Ro dolfo SACCO*, *Anthropologia* cit, p. 196; *Anthony N. ALLOTT*, *The Unity c.*

33 *TOHON, C.*, *Le traité de l'OHADA, l'anthropologue du Droit et le monde des affaires en Afrique et en France*, en Etienne LE ROY (cur.), *Juridicités. Témoignages réunis à l'occasion du quarantième anniversaire du LAJP*, 2006, Paris, Khartala, pp.45 – 49.

34 *TOHON, C., op. cit.*

35 *MICHEL ALLIOT*, dans *Problèmes* cité. a déjà signalé la "désoccidentalisation des règles juridiques" et l'adoption par les législateurs africains d'une classification juridique commune et des concepts comme les principaux instruments nécessaires pour poursuivre un objectif d'harmonisation juridique en Afrique.

ce nouveau Droit africain ne devienne encore un autre exemple de Droit inefficace. La principale condition est d'empêcher les conflits, afin d'éviter le rejet.

II. LA PRISE EN COMPTE DU DIALOGUE SOCIAL ET AUTRES PROCÉDES TRADITIONNELS

1. L'ARBRE A PALABRE

S'il ne dépend pas des lois de ranimer les croyances qui s'éteignent, il dépend des lois d'intéresser les hommes aux destinées de leur pays. Il dépend des lois de réveiller et de diriger cet instinct vague de la patrie, qui n'abandonne jamais le cœur de l'homme, et, en le liant aux pensées, aux passions, aux habitudes de chaque jour, d'en faire un sentiment réfléchi et durable³⁶ » soulignait ALEXIS DE TOCQUEVILLE.

Les sociétés africaines plurales avaient une si haute idée de cette réalité, que pour tenir allumée l'Espérance des peuples, ils placèrent au cœur du pouvoir multinational une institution capitale appelée « Conseil des sages ». Il s'agit d'un « gardien des coutumes et tradition », c'est-à-dire du Droit africain précolonial³⁷, que le colonisateur a confondu avec la coutume, présumée immobile, réduite au vestige du passé et destinée à disparaître. Il importe de se réapproprier l'esprit du procès africain selon lequel, une fois leur litige réglé par la palabre, les protagonistes sont conviés à faire un geste symbolique de réconciliation. C'est peut-être le fait de se partager une noix de cola, de boire l'un après l'autre dans la même coupe ou tout simplement de se serrer la main. Sa simplicité relativise l'importance des formes et de procédure, présente un avantage inestimable d'être dite dans les langues des peuples justiciables et suivant les Droits africains dans les normes et les principes³⁸.

Par ailleurs, une nouvelle politique carcérale doit être mise en chantier, si l'on veut rompre avec le mimétisme occidental, privilégiant l'emprisonnement au détriment du dialogue des volontés contraires, comme instrument de la réconciliation et de la réintégration. En effet, nul n'ignore les moyens humains et financiers gaspillés pour la récupération ou la réinsertion des condamnés dans le tissu social.

Mais à ce jour, le bilan de cette politique est globalement négatif dans l'ensemble des pays occidentaux, comme en témoignent les deux rapports³⁹ accablants des commissions d'enquête du parlement français (le sénat et l'assemblée dont les conclusions ont été rendues publiques le 5 juillet 2000. Les Etats africains sont multi ethniques, composés d'un

36 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1968, p.121.

37 VANDERLINDEN, J., « Justice et Droits : quels Droits appliquer? Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », in *Afrique contemporaine*, numéro spécial 156 sur la justice en Afrique, 4^e trimestre 1990, pp.233 – 235.

38 MAURICE KAMTO, « les défis: une justice entre tradition et modernité », in *Afrique contemporaine*, numéro spécial 156, 4^e trimestre 1990, p. 58 et s).

39 Le sénat et l'assemblée (Journal, Le monde, du jeudi 6 juillet 2000, pp.8 – 9).

certain nombre de peuples parlant de langues différentes, possédant des échelles de valeurs, des croyances religieuses, des institutions familiales nettement dissemblables⁴⁰ ».

