

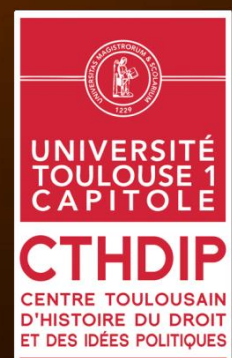


# Le métissage des droits en Afrique subsaharienne francophone

*Regards croisés*

Sous la direction de Caroline Gau-Cabée

DIKÈ – Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe



DIKÈ

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politiques (U.R. 789)

Université Toulouse 1 Capitole

## Le métissage des droits en Afrique subsaharienne francophone

Regards croisés

Sous la direction de Caroline Gau-Cabée

Collection numérique Dikè n°3

Couverture : Maternité (statuette bois, détail), Côte d'Ivoire, Début du XXe siècle (collection privée)

Photo : Pauline Cabée (©kbphotographiie)



Toulouse, 2022

ISBN 978-2-36170-260-1

DIKÈ

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

Le métissage des droits  
en Afrique subsaharienne francophone

---

Regards croisés

---

## Sommaire

Présentation .....	5
Avant-propos .....	6
Première partie, Regards croisés sur le droit privé africain. Coutumes et droit écrit : le dialogue impossible ?.....	9
Caroline GAU-CABÉE, La tentation moniste et la réception du modèle juridique occidental en Afrique subsaharienne francophone après 1960 .....	14
Séraphin NENE BI, Structures et mécanismes de l'organisation de la justice dans les sociétés traditionnelles de Côte d'Ivoire. Aspects anthropo-historiques .....	27
Camille KUYU, Le quotidien du droit en Afrique Subsaharienne : de la défiance à l'égard du droit moderne au métissage juridique .....	41
Sophie ANDREETTA, Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles .....	48
Moussa THIOYE, Le droit coutumier africain, un droit à part entière et un droit largement à part .....	65
Pierre Etienne KENFACK, Les droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais aujourd'hui .	72
Boubou BA, La justice précoloniale en Mauritanie : entre coutume et charia islamique .....	86
Deuxième partie - Guy-Adjété Kouassigan (1934-1981) Une œuvre pionnière, un destin d'exception. Ou comment servir l'Homme, l'Afrique, le Droit.....	99
Irène KOUASSIGAN, Guy Adjété Kouassigan : l'Homme et le droit.....	100
Caroline GAU-CABÉE, Guy-Adjété Kouassigan : regards croisés sur trois <i>opus</i> .....	101
André CABANIS, Kouassigan, un destin exemplaire.....	108
Bernard DURAND, Être un « autre » en Afrique ? « Vivre entre deux Mondes », les indépendances venues.....	117
Propos conclusifs.....	122
Table des auteurs .....	126
Table des matières .....	127

---

## Présentation

Le programme *Dikè* propose une réflexion pluridisciplinaire sur les fondements, les contours, et les contenus des cultures juridiques européennes, contemporaines et modernes. Au-delà de la dimension plurielle des approches scientifiques et méthodologiques (comparatisme juridique et historique, histoire du droit, histoire, droit privé, droit public, philosophie du droit, sociologie et anthropologie du droit), ce programme se caractérise également par une très forte ambition formatrice. Animé par l'équipe enseignante du CTHDIP, il s'adresse aux doctorants français et étrangers intéressés par une formation à la recherche et *par* la recherche à partir d'un questionnement portant sur les droits et cultures juridiques en Europe (Antiquité – Période contemporaine) et sur le devenir des droits européens dans d'autres espaces. Il s'adresse également aux professionnels du droit (magistrats, avocats, etc.) dans la perspective d'un échange scientifique entre universitaires et praticiens.

Placé chaque année sous la responsabilité d'un enseignant-chercheur de l'unité, le programme est organisé à partir d'une thématique annuelle selon un format binaire : conférence-débat ou table ronde autour d'un auteur et d'une lecture, suivie d'une journée d'étude internationale réunissant quelques spécialistes (de tradition de *common law* et de *civil law*), issus de différents horizons scientifiques, qui déclinent le thème proposé en variant les approches, diachronique ou comparative, en fonction de leur spécialité. La parole est également donnée aux doctorants qui interviennent lors de chaque manifestation, pour une présentation de travaux ou une communication, en lien avec la thématique annuelle.

Les travaux conduits dans le cadre de ces deux temps forts sont valorisés par une publication collective dans la collection numérique *Dikè* du CTHDIP, hébergée sur le site du centre qui se charge d'une large diffusion.

---

## Avant-propos

En 2021, le programme de formation doctorale *Dikè*, porté depuis 2014 par le Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques (CTHDIP), a décliné en deux temps le thème du métissage des droits en Afrique subsaharienne francophone. Mais pourquoi l'Afrique et les droits africains ?

D'abord parce les mutations du droit en Afrique constituent un champ d'investigation privilégié, susceptible de nourrir une réflexion fondamentale sur le droit, et de renouveler notre manière de penser la juridicité. Il s'agit également de montrer combien il est difficile de rendre compte de la pluralité dans des États unitaires, écartelés entre tradition et modernité. Comment concilier le pluralisme sociologique et juridique endogène avec un modèle moniste légaliste exogène ? Comment élaborer un système juridique effectif, au service d'une économie moderne et néanmoins compatible avec la réalité socio-culturelle fondamentalement pluraliste des sociétés africaines ?

Toutes ces questions sont au cœur de la construction contemporaine des droits africains. C'est précisément ce qui mobilise les chercheurs qui s'intéressent à l'Afrique, toutes disciplines confondues, depuis des décennies. Le thème du transfert de droit, de la coexistence des ordres juridiques (formel et informel) de l'inter-normativité en Afrique subsaharienne francophone n'est donc pas nouveau. Il a même nourri une abondante littérature scientifique depuis 1960, à laquelle le CTHDIP a d'ailleurs beaucoup contribué, grâce au partenariat éditorial qui existe depuis une vingtaine d'années avec l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar pour la revue *Droit sénégalais* (devenue en 2014 la *Revue sénégalaise de droit et de science politique*), avec l'Université d'Abomey-Calavi pour la revue *Droit béninois*, et avec l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako pour la *Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques*.<sup>1</sup>

La journée d'études organisée le 13 janvier 2021 s'est inscrite dans le prolongement de cette réflexion permanente sur les formes de la juridicité en Afrique, parce que les problématiques restent complexes et les questionnements nombreux. En mobilisant plusieurs disciplines, les participants étaient invités à croiser leurs regards sur le droit privé africain (*Coutumes et droit écrit : le dialogue impossible ?*) en interrogeant la place des coutumes – plus largement de la régulation informelle – et du droit écrit dans des ordres juridiques pluralistes, ainsi que leur mise en oeuvre dans la gestion des conflits, hier et aujourd'hui. Il s'agissait en effet de privilégier, sur ces questions, une approche pluridisciplinaire en sollicitant des collègues et des doctorants issus de différents horizons scientifiques, pour un public de juristes, d'historiens du droit et d'anthropologues.

Parce que « la pluralité des mondes, c'est aussi la diversité des possibles »<sup>2</sup>, la perspective des regards croisés nous a paru aussi évidente que nécessaire. Convoquer l'histoire, l'anthropologie, et le droit positif pour nourrir cette réflexion sur les modèles juridiques africains, c'était demeurer fidèle à la pensée de Guy-Adjété Kouassigan et, d'une certaine façon, préparer l'hommage que nous souhaitons lui rendre. Quarante ans après la mort de ce grand juriste togolais, le second volet du programme *Dikè* a réuni, autour de son épouse et de ses enfants, plusieurs historiens du droit pour évoquer l'homme et son œuvre. Une œuvre forte, hélas inachevée, qui incarne le dialogue des cultures, et où l'on retrouve, dans un style limpide, ciselé et profondément émouvant, les trois passions qui ont guidé ses choix et nourri sa réflexion : l'Homme, l'Afrique et le Droit.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> Ces revues, publiées par les Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, doivent beaucoup à deux grands spécialistes de l'Afrique, membres du CTHDIP : le professeur André Cabanis et le professeur Olivier Devaux.

<sup>2</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Afrique : Révolution ou diversité des possibles*, Paris, L'Harmattan, 1985, p. 10.

Les systèmes juridiques des pays d'Afrique subsaharienne sont le produit d'une première interaction entre deux types de droits dits « traditionnels » : le droit musulman (dont la pénétration en Afrique est très ancienne) et les coutumes précoloniales (largement façonnées par une ontologie animiste).

Pendant la colonisation, ils subissent une troisième influence, celle du modèle juridique occidental, incarné par le Code civil dans les territoires placés sous domination française ou belge. On assiste alors à la rencontre de deux cultures juridiques que tout oppose : le modèle moniste légaliste (exogène) et le modèle pluraliste coutumier (endogène). Les autorités coloniales font le choix d'une assimilation progressive et différée qui se traduit par la survivance sous condition des droits traditionnels et la disparité des conditions juridiques pour les ressortissants des colonies. En droit privé, l'ordre juridique colonial est donc un ordre mixte, fondé sur la coexistence du droit civil français et des coutumes africaines sur le modèle d'un pluralisme juridique hégémonique.

L'ère des indépendances ouvre de nouvelles perspectives car les États africains, animés par des rêves d'unité et de progrès, optent pour la « modernité juridique », en renonçant dans une très large mesure à leur identité juridique traditionnelle.

Mais dans leur pratique du droit, les populations résistent aux codifications « à la française ». Cette politique juridique moderniste est vécue comme une aliénation identitaire, car les destinataires de ces nouvelles normes demeurent étrangers à la logique et au fond de ce droit qui s'appuie sur d'autres représentations que les leurs. Indifférent à leur vision du monde, il est profondément inadapté à la réalité socio-culturelle qui le prive de toute effectivité. La loi demeure virtuelle pour la majorité de ses sujets dont les pratiques révèlent une résistance multiforme, témoin du dynamisme de la tradition.

Sur la base de ce constat, certains États ont réformé leur droit en privilégiant une solution médiane, inspirée par un plus grand respect de cette tradition (République démocratique du Congo, Sénégal, Togo, Gabon). Le droit étatique devient ainsi le support d'un droit nouveau, hybride dans son inspiration, mais susceptible de se présenter sous deux formes différentes : un système moniste égalitaire inspiré par les deux cultures (certains principes coutumiers sont intégrés au droit commun codifié) ou un système pluraliste fondé sur la technique des options dans des champs limités du droit de la famille. La démarche permet de préserver l'identité africaine sans pour autant nier les mutations politiques, économiques, sociales de la nouvelle Afrique. L'ordre juridique nouveau doit « réaliser la conjonction d'un futur à construire et des réalités d'un passé qui dure » (P.-F. Gonidec).

Qu'en est-il aujourd'hui, alors que les codifications les plus récentes semblent révéler une régression des influences traditionnelles sur le droit privé de la famille, lorsqu'elles tendent à réduire les inégalités de genre (Code des personnes et de la famille du Bénin et du Togo révisés en 2004 et 2012, Code de la famille congolais réformé en 2016) ?

Il semble que certaines logiques juridiques endogènes entravent toujours la réception du droit écrit codifié, dans les champs les plus sensibles comme la famille et le régime foncier, en tant que supports de la « conception négro-africaine de la vie saisie dans ses manifestations existentielles » (G.-A. Kouassigan). La question des résistances est omniprésente dans les travaux des juristes et anthropologues, qui insistent sur la permanence et la vitalité des coutumes ancestrales dans le quotidien des populations, mais décrivent aussi des pratiques « alternatives » de contournement ou de détournement du droit qui se situent parfois « dans la logique de l'entre-deux » (C. Kuyu). Produits d'une vision endogène et d'une conception plurale de la société, ces innovations intelligemment conceptualisées n'en sont pas moins adaptées aux contraintes contemporaines des sociétés africaines.

Si dans bien des domaines du droit privé, les règles écrites – devenues ineffectives – sont reléguées par les coutumes au rang de droit théorique, virtuel, est-ce pour autant le cas dans tous les champs du droit ? À Cotonou, par exemple, le nouveau Code des personnes et de la famille (2004) est mobilisé et instrumentalisé dans les conflits d'héritage par les héritiers traditionnellement « lésés », et notamment les femmes (Sophie Andreetta).

Quelles sont les implications d'un tel constat et les pistes à envisager pour la construction contemporaine des droits africains ?

Il semble d'abord – et nombreux sont les juristes africains qui soutiennent cette thèse – que la solution du transfert de droit, encore privilégiée dans de nombreux espaces, ne soit plus viable. Pierre-Etienne Kenfack pose d'ailleurs clairement la question : entre coutume et droit écrit en Afrique Noire aujourd'hui, n'assiste-t-on pas à une « inversion de suprématie » ?

Si le choix d'une politique juridique exclusivement inspirée par le modèle précolonial est aujourd'hui exclu, la voie de l'hybridation mérite d'être au moins interrogée.

Elle pourrait l'être d'abord dans une perspective pluridisciplinaire. En 1976, Pierre-François Gonidec constatait à propos du droit ivoirien de la famille « un décalage important entre le droit théorique ou idéal voulu par le législateur et le droit réellement appliqué », au point de suggérer « la nécessité pour les juristes africains d'être également des sociologues capables de rapprocher le droit légiféré et le droit vécu » (*Les droits africains*, 1976). L'idée d'une mobilisation des sciences sociales est reprise en 1980 par Raymond Verdier, qui plaide pour une recherche vivante et approfondie, où le juriste travaille en collaboration avec l'ethnologue et le sociologue afin de dégager les principes fondamentaux du droit des nouvelles législations. « C'est seulement à ce prix, écrit-il, que les codes pourront refléter les cultures africaines à la fois dans leur enracinement passé, leur dynamisme actuel et futur » (« Coutume et loi dans le droit parental et foncier (Afrique de l'Ouest francophone) », *Dynamiques et finalités des droits africains*, 1980)

Il s'agit, par conséquent, de repenser le droit à partir des données historiques, sociologiques, anthropologiques.

Pour Camille Kuyu, une lecture anthropologique des pratiques alternatives, qui apparaissent comme le produit d'un métissage des droits, éviterait de succomber à la tentation d'une « simple tropicalisation du droit importé ». Car le problème du rejet du droit occidental étant d'ordre conceptuel, le processus de juridicisation exige d'être entièrement repensé, nourri par une réflexion approfondie, pluridisciplinaire : « revisiter les sources historiques de notre droit » (M. Timtchueng), s'intéresser aux pratiques sociales dans un souci d'effectivité du droit.

Enfin, sur la base de ce substrat juridique endogène pluriel, révélé par l'histoire et les sciences humaines et sociales, quelle méthode privilégier pour élaborer un système juridique effectif, reflétant les données économiques et la réalité socio-culturelle fondamentalement pluraliste ? Comment rendre compte de la pluralité dans des États unitaires ? La voie de l'harmonisation, qui a déjà fait ses preuves en Afrique, pourrait être la solution. Elle a en effet été mise en œuvre pour créer un système juridique commun aux États membres de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des affaires en Afrique (OHADA) et de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI). Sous réserve d'en préciser les modalités, elle est peut-être la clef de « l'heureuse symbiose » (G-A. Kouassigan) permettant l'éclosion d'un droit privé africain en adéquation avec les véritables aspirations de ses destinataires.

À partir d'un état des lieux du droit positif, mis en perspective par l'histoire et l'anthropologie, les contributions réunies dans ce volume devraient nous aider à « penser le droit autrement » : le défi est ambitieux et, à l'évidence, les travaux de ces deux journées n'épuiseront pas le sujet. Aussi, contentons-nous plus modestement d'espérer que les jalons ainsi posés nous incitent à poursuivre la réflexion.

C. Gau-Cabée



---

## PREMIÈRE PARTIE

Regards croisés sur le droit privé africain.  
Coutumes et droit écrit : le dialogue  
impossible ?

---

---

***La tentation moniste et la réception du modèle juridique occidental en Afrique subsaharienne francophone après 1960*** (C. Gau-Cabée, Université Toulouse 1 Capitole)

Lors des indépendances, Les droits traditionnels ont été sacrifiés au nom des impératifs du progrès et de la « modernisation ». À l'idéologie civilisatrice de la période coloniale s'est substituée celle du développement. L'Afrique fit donc le choix de la loi, de l'unification du droit, en niant son identité juridique traditionnelle, coutumière et fondamentalement pluraliste.

Cette contribution reviendra sur les enjeux de cette politique juridique, sur les formes – et les causes – de la résistance qui a conduit, *in fine*, à l'échec du modèle moniste légaliste et au métissage des droits en Afrique subsaharienne.

Caroline Gau-Cabée est maître de conférences (HDR) en histoire du droit à l'Université Toulouse 1 Capitole. Ses recherches et ses enseignements portent sur l'histoire du droit privé, l'histoire de la procédure et l'anthropologie du droit.

***Structures et mécanismes de l'organisation de la justice dans les sociétés traditionnelles de Côte d'Ivoire. Aspects anthropo-historiques.*** (Professeur S. Nene Bi, Université Alassane Ouattara de Bouaké)

Dans la société traditionnelle négro-africaine, on ne distingue pas entre délit civil et infraction pénale. On peut seulement, relever que les délits civils entendus au sens large (d'inexécution d'obligation et de délit) se règlent à l'amiable ou devant « un arbitre ». Seuls les délits qui tendent à causer un trouble à l'ordre social, à désagréger la société sont susceptibles d'être portés devant le juge. Il s'agira donc dans cette contribution de définir l'acte antisocial et le châtement qui y correspond, de déterminer celui qui est chargé de dire le droit, c'est-à-dire, le juge.

Mais, le juge traditionnel est pluriel, sa saisine et la procédure suivie devant lui seront variables selon les cas de figure.

« Le sacré juge » requiert des procédures métaphysiques pour être saisi mais il peut s'autosaisir. Devant le juge en tant que réalité physique, c'est l'identité sociale des parties qui est mise en scène et dont se saisit le rituel judiciaire dominé par la palabre en tant que cadre d'organisation de débats contradictoires, d'expression d'avis, de conseils, de déploiement de mécanismes divers de persuasion et d'arbitrage.

Le Professeur Séraphin Nene Bi est historien du droit à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké, dont il dirige le Centre Africain d'Histoire du Droit, des Institutions et des Idées politiques (C.A.H.D.I.I.P.), professeur associé aux Universités d'Abidjan et expert foncier. Il est intervenu dans de nombreux colloques nationaux et internationaux et a récemment publié une *Histoire des Institutions méditerranéennes et négro-africaines. Des origines à la fin du Moyen-Âge* et un ouvrage sur *Les institutions coloniales de l'Afrique occidentale française* (Abidjan, ABC, 2020).

\*\*

### **Le regard des anthropologues du droit**

***Le quotidien du droit en Afrique subsaharienne : de la défiance à l'égard du droit moderne au métissage juridique*** (Professeur C. Kuyu, chargé d'enseignement à l'Université Paris Saclay et à l'Université Paris V René Descartes)

Le Professeur Camille Kuyu est un juriste spécialiste de l'Afrique, également diplômé en philosophie, en science politique et en anthropologie du droit. Il a enseigné en Afrique, en Belgique, en Angleterre, tout en dirigeant de nombreuses thèses. Il est actuellement directeur du Centre d'Études et de Recherches pour le Développement Durable de Kinshasa et président de l'Académie Africaine de Théorie du Droit. Il enseigne à l'Université Paris Saclay et à l'Université Paris V René Descartes. Outre ses activités d'enseignement et de recherche, il est consultant international, éditeur scientifique, et a publié ou dirigé de nombreux ouvrages d'anthropologie juridique. Vient de paraître sous sa direction, aux Éditions du

Net, *Repenser le droit africain*, ouvrage collectif qui s'inscrit dans le prolongement de ses publications antérieures et d'une réflexion, toujours d'actualité, sur les conditions d'une adéquation des normes du droit positif aux réalités sociologiques africaines.

***Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles*** (Dr. S. Andretta, Chargée de recherche FRS-FNRS, Université de Liège)

Tout comme de nombreux autres États, le Bénin a entrepris, à partir de sa conférence nationale au début des années 1990, une large réforme de son système judiciaire. L'adoption d'une constitution démocratique marque le début d'un processus de « modernisation » des textes, parmi lesquels figure le Code des personnes et de la famille (CPF), censé promouvoir l'égalité et mettre fin au dualisme juridique en droit privé. Adopté en 2004, ce Code permet de régler, entre-autres, les questions d'héritage. À partir d'une enquête ethnographique au sein des juridictions du sud du pays, cette présentation reviendra sur la place du droit « moderne » lors des audiences, dans les arguments des héritiers, les discours et les pratiques des magistrats. Dans un contexte où les normes et les réformes formelles sont généralement considérées comme inopérantes, le cas des conflits d'héritage permettra d'illustrer comment la loi et les procédures judiciaires sont mobilisées – avec succès – par certaines catégories d'héritiers pour renégocier l'accès aux biens familiaux.

Anthropologue de formation, Sophie Andretta s'intéresse à la manière dont le droit et les politiques publiques sont appropriées par différentes catégories d'acteurs en vue de produire des effets sociaux ou politiques. Ses recherches portent notamment sur la place du droit et les professions judiciaires en Afrique de l'Ouest, sur les migrations, le droit social et le contentieux administratif en Europe.

\*\*

### **Le regard des juristes**

***Les droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais aujourd'hui*** (Professeur P.-E. Kenfack, Université Yaoundé 2)

Quelle place doivent occuper les droits produits sur le terroir camerounais, appelés « droits traditionnels », dans l'ordre juridique camerounais ? La question est importante dans un pays où les puissances mandatrices et tutrices, imitées par les autorités après l'indépendance, se sont fixées pour objectif de limiter leur influence dans le système juridique, et à terme de les faire disparaître. L'observation de la scène juridique camerounaise révèle que toutes les tentatives de cantonnement des droits traditionnels à une place résiduelle dans les ordres juridiques successivement construits, se sont heurtées à une révolte de ces derniers qui apparaissent aujourd'hui comme une réalité incontournable. L'étendue de leur présence, et l'adhésion des populations aux règles issues de ces droits, invitent à prendre conscience de la nécessité de leur accorder une place importante dans l'ordre juridique à construire. Mais au préalable il faudra les collecter et montrer leur aptitude à servir de base pour la construction du droit à l'échelle étatique.

Le Professeur Pierre-Etienne Kenfack est agrégé de droit privé, chef du département de théorie du droit de l'Université Yaoundé 2, spécialiste de droit social, de droit des affaires (droit OHADA) et de théorie du droit.

***Le droit coutumier africain, un droit à part entière et un droit largement à part*** (Professeur M. Thioye, Université Toulouse 1 Capitole)

La coutume (africaine) est-elle saisie par le droit, conceptuellement, notionnellement, fonctionnellement, « statutairement » ? Droit et coutume riment-ils ? Sont-ils compatibles ? La coutume peut-elle être juridique ou, en d'autres termes, le droit peut-il être coutumier et, si oui, quelles seraient son identité, son âme, sa signature, sa marque ?

Un regard porté sur « la coutume » permet à l'analyste ou à l'interprète de faire deux observations complémentaires.

- Une première observation, absolue et indiscutable, qui est la suivante : jouissant sans aucun doute de la juridicité, le droit coutumier (africain) est *un droit à part entière*, un « vrai droit », à l'instar de tout Droit et, notamment, du droit dit moderne de nature ou d'inspiration occidentale.
- Une seconde observation, relative et discutable, qui est la suivante : par, grâce ou à cause de son authenticité, le droit coutumier (africain) est *un droit largement à part*, un droit atypique, parce qu'original (voire marginal) s'il est regardé à travers le prisme du droit dit moderne.

Le Professeur Moussa Thioye est membre de l'Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'environnement (IEJUC) de l'Université Toulouse 1 Capitole, vice-doyen de la faculté d'Administration et Communication, directeur du Master Droit de l'immobilier. Ses recherches portent sur le droit des obligations, le droit immobilier, la théorie générale du droit, le droit des affaires.

\*\*

### **Présentation de travaux**

***La justice précoloniale en Mauritanie : entre coutume et charia islamique*** (Monsieur B. Ba, Doctorant du Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit, Université Paris Nanterre)

Monsieur Ba traite le thème des modes alternatifs de règlement des conflits d'un point de vue anthropologique, à partir des résultats obtenus lors de ses enquêtes de terrain. Son travail, qui consiste à évaluer la permanence de l'héritage précolonial, rend compte de la place, du rôle, et de la mobilisation, par les justiciables, de la justice cadiale et coutumière dans l'organisation judiciaire contemporaine. Ses travaux tendent à montrer que la justice moderne de type occidental est marginalisée au profit de la justice traditionnelle, mieux adaptée à la réalité socio-culturelle : celle d'un traitement des conflits qui prend en compte l'ensemble des rapports socio-économiques des justiciables, et qui obéit à une logique de dialogue et de pacification, dont la finalité est de restaurer l'harmonie sociale.

Monsieur Boubou Ba prépare, depuis octobre 2015, un doctorat en droit et science politique au sein du Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD) à l'Université Paris Nanterre, sous la direction du Professeur Soazick Kerneis. Sa thèse porte sur *Les modes alternatifs de résolution des litiges en Mauritanie qu'il étudie dans une perspective anthropologique*.

---

## Le regard des historiens du droit

---

---

## La tentation moniste et la réception du modèle juridique occidental en Afrique subsaharienne francophone après 1960

Caroline GAU-CABEE

Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole  
CTHDIP

Les systèmes juridiques des pays francophones d'Afrique subsaharienne sont des systèmes complexes qui se sont constitués sur la base de deux types de droits traditionnels : le droit musulman, dont la pénétration en Afrique est très ancienne, et les coutumes précoloniales, influencées par une ontologie animiste.

Pendant la colonisation, ils subissent une troisième influence, celle du Code civil, que le colonisateur tente d'imposer aux populations autochtones dans le cadre de sa politique d'assimilation. Les autorités coloniales, conscientes de l'abîme qui sépare les deux cultures juridiques (modèle moniste légaliste exogène et modèle pluraliste coutumier endogène) ont fait le choix d'une assimilation progressive, en maintenant sous condition les coutumes dans les champs du droit privé marqués par une forte identité culturelle : la famille et le droit foncier. Cet ordre mixte, conçu sur le modèle d'un pluralisme juridique hégémonique, impliquait une disparité des conditions juridiques pour les ressortissants des colonies puisqu'il était fondé sur la coexistence du droit civil français et des coutumes africaines. Ces coutumes, dénaturées ou censurées au nom des principes de la civilisation, avaient cependant vocation à disparaître.

Lors des indépendances, paradoxalement, l'offensive contre les droits traditionnels s'est accentuée. La décolonisation politique n'a pas entraîné de décolonisation juridique par le biais d'un retour au droit précolonial.

En 1960, les nouveaux États entrent dans une phase d'édification de la Nation au cours de laquelle le droit occidental, dit « moderne », va devenir une stratégie de pouvoir autant qu'un outil de régénération sociale. Faute d'avoir pu entreprendre une réforme profonde et immédiate de leur système juridique, les nouvelles élites de pouvoir reconduisent l'ordre juridique colonial et le principe de la dualité des statuts civil et coutumier pendant une période transitoire plus ou moins longue. Ils « nationalisent le droit existant », selon l'expression de Gérard Conac<sup>1</sup>. Cette reconduction se justifie par un souci de cohérence ; il est en effet difficile de récuser du jour au lendemain l'ensemble du droit en vigueur sans provoquer une confusion inextricable<sup>2</sup>. « La sagesse politique et la raison imposaient que la colonisation ne prît pas fin sans transition sur le plan des institutions juridiques. »<sup>3</sup>

Cette phase est d'ailleurs prévue dans les dispositions constitutionnelles transitoires, qui contiennent généralement une clause de réception du droit antérieur, sous réserve de l'adoption de textes nouveaux : « La législation actuellement en vigueur reste applicable, sauf intervention de textes nouveaux, en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution. »<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », *Dynamiques et finalités des droits africains*, dir. G. CONAC, Paris, Economica, 1980, p. XIV.

<sup>2</sup> R. DEGNI-SEGUI ajoute que cette reconduction ne répond pas seulement à une exigence de cohérence et à la crainte des vides juridiques que pourrait engendrer la politique de la table rase. Elle trouve aussi son fondement, selon lui, « dans les liens de solidarité que la colonisation a tissés entre l'ex puissance dominante et l'ex territoire dépendant, liens concrétisés par la coopération ». Elle n'est enfin que le corollaire du maintien des structures politico-administratives qui ont continué à fonctionner sans rupture avec le passé. (R. DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1 : L'État et le droit, Abidjan-Dakar-Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 454).

<sup>3</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone*, Paris, Pédone, 1974, p. 94.

<sup>4</sup> On retrouve cette clause dans les constitutions de la Côte d'Ivoire, du Dahomey, de la Haute-Volta, du Niger qui sont rédigées sur le même modèle (ils forment à cette époque le Conseil de l'Entente). La Constitution de la République du Sénégal (26 août 1960) et celle de la République islamique de Mauritanie (20 mai 1961) comportent une disposition analogue. Les États qui forment l'Union des Républiques d'Afrique Centrale vont reprendre le même principe : République Centrafricaine (Constitution du 25 novembre 1960 modifiée par la loi du 13 décembre 1960), République du Congo (2 mars 1961), République du Tchad (28 novembre 1960) et enfin la République Gabonaise (21 février 1961) qui n'a pas adhéré à la charte de l'Union, mais a suivi les autres États sur ce point. (G.-A. KOUASSIGAN, *ibid.*, p. 95 note 11).

La question qui se pose à l'aube des indépendances, est donc la suivante : la réception nécessaire du droit colonial pendant la période transitoire annonce-t-elle la réhabilitation des droits traditionnels (dans ce qu'ils ont de compatible avec la nouvelle Afrique) ou leur condamnation par ces nouveaux textes ? Faut-il revenir aux sources originelles des droits africains au nom de l'authenticité, c'est-à-dire du respect de l'identité juridique traditionnelle, ou promouvoir une politique juridique « moderniste » susceptible de servir les impératifs du développement. À moins d'opter pour une troisième voie particulièrement ambitieuse, celle de l'hybridation ou du métissage des droits, qui permettrait de réaliser « l'heureuse symbiose » (Guy-Adjété Kouassigan) des cultures, entre tradition et modernisme. Pierre-François Gonidec nous livre sur ce thème une très belle image qui résume à elle seule ce dilemme de l'Africain écartelé entre deux mondes : « L'ancien, celui du passé dans lequel il s'enracine et nourrit son être, et le moderne, celui d'un avenir meilleur vers lequel tendent toutes ses énergies et dont la réalisation suppose certains abandons. »<sup>5</sup>

En Afrique subsaharienne, la voie de l'authenticité, celle d'un retour au droit précolonial par la rédaction des coutumes, n'a jamais été à l'ordre du jour. Point de *restatement of african law* comme ce fut un temps envisagé pour le Kenya, le Malawi et le Botswana<sup>6</sup>. Succombant à la tentation moniste, les nouveaux États font partout le choix de la modernité en optant pour la codification du droit sur le modèle légaliste « à la française ». L'ampleur du mouvement est considérable et Roger Decottignies (premier doyen de la Faculté de droit de Dakar) n'hésite pas à affirmer, en 1965, que les législateurs africains « viennent en deux ans de faire infiniment plus que les colonisateurs en quelques décennies et l'Islam en plusieurs siècles »<sup>7</sup>.

La flambée des codes embrase cette partie du continent, consacrant le triomphe du droit écrit sur les coutumes dans la plupart des champs du droit, selon des modalités variables (I). Cette option résolument moderniste n'est pas dissociable de certains enjeux qui justifient ce choix, revendiqué et assumé dans le discours des dirigeants, alimenté et relayé par les juristes et les économistes au cours de la première décennie des indépendances (II). Mais les acteurs de cette révolution juridique ont sous-estimé la force d'inertie de la tradition, résistance multiforme qui s'est traduite *de jure* et *de facto* par la persistance d'une normativité plurielle, révélatrice d'une réception très inégale du modèle juridique occidental (III).

## I - Modalités de la codification

Ce mouvement connaît son apogée au cours de la première décennie des indépendances, avec une activité législative et codificatrice particulièrement intense, entre 1960 et 1965. C'est à ce moment-là que se constitue l'essentiel du nouvel arsenal juridique de l'Afrique<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolution et sources*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 1976, p. 278.

<sup>6</sup> Certains pays pensaient pouvoir adopter une codification exclusivement fondée sur le recensement des coutumes. L'exemple le plus ambitieux de cette démarche est le *Restatement of African Law Project* (projet de recension et de reformulation du droit africain) initié par la *School of Oriental and African Studies* de l'Université de Londres, sous la direction du professeur Antony Nicholas Allott. Le projet a été abandonné après la publication de six volumes compilant les coutumes du Kenya, du Malawi et du Botswana. La démarche se heurtait en effet à deux principaux écueils. La diversité coutumière d'abord, qui exigeait soit de privilégier un système par rapport aux autres – en imposant le droit d'une minorité à la majorité – soit d'harmoniser les coutumes en dépit de leurs différences fondamentales et irréductibles (en matière de filiation par exemple), ce qui conduisait inévitablement à leur dénaturation. Le deuxième écueil était un problème de restitution des normes coutumières et donc de traduction. Certains concepts juridiques traditionnels n'ont pas d'équivalent en droit occidental, ni dans les régimes civilistes, ni dans ceux de *Common Law*. Aussi la tentative de traduction était-elle nécessairement vouée à l'échec, en ce qu'elle produisait des approximations substantielles, révélatrices de cette impuissance à restituer la norme sans en trahir le contenu.

<sup>7</sup> R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *Annales africaines*, 1965, p. 258.

<sup>8</sup> L'œuvre de codification est très avancée en matière foncière avec les lois mauritanienne (2 août 1960), guinéenne (29 décembre 1960), malienne (20 février 1961), nigérienne (19 juillet 1961), ivoirienne (20 mars 1963, mais la loi n'a pas été promulguée), gabonaise et centrafricaine (9 janvier 1964), sénégalaise (17 juin 1964), tchadienne (22 juillet 1967). Le droit du travail connaît la même dynamique, avec treize codes dont dix promulgués entre 1960 et 1965 (états précités auxquels il faut ajouter la Haute-Volta, le Congo, le Dahomey, le Zaïre). Pour une vision plus exhaustive du processus de codification à l'échelle de la région : R. DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1 : L'État et le droit, 1982, p.456.

Le mouvement va perdre un peu de vigueur au cours de la décennie suivante (1970-1980). On explique ce ralentissement par l'instabilité politique<sup>9</sup> de la plupart des États africains, qui semblent également en proie au doute quant à l'efficacité de la politique juridique moderniste, en particulier dans les champs du droit privé où – comme nous le verrons – l'emprise des droits traditionnels reste forte<sup>10</sup>. Quoique ralentie, l'activité législative se poursuit par la codification des matières dont le législateur ne s'était pas encore saisi<sup>11</sup> ou par la réforme des textes en vigueur.

Sur l'ensemble de la décennie, le dispositif légal mis en place n'en est pas moins considérable. Tous les États d'Afrique Noire francophone sont concernés, sans pour autant que l'on puisse dégager un processus uniforme.

Certains États sont très « actifs », comme la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Gabon, le Cameroun et dans une moindre mesure le Mali et la Guinée. Ils se distinguent d'abord par la portée de la codification qui couvre l'essentiel du droit privé, du droit pénal et certains domaines du droit public économique<sup>12</sup> ; d'autre part la conception des codes, qui rompt avec la tradition sur la forme et sur le fond, confirme le phénomène de transfert juridique<sup>13</sup>. Dans les autres États, comme le Niger, le Tchad, le Togo, le Bénin, les lois et ordonnances de codification ont été moins nombreuses ou ont couvert des champs plus restreints, notamment en droit de la famille.

Car au-delà du nombre et de la forme des codes, ce qui permet de cerner la politique juridique d'un État, c'est finalement la place qu'il réserve aux droits traditionnels dans ces matières où, plus qu'ailleurs, ils sont le support d'une identité culturelle ; on pense évidemment au droit de la famille et au droit foncier.

Dans chaque pays, le choix s'effectue en fonction de l'idéologie des dirigeants, plus ou moins acquis à la cause moderniste et à ses enjeux, mais aussi en fonction des réalités sociales auxquelles ils sont confrontés et de la force d'inertie ou de résistance des coutumes. Ce choix est par conséquent celui des élites occidentalisées qui l'imposent au peuple, sans jamais l'associer au processus de décision. Si la loi est censée être l'expression de la volonté générale, l'absence de tradition parlementaire solide en fait le produit d'une « oligarchie bureaucratique »<sup>14</sup>, tentée parfois de s'en remettre à l'expertise de juristes étrangers qui font la part belle au droit qu'ils connaissent le mieux, sans vraiment se soucier de l'identité juridique des populations dont ils prétendent exprimer les aspirations et garantir les intérêts<sup>15</sup>.

Rappelons simplement ici que l'identité de la famille dans l'Afrique animiste est celle de la parenté étendue, une communauté lignagère qui regroupe tous les descendants d'un ancêtre commun par les femmes ou par les hommes. Dans ces sociétés holistes, la parenté est le lieu où l'être humain se définit socialement. L'individu n'y a pas d'existence autonome car ses intérêts se fondent dans ceux du groupe de parenté qui détermine, avec les droits et devoirs de chacun, les rangs et les hiérarchies. C'est donc une organisation qui conditionne un mode de vie collectif et solidaire où la notion de droit individuel n'existe pas.

---

<sup>9</sup> Les nouveaux États sont déstabilisés par des mouvements sécessionnistes à caractère ethnique, des rivalités politiques souvent avivées par des compagnies minières étrangères, des guerres civiles. Dans ce contexte, miné par la corruption, c'est la loi du plus fort qui triomphe et avec elle, la dictature.

<sup>10</sup> E. LE ROY, « La vie du droit en Afrique », *Penant*, 1978, p. 316.

<sup>11</sup> C'est le cas de la loi sénégalaise du 12 juin 1972 (Code de la famille), de la loi ivoirienne du 21 décembre 1972 (Code de procédure civile, commerciale et administrative), de la loi zaïroise du 20 juillet 1973 (Code des biens), des ordonnances gabonaises des 23 juillet 1973 et 2 février 1977 (première partie du Code civil et Code de procédure civile) : R. DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *loc. cit.*

<sup>12</sup> Afin de créer un climat favorable aux investissements étrangers, et par conséquent au développement économique, ces États travaillent à l'élaboration de codes d'investissements, de codes forestiers, miniers, pétroliers ; ils codifient le champ des obligations administratives, le droit fiscal et les libertés publiques. (*Ibid.*, p. 464).

<sup>13</sup> À l'instar de Florence Renucci, nous privilégions dans ce contexte cette expression plutôt que celle du « mimétisme juridique ». Sur les raisons de ce choix sémantique, nous renvoyons au développement qu'elle consacre à cette question, dans son dernier ouvrage : « Le mimétisme juridique : un concept à nuancer, une expression à proscrire » (F. RENUCCI, *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*, Paris, Dalloz, 2021, p. 56-59).

<sup>14</sup> G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », *op. cit.*, p. XXIII.

<sup>15</sup> P.-F. GONIDEC, *Les droits africains*, *op. cit.*, p. 41.



Prenons l'exemple du mariage qui est d'abord une alliance lignagère, scellée par le consentement des familles et le versement d'une dot – ou compensation matrimoniale – à la famille de l'épouse. Il est en général polygame et peut être rompu par la répudiation. Pendant la colonisation, le législateur français est intervenu, tardivement et timidement, pour censurer certaines dispositions coutumières en droit du mariage. Mais ces réformes, portées par les décrets Mandel (15 juin 1939) et Jacquinet (14 septembre 1951)<sup>16</sup>, se sont heurtées à la force d'inertie des coutumes et n'ont guère été suivies d'effet.

Pourtant, à la fin de l'époque coloniale, l'Afrique n'est plus figée dans ses traditions. L'héritage des ancêtres est reçu sous bénéfice d'inventaire dans certains milieux où les valeurs individualistes gagnent du terrain. Le lignage se désagrège, sous l'effet combiné de multiples facteurs économiques et sociaux<sup>17</sup> qui poussent les jeunes générations à s'émanciper pour échapper à l'emprise du groupe<sup>18</sup>.

Ayant pris acte de cette réalité, qui ne concerne pourtant qu'une minorité urbaine, le législateur africain a décidé de promouvoir ce nouveau modèle social, qui répond aux canons de la modernité et du développement, en s'attaquant à la famille africaine. L'État le plus radical et le plus intransigeant est incontestablement la Côte d'Ivoire, qui s'est intégralement délestée de l'héritage du passé en promulguant les lois civiles de 1964 portant réforme du droit de la famille. Le dispositif précise en effet qu'à compter du jour où ces lois seront devenues exécutoires, « les coutumes antérieurement applicables cesseront d'avoir effet dans les matières qui sont l'objet desdites lois »<sup>19</sup>. Un an avant cette promulgation, le président de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, Alphonse Boni, défend une politique de rupture : « La loi ne va pas être la codification des usages de la coutume. Elle va substituer un droit nouveau à celui antérieurement admis. [...] C'est par un effort soutenu de tous côtés que la force de la loi entrera dans les mœurs. »<sup>20</sup>

Ainsi voit-on disparaître le mariage coutumier au profit du mariage civil célébré par un officier d'état civil suivant les formes et procédures empruntées au droit français ; les consentements personnels des futurs époux se substituent aux consentements familiaux ; le mariage monogamique est imposé (la Côte d'Ivoire est le premier pays à avoir aboli la polygamie) ; la famille ivoirienne devient nucléaire sur le modèle occidental, la répudiation est interdite et la dot abolie. Le Gabon n'est pas allé aussi loin dans la politique de la table rase. Tout en empruntant de nombreuses dispositions au code ivoirien dans la première partie du Code civil adoptée par la loi du 29 juillet 1972 (laïcisation du mariage, consentement personnel au mariage, interdiction de la répudiation, abolition de la dot), il maintient la polygamie en consacrant le principe de l'option, reléguant toutefois cette dernière au rang d'exception alors que la monogamie devient le principe.

Dans les autres États de la région, le législateur est intervenu de manière partielle (en interdisant la répudiation et les consentements familiaux) mais dans la plupart des États, des institutions comme le mariage coutumier, la dot et la polygamie ont été reconduites – tout en étant encadrées – en attendant que les mutations de la société ne les condamnent à plus ou moins long terme, ce qui fait dire à Guy-Adjété Kouassigan que, pour les États les plus conciliants, il s'agissait de « concessions provisoires à la force de résistance des mœurs et de la tradition »<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Le décret Mandel réglait l'âge de la nuptialité et rappelait la nécessité du consentement de la femme ; le décret Jacquinet limitait le montant de la dot, sans la supprimer, et autorisait le mari à souscrire, lors du mariage, un engagement de monogamie.

<sup>17</sup> L'urbanisation, le développement de la scolarisation, la substitution d'une économie monétaire à une économie d'échanges constituent, à ce titre, des facteurs déterminants.

<sup>18</sup> Ces mutations sociales affectent profondément les structures familiales ainsi que les modes d'appropriation, de gestion et de dévolution des biens. Les solidarités traditionnelles se brisent du fait de la monétarisation des échanges, de l'extension du régime du salariat, de la diffusion de la propriété individuelle et du contrat. (G. LEDUC, « Structures familiales et développement éco en Afrique intertropicale », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1967, p. 144-145).

<sup>19</sup> Loi n° 64-381 du 7 octobre 1964 relative aux dispositions diverses applicables aux matières régies par les lois sur le nom, l'état civil, le mariage, le divorce et la séparation de corps, la paternité et la filiation, l'adoption, les successions, les donations entre vifs et les testaments (chapitre premier, article 1, alinéa 2).

<sup>20</sup> A. BONI, « La mise en pratique des lois dans les nations en voie de développement », *Penant*, 1963, p. 450 et 454.

<sup>21</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 270.

En matière foncière, les indépendances ont été suivies d'une mutation non moins radicale, dans la mesure où le législateur, contraint par les impératifs du développement, a sacrifié les coutumes lignagères fondées sur une forme d'appropriation et d'exploitation collectives, combinant les maîtrises sur l'usage ou les produits du sol. Ces droits collectifs sur la terre, considérée comme un patrimoine sacré et inaliénable, ont été supprimés à partir du moment où celle-ci est devenue le bien de la Nation. On notera cependant que les réformes foncières s'éloignent du modèle civiliste de la propriété, lorsque l'attribution des droits fonciers, à titre individuel ou collectif, dépend de l'occupation effective et d'une mise en valeur rationnelle au titre des critères de l'acquisition et du maintien des droits. Cette exigence d'occupation et de mise en valeur qui constituait le fondement de l'appropriation coutumière, s'inspire de la tradition, mais les acteurs ont changé : l'État s'est substitué au maître de la terre et les nouveaux détenteurs ne sont plus les communautés lignagères mais des particuliers ou des groupements auxquels on adhère librement. Si le législateur s'inspire de la tradition, le nouveau droit foncier n'en poursuit pas moins la « faillite des droits coutumiers »<sup>22</sup>.

Cette condamnation, immédiate ou progressive, des droits traditionnels n'est pas dissociable de certains enjeux qui s'expriment dans des discours résolument modernistes, où l'on insiste sur les motifs d'un tel choix.

## II - Enjeux de l'uniformisation du droit sur le modèle occidental

L'État africain a désormais vocation à se construire sur le modèle de l'État Nation, démocratique, unitaire, centralisateur et tout doit être mis en œuvre, sur le plan juridique, économique, politique, afin de servir une seule ambition : le développement. « L'idéologie du développement a pris la relève de l'idéologie civilisatrice »<sup>23</sup>, écrit Raymond Verdier, ce qui doit conduire au triomphe de la loi, comme instrument privilégié de gouvernement au service de cette ambition. Les droits traditionnels, perçus comme une entrave au développement, sont donc supprimés ou marginalisés dans le nouvel ordre juridique. En tout état de cause, ils ont vocation à s'éteindre. Ce sont, selon les propres mots de Pierre-François Gonidec « des morts en sursis »<sup>24</sup>. Cette idéologie du développement, qui fonde le choix du modèle moniste légaliste, peut être précisée et saisie par le biais de ses enjeux qui sont d'ordre politique, économique, juridique.

Politiquement, la codification permet de réaliser deux objectifs : asseoir le pouvoir des nouveaux dirigeants et réaliser l'unité nationale.

Dans un système moniste, c'est l'État qui détient le monopole de la création du droit. La loi devient un instrument de souveraineté et de domination pour les nouvelles élites au pouvoir en ce qu'elle impose une nouvelle logique institutionnelle, de nouvelles obédiences, de nouvelles sujétions juridiques et politiques : les individus sont désormais sujets du même droit, garanti par l'État. Ils sont donc placés sous l'autorité et la protection de ce dernier, sans la médiation du groupe.

D'autre part, la codification est perçue comme le moyen de parvenir à l'unité nationale en diluant des identités juridiques – et donc culturelles – multiples au sein d'une identité nationale. Un peuple uni dans un État unifié suppose de renoncer au pluralisme sociologique, ethnique, géographique et à son corollaire, le pluralisme juridique. Gérard Conac rappelle à cet égard que « la logique de la construction nationale est en contradiction avec les diversités et cloisonnements ethniques dont le maintien peut seul sauvegarder l'intégrité des droits coutumiers »<sup>25</sup>.

La réalisation de cette unité est une priorité du nouvel État africain qui veut mettre un terme aux divisions

---

<sup>22</sup> A. KEITA, « Au détour des pratiques foncières à Bancoumana », *Le droit en Afrique. Expériences locales au mali et droit étatique*, dir. G. HESSELING, M. DJIRE, B. OOMEN, Paris, Karthala, 2005, p. 92.

<sup>23</sup> R. VERDIER, « Coutume et loi dans le droit parental et foncier (Afrique de l'ouest francophone) », *Dynamiques et finalités des droits africains*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>24</sup> P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolution et sources*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 1976, p. 271.

<sup>25</sup> G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », *op. cit.*, p. XXIV.

ethniques et aux tensions qu'elles suscitent. En proclamant l'unité et l'indivisibilité de la Nation, ces États condamnent toute forme de particularisme ; un principe repris par la plupart des constitutions qui sanctionnent les discriminations fondées sur la race, l'ethnie, la religion<sup>26</sup>. Le droit codifié devient un élément d'intégration nationale, un ferment d'unité, alors que la coutume divise. À cet égard, la promotion d'un droit étranger comme droit commun évite d'avoir à choisir et à imposer la norme d'un clan aux dépens des autres. Alphonse Boni défend cette position en 1963 : « Quel que soit le choix, à propos de chaque matière, les quatre sur cinq de la population se verront appliquer une règle de droit qui leur est aussi étrangère que le serait la loi française ou la loi italienne. Alors, pourquoi se priver des avantages d'une législation moderne, surtout que dans le cas d'une option pour cette législation, aucun clan, aucune tribu ne pourra se vanter d'avoir imposé sa loi. »<sup>27</sup>

Le recours au droit « moderne » s'impose également pour des raisons économiques. Les droits traditionnels sont en effet perçus comme une entrave au progrès et au développement économique, qui constitue l'autre priorité des dirigeants africains au lendemain de l'indépendance. Examinons sur ce point l'argumentaire des « modernistes ».

La coutume ignore l'individualisation des liens juridiques et des patrimoines, les exigences de l'économie de marché et les outils contractuels nécessaires à ce type d'échanges, pour que soient assurées la sécurité et la rapidité des transactions. D'autre part, les structures de parenté et le droit de la famille freinent la mobilité sociale<sup>28</sup> et celle des capitaux, donc la multiplication des échanges susceptible de stimuler l'économie. Prenons l'exemple de la dot. Depuis la fin de la guerre, elle représente un investissement excessif et improductif. Les fonctions traditionnelles de cette compensation matrimoniale (support et preuve de l'alliance, acte compensatoire et de légitimation du mariage) ont été dévoyées avec la monétisation des échanges. Elle est devenue un prix, souvent exorbitant, qui déchaîne d'odieuses spéculations sur le marché des filles. Une circulaire d'application du Code malien de 1962 condamne fermement ce « maquignonage matrimonial »<sup>29</sup>. Au-delà des conséquences sociales désastreuses de telles pratiques<sup>30</sup>, cette dot exorbitante ne crée pas de richesse, car elle n'a pas vocation à être investie autrement que dans les alliances matrimoniales, soit pour sceller une nouvelle union, soit pour être restituée en cas de rupture des liens conjugaux. Enfin, les modes traditionnels d'appropriation et d'exploitation du sol ne servent pas les exigences de rendement agricole.

Ce rejet de la tradition est d'ailleurs cautionné par certains experts occidentaux, lorsqu'ils sont sollicités pour participer à l'élaboration du droit nouveau. L'expertise du Professeur René David, spécialiste

---

<sup>26</sup> De nombreuses mesures constitutionnelles et pénales répriment sévèrement les comportements identitaires incitant à la haine raciale ou revendiquant une appartenance ethnique. L'article 6, alinéa 2 de la Constitution ivoirienne du 3 novembre 1960 dispose que « toute propagande particulariste de caractère racial ou ethnique, toute manifestation de discrimination raciale sont punies par la loi. » En application de cette disposition, la loi du 12 mai 1962, complétant les dispositions de l'article 311 du Code pénal, prescrit : « Quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intégrité de la tête ou du cou d'une personne, notamment au moyen de scarifications, tatouages indélébiles, limages des dents, ou par tout autre procédé de nature à caractériser l'appartenance de cette personne à une ethnie déterminée, sera puni d'un emprisonnement de six à douze mois et d'une amende de 50 000 à 500 000 francs ou de l'une de ces peines seulement. » On retrouve des dispositions analogues dans les constitutions du Gabon, du Mali et l'on pourrait ainsi multiplier les exemples. (R.DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *op. cit.*, p. 467).

<sup>27</sup> Cité par A. PAPACHRISTOS, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975, p. 61-62.

<sup>28</sup> La combinaison de la dot et de la polygamie constitue un frein au progrès social car elles maintiennent ou creusent les inégalités sociales. La dot représente un investissement très lourd ; il faut des années de labeur pour accumuler le montant exigé. C'est un capital immobilisé et improductif, puisqu'en général il est réinvesti par la famille qui le perçoit pour sceller une nouvelle union. Il y a donc quelques individus riches qui peuvent se marier sans s'appauvrir, et les autres qui économisent pour la dot, ce qui entrave leur ascension sociale ; au mieux, ils ne s'enrichissent pas, au pire, ils s'appauvrissent. (M. DUMETZ, *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, Paris, 1975, p. 74).

<sup>29</sup> Circulaire n° 885 du 25 juillet 1962 prise pour l'application du Code malien du mariage et de la tutelle (Loi malienne 62-17 du 3 février 1962) qui entend « supprimer le maquignonage matrimonial, source d'incitation à la débauche, d'instabilité dans la plupart des unions, d'effritement de la collectivité familiale, de recrudescence du péril vénérien ». (Citée par R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *op. cit.*, p. 262).

<sup>30</sup> Sur le thème du dévoiement de la dot : R. DECOTTIGNIES, *ibid.*, p. 260-261 ; H. SOLUS, « Le problème actuel de la dot en Afrique Noire », *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1950, p. 453 et s. ; A. CABANIS, « Le statut de la dot coutumière à l'épreuve de la colonisation. Contribution à une théorie des ruptures et des continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne », *Droit béninois*, n° 2 / 2013 : La dot et le mariage en Afrique, p. 46-49.

français de droit comparé, a ainsi été requise lors de la rédaction d'un avant-projet de Code civil pour l'Éthiopie, en 1960. Dans un article qui relate cette expérience, il écrit à propos de la coutume : « [elle] est la cause du niveau extrêmement bas où est restée la société africaine ; elle est la cause du sous-développement sous toutes ses formes. »<sup>31</sup> Notons cependant que pour René David, cela ne doit pas nécessairement conduire à l'écrasement des coutumes ; son positionnement est plus nuancé, quoique toujours conditionné par l'idéologie du développement<sup>32</sup>. Les autorités africaines, influencées par ces thèses ethnocentristes, ont finalement adhéré à l'idée d'un « droit du sous-développement » qu'il fallait éliminer ou neutraliser avec les armes du légalisme à l'occidentale.

La décennie 1960-1970 coïncide d'ailleurs avec l'apparition d'une doctrine, portée par les économistes et relayée par les juristes, qui défend la thèse d'un « droit du développement ». Les colloques et les publications sur ce thème alimentent une abondante littérature scientifique, qui stigmatise les coutumes rétrogrades et dénonce leur incompatibilité avec les exigences d'une économie moderne dans les pays sous-développés. Extraits choisis : « Les structures traditionnelles de parenté constituent encore, en l'état actuel d'une évolution inachevée, des éléments de résistance aux progrès économiques souhaités. [...] Les sociétés africaines devront modifier leurs structures familiales si elles veulent réaliser un processus prolongé et durable de croissance économique. [...] Il semble aujourd'hui prouvé que le type familial le plus conforme aux exigences du développement économique, à base d'industrialisation et d'urbanisation, est celui que présente le ménage monogamique à filiation patrilinéaire, constitué par le libre choix des époux et sans exigence, autre que symbolique, d'une dot. »<sup>33</sup> Pour les économistes, seule la destruction de la famille traditionnelle permettra de surmonter les obstacles au développement, particulièrement dans le domaine agricole<sup>34</sup>.

Enfin, au-delà des motifs politiques et économiques, il y a bien sûr un enjeu juridique. En optant pour un droit codifié, ces États font clairement le choix du monisme juridique. Ils renoncent au pluralisme coutumier et à l'insécurité qu'il engendre, en unifiant leur droit sur la base d'une seule source, la loi, dont ils vantent les vertus. Un droit écrit, clair, accessible, ordonné, rationnel ne peut que supplanter des coutumes orales, imprécises, insaisissables fondées sur des représentations religieuses, mythiques et ontologiques. Les discours sont pétris d'ethnocentrisme. En 1966, dans sa « prière pour un Code civil », le magistrat togolais Louis Atsu-Koffi Amega affiche son mépris des coutumes : « Nos États ont opté, dans toutes leurs institutions, pour *le jus scriptum* parce que sa fixité le rend supérieur à la coutume qui, elle, est changeante et dépend de la fidélité des souvenirs des peuples autant que de leurs fantasques imageries. »<sup>35</sup>

<sup>31</sup> R. DAVID, « La refonte du Code civil dans les États africains, *Annales africaines*, 1963, p. 161.

<sup>32</sup> Faut-il pour autant le ranger parmi les universitaires « défenseurs des coutumes », au même titre que Roger Decottignies, Jean Chabas, Étienne Le Roy et Michel Alliot ? (F. RENUCCI, *op.cit.*, p. 73-74) La question se pose dès lors que, dans une perspective évolutionniste, il en évalue la charge sclérosante pour les récuser (« Si la société est telle qu'une révolution s'impose pour qu'elle parvienne à un état de développement satisfaisant, les coutumes ne peuvent lui servir de base. » : R. DAVID, *op. cit.*, p. 162), et qu'à l'inverse, il valide celles qui n'entravent pas le développement d'une société (« Si cette société est dans un état satisfaisant, le Code sera naturellement fondé sur les coutumes » : *ibid.*). En d'autres termes, « il faut résolument combattre le droit coutumier et le faire disparaître [lorsqu'] il fait obstacle à une transformation nécessaire de la société ». (*Ibid.*)

<sup>33</sup> G. LEDUC, « Structures familiales et développement économique en Afrique intertropicale », *op. cit.*, p. 137 ; 141 ; 144-145. Dans le même sens : R. GRANGER, « Pour un droit du développement dans les pays sous-développés », *Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris, Dalloz, 1961, p. 47-69. Au titre des manifestations scientifiques et publications collectives, on mentionnera le colloque des facultés de droit qui s'est tenu à Dakar en mai 1962 sur le thème *Développement économique et évolution juridique*, avec une deuxième partie consacrée au « Droit du développement », dont les actes ont été publiés dans le premier numéro des *Annales africaines*, et les travaux réunis par l'Association internationale des sciences juridiques à la requête de l'UNESCO, coordonnés par André Tunc et publiés en 1966 sous le titre *Les aspects juridiques du développement économique*.

<sup>34</sup> S. AMIN, *Trois expériences africaines de développement : Le mali, La Guinée, le Ghana*, Études Tiers-Monde, PUF, 1965, Introduction, p. 32.

Samir Amin (professeur à l'Institut africain de développement économique et de planification à Dakar) explique, dans la conclusion de son ouvrage, que « ce qu'il faut faire pour permettre le progrès de l'agriculture c'est, non pas "éduquer les paysans" dans le cadre traditionnel de la famille, mais briser cette famille et ses traditions ». Il ne s'agit pas de « créer des coopératives illusoires et formelles, mais [de] développer l'individualisme, [de] libérer l'individu du carcan de la tradition. » (*Ibid.*, Conclusion, p. 231-232).

<sup>35</sup> L. A.-K. AMEGA, « Prière pour un Code civil », *Penant*, 1966, p. 282.

Cette unification du droit, faut-il le rappeler, est aussi réalisée au nom du principe constitutionnel d'égalité civile. La dualité de statuts, en vigueur pendant la colonisation, puis maintenue à titre transitoire dans certains États, est désormais considérée comme discriminatoire. Le droit codifié met donc un terme à ces inégalités statutaires<sup>36</sup>. Et Atsu-Koffi Amega de poursuivre, dans un style très révolutionnaire : « Nous nous réjouissons de voir s'ériger bientôt une telle œuvre dans notre pays, qui marquera l'an un de la victoire du droit civil commun unifié sur l'actuelle multitude des statuts personnels. »<sup>37</sup>

Ce choix de la modernité et de l'uniformité imposées dans des sociétés fondamentalement pluralistes attachées à leurs traditions s'est heurté à des résistances, obligeant les acteurs du processus réformateur à se poser la question de la réception. Confrontés à l'ineffectivité du droit nouveau, ils allaient devoir tempérer les ambitions du modernisme.

### III – Réception inégale : l'écueil du droit de la famille et du droit foncier

À la faveur des premiers bilans, la politique juridique moderniste révèle ses failles. C'est à la fin des années 60 et surtout au cours de la décennie suivante que tous, dirigeants et juristes, se saisissent du problème de la réception, question névralgique indissociable du grand chantier du renouvellement des droits africains par la voie du compromis.

La fin de cette première décennie des indépendances est marquée par une prise de conscience qui va profondément modifier la réflexion des juristes africains et des africanistes sur la codification. L'analyse des discours, au cœur de ce moment décisif, révèle un débat passionné et particulièrement stimulant pour quiconque s'intéresse à l'histoire et à la théorie du droit. Il faut, sur cette question, relire le texte remarquable de Jean Hilaire qui consacre la troisième partie de ses « Variations sur le mariage »<sup>38</sup> à ce temps de la réflexion.

Bien que l'hostilité affichée des magistrats africains à l'égard des coutumes reste vive – elles sont rétrogrades, anachroniques, malfaisantes, étouffantes – ils n'en sont pas moins conscients que la réception des lois radicales promulguées depuis 1963 pose de sérieux problèmes. « Si les coutumes sont dépassées, les principes du droit moderne ne sont pas davantage adaptés à l'état actuel de la société. »<sup>39</sup> La réception du droit nouveau se heurte en effet à des obstacles techniques – comme la défaillance de l'état civil, la langue véhiculaire, l'inaccessibilité du droit au plus grand nombre faute de supports et de relais de diffusion<sup>40</sup> – et à des résistances culturelles. Les chefferies traditionnelles, qui pratiquent la conciliation et appliquent les coutumes, continuent de soustraire les justiciables à la compétence des juridictions contentieuses (modernes ou coutumières) et donc à l'emprise de l'État. On constate par ailleurs que la législation nouvelle peine à s'insinuer dans la vie des populations, toutes générations confondues. Les anciens comme les plus jeunes se réfèrent à la coutume et l'appliquent dans des situations codifiées, ce qui se traduit par la résurgence d'un droit « vécu », caché, officieux. Le constat est unanime et l'on pourrait multiplier les occurrences à ce sujet<sup>41</sup>. Pierre-François Gonidec l'écrit, lui

<sup>36</sup> « Leur diversité [les coutumes] allait à l'encontre des principes affirmés par la Constitution : elles ne respectaient pas l'égalité des citoyens devant la loi. » (H. RAULIN, « Le droit des personnes et de la famille en Côte d'Ivoire », *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, dir. K. M'BAYE, Études préparées à la requête de l'Unesco, Paris, Larose, 1968, [en ligne], p. 2 . [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : [https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins\\_textes/pleins\\_textes\\_5/b\\_fdi\\_20-21/28201.pdf](https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/pleins_textes_5/b_fdi_20-21/28201.pdf))

<sup>37</sup> L. A.-K. AMEGA, *op. cit.* p. 276.

<sup>38</sup> J. HILAIRE, « Variations sur le mariage. À propos de la codification en Afrique Noire », *Penant*, 1968, p. 147-193.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>40</sup> Ces faiblesses ont été identifiées très tôt par les économistes. Roger Granger déplore en 1964 que « le procédé juridique de la publication officielle des lois [ne soit] pas doublé par un ensemble de réseaux de communication techniques et sociologiques qui [permette] de porter effectivement ces règles nouvelles à la connaissance de ceux qui doivent les appliquer. » (« Problèmes d'application du droit moderne dans les pays en voie de développement », Actes du colloque de droit malgache des 15-21 octobre 1964, [en ligne], p. 114-118. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : [http://madarevues.recherches.gov.mg/IMG/pdf/anal-droit2\\_5\\_.pdf](http://madarevues.recherches.gov.mg/IMG/pdf/anal-droit2_5_.pdf))

<sup>41</sup> « Dans un pays comme le nôtre, à majorité analphabète, la loi agit davantage comme un idéal à atteindre que comme un instrument de transformation immédiate de l'ordre juridique. À côté de la loi moderne c'est-à-dire celle de l'État et des

aussi, dans la première édition de son ouvrage sur les droits africains en 1968 : « Les populations sont tentées de vivre en marge du droit, et il y a, à côté du droit officiel, du droit légiféré, un droit officieux, plus ou moins clandestin, mais vécu quotidiennement. »<sup>42</sup>

La réalité socio-culturelle, certes évolutive, n'est pas en adéquation avec le droit officiel parce que la coutume reste le support d'une identité, juridique et culturelle. Aussi, la substitution de droit, non consentie par les populations, est-elle vécue comme une aliénation identitaire brutale, qui engendre logiquement un phénomène de résistance. Le droit exogène est incompris : ses destinataires sont étrangers au langage, à la logique et au fond de ces normes qui s'appuient sur d'autres représentations que les leurs<sup>43</sup>. Indifférent à leur vision du monde, à leurs pratiques religieuses, il est profondément inadapté à la mentalité traditionnelle. La conséquence logique de ce rejet culturel est que la législation « moderne » demeure virtuelle pour la majorité de ses destinataires. Cette concurrence des ordres juridiques, formel et informel, est au cœur d'une abondante littérature juridique qui se nourrit de la question existentielle posée par Guy-Adjété Kouassigan, dans un magnifique ouvrage qu'il intitule *Quelle est ma loi ?*

« La valeur d'une règle de droit », écrit-il, « ne dépend pas seulement de sa perfection technique formelle mais surtout de son adéquation au réel. [...] L'adoption en Afrique Noire des institutions juridiques occidentales n'a de sens qu'autant que les conditions qui ont provoqué leur avènement se trouvent préalablement réunies. Ce préalable est indispensable. En dehors de lui, la perfection technique peut conduire à la régression du droit. Sur ce point le risque est évident, d'abord de voir se développer ce que l'on appelle le droit sociologique, celui que le peuple spontanément se donne [...] ensuite de voir le nouveau droit inaccessible au peuple, qui n'y voit pas l'ordre qu'il considère comme juste, devenir le "statut particulier" d'une minorité qui ne conçoit le progrès que dans l'adoption des institutions européennes et dans l'évasion des structures traditionnelles. »<sup>44</sup>

Ce phénomène contribue à créer une situation de pluralisme juridique « vécu » qui inflige un cruel désaveu à la version radicale du modernisme juridique. Il faut donc repenser le processus de modernisation du droit et les modalités de la codification. Ainsi voit-on évoluer la sémantique des discours : à la mutation intransigeante et rigide du droit on propose de substituer une « méthode empirique et patiente »<sup>45</sup> au service de l'hybridation des normes. La pensée juridique africaine est en train d'évoluer, elle se dépolitise, tempère les ambitions initiales et commence à envisager une voie médiane : celle d'un droit transactionnel. En 1967, lors du deuxième congrès de l'IDEF (Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises) à Lomé<sup>46</sup>, Alexandre Ohin, membre du Comité de Réconciliation Nationale Togolais, chargé de la santé et de la justice, constate que « si certaines coutumes anachroniques sont encore pratiquées, la plupart présentent des traits généraux et constants qui pourront guider le législateur dans ses futures options » ; il est à cet égard convaincu qu'entre « l'abolition révolutionnaire du droit coutumier et un conservatisme dépassé, il y a place pour une solution progressiste qui consiste à éliminer les coutumes rétrogrades et désuètes pour conserver les aspects essentiels et positifs du droit coutumier afin de les introduire dans le futur code »<sup>47</sup>. Cette opinion est partagée par de nombreux juristes africains. Mais une telle démarche transactionnelle, au service

---

tribunaux de droit commun, il est probable que nous conserverons longtemps encore un droit sociologique des populations. » (M. N'DIR, « Réflexions sur le mariage et le divorce en pays musulman », *Afrique Documents*, n° 83, 1965, p. 258, cité par J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 181).

<sup>42</sup> P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Evolution et sources*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, LGDJ, 1968, p. 276.

<sup>43</sup> « Les institutions traduisent la vision du monde partagée par l'ensemble des membres de la société qu'elles sont censées régir. Or, le droit moderne et les institutions d'inspiration occidentale n'ayant rien de commun avec les systèmes de croyance animistes souffrent d'un déficit de légitimité nécessaire à leur assurer l'adhésion des populations africaines. » (C. KUYU, *Parenté et famille dans les cultures africaines*, Paris, Karthala, 2005, p. 92).

<sup>44</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? op. cit.*, p. 290.

<sup>45</sup> J. HILAIRE, « Variations sur le mariage », *op. cit.*, p. 180.

<sup>46</sup> Créé en 1964, l'IDEF consacre son premier congrès à *L'adaptation du droit coutumier aux techniques juridiques occidentales* (travaux publiés dans la *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1966/1) ; le deuxième a eu lieu en janvier 1967, à Lomé, réunissant 53 juristes de 16 pays sur le thème de la famille (*ibid.*, 1967/1).

<sup>47</sup> A. OHIN, « Discours », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1967/1, p. 14-15.

d'un processus de réformation original, est une entreprise laborieuse qui s'inscrit dans le temps long. La solution de facilité – celle du transfert de droit – est définitivement abandonnée, et les États qui n'ont pas encore codifié leur droit civil vont opter pour cette voie médiane. « On ne peut supprimer d'un trait de plume le passé » écrivait Michel Alliot en 1964. Il faut néanmoins faire des choix, et la principale difficulté consiste à réaliser un inventaire des coutumes appliquées, à partir de questionnaires, afin de dégager un « droit commun coutumier » compatible avec les exigences du développement et susceptible par conséquent d'être reconnu et sanctionné par l'État.

Si les méthodes d'élaboration et les solutions retenues diffèrent en fonction des États, tous les Codes promulgués après 1970 sont le fruit d'une longue procédure transactionnelle qui tente le pari audacieux de l'hybridation juridique.

La technique la plus répandue consiste à élaborer un droit écrit d'application générale sous forme de lois ou de codes, dans lequel certains champs du droit relèvent du système des options. On y retrouve donc, à côté des règles communes, une forme de pluralisme<sup>48</sup>, lorsque dans un domaine particulier le sujet de droit est libre de choisir entre deux régimes : civil ou coutumier. La méthode de l'option de droit a été souvent utilisée en droit du mariage et des successions ; le mariage, par exemple, est régi par des règles générales qui réservent une possibilité d'option sur les conditions de forme, la dot et le caractère monogamique ou polygamique de l'union. Cette méthode a été mise en œuvre au Sénégal (Code de la famille du 12 juin 1972), au Togo (Code des personnes et de la famille du 31 janvier 1980), au Gabon (Code civil du 30 décembre 1989). Pour en savoir plus sur la procédure d'élaboration du code sénégalais et sur son contenu, nous renvoyons aux articles de Kéba M'Baye et Serge Guinchard, très complets sur le sujet<sup>49</sup>.

La seconde technique, moins fréquente, est celle d'un ordre juridique complètement unifié, sans options de droit. Le compromis consiste alors à réintroduire officiellement certaines dispositions coutumières dans une codification métissée, conçue sur le modèle moniste. C'est au pays de l'authenticité<sup>50</sup> que l'on retrouve un modèle du genre avec le Code congolais de la famille du 1<sup>er</sup> août 1987<sup>51</sup>, qui a finalement vu le jour après de longues années de réflexion. Là encore, on pourra lire avec profit le texte de Bayona Ba Meyya Muna Kimvimba, premier président de la cour suprême du Zaïre, qui revient avec précision sur les modalités de cette politique juridique transactionnelle<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> « On rétablissait ainsi, mais par l'autorité d'un même code et dans le respect de certaines règles communes, une sorte de dualisme juridique ». (P. LAMPUE, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », *Dynamiques et finalités des droits africains*, op. cit., p. 25).

<sup>49</sup> K. M'BAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970/1, [en ligne], p. 35-42. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1970\\_num\\_22\\_1\\_17599](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_1_17599) ; S. GUINCHARD, « Réflexions critiques sur les orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant*, 1978/2, p. 175-204.

<sup>50</sup> La doctrine africaine de l'authenticité, en tant que philosophie politique, apparaît pour la première fois au Zaïre, portée par le Général Mobutu, au début des années 70. Il la définit dans un discours prononcé à la tribune des Nations Unies le 4 octobre 1973, dont voici un extrait :

« L'authenticité est une prise de conscience du peuple zaïrois de recourir à ses sources propres, de rechercher les valeurs de ses ancêtres, afin d'en apprécier celles qui contribuent à son développement harmonieux et naturel. C'est le refus du peuple zaïrois d'épouser aveuglément les idéologies importées. C'est l'affirmation de l'homme zaïrois ou de l'homme tout court, là où il est, tel qu'il est, avec ses structures mentales et sociales propres. Le recours à l'authenticité n'est pas un nationalisme étroit, un retour aveugle au passé, mais il est, au contraire, un instrument de paix entre les nations, une condition d'existence entre les peuples, une plate-forme pour la coopération entre les États. Car l'authenticité est non seulement une connaissance approfondie de sa propre culture, mais aussi un respect du patrimoine culturel d'autrui. » (« Allocution du général Mobutu Sese Seko, président de la République du Zaïre », Nations Unies, Assemblée générale, 28<sup>e</sup> session, Séances plénières, Documents officiels, 4 octobre 1973, p. 10, n° 101).

Sur ce thème de l'authenticité, voir également : BAYONA BA MEYIA MUNA KIMVIMBA, « Le recours à l'authenticité dans la réforme du droit au Zaïre », *Dynamiques et finalités des droits africains*, op. cit., p. 229-257 ; B. BOKOLOMBE, *L'influence du modèle juridique français en Afrique. Cas de la réception de Code civil en République démocratique du Congo*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 453-470 ; M. KAKAMA, « "Authenticité", un système lexical dans le discours politique au Zaïre », *Mots. Les langages du politique*, n° 6, 1983/1, [en ligne], p. 31-58. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : [https://www.persee.fr/doc/mots\\_0243-6450\\_1983\\_num\\_6\\_1\\_1095](https://www.persee.fr/doc/mots_0243-6450_1983_num_6_1_1095)

<sup>51</sup> Loi n° 87.010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille.

<sup>52</sup> BAYONA BA MEYIA MUNA KIMVIMBA, « Le recours à l'authenticité dans la réforme du droit au Zaïre », *loc. cit.*

Ces expériences originales nous montrent que le droit étatique n'est pas forcément l'ennemi de la tradition, lorsqu'il devient le support d'un droit transactionnel, pensé et formalisé selon deux modèles différents : un système moniste égalitaire inspiré par les deux cultures, ou un système dualiste rétabli *par l'autorité du code* dans certains champs du droit. La plupart des États sont ainsi parvenus « à faire leurs parts respectives à la nécessité de l'évolution et au maintien de ce qui reste vivant dans la tradition »<sup>53</sup>.

Ces réformes ont-elles pour autant réalisé l'heureuse symbiose, entre « tradition et modernisme », et produit un droit authentiquement africain, qui serait devenu le support d'une identité culturelle dans laquelle tous les sujets de droit sont susceptibles de se reconnaître ?

Si l'effort d'authenticité est indéniable, ces nouvelles codifications n'ont pas complètement résolu le problème de l'effectivité du droit édicté. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir la production scientifique, juridique et anthropologique, sur les droits africains depuis les années 90. Le thème des résistances au droit positif et de la permanence d'une juridicité informelle y occupe en effet une place centrale. Il s'agit en l'occurrence d'une réalité multiforme qui ne se limite pas à la survivance d'anciennes coutumes (notamment dans les pays où celles-ci ont été abrogées, comme la Côte d'Ivoire, qui constitue à cet égard un champ d'investigation privilégié<sup>54</sup>) ; la résistance se manifeste aussi par la mise en œuvre d'un droit populaire, spontané, adapté aux institutions nouvelles et néanmoins inspiré par la logique (et non le contenu) des droits africains<sup>55</sup>. De telles pratiques informelles, qui ne sont plus réductibles à l'opposition loi/coutume, modernité/tradition, mobilisent des réseaux normatifs de substitution beaucoup plus complexes, qui s'inscrivent dans la construction d'une modernité alternative à celle définie par l'État.

En République démocratique du Congo, le professeur Kuyu a travaillé sur ces pratiques alternatives qui se situent dans « la logique de l'entre-deux », celle d'une vision endogène et plurielle de la société, mais adaptée aux contraintes des sociétés modernes. Ce sont par exemple, en milieu urbain, des structures parentales alternatives à la famille nucléaire qui se développent, inspirées de cette logique traditionnelle, au sein d'une vie néo-communautaire où d'autres éléments que le sang sont valorisés<sup>56</sup> ; ou encore, l'émergence d'un nouveau modèle matrimonial, véritable innovation socio-juridique, qui contourne la prohibition de la polygamie du Code congolais de la famille<sup>57</sup>. La communauté rurale du Sénégal, créée en 1972 sur le modèle des coopératives occidentales, a pu également devenir le support de telles pratiques, lorsque les acteurs locaux y ont mis en œuvre leur propre logique juridique<sup>58</sup>.

Ces phénomènes ont fait l'objet d'un numéro spécial de la revue *Politique africaine* en 1990, coordonné par Étienne le Roy et Gerti Hesselings, sur *Le droit et ses pratiques*. Les auteurs, peu convaincus par les

<sup>53</sup> P. LAMPUE, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », *loc.cit.*

<sup>54</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, « L'échec du mariage civil en Afrique francophone. L'exemple de la Côte d'Ivoire », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1999/1, p. 59-62 (ineffectivité du mariage civil et persistance du mariage coutumier) ; p. 72-78 (à propos de la persistance de la dot, de la contrainte matrimoniale, de la polygamie) ; C. VLEI-YOROBA, « Droit de la famille et réalités familiales : le cas de la Côte d'Ivoire depuis l'indépendance », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 6, 1997 : Femmes d'Afrique, [en ligne], n° 21-27. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://journals.openedition.org/cli/383>

<sup>55</sup> La faillite du droit codifié n'est donc pas synonyme d'anarchie, lorsque la loi est remplacée par des « réseaux normatifs de substitution, soit préexistants, qu'ils soient actifs ou dormants, soit créés pour la circonstance » (L. MATALA-TALA, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *Civitas Europa*, 2013/2, [en ligne], p. 254. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-2-page-239.htm>).

<sup>56</sup> C. KUYU, « Les réformes des droits africains de la famille : un projet juridique visant une hégémonie culturelle », *À la recherche du droit africain du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. C. KUYU, Paris, Éditions Connaissances et Savoirs, 2005, p. 108 ; *Parenté et famille dans les cultures africaines*, *op. cit.*, spéc. chap. 6 : Néo-communautés parentales et néo-fraternités, p. 113-128.

<sup>57</sup> C. KUYU, *Parenté et famille dans les cultures africaines*, *op. cit.*, p. 105-106 ; « La "bureaugamie" : un nouveau modèle matrimonial africain ? », *Mariage-mariages*, dir. C. BONTEMS, Paris, PUF, 2001, p. 295-301. Le même modèle a été étudié au Gabon : C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, Thèse sociologie, Université Montpellier III, 2012, spéc. « Le phénomène "deuxième bureau" », p. 139-143. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00735563>).

<sup>58</sup> N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, n° 213, p. 366 ; M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003, p. 216-219 ; É. LE ROY, M. WANE, « La formation des droits "non étatiques" », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1 : L'État et le droit, *op. cit.*, p. 384-386.



politiques d'authenticité juridique conduites depuis 1970, considèrent que le caractère exogène du droit et de l'organisation judiciaire officielle des pays africains continue d'affecter sérieusement son effectivité. Face à ce modèle qui se veut et se pense comme unitariste, les citoyens trouvent, dans la pratique, des réponses pragmatiques plurielles. Constatant l'impuissance des institutions juridiques, judiciaires, administratives et étatiques à assurer l'efficacité des dispositifs légaux, ils prédisent le recours généralisé à des formes plus ou moins métissées et coutumières d'encadrement des sociétés<sup>59</sup>.

Depuis, les juristes, les politistes, les sociologues et les anthropologues continuent d'explorer cette juridicité multiple et de plus en plus complexe, sans vraiment confronter leurs visions du droit et leurs approches scientifiques, de sorte que les frontières disciplinaires et l'éclatement de la réflexion semblent « multiplier les dialogues de sourds », pour reprendre l'expression de Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson dans l'introduction de leur ouvrage sur *La création du droit en Afrique*<sup>60</sup>.

En schématisant quelque peu, on dira que les juristes africains continuent à se diviser sur fond de guerre des normes avec, d'un côté, les partisans du monisme et de l'État de droit unitaire qui défendent un ordonnancement du droit bien établi avec des sources formelles et informelles respectant une hiérarchie, placée sous le contrôle des acteurs institutionnels<sup>61</sup> et, de l'autre, les chantres de la diversité, favorables à une version « ultra » du pluralisme juridique sur fond d'ethnicité assumée et officiellement sollicitée<sup>62</sup>.

Le début des années 2000 correspond à une nouvelle phase : celle de la révision des codes. Le droit de la famille, en particulier, a été réformé sur le modèle du droit occidental lorsqu'il s'est agi de réduire les inégalités de genre et de réviser le statut de l'enfant<sup>63</sup> afin de respecter les standards conventionnels en matière de droits fondamentaux<sup>64</sup>.

Ces récentes évolutions, qui contredisent les normes religieuses et coutumières dans les champs du droit de la famille et du droit foncier, ont encore compliqué la donne en encourageant les pratiques dites de *law* ou *forum shopping* par les justiciables<sup>65</sup>. Dans un contexte de pluralisme normatif, ceux-ci mobilisent simultanément ou successivement des règles issues des ordres juridiques concurrents, en fonction du résultat poursuivi. Ce type de comportement, qui consiste à faire valoir la règle la plus profitable, se démarque des postures classiques de soumission ou de résistance à la loi de l'État. Il s'agit plutôt d'une sorte d'arrangement avec le droit, dont la logique est plus stratégique que politique. Depuis peu les socio-anthropologues s'intéressent à ces pratiques en s'efforçant de comprendre la manière dont les justiciables sélectionnent les forums les plus appropriés et à quelles fins. Les travaux de Marième

---

<sup>59</sup> G. HESSELING, É. LE ROY, « Le droit et ses pratiques », *Politique africaine*, Décembre 1990, n° 40, p. 10-11.

<sup>60</sup> D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Avant-propos », *La création du droit en Afrique*, dir. D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, Paris, Karthala, 1997, p. 8.

<sup>61</sup> A. KEITA, « Au détour des pratiques foncières à Bancoumana », *Le droit en Afrique, op. cit.*, p. 112-113.

<sup>62</sup> L. MATALA-TALA, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *loc. cit.*

<sup>63</sup> C'est le cas du nouveau Code des personnes et de la famille du Bénin, promulgué en 2004, du Code des personnes et de la famille togolais révisé en 2012 et du Code de la famille congolais, modifié en 2016.

<sup>64</sup> Le Code des personnes et de la famille togolais de 1980 a été révisé en 2012 sur le fondement des principes suivants : réduire en matière de mariage et de successions les discriminations basées sur le genre, respecter le principe constitutionnel d'égalité civile et renforcer la conformité du droit interne avec les conventions internationales. (Loi n° 2012-014, du 6 juillet 2012 portant modification de l'Ordonnance n° 1980-16 du 31 janvier portant Code des personnes et de la famille).

<sup>65</sup> Quand les normativités coexistent mais qu'elles ne se rencontrent pas (ce qui correspond au phénomène de résistance du droit endogène au droit exogène), « les acteurs laissent se perpétuer, autant qu'il est possible, une situation de *patch work* ou de juxtaposition normative soit par absence de volonté, soit par incapacité de composer avec les différents modes de normativité qui se présentent à eux. L'absence de volonté peut être liée à la perspective de pouvoir mobiliser le mode estimé le mieux convenir pour atteindre un but. C'est en ce sens que se développent des pratiques de *law* ou *forum shopping* aujourd'hui amplement analysées. » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique », *Revue des droits de l'homme*, 2019, [en ligne], n° 28. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://journals.openedition.org/revdh/6413>).

N'Diaye sur le Sénégal<sup>66</sup> et de Sophie Andretta sur le Bénin<sup>67</sup> nous montrent que le « réel juridique africain » n'est plus réductible à l'opposition modernité/tradition, loi/coutume, national/local, urbanité/ruralité, individuel/collectif, rationnel/irrationnel. Ils bousculent notre grille de lecture des phénomènes juridiques, nous obligeant à sortir de cette vision binaire et à nous saisir autrement de la problématique du pluralisme dans des États unitaires. Florence Renucci corrobore cette analyse lorsqu'elle propose un nouveau concept, celui d'*afropluralisme* qui consiste à « accepter les droits africains comme des formes plastiques d'hybridation, positives et innovantes, faites de mélanges et d'interactions [...] dans des dynamiques d'harmonisation plutôt que de juxtaposition et où, aujourd'hui, identités et globalisation se côtoient »<sup>68</sup>.

Je suis convaincue qu'il est devenu essentiel de confronter les visions du droit et les approches scientifiques, de briser les frontières disciplinaires et de poursuivre la réflexion autrement, de « penser le droit autrement », pour reprendre une expression chère à Norbert Rouland.

C'est, me semble-t-il, tout l'intérêt de ces regards croisés.

---

<sup>66</sup> M. N'DIAYE, « Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal. La légitimité et les capacités de l'État en question », *Droit & société*, 2015/3, p. 607-622 ; « Le pluralisme normatif en matière familiale. Contrainte ou opportunité pour l'État du Sénégal », *Aux marges des règles et des lois. Régulations informelles et normes pratiques en Afrique*, dir. S. AYIMPAM, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2019, p. 209-234.

<sup>67</sup> S. ANDRETTA, « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou », *Politique africaine*, 2016/1, [en ligne], p. 147-168. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://www.caim.info/revue-politique-africaine-2016-1-page-147.htm?contenu=article> ; « Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles », *Cahiers d'études africaines*, 2019, p. 377-404 ; « Le "code des femmes" ? Conflits d'héritage, dynamiques de genre et usages du droit à Cotonou », *Cahiers du genre*, 2019/1, p. 201-222.

<sup>68</sup> F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 115.

# Structures et mécanismes de l'organisation de la justice dans les sociétés traditionnelles de Côte d'Ivoire Aspects anthropo-historiques

Séraphin NENE BI

Professeur d'histoire du droit, Université Alassane Ouattara

Directeur du Centre africain d'Histoire du droit, des institutions et des idées politiques (CAHDIIP)

La justice est plurielle, polysémique. Elle est à la fois un concept et une institution : c'est un concept éthique, en tant qu'elle se confond avec le juste, entendu comme un principe moral de conformité à l'idée de droit prévalent à un moment donné. Ainsi, est-elle à la fois l'institution ou la structure qui rend une décision contraignante et en même temps la valeur à partir de laquelle on juge une décision judiciaire ou un état de fait. « La justice organique ne peut être séparée de l'idée de justice. »<sup>1</sup> Elle ne se laisse pas entuber dans une définition précise.

La justice est considérée par beaucoup comme la principale vertu, la source de toutes les autres<sup>2</sup>. Elle est la plus parfaite des vertus, elle garantit l'ordre et l'harmonie au sein de la cité.<sup>3</sup> Elle est la plus haute exigence qu'il faut savoir prendre l'habitude d'assurer<sup>4</sup>. La justice est donc la vertu en laquelle s'exprime la plénitude d'une âme qui ignore les germes même du mal. Ainsi, est-elle « ce qu'il y a de plus primitif dans l'âme humaine, de plus fondamental dans la société, de plus sacré parmi les notions et que les masses réclament aujourd'hui avec ardeur... »<sup>5</sup>.

La Justice est produit de l'histoire et de la société. En effet, la conception de la justice diffère selon les espaces, les temps et les peuples. L'Institution judiciaire et l'idée de justice ont toujours accompagné le pouvoir et quelquefois, sinon souvent, été unies à lui. La justice accompagne en effet les principales transformations de la société ; elle est également un puissant instrument de l'affirmation du pouvoir politique. Vient alors la question de savoir comment et par quels mécanismes se réalise cet accompagnement dans le temps et dans l'espace pour une maîtrise de la société globale. Mais en tout premier lieu, il faut noter que le temps, qui déborde de loin la question de l'espace, est tout autant élément de mémoire et d'imagination, d'anticipation, de création qu'instrument de stabilité et d'organisation<sup>6</sup>. Or, si toute personne « construit » son temps et son espace, comme le fait toute société, la justice, elle, participe à cette construction<sup>7</sup>. « Cependant, le passé ne fournit pas de prototypes qu'il suffirait de transposer tels quels aujourd'hui, et l'antériorité chronologique de certaines pratiques n'établit pas nécessairement une continuité avec leurs équivalents actuels. Mais la démarche rétrospective élargit notre champ de vision, nourrit notre réflexion et souligne la précieuse polyphonie des notions juridiques [et judiciaires]. »<sup>8</sup> Et si dans les conceptions modernes, la justice est un pouvoir distinct et théoriquement indépendant dans la théorie classique de la séparation des pouvoirs, elle est pour les Anciens, l'élément qui rapproche de Dieu, car juger est une fonction d'essence divine. Ainsi, selon la conception traditionnelle négro africaine, la justice est fortement imbriquée d'éléments spirituels et temporels. Elle est construite dans l'intimité des dieux et des ancêtres, ce qui lui vaut une origine divine mais une application profane ; aussi était-elle administrée aux moyens de plusieurs rites et rituels qui déterminaient et assuraient sa nature sacrée et opaque, tout autant que sa procédure.

Les sociétés africaines, en effet, sont toutes hydratées par le sacré. Elles forment des espaces de terres appartenant aux lignages. Elles sont à la fois espace matrimonial et espace judiciaire. Cet espace

<sup>1</sup> M. KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », *Afrique contemporaine*, n° 156 : *La justice en Afrique*, 1990, p. 57.

<sup>2</sup> C. PERELMAN, *Éthique et droit*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 28.

<sup>3</sup> J. SAINT-ARNAUD, « Les définitions aristotéliennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité », *Société de philosophie du Québec*, vol. 11, n°1, avril 1984, p. 3-4.

<sup>4</sup> S. GOYARD-FABRE, « La justice. Une problématique embarrassée », *Philopsis : Revue numérique*, Delagrave Éditions, 2002, p. 3-4.

<sup>5</sup> C. PERELMAN, *loc. cit.*

<sup>6</sup> B. DURAND cité par Séraphin Nene Bi, *Introduction historique au droit ivoirien*, 2<sup>ème</sup> édition, Abidjan, CNDJ, 2019, p. 3

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, dir. N. LAURENT-BONNE, N. POSE, V. SIMON, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 18-19

judiciaire, comment l'organisent-elles ? Pour répondre à cette interrogation, il y a lieu d'inviter deux sources : la tradition, du moins ce qui en reste encore aujourd'hui et les derniers témoins qui ont couché ce que leurs yeux ont vu et leurs oreilles ont entendu, à savoir les premiers écrits sur les traditions orales africaines. Après analyse des sources, enquêtes et contre-enquêtes, il ressort que l'espace judiciaire négro africain est pluriel. Et parce que pluriel, il engendre une pluralité de juges et implique des mécanismes tous aussi pluriels.

## I – Le treillis judiciaire négro-africain<sup>9</sup>

Il s'agira ici de définir l'acte antisocial et le châtement qui y correspond, de déterminer celui qui est chargé de dire et de faire le droit, c'est-à-dire, le juge.

### A. *L'affaire*

Pour les Africains, les personnes se réclamant d'un même ancêtre ont le même sang. À partir de ce principe de consanguinité qui détermine la parenté de tous ceux qui vivent dans le même espace, les sociétés traditionnelles considèrent la commission d'un « acte crime » comme un phénomène exogène au groupe, comme un élément étranger au corps social introduit par l'intermédiaire du criminel pour le perturber et entraîner son dysfonctionnement.

#### 1. La notion de crime

Le crime se définit comme tout fait, tout acte qui désorganise ou est susceptible de désagréger la société ou la quiétude, l'harmonie du groupe.

Il faut cependant noter l'imprécision du vocabulaire : dans la société traditionnelle, les mots « maléfices », « un crime » et délits sont à peu près équivalents.

#### 2. La classification des crimes

Selon leur objet, on distingue entre les crimes contre l'organisation religieuse, politique, familiale des atteintes aux personnes et des délits contre les biens. Il est bien entendu que certaines infractions touchent à plusieurs catégories.

##### a. *Les infractions contre l'État et la religion*

*Le crime de lèse-majesté ou le régicide.* Le crime de lèse-majesté désigne les agressions physiques ou mystiques, contre le roi et les membres de sa famille, ainsi que les « conjurations ou conspirations contre l'État ». La dénonciation est obligatoire et la non-dénonciation assimilée à la complicité. La répression des offenses au roi est fondée sur le concept de trahison, définie comme le manquement à une fidélité personnelle. Et, parce que ce crime étant considéré comme « le plus affreux qui se puisse commettre » car, « le roi (le chef) est en Afrique un être "sacré". Il est l'habitable du pouvoir politique, l'intermédiaire entre les ancêtres, les divinités et les hommes. Son absence ou sa mort privent la collectivité de l'assistance matérielle dont elle a besoin, et constituent une rupture. Rupture de l'ordre. La société vit donc un désordre, elle est désorientée et livrée à elle-même ; la société retourne alors au chaos initial. »<sup>10</sup> Le châtement infligé aux coupables est particulièrement atroce.

*Le blasphème* se définit comme « imprécations verbales faites contre l'honneur des dieux, des ancêtres et du sacré ».

*Le sacrilège.* Il y a sacrilège lorsqu'on dérobe une chose sacrée en un lieu sacré, ou la chose sacrée en un lieu non sacré, ou la chose profane en un lieu sacré. Mais aussi, les autres crimes commis dans un lieu saint, les attentats contre les masques ou leur gardien, les devins.

---

<sup>9</sup> S. NENE BI, *Histoire du Droit et des institutions méditerranéennes et africaines*, Abidjan, ABC, 2018.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 61.

*Les crimes contre nature.* On regroupe sous cette expression à la fois l'onanisme, l'homosexualité et la bestialité. Ce sont des crimes particulièrement graves.

### ***b. Les crimes contre les personnes***

Ces crimes peuvent eux aussi être classés en divers groupes :

#### *- Les affaires de divorces et adultères*

L'incompatibilité d'humeur, le défaut d'entretien de la femme, le partage inégal des nuits par le mari polygame entre ses femmes sont causes de divorce.

Quant à l'adultère qui est également cause de divorce, il est considéré comme un affront grave jeté aux divinités en ce que le mariage se forme par l'accord non seulement des familles mais aussi et surtout des esprits de la terre et des dieux respectifs des conjoints en tant que forces de la régénération.

#### *- Le viol*

On définit généralement le viol « comme un acte de pénétration sexuel commis sur autrui par violence, contrainte ou surprise, qui constitue dans la législation un crime »<sup>11</sup>. Cette définition, extensive, du viol, n'est pas opérationnelle chez les Africains de la période traditionnelle. En effet, il n'existe pas de "viol" entre époux dans les sociétés traditionnelles négro-africaines. De même, le viol commis lors d'un rapt n'est pas sanctionné de façon autonome. Seule la question du rapt est traitée. Reste donc le cas de l'acte de pénétration sexuel commis sur une femme par violence, contrainte ou surprise sans intention de l'épouser. Cet acte est réprimé sévèrement par la société. Et si la victime est l'épouse d'un homme qui n'est pas du village, il peut y avoir guerre entre le village du mari associé à celui dont la femme est originaire contre le village du violeur.

#### *- Les crimes de sang*

L'individu est le capital le plus précieux dans les sociétés traditionnelles. C'est la raison pour laquelle, les crimes de sang constituent des crimes très graves. On distingue généralement :

#### *Meurtre et empoisonnement*

Les homicides, les infanticides, l'avortement, le parricide auxquels on ajoute les injures, les coups et blessures...

Tuer, faire couler le sang, c'est souiller la terre. Cette souillure qui perturbe un équilibre général et dérègle le bon fonctionnement du monde doit être rapidement effacée en apaisant les génies et l'âme des ancêtres par des sanctions très lourdes.