Deux considérations peuvent être opposées à cette objection d'une part, on peut avancer que l'Afrique n'a pas le monopole de cette hétérogénéité culturelle et que l'absence d'homogénéité sous d'autres cieux n'a pas été un obstacle déterminant à l'affirmation d'une unité culturelle : les dissemblances culturelles entre les occidentaux et les bretons, entre les Corses et les Basques, pour ne citer que ceux-là, n'ont pas empêché l'existence d'une culture française, pas plus que ne l'a fait à la culture Anglo-saxonne le particularisme culturel.

D'autre part, et sous un aspect plus positif, des théoriciens de la culture africaine ont démontré de diverses manières la convergence de ce qu'ils ont appelé « les deux versants de la personnalité africaine », le versant noir désigné sous le terme de « négritude », et le versant arabo-berbère.

2. LE DIALOGUE SOCIAL

Depuis tout le temps, dans toutes les civilisations et plus particulièrement en Afrique, les personnes âgées ont toujours tenu une place prépondérante dans la société : Ils sont la source, le socle de notre culture, les garants de notre histoire, bref! De véritables mémoires vivantes. D'où le proverbe « un vieillard qui se meurt est une bibliothèque qui brûle ».

La portée spirituelle qui se dégage de leur expérience de vie, fait d'eux de grands sages très écoutés dans nos communautés où la gestion des ressources humaines est quasiment de leur ressort. Du point de vue des mœurs et des coutumes, ils sont en charge de perpétuer nos traditions, notre culture. Ils sont aussi juges dans la gestion des conflits traditionnels. Alors, si le renouvellement du dialogue social, est une donnée essentielle, aujourd'hui en Côte d'Ivoire, elle passe obligatoirement par « nos anciens, nos rois et nos chefs religieux ». C'est indispensable pour trouver un équilibre entre l'Etat et tous les partenaires sociaux dont ils font partie intégrante.

C'est pourquoi, ils doivent prendre leur place dans les débats et se mettre au service de l'intelligence du pays. Ceci vaut également pour les communautés où le système de chefferie et de royauté est toujours en vigueur. A quelques différences près, ils fonctionnent de la même façon qu'avec « les vieux sages ».

3. LE CONSEIL DES SAGES

En Afrique, le conseil des sages, c'est le symbole de la cohésion sociale, affirme DAVID DIARRA, président de l'Union des Maliens du Nord de la France, diplômé en Histoire et Histoire de l'Art. C'est-dire si cette assemblée est essentielle dans le fonctionnement de la

40 ATANGANA, J., *L'OUA et la résolution des conflits en Afrique*, Paris, L'Harmattan. 2002, p.76 et s.

société Africaine. « Traditionnellement, le pouvoir africain, c'est toujours un chef ou un roi ou un empereur, détenteur du pouvoir et délégué par un conseil des sages. ». L'ancien ou vieux sage est au cœur du village. C'est auprès de lui que l'on vient toujours chercher conseil pour trouver la clé à son problème. On le considère comme la source, le socle de la culture, le garant de l'histoire et des fondements des traditions. Cela fait d'eux des grands sages très écoutés et des juges dans la gestion des conflits. »

Ce conseil intervient en un lieu symbolique : « L'arbre à palabre. Au Mali, c'est sous le vestibule sacré ou le grand baobab. On y pratique le pluralisme social. Comme l'Assemblée en France. Ils se réunissent et délibèrent. Le chef du village se fonde sur leur avis pour assurer la stabilité de la société. C'est une instance de régulation et on ne peut aller contre sa décision. » Un modèle démocratique qui, malgré l'évolution du monde actuel, a su garder son poids. « Lorsque la France a colonisé une partie de l'Afrique, elle s'est calquée sur le système occidental.

Il y avait toujours une base traditionnelle mais gérée par rapport à ce qui est venu d'Occident⁴¹ ». Aujourd'hui, l'inverse se produit et ce sont les instances démocratiques de nos sociétés « modernes » qui s'inspirent de ce concept 100 % made in Africa. « Les nouvelles formes d'expressions politiques sont en train de reprendre cette façon de penser. Même l'Union africaine a mis en place, il y a quatre ans, un conseil des sages, pour régler les conflits. La CEDEAO (Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest) a fait la même chose. On revient aux sources ».