#### *La sorcellerie*

Le crime le plus crapuleux, la prostitution la plus cynique des bois sacrés de la nature sont les œuvres destructrices volontaires et conscientes de la sorcellerie. Le sorcier est le mal et le plus souvent, il n'est pas question de le rééduquer. Il est l'être antisocial. Il se situe manifestement en dehors de la société et fréquemment son action vise la désintégration du groupe. C'est pourquoi un sorcier accusé, d'un crime, porte atteinte à l'ensemble de la société qui le juge. S'il est reconnu comme sorcier, il est impitoyablement supprimé par la communauté qu'il menace<sup>12</sup>.

### ***c. Les crimes contre les biens***

Ils visent trois grandes catégories d'infractions : le vol, l'incendie, les dégâts causés aux cultures par les hommes ou les animaux.

La tentative n'est punie comme le délit consommé que dans certains cas seulement, s'il y a eu commencement d'exécution : tentative d'empoisonnement du bétail par exemple.

---

<sup>11</sup> *Dictionnaire Le petit Larousse*, Paris, LAROUSSE / VUEF, 2003.

<sup>12</sup> Certaines fois, l'individu réputé anormal (sorcier, possédé, etc.) s'il est jeune, déclenche soit des attitudes franchement hostiles (répulsives) comme expliqué plus haut, pouvant aller jusqu'à la mise à mort, soit les rites qui faciliteront sa réintégration dans le groupe, il s'agit alors de neutraliser sa puissance maléfique.

### 3. Le porteur des germes criminogènes<sup>13</sup>

La pénologie traditionnelle négro-africaine distingue le criminel apparent du criminel réel.

*Le criminel apparent* peut être une chose, un arbre, un cours d'eau, un animal, un être humain. Dans tous les cas de figure, l'idée sous-jacente dans cette typologie de criminel apparent est que l'acte antisocial causé, l'est par une force qui agit par l'intermédiaire d'une chose, d'un humain. Le criminel apparent est agi. Il n'agit pas.

*Le criminel réel* qui est l'auteur principal de l'acte antisocial est *a priori* une force immatérielle. Pour découvrir ce criminel réel, les sociétés traditionnelles mettent en place un ensemble de rituels. C'est cet ensemble de rituels qui se retrouve dans le concept de juge. Mais, à chaque acte antisocial, il y a un juge spécifique. En effet, dans la justice traditionnelle africaine, tout juge n'a pas compétence pour connaître de n'importe quelle affaire, car il y a selon les cas un juge spécifique. On peut regrouper la pluralité des juges en deux catégories : le sacré juge et l'humain juge.

#### **B. Le sacré juge**

Le sacré est une force, une réalité transcendante que l'homme expérimente<sup>14</sup>. Le sacré est polyvalent et se caractérise par son indépendance vis-à-vis des institutions religieuses ou matérielles au milieu desquelles il s'épanouit. Le sacré se manifeste dans les sanctuaires, à travers les sociétés secrètes (comme le *gor* des Dan<sup>15</sup> qui est un « esprit » supérieur à toutes les instances sociales dan. Le *gor* maintient la paix et l'ordre social dans la société), de masques, les *komian* (qui sont des prêtres ou prêtresses, interprètes des deux mondes, gardiens et protecteurs de l'équilibre de la société akan<sup>16</sup>). On attribue à ces sociétés secrètes des masques et des prêtres, souvent des pouvoirs mystiques, la faculté de chasser les démons, de guérir ou encore de prévenir la société de grandes calamités.

Le sacré juge peut être classé en trois sous-catégories :

##### **1. La juridiction des bois sacrés**

Elle connaît des infractions commises par des initiés d'un bois sacré. Ainsi en est-il de la juridiction du *poro* chez les Sénoufo. L'affaire est réglée dans le bois sacré du village. Et dans les cas graves, le coupable est réquisitionné pour des travaux obligatoires ou même est tenu de quitter le village pour un temps.

##### **2. La juridiction de qualification**

C'est une juridiction divine qui délibère sur les morts pour indiquer qui parmi ces derniers peut accéder à la dignité d'ancêtre. Les ancêtres sont des êtres personnels. Ce sont les ancêtres qui réorganisent l'équilibre des forces spirituelles que la première mort mythique a perturbé afin d'assurer l'ordre métaphysique et social et régénérer le groupe. Ils assurent la continuité du phylum social en relation avec la filiation clanique. Ils favorisent la fécondité de la terre et du bétail, rendent les eaux poissonneuses, multiplient les contacts et maintiennent la bonne harmonie entre les vivants et les morts, la société visible et la société invisible et permettent l'unité et la pérennité du village et de la communauté. Ils satisfont enfin les besoins matériels, demandés pour soi et sa famille : richesse, santé et surtout paix<sup>17</sup>. La qualité d'ancêtre n'est cependant pas donnée à tous les défunts. Seuls les morts accomplis parviennent au stade d'ancestralité. Il y a une relation entre l'ancestralité et le statut social et

---

<sup>13</sup> S. NENE BI, *Introduction historique au droit ivoirien*, op. cit., p. 109.

<sup>14</sup> *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, dir. P. BONTE, M. IZARD, Paris, Quadrige, 2010, p. 641.

<sup>15</sup> Les Dan sont un groupe ethnique à la frontière de la Guinée et de la Côte d'Ivoire.

<sup>16</sup> Les Akan sont un grand groupe ethnique occupant une vaste région allant du centre de la Côte d'Ivoire au centre du Ghana soit plus de 200 000 km<sup>2</sup>.

<sup>17</sup> L.-V. THOMAS, R. LUNEAU, *Les religions d'Afrique noire. Textes et traditions sacrées*, Paris, Fayard-Denoël, 1979, p. 36-37.

Il arrive qu'on voue un culte à l'ancêtre immédiat, patriarche décédé de la famille étendue plutôt que fondateur du clan.

juridique ou culturel. La plupart des femmes<sup>18</sup>, les défunts sans enfants, les mineurs, les sorciers sont exclus de ce privilège.

### **3. La juridiction des lumières**

Elle met à nu toute personne qui nourrit un projet criminel ou qui a commis une infraction et pour laquelle la population n'est pas informée.

#### ***C. Le juge ordinaire ou l'humain juge***

##### **1. Le juge**

Le juge est à la fois le représentant des vivants et des forces immatérielles. Il est un lieu de mondes. Et du « juge, on attend partout qu'il puisse remplir sa fonction de lieu et pour cela qu'il ait une compétence institutionnelle reçue et une compétence personnelle reconnue : elles sont les sources de sa légitimité »<sup>19</sup>. Le juge, en effet, comme l'arbre incrusté dans la terre qui, par ses racines, reçoit de celle-ci non seulement des substances nutritives, mais aussi la communication de force, apporte grâce et bonheur au consultant malade, libère l'homme et la communauté des angoisses, se présente comme un connecteur de deux mondes : le monde immatériel et le monde matériel.

Il sert en effet de connexion du sacré ou parfois de son substitut sous toutes ses formes. L'office du juge se transmue en un lieu de jonction de deux énergies. Ce qui produit la densification sacrale de l'espace à ce point de rencontre des flux des deux univers, une certaine diélectrique métaphysique mixture. C'est la raison pour laquelle, juger dans les sociétés traditionnelles, revient à produire une double connexion paxogène. C'est par cette double finalité que l'on considère le jugement dans les sociétés traditionnelles comme le lieu où les accusés renaissent à la vie ou meurent dans le cercle judiciaire. Le juge nourrit la vie de l'individu et du groupe à travers les lumières de ses sentences.

##### **2. Les juridictions**

Le rituel judiciaire se réalise en différents cercles concentriques.

###### ***a. La juridiction du lignage***

Au sein de chaque lignage, la justice est rendue par le chef du lignage, généralement le plus âgé de hommes mâles.

###### ***b. La juridiction du village***

Dans chaque village, la justice est rendue par le conseil du village composé des chefs de familles, de lignages composant le village. Quelquefois, y siègent des responsables d'initiés. Le conseil de village est présidé par le chef du village<sup>20</sup>. Le conseil de village dans sa formation judiciaire inclut les parties en conflit et/ou leurs représentants.

La compétence territoriale du conseil du village est le territoire du village ; et, en matière judiciaire, les principales affaires dont il est saisi sont : le viol, l'adultère, le divorce, le remboursement de dot, les dettes de tous genres... Il n'y a pas de distinction entre juridictions civiles et criminelles, pas de constitution de défense.

C'est au conseil du village que revient la fixation des amendes à infliger à un délinquant.

Lorsque la décision rendue par la juridiction du village ne satisfait pas l'une des parties, celle-ci peut faire appel devant la juridiction tribale.

---

<sup>18</sup> Cela est vrai surtout pour les sociétés patrilineaires. Pour les sociétés matrilineaires, les femmes participent autant que les hommes à l'ancestralité.

<sup>19</sup> E. LE ROY, « Les rapports entre la Justice et la société globale. Un point de vue anthropologique », Communication au colloque *La réforme de la Justice, Enjeux et perspectives*, T.G.I. de Créteil, 16 octobre 1998.

<sup>20</sup> Le chef est institué juge par le roi, car seul le roi est juge originaire en vertu de sa dignité et de sa filiation aux dieux. Le chef transmet sa charge à son héritier.

### **c. La juridiction tribale**

La tribu est aussi bien une aire matrimoniale qu'une aire judiciaire. Aussi, les villages d'une même tribu ne recourent-ils pas, pour régler leurs litiges, aux armes, mais à la justice. D'où l'émergence d'un pouvoir judiciaire réglant ou tendant à régler les conflits opposant entre eux les lignages de différents villages qui sont solidaires des parties en cause. Les affaires litigieuses sont portées devant le conseil tribal, identique en son principe à celui qui fonctionne dans chaque village. Si la décision du conseil tribal faisait des mécontents, ces derniers pouvaient en appeler à la justice du roi, la juridiction suprême.

### **d. La juridiction suprême**

La juridiction suprême se tient sous la présidence du Roi au chef-lieu du royaume. Le roi en effet, « le jour de son sacre, recevait le sceptre qui symbolisait sa dignité et sa pleine puissance, la main de justice, emblème de sa fonction judiciaire. Pour ses sujets, il était le juge suprême, dont le premier devoir consistait à dispenser l'équité et la paix. »<sup>21</sup>

En dehors des appels faits contre les décisions des juridictions tribales, le roi connaît directement des affaires graves : comme les crimes de lèse-majesté, les atteintes à la personne du roi, à la sûreté de l'Etat. La juridiction du roi est une juridiction à la fois de droit et de fond. Elle ne renvoie jamais une affaire devant une quelconque autre juridiction.

La sentence rendue est définitive et sans appel.

À cet égard, la procédure qui y a cours revêt une grande importance.

## **II – L'office du juge**

On distingue deux formes de procédure de justice en Afrique traditionnelle, la procédure devant le sacré-juge et la procédure devant l'humain juge en tant que réalité physique<sup>22</sup>. La première est déclenchée à la suite de la violation d'un interdit ou d'une malédiction. Par contre, avec la seconde, le traitement du litige diffère selon qu'il s'agit d'une question mettant en cause des membres d'une famille ou des membres de deux ou plusieurs villages.

### **A. La procédure devant le sacré-juge**

Le sacré-juge requiert des procédures métaphysiques pour être saisi mais il peut également s'autosaisir.

#### **1. Les procédures métaphysiques**

Les rituels varient selon les sociétés pour introduire l'action en justice devant le sacré.

Certaines sociétés recourent aux paroles sacramentaires prononcées sur la tombe du *de cuius*. Il y a aussi l'interrogatoire des morts pour rechercher les auteurs d'un homicide. L'interrogatoire des morts varie selon la condition des personnes et selon les sociétés. Pour ce qui est de la condition des personnes, il faut distinguer les nobles des « ordinaires ». Dans le cas des nobles, on procède à l'interrogatoire du mort à huis clos. Ici, l'assistance se ramène à la famille princière. Dans le cas des « ordinaires », l'interrogatoire se fera devant toute la société. L'on recourt soit aux terminaux (cheveux, ongles), soit au corps tout entier pour questionner le mort sur les causes de son décès.

À ce sujet, voici ce que nous avons recueilli dans le centre ouest de la Côte d'Ivoire. « En pays gouro, on n'interroge pas les cadavres des personnes qui sont mortes d'une mort naturelle, c'est-à-dire, celles qui ont vidé leur stock de force vitale. On n'interroge que les cadavres des personnes qui sont décédées de manière mystérieuse, des morts que l'on ne peut expliquer "rationnellement". Cependant, l'accord de la famille du défunt est requis avant d'interroger le cadavre. »<sup>23</sup> Les personnes ordinaires ne peuvent

<sup>21</sup> J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Flammarion, 2003, p. 170.

<sup>22</sup> S. NENE BI, *Histoire du Droit et des institutions méditerranéennes et africaines*, op. cit., p.165-177.

<sup>23</sup> Enquête réalisée les 3 et 4 septembre 2020 à Zuénoula en pays gouro.



pas interroger les morts parce qu'il arrive parfois que les sorciers « *attachent* »<sup>24</sup> le mort afin qu'il ne les désigne pas. C'est pourquoi seules les personnes initiées ont le pouvoir d'interroger les morts. Ce sont des personnes qui communiquent avec les morts et elles ont la puissance nécessaire pour « *faire parler les morts* » ou les « *mettre en mouvement* » afin de désigner leurs bourreaux. Quand elles sont sollicitées, elles se préparent mystiquement afin de déjouer les ruses des sorciers et de mettre en mouvement les morts pour désigner les sorciers coupables. Elles lavent le cadavre et prononcent des incantations sur lui afin de l'amener à désigner les sorciers qui l'ont tué. Pour l'interrogatoire, le mort est enveloppé dans un linceul, mis sur un brancard et porté par des jeunes. Quand l'interrogateur lui dit de désigner ceux qui l'ont tué, les jeunes qui le portent tombent sous l'emprise de l'esprit du mort qui les oriente afin de dénicher les sorciers coupables du meurtre.

Et voici ce que celui qui procède à l'interrogatoire prononce :

« *Zamblé* (prénom de celui qui est décédé), *I gah, min à kèlè i gah ha, di ayi djè, i djè zan nou gon* » (Zamblé, tu es mort, qu'est-ce qui s'est passé et puis tu es mort ? Qui t'a tué ? Montre-nous ceux qui t'ont tué.)

Ou « *Zamblé, de mi ayi djè, di a galè pla lo, i djè zan nou gon* » (Zamblé si c'est l'homme qui t'a tué, si tu n'es pas mort naturellement, désigne-nous tes bourreaux.)

On peut aussi interroger indirectement le mort par l'intermédiaire des oracles, des animaux (tortues, araignées...).

## 2. L'auto-saisine du sacré<sup>25</sup>

Par auto-saisine du sacré, il faut entendre l'ensemble des signes, les manifestations de souffrance énigmatique circonstancielle ou prolongée que subit une personne après la commission d'une infraction, ou qui nourrit la volonté de la réaliser.

Pour être considéré comme auto-saisine du sacré, cet ensemble d'expressions de la douleur doit toujours se manifester devant témoin ou donner lieu à une confession publique pour couvrir l'auteur d'opprobre ou pour que de forts soupçons pèsent sur lui.

Il en découle que l'auto-saisine du sacré fonctionne comme une méta-sanction ou un révélateur pour faciliter la collecte des faits répréhensibles contre un délinquant.

Enumérer toutes les manifestations de l'auto-saisine du sacré serait une véritable gageure. Car liées aux valeurs culturelles de chaque civilisation africaine, elles varient selon la lecture des douleurs ressenties par le victime. Néanmoins quelques-unes servent de dénominateurs communs à plusieurs civilisations africaines.

Pour que la juridiction du sacré se mette en mouvement, il faut une violation d'interdit. La rupture d'un interdit entraîne le malheur, la maladie et éventuellement la mort. Il y a en effet une relation directe de cause à effet entre la transgression de l'interdit et sa sanction. En effet, toute rupture d'interdit devient rupture d'harmonie.

La transgression d'un principe vital par l'ego entraîne une sanction négative conséquente ou maladie, en vertu de la causalité, car toute cause suscite une conséquence qui lui est conforme. La maladie est une réalité mauvaise et redoutable. Elle est considérée avant tout comme une rupture de l'équilibre de l'être. Ce déséquilibre est en rapport avec la causalité, l'interaction des forces. La maladie est l'effet malheureux d'une faute dont on a eu ou non conscience, le signe d'une malédiction. La malédiction revêt en Afrique noire parfois un sens beaucoup plus fort. Elle est une condamnation divine pour une faute très grave ou une série de fautes qu'un aïeul ou un parent aurait commises ... ce qui n'exclut pas un penchant pour la sorcellerie vu les tristes dispositions du maudit. La nature de la faute est rarement divulguée, elle est enfouie sous la chape du secret ou de la honte de celui qui en hérite.

<sup>24</sup> Les morts sont censés entrer dans les lumières ; mais par l'expression « les sorciers attachent le mort », il faut entendre l'action mystique des sorciers pour maintenir l'âme des morts dans des lieux sombres.

<sup>25</sup> O. LEGRE, *Cours d'Anthropologie juridique*, 4<sup>ème</sup> année UFR SJAP, UCA, 2001-2002, Chapitre 1.

Au total, il convient de noter que « la sanction surnaturelle répare l'ordre en y ajoutant du désordre (maladie, décès, échec, etc.) ; un désordre qui peut être cumulatif et mortel si personne n'intervient »<sup>26</sup>. Le sacré ne sera dessaisi qu'après l'accomplissement de certains rituels. Les rites et rituels s'adressent en effet à la fois à la réparation des fautes connues ou inconnues et à la neutralisation de la sanction<sup>27</sup>.

## ***B. L'office du juge physique***

La connaissance du conflit dépend des circonstances qui l'ont engendré et surtout de l'identité sociale des parties. C'est cette identité sociale qui est mise en scène et dont se saisit le rituel judiciaire dominé par la palabre en tant que cadre d'organisation de débats contradictoires, d'expression d'avis, de conseils, de déploiement de mécanismes divers de persuasion et d'arbitrage. En d'autres termes, la procédure devant le juge diffère selon le rapport de consanguinité des parties.

### **1. Les cadres d'expression sociale et politique**

Trois cadres sont des invariants dans le procès en Afrique noire traditionnelle : le « verbe » dit la « palabre », le cadre temporel et le cadre spatial.

#### ***a. La palabre***

La parole n'est pas seulement instrument de communication ; elle est l'impression par excellence, de l'être force, déclenchement des puissances vitales et principe de leur cohésion. « La parole est le lien vital rattachant par le souffle chaque être avec le souffle vital qui est pureté, vérité absolue. »<sup>28</sup>

Sur le plan métaphysique, le verbe est créateur et création continuée par le souffle humain, c'est-à-dire l'âme.

« La parole est tout.  
Elle coupe, écorche.  
Elle modèle, module.  
Elle perturbe, rend fou.  
Elle guérit ou tue net.  
Elle amplifie, abaisse selon sa charge.  
Elle excite ou calme les âmes. »<sup>29</sup>

Pour que le verbe soit efficace tant pour la bénédiction que pour la malédiction, il faut maîtriser la langue. La parole a du poids et celui qui sait en faire usage a une prise sur la maladie, les éléments naturels, les hommes. La parole dépensée au cours de l'audience n'est pas ordinaire ; elle est riche, puissante, fondée sur la somme d'expériences vécues et conceptualisées par la société : proverbes, paraboles, contes, généalogies, mythes d'où se dégagent des leçons, des mises en gardes et des recommandations prônant la pondération, le compromis et la concorde.

C'est pourquoi le meneur de débat doit être éloquent et d'une érudition dans le domaine de l'histoire et du droit. Sa parole est souvent ésotérique et sous forme de paraboles ; elle revêt des allures à la fois symboliques et rythmiques.

Au cours de la palabre, le silence est ordonné et les « faiseurs de paix » présentent les parties en conflit, les amènent à s'expliquer. La parole commence à être distribuée selon un protocole établi. On observe

---

<sup>26</sup> E. COPET-ROGIER, « Catégories d'ordres et réponses aux désordres chez les M'Kako du Cameroun », *Droit et Culture*, n° 11, 1986, p. 86.

<sup>27</sup> Le rituel, aux yeux du Négro-africain, est l'emploi de techniques pour utiliser certaines forces de l'univers et du monde physique afin de résoudre des problèmes de survivance : unir le groupe, résoudre les conflits, régénérer la collectivité, maîtriser les aléas du temps. Il juge ces moyens naturels, voire rationnels. Il admet que toutes les techniques reposent sur la causalité ; les effets obtenus lui apparaissent naturels, même s'il n'arrive pas à les expliquer.

<sup>28</sup> O. LEGRE, *loc. cit.*

<sup>29</sup> Komo-Dibi, chantre du Komo, société initiatique au Mali, cité par Louis-Vincent Thomas : « Le verbe négro-africain traditionnel », *Religiologiques*, n°7 : Littérature et sacré II, 1993, UQAM, [en ligne], p. 2 [Consulté le 29 décembre 2021] Disponible sur Internet : <https://www.religiologiques.uqam.ca/no7/thoma.pdf>

en effet une hiérarchie et un protocole dans l'intervention des principaux acteurs. La palabre est une affaire de longue durée et le circuit toujours compliqué des débats invite à la patience.

Le pas est cédé aux personnalités reconnues pour leur expertise dans le domaine des traditions historiques, du droit, de l'ésotérisme. Dans la palabre, les vieillards, symbole de sagesse jouent un rôle privilégié. Leur éthique et divers tabous liés à leur âge, leur interdisent des positions partisans, et les invitent plutôt à la pondération et au compromis. Outre la parole, il y a toute une symbolique de gestes ritualisés<sup>30</sup>, des silences lourds de signification. En effet, la parole n'est efficace et ne se valorise pleinement qu'à condition d'être enveloppée d'ombre.

Dans la palabre, le juge ne se limite pas à dire le droit, mais se base sur l'éthique pour garantir la cohésion sociale. La palabre, en effet, n'a pas pour finalité d'établir les torts respectifs des parties en conflit et de promouvoir des sentences qui conduisent à l'exclusion et au rejet. Elle apparaît plutôt comme une logothérapie qui a pour but de briser le cercle infernal de la violence et de la contre violence afin de rétablir l'harmonie et la paix.

La date de la palabre n'est pas laissée au hasard ; elle doit correspondre à un moment propice déterminé par les devins.

### ***b. Le cadre temporel***<sup>31</sup>

Le temps est un espace qui se recrée de lui-même ou par des forces supérieures, au sein duquel se déroulent les œuvres des Hommes. En d'autres termes, l'Homme n'influence pas le temps mais il se meut dans le temps.

Lorsque la cour est saisie, elle fixe une date pour l'audience, mais cela ne se fait pas sans prendre des précautions utiles. La partie adverse devant être placée dans les conditions pour se défendre, pour cela, elle doit être informée de la plainte qui pèse contre elle ou du moins, son chef de famille doit l'être pour que la défenderesse et sa famille puissent se présenter à l'audience. La partie adverse est alors convoquée au nom du chef et quelques jours sont laissés entre le jour de son information et la date fixée pour lui permettre avec sa famille de préparer sa défense.

Le jour de l'audience est un jour qui offre le maximum de garantie de la présence du plus grand nombre, le juge et ses jurés, les parties et leurs familles. C'est pourquoi, il s'agira en général d'un jour chômé, donc jour propice. Ce jour propice est nommé par les Agni de Côte d'Ivoire *ana'a*. Le jour *ana'a*, toute activité profane est interdite dans les villages sous peine de sanction émanant soit de l'autorité judiciaire métaphysique soit des humains juges. Les jours *ana'a* sacrés seraient donc propices à l'activité judiciaire du fait de leur caractère spirituel car, juger chez les Agni n'*denian* et *sanvi* est une activité spirituelle.

Une fois, le jour *fas*, propice trouvé, il faut également établir le moment « juste » du jour pour ouvrir le procès. En principe, les audiences ont lieu très tôt le matin qui correspond à la période de naissance, du renouveau, du commencement. Si les audiences commencent le matin, elles peuvent se dérouler jusqu'au soir. L'important, c'est qu'il ne faut pas se séparer sans accord, sans avoir vidé le contentieux. Exceptionnellement, le règlement des différends peut débiter la nuit. Et là, le choix de cette période est fondé sur une appréciation casuistique. La nuit est préférable pour connaître d'un différend lorsqu'en raison de la spécificité de l'espèce, le secret de la procédure est nécessaire. Il s'agit par exemple de cas

---

<sup>30</sup> Au cours d'un procès en pays gouro et agni, il est interdit aux porte-paroles des parties de parler avec la main gauche même s'ils sont gauchers. Car le faire c'est manquer de respect. Seules les personnes éminentes parmi les *juges* peuvent le faire : c'est un signe d'autorité. Cependant ceux-ci s'abstiennent de le faire le plus souvent. Il est également interdit sauf pour les juges de croiser les pieds ou de porter un chapeau. A côté de ces gestes interdits, il existe des gestes pour exprimer ou accompagner le pardon, la réconciliation des parties. Ainsi la *généflexion* ou la main droite dans la paume gauche qui symbolisent le pardon sont utilisées pour renforcer le discours de conciliation, pour épauler la bouche dans la quête de l'obtention du pardon. Lorsque le pardon est accepté, les deux parties sont invitées à s'étreindre devant l'auditoire signe que l'affaire est réglée. En ce qui concerne les affaires d'adultère, le mari et l'amant boivent dans la même coupe et mangent dans le même plat pour montrer aux yeux de tous que l'affaire est réglée.

<sup>31</sup> A. AMOIKON, *Justice et temps chez les Agni Nd'enian et Sanvi*, Mémoire de Master Histoire du droit, des Institutions et des idées politiques, Université Alassane Ouattara, 2020.

impliquant le chef ou le roi en personne ou une autre personnalité de la communauté. Il arrive encore que la gravité d'une affaire fasse de la nuit la période propice. Dans ces cas, au milieu des ombres de la nuit, sont souvent prises ou exécutées les plus graves décisions.

Certaines fois, le temps du procès est différent du temps *fas* ou du jour chômé. Ces cas se réalisent le plus souvent quand, d'une part, l'existence même de la société est menacée (notamment en cas d'atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la personne du roi, de menace de guerre) ; d'autre part, lorsque l'une des parties directement intéressée au différend est très malade, sur le point de mourir, il faut alors statuer en urgence. Car, il ne faut pas laisser passer une personne dans l'au-delà sans lui avoir fait justice. Cela pourrait avoir des répercussions négatives sur la communauté des vivants. Même, dans l'hypothèse où la mort est déjà survenue, l'action en justice contre une personne ou pour elle, est encore possible. Autrement dit, la fin de la vie sur terre ne fait pas disparaître les obligations du défunt, sa famille payera pour lui le cas échéant, mais il est impératif, qu'il parte libéré dans l'au-delà.

Le temps du procès est donc un temps à distinguer du *temps profane*, il est ordonné par la procédure, maîtrisé par le juge, il est uni en ce qu'en vertu de l'autorité de la chose jugée, il ne se reproduit pas<sup>32</sup>. Le juge agit dans un temps défini, lequel ne dépend pas de sa libre volonté.

Le temps du procès est hors du temps profane, il est aussi hors de certaines périodes jugées spéciales. Ainsi, en est-il de la période de l'*élouélilè* ou *élouéliè* (fête des ignames chez les Agni), de la période de l'intronisation du chef ou de la période d'épidémie ou de guerre.

Le jour de l'*élouélilè* ou *élouéliè*, l'activité de la justice est suspendue. C'est un moment spécial, l'atmosphère est festive, il s'agit d'un temps où la communauté priorise cet événement.

La fête des ignames est une action de grâce des vivants aux esprits pour la paix et la fécondité qu'ils garantissent<sup>33</sup>. L'*élouélilè* offre donc l'occasion aux familles d'offrir des sacrifices à leurs *amwan* (fétiches) en reconnaissance de leurs bienfaits. C'est le temps pour les vivants d'exprimer leur gratitude aux ancêtres pour leur bienveillance à l'égard du collectif.

### *c. Le cadre spatial*

La palabre se tient toujours en un lieu chargé de symbole : sous un préau consacré à cet effet, sous un arbre, à la place publique, près d'une colline, d'une grotte, dans une case édifiée à cet effet. Tous ces endroits sont marqués par le sceau de la sacralité. Ce lieu de la tenue des échanges, de la palabre est appelé l'« arbre à palabres ». C'est donc sous l'« arbre à palabres » que se règlent les conflits entre personnes, villages et communautés. C'est également dans ce lieu de rencontre que la sagesse africaine se manifeste dans sa grandeur.

Parfois, pour des raisons de confidentialité, ou pour préserver l'honneur de l'accusé, ce dernier est convoqué discrètement dans un lieu clos, secret pour être entendu. S'il avoue ses transgressions, l'accusateur est informé en vue de trouver un point d'accord. S'il nie tout, alors l'audience devient publique.

## **2. Les litiges mettant aux prises des consanguins**

L'organisation des sociétés négro-africaines a pour but premier la recherche de l'unité du clan et la cohésion de ses membres. L'individu s'y définit à travers un faisceau d'éléments tenant à la structure sociale, politique, religieuse et économique de la communauté à laquelle il appartient. Il provient tout d'abord d'une ethnie, d'un clan, d'une caste, d'une famille. Un tel système rend l'humain solidaire de sa société de sorte qu'il ne peut y avoir d'exclusion. Le juge est issu de la société victime de l'acte dommageable, car ce serait faire preuve de faiblesse que de confier le règlement d'un cas à un étranger. Laisser un étranger s'immiscer dans un conflit interne au groupe est une preuve de faiblesse tant pour

<sup>32</sup> A. GARAPON, *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 51-60.

<sup>33</sup> F.-J. AMON, *op. cit.*, p. 28.

ce qui concerne le présent (incapacité à mobiliser ses forces pour prendre en charge le différend) que le futur. Par ailleurs, le juge, membre du groupe est par sa connaissance des réalités et des informations passées et présentes mieux placé pour régler les situations problématiques<sup>34</sup>. L'objectif dans la justice traditionnelle africaine n'est pas de déterminer la part de raison ou de tort des parties mais de juguler le mal par une « *logothérapie* » et de rétablir l'harmonie sociale<sup>35</sup>.

#### ***a. Les conflits familiaux***

L'unité de la famille est le premier bien. Une famille divisée va nécessairement à sa perte. De là, la nécessaire réconciliation des membres de la famille quand, pour une raison ou une autre, il leur est arrivé de s'opposer.

Lorsqu'un membre se sent lésé, si c'est un homme, il saisit le chef de son lignage qui convoque, par le plaignant, l'autre partie et règle cette affaire. Si c'est une femme et que l'objet de sa plainte se porte contre une autre femme du lignage, elle saisit soit son époux, soit l'une des femmes ou l'une des veuves du chef de lignage. Ces dernières vont instruire l'affaire et la femme du chef de lignage règlera l'affaire entre les deux femmes dans la confidentialité, à huis clos. Quand la femme saisit son mari, celui-ci appelle l'époux de l'autre femme si ce dernier est plus jeune que lui, sinon il se déplace chez l'autre et l'affaire se règle entre les deux hommes.

Quand un conflit éclate entre deux familles restreintes (foyers), mettant à mal l'unité du lignage, le chef dudit lignage s'auto saisit et convoque toutes les familles restreintes pour régler l'affaire.

En faisant entrer les justiciables dans le cercle judiciaire familial, le juge remplit sa fonction de dissolvant des tensions, de mise à l'épreuve physique et spirituelle des justiciables. Puisque la famille fonctionne comme un organisme soudé par l'origine, source de l'énergie vitale que porte chaque membre de la famille.

#### ***b. Les conflits entre villages***

C'est par le « tambour parleur » que les villages environnants sont informés de la tenue de la palabre. Des émissaires sont envoyés dans les autres contrées plus éloignées.

La famille est toujours prise comme responsable civilement du dommage causé par un des membres de la famille. Si le coupable est en fuite, souvent son héritier est gardé par le chef jusqu'à ce que le coupable se soit rendu.

### **3. Les litiges impliquant des extra-consanguins**

Les infractions commises par les allogènes mettent souvent en péril la coexistence des deux communautés, surtout si elles se caractérisent par des crimes de sang. Mais, l'intensité des conflits est plus liée aux tentatives de ruptures du pacte d'intégration.

Quand l'intentionnalité des allogènes se traduit par l'occupation illicite des terres et la transgression des croyances des autochtones, les autochtones, menacés dans leur existence naturelle et leurs croyances, auront pour défense le rituel judiciaire axé sur l'expression symbolique de leur antériorité historique. Car de telles infractions disqualifient les mythes et légendes de fondement. Les infractions sus indiquées provoquent donc le dysfonctionnement global de la société en déstructurant son essence et son existence. La remise en cause des supports identitaires du groupe implique la quête d'unité non plus seulement dans la consanguinité mais dans l'histoire.

L'audience est publique. Le conflit avec les allogènes devient prétexte pour replonger l'assistance dans les fondements, réintroduire dans l'espace réduit du procès l'immensité du passé. Les fondements surévaluent par conséquent le prix des alliances d'établissement, de conquête des terres.

---

<sup>34</sup> Etienne Le Roy cité par Séraphin Néné Bi, *Histoire du Droit et des institutions méditerranéennes et africaines*, op. cit., p. 164.

<sup>35</sup> S. NENE BI, *ibid.*, p.170-171.

Le juge s'implique dans l'histoire pour mettre en parallèle les fondements et le conflit ; il exhume discursivement les souffrances des autochtones pour minimiser les prétentions des allogènes. Les moments mythiques invoqués par le juge réconcilient la communauté avec les divinités telluriques. Il (le juge) ressoude discursivement les brèches provoquées par le conflit. Ainsi, le ciment mythique non seulement renforce l'unité du groupe, mais réhabilite le sacré disqualifié par la partie adverse. La lumière lointaine des mythes est destinée à l'éclairage des allogènes aveuglés par le conflit.

Le procès s'achève toujours sous certaines conditions. En effet, l'ordre du monde ayant été affecté, il faut que cet ordre soit réparé selon les exigences de la coutume et les rituels de purification.

## Conclusion

Il y a dans les sociétés africaines traditionnelles un grand souci de considérer toute tension de manière globale, en fonction à la fois des acteurs et de la situation. Ceci explique en grande partie le temps consacré au procès et le souci de ne pas sacrifier l'individu à la géométrie juridique. Rien n'est négligé dans cette quête de l'humain.

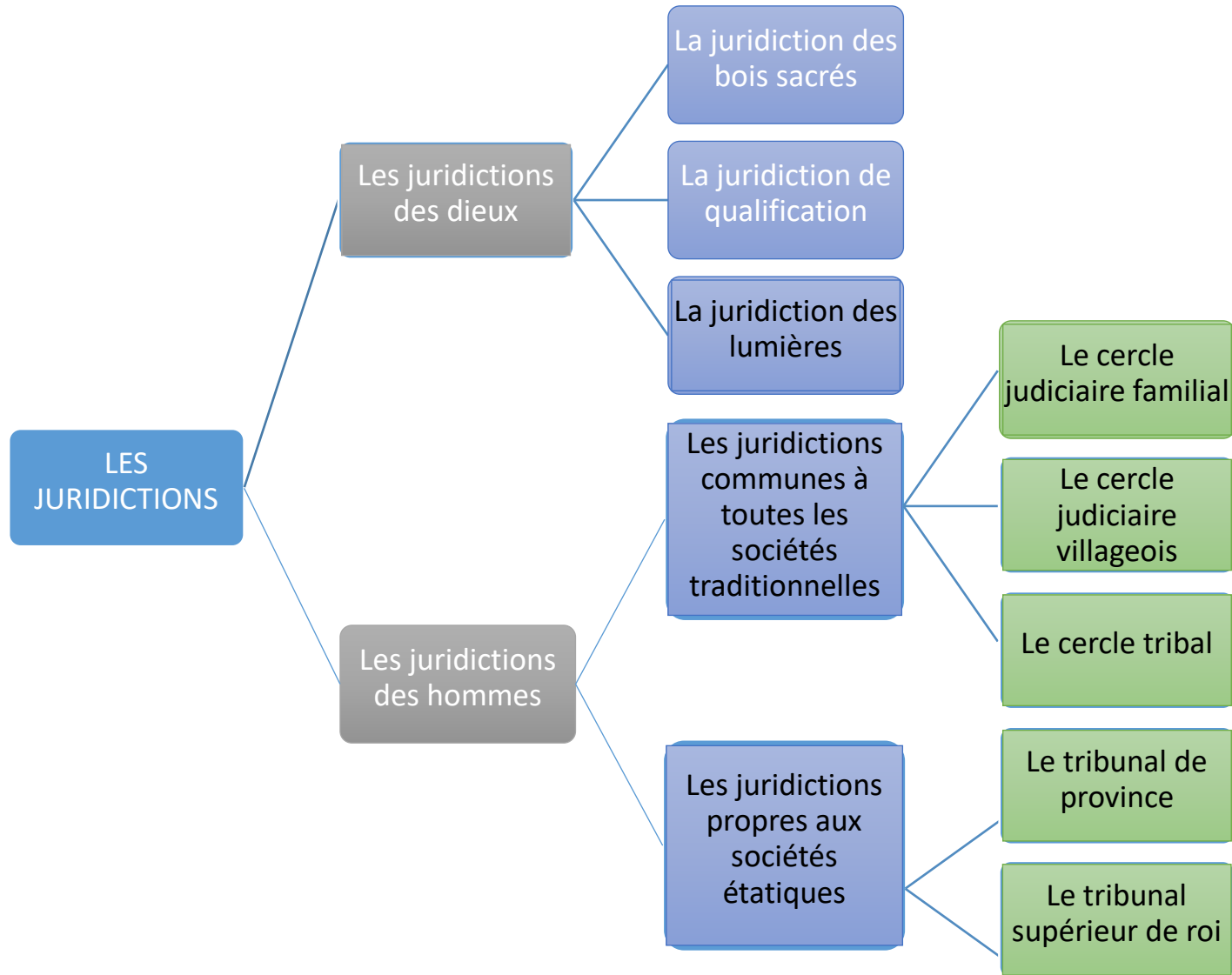
C'est ainsi que les Africains se représentaient la justice et vivaient le juste avant que la colonisation européenne ne vienne bouleverser fondamentalement leurs systèmes socio-économique, juridique, judiciaire. En effet, dans le contexte colonial, la justice s'appréhende comme un instrument de stratégie, le symbole le plus marquant du système colonial, arrimée aux « nécessités » de la colonisation. Elle est autoritaire, centralisée, inégalitaire et hiérarchisée, imposée d'en haut par le pouvoir colonial et ce ne sont pas les quelques assesseurs indigènes associés progressivement à son fonctionnement qui devaient changer cette vision. Elle est d'origine étrangère, extérieure à la société indigène<sup>36</sup>. Pour le pouvoir colonial, la maîtrise de l'espace colonial comme celle des hommes qui y habitent, passe nécessairement par une maîtrise de l'appareil judiciaire. Comment en effet contrôler les hommes dans ces espaces lointains si on ne dispose pas des instruments juridiques coercitifs appropriés<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> En effet, les juridictions ancestrales furent rapidement remplacées par de nouvelles juridictions – comme nous venons de l'exposer – où les administrateurs des colonies, puis ceux de la France d'outre-mer eurent une place prépondérante qui leur permet de diriger et de contrôler le fonctionnement de toute la justice de droit indigène qui prit la dénomination de droit local à partir de 1954

<sup>37</sup> J. JOHN-NAMBO, « Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire », *Droit et société*, 2002/2-3, p. 327.

**Annexe : LES STRUCTURES JURIDICTIONNELLES TRADITIONNELLES NEGRO-AFRICAINES**



---

## Le regard des anthropologues du droit

---



---

## **Le quotidien du droit en Afrique Subsaharienne : de la défiance à l'égard du droit moderne au métissage juridique**

**Camille KUYU**

*Chargé de cours à l'Université Paris Saclay*

*Directeur de recherches au CERDDU<sup>1</sup>*

Dans l'histoire des droits africains, il convient de distinguer les trois séquences, précoloniale, coloniale et postcoloniale. En Afrique précoloniale, les sociétés étaient régies par des systèmes coutumiers qui avaient cet avantage d'être connus, intériorisés, maîtrisés et donc légitimes. Pendant des siècles, des millions d'Africains ont été régis par des normes et institutions avec lesquelles ils avaient une relation privilégiée, jusqu'à ce que la colonisation vienne bouleverser les équilibres anciens. Pendant la colonisation, on assiste à des tentatives de rédaction et de codifications des coutumes. Au lendemain des indépendances, les structures traditionnelles telles qu'elles sont organisées et régies par les coutumes paraissent aux dirigeants des nouveaux États d'Afrique incompatibles avec l'impératif du développement à l'occidentale. Le succès des politiques du développement dépendrait donc de leur transformation. Commence une période de transferts de droits et des institutions, d'inspiration occidentale, qui se poursuit jusqu'à nos jours. Dans un premier temps, les droits importés ont été défiés par les populations. Aujourd'hui le quotidien du droit et de la justice est largement dominé par le pluralisme et le métissage.

### **I. Le transfert des droits**

Le phénomène de transferts de droits et des institutions n'est pas neuf. L'histoire du droit et des institutions nous apprend en effet qu'« imposés ou empruntés, les systèmes juridiques ont souvent régi des populations auxquelles ils n'étaient pas destinés. Le code d'Hammourabi a régné ainsi pendant un millénaire sur tout l'Orient ancien ; les villes grecques s'empruntaient leurs législations, comme d'ailleurs des villes médiévales ; et que dire de l'extraordinaire extension du droit romain, du droit canonique et du droit napoléonien ? »<sup>2</sup>

41

Mais les expériences africaines ont été moins convaincantes voire douloureuses. Dans la quasi-totalité des nouveaux États d'Afrique, le système juridique hérité de la puissance coloniale devait servir de modèle pour la création d'un droit nouveau, dégagé de l'emprise des structures traditionnelles, afin de promouvoir des rapports favorables aux nécessités du développement. Ce nouveau droit était en réalité une copie du droit de l'ancienne puissance coloniale qui inspira, stimula et orienta les rédacteurs, eux-mêmes victimes de leur formation universitaire. Explicitement ou implicitement, des experts occidentaux et internationaux ont conseillé aux États africains d'abandonner des institutions et coutumes jugées barbares et incompatibles avec l'impératif du développement à l'occidentale et d'importer les institutions juridiques des pays occidentaux, laissant entendre par là qu'une similitude de droits entraînerait une croissance économique et un développement social analogues.

On n'aurait aucun mal à dénombrer dans les pays d'Afrique francophone plusieurs centaines de codes, sans compter de simples lois, dont l'essentiel, quantitativement du moins, est emprunté textuellement aux législations française ou belge<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Centre d'Études et de Recherches pour le Développement Durable, Kinshasa, République démocratique du Congo.

<sup>2</sup> M. ALLIOT, « Les transferts de droit ou la double illusion », *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Textes choisis et édités par Camille Kuyu, Paris, Karthala, 2003, p. 129-133.

<sup>3</sup> *Ibid.*

## II. La défiance envers le Droit moderne

L'entreprise de transferts de droits s'est heurtée à des résistances. Les lois ont été moins suivies par les populations. Après avoir été contourné puis détourné, le droit importé a fini par être contesté et son inadaptation était devenue flagrante. La littérature de l'époque, qui a immédiatement suivi les indépendances, a parlé de « résistances traditionnelles au Droit moderne »<sup>4</sup>. Nous sommes donc loin de l'enthousiasme du départ, et l'espoir d'un développement par le droit importé a fait place au désenchantement et à la recherche d'un développement endogène. Plusieurs questions se posent. La principale : pourquoi tant de textes recopiés et si peu de résultats ?

Pour Michel Alliot, la réponse est qu'on avait omis d'analyser le droit. Une telle analyse aurait montré que les effets d'une règle de Droit ne dépendent pas seulement de sa formulation, mais aussi des aspirations et des objectifs de ceux qui l'utilisent et des représentations qu'ils lui associent. Ainsi, écrit-il : « Les textes qui prévoient les procédures judiciaires pour mettre fin aux querelles n'ont pas le même effet là où l'objectif est plutôt de triompher de l'adversaire et là où il est plutôt de concilier et de se réconcilier. On peut en dire autant des textes qui établissent des sanctions pénales contre les délinquants, quand l'objectif est d'amender le délinquant et quand on considère le délit comme le symptôme d'un mal social et que l'objectif est plutôt de traiter la collectivité atteinte. »<sup>5</sup>

En ce qui concerne les transferts de droits proprement dits, Michel Alliot doute que les mêmes textes produisent les mêmes effets partout, en dehors de leurs contextes originels. « Qui veut transférer une législation ou une réglementation doit savoir d'une part que les divergences des objectifs des utilisateurs entraîneront ce qu'il appellera peut-être des effets pervers mais qui ne le sont que pour ceux qui ont été assez superficiels pour croire qu'exportés, les mêmes textes produiront les mêmes effets. »<sup>6</sup>

Dans un même ordre d'idées, il ajoute : « Il ne suffit pas de transférer un texte pour transférer un droit. Le texte ne parle que par les représentations qui lui sont associées. En effet, dans le discours juridique, il n'y a pas seulement le texte, mais aussi les représentations qui y sont associées et qui lui donnent sens. Ces représentations fonctionnent comme moments symboliques du droit et des institutions et ne sont pas sans lien avec la confiance que les populations leur accordent. Ces représentations sont de caractère mythique. »<sup>7</sup> Elles ne s'expatrient pas.

Remarquons toutefois que la défiance envers le droit moderne ne signifie pas son rejet total. Mais un besoin de le domestiquer et de dialoguer avec lui. Elle ne signifie pas non plus que les sociétés africaines contemporaines sont anomiques. Car elles continuent à fonctionner en se référant, éventuellement de façon adaptée, à des registres de légitimité propres et endogènes et en les articulant harmonieusement avec les logiques exogènes de la modernité. Deux traits caractéristiques de la vie juridique africaine contemporaine méritent une attention particulière : le pluralisme juridique et le métissage juridique.

## III. Du pluralisme juridique

Les sociétés africaines sont plurielles et plurales. Plusieurs ordres normatifs y cohabitent sur les mêmes territoires : les droits originellement africains, le droit moderne, le droit musulman, le droit des pratiques, etc. Les populations recourent de façon opportuniste et sélective à ces différents systèmes normatifs. Jacques Vanderlinden donne du pluralisme juridique la définition suivante : « L'existence, au sein d'une société déterminée de mécanismes juridiques différents, s'appliquant à des conditions

<sup>4</sup> M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique Francophone et à Madagascar », *Études de droit africain et de droit malgache*, Paris, Cujas, 1965, p. 235-256.

<sup>5</sup> M. ALLIOT, « Les transferts de droit ou la double illusion », *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, *op. cit.*, p. 129-133.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

identiques. »<sup>8</sup> Suivant la situation d'une personne (par exemple son appartenance à un groupe spécifique) on applique un système de règles plutôt qu'un autre, qui s'appliquera à son tour à d'autres personnes dans une autre situation. Le pluralisme juridique est inhérent au pluralisme social. Comme l'écrit notre regretté collègue Étienne Le Roy, ce pluralisme est au cœur de la vie juridique africaine : « L'Afrique vit sous un double pluralisme juridique de fait. L'un est apparent car contrôlé par l'État. L'autre est effectif mais méconnu ou ignoré. C'est pourtant de là qu'il faudra repartir pour transformer le fait en droit et opter pour des politiques juridiques qui auront pour mission d'inventer un droit pluriel. »<sup>9</sup>

On prendra toutefois garde de ne pas confondre le pluralisme juridique avec ce qu'Étienne Le Roy appelle « l'unitarisme juridique aménagé ». Il écrit à ce sujet : « À l'image de l'ancien colonisateur, les États africains sont dotés d'institutions qui semblent conjuguer ordre imposé (par l'État) et ordre négocié. Mais la pluralité des régulations ne constitue pas un pluralisme juridique si une seule instance, l'État, décide seule de la reconnaissance puis contrôle les diverses régulations. Nous sommes face à un unitarisme juridique aménagé. Mais, si cet État prétend imposer son ordre, il ne peut le concrétiser parce que, de toutes parts, l'État est débordé, contourné ou disqualifié par d'autres ordonnancements juridiques, infra-étatiques ou informels. »<sup>10</sup>

Le pluralisme juridique fait penser au principe de dialogique de la pensée complexe développée par le philosophe et sociologue Edgar Morin. Ce principe suppose en effet de renoncer au mode classique de pensée où l'idée d'unité dilue celle de la multiplicité et du changement. Mieux, la dialogique signifie « unité complexe entre deux logiques, entités ou instances complémentaires, concurrentes et antagonistes qui se nourrissent l'une de l'autre, se complètent, mais aussi s'opposent et se combattent... Dans la dialogique, les antagonismes demeurent et sont constitutifs des entités ou phénomènes complexes. »<sup>11</sup>

Le principe dialogique signifie donc que deux ou plusieurs « logiques » différentes sont liées en une unité, de façon complexe (complémentaire, concurrente et antagoniste) sans que la dualité se perde dans l'unité. Pour expliciter sa pensée, Edgar Morin fait référence à la culture européenne. Il écrit : « ce qui importe dans la vie et le devenir de la culture européenne, c'est la rencontre féconde des diversités, des antagonismes, des concurrences, des complémentarités, c'est-à-dire leur dialogique... C'est la dialogique qui est au cœur de l'identité culturelle européenne, et non tel ou tel de ses éléments ou moments. »<sup>12</sup>

Le pluralisme juridique ne signifie donc pas un mélange des normes appartenant à des systèmes juridiques différents, contrairement au métissage juridique que nous analysons dans le point suivant.

#### IV. Du métissage juridique

Malgré l'intégration des États africains dans la modernité juridique et l'économie du marché, la régulation sociale s'y fait largement par le bas. Cette régulation est déterminée par des logiques fonctionnelles, c'est-à-dire qui correspondent à des objectifs fixés par les acteurs sociaux. Ces logiques sont métissées en ce qu'elles se situent dans l'entre-deux de la modernité et de la tradition, ou encore de la loi et de la coutume.

Les logiques métissées permettent un ensemble d'innovations qui ne se situent pas en rupture, mais se présentent comme des adaptations, des réinterprétations, des inventions sous l'apparence de la tradition ; des mélanges plus ou moins heureux, mais fonctionnels à court ou moyen terme, associant

<sup>8</sup> J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>9</sup> É. LE ROY, « Inventer un autre droit pour répondre à la crise des sociétés africaines », *Repenser le droit africain*, dir. C. KUYU, Paris, Éditions du net, 2020, p. 188.

<sup>10</sup> É. LE ROY, *ibid.*, p. 189.

<sup>11</sup> E. MORIN, *La méthode 5. L'humanité de l'humanité*, Paris, Seuil (Coll. Points Essais), 2001, p. 347-348.

<sup>12</sup> E. MORIN, *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard (Coll. Folio actuel), 1987, p.150.

continuités et transformations, s'insérant dans des véritables stratégies, et justifiables d'une lecture dynamique<sup>13</sup>.

Le métissage est donc la caractéristique principale des innovations normatives observées en Afrique actuelle. Il caractérise le quotidien du droit en Afrique subsaharienne, non seulement au niveau infra-étatique, dans des *espaces anétatiques*<sup>14</sup>, où l'absence de l'État et de son Droit est compensée par d'autres régulations, mais aussi au niveau étatique où le législateur peut être amené à mélanger les normes légales et coutumières dans un même texte. Mieux, les métissages juridiques se font par le bas (A) et par le haut (B).

### **A. Les métissages juridiques par le bas**

De nombreuses pratiques des acteurs africains subsahariens sont faites de métissages, c'est-à-dire des mélanges entre des normes officielles, coutumières voire religieuses. Pour ne pas nous perdre dans des considérations générales, nous avons retenu quelques exemples précis.

#### **1. Les tontines africaines**

Dans un contexte de crise financière, de nombreux africains se tournent vers des structures financières communément appelées tontines : elles apparaissent comme des institutions adaptées de financement des activités économiques en Afrique. Ces structures sont en réalité des innovations relevant de la logique de l'entre deux. Car elles restent communautaires mais empruntent beaucoup aux techniques modernes pour leur fonctionnement qui, souvent, les rapprochent des banques classiques.

#### **2. Le phénomène deuxième bureau en Afrique du Centre et de l'Ouest**

En Afrique du Centre et de l'Ouest, il existe une forme d'union matrimoniale communément dénommée *bureaugamie* ou phénomène *deuxième bureau*<sup>15</sup>. Les quelques rares études consacrées à ce phénomène le présentent comme une résistance de la polygamie traditionnelle aux assauts du droit moderne. Interdit officiellement dans beaucoup de pays africains, ce modèle matrimonial continuerait à être l'objet d'un grand attachement de la part des populations, et connaîtrait un regain de vitalité à travers l'euphémisme *deuxième bureau*. Cette analyse nous paraît superficielle et simplificatrice. Pour nous, les deux pratiques se situent dans des contextes sociologique et spatio-temporel bien définis. La polygamie est un phénomène rural et traditionnel, tandis que le phénomène *bureau* est urbain, inséparable de la crise de la famille dans les villes africaines, de l'urbanisation et de l'urbanité.

La *bureaugamie* n'est pas non plus réductible à la pratique des maîtresses même si elle s'en est inspirée. Une analyse sémiologique des deux pratiques montre clairement qu'il y a des inconvénients à ne pas les distinguer. La maîtresse d'un homme est « une femme qui a des relations amoureuses et sexuelles plus ou moins durables avec lui sans être son épouse ». Cette dernière précision est intéressante. Car elle nous indique que la différence entre un *bureau* et une maîtresse n'est pas de degré mais de nature. Une maîtresse n'est pas une épouse tandis qu'un *bureau* l'est. En conséquence, il n'y a pas une relation d'exclusion entre *bureaugamie* et pratique des maîtresses. Un *bureaugame* peut avoir une ou plusieurs maîtresses, mais leur statut sera inférieur à celui de son (ses) *bureau(x)*.

De ce qui précède nous pensons que la *bureaugamie* est une innovation sociojuridique qui a ses spécificités et ses logiques propres. Elle n'est pas réductible à d'autres modèles matrimoniaux et/ou à la pratique des maîtresses même si elle s'en est inspirée. Nous pouvons aller plus loin et affirmer que la *bureaugamie* est, dans sa réalité, plus proche de la monogamie. Nous pensons en effet que la *bureaugamie* est un ensemble de deux ou plusieurs monogamies simultanées et indépendantes les unes des autres. Le bureau a sa résidence et mène, avec son mari et éventuellement leurs enfants, une vie de

<sup>13</sup> On lira avec profit les travaux d'Étienne Le Roy.

<sup>14</sup> D'après une expression du sociologue Babacar Sall.

<sup>15</sup> C. KUYU, « La "bureaugamie" en Afrique centrale : un nouveau modèle matrimonial ? », *Mariage-mariages*, dir. C. BONTEMS, Paris, PUF, 2001, p. 295-301.

couple et/ou de famille normale, malgré certains inconvénients qui font d'ailleurs, implicitement, partie du contrat de l'union matrimoniale.

## ***B. Les métissages juridiques par le haut***

On se rend de plus en plus compte qu'il y a une volonté du législateur africain d'accorder le dispositif institutionnel avec la modernité que les populations sont en train d'inventer. Dans de nombreux pays, en effet, des normes coutumières sont de plus en plus intégrées dans la loi. En voici quelques exemples précis.

### **1. Sorcellerie et droit positif au Cameroun**

Au Cameroun, le législateur s'est montré fidèle au pari anthropologique en légiférant sur les affaires de sorcellerie, et en consacrant le monopole juridictionnel de l'État sur le règlement de ces affaires<sup>16</sup>. L'article 251 du Code pénal de 1967 déclare à ce sujet : « Est puni d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de 5 000 à 10 000 francs celui qui se livre à des pratiques de sorcellerie, magie ou divination susceptibles de troubler l'ordre ou la tranquillité publics, ou de porter atteinte aux personnes, aux biens ou à la fortune d'autrui même sous forme de rétribution. »<sup>17</sup>

Nous sommes dans une situation de métissage juridique difficile à comprendre pour les juristes formés à l'occidentale. En effet, dans la conception occidentale, le droit et les institutions ne concernent réellement que le monde visible. J.-M. Broekman écrit avec pertinence qu'en Occident le postulat de base du droit est que « l'homme du droit est un être cartésien »<sup>18</sup>. Dans cette logique cartésienne, les affaires de la sorcellerie relevant de la métaphysique et non de la réalité physique, ne concernent pas le droit. Car la pensée occidentale met une frontière entre les deux mondes, visible et invisible, et seul *ce côté-ci* de la frontière constitue le *monde réel*. Cette frontière coïncide avec les frontières institutionnelles. Le Droit et la Justice ignorent ici tout ce qui se passe derrière la frontière. Nous sommes aux antipodes de la pensée africaine où il n'existe pas de frontières institutionnelles. En effet, cette dernière pensée conçoit différemment le *monde réel*. Il est la somme des mondes visible et invisible entre lesquels circulent des énergies<sup>19</sup>.

### **2. Mariages coutumiers dans le Code la famille en République démocratique du Congo**

En République démocratique du Congo, aucun mariage ne peut être célébré à l'état civil sans le versement de la dot. Par ailleurs, cette célébration à l'état civil est devenue facultative. La loi privilégie le mariage célébré en famille, communément appelé mariage coutumier, et dit tout simplement que ce mariage doit être constaté et enregistré conformément aux articles 370 et 371 du Code de la famille.

La célébration du mariage en famille se déroule conformément aux coutumes des parties pour autant que ces coutumes soient conformes à l'ordre public. En cas de conflit des coutumes, la coutume de la femme sera d'application. Dès la célébration du mariage, les époux et éventuellement leurs mandataires, doivent se présenter devant l'officier de l'état civil du lieu de la célébration, en vue de faire constater le mariage et d'assurer sa publicité et son enregistrement.

Lors de l'enregistrement, la présence physique des époux est exigée. Toutefois, exceptionnellement,

---

<sup>16</sup> C.-F. FISY, « Le monopole juridictionnel de l'État et le règlement des affaires de sorcellerie au Cameroun », *Politique Africaine*, 1990, n° 40 : Le droit et ses pratiques, p. 60-71.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>18</sup> J.-M. BROEKMAN, *Droit et Anthropologie*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Story Scientia, 1993, p. 63.

<sup>19</sup> C. KUYU, « L'intermédiation culturelle au tribunal pour enfants de Paris. La Justice française entre les frontières institutionnelles et la perception du "monde réel africain" », *Politique Africaine*, 1998, n°71 : Les coopérations dans la nouvelle géopolitique, p. 164-172. Dans ce texte, il s'agissait de savoir si le juriste africain devait pousser le mimétisme à l'extrême en respectant à la lettre les frontières institutionnelles résultant de la pensée occidentale, au mépris de sa propre perception du monde réel.

les époux peuvent se faire représenter par un mandataire porteur d'une procuration écrite. Chacun des époux doit être accompagné d'un témoin, qui doit avoir la capacité, ainsi que des personnes qui, le cas échéant, doivent consentir au mariage.

### 3. Autorité domestique et autorité parentale en République démocratique du Congo

En République démocratique du Congo, le législateur a consacré la notion de l'*autorité domestique*, à côté de l'*autorité parentale*. En effet, le ménage congolais n'est pas l'équivalent du ménage moderne à l'occidentale – famille nucléaire – composé du père, de la mère et éventuellement de leurs enfants. Le ménage congolais comprend généralement plusieurs personnes qui ont des liens de parenté qui dépassent parfois la consanguinité. Toutes ces personnes sont placées sous l'autorité du chef de famille, reconnu par la loi, et bénéficient des mêmes avantages que les personnes qui sont dans des ménages à l'occidentale. D'après l'article 712 du Code de la famille, l'autorité domestique sur les personnes vivant en ménage commun appartient à celui qui en est le chef en vertu de la loi. Cette autorité s'étend sur tous ceux qui font partie du ménage.

### 4. Les juridictions *Gacaca* au Rwanda

Au Rwanda, les modes traditionnels de règlement de conflits ont été intégrés dans le droit positif pour gérer les conflits liés au génocide de 1994. C'est ce métissage qui a donné naissance à des juridictions *Gacaca* qui ont permis de juger, avec succès et en un temps record, de milliers de personnes impliquées dans ce génocide<sup>20</sup>.

Les juridictions *Gacaca* relèvent de la logique de l'entre deux. Mieux, il s'agit d'une innovation judiciaire à partir d'une union des deux visions contraires du droit et de la justice. Cette refondation de la justice africaine dans l'entre deux des logiques endogènes et exogènes permet de concilier les intérêts différenciés. Car elle a « la double caractéristique de s'inscrire dans les formules endogènes et communautaires mais aussi de formaliser les innovations récentes au sein des sociétés et ainsi de jouer le métissage, plutôt que la concurrence avec les institutions étatiques et modernes »<sup>21</sup>.

Un exemple de ce métissage est l'introduction des garanties judiciaires dans la procédure *Gacaca*. En effet, l'un des principaux résultats attendus de ces juridictions était qu'elles parviennent à faire connaître la vérité, d'une manière qui n'est pas accessible aux tribunaux ordinaires et que seuls des témoignages des membres des communautés – sur des événements auxquels ils ont assisté dans leur propre communauté – rendra possible.

Toutefois, si la recherche de la vérité était extrêmement importante pour la reconstruction sociale au Rwanda, elle ne devait pas être entreprise aux dépens de la justice. Les garanties qui figurent dans les textes nationaux et internationaux sont destinées à empêcher l'injustice et à maintenir l'équité des procès. Par ailleurs, des garanties devaient être dressées contre des mensonges et fausses dénonciations et il fallait faire des efforts pour respecter la présomption d'innocence dont dépendait largement des juridictions *Gacaca*. Conciliant les apports du passé africain et de la modernité, en adaptant des conceptions endogènes de règlement de conflits aux contraintes contemporaines, ces juridictions sont apparues comme des lieux privilégiés d'émergence de nouvelles formes de sociabilité.

---

<sup>20</sup> C. KUYU, « Les juridictions *gacaca* : un modèle de métissage juridique et institutionnel en Afrique », *Bulletin RCN Justice & Démocratie*, Bruxelles, 2004/2, p. 10-11.

<sup>21</sup> É. LE ROY, « La face cachée des expériences actuelles de décentralisation administrative et foncière en Afrique francophone : de la gestion domaniale à la redécouverte des communs », *Dezentralisierung, Demokratisierung und die lokale repräsentation des staates (Décentralisation, démocratisation, et les représentations locales de la force publique)*, Köln, Rudiger Köppe Verlag, 1999, p. 77.

## ***Conclusion***

Nous pensons que c'est sur la problématique nécessairement interculturelle du métissage et de la complexité que débouche toute lecture anthropologique de l'innovation juridique en Afrique. L'intégration des manières de faire traditionnelles dans le droit positif et les alternatives pratiquées par les populations méritent une attention particulière et mettent en évidence l'importance de l'innovation normative en Afrique subsaharienne contemporaine.

Nous pouvons aller plus loin et affirmer que c'est à partir des régulations sociales par le bas que le projet d'élaboration d'une science anthropologique du droit prend corps. Cette approche scientifique du droit par le bas signifie que « la théorie des sciences juridiques ne s'épuise pas dans la dogmatique d'un ordonnancement normatif. La dogmatique juridique est pour ainsi dire le premier niveau de la science du droit. La réduction de la science juridique à la dogmatique normative est une forme de limitation de la connaissance effective du droit en tant que manifestation normative. La théorie des sciences juridiques se propose de comprendre les structures de base du droit en tant que phénomène empirique. Pour cette raison, la théorie des sciences juridiques dépasse les cadres étroits d'un ordonnancement donné, pour étudier les manifestations du droit dans leur structure normative. »<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> N. PALMA, *Introduction à la théorie et à la philosophie du droit*, Notes de cours, Université Paris VIII, 1990, p. 60.

## Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles<sup>1</sup>

Sophie ANDREETTA

Chargée de recherche FRS-FNRS, Université de Liège

Alors qu'il m'accompagnait à Ouidah, sa ville d'origine, pour y rencontrer son oncle à propos de la manière dont les questions d'héritage sont gérées en famille, mon ami Richard, juriste dans une société commerciale, me parle de sa propre situation. Sa mère est décédée il y a cinq ans, laissant deux maisons à Cotonou, deux fils et trois filles. À 41 ans, Richard est le plus jeune. Il m'explique :

« C'est mon frère qui est l'administrateur des biens. Jusqu'ici, il prenait le loyer chez les locataires, mais il ne donnait rien à mes sœurs. Maintenant, ma sœur menace de le traîner au tribunal. À chaque fin du mois, elle vient le voir, elle réclame sa part. Sinon elle ira se plaindre. Et lui, il court pour lui donner l'argent (Cotonou, novembre 2013). »

À Cotonou, l'héritage, au cœur des dynamiques foncières et des rapports familiaux, est source de tensions dans de nombreuses familles : en 2014, 1 104 des 8 313 requêtes introduites au tribunal concernaient des affaires de successions.

Depuis 2004, la question est régie par un nouveau Code des personnes et de la famille (CPF), dont l'adoption intervient dans le cadre d'un ensemble de mesures qui, avec l'appui de différents bailleurs de fonds internationaux, visent à réformer le système judiciaire. Ces réformes s'inscrivent dans des dynamiques plus larges qui consistent, ces vingt dernières années, à promouvoir l'État de droit et la bonne gouvernance sur le continent africain : de nouvelles constitutions sont adoptées, des tribunaux spéciaux mis en place et de nouvelles lois votées en grand nombre<sup>2</sup>. Au Bénin, ces réformes ont lieu dans le prolongement de la conférence nationale et visent, entre autres, à capter les financements de bailleurs de fonds, un phénomène souvent qualifié de « primes à la démocratie »<sup>3</sup>. Entre 2003 et 2013, l'Union européenne a ainsi accordé plus de 12 millions d'euros au gouvernement béninois pour appuyer la réforme de la justice. Le Millenium Challenge Account (MCA) a consacré 34 millions de dollars (30 millions 260 000 euros) au projet « Accès à la justice ». Pendant cette période, de nouvelles juridictions furent mises en place, du personnel formé et engagé. La plupart des textes de lois, jugés obsolètes, ont été modifiés. Ce genre de dispositifs, centrés sur le droit formel et les institutions étatiques, est largement critiqué par la littérature en droit et développement<sup>4</sup> qui y voit des formes « standards » de solutions appliquées indépendamment du contexte<sup>5</sup>. La mise en œuvre et les effets de ces réformes sont, en revanche, plus rarement l'objet de travaux en sciences sociales.

Avec le Code des personnes et de la famille comme objet et les conflits d'héritage comme porte d'entrée, cet article propose de réfléchir à la manière dont une nouvelle loi peut être comprise et instrumentalisée par les citoyens et aux changements sociaux qui en découlent. À Cotonou, ces conflits portent principalement sur des immeubles, qui représentent un enjeu symbolique et financier considérable. Entre

---

<sup>1</sup> Cette contribution a fait l'objet d'une première publication, dans la revue *Cahiers d'Etudes africaines* (2019, p. 377-404). La recherche fut possible grâce au soutien de Benjamin Rubbers et de Marc Poncelet, respectivement promoteur et copromoteur de ma thèse. La collecte de données fut financée par le Fonds de la Recherche Scientifique (FRS-FNRS) et par l'Université de Liège, l'article rédigé dans les bureaux du département *Law and Anthropology* du Max Planck Institute for Social Anthropology. Je tiens également à remercier Marie Brossier, Yvan Droz ainsi que les deux *reviewers* anonymes pour leurs précieux conseils.

<sup>2</sup> L. A. VILLALON, « The Moral and the Political in African Democratization : The Code de la Famille in Niger's Troubled Transition », *Democratization*, 1996/2, p. 41-68 ; J. COMAROFF, J. COMAROFF, « Law and Disorder in the Postcolony », *Social Anthropology*, 2006/2, p. 133-152 ; B. RUBBERS, E. GALLEZ, « Réformer la "justice de proximité". Une comparaison entre les tribunaux coutumiers et les tribunaux de paix à Lubumbashi (R.D.Congo) », *Critique internationale*, 2015/1, p. 145-164.

<sup>3</sup> T. BIRSCHENK, « Democratization without Development. Benin 1989-2009 », *International Journal of Politics, Culture and Society*, 2009, p. 337-357.

<sup>4</sup> S. GOLUB, « Beyond Rule of Law Orthodoxy. The Legal Empowerment Alternative », *Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law series, Working papers*, 2003 ; D. TRUBEK, « The "Rule of Law" in Development Assistance : Past, Present, and Future », 2003, [en ligne, consulté le 13 février 2022] Disponible sur Internet : <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/RuleofLaw.pdf>

<sup>5</sup> B. RUBBERS, E. GALLEZ, « Réformer la "justice de proximité"... », *op. cit.*, p. 148.



2010 et 2015, la plupart des terrains y étaient évalués entre 150 et 300 millions de FCFA, soit entre 225 et 450 000 euros<sup>6</sup>. Il était virtuellement impossible pour un individu d'y acquérir une parcelle : selon une étude de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), le revenu mensuel moyen s'élevait à 37 000 FCFA (55 euros) en 2002. Les tensions liées aux affaires d'héritage permettent donc d'analyser les dynamiques foncières sous l'angle des transferts d'une génération à une autre et de s'interroger sur l'impact d'une nouvelle loi sur la marchandisation des biens.

Cette contribution s'intéresse aux politiques publiques à travers la mise à l'agenda, le vote et la mise en œuvre d'une réforme censée, entre autres, promouvoir les droits des femmes au Bénin, s'inscrivant ainsi dans le cadre des « politiques de genre »<sup>7</sup> récemment mises en œuvre dans plusieurs pays d'Afrique. Elle aborde l'évolution – et la globalisation – du droit et des modèles familiaux à Cotonou, en montrant comment l'adoption du CPF a permis de changer les rapports de pouvoir et de reconfigurer les figures de l'autorité légitime au sein des familles.

## I - Usages du droit et politiques publiques en anthropologie

Comme le soulignent Dezalay et N'Diaye<sup>8</sup>, le droit est jusqu'ici rarement utilisé comme outil d'analyse du social en Afrique. Les anthropologues du droit s'intéressent en effet principalement à la justice « coutumière »<sup>9</sup> ou aux modalités privées ou informelles de résolution des conflits<sup>10</sup>. Les travaux sur les juridictions « modernes » analysent de leur côté les pratiques des fonctionnaires, soulignant l'importance des « normes pratiques » et des arrangements informels au quotidien, mais abordent assez peu la place du droit dans les tribunaux<sup>11</sup>. S'inspirant des *legal consciousness studies*<sup>12</sup>, cet article abordera la question de l'appropriation de la loi par différents types d'acteurs et les effets des réformes formelles sur le continent africain.

Dès les années 1970, le Law and Society Mouvement s'intéresse aux effets sociaux et politiques des mobilisations du droit sur le continent américain. Une première génération de chercheurs prend le droit formel comme point de départ et s'interroge sur la manière dont il peut être utilisé pour lutter contre les inégalités, d'autres analysent la portée des procédures judiciaires, le rôle des professionnels ou encore l'impact des mobilisations du droit sur la société en général<sup>13</sup>. Ils soulignent les limites du droit comme outil de changement social<sup>14</sup> et montrent que le système judiciaire tend généralement à reproduire les

<sup>6</sup> 1 FCFA = 0,0015 euros (<<http://fr.exchangerates.org.uk>>).

<sup>7</sup> S. JACQUOT, A. MAZUR, « Politiques publiques et genre », *Dictionnaire des politiques publiques*, dir. L. BOUSSAGUET *et al.*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p. 460-469 ; I. MALLON, A. QUENIART, « Les politiques de genre : quel genre de politiques ? », *Lien social et politiques*, 2013, p. 7-14.

<sup>8</sup> S. DEZALAY, « Les juristes en Afrique : entre trajectoires d'État, sillons d'empire et mondialisation », *Politique Africaine*, 2015/2, p. 5-2 ; M. N'DIAYE, « Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal. La légitimité et les capacités de l'État en question », *Droit et Société*, 2015/3, p. 607-622.

<sup>9</sup> A. GRIFFITHS, « The "Women's question" in Kwena Family Disputes », *Journal of Legal Pluralism*, 1990, p. 223-254 ; « Women's Worlds, Siblings in Dispute over Inheritance : A View from Botswana », *Africa Today*, 2002/1, p. 60-82.

<sup>10</sup> K. BENDA-BECKMANN, « Forum Shopping and Shopping Forums : Dispute Processing in a Minangkabau village in West Sumatra », *Journal of Legal Pluralism*, 1981, p. 117-159 ; C. LUND, *Twilight Institutions. Public Authority and Local Politics in Africa*, Oxford, Blackwell, 2006.

<sup>11</sup> M. TIDJANI ALOU, « La corruption dans le système judiciaire », *État et corruption en Afrique*, dir. G. BLUNDO, J.-P. OLIVIER DE SARDAN, Paris, Karthala, 2007, p. 179-225 ; T. BIRSCHENK, « The Everyday Functioning of the African Public Service : Informalization, Privatization and Corruption in Benin's Legal System », *Journal of Legal Pluralism*, 2008, p. 101-139.

<sup>12</sup> S.-E. MERRY, *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness Among Working-class Americans*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1990 ; M. MCCANN, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1994 ; P. EWICK, S. SILBEY, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

<sup>13</sup> G. ROSENBERG, *The Hollowed Hope : Can Courts Bring About Social Change ?*, Chicago, University of Chicago Press, 1991 ; D. ENGEL, F. MUNGER, *Rights of Inclusion. Law and Identity in the Life Stories of Americans with Disabilities*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2003 ; C. EPP, *Making Rights Real. Activists, Bureaucrats and the Creation of the Legalistic State*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

<sup>14</sup> S. SCHEINGOLD, *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy, and Political Change*, New Haven, Yale University Press, 1974 ; G. ROSENBERG, *op. cit.*

inégalités<sup>15</sup>. Ces analyses ont ensuite été critiquées pour être uniquement centrées sur les tribunaux et les institutions formelles : une seconde génération d'auteurs choisit alors de placer le point de vue des citoyens au cœur de l'analyse. C'est la naissance des *legal consciousness studies*<sup>16</sup>, dont Merry<sup>17</sup> définit le concept phare, la conscience du droit, comme « the ways people understand and use law ». Cet article s'inspirera de ces travaux, mais en nuancera les conclusions : alors que ces chercheurs insistent sur l'idée que faire un procès produit rarement les effets sociaux escomptés, à Cotonou, mobiliser la justice permet de renégocier la répartition du patrimoine familial. Les affaires d'héritage montrent ainsi le pouvoir de la loi comme outil de changement social sur le continent africain. Les *legal consciousness studies* permettent par ailleurs de replacer le droit formel au cœur de l'analyse et de réfléchir à la manière dont il est approprié, utilisé et aux effets qu'il produit.

Cette approche du droit « par le bas » contraste avec la sociologie du droit française, qui se penche avant tout sur la place du droit dans les institutions et dans les pratiques de ceux qui y travaillent<sup>18</sup>. De la même manière, la question de l'impact des réformes du droit sur le continent africain est avant tout abordée à travers les pratiques des fonctionnaires, mais la manière dont elles sont appropriées par les usagers est par contre peu explorée. Depuis la fin des années 1990, certains chercheurs s'intéressent en effet à la gouvernance quotidienne des services publics en Afrique<sup>19</sup>. Ils analysent le fonctionnement des administrations publiques, le rapport qu'elles entretiennent avec les usagers et la manière dont les réformes sont appropriées ou, parfois, détournées par les fonctionnaires. Blundo<sup>20</sup> s'intéresse ainsi à l'environnement et aux gardes forestiers du Sénégal, Charton<sup>21</sup> à l'éducation, Anders<sup>22</sup> au statut des fonctionnaires, Munoz<sup>23</sup> au régime de taxation au Cameroun et Rubbers et Gallez<sup>24</sup> au système judiciaire. Ces auteurs montrent que les nouvelles mesures permettent rarement d'atteindre les objectifs prévus car elles se basent sur les normes officielles du fonctionnement des services publics sans prendre en compte le comportement réel des agents<sup>25</sup>. Dans le cas des conflits d'héritage, la réforme du droit de la famille fait plutôt figure de succès à Cotonou : elle permet aux femmes d'accéder aux biens familiaux et contribue à reconfigurer les hiérarchies familiales sur une base plus égalitaire. Cet article réfléchit aux éléments qui permettent de comprendre le succès d'une loi pourtant largement « importée » et inspirée du droit civil français, mais aussi aux conséquences de cette réussite.

Le Bénin est loin d'être le seul pays d'Afrique de l'Ouest à avoir entrepris une telle réforme : le Sénégal, le Maroc, l'Algérie, le Togo ou encore le Mali ont également adopté un Code de la Famille. Ben Hounet et Rupert (2018) examinent notamment l'impact des mobilisations du droit sur les rapports de genre à Rabat. À travers la manière dont les juges attribuent les tâches et les rôles familiaux selon les sexes, ils

<sup>15</sup> M. GALANTER, « Why the "Haves" Come Out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change », *Law and Society Review*, 1974 /1, p. 95-160 ; W.-L.-F. FELSTINER, R.-L. ABEL, A. SARAT, « The emergence and the transformation of disputes : naming, blaming, claiming... », *Law and Society Review*, 1981/3-4, p. 631-654.

<sup>16</sup> L. ISRAËL, J. PELISSE, « Quelques éléments sur les conditions d'une "importation" (note liminaire à la traduction du texte de S. Silbey et P. Ewick) », *Terrains & Travaux*, 2004/1, p. 101-111.

<sup>17</sup> S.-E. MERRY, *op cit.*, p. 5.

<sup>18</sup> A. SPIRE, « L'asile au guichet », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2007/4, p. 4-21 ; E. BILAND, R. VANNEUVILLE, « Government Lawyers and the Training of Senior Civil Servants. Maintaining Law at the Heart of the French State », *International Journal of the Legal Profession*, 2012/1, p. 29-54.

<sup>19</sup> *État et corruption en Afrique. Une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger, Sénégal)*, dir. G. BLUNDO, J.-P. OLIVIER DE SARDAN, Paris, Karthala, 2007 ; *The Governance of Daily Life in Africa. Ethnographic Explorations of Public and Collective Services*, Eds. G. BLUNDO, P.-Y. LE MEUR, Leiden, Brill, 2009 ; *States at Work. Dynamics of African Bureaucracies*, Eds T. BIRSCHENK, J.-P. OLIVIER DE SARDAN, Leiden-Boston, Brill, 2014.

<sup>20</sup> G. BLUNDO, « Seing like a State Agent : The Ethnography of Reform in Senegal's Forestry Services », *States at Work. Dynamics of African Bureaucracies*, *ibid.*, p. 69-91.

<sup>21</sup> H. CHARTON, « The Politics of Reform : A Case Study of Bureaucracy in the Ministry of Basic Education in Cameroon », *ibid.*, p. 249-271.

<sup>22</sup> G. ANDERS, *In the Shadow of Good Governance : An ethnography of Civil Service Reform in Africa*, Leiden, Brill, 2010.

<sup>23</sup> J. MUNOZ, « A Breeding Ground for Revenue Reliability ? Cameroonian Veterinary Agents and Tax Officials in the Face of Reform », *States at Work. Dynamics of African Bureaucracies*, *op. cit.*, p. 301-329.

<sup>24</sup> B. RUBBERS, E. GALLEZ, « Beyond Corruption. The Everyday life of a Justice of the Peace Court in the Democratic Republic of Congo », *The Games of the Rule. The Practical Norms of Real Governance in Sub-Saharan Africa*, Eds J.-P. OLIVIER DE SARDAN, T. DE HERDT, London-New-York, Routledge, 2015, p. 245-262 ; « Réformer la "justice de proximité". Une comparaison entre les tribunaux coutumiers et les tribunaux de paix à Lubumbashi (R.D.Congo) », *Critique internationale*, 2015/1, p. 145-164.

<sup>25</sup> B. RUBBERS, E. GALLEZ, « Beyond Corruption... », *ibid.*

montrent que les procédures judiciaires tendent à reproduire les hiérarchies sociales existantes plutôt qu'à promouvoir les droits des femmes. N'Diaye<sup>26</sup> décrit pour sa part le processus d'adoption et la mise en œuvre des codes de la famille au Sénégal et au Maroc. Elle montre que si la loi n'est pas systématiquement appliquée et qu'elle ne représente pas toujours la norme de référence en matière familiale, elle reste néanmoins « une règle du jeu », une stratégie possible et, dès lors, « une norme reconnue et légitime qui participe de la définition des attitudes des populations, qu'elles y soient ou non favorables d'ailleurs »<sup>27</sup>. Dans le prolongement de ces travaux, cet article rend compte du processus d'application du droit « moderne » en milieu urbain à travers la manière dont celui-ci est approprié par les héritiers. À Cotonou, les dispositions du Code ne sont en effet pas systématiquement perçues comme en contradiction avec les normes ou les dynamiques familiales : elles font au contraire écho aux récents changements dans les familles de la capitale économique.

Décloisonner ces corpus théoriques permet d'aborder l'appropriation et les effets des politiques publiques à travers ce qu'elles « font » aux citoyens – dans ce cas, aux familles à Cotonou – et sur cette base, de montrer que les réformes, les normes et les institutions formelles ne sont pas systématiquement contournées en Afrique : les héritiers se saisissent au contraire de la loi pour changer les rapports de pouvoir en famille. Combiner ces différentes manières d'étudier les tribunaux permet enfin de repenser la place de l'État dans les sociétés africaines – jusqu'ici souvent décrit comme absent, inefficace ou corrompu – à travers ses lois, ses institutions et la manière dont elles sont mobilisées par les citoyens.

## II - Le lieu, les participants et la méthode

Pour réaliser cette recherche, j'ai passé près d'un an à Cotonou, entre 2010 et 2015. J'ai assisté aux audiences du tribunal, interrogé des dizaines de professionnels du droit et plus de cinquante familles dont l'un des membres avait décidé de saisir la justice. J'en ai rencontré certains lors des audiences du tribunal, d'autres par l'intermédiaire de leur avocat ou des instances de médiation qu'ils sollicitaient. Afin de garantir leur anonymat, chacun de mes informateurs a été doté d'un pseudonyme et certains renseignements les concernant ont été omis ou modifiés. Les membres de ces familles – environ 150 personnes au total, parmi lesquels un nombre similaire d'hommes et de femmes – furent souvent interviewés séparément, la plupart du temps à leur domicile. Parmi les femmes, environ 40 % exerçaient une activité dans le secteur informel, comme coiffeuses, couturières ou commerçantes. Plus de 30 % étaient employées ou fonctionnaires. Environ 15 % étaient femmes au foyer, 10 % étudiantes. Les activités des hommes étaient souvent plus diversifiées. Un petit nombre appartenaient à une certaine élite sociale et économique : j'ai notamment rencontré un avocat, un architecte, un ingénieur, trois hommes d'affaires et plusieurs hauts fonctionnaires de l'administration. Près de 40 % d'entre eux travaillaient comme employés dans le secteur privé ou comme agents administratifs. Le même nombre étaient commerçants, agents d'entretien, chauffeurs, menuisiers, tailleurs, etc. La plupart des entretiens ont été conduits en français : la majorité des héritiers rencontrés, tout comme la plupart des citoyens de Cotonou, avaient au moins complété une partie du cursus de l'enseignement primaire. À l'échelle du Bénin, la capitale économique fait donc office d'exception : le taux d'alphabétisation chez les 15 ans et plus y est de 69 % – 81 % chez les hommes, 57,2 % chez les femmes – contre 44,6 % pour l'ensemble du pays<sup>28</sup>. Cette exception constitue néanmoins un terrain d'étude particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la place du droit et à l'utilisation des tribunaux aujourd'hui : Cotonou compte environ 670 000 habitants<sup>29</sup> qui, pour la plupart, parlent la langue officielle des administrations, résident à proximité des institutions publiques, voire y ont même déjà été confrontés. Ces caractéristiques – habiter en ville, maîtriser le français, travailler dans le secteur formel ou informel – correspondent à

<sup>26</sup> M. N'DIAYE, *La réforme du droit de la famille. Une comparaison Sénégal-Maroc*, Montréal, PUM, 2016.

<sup>27</sup> M. N'DIAYE, *La politique constitutive au Sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2012, p. 535.

<sup>28</sup> INSAE (Institut National de la Statistique et de l'Analyse Economique), *Résultats du Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH4)*, Cotonou, Ministère du Développement, de l'Analyse Économique et de la Prospective, 2013.

<sup>29</sup> *Ibid.*

celles d'une tranche de plus en plus importante mais pourtant relativement peu étudiée de la population africaine : les classes moyennes<sup>30</sup>.

Après avoir décrit l'évolution du droit de la famille et le contexte de l'adoption du nouveau Code, une première étude de cas me permettra d'identifier les principaux enjeux autour des conflits d'héritage à Cotonou. Quatre autres cas – Robert, Fatiha, la famille Kokkou et l'histoire d'Afosa – me permettront ensuite d'examiner les raisons pour lesquelles les héritiers saisissent le tribunal, la manière dont ils mobilisent la loi et dont ils se saisissent des tribunaux pour produire des effets dans la sphère familiale. Ces histoires de famille m'amèneront à repenser la place de la loi et des normes formelles en Afrique, généralement décrites comme contournées au profit de « normes pratiques »<sup>31</sup>, à travers la manière dont elles sont comprises et instrumentalisées par certains citoyens.

### III - Le « Code des femmes » et l'histoire du droit de la famille au Bénin

Depuis 2004, la République du Bénin dispose d'une nouvelle loi en matière d'héritage. Cette section reviendra sur l'histoire du droit de la famille, sur les innovations du Code de 2004 et le contexte d'adoption de celui-ci. Elle montrera que les récentes politiques de la famille au Bénin s'inscrivent dans le cadre d'une conception de la démocratie qui vise à promouvoir une « bonne gouvernance », ainsi qu'à garantir des droits civils et politiques.

Lorsque le Dahomey est intégré à l'empire colonial français en 1904, la métropole opte pour une politique dite « assimilationniste » et impose le droit français dans ses colonies<sup>32</sup>. En matière de successions, c'est le Code civil français de 1804 qui s'applique, mais les administrateurs rapportent de nombreuses difficultés. La France y remédie en 1912 en instaurant un dualisme juridique dans toute l'AOF : en droit privé, les coutumes sont maintenues, en plus du droit français<sup>33</sup>. Aux citoyens français ou aux indigènes privilégiés bénéficiant de la citoyenneté, on applique le droit français. Aux autres, on applique le droit dit « traditionnel », autrement dit, les coutumes locales<sup>34</sup>. En 1946, la loi Lamine Gueye abolit la distinction entre sujets et citoyens en AOF<sup>35</sup>. À partir de cette date, les Béninois peuvent « choisir » leur statut – traditionnel ou moderne – et, par conséquent, le type de droit qui leur sera appliqué à travers le type de mariage dans lequel ils s'engagent : ceux qui optent pour un mariage civil et leurs descendants tomberont sous le droit moderne, les autres, sous le droit traditionnel. Après l'indépendance en 1960, ce dualisme juridique est maintenu par les différents gouvernements qui se succèdent à la tête du Bénin<sup>36</sup>.

La nécessité d'une nouvelle loi sur le statut des personnes et sur la famille est mise en avant par les organisations professionnelles féminines après la conférence nationale de 1990 qui pose les bases d'un régime démocratique au Bénin. En 1995, un projet de Code est transmis à l'Assemblée nationale<sup>37</sup>. L'année suivante, le rapport des états généraux de la justice mentionne que l'adoption de ce nouveau Code est une priorité<sup>38</sup>, mais en raison de son caractère particulièrement novateur, surtout en ce qui

---

<sup>30</sup> P. JACQUEMOT, 2012, « Les classes moyennes changent-elles la donne en Afrique ? Réalités, enjeux et perspective », *Afrique contemporaine*, 2012, p. 17-31 ; *L'Invention des classes moyennes africaines. Enjeux politiques d'une catégorie incertaine*, dir. D. DARBON, C. TOULABOR, Paris, Karthala, 2014.

Je ne reviendrai pas ici sur les nombreuses critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de la notion de « classes moyennes », dans la mesure où il ne s'agit pas de l'objet de cet article.

<sup>31</sup> *Real Governance and Practical Norms in Sub-Saharan Africa : The Game of the Rules*, dir. T. DE HERDT, J.-P. OLIVIER DE SARDAN, London, Routledge, 2015.

<sup>32</sup> B. BRUNET-LA RUCHE, *Crime et châtement aux colonies : poursuivre, juger et sanctionner au Dahomey de 1894 à 1945*, Thèse de Doctorat, Toulouse, Université de Toulouse 2 Le Mirail, 2013.

<sup>33</sup> A.-N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Faculté de droit, sciences sociales et politiques, sciences économiques et de gestion, Université Montesquieu de Bordeaux IV, 1998, p. 18.

<sup>34</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1975 ; B. BRUNET-LA RUCHE, *op. cit.*

<sup>35</sup> A.-N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 20.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> S. BOLLE, « Le Code des Personnes et de la Famille devant la Cour Constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 », *Afrilex*, 2004, p. 315-342.

<sup>38</sup> MJLDH (Ministère de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme), *États Généraux de la Justice*, Cotonou, 1996.

concerne les droits des femmes, les députés rechignent à l'examiner. De la même manière qu'ils opposent les groupes religieux et les « laïcs » dans d'autres pays d'Afrique de l'Ouest comme le Niger, le Sénégal ou le Mali<sup>39</sup>, les débats autour du droit de la famille béninois impliquent les partisans de la « tradition » et ceux du « droit moderne », largement inspiré du droit français. Le premier groupe inclut notamment les partisans de la « tradition musulmane », majoritaire dans le nord du pays. Ces derniers représentent un peu moins de 30 % de la population, pour environ 55 % de chrétiens et presque 10 % de « vodun »<sup>40</sup>, contrairement au Niger, au Sénégal ou au Mali où l'islam est largement majoritaire. Ce sont finalement les « modernes » qui l'emporteront : le Code définit les époux comme égaux. Les femmes héritent au même titre que les hommes, en tant que filles mais aussi en tant que veuves, les conjoints survivants héritant désormais du quart du patrimoine. L'autorité parentale est exercée de manière conjointe – et non uniquement – par le père. La catégorie d'« enfants illégitimes » disparaît : on parle désormais d'« enfants naturels », dont les droits sont identiques à ceux des enfants reconnus. Le CPF n'accorde par ailleurs aucun statut particulier aux différentes religions. Une première législature laissera le texte au placard et il fallut attendre la fin d'une seconde législature pour que, sous la pression des ONG féminines, les députés votent enfin le texte en 2002. Dans sa version finale, validée en 2004, le CPF ne reconnaît plus la polygamie, jugée discriminatoire envers les femmes par la Cour constitutionnelle<sup>41</sup>.

Le contexte de l'adoption du Code, ainsi que l'étiquette « féministe » des organisations impliquées, qui ont contribué à l'identification de cette loi comme avant tout écrite pour les femmes<sup>42</sup>. Le rôle des associations féminines et des professionnelles du droit dans la promotion du Code de la famille est pourtant loin d'être typiquement béninois. N'Diaye<sup>43</sup> s'intéresse ainsi à l'association des juristes sénégalaises et à la manière dont elles mobilisent le droit comme répertoire d'action collective, montrant qu'elles ont joué un rôle déterminant dans l'adoption de nombreux textes protégeant les droits des femmes et des enfants. N'Diaye mentionne cependant les difficultés rencontrées par cette association d'« élites » pour acquérir un statut légitime auprès de l'ensemble de la société, un constat qui fait écho à la situation du Bénin : le CPF est souvent décrit comme pensé par et pour une élite urbaine et éduquée. L'adoption du Code s'inscrit, enfin, dans le prolongement de la conférence nationale, qui impliquait déjà largement la société civile.

En matière d'héritage, la nouvelle loi prévoit que la succession s'ouvre au dernier domicile du défunt. Les héritiers doivent, dans les trois mois qui suivent la date du décès, organiser un « conseil de famille » qui réunit tous les héritiers – les enfants et le conjoint survivant – afin de désigner deux coliquidateurs de la succession. Dans la loi, ils ont pour mission de dresser la liste des biens et des héritiers dans un délai de six mois maximum et de proposer un plan de partage ou de liquidation de la succession. En pratique, ils sont souvent chargés de gérer les biens familiaux. Le procès-verbal de la réunion, qui désigne les administrateurs, doit être homologué par le tribunal. Le Code béninois prévoit également, tout comme l'ancien Code civil français, que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué » (CPF art. 752 et suivants). Autrement dit, un seul des héritiers peut demander le partage ou la vente du patrimoine commun, même si le reste de la famille s'y oppose. Dans ce cas, la veuve hérite, en pleine propriété, du quart de l'ensemble des biens, et les enfants se partagent le reste à parts égales (CPF art. 630 et suivants).

Ce nouveau Code contraste donc avec les anciennes règles, en particulier le droit dit « traditionnel » qui, en pratique, s'appliquait à la majorité des successions. En effet, si le droit français prévoyait que le patrimoine soit partagé à parts égales entre les héritiers, les principes du droit traditionnel, en revanche,

---

<sup>39</sup> L.-A. VILLALON, « The Moral and the Political in African Democratization... », *op. cit.* ; M. BROSSIER, « Les débats sur le droit de la famille au Sénégal. Une mise en question des fondements de l'autorité légitime ? » *Politique Africaine*, 2004, p. 78-98 ; B. SOARES, « The Attempt to Reform Family Law in Mali », *Die Welt des Islams*, 2008, p. 398-428.

<sup>40</sup> INSAE (Institut National de la Statistique et de l'Analyse Economique), *Cinquième enquête démographique et de santé au Bénin (EDSB-V) 2017-2018. Indicateurs clés*, Cotonou, Ministère du Plan et du Développement, 2018

<sup>41</sup> S. BOLLE, « Le Code des Personnes et de la Famille devant la Cour Constitutionnelle du Bénin », *op. cit.*

<sup>42</sup> S. ANDREETTA, « Le "Code des femmes" ? Conflits d'héritage, dynamiques de genre et usages du droit à Cotonou », *Cahiers du Genre*, 2019/1, p. 201-222.

<sup>43</sup> M. N'DIAYE, « Le développement d'une mobilisation juridique dans le combat pour la cause des femmes : l'exemple de l'Association des juristes sénégalaises (AJS) », *Politique Africaine*, 2011, p. 179-198.

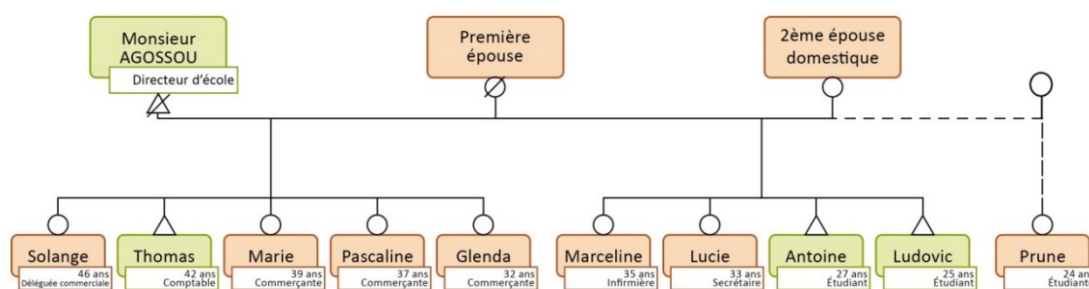
étaient inégalitaires dans la plupart des coutumes<sup>44</sup>. Bien que des différences existent selon les différents sous-groupes, chez les Adja-Fon, majoritaires au sud du pays, les aînés géraient généralement le patrimoine familial jusqu'à leur mort, et les hommes se succédaient ainsi à la tête du patrimoine, qu'ils administraient souvent seuls. Ces éléments expliquent, en partie, l'importance des affaires d'héritage devant les juridictions à Cotonou : les femmes et les cadets disposent désormais d'un forum devant lequel les normes familiales « traditionnelles » peuvent être mises en question<sup>45</sup>.