En France, cette formule est adoptée par de plus en plus de communes (189 selon la Fédération des villes et conseils de sages). Chacune a sa formule pour désigner ses anciens. Volontaires, choisis par l'édile ou désignés par un panel de citoyens, le conseil des sages a un rôle consultatif, une place plus ou moins importante et intervient dans la politique générale de la ville.

En tant qu'interlocuteur privilégié de l'Etat, ce conseil aura aussi un rôle de médiateur dans les différentes crises ou conflits sociaux qu'il aura pour tâche de prévenir, voire régler en amont⁴². L'ancien secrétaire général de l'OUA, le Tanzanien Salim Ahmed Salim, a souligné l'appui du Groupe des Sages aux efforts de l'UA par le biais du Conseil de paix et de sécurité et de la Commission, pour le règlement des conflits sur le continent.

41 KOFI YANGMANNE, Elu maire de Saint-Coulitz (Finistère) en 1989, Kofi Yamgnane, ancien ministre, y a créé le premier conseil des sages puis la Fédération des villes et conseils de sages en 1992.

42 M. BEN BELLA, ancien président algérien, a estimé qu'il est important que, pendant cette réunion de trois jours, des recommandations et des propositions d'action soient présentées pour aider le Conseil de paix et de sécurité (CPS) et la Commission de l'UA dans la prise en charge de ces questions. *"Nous devons en finir définitivement avec les foyers de tension qui sévissent en Afrique"*, a-t-il indiqué, précisant qu'il s'agit d'abord *"d'apaiser les esprits pour créer les conditions de règlement définitif des problèmes sur la base du dialogue inclusif et de la concertation"*. L'ancien secrétaire général de l'OUA, le Tanzanien SALIM AHMED SALIM, a souligné l'appui du Groupe des Sages aux efforts de l'UA par le biais du Conseil de paix et de sécurité et de la Commission, pour le règlement des conflits sur le continent.

Le Groupe des sages, actuellement présidé par M. Ben Bella, comprend trois personnalités africaines, représentatives des régions du continent, M. Salim Ahmed Salim, l'ancien président de Sao Tome et Principe, M. MIGUEL TROVOADA DOS ANJOS DE CUNHA et la présidente de la Commission électorale indépendante d'Afrique-du-Sud, Mme BRIGALIA NTOMBEMHLOPE BAM⁴³. OLIVIER DUHAMEL⁴⁴ déplore cette situation lorsqu'il écrit : « Le gouvernement prépare la loi, trop des lois, trop vite bricolées. Le parlement vote la loi, trop de lois, qu'il ne comprend pas, qu'il ne connaît plus. Qui s'interroge sur l'utilité de la loi? Sur sa nécessité? Sur les valeurs qu'elle traduit? Sur la cohérence interne et la cohérence globale du Droit, ses conditions d'exécution, ses conséquences pour le juge, ses effets pervers?

Ces questions sont fondamentales, ces questions sont évacuées. Le pouvoir gouvernemental ne peut guère de les poser. Contrôle de ce qui est d'un côté, réflexion sur ce qui peut et doit être et doit être de l'autre, le tout dans la discrétion du travail sans caméra puis dans la transparence de la discussion publique, ce rêve lorsqu'il s'accomplira donnera à la démocratie une délibérante, sa consistance réelle et à la démocratie gouvernante son effectivité vraie ». Ce retour aux sources est capital comme le souligne Joseph KI-ZERBO, lorsqu'il écrit « le rôle des assemblées représentant les ordres, des castes, des classes, des métiers, des groupements divers, les sexes etc., dans la prise de décision, était l'un des principes constitutifs et constitutionnels du système africain du pouvoir visant à prévenir les tendances irrédentistes et sécessionnistes; car paradoxalement, la meilleure façon d'accroître le pouvoir est de le partager⁴⁵ ».