#### IV - L'héritage de Monsieur Agossou

En se basant sur l'histoire de la famille Agossou, cette section abordera les éléments de contexte qui permettent de mieux comprendre la fréquence des litiges successoraux à Cotonou : la pluralité des normes qui régissent les rapports familiaux tout d'abord, l'importance de la polygamie, ensuite, et la valeur croissante des biens immobiliers, enfin. L'héritage de Monsieur Agossou permettra par ailleurs de réfléchir à la place de la loi dans ces disputes et dans les familles.

Monsieur Agossou est mort à l'âge de 73 ans, le 28 mai 2011. Il laisse une veuve et dix enfants de trois mères différentes. Près de 40 ans plus tôt, il épouse une première femme, la mère de ses cinq premiers enfants : Solange, Thomas, Marie, Pascaline et Glenda. Sur un terrain offert par son beau-père, il construit une maison familiale. Quelques années plus tard, il prend une seconde épouse, qui lui donne quatre enfants : Marceline, Lucie, Antoine et Ludovic. Il a également une fille hors mariage, Prune, étudiante en droit.

Fig. 1. — La famille Agossou



Le 17 mai 2011, Monsieur Agossou se casse le fémur. Les enfants de sa première épouse l'emmènent à l'hôpital. Ce sont eux qui payent l'ensemble des soins. Dix jours plus tard, leur père s'éteint. Les enfants se retrouvent pour décider d'une date des funérailles. Après consultation de la famille, la date de l'enterrement est fixée à deux mois plus tard. Ils décident également d'une cotisation de 80 000 FCFA (120 euros) par enfant, destinée à couvrir les dépenses communes telles que le cercueil et l'organisation de la messe. Les enfants de la première femme se plaignent du manque de participation de leurs demi-frères et sœurs : « Ils ont donné 120 000 pour eux quatre », raconte Glenda (Cotonou, février 2013).

Quelques mois plus tard, les enfants se réunissent pour organiser la succession. De son vivant, leur père avait écrit ses dernières volontés : il souhaitait que Thomas et Marceline soient administrateurs de ses biens. La maison de Cotonou ne devait jamais être vendue, mais devenir une maison familiale où se tiendraient les futures réunions. Il disposait d'une parcelle à Ouidah, censée revenir aux premiers enfants. Une autre parcelle à Porto-Novo, où résidait sa seconde épouse, était attribuée aux enfants de cette dernière et à Prune, qui décide cependant de rester à l'écart :

« Je n'aime pas trop m'ingérer dans les histoires de famille. Je me méfie beaucoup de mes autres frères et sœurs. La sorcellerie est ici en Afrique. Donc si tu ne sais pas faire, tu tombes dans le

<sup>44</sup> A.-N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire*, op. cit.

<sup>45</sup> S. ANDREETTA, « Le "Code des femmes" ?... », op. cit.

piège. Ils m'ont invitée [pour le partage], mais je n'ai pas été. » (Extrait d'entretien, Abomey-Calavi, mars 2013)

Une fois le procès-verbal du conseil de famille (PVCF) homologué au tribunal, les enfants ont du mal à s'entendre sur la répartition des biens. Ils décident finalement de vendre les parcelles non bâties à la demande de Marceline, selon laquelle un partage en nature ne tient pas compte de la valeur marchande des biens. Mais c'est surtout la question de la maison familiale et de sa gestion qui pose problème. Marceline et ses trois frères et sœurs demandent le partage des chambres entre les différents héritiers, en se basant sur le CPF qui définit les héritiers comme égaux. Solange, Thomas, Marie, Pascaline et Glenda s'y opposent :

« On ne peut pas rester ensemble. On ne sait pas ce qui se passe dans le cœur de chacun de nous. Pendant les funérailles, on ne les a pas vus. Puis maintenant, au moment du partage, ils viennent pour dire : "Moi aussi je suis enfant". Du vivant de notre père, il n'y en a pas un seul qui soit venu dire : "Papa je veux une chambre". Ce n'est pas maintenant qu'ils vont venir rester avec nous. » (Extrait d'entretien avec Glenda, Cotonou, février 2013)

Les héritiers décident finalement de vendre la maison familiale, avec l'autorisation du juge. Dans les arguments des héritiers Agossou, on retrouve les trois dimensions de la parenté identifiées par Weber<sup>46</sup> : le droit – avec la notion d'égalité – la parenté biologique et le quotidien. Ce « quotidien » est l'argument principal des enfants de la première épouse qui justifient leur statut d'héritiers privilégiés par leur présence aux côtés de leur père, leur occupation de la maison de son vivant et leurs contributions aux dépenses, avant et après sa mort. Ces enfants qui sont « restés avec » le défunt sont également ceux qui, après le décès, occupent la maison. L'importance du quotidien partagé est également illustrée par la réaction de Prune, qui s'exclut volontairement du partage. Les enfants de la seconde épouse, en revanche, estiment qu'ils sont tous des descendants de leur père et qu'ils ont donc les mêmes droits sur le patrimoine. Marceline évoque à plusieurs reprises le Code des personnes et de la famille qui privilégie la dimension biologique de la parenté et insiste sur l'égalité de tous les enfants, légitimes ou non. Les tensions entre ces différentes dimensions de la parenté qui ne se recoupent pas toujours sont ici, comme dans de nombreux autres cas, à l'origine du conflit entre héritiers.

55

Comme dans de nombreuses familles du Bénin, on distingue en effet plusieurs groupes d'enfants qui correspondent aux parties du litige : celui des enfants de la première épouse, celle qui fait office de conjointe légitime ; les « autres », les enfants de la rivale ; et Prune, enfin, née hors mariage. La polygamie est en effet largement répandue au Bénin. Autrefois autorisée par la loi, elle fait petit à petit place, aujourd'hui, à une polygamie de fait : s'ils ne peuvent, légalement, épouser qu'une seule femme, les Béninois ont souvent plusieurs concubines avec lesquelles ils ont des enfants. Les litiges en matière d'héritage concernent donc fréquemment des héritiers « de différents lits », ou des veuves aux enfants de leur(s) coépouse(s).

Les testaments sont rares ou, comme c'est le cas dans la famille Agossou, limités à quelques « dernières volontés » sur le partage des biens et le choix des administrateurs. Même s'ils s'accordent sur l'idée qu'un testament éviterait les conflits, la plupart des habitants de Cotonou considèrent que penser et préparer son décès, c'est d'une certaine manière le provoquer.

Cet exemple permet enfin d'identifier le principal enjeu de ce genre de conflits : les immeubles. Pour des héritiers dont les parents sont propriétaires d'une parcelle acquise il y a plusieurs dizaines d'années<sup>47</sup>, le patrimoine familial représente en effet un enjeu de taille, mais aussi un mode d'accès privilégié à la terre : vendre une parcelle à Cotonou permet souvent à chacun d'acheter sa propre maison dans la périphérie.

<sup>46</sup> F. WEBER, *Le nom, le sang, le quotidien. Une sociologie de la parenté pratique*, Paris, Aux lieux d'être, 2005.

<sup>47</sup> J.-C. Grisoni-Niaki explique qu'une parcelle de taille moyenne dans un quartier du centre de Cotonou valait environ 150 000 FCFA en 1974 et 9 millions dix ans plus tard (J.-C. GRISONI-NIAKI, « Dynamiques foncières et immobilières. Explosion urbaine et développement local à Cotonou », *Les Annales de la Recherche Urbaine*, 1984, p. 119-125).

La plupart des conflits d'héritage concernent des immeubles situés en ville, même si le défunt possédait des biens ailleurs<sup>48</sup>. À Cotonou, on ne se dispute pas les parcelles du village : elles sont considérées comme des biens communs, comme un patrimoine à transmettre et non à partager ou à s'approprier. Contrairement aux parcelles immatriculées, les terres situées en milieu rural ne s'inscrivent pas dans une économie de marché. La plupart des citoyens s'y intéressent donc assez peu. Il n'est pas question de les vendre, ni de les occuper : nombreux sont les héritiers qui ont peu de contacts avec leur village d'origine, voire qui refusent de s'y rendre par crainte de cet univers inconnu. Ils insistent également sur les normes qui régissent le partage des biens qui s'y trouvent, différentes de celles qui concernent les maisons de la capitale : les terres sont généralement perçues comme réservées aux hommes qui pourront les cultiver. « On partage aux garçons, mais les filles on leur donne quelque chose. Mais compte tenu de la tradition, c'est moins », explique l'oncle Tossou (Entretien, Lokossa, avril 2013). Sa nièce Juliette poursuit :

« En ville maintenant, c'est officiel. On doit partager ça légalement. Ce qui est au village, c'est les anciens qui ont déjà instauré ça dans la famille. Même si le parquet dit qu'il y a une loi qui dit ça ou ça là, nous on ne peut pas accepter. On ne peut pas faire ça comme l'article a dit. » (Cotonou, avril 2013)

Les héritiers insistent d'ailleurs fréquemment sur les dangers auxquels on s'expose si l'on enfreint les normes familiales au village. Ces normes sont décrites comme une forme d'organisation sociale, où les hommes cultivent la terre et les femmes résident dans la famille de leur époux ; où les filles sont destinées à partir vivre ailleurs et les hommes à subvenir aux besoins de leur famille. En ville, en revanche, les femmes travaillent, participent aux charges de la famille et élèvent fréquemment seules leurs enfants. Les dispositions légales, qui mettent l'accent sur l'individualisme, sont donc bien plus pertinentes et plus justes à Cotonou.

Les différences entre la loi et les normes familiales, les tensions liées à la polygamie et l'inflation foncière sont au cœur de nombreuses affaires d'héritage dans la capitale. Ces éléments aident à mieux comprendre pourquoi les héritiers sont de plus en plus nombreux à mobiliser la loi pour réclamer leur part de biens communs. Ils permettent également de réfléchir aux effets du nouveau Code des personnes et de la famille : s'il vise à promouvoir la notion d'égalité, il contribue également au phénomène de marchandisation des terres.

La question du foncier sur le continent africain fait l'objet de nombreuses publications qui insistent avant tout sur les conditions d'accès à la terre en milieu rural et leur ancrage fondamentalement social et politique<sup>49</sup>. Les auteurs insistent notamment sur l'idée que la propriété foncière est loin d'être incontestée et inaliénable, bien au contraire : elle fait l'objet de négociations, de compétition, d'accaparements<sup>50</sup>. Si ces chercheurs remarquent également que la formalisation des titres, destinée à empêcher les conflits, n'a fait que renforcer le phénomène, peu d'entre eux se penchent en revanche sur la manière dont l'accès au foncier est négocié dans un contexte urbain<sup>51</sup>. À Cotonou, l'accès, la vente ou le partage d'un héritage par l'intermédiaire du tribunal fait incontestablement partie des stratégies des individus pour sécuriser leurs droits à la terre : les procédures judiciaires sont en effet un excellent moyen de transformer un bien commun auquel l'accès n'est accordé qu'à certaines personnes en propriété individuelle de chacun des héritiers.

---

<sup>48</sup> Cet article porte sur les conflits d'héritage à Cotonou, la capitale économique du Bénin. Si je me suis également intéressée à la place des biens « du village » dans ces conflits, cette recherche ne portait cependant pas sur la manière dont les questions d'héritage étaient gérées en milieu rural.

<sup>49</sup> J.-P. CHAUVEAU, J.-P. COLIN, « Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire : Revisiting the Embeddedness Issue », *Africa*, 2010/1, p. 81-103.

<sup>50</sup> S. BERRY, « Debating the Land Question in Africa », *Comparative Studies in Society and History*, 2002/4, p. 638-668 ; *Land and the Politics of Belonging in West Africa*, dir. R. KUBA, C. LENTZ, Leiden-Boston, Brill, 2006 ; M. GARDINI, « Land Transactions and Chieftaincies in Southwestern Togo », *Africa Spectrum*, 2012/1, p. 51-72.

<sup>51</sup> S. BERRY, « Building for the Future ? Investment, Land Reform and the Contingencies of Ownership in Contemporary Ghana », *World Development*, 2009, p. 1370-1378.



## V - Comment les héritiers saisissent-ils le tribunal ?

En matière de successions, les procédures possibles devant le tribunal se déclinent de manière progressive selon le degré de « mésintelligence »<sup>52</sup> entre les héritiers. Ces procédures peuvent se succéder ou se combiner devant le juge « état des personnes », compétent pour appliquer le Code des personnes et de la famille.

Cette section reviendra sur quatre manières dont les héritiers mobilisent le droit et les procédures au tribunal, qui correspondent à la majorité des affaires observées dans le cadre de cette recherche. La première, et la plus fréquente, correspond à l'homologation du PVCF, une formalité nécessaire pour accéder aux comptes bancaires du défunt et à la pension des conjoints. Cette formalité administrative peut cependant être mobilisée par ceux qui craignent que certains membres de la famille ne s'approprient le patrimoine. Il s'agit alors de s'assurer, grâce à l'intervention du juge, que leurs droits seront respectés : c'est le second cas de figure. Saisir le tribunal permet également de renégocier la clé de répartition des biens, ou encore de mettre la famille élargie à distance en procédant à la vente du patrimoine commun. Les quatre types de situations décrites dans cette section montrent que les héritiers se saisissent du droit comme d'une ressource stratégique, afin de produire, souvent avec succès, des effets sur les rapports familiaux. Elles attestent aussi d'un certain rapport à l'État – dont l'intervention dans le domaine de la famille n'est par ailleurs pas mise en question – auquel les tribunaux sont associés, dans un contexte où les services publics sont par ailleurs fréquemment décrits comme corrompus et inefficaces.

### *Légitimer une décision familiale*

La première étape, lorsqu'une personne meurt, consiste à faire homologuer le procès-verbal du conseil de famille. Dans ce genre de cas, le tribunal est souvent saisi d'un commun accord. Cette formalité n'est pas nécessairement effectuée par tous les héritiers à Cotonou. Lorsqu'il n'y a ni comptes bancaires, ni droits au Trésor, la plupart des familles se contentent d'organiser la réunion et de désigner des gestionnaires de manière informelle. Si les héritiers souhaitent gérer ensemble leur patrimoine commun, l'homologation du PVCF par le tribunal n'est, en pratique, pas nécessaire. La plupart des résidents de la capitale négligent également les formalités qui permettent de transférer la propriété du défunt aux héritiers. Faire les choses « légalement » impliquerait, dès le décès, d'effectuer la mutation du titre de propriété à la mairie, s'il s'agit d'un permis d'habiter, à la direction des domaines, si c'est un titre foncier. Cela signifie également s'acquitter des frais de mutation auprès des différentes instances. Ces formalités ne sont nécessaires que lorsque les parties souhaitent vendre en effectuant toutes les formalités légales. Si le défunt était fonctionnaire ou s'il disposait de fonds sur des comptes bancaires, en revanche, les banques réclameront le PVCF pour accorder aux héritiers l'accès aux comptes du défunt et l'administration publique octroiera une pension au conjoint survivant. S'il existe des biens immatriculés que les héritiers souhaitent vendre ou muter à leur nom, ce document est également nécessaire. Enfin, certains souhaitent rendre leur choix officiel, reconnu par « l'État ». La procédure d'homologation permet alors de valider la position de l'administrateur – aujourd'hui, du liquidateur – choisi, de lui donner un poids et une légitimité. « C'est le tribunal qui m'a nommé », diront souvent ces derniers.

Les héritiers peuvent mobiliser le tribunal d'une manière similaire dans d'autres cas de figure : les demandes de partage ou d'autorisation de vente, souvent classées parmi les procédures contentieuses, peuvent également être introduites par des héritiers qui souhaitent officialiser une décision familiale. Robert est animateur de groupes pour la CTB, l'agence de coopération au développement belge basée à Cotonou. Sa mère décède en 2002, laissant deux garçons, Robert et Nathaniel, et trois filles. Tous sont majeurs à l'époque, âgés d'une quarantaine d'années. En tant qu'aîné, Robert se charge d'organiser les funérailles, puis de réunir un conseil de famille rassemblant les héritiers.

La maison familiale, achetée ensemble par les parents, est aujourd'hui occupée par le veuf et les filles, alors que la seconde maison de la défunte est gérée par ses fils. Robert en occupe une partie, il loue

---

<sup>52</sup> Terme utilisé par les juristes pour faire référence à une mésintelligence entre héritiers.

l'autre et en transfère les bénéfices à son frère. Mais en 2012, Nathaniel décide de revenir s'installer dans la maison de sa mère. La cohabitation entre les deux frères est difficile. Nathaniel, qui peine à s'en sortir financièrement, demande de l'aide à ses frères et sœurs. Lorsque ceux-ci refusent, il suggère de vendre la maison.

« On a écrit un PV du conseil de famille, manuscrit, contresigné, et on a pris la décision de vendre ce terrain parce que c'est la meilleure solution. [...] Je me suis dit dans deux ans, trois ans, ce gars-là il va me dire : "Oh tiens, il est de connivence avec les gens, ils ont sous-évalué la valeur de la maison, ils vont tout remettre en question". Donc j'ai dit : "Non, on le fait selon la loi". [...] C'était une formalité juridique à faire pour qu'il y ait une décision qui ne soit pas seulement portée par nous, qu'il y ait un cachet. » (Extrait d'entretien avec Robert, Cotonou, février 2013)

Cette remarque rejoint celle de nombreux héritiers dans les différents types de procédures : c'est l'idée que le tribunal, comme autorité étatique, permet de donner un caractère officiel à une décision familiale et de la rendre ainsi incontestable.

### *S'assurer que ses droits sont respectés*

Pour certains, « faire les choses légalement » signifie aussi s'assurer que leurs droits seront respectés. Certains mobilisent en effet ces procédures « obligatoires » comme prétextes, comme une opportunité pour marquer leur désaccord. L'homologation du PVCF fait alors office d'excuse pour, une fois la procédure engagée, faire part au juge d'éventuels désaccords ou d'une mauvaise gestion. C'est le cas de nombreuses veuves qui osent rarement s'opposer ouvertement à la famille de leur époux. Craignant d'être exclues de la gestion du patrimoine, chassées de la maison ou simplement de voir la procédure indéfiniment retardée par les enfants ou les frères et sœurs du défunt, elles préfèrent prétendre coopérer. Elles profitent ensuite de l'audience destinée à l'homologation pour marquer leur désaccord avec la décision prise en famille. Les veuves profitent également des audiences au tribunal pour demander la vente ou le partage des biens, en particulier lorsque les enfants sont mineurs et à leur charge. C'est le cas de la belle-sœur de Lucien, Francesca. Comme elle n'est pas mariée, c'est Lucien, le frère de son époux, qui a été nommé administrateur des biens par le tribunal. D'un commun accord avec l'ensemble de la famille, il est également décidé que le patrimoine ne sera pas vendu avant la majorité des enfants. Francesca mobilise alors le tribunal pour faire pression sur Lucien et ses frères afin qu'ils contribuent à l'éducation de leurs neveux, expliquant au juge qu'elle a besoin d'argent pour ce faire. Lucien raconte :

« À chaque fois qu'on nous convoque, on va au tribunal, on dit : "On doit subvenir aux besoins des enfants". Je n'ai pas hésité, j'ai écrit aux banques. [...] J'ai remis les sous, contre décharge. Elle a signé devant la présidente du tribunal. » (Extrait d'entretien, Cotonou, décembre 2012)

D'autres saisissent le tribunal de manière presque préventive : craignant que la famille de leur époux n'accapare les biens, elles introduisent une demande pour qu'un liquidateur soit désigné. Saisir le tribunal permet alors de se protéger, comme l'explique Fatiha, une veuve d'une trentaine d'années :

« Étant donné qu'on est en Afrique, je m'attendais à ce qu'ils s'accaparent des biens, mais ça n'a pas été le cas, fort heureusement [...] peut-être parce qu'ils savaient que sinon, je retournerais au tribunal. » (Entretien, Cotonou, mars 2013)

L'époux de Fatiha est décédé en 2011 et fut immédiatement enterré, selon la tradition musulmane. Il laisse une veuve, ses deux enfants ainsi que deux autres enfants – l'un mineur, l'autre majeur – nés hors mariage, issus de deux femmes différentes. Estimant qu'il serait mal vu de se soucier immédiatement des biens, les frères et sœurs du défunt ont alors demandé à Fatiha d'attendre l'organisation du conseil de famille. Fin 2011, elle se rend néanmoins au tribunal et demande la procédure à suivre pour liquider une succession. Elle y obtient le formulaire à remplir pour homologuer un PVCF. La réunion est organisée quelques mois plus tard : la famille choisit la veuve, conformément au Code, et le frère aîné du défunt

comme coliquidateurs. Lors d'une seconde audience, six mois plus tard, Fatiha demandera que chacun des héritiers puisse obtenir sa part.

Pour les héritiers, effectuer ces formalités représente une manière de s'affirmer face à la « grande famille », en particulier les frères et sœurs du défunt. Une fois le tribunal saisi, ces derniers estimeront souvent que la gestion de l'héritage n'est plus de leur ressort.

Dans la capitale économique, les femmes connaissent généralement bien l'existence du Code et les droits qu'il leur confère : les associations de défense des droits des femmes ont mené de nombreuses campagnes de vulgarisation après son adoption. L'homologation du PVCF comme formalité leur permet donc, grâce à l'intervention du juge qui s'en réfère aux dispositions du Code, de renégocier la répartition des ressources conformément au nouveau Code dans la famille.

### ***Modifier la clé de répartition des biens***

Le CPF prévoit une durée maximale de six mois pour la mission des liquidateurs désignés dans le PVCF. Ils devront ensuite remplir un procès-verbal à homologuer par le juge. Ce délai, bien que rarement respecté, constitue l'une des innovations du nouveau Code : auparavant, les administrateurs de la succession étaient choisis pour une durée indéterminée. Or, c'est dans ce contexte de gestion prolongée des biens communs que de nombreuses actions en justice ont été introduites.

Si une ou plusieurs personnes gèrent sans rendre compte un patrimoine censé profiter à tous, les héritiers qui s'estiment lésés peuvent demander le changement de l'administrateur de leur succession. Ils peuvent également demander la sortie de l'indivision<sup>53</sup>, soit en proposant un plan de partage au tribunal, soit en demandant la vente des biens communs. Le tribunal peut alors mandater un ou plusieurs membres de la famille pour effectuer la vente, ou nommer un notaire ou un huissier. Une troisième option consiste à demander la licitation-partage de la succession. Il s'agit d'une procédure au cours de laquelle le juge peut nommer un notaire, qu'il charge de procéder à l'adjudication<sup>54</sup> du patrimoine. Dans ce cas, il ne s'agit plus, pour le notaire, de procéder à une vente de gré à gré entre acheteurs et vendeurs, tous consentants et dès lors signataires de l'acte de vente, mais bien de procéder à une vente publique des biens, indépendamment de la volonté des héritiers.

Lorsqu'il s'agit de « se soulever » contre une injustice, les héritiers hésitent souvent plusieurs mois, voire plusieurs années, avant de saisir le tribunal. Les éléments déclencheurs sont divers, allant du ras-le-bol après de nombreuses années de tractations familiales, à une situation financière délicate ou à un acte interprété comme une provocation de la part de la partie adverse. Selon les circonstances et les conseils de leur entourage, l'urgence de la situation en termes de ressources financières et l'intervention de la famille, ils attendent plus ou moins longtemps avant de saisir le tribunal.

Dans ce genre de dossiers, les demandeurs contestent la répartition des biens communs en se basant sur les principes du Code. Saisir le tribunal a alors pour but de contester les hiérarchies familiales et les conditions d'accès aux biens communs. Bien plus que de tirer avantage de formalités administratives pour faire pression, il s'agit ici d'avoir recours au tribunal comme un forum bien plus avantageux que les assemblées familiales : l'on retrouve ici l'idée de *forum shopping*<sup>55</sup> et du droit comme argument au service de ceux que les hiérarchies familiales relèguent au second plan, voire excluent du partage des biens. C'est le cas dans l'affaire qui suit.

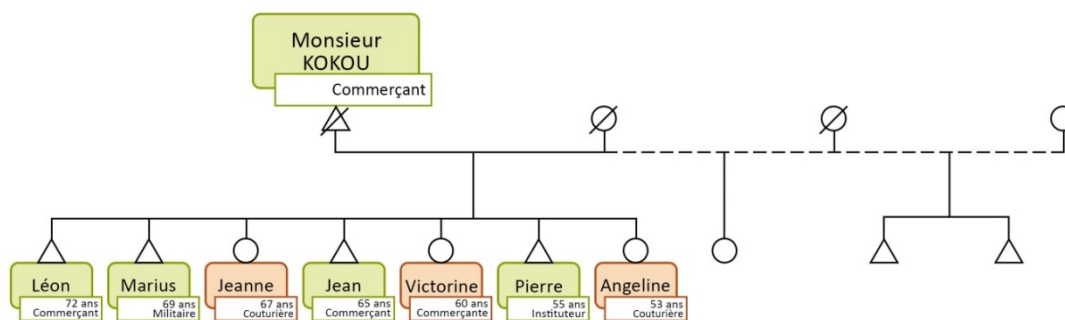
Le père Kokou, opérateur économique installé dans plusieurs pays d'Afrique, s'éteint en 1962 au Gabon. Il laisse une seule épouse officielle au Bénin, mère de sept enfants, tous mineurs à l'exception de Léon et Marius, les deux aînés. Il laisse également trois enfants hors mariage : une fille au Bénin et des jumeaux au Gabon, encore bébés.

<sup>53</sup> Autrement dit, partager ou vendre la succession.

<sup>54</sup> La vente judiciaire.

<sup>55</sup> K. BENDA-BECKMANN, « Forum Shopping and Shopping Forums : Dispute Processing in a Minangkabau village in West Sumatra », *Journal of Legal Pluralism*, 1981, p. 117-159.

Fig. 2. — La famille Kokou



Avec l'aide d'un notaire, deux administrateurs provisoires sont désignés : la veuve et le frère du défunt. Celui-ci est également tuteur des enfants mineurs. À l'époque, Angeline n'a que huit ans. Après les funérailles, Marius s'engage dans l'armée et Léon retourne au Gabon, où il résidait avec son père avant son décès. La veuve lui demande de faire prospérer les biens qui s'y trouvent. Léon envoie régulièrement de l'argent à sa famille, mais d'après Victorine, les propriétés de leur père et les revenus qu'elles génèrent lui permettent également d'acquérir de nombreux terrains au Bénin.

La veuve décède en 1980. Son testament désigne Léon comme successeur en tant qu'administrateur des biens. En 1993, il rentre définitivement au Bénin. En 2003, après avoir réuni ses frères et sœurs, il décide de vendre le dernier immeuble situé à l'étranger. La vente rapporte plus de 60 millions de FCFA (91 000 euros). En tant que « patron », Léon décide du mode de partage : chacun reçoit 3 millions 500 000 FCFA (5 300 euros), à l'exception des jumeaux et de l'autre enfant hors mariage à qui l'on ne donne que 3 millions. Léon prélève également 1 million 500 000 (2 250 euros) pour ériger la tombe de son père et organiser une messe qui, selon Victorine, n'a jamais eu lieu. Les fonds restants permettent de payer les démarcheurs, ainsi que les frais de change. Une fois ces transactions effectuées, il reste 10 millions de FCFA (15 000 euros), que Léon décide de s'attribuer : « Ce terrain qui a été vendu, c'est moi qui ai mis ça en valeur. C'est moi qui ai construit tout ce qui est dedans. Donc, je les prends, pour relancer mes affaires. » (Extrait d'entretien, Cotonou, avril 2013).

En 2010, les femmes de la famille décident de remettre ce partage en question. Elles convoquent tout d'abord Léon chez un huissier : ce dernier s'y rend, y présente la décision du juge qui le nomme administrateur et explique qu'il a mis en valeur le bien vendu. L'auxiliaire de justice le laisse partir. Trois ans plus tard, la benjamine, Angeline, engage un avocat pour introduire une demande au tribunal. Elle y conteste la gestion de Léon. Pour les aînés de la famille, cette convocation est un véritable manque de respect : « Une fille comme ça qui m'injurie. Ma petite sœur, que nous avons élevée [...]. Sa première machine à coudre, c'est moi qui lui ai achetée », se rappelle Marius, à qui Léon avait confié la gestion des biens de nombreuses années plus tôt. (Extrait d'entretien, Cotonou, avril 2013)

Saisir le tribunal, c'est donc passer du domaine du partage à un esprit de calcul. Il faut formaliser les biens et les titres, évaluer les dépenses réalisées par l'administrateur des biens, les revenus de la succession, la manière dont ils ont été répartis. On passe d'une économie de la réciprocité à une logique comptable. Les réactions des deux frères, celle de Léon qui refuse de rendre compte de sa gestion, tout comme la dernière remarque de Marius, illustrent parfaitement cet aspect central du recours au droit et toutes les tensions que génère, ensuite, l'introduction d'une logique de calcul économique dans la sphère familiale.

Saisir le tribunal permet, enfin, de mettre en échec la logique de la dette telle que définie par Alain Marie<sup>56</sup>. Les femmes ne sont d'ailleurs pas les seules à mobiliser le droit à leur avantage : les hommes

<sup>56</sup> Selon Alain Marie, le don – qui se manifeste ici par la solidarité familiale des aînés qui prennent en charge les plus jeunes – fait de la personne qui le reçoit « un "obligé", tenu à la "reconnaissance", qui est d'abord une "reconnaissance de dette" ».

s'opposent eux aussi aux membres de leur famille s'ils s'estiment lésés. Dans leur cas, il s'agit plus rarement de remédier à une exclusion totale de la gestion du patrimoine. Les désaccords entre hommes portent souvent sur la vente des biens familiaux : alors que certains les considèrent comme un patrimoine « en transition »<sup>57</sup> dont les héritiers doivent prendre soin, d'autres y voient une source de revenus dans un contexte où l'immobilier représente un enjeu financier considérable. La liquidation de l'héritage permet alors de transformer un bien commun, souvent difficilement accessible aux plus « petits » dans la hiérarchie familiale, en patrimoine individuel.

### *Mettre la famille à distance*

Afosa est maman d'une petite fille de 11 ans. En 2003, son compagnon décède. Il vivait aux États-Unis, mais envoyait régulièrement de l'argent à ses frères et sœurs chargés de construire des maisons sur les parcelles dont il était propriétaire. Ces derniers habitaient l'une de ses maisons, Afosa et sa fille en occupaient une autre. Après le décès, elles quittent la maison :

« Ma belle-famille disait que c'est moi qui ai tué mon mari, donc ma famille et les amis m'ont conseillé de quitter la maison sinon ils [la belle-famille] peuvent me créer de problèmes, ils peuvent me tuer mon enfant et moi. » (Extrait d'entretien, Cotonou, avril 2010)

Comme elle ne parvenait plus à payer la scolarité de sa fille, Afosa s'adresse à la brigade des mineurs, qui convainc la famille de lui verser 20 000 FCFA (30 euros) par mois. Elle n'en reçoit que 15 000. Quelques mois plus tard, elle reçoit un appel d'un juge du tribunal de première instance : la famille de son époux a tenté de faire homologuer un PVCF en son absence, mais le magistrat a refusé, expliquant que la mère de l'unique héritière, encore mineure, devait être présente. Le juge lui propose de la recevoir seule, avant de fixer une date d'audience pour désigner deux liquidateurs de la succession. Suite à la première entrevue, Afosa s'immisce dans la gestion des biens de son époux et demande aux locataires de lui verser les montants des loyers, jusqu'ici collectés par son beau-frère. C'est finalement Afosa et le frère aîné de son époux qui sont désignés comme coliquidateurs, mais ce dernier refuse de collaborer.

61

« Moi par exemple j'ai un cas précis, où la femme ne s'est pas mariée légalement, elle a déjà quitté le toit conjugal, et c'est après la mort de son mari qu'elle est venue maintenant pour dire qu'elle est femme et qu'elle va s'approprier des biens. » (Extrait d'entretien, Cotonou, novembre 2013)

Il est censé verser 70 000 FCFA (105 euros) par mois à Afosa, mais ne lui en donne que la moitié. Elle décide alors de retourner au tribunal pour demander la vente de la dernière parcelle de son époux : « J'ai décidé de vendre la maison, d'acheter ailleurs et de rester là avec mon enfant », explique-t-elle (extrait d'entretien, Cotonou, octobre 2013).

Le nouveau Code – et plus précisément l'article selon lequel « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision » (CPF art. 752) – contribue donc en partie à la disparition des maisons familiales et des formes de solidarités qui l'accompagnent à Cotonou. Comme le montre l'exemple d'Afosa, vendre permet d'acheter une nouvelle parcelle, loin de sa propre famille ou de celle de son époux. Peu utilisée auparavant, cette disposition, directement issue du Code civil français, s'inscrit aujourd'hui dans un contexte de marchandisation des terres et de modification des rapports familiaux. À Cotonou, les femmes travaillent. Elles ne sont plus nécessairement à la charge de leur famille ou de leur mari. Dans leur propre famille, lorsqu'il s'agit d'organiser des fêtes ou des cérémonies, elles contribuent aux dépenses au même titre que les hommes. Elles estiment donc pouvoir légitimement prétendre à une part égale du patrimoine ou des revenus qu'il génère. Dans un contexte où la famille nucléaire ou monoparentale devient un mode de résidence de plus en plus fréquent, où les maisons au centre-ville

---

(A. MARIE, « Le don est un marché (de la dette). Analyse anthropologique à partir de l'*Essai sur le don* de Marcel Mauss », *The Journal of Field Actions*, 2012, p. 115).

<sup>57</sup> A. GOTMAN, « L'économie symbolique des biens de famille », *Informations sociales*, 1985, p. 15-21 ; *L'héritage*, Paris, Que sais-je ?, 2006

ont une valeur considérable, la loi représente un argument et les procédures judiciaires une modalité d'accès aux biens communs.

Si les nombreuses campagnes destinées à promouvoir les droits des femmes sur le continent africain depuis les années 1990 ont indéniablement facilité l'accès à la justice pour ces dernières<sup>58</sup>, il ne s'agit pourtant pas d'un phénomène totalement nouveau. Dans un numéro des *Cahiers d'Études africaines* consacré aux femmes, au droit et à la justice en Afrique, Rodet<sup>59</sup> montre que, dès la fin des années 1930, les femmes parviennent à mobiliser la justice en droit privé au Mali. L'ensemble des articles du numéro tend cependant à souligner que parmi le petit nombre d'affaires impliquant des femmes, ces dernières étaient souvent déboutées<sup>60</sup>. Le cas des affaires d'héritage à Cotonou permet donc d'illustrer le succès, dans un certain contexte, des récentes « politiques de genre »<sup>61</sup> en Afrique.

Tout comme de nombreux autres États sur le continent africain, le Bénin a entrepris, à partir des années 1990, une large réforme de ses services publics. La justice y occupe une place centrale. L'adoption d'une constitution démocratique lors de la conférence nationale et la tenue des états généraux de la justice quelques années plus tard ont marqué le début d'un processus de « modernisation » du droit et de l'ensemble de l'appareil judiciaire. Parmi les premiers textes à faire l'objet d'une révision figure le Code des personnes et de la famille, censé promouvoir l'égalité entre les sexes, contrairement au droit « coutumier » jusque-là applicable à la majorité des familles. Se pose, dès lors, la question de l'appropriation de ce nouveau texte qui soumet l'ensemble de la population à un seul régime, celui du droit « moderne », essentiellement issu du droit français.

À Cotonou, le nouveau Code contribue de manière certaine à reconfigurer les rapports de genre et de générations au sein des familles. Les femmes reçoivent de plus en plus souvent leur part des biens communs lorsqu'un héritage est partagé. Elles ont droit à la parole lors des réunions de famille et leur avis est souvent pris en considération par les hommes qui craignent, à juste titre, d'être convoqués au tribunal. En vertu des droits qui leur sont accordés en tant que conjointes et en tant que mères d'enfants mineurs, les veuves sont nombreuses à saisir le tribunal pour demander le partage de l'héritage. Il s'agit là d'un changement fondamental dans les rapports de pouvoir au sein des familles : à elle seule, la veuve est susceptible de saisir le tribunal et de provoquer la vente ou le partage des biens, indépendamment de la volonté des enfants ou des frères et sœurs du défunt. Le nouveau Code modifie également les rapports de générations : les plus jeunes tiennent plus souvent tête à leurs aînés, sachant qu'ils peuvent opposer aux normes familiales l'argument du droit et la menace des procédures judiciaires. Nombreux sont d'ailleurs les héritiers qui décident seuls de la manière de se répartir le patrimoine, sans consulter la « grande famille ».

Ce changement est particulièrement clair si l'on considère les différents « types » d'affaires d'héritage pendantes devant les tribunaux de première instance et le profil des parties. Aujourd'hui, à la mort de leurs parents, les enfants saisissent le tribunal pour y faire homologuer leur procès-verbal de conseil de famille et désigner deux liquidateurs, et ce, de manière presque automatique à Cotonou. Ce constat est, d'une part, lié au contexte. Ce document permet en effet de débloquer les comptes bancaires et la pension des veuves légalement mariées. Or, ceux qui laissent des sommes importantes au sein d'une ou plusieurs institutions financières sont de plus en plus nombreux. D'autre part, les enfants souhaitent généralement partager le patrimoine le plus rapidement possible, contrairement aux générations précédentes, où les héritiers restaient dans l'indivision pendant de nombreuses années. Si certains d'entre eux aboutissent devant les juridictions, c'est pour contester la manière dont ces biens communs sont gérés. L'objectif premier n'est, dans ce cas, pas tellement de partager ou de vendre le patrimoine, mais bien de remettre en question la clé de répartition des ressources au sein des familles. En fournissant aux « petits » un

<sup>58</sup> M. N'DIAYE, *La réforme du droit de la famille. Une comparaison Sénégal-Maroc*, *op. cit.*

<sup>59</sup> M. RODET, « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'Études africaines*, 2007, p. 583-602.

<sup>60</sup> *Cahiers d'Études africaines*, 2007, Numéro spécial : « Les femmes, le droit et la justice », sous la direction de C. COQUERY-VIDROVITCH.

<sup>61</sup> S. JACQUOT, A. MAZUR, « Politiques publiques et genre », *op. cit.* ; I. MALLON, A. QUENIART, « Les politiques de genre : quel genre de politiques ? », *op. cit.*

moyen de contester l'ordre établi, le nouveau Code contribue à modifier les dynamiques familiales et à redéfinir les relations sur une base plus individuelle<sup>62</sup>. Il contribue également à formaliser les rapports familiaux en se basant sur le contenu des jugements.

Ces éléments permettent de nuancer l'idée selon laquelle le droit et les procédures judiciaires permettent rarement un réel changement social<sup>63</sup>. De nombreux chercheurs soulignent en effet que si elle est souvent perçue comme « l'arme des faibles », la justice contribue au contraire à reproduire les inégalités sociales<sup>64</sup>. Dans le cas précis des conflits d'héritage à Cotonou, le nouveau Code a contribué à modifier les rapports de genre et les hiérarchies familiales<sup>65</sup>. En facilitant l'accès des femmes aux biens familiaux, il contribue indéniablement à réduire les inégalités de genre dans la capitale. Si les démarches sont certes plus faciles et plus rapides pour ceux qui disposent d'un capital social ou économique important – et qui peuvent dès lors être assistés d'un avocat – les études de cas qui précèdent montrent que même les usagers anonymes parviennent à saisir les tribunaux et à y obtenir gain de cause en matière d'héritage.

---

<sup>62</sup> A. MARIE, *L'Afrique des individus*, Paris, Karthala, 1997.

<sup>63</sup> S. SCHEINGOLD, *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy, and Political Change*, *op. cit.* ; G. ROSENBERG, *The Hollowed Hope : Can Courts Bring About Social Change ?*, *op. cit.*

<sup>64</sup> M. GALANTER, « Why the "Haves" Come Out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change », *op. cit.*

<sup>65</sup> S. ANDREETTA, « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou », *Politique Africaine*, 2016, p. 147-168.

---

## Le regard des juristes



## Le droit coutumier africain, un droit à part entière et un droit largement à part\*

Moussa THIOYE

Professeur de droit privé, Université Toulouse 1 Capitole

IEJUC

Vice-Doyen de la faculté d'Administration et Communication

Directeur du Master Droit de l'immobilier

Responsable pédagogique de la Licence AES-Vanuatu

Il nous a sans doute fallu une bonne dose de folie et une grosse pincée de témérité pour oser une contribution sur le droit coutumier, une notion et une discipline que l'on a coutume de rencontrer mais que l'on n'a pas coutume de fréquenter dans nos universités : si proche, mais si loin ; si loin, mais si proche. S'agit-il de la folie telle que définie par le poète libanais Khalil Gibran : la folie qui offre au fou la liberté d'être seul et la sécurité de ne pas être complètement compris<sup>1</sup> ? Peut-être ! Toujours est-il que, comme la nuit, la coutume est, *a priori*, étrange, secrète, voire mystérieuse... Elle est, à ce titre, source d'inquiétudes, de malaise et, un peu paradoxalement, de curiosité, d'intérêt, d'attention, de passions, de tensions... La coutume est-elle saisie par le droit, conceptuellement, notionnellement, fonctionnellement, « statutairement » ? Droit et coutume riment-ils ? Sont-ils compatibles ? Vivent-ils ensemble sous le même toit, derrière la même porte, à même pot et feu ? Font-ils bon ménage ? Situation de divergence ou situation de convergence ? Embrassade ou embrasement ? Feux de l'amour ou feux de la guerre ? Bref, la coutume peut-elle être juridique ou, en d'autres termes, le droit peut-il être coutumier et, si oui, quelles seraient son identité, son âme, sa signature, sa marque ? Voilà des questions qui semblent incontournables quand on ambitionne de « s'attaquer », universitairement, à la coutume.

Le droit, dans ses aspects notionnel et fonctionnel, présente un caractère universel et un caractère intemporel puisque la notion et la finalité du droit sont les mêmes partout, depuis toujours et pour toujours, en Afrique ou ailleurs, hier comme aujourd'hui et demain. Le droit est, d'abord, universel et invariable dans sa définition puisqu'il désigne, toujours, des règles particulières de conduite sociale composées de deux éléments : d'une part, des commandements sous forme de prescriptions ou d'interdictions et, d'autre part, des sanctions matérielles diverses et variées. Le droit est, ensuite, intemporel et unanime dans sa finalité puisqu'il vise toujours à instaurer un certain ordre social même si l'ordre social est une notion élastique, une notion flexible, une notion caoutchouc dès l'instant que son contenu est variable d'une société à une autre. Mais le droit, dans ses aspects culturels, est plutôt marqué par la diversité et l'évolutivité. En effet, eu égard à la diversité des pays et des cultures, il y a fatalement une très grande diversité des droits dans le monde de sorte qu'il a fallu essayer de les classer en familles ou systèmes, selon leurs ressemblances ou leurs différences, pour en faciliter la présentation et la compréhension. On distingue ainsi, à très grands traits, les quatre catégories suivantes : *primo*, le système de droit civil ou système romano-germanique ; *secundo*, le système de droit anglo-saxon ou système de *common law* ; *tertio*, le système des droits socialistes (une famille qui n'a pas disparu mais qui s'est beaucoup appauvrie depuis l'effondrement de l'Union Soviétique et des régimes communistes d'Europe de l'Est) ; *quarto*, le système des droits traditionnels composé, d'une part, des droits religieux et, d'autre part, des droits coutumiers. Et ce sont, précisément, ces droits coutumiers qui constituent l'objet de la présente contribution. Le choix du thème, vous vous en doutez, n'est pas fortuit, dès lors qu'il est question de parler, entre autres, du droit africain, des droits africains.

« La coutume » constitue ainsi, de toute évidence, une des sources essentielles du droit africain (ou, mieux, des droits africains) et, peut-être, sa source naturelle, sa source principale, sa « source locomotive ». Or, un regard porté sur « la coutume » permet à l'analyste ou à l'interprète de faire deux observations complémentaires :

---

\* Cette contribution est largement inspirée de travaux de plus grande ampleur que nous avons publiés à l'occasion de la célébration du bicentenaire du Code civil des Français : « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique Noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, 2005/2, p. 345-397.

<sup>1</sup> V. L'essentiel de Khalil GIBRAN, *Ses plus beaux textes*, J'ai lu, 2017, préface de J.-P. DAHDAH, V° Le Fou, p. 14 et s., spéc. p. 15 : « Dans ma folie, j'ai trouvé la liberté et la sécurité ; la liberté d'être seul et la sécurité de n'être pas compris, car ceux qui nous comprennent asservissent quelque chose en nous. »

- une première observation, absolue et indiscutable, qui est la suivante : jouissant sans aucun doute de la juridicité, le droit coutumier (africain) est un droit à part entière, un « vrai droit », à l'instar de tout droit et, notamment, du droit dit moderne de nature ou d'inspiration occidentale (I) ;
- une seconde observation, relative et discutable, qui est la suivante : par, grâce ou à cause de son authenticité, le droit coutumier (africain) est un droit largement à part, un droit atypique, parce qu'original (voire marginal) s'il est regardé à travers le prisme du droit dit moderne. En atteste, de façon remarquable et remarquable, le caractère localisé et parcellaire de son domaine de prédilection où l'on retrouve toujours, comme un dénominateur commun, « une base coutumière correspondant à l'âme du peuple » : le droit des personnes, le droit de la famille, le droit foncier et le droit pénal (II).

### **I. Le droit coutumier africain, un droit à part entière ou un « vrai droit »**

L'existence d'un droit typiquement coutumier est incontestable même si certaines circonstances ou caractéristiques particulières auraient pu et pourraient encore, de prime abord, en faire douter. C'est ce que nous allons essayer de vous révéler ou, tout au moins, de vous rappeler si vous acceptez, les yeux fermés mais les oreilles bien ouvertes, de prendre la route avec nous, une route en six étapes ou, plus exactement, en six points : le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré l'absence de structures politiques suffisamment intégrées ; le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré sa fréquente oralité ; le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré des sources essentiellement coutumières ; le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré le pluralisme normatif ; le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré sa relégation europécriste à la primitivité ; le droit coutumier est un « vrai droit » appartenant à la famille des droits traditionnels.

• **Le droit coutumier africain, un « vrai droit »... malgré l'absence de structures politiques suffisamment intégrées.** - En l'absence d'État proprement dit au sein des sociétés primitives, il semble concluant et pertinent et, donc, légitime de se poser la question de savoir si un droit authentiquement coutumier est techniquement et politiquement concevable et constructible. Mais force est de constater, immédiatement, que la réponse à la question ainsi posée est, de toute évidence, affirmative et il suffit, pour étayer cette observation, de se référer à la définition même du droit : il s'agit d'un système de normes tendant à établir un ordre social harmonieux et à régler les rapports sociaux avec le souci d'y promouvoir, à des degrés différents selon les cas, une certaine sécurité juridique. La société étant définie comme une réunion d'hommes ayant une même origine et les mêmes lois, elle ne peut ainsi fonctionner sans normes, des normes parmi lesquelles comptent, entre autres, les règles de droit. En effet, l'organisation des hommes sur les espaces et envers les ressources s'exprime toujours, quelle que soit la structure politique choisie, en termes de règles et d'institutions (même si toutes les normes de conduite sociale ne sont pas des règles juridiques). Dès lors que plusieurs êtres se trouvent ensemble, apparaît aussitôt le besoin d'ordonner leurs conduites par des règles qui, si éparses et informelles qu'elles puissent être, composent un ensemble : le Droit. Une société, même traditionnelle, n'est jamais vide de droit ; une société produit toujours, naturellement et fatalement, son droit d'autant plus que l'anarchie qui y règne parfois n'est pas l'anomie. *Ubi societas, ibi jus !* Pas de société sans droit ! Pas de société coutumière sans droit coutumier !

Conclusion d'étape : le droit coutumier est ainsi un « vrai droit »... malgré l'absence fréquente, voire permanente, de structures politiques suffisamment intégrées.