4. LA CHEFFERIE TRADITIONNELLE

Loin d'être anachronique comme beaucoup le croient, la chefferie traditionnelle par la solidité de ses fondements philosophiques et institutionnels, sa proximité avec le peuple, son fonctionnement globalement en conformité avec les principes élémentaires de la démocratie, constitue jusqu'ici l'un des rares pôles de résistance des valeurs civilisationnelles africaines aux prétentions hégémoniques de l'Occident telles que le colonisateur et ses suppôts contemporains essaient de nous imposer.

Bien que longtemps enfermée par ces derniers dans des carcans conceptuels du genre « tradition » « et coutume » comme si ces mots étaient exclusifs à l'Afrique, la chefferie traditionnelle par cette résistance héroïque démontre son enracinement dans l'âme africaine, sa capacité à marquer durablement l'homme, en lui imprimant sa spécificité et en modulant sa vision de la gouvernance des hommes. Appréhendée sous un angle purement institutionnel, la chefferie traditionnelle apparaît en fin de compte comme l'expression par excellence de

43 L'Afrique pourra régler ses problèmes, selon les 'sages de l'UA, *L'international magazine.com*, publié le 14/10/2008.

44 OLIVIER DUHAMEL, Les démocraties, cité par TSHIYEMBE, *Etat multinational*, op.cit.p.51.

45 KI-ZERBO, « La place des parlements dans les institutions des Etats africains », *In Revue Parlements Et Francophonie*, n° 106, Paris, 1998, pp.103 – 120.

la vision africaine d'un pouvoir que l'on qualifie en Occident de démocratique, parce qu'elle combine harmonieusement la sacralisation de l'autorité et la recherche permanente de la légitimation populaire.

A cet effet, elle associe fondamentalement les populations à l'exercice du pouvoir, ce qui, a posteriori, explique leur attachement actuel. Ce qui est loin d'être le cas du pouvoir politique soit disant moderne marqué depuis l'indépendance par le sceau de l'illégitimité.

Quant à sa cohabitation avec les institutions républicaines, elle ne pose aucun problème si chaque chose est à sa place. Dans une société plurielle comme le Congo, la chefferie traditionnelle en conservant sa vocation essentiellement culturelle, a un rôle fondamental à jouer dans la conservation des arts et cultures sans n'aucunement gêner le fonctionnement du pouvoir central même s'il reste jacobin. A ce titre, elle mérite d'être soutenue par les pouvoirs publics autant que les autres structures de souveraineté. La principauté de Monaco en France, celle de Saint Marin et l'Etat du Vatican en Italie sont de lointains mais intéressants exemples. Dans ces deux pays essentiellement chrétiens, l'Etat subventionne bien les églises et construit les cathédrales sans rien perdre de sa nature laïque.

En résumé, la chefferie traditionnelle porte en elle-même un certain nombre d'acquis identitaires susceptibles de permettre à l'homme africain de participer valablement au grand forum international des échanges culturels. Il est acquis que ne survivront à la mondialisation actuelle qui n'est pas qu'économique, que les peuples qui ont quelque chose à échanger ou à donner. Pour que les chefs qui incarnent cette institution soient à la hauteur de ce défi, ils doivent répondre d'un certain nombre d'exigences. Premièrement, être profondément imprégnés des traditions et coutumes qu'ils ont la responsabilité d'incarner et de défendre. D'où l'impératif pour eux d'être des modèles de dignité et de responsabilité.

Deuxièmement, ils doivent être au service des populations qu'ils ont la responsabilité d'encadrer, ce qui leur impose l'obligation d'être en permanence avec elles afin en tout temps de partager leurs joies et leurs peines.

Troisièmement, il leur revient à tout moment et en toute circonstance de faire preuve de neutralité et d'équité dans l'exercice de leur fonction afin de garantir l'unité de leurs peuples. D'où la nécessité d'éviter tout engagement politique ou religieux ostentatoire ainsi que de s'abstenir en période électorale de prendre publiquement fait et cause pour un parti ou un candidat ou de laisser la chefferie servir de bureau de vote, attitudes de nature à fragiliser leur autorité. La dernière qualité c'est d'être des citoyens modèles au service de la communauté et surtout d'éviter le piège de l'inféodation à l'administration dans lequel les enferme leur avilissant statut d'auxiliaires de l'administration. Par conséquent, non seulement il ne faut pas brûler les chefferies traditionnelles, mais leur défense et leur protection deviennent un devoir existentiel pour tous.