• **Le droit coutumier africain, un « vrai droit »... malgré sa fréquente oralité.** - Les droits coutumiers sont souvent perçus comme coïncidant avec les sociétés dites prescrites, les sociétés sans écriture. Cette position est, sans aucun doute, justifiée s'agissant de beaucoup de sociétés dites traditionnelles qui, pour la plupart, ont été et demeurent des sociétés et des peuples de tradition orale. Ainsi, par exemple, les sociétés africaines, pour la plupart, ont été et demeurent des sociétés de tradition orale (l'absence d'écrit étant néanmoins suppléée par ce qu'il a été convenu d'appeler la mémoire

africaine ; d'où l'idée que, « en Afrique, un vieillard qui meurt est une bibliothèque qui brûle »<sup>2</sup>). Mis à part le Nord islamique et l'Éthiopie, l'Afrique n'a jamais connu l'écriture ou, du moins, ne l'a connue que très tardivement. « L'histoire a toujours été transmise oralement, les légendes ont toujours été communiquées de bouche à oreille, [...] dans les ténèbres profondes du soir quand seules résonnaient les voix tremblantes des vieillards. »<sup>3</sup> Et loin d'être tenue pour un handicap dans l'Afrique traditionnelle, l'oralité y constitue presque une revendication car l'écrit y « est souvent tenu en mépris (on préfère le serment, la parole du témoin, à la preuve par écrit)<sup>4</sup> ». « Dans notre culture, écrit un auteur sénégalais, seule la parole a du poids, celle d'un homme d'honneur était, disait-on, comparable à l'eau : une fois sortie de son contenant, [...] elle ne se ramasse plus. Mais une signature ? Un signe que l'on appose au bas d'un papier anodin et qu'on n'est jamais sûr de pouvoir reproduire pouvait-il avoir la valeur d'un serment ? »<sup>5</sup>. En tout cas, répondant à la question de savoir « si l'on peut accorder à l'oralité la même confiance qu'à l'écrit pour témoigner des choses du passé », le célèbre historien malien Amadou Hampâté Bâ assurait que « le témoignage, qu'il soit écrit ou oral, n'est finalement qu'un témoignage humain et vaut ce que vaut l'homme. [...] Rien ne prouve *a priori* que l'écrit rende plus fidèlement compte d'une réalité que le témoignage oral transmis de génération en génération »<sup>6</sup>. Pourtant, l'oralité légendaire des droits traditionnels a eu d'importantes conséquences sur la perception, erronée, de leur nature et de leurs sources par les Européens plutôt habitués, depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, à la technique de la législation écrite et, notamment, de la codification. En effet, le colonisateur européen a considéré, pendant très longtemps, que le droit coutumier, du fait de son oralité et de son imprécision, ne serait qu'un soi-disant droit dépourvu de force juridique et, ainsi, différent du « vrai droit » qui, lui, serait occidental. Cette interprétation partielle et partielle, dictée par le contexte déformant de la colonisation, était évidemment fautive et fallacieuse : l'oralité n'est pas et n'a jamais été incompatible avec la juridicité et, du reste, il y a eu et il y a encore des droits coutumiers européens. Le droit jurisprudentiel anglais, issu des précédents judiciaires, n'est-il pas tiré d'un fonds coutumier original que l'on appelle la *common law* fondée sur la coutume générale immémoriale d'Angleterre et sur des coutumes locales ancestrales ? Conclusion d'étape : le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré sa fréquente oralité.

● **Le droit coutumier africain, un « vrai droit »... malgré des sources essentiellement coutumières.**

- On définit les droits « traditionnels » comme les droits dont la formation et le mode de légitimation ne relèvent pas du droit de l'État moderne qu'ils précèdent chronologiquement. Il s'agit, en d'autres termes, de droits originels dont les sources se trouvent surtout dans les coutumes, ce qui fait qu'on les qualifie souvent de droits coutumiers. Il convient néanmoins de préciser que la coutume n'a jamais constitué la source exclusive de création des droits traditionnels. En effet, même s'ils sont souvent qualifiés de « droits coutumiers », ces droits ancestraux ont toujours possédé un arsenal complet de sources formelles comprenant, à côté des coutumes, un droit législatif et un droit jurisprudentiel même si ces différentes techniques ont été et restent souvent confondues ou difficiles à distinguer. C'est ainsi, par exemple, que les sociétés africaines ont effectivement connu et connaissent encore une technique législative permettant l'édiction de règles de droit de portée générale par l'autorité socio-politique compétente (roi ou chef légiférant seul ou en conseil ; institutions diverses telles que des sociétés secrètes, des classes d'âge ou des assemblées populaires, etc.). Il faut également souligner la place occupée, au sein des sources juridiques traditionnelles, par la jurisprudence, modalité de formulation du droit par une autorité chargée de trancher les contestations. Il convient, enfin, de rappeler le rôle de la doctrine en tant que mode de création du droit sous la forme d'opinions exprimées par des dépositaires des traditions du groupe.

Conclusion d'étape : le droit coutumier est un « vrai droit »... malgré des sources essentiellement et principalement coutumières.

<sup>2</sup> Phrase célèbre formulée, lors d'une « Conférence générale » de l'Unesco, par l'écrivain et historien malien A. H. Bâ : « En Afrique, quand un vieillard meurt, c'est une bibliothèque qui brûle. »

<sup>3</sup> R. KAPUSCINSKI, *Ébène. Aventures africaines*, Paris, Plon, 2000 ; rééd. aux éd. France Loisirs, 2001, p. 322.

<sup>4</sup> M. ALLIOT, *Cours d'institutions privées africaines et malgaches*, Paris, Les cours de droit, 1966-1967, p. 12.

<sup>5</sup> F. DIA, « À mes chers parents gaulois... », Paris, Les Arènes, 2006, p. 49.

<sup>6</sup> A. H. BÂ, « La tradition vivante », *Histoire générale de l'Afrique. I. Méthodologie et préhistoire africaine*, dir. J. KI-ZERBO, Paris, Jeune Afrique/Stock/Unesco, 1980, p. 191 s., spéc. p. 191-192.

• **Le droit coutumier africain, un « vrai droit »... malgré le pluralisme normatif.** - Parmi les règles qui régissent et régulent la vie en société, il n'y a pas que des règles juridiques. En effet, d'autres systèmes normatifs y contribuent dans des proportions équivalentes, voire supérieures, « autant et même mieux que le droit » à en croire le Doyen Carbonnier : les règles de mœurs, les règles de politesse, les règles de civilité, les règles d'honneur, les règles morales qui sont distinctes des règles de droit même s'il y a entre elles des points de convergence, etc.

Points de convergence : le droit et la morale posent tous des normes, ces normes sont toutes des règles sociales, ces règles sont toutes obligatoires puisqu'elles sont composées de commandements et de sanctions...

Points de divergence : le droit et la morale ont des finalités différentes ; leurs sanctions sont différentes ; la compétence juridictionnelle n'est pas la même ; il y a aussi, entre eux, des différences techniques.

Il y a, en définitive, une situation de concurrence ou de complémentarité entre les différentes catégories de normes sociales, une situation que tend à souligner la théorie du pluralisme normatif, mais cette situation de pluralisme normatif n'autorise pas à dénier au droit coutumier sa nature et son statut de droit à part entière.

Conclusion d'étape : le droit coutumier (africain) est un « vrai droit »... malgré le pluralisme normatif.

• **Le droit coutumier africain, un « vrai droit »... malgré sa relégation européocentriste à la primitivité.** - Les qualificatifs « traditionnels », « coutumiers », « ethniques », « primitifs »... ou « archaïques » sont souvent utilisés pour désigner les droits traditionnels. On rencontre même, certes moins fréquemment, les expressions plus lourdement connotées de « droits arriérés », « droits sauvages » ou « droits barbares ». Pourquoi en va-t-il ainsi, y compris lorsque les « droits indigènes » en question ont traversé les âges et sont restés vivants et vivaces ? Pourquoi les oppose-t-on au droit dit « moderne » qui, lui, est occidental et largement issu du droit romain remontant à l'Antiquité ? Il s'agit là, sans aucun doute, d'une affaire d'ethnologie juridique puisqu'il n'est pas seulement question de simple chronologie, de simple différenciation entre des droits anciens et un droit plus récent. En effet, selon un *criterium* culturel, les droits « indigènes » sont dits traditionnels (coutumiers, primitifs, archaïques, sauvages, barbares...) seulement parce qu'il s'agit de droits étrangers à la civilisation occidentale, européenne, judéo-chrétienne... Autrement dit, les droits traditionnels ne sont couverts du manteau de l'archaïsme qu'aux yeux de l'observateur occidental ou occidentaliste qui les perçoit ainsi, sous un angle européocentrique. De la sorte, il y a incontestablement une certaine connotation péjorative dans la notion de « droits archaïques ». En effet, derrière ce qualificatif « archaïque », l'on sous-entend les qualificatifs de choquant (pour la sensibilité occidentale), de lointain, d'irrationnel, de non civilisé, d'arriéré, de sauvage, de barbare, de contraire au progrès... Alors que « le droit occidental ressort d'une alliance des aptitudes administratives romaines, de l'intelligence grecque et d'une cosmologie judaïque, le tout tempéré par l'éthique chrétienne »<sup>7</sup>, alors que « les droits modernes sont définis par la rationalité », les droits primitifs le sont, eux, par la mentalité prélogique, mystique, magique... On est là, cela va sans dire, en présence d'une conception fortement réductrice même si elle est, hélas, très répandue et solidement ancrée. Pourtant, comme l'a écrit le Doyen Carbonnier, « il faut [...] renoncer à caractériser les droits coutumiers comme plus simples [...] ou comme plus rigides (ou comme sauvages !) : ils sont souvent d'une déconcertante subtilité, et leurs tendances communautaires ne les empêchent nullement de connaître le procès, donc la possibilité d'une contradiction interindividuelle ». Le cas des droits africains coutumiers peut, à ce sujet, nous fournir une pertinente illustration avec le système des affaires (gracieuses ou contentieuses) traitées à l'ombre de « l'arbre à palabres », celui-ci étant le symbole de la nature collectiviste des Africains « d'avant », de leur esprit de concertation et d'apaisement, de l'importance du maintien de la paix sociale, de la primauté de la conciliation.

Conclusion d'étape : le droit coutumier (africain) est un « vrai droit »... malgré sa relégation européocentriste à la primitivité.

• **Le droit coutumier africain, un « vrai droit » appartenant à la famille des droits traditionnels.** - Alors que la diversité ou, parfois, la disparité des droits coutumiers fait *a priori* douter de l'existence d'une véritable famille juridique, un regard plus attentif permet de répertorier des points communs et,

---

<sup>7</sup> P. SACK, « Le droit : perspectives occidentales et perspectives non occidentales », *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, dir. W. CAPELLIER, T. KITAMURA, Bruxelles, Bruylant, 1998, spéc. p. 47, n° 3.

partant, de conclure à l'existence d'un seul et même système juridique. Il est incontestable que les anciennes colonies européennes sont, très souvent, marquées par la diversité sur les plans ethnique, culturel, coutumier, linguistique, religieux, politique, etc. Et cette fragmentation des identités, qui donne un air de « melting pot » ou de « magma informel », s'est logiquement accompagnée d'un morcellement ou, plus exactement, d'une multiplication des droits et/ou des espaces juridiques traditionnels. Il y a, en effet, une pluralité du droit en ce sens qu'il y a application simultanée de coutumes différentes, sur un même territoire, à des ethnies ou peuples différents. Les droits coutumiers ne se présentent pas de façon homogène en raison de la diversité culturelle et des spécificités régionales. Il s'ensuit, logiquement, qu'il n'y a pas un droit coutumier, mais des droits coutumiers. Ce qui n'est pas sans provoquer, souvent, des conflits de droit intercoutumier, que ce soit des antagonismes entre des personnes de coutumes différentes, des conflits consécutifs à des conversions ou brassages ou encore des conflits interrégionaux. En outre, cette diversité, donnant *a priori* une impression de désordre, a conduit les analystes à douter de l'existence d'un véritable système ou famille de droits traditionnels. Néanmoins, malgré la diversité et l'hétérogénéité des droits coutumiers (selon les régions et les ethnies, selon les régimes monarchiques ou démocratiques, selon les sociétés patriarcales ou matriarcales...), il n'en existe pas moins des points communs suffisants pour que l'on puisse les considérer comme constituant une seule et même famille. Pour réelles qu'elles fussent hier ou qu'elles soient encore aujourd'hui, l'on s'accorde à relativiser les variations relevées et admettre l'existence de certaines constantes génératrices d'une unité du système juridique coutumier. Derrière la diversité, il y a une organisation et une cohérence certaines, un air de famille, des caractéristiques communes qui révèlent une conception traditionnelle très originale du droit. Puisque le droit présente un caractère relatif en raison des différences de conception que l'on peut en avoir à travers le monde, il n'est guère surprenant de constater que les « indigènes » ont une conception de l'ordre social différente de celle des Occidentaux. En effet, droits coutumiers et droit moderne constituent deux systèmes de pensée juridique souvent profondément différents, notamment par leurs origines et finalités ainsi que par la place accordée à l'individu au sein du groupe.

S'agissant, en premier lieu, des sources qui sont généralement orales, les droits coutumiers plongent dans le passé le plus authentiquement local alors que le droit moderne trouve son origine en Europe, dans les systèmes juridiques contemporains et, plus loin, dans la pensée politique grecque ainsi que dans la pensée juridique romaine. Les droits dits traditionnels sont ainsi enracinés dans une philosophie particulière, une cosmologie originale.

S'agissant, en deuxième lieu, des finalités, on constate que les sociétés dites modernes valorisent le « progrès » (ou plutôt la modernisation) et l'innovation tandis que les sociétés traditionnelles valorisent le passé et mettent leur idéal à s'écarter le moins possible de ce passé qu'elles considèrent volontiers comme un âge d'or. Dans ces derniers groupements, la sécurité juridique se trouve, non dans la quête du changement, mais dans la préservation des valeurs ancestrales considérées comme intemporelles ou presque.

S'agissant, en troisième lieu, du rôle dévolu à l'individu, la pierre angulaire dans les droits dits traditionnels se trouve dans l'idée de communauté ou de solidarité (familiale, villageoise, tribale ou ethnique). Puisque le groupe est l'élément essentiel et fédérateur, l'attribution de droits subjectifs à des individus pris isolément est un souci mineur, voire inexistant. Cette philosophie fait d'ailleurs que les droits coutumiers, regardés à travers le prisme occidental, apparaissent comme des droits inégalitaristes du fait de l'organisation politico-sociale verticale : il y a, en effet, une hiérarchie des sexes (avec souvent un privilège de masculinité), une hiérarchie des âges (avec souvent un droit d'aînesse), une hiérarchie des castes avec des nobles et des moins nobles, etc.

En définitive, l'existence du droit coutumier (africain) est aujourd'hui indiscutable : il s'agit là, si vous permettez l'expression, d'une vérité verte et velue, qui crève les yeux et qui empêche de dormir ! Néanmoins, bien que constituant un droit à part entière, il apparaît que le droit coutumier (africain) constitue, manifestement, un droit largement à part, un droit atypique.

## **II. Le droit coutumier africain, un droit largement à part ou un droit atypique**

Sans être entièrement à part, le droit coutumier (africain) est, par, grâce ou à cause de son authenticité, un droit largement à part, un droit atypique, un anomal, parce qu'original (voire marginal) s'il est regardé à travers le prisme du droit dit moderne. En atteste, de façon remarquable et remarquable, le caractère

localisé et parcellaire de son domaine de prédilection où l'on retrouve toujours, comme un dénominateur commun, « une base coutumière correspondant à l'âme du peuple »<sup>8</sup> : le droit des personnes, le droit de la famille, le droit foncier et le droit pénal (dont la singularité est souvent en écho à celle des droits précités). Il apparaît qu'il y ait là, indéniablement, des disciplines ou matières dans lesquelles le droit coutumier navigue souvent à contre-courant du droit dit moderne dont il ne semble pas partager toutes les « valeurs ».

• **Le droit coutumier africain, un droit atypique en matière familiale.** - Le droit de la famille est, sans doute, le secteur juridique dans lequel la coutume africaine a toujours livré, avec efficacité, ses combats les plus acharnés contre le droit moderne. C'est certainement le domaine dans lequel les règles ancestrales et les normes occidentales se sont le plus frontalement opposées, sur des questions aussi diverses que la ou les conceptions de la famille, la ou les conceptions du couple, celles du mariage, celles des régimes matrimoniaux, celles du divorce, celles de la filiation, celles de l'autorité parentale, celles de la majorité, celles de l'émancipation, celles de l'adoption, celles des successions, etc.

Dans la conception coutumière de la famille, entrant elle-même dans un groupe plus large comme l'ethnie, la tribu, le clan, le lignage, la caste, la famille est entendue très largement puisqu'il ne s'agit pas de la petite famille restreinte aux époux et aux enfants nés de l'union conjugale. Bien au contraire, il est plutôt question de la grande famille étendue dans le temps et qui va de l'ancêtre éponyme, personnage mythique, à l'ensemble de ses descendants, les rapports internes étant réglés d'après un agencement hiérarchique établi en fonction de l'âge et/ou du sexe.

Au-delà de la famille, les sociétés coutumières ont souvent une conception bien originale du mariage, celui-ci étant traditionnellement perçu comme « un engagement de groupe à groupe et non d'individu à individu ». Certaines conditions principales de formation sont communément rencontrées : endogamie ou, au contraire, exogamie ; versement à la famille de la future épouse d'une dot, « offrande plutôt que contrepartie de la femme » ; délai de viduité (vraisemblablement né au contact des religions révélées)... Les règles de célébration de l'union traditionnelle sont variables : aucune formalité spéciale chez certaines ethnies ou dans certaines localités, formalités souvent simplifiées chez d'autres (notamment dans les coutumes islamisées). Les effets du mariage sont nombreux et, surtout, inégalitaristes au détriment de la femme puisque le mari est le chef de famille et, à ce titre, est investi de la puissance maritale et de la puissance paternelle. Les époux sont tenus par des obligations de fidélité, d'assistance mutuelle, de cohabitation (ce qui implique, en cas de ménage polygamique, que le mari observe la règle dite du « tour de nuit » vis-à-vis de ses femmes). S'agissant des effets patrimoniaux, le régime matrimonial le plus fréquent est celui de la séparation de biens mais les charges du mariage pèsent principalement, voire exclusivement, sur le mari. Quant à la dissolution du mariage, elle est parfois impossible, même en cas de décès du mari (avec le système du lévirat par lequel la veuve est héritée par un des frères du *de cuius*) ; le divorce (qui résulte, en l'absence de consentement mutuel, d'une décision unilatérale du mari) est admis pour certaines causes et selon une procédure souvent très sommaire.

La filiation fournit également d'intéressants enseignements sur l'originalité des droits coutumiers. Notons, à ce propos, que l'enfant, surtout s'il s'agit d'un garçon, occupe dans la famille traditionnelle une place de choix puisqu'il est appelé à perpétuer un nom, une famille et, au-delà, un groupe social. Le sort de l'enfant naturel est variable : recueilli sans difficultés dans certains cas, il est rejeté (comme le fruit de relations honteuses) dans d'autres ou confiné à un statut de paria ou d'incapacité de jouir de certains droits ou d'exercer certaines fonctions. L'adoption, telle qu'on l'entend aujourd'hui, n'existait pas en Afrique traditionnelle, celle-ci connaissant plutôt le système de l'enfant « recueilli » ou « confié » sans qu'un lien de filiation, même fictif, soit établi entre lui et son « recueillant ». La majorité est inconnue dans la société traditionnelle africaine puisque, « à quelques exceptions près, jamais, en vertu du seul facteur de l'âge, la femme ou l'homme qui n'est pas chef de famille, n'acquiert une entière indépendance ». S'agissant de la « puissance paternelle », elle n'est pas nécessairement exercée par le géniteur mais plutôt par le chef de la famille ; une situation qui rappelle, curieusement, celle du droit romain avec l'autorité exercée par le *paterfamilias* sur les *alieni juris*.

On peut ainsi dire, en définitive, que la matière familiale est, indéniablement, celle dans laquelle le droit coutumier africain n'a jamais voulu, en général, reculer d'un iota face aux invitations ou aux agressions du droit moderne. En effet, malgré la colonisation et la politique d'acculturation qui l'a accompagnée,

---

<sup>8</sup> E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, n° 141, p. 267.

les populations indigènes ont souvent eu tendance à éviter le droit de la famille d'inspiration étrangère et à continuer à suivre leurs pratiques traditionnelles. On retrouve du reste, certes avec moins de vigueur, la même tendance en droit foncier.

• **Le droit coutumier africain, un droit atypique en matière foncière.** - C'est surtout dans le secteur du droit foncier, avec celui de la famille, que l'on rencontre, hier comme aujourd'hui, une coexistence, une concurrence, un déchirement ou une interpénétration entre tradition et modernité. Amadou Hampâté Bâ rappelait ainsi que, dans la tradition africaine ancienne, la terre étant censée n'appartenir qu'à Dieu ou aux dieux, le droit de propriété n'existait pas et, encore moins, la prescription acquisitive ou usucapion. Avec de moins en moins de succès, le droit pénal coutumier essaye, lui aussi, de se maintenir vivant et vivace.

• **Le droit coutumier africain, un droit atypique en matière pénale.** - Le droit pénal est le droit qui aménage le droit de punir tel qu'il appartient à la société (définition des infractions punissables et détermination des peines encourues) et tel qu'il est exercé en son nom par ses organes qualifiés dans le cadre de la procédure pénale. Il s'agit d'une matière qui, par son objet, relève du droit public même si elle est rattachée au droit privé et enseignée par des privatistes. Le droit pénal est, eu égard aux choix moraux et de valeurs qu'il implique, largement tributaire des valeurs sociales tant pour la définition des infractions punissables que pour la détermination des peines encourues. Il s'ensuit que les lois pénales d'une société sont souvent tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Et si, depuis longtemps, certains agissements sont universellement relégués au rang d'infractions pénales, il n'en va pas de même d'autres pratiques telles que l'inceste, le viol, la sorcellerie, le charlatanisme, l'exercice du métier de deviner, de pronostiquer ou d'expliquer les rêves, etc. Lourdemment pénalisées dans certaines sociétés, ces pratiques le sont moins, voire pas du tout, dans d'autres sociétés au nom de leur cosmologie.

L'Afrique, partagée entre son droit moderne incarné par son droit pénal occidentalisé et son droit coutumier, semble encore chercher sa voie comme ont pu le montrer quelques affaires judiciaires, plutôt retentissantes, à l'occasion desquelles c'est la coutume qui semble avoir mordu la poussière dans son combat contre le droit moderne. On est ainsi de plus en plus loin de la lettre et de l'esprit de ce jugement rendu par un tribunal du Gabon au lendemain de l'indépendance de ce pays : « Attendu qu'il est de notoriété publique au Gabon que les hommes se changent soit en panthère, soit en gorille, soit en éléphant, etc., pour accomplir des exploits, assassiner les ennemis ou attirer sur eux de lourdes responsabilités, défendre leurs plantations et ravager celles des voisins et des amis ; que ce sont là des faits qui sont inconnus du droit occidental et dont le juge gabonais doit tenir compte. » Résultat de cette position : fut acquitté un homme qui en avait tué un autre mais qui affirmait avoir tiré sur un chimpanzé dont le cadavre s'était après coup, étrangement, révélé être celui d'un homme !

• **Pour ne pas conclure.** - Puisque c'est en tapant sur un clou qu'on l'enfonce, nous persistons et nous signons : le droit coutumier africain est et sera toujours un droit à part entière et, en même temps, un droit largement à part. Faut-il s'en réjouir ou, au contraire, s'en offusquer ? Pour répondre à cette question, nous laisserons la parole à deux auteurs : Montesquieu nous avertissant que « l'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits »<sup>9</sup> et l'écrivain sénégalais Birago Diop nous enseignant que « l'arbre ne s'élève qu'en enfonçant ses racines dans la terre nourricière »<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Livre XXIX, chap. XVIII.

<sup>10</sup> Proverbe africain cité par B. DIOP, *Les contes d'Amadou Koumba*, Paris, Éd. Présence Africaine, p. 7.

## Les droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais aujourd'hui

**Pierre Étienne KENFACK**  
*Agrégé de droit privé*  
*Professeur à l'Université Yaoundé 2*  
*Chef du département de théorie du droit*

« Quelle est ma loi ? » Ou plus globalement quel est le droit applicable sur les territoires des États anciennement colonisés ou placés sous la dépendance des puissances occidentales ? Cette question que Guy-Adjété Kouassigan avait posée au lendemain des indépendances de ces États<sup>1</sup> est toujours actuelle au vu du développement, sur le territoire de ces États, des règles issues du terroir et que certains appellent coutume, d'autres droits coutumiers et d'autres encore droits traditionnels.

Bien que suggéré par les travaux des auteurs observant le droit à partir de son ancrage sur un terroir, parmi lesquels des auteurs travaillant sur l'observation des droits africains<sup>2</sup>, l'usage de l'expression "droits traditionnels" aux côtés de celle d'"ordre juridique" est inhabituel dans le paysage juridique camerounais. C'est en vain, en effet, que l'on recherche des traces de cette expression comme catégorie juridique dans la très abondante littérature juridique portant sur le droit applicable au Cameroun<sup>3</sup>. Une telle suggestion devrait-elle être suivie ? Pour quelles raisons ?

Pour répondre à ces interrogations il faut partir du sens de l'expression droits traditionnels.

Les auteurs et organisations qui s'en sont servis dans leurs travaux sur l'Afrique lui ont donné une acception qui n'est pas trop éloignée de celle du vocable « coutumes », celles-ci étant entendues au sens de tous ceux qui n'imaginent pas des modes de régulation des rapports entre les sujets de droit issus du terroir africain qui soient détachés des rites et du folklore, ou qui puissent cohabiter avec le droit écrit. Un rapport de la FAO définit ainsi les droits traditionnels comme « les droits dont la formation et le mode de légitimation ne relèvent pas du droit de l'État qu'ils précèdent. Il s'agit en définitive de droits originaires qui témoignent d'un état de société et d'une conception particulière, qui structure les rapports sociaux autochtones »<sup>4</sup>. Dans le même sens, une historienne du droit écrit : « Malgré la colonisation et l'acculturation, qui s'en est suivie, malgré les Indépendances et l'adoption d'un droit inspiré du droit occidental, il apparaît que les populations africaines ont tendance à éviter le droit d'inspiration étrangère et à continuer autant que faire se peut à suivre leurs pratiques traditionnelles, aussi on peut les connaître, en lisant les ouvrages d'ethnologie ou d'anthropologie juridique assez anciens, mais également grâce aux recherches récentes souvent effectuées maintenant par des chercheurs africains. »<sup>5</sup>

Ces définitions et éléments de caractérisation des droits traditionnels préoccupent sur plusieurs points dont trois majeurs.

<sup>1</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974.

<sup>2</sup> P.-L. AGONDJO-OKAWÉ, « Domaine d'application des droits traditionnels », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t.1 : L'État et le droit, dir. P. TOUSSARD, Abidjan, Nouvelles éditions africaines, 1982, p. 393 et s ; G. CHRETIEN-VERNICOS, *Cours en ligne d'histoire du droit* (section 3 : Les droits originellement africains), [Consulté le 28 mars 2022] Disponible sur Internet : <http://www.dhdi.free.fr/cours/histdroit/hd5.pdf> ; C. BARRIERE, O. BARRIERE, *Le foncier-environnement. Fondements juridico-institutionnels pour une gestion viable des ressources naturelles renouvelables au Sahel*, Étude FAO législative n° 60, Rome, FAO, 1997.

<sup>3</sup> Voir notamment : B. DJUIDJE, *Pluralisme législatif et droit international privé*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; D.-J. ZAMBO ZAMBO, *Le droit applicable au Cameroun. Essai sur les conflits de lois dans le temps et dans l'espace*, Thèse de Doctorat, Université Yaoundé 2, 2009 ; S. MELONE, « Les juridictions mixtes de droit écrit et de droits coutumiers dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique : l'exemple du Cameroun », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, 1986/2, p. 327-348 ; S. MELONE, « Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie. À propos des effets patrimoniaux du mariage », *Revue camerounaise de droit*, 1972/1, p. 12 et s. ; S. OMBIONO, « Le mariage coutumier dans le droit positif camerounais », *Penant*, 1989 p. 32 ; V.- E. BOKALLI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *Revue générale de droit*, vol. 28, 1997/1, p. 37-69.

<sup>4</sup> C. BARRIERE, O. BARRIERE, *Le foncier-environnement. Fondements juridico-institutionnels pour une gestion viable des ressources naturelles renouvelables au Sahel*, op. cit.

<sup>5</sup> G. CHRETIEN-VERNICOS, *Cours en ligne d'histoire du droit*, op. cit.



Ils postulent d'abord que les droits traditionnels sont des vestiges de l'histoire qui précèdent le droit de l'État, et de ce fait ne peuvent pas se constituer dans un espace où il y a le droit de l'État. Si cela est vrai pour les États qui ont codifié leurs pratiques pour en faire leur droit positif, l'affirmation se discute pour les États qui subissent des règles juridiques imposées par les puissances qui, à un moment, les ont dominées. En effet, l'appréhension juridique des phénomènes sociaux dans toutes les sociétés, en dehors des matières juridiques entièrement construites se fait par les acteurs sociaux bien avant leur formalisation par l'État<sup>6</sup>.

Ils postulent ensuite l'existence des droits africains sans frontière, identique pour tous les pays africains comme si le phénomène d'apparition ou de production du droit, qui a aujourd'hui une base prioritairement étatique du fait de la souveraineté des États, était différent en Afrique. Ce qui est une généralisation également rapide.

Ils postulent enfin une confusion inévitable entre le droit et la culture, ce qui ne tient pas compte des brassages importants de la population des États africains du fait de l'urbanisation. Cette confusion aboutit finalement à une assimilation des droits traditionnels avec la coutume au sens que les puissances coloniales ont donné à ce terme alors que les deux concepts sont bien distincts.

En réalité, l'observation révèle que les droits traditionnels africains ne sont pas des règles qui ont existé et que les droits étatiques sont censés avoir classé dans les tiroirs de l'histoire, mais des modes de lecture juridique du monde et des faits sociaux, des mécanismes de régulation de la vie sociale qui fonctionnent au sein des États, soit en marge des règles posées par les autorités, soit en complément de celles-ci, soit en contradiction de celles-ci et qui sont réellement utilisés ou mis en œuvre<sup>7</sup>. On aurait pu les appeler droits appliqués non codifiés, mais on sortirait d'une nomenclature de classification des systèmes juridiques connue de la plupart des juristes<sup>8</sup>.

Ainsi présentés, les droits traditionnels tout en étant une émanation de la coutume, s'en détachent en ce qu'ils n'englobent pas les rites et pratiques qui ne sont pas des mécanismes de lecture juridique du monde, d'organisation ou de régulation des rapports sociaux et de la vie sociale. Ce sont des normes de conduite fondées sur une tradition populaire qui prête à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant. Il s'agit donc de véritables règles de droit d'origine non étatique, que la collectivité a fait siennes par habitude dans la conviction de son caractère obligatoire<sup>9</sup>.

Les droits traditionnels se constituent et se consolident avec les mutations de la société africaine, aujourd'hui totalement étatisée de sorte que, même si on peut trouver des traits communs des droits traditionnels de plusieurs États, leur processus de constitution et de formation est propre à chaque État. Leur importance observée de nos jours dans les États africains invite à se préoccuper de leur articulation avec les ordres juridiques de ces États. L'ordre juridique désignant, selon les mots de Santi Romano, « l'ensemble des règles et des normes qui régissent un lieu et une époque donnés »<sup>10</sup> ou plus largement l'ensemble des règles qui, pour un État donné ou un regroupement d'États donné à un moment donné, définissent le statut des sujets de droit, les rapports qui existent eux et avec les choses, il ne peut s'agir d'observer la présence des droits traditionnels que dans l'ordre juridique d'un groupe d'États ou d'un État<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1990, Collection « Que-sais-je ? ».

<sup>7</sup> La nécessité de prendre acte de ce que les droits issus de la coutume en Afrique ne sont pas des vestiges du passé, a été récemment rappelée dans un ouvrage publié en 2021. Dans cet écrit, l'auteure qui suggère de regarder autrement les coutumes, écrit : « Confondre "coutumes", "traditions" et "authenticité", puis les figer dans des acceptions passées, empêche de prendre la mesure de la diversité des coutumes et leur capacité d'hybridation sur le temps long. » (F. RENUCCI, *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*, Paris, Dalloz, 2021, Collection « Tiré à part », p. 91 et s.

<sup>8</sup> Lire notamment : R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2002 ; P.-E. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques : les enseignements de l'expérience camerounaise », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°7, 2009, p. 153-160.

<sup>9</sup> *Vocabulaire juridique de l'Association Capitaine*, dir. G. CORNU, 13<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF-Quadrige, 2020.

<sup>10</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2002.

<sup>11</sup> Sur la notion d'ordre juridique, lire notamment : Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 19 et s. ; J. CHEVALIER, *L'État post moderne*, Paris, LGDJ, 2008.

Le choix d'observer cette présence au Cameroun s'est imposé non seulement parce qu'originaire de ce pays et y exerçant son activité d'enseignement et de recherche, l'auteur de cette contribution pouvait le faire de manière plus directe, mais également du fait de la curiosité que suscite l'observation du processus de construction de l'ordre juridique d'un État qui a subi l'influence de plusieurs traditions et systèmes juridiques. En effet, le Cameroun, pays d'Afrique centrale, a d'abord connu l'influence allemande avant de passer sous mandat, puis sous tutelle de la France et de la Grande Bretagne lorsque l'Allemagne a perdu ses possessions en Afrique à l'issue de la première guerre mondiale. État fédéral à l'indépendance en 1960, le pays est devenu depuis 1972 un État unitaire par réunification des deux parties autrefois confiées à la France et à la Grande-Bretagne, avec comme conséquence la construction d'un ordre juridique tenant compte de cette réalité historique. En partant de ce que la France et l'Angleterre se sont empressées d'effacer toute trace de la présence allemande sur le sol de l'État du Cameroun, et mobilisant la règle de la succession d'États pour éviter des vides législatifs dans les anciens territoires colonisés ou sous tutelle, deux systèmes juridiques ont été mobilisés pour construire l'ordre juridique camerounais : le système de la *Common Law* et le système romano-germanique, avec une préférence pour ce dernier système dont la technique de codification permettait la construction d'un ordre juridique unique<sup>12</sup>.

Seulement au lieu de se servir de la technique pour codifier les règles et pratiques d'organisation de la vie en société issus du terroir camerounais, le législateur post-réunification, poursuivant l'œuvre coloniale de dénigrement des droits traditionnels, a maintenu les anciennes règles importées et recopié de nouvelles produites par les anciennes puissances tutrices pour créer un ordre juridique orienté vers la disparition à terme des droits traditionnels.

Mais dès l'origine, plusieurs aspects de cet ordre juridique, construit de toute pièces, ont été confrontés à un déficit d'effectivité et révélé des lacunes qui, au fil des années, ont conduit au développement de solutions contraires ou parallèles issues des règles et pratiques propres au Cameroun et qui forment aujourd'hui un ensemble susceptible d'être qualifié de « droits traditionnels ». Leur développement exponentiel sur le territoire camerounais invite à examiner la question de leur articulation avec l'ordre juridique de ce pays.

L'ordre juridique d'un pays étant le plus souvent une construction, l'articulation de l'ordre juridique camerounais avec les droits traditionnels pose deux interrogations majeures. La première est celle de savoir quelle est la part contributive des droits traditionnels dans la construction de l'ordre juridique camerounais. La réponse, très rapide, ressort de l'observation de l'ordre juridique en fonctionnement qui, mettant en application l'œuvre coloniale de dénigrement des droits traditionnels, poursuivie par les autorités du pays après l'indépendance, fait très peu référence aux droits traditionnels.

La seconde, qui découle de l'observation de la vitalité des droits traditionnels sur la scène juridique camerounaise, est celle de savoir quelle doit être la place des droits traditionnels dans l'ordre juridique de ce pays.

La question est importante parce qu'elle permet d'interroger la composition actuelle de l'ordre juridique camerounais, d'évaluer ses composantes, l'importance de chaque composante et de préparer l'avenir. Y répondre est une contribution à la compréhension du processus de construction des ordres juridiques des États et des éléments à mobiliser à cet effet. La réponse permet de savoir si la construction de l'ordre juridique d'un État est une opération purement intellectuelle, volontariste ou même arbitraire, ou si elle doit prendre en compte un ensemble de paramètres objectifs qui s'imposent aux constructeurs.

Pour rechercher des éléments de réponse à la question, le recours à l'exégèse et à la libre recherche scientifique sont apparus insuffisants ; nous avons dû mobiliser également la méthode impressionniste pour lire et comprendre la réalité juridique camerounaise totalement imprégnée de droits traditionnels.

---

<sup>12</sup> Sur ce processus, lire P.-E. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire francophone : les enseignements de l'expérience camerounaise », *op. cit.*

La combinaison de ces méthodes révèle l'importante place que doivent occuper les droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais, sur la base d'une observation et de ses conséquences. La révolte des droits traditionnels contre leur cantonnement à une place résiduelle dans l'ordre juridique institué (I) induit l'obligation de leur accorder une place importante dans l'ordre juridique réel à construire (II).

## **I. La révolte des droits traditionnels contre leur cantonnement à une place résiduelle dans l'ordre juridique institué**

L'ordre juridique institué est celui qui découle des actes des autorités, des lois et règlements qui organisent la vie juridique. L'analyse de celui du Cameroun met en évidence une volonté législative et jurisprudentielle de cantonnement des droits traditionnels à une place résiduelle contre laquelle ils se sont révoltés. La mise en perspective du processus de cantonnement (A) permet de mieux afficher les manifestations de la révolte (B).

### **A. Le processus de cantonnement des droits traditionnels à une place résiduelle**

Le processus de cantonnement des droits traditionnels à une place résiduelle dans l'ordre juridique camerounais s'est mis en place de manière progressive depuis l'époque de la domination du Cameroun par les puissances étrangères. Jugeant contraires au développement les droits traditionnels qu'elles ont appelés coutumes, pour mieux les dénigrer et favoriser leur abandon, les puissances étrangères avaient mis en place des stratégies visant à terme leur disparition. La plus visible étant de les laisser fonctionner en parallèle pour mieux faire voir les mérites des droits écrits et les défauts des droits traditionnels<sup>13</sup>.

À l'indépendance, tout en admettant l'existence des droits traditionnels appelés « coutumes », le législateur et la jurisprudence ont développé des stratégies de réduction de leur sphère d'influence avec pour objectif de les cantonner au rang des sources de droit ayant une place résiduelle dans l'ordre juridique.

La première a été de limiter la puissance formelle des droits traditionnels en les affichant en des lieux inappropriés. Le lieu qui affiche le plus une source de droit dans un État est la Constitution, loi fondamentale qui oriente toute la vie juridique de l'État. Celle du Cameroun énumère en son article 26 les matières qui relèvent de la loi et dispose, en son article 27, que : « les matières autres que celles qui relèvent du domaine de la loi ressortissent au pouvoir réglementaire ». Nulle part dans cette loi fondamentale on ne trouve de trace des droits traditionnels dans la liste des sources du droit, ne serait-ce que de manière indirecte comme la jurisprudence dont la consécration comme source du droit se déduit de l'interprétation des articles 37 et suivants qui traitent du pouvoir judiciaire<sup>14</sup>. Pour trouver des traces de la présence des droits traditionnels au rang des sources du droit, il faut lire les textes sur l'organisation judiciaire qui consacrent l'existence des juridictions de droit traditionnel, confient leur régime juridique à des textes réglementaires et leur assigne pour mission d'appliquer la coutume qui se dévoile au juge grâce à la présence d'assesseurs au sein de ces juridictions<sup>15</sup>. Cet affichage constitutionnel des lois et règlements, puis réglementaire des droits traditionnels, pourtant toutes sources du droit, n'est pas innocent ; il participe de la stratégie de cantonnement des droits traditionnels au rang de source de droit à sphère d'influence limitée.

<sup>13</sup> Lire notamment : P. LAMPUE, « Droits écrits et droits coutumiers en Afrique francophone », *Penant*, 1979, p. 245-288 ; S. MELONE, « Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie », *op. cit.* ; P.-L. AGONDJO-OKAWE, « Domaine d'application des droits traditionnels », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, *op. cit.*

<sup>14</sup> Constitution du Cameroun, Loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, [Consulté le 28 mars 2022] Disponible sur Internet :

[https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=fr&p\\_isn=43107&p\\_count=12&p\\_classification=01](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=fr&p_isn=43107&p_count=12&p_classification=01)

<sup>15</sup> Loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire qui, en son article 3, dispose que l'organisation judiciaire comprend les juridictions de droit traditionnel. Loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême qui, dans la liste des sections de la chambre judiciaire prévue par l'article 8, mentionne la chambre de droit traditionnel. Décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental, modifiée par le décret n° 71/607 du 03 décembre 1971.

La deuxième stratégie plus globale de réduction de la sphère d'influence des droits traditionnels a été de circonscrire le champ d'application de la coutume.

Elle se dévoile d'abord à la lecture de deux textes applicables dans les deux parties du Cameroun. D'une part, l'article 2 du décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles, applicable à la partie francophone, qui dispose que : « La compétence de ces juridictions est subordonnée à l'acceptation de toutes les parties en cause. Sous cette réserve, ces juridictions sont compétentes pour connaître des procédures civiles et commerciales que les textes en vigueur ne réservent pas aux juridictions de droit moderne ». D'autre part, le chapitre 142 de la *Customer Court Ordinance* applicable dans la partie anglophone.

Il ressort de ces textes que, contrairement aux droits écrits qui sont susceptibles de s'appliquer devant toutes les juridictions, les droits traditionnels ne peuvent s'appliquer que devant les juridictions de droit traditionnel. La Cour suprême l'a rappelé dans un arrêt rendu le 17 mai 1983 en ces termes : « La coutume n'est applicable que devant les juridictions traditionnelles »<sup>16</sup>. Il en ressort également que cette application n'est qu'éventuelle car la compétence des juridictions de droit traditionnel chargées de les appliquer est subordonnée à l'acceptation de toutes les parties au litige ; il suffit que l'une des parties décline, *in limine litis*, leur compétence pour que les juridictions de droit écrit deviennent seules compétentes avec comme conséquence immédiate l'application des droits écrits en lieu et place des droits traditionnels. La Cour suprême veille au respect scrupuleux de cette disposition en rappelant que « la compétence des juridictions traditionnelles est subordonnée à l'acceptation de toutes les parties nonobstant toute disposition contraire... En conséquence, dès que le déclinatoire de compétence est régulièrement soulevé par l'une des parties en cause devant le juge coutumier, celui-ci est obligé de se dessaisir au profit de la juridiction de droit moderne »<sup>17</sup>. On a écrit à juste titre que cette disposition a « anéanti l'importance des juridictions traditionnelles »<sup>18</sup>.

La stratégie de réduction de la sphère d'influence de la coutume par circonscription de son champ d'application se dévoile ensuite à la lecture des arrêts qui forment une jurisprudence constante de cantonnement des droits traditionnels au rang des sources résiduelles de droit. Très tôt, la Cour suprême, réglant un conflit d'application entre les droits écrits et les droits traditionnels, a posé la règle de primauté des droits écrits en ces termes : « Dans les matières où il a été légiféré la loi l'emporte sur la coutume. »<sup>19</sup> Cette règle pose ainsi le principe de l'exclusion du champ de compétence de ces juridictions pratiquement toutes les matières ayant fait l'objet d'un texte. Elle est censée avoir paralysé l'application de la coutume dans l'essentiel des matières, même lorsque l'affaire est portée devant les juridictions coutumières. Sur cette base, la multiplication des textes écrits depuis l'accession du Cameroun à l'indépendance devrait contribuer à réduire de manière drastique le champ d'application des droits traditionnels. Mais comme on l'observera plus loin, les choses ne se passent pas exactement comme prévu.

Une observation plus fine révèle que le processus de cantonnement des droits traditionnels à une place résiduelle n'était qu'une étape vers leur suppression à plus ou moins brève échéance, puisqu'il s'est accompagné d'un ensemble de manœuvres visant à terme à les faire disparaître. Il s'est accompagné notamment de la nomination à la tête des juridictions de droit traditionnels, de magistrats formés aux droits écrits, de l'affirmation par les juges qu'en cas de silence ou d'obscurité de la coutume c'est le droit écrit qui s'applique<sup>20</sup> et surtout de l'exclusion implicite des droits traditionnels de la liste des enseignements dans les facultés de droit et dans les écoles de formation des magistrats, avocats et autres auxiliaires de justice.

<sup>16</sup> C.S. 17 mai 1983, *Revue Camerounaise de Droit*, n° 29, p. 196.

<sup>17</sup> C.S., arrêt n° 49/L du 7 avril 1983, *RCD*, n° 25, p. 69.

<sup>18</sup> B. BANAMBA, « Regards nouveaux sur un texte déjà trentenaire : le cas du décret du 19 décembre 1969 portant organisation et fonctionnement des juridictions traditionnelles dans l'ex-Cameroun oriental », *Revue africaine des sciences juridiques*, 2000, p. 102-140.

<sup>19</sup> C.S. 5 mars 1963, *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême du Cameroun*, n° 8, p. 541.

<sup>20</sup> Lire notamment, S. MELONE, « Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie », *op. cit.* ; V.- E. BOKALLI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *op. cit.*

Prenant acte de ce constat on a pronostiqué avec un plaisir à peine déguisé la fin des droits traditionnels – confondus avec les coutumes en droit camerounais – dans un article au titre évocateur : « Compte à rebours pour la coutume au Cameroun » en se fondant sur une « infécondité » et une « précarité » de la règle coutumière<sup>21</sup>. Mais à l'analyse le pronostic apparaît risqué, car l'observation de la scène juridique camerounaise révèle une véritable révolte des droits traditionnels ou coutumiers contre le processus de limitation de leur sphère d'influence et même de leur suppression. Les manifestations de cette révolte, peu observée par la plupart des auteurs plutôt favorables à la disparition future des droits traditionnels, méritent pourtant une attention particulière si on souhaite rendre compte de la réalité juridique camerounaise de manière neutre et froide.

### ***B. Les manifestations de la révolte des droits traditionnels contre leur cantonnement à une place résiduelle***

Dans un ordre juridique donné lorsque la Constitution, les lois et les règlements ont posé des règles, celle-ci peuvent-elles faire l'objet de contestation ? La réponse est négative dans les ordres juridiques où le droit posé reflète les pratiques, principes et valeurs des destinataires des normes, car la contestation est pratiquement sans objet<sup>22</sup>. En revanche, dans un ordre juridique où le droit posé n'a aucun lien avec le terroir, la contestation de certaines règles devient inévitable. C'est le cas dans l'ordre juridique camerounais où le projet porté par les règles positives était de cantonner les règles de droit traditionnel à une place résiduelle dans le système. Un tel projet s'est heurté à la révolte des droits traditionnels qui ont conquis des espaces impensables et inattendus. La révolte se manifeste par la contradiction des droits écrits et par la conquête d'espaces non prévus par les droits écrits.

Relativement à la contradiction des droits écrits, dès 1963, la jurisprudence avait posé une règle fort simple : « Dans les matières où il a été légiféré, la loi l'emporte sur la coutume. »<sup>23</sup> En application de cette règle, la multiplication des lois depuis l'indépendance aurait dû entraîner la disparition des droits traditionnels ou tout au moins une réduction plus conséquente de leur champ d'application. Mais l'observation révèle tout le contraire dans plusieurs domaines de la vie juridique camerounaise où les règles juridiques issues des pratiques non écrites ou règles de droit traditionnel supplantent de plus en plus les règles de droit écrit. L'observation peut être faite aussi bien sur les questions qui relèvent du droit public que sur celles qui relèvent du droit privé et même du droit pénal.

Sur les questions relevant du droit public, la première illustration est le droit de l'administration du territoire qui, dans la division du Cameroun en unités, ignore les villages qui regroupent des personnes partageant des valeurs, rites et coutumes communs. Ils sont placés sous l'administration d'un chef, avec des règles d'administration totalement différentes de celles de l'administration publique. Pourtant, malgré leur absence dans l'organisation administrative étatique, le Cameroun est divisé en villages dont certains dépassent les frontières de l'organisation administrative<sup>24</sup>. Chaque village du Cameroun a ses frontières qui sont respectées par les villages voisins, avec des délimitations traditionnelles matérialisées non pas par des bornes, mais par des instruments traditionnels.

Les règles de désignation des chefs et des membres chargés de gérer les affaires du village sont totalement coutumières et échappent au droit étatique. Malgré la volonté de l'État central de faire des chefs de villages des auxiliaires de l'administration, la force des pratiques traditionnelles permet à la plupart de garder une relative autonomie dans la gestion des villages qui mêle traditions et modernité. La seconde illustration est le droit des finances publiques. Les villages ont des mécanismes de prélèvement des ressources pour réaliser des travaux d'intérêt commun en marge de l'administration étatique. Ainsi, pour construire un pont, une route communautaire ou un centre de santé, la plupart des

<sup>21</sup> D.-J. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume au Cameroun (Éléments pour une théorie de la "scripturalisation" du droit camerounais) », *Le droit au Pluriel. Mélanges en hommage au doyen Stanislas Meloné*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 2018, p. 171 et s.

<sup>22</sup> Dans ce sens, N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, op. cit., p. 32 et s.

<sup>23</sup> C.S. 5 mars 1963, loc. cit.

<sup>24</sup> La plus petite unité administrative reconnue au Cameroun est la commune.

villages n'attendent pas l'administration et mettent en place des mécanismes de financement obligatoires avec une répartition des charges tenant compte des ressources des habitants. La non-participation entraîne des sanctions propres aux traditions et ignorées par le droit public, comme l'interdiction d'être assisté en cas de difficultés.

Sur des questions relevant du droit privé, les éléments d'illustration sont de fond et de forme.

Sur le fond, les règles relatives à l'adoption et à la tutelle coutumières n'ont aucun lien avec celles du droit écrit. L'adoption et la tutelle coutumières n'ont pas de formalité et posent des problèmes inconnus des droits écrits. De même, les règles de gestion des terres sont en totale contradiction avec celles édictées par les lois et règlements. Ainsi, bien que l'ordonnance n° 74-01 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier dispose en son article 1<sup>er</sup> que « l'État est gardien de toutes les terres » et en son article 8 que « ... sont également nulles de plein droit les cessions et locations des terrains urbains et ruraux non-immatriculés au nom du vendeur et du bailleur »<sup>25</sup>, il existe, parallèlement à ce texte, un droit foncier traditionnel, qui ne reconnaît la propriété qu'aux possesseurs réels, qui permet et valide des transactions sur les terres non immatriculées et qui est même respecté par les autorités publiques et les investisseurs. Ainsi, après avoir respecté la procédure légale d'accès aux terres, les investisseurs qui ne souhaitent pas avoir des rapports conflictuels avec les riverains des espaces qui leurs sont concédés, reviennent négocier avec les propriétaires légitimes qui n'ont pourtant pas de titre foncier, mais qui fondent leur propriété sur l'occupation effective de longue durée.

La contradiction du droit écrit par les droits traditionnels s'observe également au plan de la forme. Ainsi, malgré la volonté du système moniste institué de faire de la justice coutumière une étape ou une branche vassale de la justice étatique, il existe une organisation judiciaire traditionnelle autonome avec ses autorités, ses procédures, ses sanctions.

Relativement aux autorités chargées de trancher les litiges, la justice coutumière n'est pas rendue par les juges, mais par des autorités coutumières que sont les chefs de villages et de quartiers ou des notables affectés à cette tâche. Le juge coutumier est différent par les critères de sa désignation, par ses méthodes et les objectifs poursuivis. Il n'est pas une autorité qui tranche les litiges en désignant les coupables et les non coupables, les responsables et les non responsables. C'est un conciliateur qui cherche avant tout la solution qui permettra la cohabitation des protagonistes quelle que soit l'issue du litige<sup>26</sup>.

Pour ce qui est des procédures, la justice coutumière est le siège des modes alternatifs de règlement des litiges. L'autorité chargée de régler le litige privilégie la recherche du consensus à la déclaration des droits subjectifs. L'objectif de la justice ici n'est pas simplement de dire le droit, mais de permettre aux protagonistes de continuer à cohabiter sans conflit. La justice coutumière privilégie la vérité réelle à la vérité judiciaire. En ce qui concerne les sanctions, la justice coutumière privilégie les restitutions et réparations par rapport aux sanctions punitives<sup>27</sup>. On l'observe même en matière pénale. La doctrine signale l'existence, dans la région du Nord Cameroun, d'une juridiction présidée par des « Modibos », dignitaires musulmans ayant une bonne connaissance du droit coranique et du droit local pour juger des infractions d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, et qui prononcent non pas des peines du Code pénal, mais selon les cas des compensations ou la remise de la chose volée<sup>28</sup>.

Relativement au traitement des questions inconnues des droits écrits importés, dans le processus de production des lois et règlements, les législateurs d'Afrique noire ont le plus souvent privilégié soit la reproduction des anciens textes coloniaux, soit la copie des textes des puissances coloniales. Un tel

---

<sup>25</sup> Ordonnance n° 74-1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier [Consulté le 28 mars 2022] Disponible sur Internet : [https://garoua.eregulations.org/media/ordonnance\\_fixant\\_regime\\_foncier\\_cameroun.pdf](https://garoua.eregulations.org/media/ordonnance_fixant_regime_foncier_cameroun.pdf).

<sup>26</sup> M. KAMTO, « une justice entre tradition et modernité », in (dir), *Afrique contemporaine*, 1990/4, n° 156 (spécial) : La justice en Afrique, dir. J. DUBOIS DE GAUDUSSON, G. CONAC, p. 57 et s.

<sup>27</sup> Lire notamment, J. POIRIER, « L'analyse des espèces juridiques et l'étude des droits coutumiers africains », *Ideas and procedures in African Customary Law*, Londres, Oxford University Press, 1969, p. 97-109.

<sup>28</sup> A. MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse Droit pénal et sciences criminelles, Université de Strasbourg, 1987, t. 1, note 60.

schéma n'a fonctionné que pour des questions traitées par ces législations. Or, plusieurs questions de la vie juridique sont propres à l'Afrique et n'ont donc pas été abordées par les textes. Les droits traditionnels ont développé des solutions dont certaines ont été récupérées par les juges et d'autres en attente d'être récupérées. Quelques exemples suffisent à l'illustrer.

Dans le droit du mariage, les règles européennes contenues dans le Code civil et l'ordonnance n° 81-02 portant organisation de l'état civil et fixant diverses dispositions relatives au mariage ne posent des règles qu'à partir du moment de la célébration comme si le mariage n'était que l'affaire du couple. Or en Afrique, le mariage est une union des familles qui permet des rencontres en vue de la constitution des liens futurs de solidarité. Le mariage devant l'officier d'état civil n'est que la petite partie d'un processus qui commence bien avant par des rencontres et échanges divers qui sont bien codifiés, acceptés par tous et même imposés à des étrangers de culture totalement différente. Quand bien même ces étapes sont escamotées pour diverses raisons, le mariage n'est considéré comme valable dans l'espace camerounais que si ces contraintes sociales sont par la suite observées. Parmi ces étapes, il y a celle de la présentation du fiancé à la famille restreinte de la fiancée, et surtout celle de la dot que la législation essaie d'encadrer pour prévenir les dérives en rapport avec les droits fondamentaux, mais sans en supprimer le principe ou en organiser le processus<sup>29</sup>. Les règles d'organisation de ces phases sont clairement posées par les droits traditionnels avec des conséquences attachées à leur non-respect. Malgré les variantes, le principe de ces étapes préalables est accepté par les camerounais de tous les coins du territoire. Une codification du droit camerounais aujourd'hui ne peut éviter de prendre position sur ces différents points.

En matière de successions, le Code civil de 1804 qui reste la base des réponses au Cameroun a organisé la succession réelle portant sur les biens en restant muet sur la continuation de la personne du défunt, qui est plutôt une succession personnelle. Or, dans l'environnement juridique camerounais, la succession c'est aussi le remplacement du défunt dans des instances variées. Elle est donc réelle et personnelle. Tout le régime de la succession personnelle est organisé par les droits traditionnels qui ont fourni aux juges de la matière pour consacrer le concept d'hériter principal qui remplace le défunt pour assurer la stabilité du lien familial<sup>30</sup>.

Comme on l'observe dans le fonctionnement de l'ordre juridique camerounais institué, les droits traditionnels font plus que résister à leur cantonnement dans une place résiduelle par les droits écrits. Ils se sont rebellés et cette rébellion observable impose à tout observateur de prendre acte de l'obligation de leur reconnaître une place centrale.

## **II. L'obligation de reconnaître aux droits traditionnels une place importante dans l'ordre juridique étatique à construire**

Peut-on parler d'ordre juridique à construire dans un État comme le Cameroun qui fonctionne depuis 1960 avec des lois et règlements adoptés ou régulièrement pris ? La réponse aurait été négative si l'ordre juridique actuel remplissait la fonction centrale du droit qui est de permettre une cohabitation des personnes sans conflit. Si les lois, règlements en vigueur s'appliquaient de manière effective et sans difficultés. Or l'analyse révèle que les lois et règlements, hérités pour la plupart des puissances mandatrices ou tutrices, sont soit non appliqués, soit peu appliqués et sont sources de difficultés. Et si tel est le cas, c'est parce que l'ordre juridique camerounais institué a négligé les droits traditionnels qui, à l'observation, apparaissent comme une composante incontournable obligeant tout réformateur, tout constructeur de l'ordre juridique à en prendre acte et à leur reconnaître une place importante dans son projet. L'exécution de cette obligation à l'occasion de la construction d'un ordre juridique camerounais reflétant la réalité juridique observable sur le terrain impose la prise en compte de deux paramètres : la

<sup>29</sup> V. articles 70 et 71 de l'Ordonnance 81-2 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et fixant diverses dispositions relatives au mariage [Consulté le 28 mars 2022] Disponible sur Internet : <https://www.cvuc-uccc.com/minat/textes/34.pdf>.

<sup>30</sup> Sur ce point spécifique, Cf. notamment, C. YOUEGO, *Sources et évolution du droit des successions au Cameroun*, Thèse Droit privé, Paris II, 1994, p. 15 et s. ; M. TIMTCHUENG, « Le droit camerounais des successions dépouillé des conceptions civilistes », *Revue générale de droit*, vol. 24, 2011/2, [en ligne] p. 531-563 [Consulté le 28 mars 2022] Disponible sur Internet : <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1900-v1-n1-rgd01544/1026932ar.pdf>.

levée des obstacles à la reconnaissance des droits traditionnels comme normes juridiques à l'échelle étatique (A) et l'indication des modalités de redéfinition de leur place dans l'ordre juridique à construire (B).

### ***A. La levée des obstacles à la reconnaissance des droits traditionnels comme normes juridiques à l'échelle étatique***

Que les droits traditionnels soient classés au rang de normes juridiques n'est discuté par aucun auteur, y compris ceux qui ont déclenché le « compte à rebours pour la coutume »<sup>31</sup>. Par contre, tous contestent leur aptitude à servir de norme d'organisation de la vie sociale à l'échelle d'un État en invoquant trois arguments majeurs : la limitation de leur application à un groupe de personnes au sein de l'État, leur contrariété avec les principes et valeurs étatiques et surtout la difficulté à en faire des normes à l'échelle étatique. À moins de lever ces obstacles, il faut renoncer à reconnaître aux droits traditionnels une place importante dans l'ordre juridique de l'État.

La limitation de l'application des droits traditionnels à un groupe de personnes sur le territoire de l'État, et leur contrariété avec les principes et valeurs étatiques découlent de l'assimilation des droits traditionnels aux coutumes ; assimilation initiée par les puissances coloniales et poursuivie par la plupart des auteurs post-indépendance.

L'utilisation du terme coutume pour désigner les règles d'organisation de la vie sociale que les puissances coloniales ont trouvées sur les territoires africains n'était pas innocente. Elle visait la dévalorisation des modes africains d'organisation de la vie sociale par présentation de leur dimension folklorique et rituelle, de leurs aspects les plus condamnables, pour mieux faire voir les vertus du droit des puissances coloniales considéré comme droit civilisateur. L'objectif à terme étant de construire l'ordre juridique des États colonisés ou dominés par substitution d'un ordre juridique de type occidental à celui reflétant les réalités du terroir<sup>32</sup>. Un tel projet avait d'autant plus de chances d'aboutir que les colonies et territoires sous tutelle ou sous mandat ont été créés par les puissances coloniales en application des résolutions de la conférence de Berlin sans égard à la séparation des groupes que cette application induisait et sans égard à la diversité des communautés mises dans le même espace sous la coupole de la notion d'État<sup>33</sup>. Cette assimilation s'est poursuivie chez plusieurs auteurs post-indépendance, qui définissent la coutume comme « des normes procédant d'une lente coulée faites d'usages propres à une tribu qui, au fur et à mesure qu'elle se répand dans le temps et dans l'espace accède à la normativité par les croyances pour les membres de la tribu »<sup>34</sup>.

La conséquence la plus immédiate de cette assimilation est la disqualification des droits traditionnels comme normes utilisables à l'échelle d'un État du fait de sa localisation dans un groupe. On a, sur cette base, suggéré la disparition de la coutume et, par conséquent, des droits traditionnels en affirmant que « le maintien en activité de la source coutumière ne permettrait pas de satisfaire le principe de l'égalité de tous devant la loi en ce que les situations juridiques identiques par hypothèse soumises à des coutumes différentes voire opposées recevraient des solutions non identiques au sein d'un État pourtant unitaire qui s'accommode mal de la disparité des solutions pour des problèmes juridiques identiques »<sup>35</sup>. Cette affirmation met en perspective le désastre juridique causé par l'assimilation des droits traditionnels, éléments de la coutume, avec le tout qui comprend en plus les rites et pratiques culturelles.

---

<sup>31</sup> D.-J. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume ... », *op. cit.*

<sup>32</sup> Sur ce point, lire notamment, P.-E. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques : les enseignements de l'expérience camerounaise », *op. cit.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 153-154

<sup>34</sup> D.-J. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume ... », *op. cit.*, p. 175 ; Dans le même sens, v. B. DJUIDJE, *Pluralisme législatif et droit international privé*, *op. cit.*, p. 32 et s. ; V.-E. BOKALLI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *op. cit.*

<sup>35</sup> D.-J. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume ... », *op. cit.*, p. 176.



L'autre conséquence de l'assimilation de la coutume aux droits traditionnels est l'apparente contrariété des derniers avec les principes et valeurs étatiques. En effet, en tant qu'État, membre d'une communauté internationale, le Cameroun a l'obligation de mettre en pratique un ensemble de principes et valeurs communs parmi lesquels le principe d'égalité, le principe de non-discrimination, la sauvegarde de la dignité des personnes, etc... On a fait observer que la coutume contredit ces principes et valeurs, en ces termes : « Le droit coutumier est alors considéré ... comme "un droit fondamentalement taré", soit qu'il prône des discriminations qui rompent avec le principe d'égalité entre les êtres humains, soit qu'il supprime ou réduit à une portion congrue le droit à la sûreté des femmes notamment, soit enfin que c'est la dignité humaine qui se trouve ouvertement méprisé par lui. »<sup>36</sup> Comme on l'observe, ces auteurs, comme la plupart des auteurs camerounais sur cette question, font bien la distinction entre les droits issus de la coutume qu'ils appellent « droits coutumiers » et la coutume elle-même, mais n'en tirent aucune conséquence puisque les tares relevées concernent les modalités de mise en œuvre des règles de droit coutumier qui incluent les rites et pratiques culturelles, lesquels peuvent varier sans affecter la stabilité de l'élément juridique.

Si les colons qui avaient un projet de substitution du droit occidental aux droits issus du terroir avaient intérêt à entretenir cette confusion, les auteurs observant la réalité juridique camerounaise dans son fonctionnement réel peuvent-ils s'inscrire dans la même lignée ? La réponse négative découle de la restauration de la distinction entre les droits traditionnels et les coutumes. Les droits traditionnels sont les modes d'organisation de la vie sociale, de régulation qui mettent en perspective les qualifications des notions, les principes d'organisation de la vie en société, de détermination des droits et des devoirs sans rapport avec les rites et éléments culturels qui sont des éléments complémentaires de la coutume. Ils apparaissent alors comme un sous-ensemble de la coutume, mais ne peuvent pas être assimilés à l'ensemble. Ainsi par exemple, l'obligation pour un fiancé de se présenter à la famille de la future mariée, et le principe de l'alliance des familles scellée par le versement « d'une dot » sont des règles juridiques qu'on retrouve dans toutes les tribus au Cameroun et sont constitutifs de droits traditionnels. Par contre, les modalités de mise en œuvre qui varient d'une région à une autre ne sont plus des règles de droit, mais des éléments de la coutume qui doivent être bien isolés des règles de droit.

La restauration de la distinction des droits traditionnels d'avec la coutume permet de lever l'obstacle de l'inaptitude des droits traditionnels à constituer du droit à l'échelle d'un État, et de réaliser qu'ils doivent avoir une place importante dans l'ordre juridique d'un pays qui aspire à avoir un droit reflétant ses réalités, et ayant des chances de s'appliquer réellement. Reste à lever l'obstacle relatif à l'accès aux droits traditionnels dans la perspective de l'élaboration du droit de l'État camerounais.

Plusieurs auteurs qui rejettent l'idée de la présence des droits traditionnels dans l'ordre juridique étatique camerounais se fondent sur la difficulté à en faire des règles à l'échelle étatique. Comment utiliser à l'échelle d'un État des règles orales, fluctuantes, variant, dit-on, en fonction des rivières traversées, en fonction des tribus de manière à en faire du droit étatique ? L'entreprise n'a jamais été tentée pour plusieurs raisons.

Très rapidement elle a été découragée par une assimilation des droits traditionnels aux coutumes, ce qui est, comme on l'a vu, totalement inexact. La distinction des droits traditionnels d'avec la coutume a permis de faire émerger des règles d'organisation de la vie sociale communes, dans les principes, à plusieurs tribus ou communautés et de ce fait généralisables à l'échelle étatique. Détachés des coutumes, les droits traditionnels ne sont plus fluctuants ni variables en fonction des tribus ; ils sont ainsi susceptibles de servir de base pour l'édification d'un droit national reflétant les réalités du pays.

L'entreprise a surtout été découragée par les auteurs légicentristes, considérant que tout le droit s'épuise dans la loi, assimilant le droit à la loi et l'opposant aux droits traditionnels assimilés aux coutumes, qualifiés de droits pré-étatiques appelés à terme à disparaître du fait de leur « désactivation » par

---

<sup>36</sup> *Ibid.* Dans le même sens, V.- E. Bokalli (*loc. cit.*) qui affirme que « le droit coutumier est un droit fondamentalement taré ».

l'avènement de la loi<sup>37</sup>. Dans cette perspective, on a écrit que « depuis l'accession du Cameroun à l'indépendance toutes les matières à normer ne le sont que par les deux seuls organes étatico-institutionnels que sont le législatif et l'exécutif selon une répartition constitutionnelle des compétences ; or la tribu qui produit la coutume n'est pas un organe étatico-institutionnel et ne peut renvoyer ni au législatif, ni à l'exécutif ; donc aucune matière n'a pu et ne peut être normée par voie de coutume tribale »<sup>38</sup>.

Un tel raisonnement se défend avec facilité dans un environnement où la production législative est la conséquence de la codification des pratiques d'organisation de la vie en société, de sorte que son application rencontre automatiquement l'adhésion des destinataires. Or, le droit écrit camerounais est constitué pour une part importante des textes importés ou d'inspiration étrangère avec des solutions à des problèmes inconnus sur le territoire et des solutions non codifiées réellement appliquées, mais soit en contradiction avec les lois, soit réglant des problèmes non pris en compte par les lois.

Le raisonnement donne l'impression que la coutume qui contient les droits traditionnels est un vestige de l'antiquité, ce qui n'est pas exact puisque la coutume ne peut aider à l'application des lois que si elle leur est concomitante ; elle ne peut combler les lacunes des lois que si elle leur est concomitante.

Le raisonnement a surtout découragé les recherches permettant de rendre disponibles les droits traditionnels, préalable à l'indication des modalités de redéfinition de leur place dans l'ordre juridique camerounais.

### ***B. L'indication des modalités de redéfinition de la place des droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais***

Comment tirer les conséquences de la forte présence des droits traditionnels au sein de l'ordre juridique camerounais qui s'efforce, depuis l'époque coloniale, de les éradiquer ?

Il faut d'abord les rendre disponibles. Entreprise difficile, non seulement parce que découragée depuis l'époque coloniale, mais aussi parce que les droits traditionnels sont essentiellement oraux. À moins de les afficher en des lieux connus de tous, il faut sans doute renoncer à leur accorder une place importante dans l'ordre juridique camerounais. Mais la difficulté ne peut empêcher une entreprise aussi fondamentale de construction de l'ordre juridique d'un État dans lequel les droits traditionnels sont aussi présents et concurrencent les droits écrits.

Des tentatives de codification des coutumes à l'époque coloniale ont été entreprises, mais elles n'ont rien à voir avec la mise à disposition des droits traditionnels, puisqu'elles ont consisté à mettre dans des actes réglementaires les modalités de gestion de la vie sociale mélangées avec les rites et traditions qui sont des éléments non juridiques pour mieux les afficher leurs différences avec les droits importés<sup>39</sup>.

La bonne approche consisterait à afficher les droits traditionnels dans leur aptitude à organiser les rapports sociaux acceptée par les destinataires des normes. Il s'agit de collecter et d'afficher les modes et pratiques camerounaises de traitement des questions juridiques, dépouillées des aspects culturels, qui reflètent les réalités du Cameroun. Ce n'est pas une entreprise législative, mais doctrinale. Il incombe à la doctrine la mission de collecter les mécanismes d'organisation de la vie sociale au Cameroun qui s'observent au quotidien, qui transcendent les tribus et les groupements, de les comparer, de prendre

---

<sup>37</sup> M. ONDOA, *Introduction historique au droit camerounais : la formation initiale, éléments pour une théorie de l'autonomie des droits africains*, Yaoundé, Les éditions L.K., 2013, p. 173 et s. ; D.-J. ZAMBO ZAMBO, « Constitution et droit transitoire au Cameroun. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit camerounais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68, 2016/3, [en ligne], p. 575-807 [Consulté le 28 mars 2022] Disponible sur Internet : [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2016\\_num\\_68\\_3\\_20693](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2016_num_68_3_20693)

<sup>38</sup> D.-J. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume ... », *op. cit.*, p. 177.

<sup>39</sup> Sur ces tentatives lire notamment V.- E. BOKALLI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *op. cit.* ; M. TIMTCHUENG, « Le droit camerounais des successions dépouillé des conceptions civilistes », *op. cit.*, p. 9 et s.

acte des rapprochements et faire des propositions d'organisation de la vie sociale fondées sur les réalités camerounaises pour une utilisation par le législateur et les juges. Les auteurs, juristes, partant non pas des règles, mais de la science du droit, doivent collecter et mettre à disposition toutes les pratiques camerounaises de gestion des questions juridiques non encore codifiées, mais réelles, dont certaines contredisent ou complètent les droits écrits, dans chaque groupe ou tribu et faire des comparaisons, guidés par le souci de faire émerger des règles utilisables à l'échelle de l'État.

Les travaux d'un auteur pionnier dans cet exercice au Cameroun<sup>40</sup>, mis en relation avec les observations empiriques faites par l'auteur de ces lignes révèlent que, contrairement à l'idée répandue pendant la période coloniale, lorsqu'on ne considère que les modes d'organisation de la vie sociale dépouillés de la culture et des rites, les points communs des modes de régulation sociale des questions majeures spécifiques au Cameroun sont dominants. Ainsi, par exemple, l'institution de la succession personnelle organisant le remplacement du défunt est une réalité observable dans toutes les régions du Cameroun. Il en est de même du régime de la formation du mariage, qui valide plus la présentation du fiancé à la famille de la fiancée et la rencontre des familles des futurs conjoints que la célébration devant l'officier d'état civil. Il est souhaitable que des travaux doctrinaux soient entrepris en vue de la mise à disposition du droit typiquement camerounais dépassant la simple célébration devant l'officier d'état civil. La doctrine doit donc faire sortir les droits de l'oralité pour qu'ils soient visibles par tous.

La levée de toutes ces difficultés conduit à la question des modalités de redéfinition de la place des droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais à construire.

La question n'est pas nouvelle. Elle a déjà été posée par un auteur qui a suggéré la juxtaposition des systèmes en faisant cohabiter le système des droits traditionnels en parallèle avec les systèmes de droits écrits<sup>41</sup>. La solution reste utile tant que les juridictions de droits traditionnels sont maintenues. Elle permet de mettre à leur disposition des règles à utiliser pour trancher les litiges sans être trop dépendants des assesseurs.

Mais à terme, la solution devra être abandonnée dans un État qui promet l'égalité des droits et des devoirs et qui, à ce titre, a choisi un mécanisme d'affichage des règles de droit en des lieux visibles par tous, c'est-à-dire dans les lois et règlements<sup>42</sup>. Si on part du principe que chaque société secrète son droit, que le droit qui a des chances d'être réellement appliqué est celui dans lequel les destinataires se reconnaissent, il faut prendre acte de la nécessité de mettre dans les lois camerounaises en priorité les droits traditionnels dans les matières où ils ont résisté ou suppléent les droits écrits. Les droits traditionnels collectés et affichés devraient, sur les points qu'ils régissent ou organisent, être le socle des lois et règlements, et guider leur interprétation et application.

Pour faciliter la maîtrise et la diffusion des droits traditionnels, en attendant leur réception dans les codes, les droits traditionnels collectés et affichés par la doctrine devraient être enseignés dans les facultés et les écoles pour l'édification d'un droit adapté à son environnement d'application. Le département de théorie du droit de l'Université Yaoundé 2 a commencé la réflexion sur cette option en instituant dans le Master « Théorie et pluralisme juridiques », placé sous sa coordination, un cours de « Théorie des droits fondamentaux » et des thèmes de travaux de recherche sur l'utilisation des droits traditionnels au Cameroun. L'espoir est de susciter de l'intérêt pour cet important pan du droit camerounais formellement négligé, mais qui s'impose au quotidien.

---

<sup>40</sup> M. TIMCHUENG, *ibid*, p. 5 et s.

<sup>41</sup> S. MELONE, « Les juridictions mixtes de droit écrit et de droits coutumiers dans les pays en voie de développement », *op.cit.*

<sup>42</sup> Articles 26 et 27 de la Constitution qui indiquent les matières qui relèvent du domaine de la loi et celles qui relèvent du domaine du règlement.

## Conclusion

Malgré la volonté des autorités camerounaises d'instituer un ordre juridique dominé par les systèmes juridiques de droit écrit et réservant de ce fait aux droits traditionnels une place résiduelle, fonctionne au Cameroun un système juridique de droit traditionnel qui concurrence, se substitue ou complète les autres sur plusieurs points, de sorte que coexistent sur le territoire en réalité deux ordres juridiques : un ordre juridique institué et un ordre juridique réel. Une telle situation est perturbatrice pour un État qui aspire à réaliser son unité en mobilisant le droit, qui aspire à l'effectivité de son droit et invite à construire un ordre juridique qui reflète la réalité juridique observée. La restauration de la place névralgique des droits traditionnels devient un impératif, un projet prioritaire. Simplement la tâche n'est pas aisée du fait des obstacles institués depuis l'époque coloniale pour empêcher les droits traditionnels de servir de base à l'élaboration d'un droit camerounais.

Toutefois, à l'observation, la levée de ces obstacles s'est avérée plus facile que l'on ne pouvait imaginer et justifié la proposition de restauration aux droits traditionnels d'une place importante dans l'ordre juridique camerounais. La réalisation de cette proposition passe par la recherche et la mise à disposition, par la doctrine, des règles de droit traditionnels dépouillées de la coutume pour qu'elles servent dans un premier temps à faire fonctionner les juridictions de droit traditionnel, et dans un second temps à l'élaboration de lois reflétant les réalités camerounaises et ayant des chances de s'appliquer.

---

## Présentation de travaux

---

## La justice précoloniale en Mauritanie : entre coutume et charia islamique

**Boubou BA**

*Doctorant, Université Paris-Nanterre  
Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD)*

Selon un adage latin, *Ubi societas, Ibi ius*. Le droit est une production de la société. De ce fait, dès que les hommes se regroupent et s'organisent en société, apparaissent des normes permissives ou prohibitives dont la complexité varie en fonction de la complexité des groupes mêmes<sup>1</sup>. Le droit sert à prévenir et à traiter, au nom d'une référence partagée, les conflits survenant dans la société<sup>2</sup>. Cette référence partagée se construit en fonction de la culture et des structures politiques et sociales de chaque société.

La Mauritanie a été colonisée pendant plusieurs années par la France dont les administrateurs ont, à diverses reprises, vainement tenté de supprimer les institutions judiciaires traditionnelles héritées de la coutume et de la religion musulmane<sup>3</sup>. S'étant très tôt rendu compte de la solidité du système judiciaire autochtone, les Français ont opté pour l'instauration d'une colonie sous-administrée, par comparaison avec le reste de l'Afrique occidentale française (AOF)<sup>4</sup>. Par cette politique, la justice de droit musulman et la justice autochtone conservent leur champ d'application, à savoir les litiges qui relèvent des droits musulman et coutumier, à la satisfaction des populations locales qui y voyaient une concession arrachée au colonisateur. La justice moderne, d'inspiration française, se spécialise, pour sa part, dans les conflits de nature économique, surtout ceux concernant l'administration et les colons<sup>5</sup>. Au lendemain de son accession à l'indépendance et de la création du nouvel État indépendant, de la République islamique de Mauritanie, désormais souveraine, les solutions juridiques proposées aux populations vont donner naissance à un nouveau paradigme juridictionnel. Le pays a opté pour une organisation caractérisée par un pouvoir judiciaire indépendant des autres pouvoirs (l'exécutif et le législatif) de l'État. Cette option révèle toute la difficulté à laquelle est confronté l'État mauritanien avec l'adoption d'un droit national, écartelé entre trois normativités différentes : la coutume, la charia islamique et le droit positif d'inspiration française.

Aujourd'hui en République islamique de Mauritanie, la justice étatique ne bénéficie guère de la confiance des justiciables et de l'idée que l'on se fait habituellement d'une institution indépendante et impartiale chargée de dire le droit et de rendre la justice. Cette opinion négative est liée à son formalisme excessif, à son coût, à sa lenteur et à la lourdeur des procédures judiciaires. Ces problèmes ne pouvaient laisser les autorités publiques sans réaction. De nombreuses actions ont été entreprises pour réformer la justice étatique, mais il apparaît que ces actions ont été inefficaces. Il fallait désormais imaginer des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) qui, pour une partie de la doctrine, constituent une réponse aux difficultés que rencontrent les justiciables. Ces termes de modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou des litiges (MARL) ou encore des différends (MARD)<sup>6</sup>, désignent, « les modes [...] qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution et qui ont en commun le plus souvent le fait

---

<sup>1</sup> M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 27 et s.

<sup>2</sup> N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1998, p. 21.

<sup>3</sup> H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, Thèse de doctorat, Université de Gaston Berger, Saint-Louis (Sénégal), L'Harmattan, 2009, p. 41.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> M.-M.-Y. ABDEL WEDOUD, « Le système judiciaire mauritanien avant l'indépendance », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 2001/1, p. 88.

<sup>6</sup> J.-B. RACINE (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Lyon, L'Hermès, 2002, p. 11 ; M.-M. MOHAMED-SALAH, « Médiation, conciliation, transaction, jugement sur accord-parties : Essai de définition », *La médiation en matière civile et commerciale*, dir. F. Osman, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 77 ; E.-M. NGANGO-YOUMBI, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit économique*, 2019/4, p. 449-476. « Que l'on appelle encore les solutions de rechange au règlement des litiges pour user du vocabulaire québécois, *alternative dispute resolution* selon les termes utilisés aux États-Unis, modes non-juridictionnels ou encore modes alternatifs de résolution des litiges selon les formules les plus utilisés en France ».

de faire intervenir un tiers et de se démarquer du système juridictionnel »<sup>7</sup>. Comme l'a relevé Soazick Kerneis, « l'Alternative Dispute Resolution qui prend son essor aux Etats-Unis et dans les pays *Common Law* plaide pour une justice informelle, débarrassée des contingences de l'État : il faut rapprocher la justice des citoyens et favoriser leur participation au règlement des litiges »<sup>8</sup>. Il s'agit d'une justice conciliatoire permettant le rétablissement du lien social et le retour de la paix au sein de la communauté.

Face à cette crise judiciaire les autorités mauritaniennes ont été amenées à chercher à y remédier par le développement de l'Alternative Dispute Resolution. Le gouvernement a mis en place en 2019 une politique sectorielle de l'accès à la justice pour permettre à tous de faire appel aux mécanismes alternatifs de règlement des litiges. Un document élaboré par le ministère de la Justice, *La stratégie nationale d'accès à la justice 2020-2024*, prévoit de sensibiliser les acteurs judiciaires et les justiciables au rôle de la justice négociée. Les lois du 29 avril 2019 sur la médiation conventionnelle et du 19 février 2019 sur la médiation judiciaire confirment la volonté politique des autorités mauritaniennes de promouvoir la justice amiable et l'accès à la justice pour tous. Dans le même sens, la loi du 18 janvier 2000 portant Code de l'arbitrage a été abrogée et remplacée par la nouvelle loi n° 2019-019 du 29 avril 2019 portant nouveau Code de l'arbitrage. Il n'est évidemment pas question de faire ici une description exhaustive de la justice en Mauritanie, mais on peut s'interroger sur l'articulation de la voie contentieuse avec la justice traditionnelle (I) et les nouveaux modes de règlement des conflits (II).

## I. Le règlement des conflits par le système de justice traditionnelle

La structure précoloniale de la Mauritanie ne la prédestinait pas à l'organisation d'un système judiciaire centralisé de type moderne. Le pays était composé à la fois de tribus nomades (les Maures) connues pour leurs migrations périodiques comme le décrit Haimoud Ramdan<sup>9</sup>, et de communautés sédentaires (les Noirs). A cette époque, on peut distinguer deux phases dans l'organisation du système judiciaire du fait de la conversion à l'islam. Avant l'islamisation du pays au XI<sup>e</sup> siècle, le règlement des conflits était essentiellement coutumier comme partout dans ce qui sera l'Afrique occidentale française (A). Par la suite, la conversion de la Mauritanie à l'islam se traduit par l'instauration d'une justice cadiale (B).

87

### A. La justice coutumière précoloniale

À la lecture de la doctrine, on constate une différence de points de vue entre les anthropologues du droit et les juristes. Du point de vue des juristes, la coutume selon Gérard Cornu, « est une norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire (*consensus utentium*) qui prête à une pratique constante [...], mais d'origine non-étatique (et en général non écrite) que la collectivité a fait sienne par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*) »<sup>10</sup>. En droit, on appelle coutume un usage si ancien, si généralement pratiqué qu'il est devenu obligatoire<sup>11</sup>. Les juristes occidentaux définissent aussi la coutume comme un usage prolongé tenu pour obligatoire, et insistent sur sa souplesse, sur la facilité avec laquelle elle s'adapte à l'évolution des mœurs<sup>12</sup>. Comme l'a relevé Étienne Le Roy, les juristes retiennent trois attributs pour définir la coutume : un usage général, renouvelé au cours des temps sans interruption et tenu pour obligatoire : on parle d'*opinio necessitatis*, comme avis partagé que ces pratiques sont tenues pour indispensables par le groupe et en vue de sa régulation<sup>13</sup>. La coutume est l'un des produits de l'activité juridique, au même titre que la doctrine, la

<sup>7</sup> C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 325-345.

<sup>8</sup> S. KERNEIS, « Aspects anthropologiques des MARC », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, dir. P. CECCHI-DIMEGLIO et B. BRENNEUR, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 152.

<sup>9</sup> H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, op. cit. p. 41

<sup>10</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 2016, p. 284.

<sup>11</sup> S. NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines. Des origines au début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Abidjan, éd. ABC, 2018, p. 102. La coutume est une règle, selon le professeur Nene Bi, résultant de la répétition généralisée de comportements ressentis par ses agents comme l'application ou l'expression d'une règle de droit.

<sup>12</sup> N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, op. cit., p. 190.

<sup>13</sup> É. LE ROY, *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétisme et métissage*, Paris, Dalloz, 2004, p. 92. Selon l'auteur, « ce mode de régulation est en France soumis au contrôle royal : Coutume est un raisonnable établissement non scripts et pour commun profit, mis au pais et par le principe gardé et approuvé notoirement, par le cours de XL ans ».

jurisprudence, la loi et la révélation<sup>14</sup>. Elle est aussi ce qu'il est convenu d'appeler une source formelle du droit, c'est-à-dire un mode de formulation du résultat d'un processus créatif qui se situe respectivement dans l'esprit du sachant, du juge, du chef ou de dieu<sup>15</sup>. En d'autres termes, pour les juristes la coutume est une source de droit, à condition de ne pas aller à l'encontre de la loi, qui en conditionne la reconnaissance.

Du point de vue de l'anthropologie juridique, la coutume n'est pas que du droit puisque les comportements et les modèles de conduite qui les orientent ne sont ni juridicisés, ni même saisis par le juridique<sup>16</sup>. Pour comprendre comment la coutume se présente, Michel Alliot adopte « la métaphore du tripot »<sup>17</sup>. Il compare les coutumes africaines à divers jeux où chacun des joueurs a un jeu différent et ignore ce qui est pratiqué à la table voisine. L'auteur souligne qu'« il y a donc au fondement de la coutume une logique, qui irrémédiablement, la distingue de toutes les autres formes de régulation, donc de la morale et de la religion, mais aussi sur le terrain juridique, de la loi et des habitus »<sup>18</sup>. C'est dans ce sens que Louis Assier-Andrieu écrit que « la coutume est une expression directe de la conscience commune, répertoire normatif spontané des groupes et des peuples, droit immédiatement connecté aux besoins sociaux, la coutume se manifeste aussi bien comme principe d'ordre qu'elle porte témoignage d'un ordre immanent »<sup>19</sup>. Cette approche anthropologique de la coutume fait apparaître le caractère normatif de la coutume et son importance dans un groupe ou dans une société communautaire comme celle de la Mauritanie.

Le droit et la coutume apparaissent comme des concepts distincts, servant à caractériser des phénomènes d'un ordre différent, unis toutefois par leur commune appartenance au domaine juridique. Une opposition paraît établie entre un droit qui serait issu de la volonté consciente des légistes et un autre type de droit, coutumier, produit par la conscience commune d'un peuple<sup>20</sup>. L'anthropologie a abondamment décrit la production des normes et les façons de juger des sociétés sans écriture<sup>21</sup>. Les normes juridiques issues des mythes et des coutumes peuvent nécessiter une interprétation pour mieux s'appliquer<sup>22</sup>. Ces normes coutumières établies par le groupe permettent de régler les relations entre les membres du groupe. Elles doivent impérativement être respectées par le groupe<sup>23</sup>.

Depuis près de trois décennies, les historiens du droit et de l'Afrique s'intéressent aux processus de construction du droit coutumier dans l'Afrique précoloniale et coloniale du XX<sup>e</sup> siècle et à leurs enjeux juridiques, politiques et sociaux<sup>24</sup>. La question de la place du droit coutumier et de son abolition a été posée lors de la conférence sur les tribunaux locaux et le droit coutumier à Dar es Salam, en 1963. Il a été question de recenser les différentes coutumes et de leur donner une forme écrite<sup>25</sup>. Car la pratique coutumière est le processus par lequel un groupe social fonctionne, suivant les conditions particulières de son environnement écologique, culturel et politique<sup>26</sup>. Les normes résultant de ce processus peuvent

---

<sup>14</sup> J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996, p. 48 et s.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 49 et s.

<sup>17</sup> M. ALLIOT, « La coutume dans les droits originellement africains », Société Jean Bodin, *La coutume*, Bruxelles, De Boeck Université, *Recueil* n° LI, 1989, cité par É. LE ROY, *Les Africains et l'institution de la justice*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>19</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 48 et s.

<sup>20</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juridique des anthropologues », *Droit et Société*, n° 5, 1987, p. 92.

<sup>21</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, Paris, Dalloz, 2011, p. 25.

<sup>22</sup> N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>23</sup> S. NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines. Des origines au début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.* p. 101.

<sup>24</sup> A. LAURO, « Notes sur la fabrique du droit coutumier, le pouvoir colonial et l'ordre du mariage dans le Congo belge de l'entre-deux-guerres », *Droit et justice en Afrique coloniale*, dir. B. PIRET, Ch. BRAILLON, L. MONTEL, P.-L. PLAMAN, Bruxelles, PUSL, 2014, p. 165-188.

<sup>25</sup> H. DU COUEDIC DE KJERGOALER, « Conférence sur les tribunaux locaux et le droit coutumier à Dar es Salam », *Revue internationale de droit comparé*, septembre 1963, p. 614 et s.

<sup>26</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, *Coutume et rapports sociaux. Etude anthropologique des communautés paysannes du Capcir*, Paris, éd. CNRS, 1981, p. 31.



échapper à un domaine juridique pensé comme tel par les membres du groupe pour appartenir au champ religieux, aux rapports de parenté ou aux rapports politiques<sup>27</sup>.

Dans une société dite coutumière, sans État central, l'unité politique est la famille, le clan ou le lignage. Le *pater familias*, le patriarche ou le conseil des anciens jouent le rôle d'autorité politique et judiciaire, car ce sont eux qui organisent et gouvernent le groupe<sup>28</sup>. Le chef coutumier est le détenteur réel du pouvoir à l'intérieur de son groupe, et le représentant de celui-ci par rapport aux autres groupes. C'est le corps social lui-même qui détient l'autorité originaire et qui l'exerce comme unité indivisée, dans le but de maintenir dans l'indivision l'être social<sup>29</sup>. La société traditionnelle africaine présente en outre une stratification sociale spécifique qui influence de façon déterminante l'organisation du pouvoir politique et judiciaire<sup>30</sup>. Par conséquent, le pouvoir judiciaire n'est pas séparé du reste de la société. Le règlement des conflits dans les sociétés coutumières vise avant tout la réparation qui peut aller du simple pardon au sacrifice de sang, le tout visant le rétablissement des liens sociaux brisés<sup>31</sup>. Comme toute règle de droit, la règle coutumière est munie de sanctions et sera appliquée par les autorités coutumières chargées de la faire respecter<sup>32</sup>, par les chefs coutumiers<sup>33</sup>. La Mauritanie, comme la plupart des pays d'Afrique subsaharienne, est une société communautaire où foisonne une multitude de groupes sociaux régis par les règles coutumières. Avant le XI<sup>e</sup> siècle les conflits étaient réglés dans le cadre d'une justice de type coutumier<sup>34</sup>, comme dans toutes les sociétés traditionnelles africaines. L'objectif de la justice coutumière dans les sociétés traditionnelles africaines, en particulier mauritanienne, consiste à préserver le lien social et l'harmonie au sein de la communauté<sup>35</sup>. Il s'agit d'un modèle de justice dans le cas de la Mauritanie, généré par une société essentiellement nomade et sédentaire.

La justice coutumière africaine est avant tout un moyen de règlement des conflits culturellement accepté et compris par les personnes concernées, fondé sur le consensus et la réconciliation<sup>36</sup>. Ahmed Babou souligne qu'« en Mauritanie la justice coutumière est générée par une société traditionnelle dans laquelle le groupe est la référence première, où l'individu est très fortement intégré dans les structures familiales ou claniques »<sup>37</sup>. La règle coutumière apparaît, selon Louis Assier-Andrieu, comme une théorie, une forme spécifique de la pratique du groupe social, dont la fonction est de fixer à l'intérieur et à l'extérieur du groupe certaines conditions de sa reproduction<sup>38</sup>. De ce fait, la justice coutumière envisage le conflit par rapport au groupe et non pas rapport à l'individu. Dans les sociétés traditionnelles africaines, l'homme est condamné à vivre en collectivité. Le collectif prime sur l'individu. C'est dans ce sens que la règle de droit émane du groupe par consensus pour être intériorisée et pratiquée. Le droit a pour fonction, dans la société précoloniale mauritanienne, de garantir le *statu quo* en maintenant la paix sociale par la référence à des normes, la plupart du temps coutumières<sup>39</sup>.

Lorsqu'un litige survient entre les membres du groupe, comme l'a relevé Ahmed Babou, on fait recours à un juge coutumier qui se veut, avant tout, pacificateur<sup>40</sup>. Ce dernier doit utiliser toutes ses

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> K. KONDE, « Demandes de justice et accès au droit en Guinée », *Droit et société*, n° 51/52, 2002, p. 385.

<sup>29</sup> P. CLASTRES, *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Éd. du Seuil, 1980, p. 108.

<sup>30</sup> M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>31</sup> K. KONDE, « Demandes de justice et accès au droit en Guinée », *op. cit.*, p. 385.

<sup>32</sup> S. NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines. Des origines au début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>33</sup> E.-A.-B. VAN ROUVEROY, « Chef coutumier : un métier difficile », *Politique Africaine*, 1987, p. 22 et s.

<sup>34</sup> C.-A. OULD AHMED BABOU, *Le système judiciaire mauritanien*, Thèse de doctorat, Université d'Orléans, 2001, p. 21.

<sup>35</sup> Y. COLLIU & K.-H. BURCHILL, *Le droit coutumier et la justice juvénile*, Terre des hommes, 2016, [en ligne], p. 18 [consulté le 8 août 2021] Disponible sur internet : [https://www.tdh.ch/sites/default/files/le\\_droit\\_coutumier\\_khopeburchill\\_ycolliou\\_fr.pdf](https://www.tdh.ch/sites/default/files/le_droit_coutumier_khopeburchill_ycolliou_fr.pdf)

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>37</sup> J. ARNAUD, *La Mauritanie*, Paris, PUF, 1975, p. 15 et s ; A. BABOU, « Le système judiciaire mauritanien », *op. cit.*, p. 21.

<sup>38</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, *Coutume et rapports sociaux. Étude anthropologique des communautés paysannes du Capcir*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>39</sup> H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>40</sup> A. BABOU, « Le système judiciaire mauritanien », *op. cit.*, p. 21.

connaissances coutumières et morales et toutes ses qualités humaines pour remplir sa mission, qui fait de lui la conscience morale d'une société en quête d'une paix sociale et d'une harmonie entre les différentes composantes de la société<sup>41</sup>. La procédure dans le cadre de la justice coutumière en Mauritanie est orale et informelle, fondée sur une méthode dialectique. De la libre discussion sur le juste partage et la bonne conduite se dégage la solution de droit<sup>42</sup>. Le droit de chaque partie au procès est prouvé au terme d'un échange d'opinions qui conduit au prononcé d'une décision soumise à l'approbation des membres du groupe<sup>43</sup>. Cette décision est acceptée et exécutée par le groupe pour préserver la cohésion sociale. C'est dans ce contexte que Régis Lafargue parle d'une « justice plus humaine faite de rencontres réussies ou ratées »<sup>44</sup> car la coutume est le produit de l'activité de l'ensemble d'un groupe social agissant de concert<sup>45</sup>. Ce système de justice traditionnelle recueille l'adhésion des populations autochtones, qui le considèrent comme à la fois légitime et accessible, car elles en comprennent le fonctionnement<sup>46</sup>. Préserver la paix civile et l'harmonie et prévenir les mécanismes de vengeance et de vendetta sont les principaux objectifs de la justice coutumière<sup>47</sup>. Les autorités coutumières se considèrent comme les gardiens de la paix sociale et des conciliateurs.