La loi du 25 aout 2015 fixant le statut des chefs coutumiers dans son exposé des motifs est explicite : La crise des valeurs traditionnelles compte parmi les principaux maux qui, non seulement, minent l'unité et la cohésion nationales, mais aussi hypothèquent le développement intégral, harmonieux et durable de la République Démocratique du Congo.Face

à cette situation, la Constitution du 18 février 2006 reconnaît, en son article 207, l'autorité coutumière comme socle des valeurs traditionnelles.

La présente Loi est donc la mise en œuvre de cette exigence constitutionnelle. Elle vient s'ajouter à l'arsenal juridique sur l'organisation territoriale, administrative et politique en République Démocratique du Congo qui confère au chef coutumier, en plus des responsabilités coutumières, des charges administratives. Elle prend en effet en compte les valeurs traditionnelles immuables et saines dans une société fondée sur le Droit écrit, la démocratie, la bonne gouvernance et le respect des droits de l'homme.

Elle vise notamment à :-Affirmer le rôle protecteur du chef coutumier en ce qui concerne l'identité culturelle ainsi que les valeurs traditionnelles morales; -Réaffirmer le caractère apolitique du chef coutumier;-Réaffirmer l'implication du chef coutumier dans la sauvegarde de l'unité et de la cohésion nationales; -Réserver aux seules structures reconnues par la coutume le droit et le pouvoir de désigner le chef coutumier; -Confirmer le Droit des pouvoirs publics de reconnaître ou de prendre acte de la désignation du chef coutumier; -Reconnaître à l'autorité coutumière le droit d'être consulté par les pouvoirs publics; -Ouvrir la possibilité de mise en place de commissions consultatives locales, provinciales et nationales pour le règlement des conflits coutumiers; -Définir les voies de recours pour le chef coutumier lésé par les décisions et actes des autorités administratives hiérarchiques. L'essentiel reste à intégrer la chefferie traditionnelle dans l'armature institutionnelle du pays, tout en prenant soin de lui reconnaître un rôle essentiellement moral et culturel.

CONCLUSION

Dans tous les cas, cette étude nous a permis de constater que la République Démocratique du Congo n'est pas encore sortie de ce schéma colonial qui a conduit à la création et au fonctionnement de sa justice actuelle, cela est d'autant plus chaotique dans le contexte de la mondialisation du Droit, les défis des technologies nouvelles en rapport avec la justice, et surtout l'émergence du juge moderne. La bonne efficacité de celle-ci suppose pourtant qu'elle en sorte, une tendance vers la justice de proximité ou la résolution alternative des conflits.

Fort de ce constat, la réalité montre que le fait de l'existence dans un même espace géographique, de plusieurs normes, de natures et de valeurs différentes, est susceptible de produire et de développer des antagonismes actifs qui peuvent se manifester dans de véritables « guerre des Droits », ou, si l'on veut, un état chaotique de pluralisme juridique. Il faut également prendre conscience que la fonction propre de la science du Droit est d'imaginer les hypothèses où telle règle, tel principe, aboutiraient à des solutions injustes et de construire une « théorie rivale ».

Les incidences du pluralisme judiciaire sont multiples et variées avec comme conséquence immédiate la rupture avec la réalité; on en arrive à des formes de pluralisme qui se

prêtent à des dégradés, à des imitations, des analogies, des approximations donnant lieu à un système qui n'est plus vraiment juridique pour devenir infra-juridique.

Au civil, le Droit vulgaire tente de braver le Droit écrit; la « bureaugamie⁴⁶ » par exemple, relève assurément du Droit vulgaire. Elle contrarie le Droit écrit qui la met hors-loi du fait de l'option monogamique prise par le Code de la famille qui, du reste le combat au moyen de l'incrimination de la bigamie, de la polygamie et de l'adultère. Mais le Droit écrit a su, en même temps, lui ménager quelques plages de quiétude, ce que l'on peut lire notamment dans la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} aout 1987 portant code de la famille en ses dispositions suivantes en ces termes (innovations) :

En refusant d'ignorer un enfant qu'il soit né dans ou en dehors du mariage (article 591); En refusant de considérer comme élément constitutif de la bigamie le mariage célébré en famille et non enregistré (article 408); En permettant l'introduction dans le foyer conjugal de l'enfant produit de l'adultère de l'un de conjoints, si l'époux victime l'autorise; En faisant obstacle à la pression de l'adultère du mari lorsque l'acte considéré n'est pas entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère injurieux;(article 467); En s'interdisant de sanctionner quiconque aura enlevé, détourné, caché ou garé, même avec son consentement, un homme marié dans le but de lui faciliter des rapports adultérins (article 472);

En laissant à l'époux (ou à l'épouse) offensé (e) la maîtrise totale de l'action pénale jusqu'à l'abandon des effets de la condamnation à la servitude pénale s'il (ou elle) consent à reprendre la vie commune, sans préjudice pour lui (ou elle) de réclamer une réparation en nature sous forme d'objets désignés particulièrement par la coutume à cet effet (article 408); En soumettant les époux au mariage à l'application de la coutume de la femme en cas de conflits des coutumes et en rendant le mariage célébré en famille même en l'absence de l'enregistrement (article 379) etc.

Aux dires de Pierre ADAU AKELE⁴⁷, il s'agit du Droit des amis et le Droit des adversaires ou la guerre des « droits clientélistes »; car ajoute-t-il, c'est un Droit inégalitaire et scélérat; celui qui, loin de réduire les conflits, les suscite, exacerbe les convoitises et les frustrations, entrave la liberté et la créativité, finalement confine dans la médiocrité, pousse à la rébellion et au désordre.

Et E. LEROY⁴⁸ voit là l'émergence d'un Droit qu'il désigne sous le terme « Droit de la pratique ». Il souligne que c'est un Droit pragmatique qui n'est pas le fruit d'une élaboration doctrinale. « Ce Droit de la pratique est le continuateur direct de la coutume, et non un Droit coutumier. Mais c'est une coutume renouvelée [...]. Toutes les africaines

46 Le fait pour un homme de se marier illégalement à deux ou trois femmes installées dans une même ville, à des endroits différents.

47 AKELE ADAU et SITA-AKELE MUILA, *Des lois indispensables pour l'application de la constitution du 18 février 2006 de la RDC*, éd CEPAS, Kinshasa, 2006, p.194.

48 VAN DE KERCHOVE, M., *Droit négocié, Droit imposé?*, Bruxelles, FUSL, 1996, p.67.

comme tous les africains, dans leur vie privée comme dans leur vie professionnelle, dans leurs déplacements ou au marché doivent passer par un Droit de la pratique, d'autant plus facilement que c'est « un Droit sans peine », qui s'exerce facilement et où la sanction reposant sur la pression sociale semble moins contraignante. »

S'agissant aussi du Droit pénal de la famille, autant dire que le Droit pénal ne se préoccupe pas de l'union libre ou du concubinage, « du moment que les personnes qui vivent ensemble sont maîtresses de leurs droits, majeures (et encore ...) et non engagées déjà dans une union régulière⁴⁹»; autant dire que la fornication, le concubinage, ne sont pas en Droit congolais des infractions, on en arrive à une véritable guerre des Droits d'où la prise en compte des mécanismes appropriés et envisager d'autres mécanismes non juridictionnels dans la résolution des conflits entre les particuliers.

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES

1. *AKELE ADAU et SITA-AKELE MUILA, Des lois indispensables pour l'application de la constitution du 18 février 2006 de la RDC*, éd CEPAS, Kinshasa, 2006
2. *ALEXIS DE TOCQUEVILLE, La démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1968
3. *ATANGANA, J., L'OUA et la résolution des conflits en Afrique*, Paris, L'Harmattan.2002.p.76 et s.
4. *CHABAS, J., « La justice indigène en Afrique occidentale française », In Annales africaines*, Paris, 1954
5. *LEVASSEUR. G, ET CHAVANNE,A., Droit Pénal et Procédure Pénale*, Sirey, Paris, 1963
6. *MULENDEVU MUKOKOBYA Richard, Pluralisme juridique et règlement des conflits fonciers en République Démocratique du Congo*, L' Harmattan, 2013
7. *Remy Libchaber, L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013
8. *VAN DE KERCHOVE, M., Droit négocié, Droit imposé?*, Bruxelles, FUSL, 1996

B. ARTICLES ET REVUES

1. *BELLIER IRÈNE, « Les peuples autochtones aux Nations -Unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », Critique Internationale* numéro 54,QUEBEC, 2012, pp. 61–80.
2. *DE MIRAS, C., « L'informel : un mode d'emploi », in Lautier, B. et al.,L'État et l'informel*, Paris, l'Harmattan, 1991.
3. *Déclaration des Nations-Unies sur les Droits des peuples autochtones à l'épreuve du temps (2007–2012), Françoise Morin*, Montréal 2012, Cahier no 2012–05. Rapport de recherche, www.reseaudialog.ca.

49 *LEVASSEUR. G, ET CHAVANNE,A., Droit Pénal et Procédure Pénale*, Sirey, Paris, 1963, p.1.

4. *DEFFANS, B* « Introduction : Le droit comme facteur de développement économique », in *Mondes en Développement*, Vol.33 – 2005/1, n°129.
5. *KI-ZERBO*, « La place des parlements dans les institutions des Etats africains », In *Revue Parlements Et Francophonie*, n° 106, Paris, 1998, pp.103 – 120.
6. *LAURENT, P-J, MATHIEU P.*, « Introduction. Une grille d'analyse synthétique : gestion viable de l'environnement foncier, institutions et enjeux » in *Laurent P-J., Mathieu, P.*, (dir.) *Actions locales, enjeux fonciers et gestion de l'environnement au Sahel*, Cahiers du CIDEP, n°27.
7. *MAGAYA vs. MAGAYA* [1999]; 3 *Law Reports of the Commonwealth*, 35.
8. *MARION MULLER et Claire LAUNAY-GAMA*, *Le pluralisme juridique et normatif, une voie pour refonder la gouvernance?* Institut de recherche et débat sur la gouvernance (Institute for Research and Debate on Governance), *Dossier proposé par l'IRG à l'occasion de la rencontre internationale « Pluralisme juridique dans les sociétés multiculturelles »*, Lima 12–14 décembre 2011.
9. *MAURICE KAMTO*, « les défis: une justice entre tradition et modernité », in *Afrique contemporaine*, numéro spécial 156, 4^e trimestre 1990.
10. *MORIN FRANÇOISE ET BERNARD SALADIN D'ANGLURE*, « L'ethnicité, un outil politique pour les autochtones de l'Arctique et de l'Amazonie », *Études/Inuit/Studies* 1995, p. 37–68.
11. *POUMAREDE, J.* « Exploitation coloniale et droits traditionnels », in *Pouvoirs publics et développement en Afrique*, Toulouse, éd. de l'Université des sciences sociales, 1992, p. 141–147.
12. *RDC, ASSEMBLEE NATIONALE : 2^{ème} LEGISLATURE DE LA 3^{em} RÉPUBLIQUE*, *Proposition de loi portant promotion et protection des Droits des Peuples Autochtones Pygmées en RDC*, DRAFT, Décembre 2012.
13. *TOHON, C.*, Le traité de l'OHADA, l'anthropologue du Droit et le monde des affaires en Afrique et en France, en Etienne LE ROY (cur.), *Juridicités. Témoignages réunis à l'occasion du quarantième anniversaire du LAJP*, 2006, Paris, Khartala.
14. *VANDERLINDEN, J.*, « Justice et Droits : quels Droits appliquer? Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », in *Afrique contemporaine*, numéro spécial 156 sur la justice en Afrique, 4^e trimestre 1990, pp.233 – 235.