Néanmoins, en dépit du rôle que la justice coutumière joue dans la société mauritanienne, elle fait face à des pressions et des critiques à cause de certaines sanctions inhumaines et dégradantes, qui sont contraire au respect des droits de l'homme et de toutes les conventions internationales dont la Mauritanie est signataire. Ces pratiques sont aussi contraires aux valeurs qui sous-tendent une société libérale et démocratique fondée sur la justice, l'égalité et la liberté, car l'État de droit est une partie intégrante de la stabilité de la société mauritanienne. Cette vision fantasmée de la justice coutumière a été utilisée pour décrire un état « paradisiaque », une sorte de mythe de l'âge d'or dans les sociétés traditionnelles africaines, en particulier la société mauritanienne. Au lendemain des indépendances, la coutume africaine selon Étienne Le Roy, est dépréciée ou dévalorisée par l'idéologie coloniale. Elle a été progressivement associée aux vieux, au village, aux affaires de sorcelleries<sup>48</sup>. Les chefs coutumiers sont devenus impuissants pour résoudre les conflits les plus importants (meurtre, assassinat, viol...) <sup>49</sup>. Nous constatons également que la place faite à l'individu par la justice coutumière n'est pas la priorité, le but étant la paix et l'équilibre social au sein de la communauté.

Par ailleurs, il faut également souligner que l'instance coutumière a souvent été accusée d'abus de pouvoirs, de non-respect des normes internationales (l'esclavage), de tendance à imposer des punitions dégradantes et inhumaines (châtiments corporels), et d'atteintes graves et psychiques à l'encontre des femmes (l'excision des femmes et des fillettes). Les limites de la justice coutumière sont particulièrement évidentes lorsqu'il s'agit des enfants et des femmes. Les principales conventions et normes internationales en matière de justice pour mineurs dont le pays est signataire, ne sont pas respectées par la justice coutumière. Les conventions internationales, le Code de statut personnel (Code de la famille) et le Code civil mauritanien fixent l'âge de la majorité à 18 ans. Malheureusement, les acteurs de la justice coutumière associent l'âge de la majorité des jeunes filles à la puberté soit entre dix et quinze ans. C'est cela qui engendre le mariage précoce et forcé des jeunes filles mineures sans leur consentement éclairé. Il est important aussi de noter que le système de la justice coutumière est parfois même contraire aux principes du droit musulman et de la charia islamique.

---

<sup>41</sup> M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur le fondement du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, op. cit., p. 27 et s.

<sup>42</sup> H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, op. cit., p. 42.

<sup>43</sup> G. POULOT, *Les maures de l'AOF*, Paris, Pedone, 1984, p. 19, cité par H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, op. cit., p. 42.

<sup>44</sup> R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 7.

<sup>45</sup> J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, op. cit., p. 49.

<sup>46</sup> J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *Afrique contemporaine*, 2014/2, p. 13-28.

<sup>47</sup> Y. COLLIU & K.-H. BURCHILL, *Le droit coutumier et la justice juvénile*, op. cit., p. 6.

<sup>48</sup> É. LE ROY, *Les Africains et les institutions de la justice*, op. cit., p. 118.

<sup>49</sup> G. MUSILA, « Rapport sur l'état de droit et le rôle des tribunaux de droit coutumier dans le processus de stabilisation du Soudan du Sud », 2018, [en ligne] p. 50 et s, [consulté le 8 août 2021] disponible sur internet : <https://africacenter.org/fr/publication/envisager-un-soudan-du-sud-stable/>

Pour ce qui est du niveau de sanctions, il convient de souligner que certaines sanctions de la justice coutumière peuvent être cruelles. Il existe trois catégories de sanctions dans le système coutumier : « les *purifications*, les *compensations* et les *peines*. Les peines sont graduées suivant la gravité du délit : elles peuvent être *psychologiques* (le blâme ou le ridicule), *corporelles* (mutilation), *privation de liberté* »<sup>50</sup>. Les victimes (par exemple les femmes en cas de viol ou d'agression sexuelle) sont souvent traitées comme les responsables de leur sort, et n'obtiennent aucun soutien ni de leur communauté ni encore moins de l'Etat pour ce qu'elles ont subi. Ce système de justice traditionnelle est en contradiction avec les valeurs de dignité, d'équité, d'égalité, de droit à un procès équitable ; elle méconnaît par conséquent les droits de l'homme. Aussi ne doit-on pas trop faire l'éloge de la justice coutumière, car elle s'agit d'un système qui continue à valider des pratiques traditionnelles contraires au respect des droits de l'homme en Mauritanie. Les approches de la justice coutumière doivent avant tout être jugées à l'aune du respect des droits de la personne et de la dignité humaine<sup>51</sup>. La conversion de la Mauritanie à l'islam vers le XI<sup>e</sup> siècle se traduit par l'instauration d'une justice cadiale.

### **B. La justice cadiale précoloniale**

L'histoire de la formation du droit musulman et de la justice cadiale est un sujet de controverses. La raison principale tient aux caractéristiques de la documentation. Les documents du premier siècle de l'hégire sont rares et il n'existe qu'un seul grand texte assurément daté de cette époque : le Coran<sup>52</sup>. Les traditions du Prophète Mohamed, c'est-à-dire sa biographie (*sira*) et ses dires (*hadith*) qui forment ensemble la Sunna (tradition) sont tardives<sup>53</sup>. La source principale du droit musulman est le Coran. Les autres sources, la vie du Prophète Muhammad (*sirat an-nabi*) et ses dires (*hadith*) qui constituent la tradition islamique (Sunna) sont postérieures et marquées par le souci de conformer l'histoire à des vues théologiques et politiques qui sont celles de l'époque abbasside, c'est-à-dire postérieures à 750<sup>54</sup>.

La Mauritanie est une République islamique. Aux yeux du père fondateur de la Mauritanie, Moctar Ould Daddah, « la Mauritanie est, et doit demeurer, le pays où la culture musulmane traditionnelle et la culture occidentale se développent côte à côte sans s'opposer, mais bien au contraire en se complétant harmonieusement »<sup>55</sup>. L'article premier de la Constitution du 20 juillet 1991 prévoit que « la Mauritanie est une république islamique, indivisible, démocratique et sociale ». Il est à noter que l'islam est la seule religion acceptée et pratiquée par le peuple mauritanien. Cela date de la première Constitution du 22 mars 1959, qui a conféré une place prépondérante à l'islam et à ses principes religieux. En Mauritanie, l'islam représente non seulement un phénomène culturel et juridique mais également une véritable civilisation nationale. Par ailleurs, les règles de la justice cadiale sont dégagées par la doctrine du rite malékite, dont se réclame le peuple mauritanien. La doctrine malékite est fortement charpentée, plus moralisante que juridique, et dépend des pratiques juridiques *umayyades*, celles de Médine et de la Mecque<sup>56</sup>.

La conversion de la Mauritanie à l'islam vers le XI<sup>e</sup> siècle par les Almoravides a permis l'introduction de la justice cadiale dans le règlement des conflits entre les Mauritaniens. Cette justice est fondée sur la charia islamique et dirigée par le cadî, le magistrat de droit musulman. Le droit musulman est un droit écrit. Il comporte deux sortes de normes selon le professeur S. Nene Bi : « D'une part une théologie qui fixe les dogmes et précise ce que le musulman doit croire, connue sous la dénomination arabe *Aquida*, d'autre part, et dans une vision plutôt juridique, un ensemble de normes prescrivant aux croyants le comportement qu'ils devraient adopter dans la vie de tous les jours appelé *Charia* autrement dit *voie à suivre*. »<sup>57</sup>

<sup>50</sup> N. ROULAND, *Anthropologie juridique, op. cit.*, p. 317.

<sup>51</sup> J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *op. cit.*, p. 13-28.

<sup>52</sup> H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 38.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>55</sup> M. OULD DADDAH, *La Mauritanie. Contre vents et marées*, Paris, Karthala, 2003, p. 5.

<sup>56</sup> H. BLEUCHOT, *Droit musulman, op. cit.*, p. 75 et s.

<sup>57</sup> S. NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines. Des origines au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, p. 520.

L'histoire de la période des Almoravides reste encore mal connue des chercheurs en Mauritanie, surtout en ce qui concerne son organisation judiciaire. Cette situation est due sans doute au manque de documents écrits, car la civilisation traditionnelle musulmane était caractérisée par l'oralité. De ce fait, les premiers développements du système judiciaire islamique font l'objet d'interrogations qui n'ont jamais été résolues<sup>58</sup>, dans les pays musulmans, en particulier la Mauritanie. Mathieu Tillier souligne que « l'historiographie musulmane classique hésite elle-même à proposer un commencement à l'institution du *cadi* : la justice du Prophète Mohamed, pour exemplaire qu'elle soit, n'y est pas assimilée, et les acteurs proposent divers moments pour l'apparition de ce qu'ils considèrent comme d'authentiques *qadi-s* – du vivant même du Prophète »<sup>59</sup>. M. Tillier voit dans le *cadi* « l'assimilation de modèles judiciaires extérieurs, provenant des empires qui se partageaient le Proche-Orient avant l'islam ». Le *cadi*, laissent entendre certains chercheurs, est l'héritier du *hakam* (l'arbitre) de l'Arabie préislamique<sup>60</sup>.

Depuis la création de l'empire almoravide en Mauritanie, le *cadi* est devenu la seule instance judiciaire de règlement des conflits. C'est un homme libre et religieux auquel les populations mauritaniennes confèrent la fonction de la judicature. Cette instance juridictionnelle constitue la base de l'organisation judiciaire dans la majorité des pays musulmans, y compris la Mauritanie. Le *cadi* est, en principe, un homme honnête et pieux connaissant les règles de droit musulman dégagées par la doctrine du rite malékite, dont se réclament les populations mauritaniennes<sup>61</sup>. C'est un juge à compétence universelle qui juge sans appel, en premier et dernier ressort, selon les manuels de *fiqh*<sup>62</sup>. Il fonde ses décisions sur la charia islamique et sur les *fiqh*. Autour de lui gravitent un certain nombre d'auxiliaires : notaires, aides, portiers. A côté de lui, on trouve le *mufti* (jurisconsulte), qui est souvent un futur *cadi*<sup>63</sup>. Hervé Bleuchot souligne que « la charge de juger est un *fard kifaya*, une obligation collective, et le calife doit veiller à ce qu'elle soit assurée par lui ou par ses délégués ». Et il ajoute : « Un musulman ne peut refuser cette charge s'il n'existe pas de personne plus compétente que lui. S'il en existe, il est préférable pour lui de s'abstenir »<sup>64</sup>.

L'acte de juger est une œuvre pieuse puisqu'elle continue celle du Prophète. Elle s'exerce dans la mosquée, du moins à ses débuts. Elle ne doit pas en principe donner lieu à rémunération<sup>65</sup>. Par respect pour les consignes de la religion, les jugements qu'il rend sont exécutés par les parties<sup>66</sup>. Plus qu'un simple juge dans le sens actuel du terme, le *cadi* était un « super juge » dont l'autorité et l'ascendant moraux découlaient directement des principes religieux. Pour cela il était religieusement convaincu du bien-fondé de la valeur de ses jugements ; les justiciables l'étaient aussi, du fait de l'union spirituelle existant entre eux<sup>67</sup>. Ajoutons que l'exercice de la fonction de *cadi* à la fin du III<sup>ème</sup> siècle de l'hégire restait tout de même commandé par la célèbre lettre<sup>68</sup> adressée par le calife Oumar Ibn El-Khatib (le deuxième Calife du Prophète, après Aboubacar), à son *cadi* Abou Moussa Al-Achari, citée par les auteurs de droit musulman comme ayant défini les devoirs du *cadi* et les règles de procédure qu'il doit observer : « La fonction de *cadi* est un devoir religieux précis et une tradition qu'il faut suivre. Ecoute bien les positions qui sont présentées devant toi, car il est inutile d'examiner une requête qui n'est pas valable ; tu dois traiter sur le même pied d'égalité ceux qui comparaissent devant ton tribunal et devant ta conscience, de sorte que le puissant ne puisse compter sur ta partialité, ni le faible désespérer de ta

<sup>58</sup> M. TILLIER, *L'invention du cadi : La justice des musulmans, des juifs et des chrétiens aux premiers siècles de l'islam*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2017, p. 15.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 536.

<sup>61</sup> H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, op. cit., p. 44.

<sup>62</sup> H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, op. cit., p. 622. Les manuels de *fiqh*, ce sont les manuels de jurisprudence.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 623.

<sup>66</sup> B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Kartala, 1993, p. 28 et s.

<sup>67</sup> H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, op. cit., p. 44.

<sup>68</sup> Voir, H. CORBIN, *Histoire de la philosophie islamique*, Paris, Folio, 1986, p. 364, cité par H. RAMDAN, op. cit., p. 46.

justice. Le compromis est permis [...] Ne cède pas à l'énervement, à la lassitude et à l'ennui devant les plaideurs. »

Le *cadi* ne statue qu'entre ses coreligionnaires en appliquant la loi islamique, mais deux exceptions sont reconnues par la doctrine selon laquelle la compétence du *cadi* peut alors s'exercer sur les justiciables non-musulmans. La première exception résulte de ce que les justiciables non musulmans choisissent, par accord commun, de porter leur litige devant le *cadi*<sup>69</sup>. La seconde exception se présente lorsque la compétence du *cadi* est considérée comme exclusive pour des raisons d'ordre public et de bonnes mœurs selon l'islam<sup>70</sup>. Pour être nommé *cadi*, il faut remplir un certain nombre de conditions. La doctrine musulmane exige que le *cadi*, soit musulman, pubère, sain d'esprit, libre et de sexe masculin. Il doit connaître le Coran et ses commentaires, la Sunna, les opinions des docteurs concordantes et discordantes. Mais surtout une condition morale est fixée, celle de la droiture (*âdala*). Pour la majorité des juristes, la *âdala* implique que le *cadi* soit pieux, c'est-à-dire qu'il pratique le culte et ses recommandations, qu'il évite les grandes fautes et aussi les actes blâmables<sup>71</sup>.

Aujourd'hui en Mauritanie, les juridictions *cadiales* sont remplacées par les tribunaux de *moughataa* (département), qui constituent des juridictions de première instance dans le système juridictionnel mauritanien. L'ordonnance n° 2007-012 du 8 février 2007 portant organisation judiciaire a confirmé le pouvoir de conciliation de ces tribunaux de *moughataa*. Comme les anciens tribunaux des *cadis*, les tribunaux de *moughataa* sont proches de la population locale. Leur importance provient de la compétence générale, en matière civile et commerciale. Le tribunal de *moughataa* statue sur les affaires civiles et commerciales qui ne sont pas de la compétence du tribunal de la *wilaya* (région). La nature pacificatrice des justices coutumières et *cadiales* ont constitué un héritage culturel qui a facilité l'introduction récente de formes modernes de justice alternative, tels la médiation et l'arbitrage.

## II. L'alternative contemporaine à la justice contentieuse : les voies du dialogue et de la pacification

93

Pour répondre aux besoins de la population en matière de justice, l'État a mis en place un certain nombre d'acteurs disponibles, connus et respectés par tous. Le médiateur et l'arbitre sont ancrés dans la tradition mauritanienne et ils jouent un rôle important en matière de gestion et de prévention des conflits. Aujourd'hui, la médiation et l'arbitrage sont devenus une pièce du système de justice pluriel que l'État mauritanien offre aux justiciables. La justice négociée est le seul modèle de justice envisageable pour préserver la paix sociale et la quiétude entre les différentes couches de la société mauritanienne. C'est dans ce sens qu'en 2019 l'État a entrepris une réforme juridique et judiciaire en faveur de la médiation (A) et de l'arbitrage (B).

### A. La médiation

Parallèle à la justice étatique, la médiation constitue un mode de résolution des conflits qui prend de plus en plus d'importance en raison de ses succès. Ce n'est pas un phénomène nouveau en Mauritanie. Ce qui est nouveau, c'est que la redécouverte de celui-ci s'inscrit dans une crise profonde des modes judiciaires de régulation des litiges<sup>72</sup>. L'institution judiciaire, en raison de son formalisme, de sa lenteur, de son coût et de sa distance, rencontre de plus en plus de difficultés pour réguler l'ensemble des conflits et prendre en compte l'évolution et la complexité des rapports sociaux<sup>73</sup>. La médiation ne constitue pas une simple « alternative à la justice » ; c'est un phénomène plus profond qui traduit non seulement une

<sup>69</sup> M. RIYAD, *Fondement de consultation juridique et du jugement dans le rite malikite*, Casablanca-Maroc, 1984, p. 422 cité par H. RAMDAN, *op. cit.*, p. 45.

<sup>70</sup> A. FATTAL, *Le statut légal des non musulman en pays d'islam*, Imprimerie Catholique, Beyrouth-Liban, 1971, p. 345 cité par H. RAMDAN, *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement : Le cas de la Mauritanie*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>71</sup> H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, *op. cit.*, p. 624.

<sup>72</sup> J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros, 1992, p. 16.

<sup>73</sup> *Ibid.*

recomposition des rapports entre l'État et la société civile en matière de gestion des conflits, mais aussi une évolution de nos sociétés vers une plus grande complexité<sup>74</sup>.

Sur le plan doctrinal, il est possible de proposer plusieurs définitions de la médiation. Elles présentent toutes la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits. Pour André-Jean Arnaud, « la médiation est un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente, à travers l'organisation d'échanges entre les parties, de permettre à celle-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose »<sup>75</sup>. Quant à Étienne Le Roy, il définit la médiation, dans une perspective anthropologique, comme « dialogie entre les ordonnancements de régulation sociale »<sup>76</sup> ; c'est un facteur de socialisation<sup>77</sup>. En tant que mécanisme de justice contractuelle, la médiation suppose d'admettre qu'une solution juste peut être dégagée en dehors de l'application d'une règle de droit<sup>78</sup>. Cela traduit une évolution vers un plus grand pluralisme des systèmes de régulation sociale en raison de la complexité de plus en plus grande de nos sociétés<sup>79</sup>.

Sur le plan légal, le législateur mauritanien estime que les MARC constituent une bonne alternative à la saisine des juridictions étatiques. La définition légale donnée à la médiation résulte de l'article 166-12 de la loi n° 2019-020 du 29 avril 2019 modifiant et complétant certaines dispositions du Code de procédure civile, commerciale et administrative (CPCCA) sur la médiation convention, aux termes duquel est médiation « tout mode alternatif de règlement de litiges, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États ». D'autre part, l'article 166.1 de la loi n° 2019. 008 modifiant et complétant certaines dispositions du CPCCA, définit ainsi la médiation judiciaire : « Le juge doit proposer la médiation aux parties, en toutes matières, exception faite des litiges relevant du Code du statut personnel, des conflits de travail et des questions susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. Si les parties acceptent cette proposition, le juge de première instance, le juge d'appel et celui des référés en cours d'instance désignent un médiateur pour entendre leurs points de vue et essayer de les rapprocher en vue de leur permettre de trouver une solution consensuelle au litige. »

La médiation est soumise à la théorie générale du contrat. Le principe étant celui de la liberté contractuelle, les parties sont libres de recourir ou non à la médiation. Si elles le font, ce sont alors les dispositions générales du droit des contrats qui s'appliquent<sup>80</sup>. Le médiateur n'impose pas aux parties une solution au conflit. Il aide les parties à parvenir à trouver une solution amiable. Toutefois, selon la loi du 29 avril 2019, le médiateur peut, à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances, faire des propositions en vue du règlement du différend. Après consultation des parties, le médiateur peut inviter celles-ci à désigner un expert afin de recueillir un avis technique<sup>81</sup>. La médiation, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, est un processus structuré reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers neutre, impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel ou consultatif, favorise par des entretiens confidentiels, le rétablissement des liens, la prévention et le règlement des conflits<sup>82</sup>. Les qualités tenant au tiers médiateur sont principalement annoncées par l'article 6 § 1 de la CEDH. Il s'agit de l'indépendance et l'impartialité<sup>83</sup>.

<sup>74</sup> J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 2010, p. 10.

<sup>75</sup> A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1993, p. 13.

<sup>76</sup> É. LE ROY, « La médiation comme « dialogie » entre les ordonnancements de régulation sociale », *Médiation et diversité culturelle : pour quelle société ?*, dir. C. YOUNES et É. LE ROY, Paris, Karthala, 2002, p. 77.

<sup>77</sup> J.-F. SIX, *Les médiateurs*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2003, p. 99 et s.

<sup>78</sup> H. CROZE, Ch. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Litec, 2005, p. 221 et s.

<sup>79</sup> J.P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 11.

<sup>80</sup> P. SOLIGNAC, *Rapport sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Paris, novembre 2002, p. 16, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

<sup>81</sup> Article 166-19 de la loi du 29 avril 2019.

<sup>82</sup> C. GUICHETEAU, *La médiation conventionnelle, efficace mais peu utilisée*, juillet 2019, [en ligne] [Consulté le 8 août 2021] Disponible sur internet : <https://www.afje.org/actualite/la-mediation-conventionnelle-efficace-mais-peu-utilisee--199>.

<sup>83</sup> L. CADIEP, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 126.

Le tiers médiateur est tenu de respecter un certain nombre d'obligations relatives au processus de médiation<sup>84</sup>. À l'instar du juge, le médiateur doit présenter toutes les qualités d'indépendance, d'impartialité et celles liées à la confidentialité. L'indépendance et l'impartialité du médiateur constituent une garantie pour les parties en conflit. Aux termes de l'article 166-17 du Code de procédure civile, commerciale et administrative, « lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ». Cette disposition est complétée par l'article 166-18 de la loi du 29 avril 2019, qui prévoit que, « au moment de sa désignation, le médiateur confirme, dans une déclaration écrite, son impartialité et son indépendance ainsi que sa disponibilité pour assurer la procédure de médiation ». La médiation est également soumise au principe de confidentialité.

En principe la médiation est confidentielle, sauf accord contraire des parties. Ce qui signifie que, même si la médiation échoue, les déclarations et documents utilisés ou échangés dans ce cadre ne peuvent être divulgués aux tiers, ni invoqués devant la justice, sans l'accord des parties<sup>85</sup>. Ainsi, aux termes de l'article 166-22 de la loi du 29 avril 2019, « toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles, sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation ne soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation ». L'efficacité de la médiation repose sur la confidentialité des échanges spontanés, des émotions et des idées et sur l'établissement d'une synergie de communication qui permet aux négociations de porter fruit<sup>86</sup>. Il faut souligner que le champ d'application de la médiation est limité aux droits dont les parties ont la libre disposition. Ce qui pose la question de l'ordre public.

La notion d'ordre public en Mauritanie est la même qu'en France. Les limites du droit de recourir à la médiation résultent de l'article 166.1 CPCCA et de l'article 3 de la loi n° 2019-021 du 29 avril 2019 portant règlement des petits litiges ; on retrouve le même dispositif dans le Code civil français (articles 2059 et 2060). Les textes disposent en substance que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition, ce qui *a contrario* veut dire qu'elles ne peuvent recourir à la médiation pour régler un litige mettant en cause des droits indisponibles ». L'article 166.1 du CPCCA prévoit qu'on peut recourir à la médiation « en toutes matières exception faite des litiges relevant du Code du statut personnel, des questions susceptibles de porter atteinte à l'ordre public... ». En d'autres termes le Code de procédure civile, commerciale et administrative prévoit la médiation en toutes matières sauf celles qui relèvent du domaine de l'ordre public. Par ailleurs, la durée de la médiation selon le CPCCA ne peut excéder trois mois. Toutefois, cette mission peut être renouvelée, le cas échéant, une fois pour la même durée, à la demande du médiateur et après accord des parties<sup>87</sup>. La médiation est conçue comme une justice amiable dont l'issue positive est l'accord conclu par les parties. Cet accord issu de la médiation jouit de l'autorité de la chose jugée. Il peut être revêtu de la formule exécutoire par le président du tribunal compétent<sup>88</sup>. En cas d'échec de la médiation, le médiateur remet aux parties une attestation de non conciliation selon les termes de l'article 166-24 du CPCCA, signée par elles. Lorsque la médiation ordonnée par le juge prend fin sans que les parties ne parviennent à un accord, la procédure judiciaire reprend son cours normal.

## **B. L'arbitrage**

Lorsque les parties s'adressent à des personnes privées afin qu'elles règlent leur différend de manière juridictionnelle, elles recourent à une procédure d'arbitrage<sup>89</sup>. L'arbitrage est par nature une justice

<sup>84</sup> B. BOUBOU, *Qu'est-ce qu'une médiation réussie ?*, Mémoire du D.U. Modes amiables de résolution des différends, Université Paris-Nanterre, 2018, p. 25.

<sup>85</sup> A. MARION DE CAYEUX, C. DENOIT-BENTEUX, C. EMMANUEL, « Médiation avec avocats », *Revue AJ famille*, novembre 2017, p. 581.

<sup>86</sup> L. OTIS, C. ROUSSEAU-SAINE, « Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, dir. P. CECCHIDIMEGLIO et B. BRENNEUR, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 713.

<sup>87</sup> Article 166. 3 de la loi du 19 février 2019.

<sup>88</sup> Article 166-28 de la loi du 29 avril 2019.

<sup>89</sup> S. GUINCHARD & alii, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 1461.

privée choisie. Dans la grande majorité des cas, les parties choisiront aussi le droit applicable au fond ainsi que la loi applicable à la procédure, et même le plus souvent des règles de procédure détaillées et directement opérationnelles, par référence à un règlement d'arbitrage<sup>90</sup>. A ce titre, l'arbitrage est bien un mode alternatif de règlement des différends qui prend de plus en plus d'importance en raison de son succès dans le monde des affaires. Malgré le succès actuel des MARC, l'arbitrage conserve un statut privilégié comme alternative à la justice étatique, notamment dans le commerce international où il reste le mode habituel de résolution des litiges<sup>91</sup>.

L'arbitrage est une institution qui remonte à la *Jahiliyya* ou période de l'ignorance antérieure à l'islam<sup>92</sup>. En l'absence d'un pouvoir central organisé, d'une justice instituée, l'arbitrage était l'approche indiquée pour régler les litiges<sup>93</sup>. En Afrique l'institution arbitrale est en effet très ancienne et les historiens en retrouvent des traces en Egypte avant notre ère<sup>94</sup>. L'arbitrage dans les cultures juridiques africaines ne peut être bien compris en s'en tenant à la seule rationalité juridique occidentale. Contrairement au droit occidental moderne, dans le système judiciaire africain, l'arbitrage fait partie intégrante de la justice traditionnelle, dont il constitue soit une étape soit une facette<sup>95</sup>. Ainsi, le nouveau droit des affaires en Afrique (OHADA) a promu l'arbitrage afin de lutter contre l'insécurité juridique et judiciaire<sup>96</sup>. Cependant, l'arbitrage n'est pas étranger au patrimoine culturel mauritanien. Car la tradition culturelle mauritanienne est en effet à même de comprendre l'arbitrage comme un mode amiable de règlement des conflits. En droit mauritanien, le dialogue demeure encore le moyen privilégié pour régler les conflits et si les justiciables utilisent ce procédé c'est pour chercher des solutions conformes aux besoins de la justice et de l'équité. En Mauritanie, le droit strict n'offre pas toujours des solutions au litige, soit parce que les magistrats sont limités à appliquer strictement les textes juridiques, soit parce que la norme exogène est inadaptée aux situations conflictuelles<sup>97</sup>.

L'arbitrage est une justice alternative qui dépend de la volonté des parties. C'est une pièce du système de justice pluriel que l'État offre aux justiciables en vue d'assurer le règlement des conflits qui les opposent<sup>98</sup>. Le droit positif mauritanien avait prévu dans le Code de procédure civile, commerciale et administrative de 1962 un chapitre sur l'arbitrage alors que celui de 1984 avait ignoré cette institution. On le retrouve dans le Code des investissements issu de la loi n° 89.013 du 32 janvier 1989. Mais il a fallu attendre janvier 2000 pour que le Code de l'arbitrage voie le jour en Mauritanie. La loi n° 06/2000 du 18 janvier 2000 portant Code de l'arbitrage a rendu nécessaire l'adhésion de la Mauritanie à la convention internationale de New-York de 1958, ainsi qu'à celle de Washington de 1965. Enfin, la loi du 18 janvier 2000 a été abrogée et remplacée par la loi précitée du 29 avril 2019 portant nouveau Code de l'arbitrage, un dispositif issu de la réforme juridique et judiciaire de 2019. Ce texte contribue à poser le cadre légal rénové du droit mauritanien de l'arbitrage interne et international.

Cette loi du 29 avril 2019 constitue une base essentielle de la nouvelle législation des affaires en Mauritanie. Elle s'articule autour de trois grandes parties. La première porte sur les dispositions générales communes valables pour tout arbitrage quelle que soit sa nature. Cette partie définit également l'arbitrage, l'arbitre, le tribunal arbitral et la convention d'arbitrage (clause compromissoire et compromis), et les matières touchant à l'ordre public. Aux termes de son article premier, « l'arbitrage est le mode alternatif de règlement des litiges par lequel des personnes physiques ou morales confient,

<sup>90</sup> F.-X. TRAIN, « L'arbitrage à l'épreuve des procédures pénales », *Revue de l'Arbitrage*, 2019, p. 3.

<sup>91</sup> C. SRAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 12.

<sup>92</sup> N. NAJJAR, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, Paris, LGDJ, 2016, p. 32 et s.

<sup>93</sup> M. TILLIEUR, « L'arbitrage et la conciliation aux premiers siècles de l'Islam : théories, pratiques et usages sociaux », *Revue des mondes musulmans et de la méditerranée*, vol 140/2016, p. 27-52.

<sup>94</sup> O. CUPERLIER, « Culture africaine et arbitrage international », *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*, dir. F. OSMAN et A.-C. YILDIRIML, Paris, LexisNexis, 2017, p. 315 et s.

<sup>95</sup> F.-K. CAMARA, A. CISSE, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *Revue de l'Arbitrage*, n° 2, 2000, p. 286.

<sup>96</sup> D.-C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Penant*, 2013, p. 272.

<sup>97</sup> C. IBRAHIMA, *Les droits de la défense en droit mauritanien*, Thèse de doctorat, Université de Vincennes, Paris 8, 2018, p. 114.

<sup>98</sup> L. CADIET, « L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, op. cit., p. 997.



en vertu d'une convention d'arbitrage, la mission de trancher leur litige à un ou plusieurs arbitres ». L'arbitrage prend sa source dans le contrat. La convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis<sup>99</sup>. La clause compromissoire « est une convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat et ayant pour effet de se soustraire à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ». Quant au compromis, « c'est une convention par laquelle les parties à un litige déjà né soumettent celui-ci à un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique ou de plusieurs arbitres ». Toute convention d'arbitrage doit être constatée par écrit à peine de nullité, ce qui constitue une condition *ad validitatem*<sup>100</sup>. Aux termes de l'article 2 de la loi du 29 avril 2019, « la convention d'arbitrage ne peut être établie que par écrit, soit par acte authentique ou sous seing privé, soit par procès-verbal d'audience ou procès-verbal dressé auprès du tribunal arbitral choisi ».

La deuxième partie est consacrée à l'arbitrage interne qui joue un rôle important dans le cadre du règlement des litiges entre des sociétés nationales ou entre l'État et les sociétés nationales. Cette partie est axée sur la constitution du tribunal arbitral, la sentence arbitrale et les voies de recours. En effet, la question des voies de recours comporte deux sortes de difficultés particulières en matière d'arbitrage. La première tient au caractère contractuel de l'arbitrage : la convention d'arbitrage peut en effet contenir des dispositions relatives aux voies de recours. Or, l'efficacité de ces stipulations est limitée par l'ordre public judiciaire<sup>101</sup>. La seconde tient au caractère privé de l'arbitrage : la nécessité d'un *exequatur* ajoutée à la sentence arbitrale une décision juridictionnelle particulière qui est l'ordonnance d'*exequatur*<sup>102</sup>. Le terme de la mission est l'expiration du délai dans lequel le tribunal arbitral est tenu de rendre sa sentence<sup>103</sup>. Le droit mauritanien de l'arbitrage prévoit une durée de six mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée. Le délai d'arbitrage, légal ou conventionnel, peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral.

La troisième et dernière partie s'applique à l'arbitrage international, conformément aux accords internationaux en vigueur en Mauritanie, dans le champ particulier du commerce international. Il faut souligner que l'arbitrage international revêt de nos jours une importance capitale, dans la mesure où il s'impose dans les affaires internationales comme une solution adéquate. C'est également le cas en Mauritanie, depuis son adhésion à deux conventions internationales relatives à l'arbitrage : la convention de New York du 10 juin 1958, ratifiée le 22 janvier 1989 et la convention de Washington du 18 mars 1965, signé le 5 juillet 1995 et ratifiée le 11 janvier 1996. L'arbitrage international a pour mission de trancher le litige qui lui est soumis par les parties. Les parties sont libres de convenir du lieu de l'arbitrage, qui peut en effet se tenir sur le territoire mauritanien ou à l'étranger. S'il se déroule à l'étranger, la sentence est susceptible de produire effet en Mauritanie, comme le prévoit la loi du 29 avril 2019 portant Code de l'arbitrage.

## **Conclusion**

À côté du système judiciaire en place, se développe une autre forme de justice complémentaire, à savoir la justice traditionnelle. Le système judiciaire mauritanien est le produit d'une interaction entre justice traditionnelle et justice moderne. Les structures judiciaires mises en place après l'indépendance se situent entre deux types de droits : le droit positif français (droit moderne) et le droit musulman (droit traditionnel). Les exigences d'un État de droit impliquent une modernisation du système judiciaire. Cette modernisation consiste en effet à répondre aux attentes du justiciable tout en s'adaptant aux impératifs contemporains.

<sup>99</sup> Article premier de la loi du 29 avril 2019 portant Code de l'arbitrage.

<sup>100</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2011, p. 760.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 788.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> I. FADLALLAH, « Le temps dans la procédure arbitrale », cité par L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 774.

La réforme judiciaire entreprise par les autorités mauritaniennes en 2019 va dans ce sens. Les modes alternatifs de règlement des conflits qu'elle consacre sont complémentaires et indispensables au bon fonctionnement de la justice en Mauritanie. Ils offrent une chance aux justiciables d'éviter le formalisme et la lourdeur de la justice étatique. Ces dernières années, le législateur mauritanien a manifesté de manière continue le désir de promouvoir la justice amiable et de favoriser son développement.

Les MARC ont fait l'objet d'un important dispositif légal en 2019, qui confirme cette tendance à valoriser la voie du compromis, par la médiation ou l'arbitrage, comme alternative possible – et nécessaire – à la justice étatique contentieuse. Les voies alternatives ont en effet la faveur des justiciables, en ce qu'elles réinventent la relation de face à face en faisant appel à la négociation et au consensus, conformément à la tradition pacificatrice du dialogue. L'ensemble constitue un système de justice pluriel, entre tradition et modernité, que l'Etat mauritanien offre aux populations en vue d'assurer la résolution de leurs conflits. C'est pourquoi le recours aux MARC mérite d'être soutenu et encouragé dans une société communautaire et hiérarchisée comme la nôtre.

---

## DEUXIÈME PARTIE

Guy-Adjété Kouassigan (1934-1981) Une œuvre pionnière, un destin d'exception.  
Ou comment servir l'Homme, l'Afrique, le Droit

---



---

## Guy Adjété Kouassigan : l'Homme et le droit

Monsieur le Doyen Durand,  
Monsieur le Professeur Cabanis,  
Mesdames et Messieurs les doctorants, adeptes du Droit,  
Mesdames et Messieurs,

Tout d'abord je voudrais vous remercier pour votre participation active à ce séminaire à la mémoire de mon époux, organisé à l'initiative de Madame Gau-Cabée qui m'a émue par son enthousiasme à le préparer.

Évoquer Guy c'est immédiatement rappeler sa vocation précoce pour le droit, car à 8 ans déjà il savait qu'il serait avocat.

Après ses études secondaires à Albi, il s'inscrit, en 1956 à la Faculté de Droit de Toulouse où ses études se terminent en 1962 par un Doctorat d'État avec mention T.B. ainsi que les éloges du jury et le Grand Prix de Thèse.

Il passe également le Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat.

De plus, entre 1978 et 1980 il est élu comme membre correspondant à l'Académie Royale des Sciences d'Outre-mer de Belgique ainsi qu'à l'Académie des Sciences d'Outre-mer de France.

Muni de ces diplômes il rentre dans son Togo natal en 1963. Mais un coup d'état, quelques jours après son arrivée, va changer le cours de sa vie. Son amour pour son pays lui commande de s'impliquer dans les affaires du Togo et d'entrer en politique. C'est ainsi qu'il accepte le poste de Secrétaire Général des Affaires Étrangères, poste qu'il n'occupera que de février à novembre 1963. En effet, il préfère revêtir la robe d'avocat et il s'inscrit au Barreau de Lomé au Togo. En délicatesse avec le régime en place qui l'empêche d'exercer sa profession selon sa conscience, il prend le chemin de l'exil vers le Bénin où il sera chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université du Dahomey. Puis il obtient en 1975 le poste de chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de l'Université de Dakar. Mais, à la suite d'événements familiaux, il est contraint de revenir en Europe et de s'installer avec sa famille à Genève. Il y retrouvera un ami de longue date, Koffi Annan. Guy sera nommé Professeur à l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales en 1976, puis chargé de recherche au Secrétariat de l'Année Internationale de l'Enfant en 1979. Mais sa passion du droit le pousse encore et toujours à mener des activités en relation avec le droit, les problèmes de développement et le Nouvel Ordre Économique International.

En dépit de ses tribulations, Guy avait une foi inébranlable en la bonté naturelle de l'homme. Sa soif d'équité n'avait d'égale que sa détermination à ne plaider qu'en son âme et conscience. Panafricaniste convaincu, il avait d'immenses ambitions pour l'Afrique. Sa quête du vivre ensemble et son souci de la pacification des esprits l'ont toujours mené à appliquer ce proverbe africain : « Dans la forêt quand les branches des arbres se querellent, les racines s'embrassent. »

Le 24 mai 1981, une courte mais fulgurante maladie fera de tous ses projets un rêve inachevé.

Enfin, Guy était surtout et avant tout un homme de PRINCIPES NON NÉGOCIABLES. Voilà ce que je souhaiterais qu'il soit retenu de lui.

Madame Irène Kouassigan

---

## INTRODUCTION

### Guy-Adjété Kouassigan : regards croisés sur trois *opus*

Caroline GAU-CABEE

*Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole  
CTHDIP*

Guy Kouassigan est né à Lomé en 1934. Il fait des études de droit et de science politique à Toulouse entre 1955 et 1962. C'est là qu'il fait la connaissance d'Irène, alors étudiante en lettres, et qu'il l'épouse. Diplômé de l'Institut d'Études Politiques en 1959 et docteur en droit en 1962, il revient au Togo en 1963, après le coup d'État du 13 janvier et l'assassinat de Sylvanus Olympio, qui en fut le premier président. Il embrasse la carrière d'avocat, au barreau de Lomé, mais il est rattrapé par la politique alors qu'il s'illustre dans des affaires sensibles. En délicatesse avec le pouvoir, et parce qu'il refuse les compromissions, il est contraint à l'exil. Il enseigne à Cotonou, puis à la Faculté de droit de Dakar, où il fait la connaissance du professeur Durand qui va nous parler de cette rencontre. En 1976, il quitte définitivement l'Afrique pour la Suisse. Nommé professeur à l'Institut d'études du développement de Genève, chargé de mission par l'UNICEF, il occupe ces fonctions jusqu'à sa mort en 1981.

Pour évoquer son œuvre pionnière, fondatrice, visionnaire même à certains égards et filer encore la métaphore des regards, ce n'est pas le mien que j'ai choisi de vous livrer – à un ou deux commentaires près... – mais celui de ses pairs ; pas celui que l'on porte sur une œuvre avec le recul, mais celui qui s'en saisit à chaud, dans une préface ou un compte-rendu, et qui l'évalue dans son contexte. Car c'est à l'aune de ce regard-là que l'on mesure la réception d'un ouvrage ou d'un article<sup>1</sup>. Il n'est pas encore question de rayonnement – celui-ci viendra plus tard – mais de réception par la communauté scientifique.

Les qualités de cette œuvre n'avaient pas échappé à Paul Ourliac, éminent représentant de notre discipline, qui a formé des générations de non moins éminents historiens du droit. Préfacier de la thèse de Kouassigan en 1966, il fera vingt ans plus tard un compte-rendu de l'ensemble de son œuvre dans la revue *Droit et société*.

Cet ensemble se compose de trois ouvrages et de nombreux articles. Mais il est important de rappeler que Guy Kouassigan a également assuré la direction scientifique du volume cinq de l'*Encyclopédie juridique de l'Afrique*, publiée en 1982<sup>2</sup>. Il est l'auteur de trois chapitres dans ce volume consacré au droit des biens dont l'introduction, qu'il n'a pas eu le temps de mettre en forme, a été rédigée, à partir de ses notes, par Pierre-François Gonidec et quelques autres contributeurs.

C'est donc au regard porté par ses pairs sur ses trois ouvrages que je vais m'intéresser.

---

<sup>1</sup> De nombreuses revues ont été dépouillées pour réunir ces comptes rendus, mais faute d'avoir pu tout étudier, et notamment les revues juridiques africaines, cet inventaire ne prétend pas à l'exhaustivité.

<sup>2</sup> *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 5 : Droit des biens, Abidjan-Dakar-Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982 (Chapitre 1 : Objet et évolution des droits fonciers coutumiers ; chapitre 3 : La nature juridique des droits fonciers coutumiers ; chapitre 11 : Les hypothèques).

## I – Premier opus : *L'homme et la terre* (1966)<sup>3</sup>

Ce premier *opus* est une œuvre de jeunesse. Il s'agit de la thèse qu'il a soutenue à Toulouse (1962) devant un jury présidé par Paul Ourliac et qui sera publiée en 1966. Ceux qui en parlent sont issus d'horizons scientifiques très différents et publient leurs comptes rendus dans des revues qui dépassent largement le champ du droit. Se sont ainsi mobilisés deux historiens du droit<sup>4</sup>, un géographe<sup>5</sup>, un économiste<sup>6</sup>, un magistrat spécialiste des questions africaines<sup>7</sup> et deux contributeurs (anonymes) de la *Revue juridique et politique indépendance et coopération* et de la revue *Afrique contemporaine*<sup>8</sup>. Le dialogue des disciplines, toujours... De fait, l'ouvrage intéresse un très large public, au-delà du cercle des juristes, ce qu'Henri Legohérel ne manque pas de souligner, en parlant d'une œuvre scientifique de grande valeur dont « le juriste, historien ou non, l'économiste, l'ethnologue, le sociologue... le clerc et bien d'autres tireront une moisson d'enseignements et de leçons »<sup>9</sup>.

Indépendamment des qualités formelles, unanimement reconnues, on insiste également sur le caractère inédit d'une recherche qui vient combler une lacune en se saisissant d'un champ – celui du droit – jusque-là délaissé par une abondante littérature africaniste plus préoccupée par les questions sociologiques, ethnologiques ou économiques (Legohérel, Mangin).

L'historien Legohérel y voit aussi une « importante contribution à l'histoire générale des rapports juridiques entre l'homme et la terre »<sup>10</sup>. Dans la *Revue juridique et politique* précitée l'auteur anonyme du compte-rendu fait l'éloge d'une étude de sociologie comparée inédite entre deux continents aussi différents que l'Afrique et l'Europe<sup>11</sup> et dans les *Cahiers d'Outre-Mer* le géographe Yves Péhaut loue les qualités d'une synthèse qui a su saisir le dynamisme du droit foncier en Afrique et qui, ce faisant, apporte des données essentielles pour la compréhension des sociétés paysannes d'Afrique de l'Ouest<sup>12</sup>.

Ce dernier point est fondamental. Il est d'ailleurs repris dans tous les comptes rendus qui insistent sur le caractère novateur du travail de synthèse. Que disent-ils au fond ? Que c'est précisément cette recherche d'un « droit commun coutumier » des régimes fonciers étudiés<sup>13</sup> qui étaye la singularité d'une œuvre véritablement fondatrice. Car dépassant l'approche monographique – et nécessairement plurielle – de la plupart des travaux sur le sujet, il parvient à saisir ce qui fait unité dans cette diversité. Il le fait en outre dans une perspective à la fois exhaustive et dynamique.

*Exhaustive*, car l'auteur a su appréhender ce vaste sujet dans sa globalité, sans en négliger aucun aspect : les données religieuses, techniques, juridiques, économiques du régime d'appropriation et d'exploitation, mais aussi l'étude des structures familiales dont la terre est la matrice, en tant qu'assise à la fois matérielle et spirituelle (R. Baudoin, G. Mangin).

Perspective *dynamique*, car l'auteur ne se contente pas d'un instantané figé du système étudié : Paul Ourliac rappelle que Guy Kouassigan a gardé de son apprentissage toulousain « une prédilection pour l'histoire, merveilleux instrument d'analyse, [qui] lui permet de dépasser la méthode monographique

---

<sup>3</sup> *L'homme et la terre. Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris, ORSTOM, 1966.

<sup>4</sup> H. LEGOHEREL (*Revue historique de droit français et étranger*, 1966, p. 643-646) et Paul Ourliac (auteur de la préface).

<sup>5</sup> Y. PEHAUT (*Cahiers d'Outre-Mer*, n° 79, 1967/3, p. 316).

<sup>6</sup> R. BADOIN (*Tiers Monde*, n°31, 1967/3, p. 788-789)

<sup>7</sup> G. MANGIN (*Revue internationale de droit comparé*, 1967/1, p. 320-322).

<sup>8</sup> *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1966/3, p. 513-514 ; *Afrique contemporaine*, n° 27, septembre-octobre 1966, p. 47.

<sup>9</sup> H. LEGOHÉREL, *op. cit.*, p. 646.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 644.

<sup>11</sup> *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, *op. cit.*, p. 514.

<sup>12</sup> Y. PEHAUT, *loc. cit.*

<sup>13</sup> « Synthèse des droits fonciers traditionnels », « meilleur livre d'ensemble sur le régime foncier africain » (R. BADOIN, *op. cit.*, p. 788-789) ; « Il a voulu et a remarquablement réussi à dégager les principes généraux des droits fonciers en Afrique Occidentale et à faire ressortir leur originalité » ; « Il fait ressortir les principes fondamentaux qui sont à la base du régime juridique de la terre en Afrique Occidentale et qui se retrouvent dans toutes les coutumes » (G. MANGIN, *op. cit.*, p. 320) ; « C'est une véritable synthèse des traits communs aux régimes juridiques de la terre en Afrique de l'ouest » (Y. PEHAUT, *op. cit.*, p. 316).

[...] pour saisir le dynamisme du droit foncier et d'expliquer son évolution par les forces sociales, cachées ou visibles, qui sont le moteur de l'histoire »<sup>14</sup>.

Les vertus prospectives de la thèse sont également encensées, car c'est autour de la terre et « des solutions apportées à ses problèmes que se jouera, en grande partie, le destin du devenir africain »<sup>15</sup>. Henri Legohérel invite d'ailleurs les promoteurs de la nouvelle Afrique à tirer quelques leçons de cette réflexion sérieuse, pondérée et intelligente : ils y trouveront « les plus solides matériaux pour bâtir ses lendemains plus qu'en une phraséologie qui ne donne à ses auteurs que l'illusion de l'action »<sup>16</sup>. « L'ouvrage fera date dans l'étude des droits fonciers d'Afrique Noire » peut-on lire dans *L'Afrique contemporaine*<sup>17</sup>, ce que confirmera le rayonnement scientifique exceptionnel de cette œuvre.

Il s'agit en effet d'un livre qui, selon les propres mots de Paul Ourliac « devrait aider à briser les cadres et changer le cours des idées »<sup>18</sup>. Et la plume du maître de poursuivre sur d'autres mérites de l'ouvrage : là où certains croiraient discerner des concepts romains ou seraient tentés de « tout ramener à des catégories que nous tenons pour universelles à force de les utiliser pour ordonner ou exprimer nos propres réalités »<sup>19</sup>, l'éminent préfacier nous explique que Guy Kouassigan n'est prisonnier ni du langage et de ses associations, ni de la culture juridique occidentale qu'il a parfaitement assimilée. Cette maîtrise des catégories romaines, de l'histoire, de la langue juridique sont mises au service d'une autre identité juridique sans pour autant en trahir l'essence. Et ce n'est pas le moindre mérite de la thèse que d'analyser le droit foncier africain avec les outils de la science juridique occidentale sans tomber dans le piège d'une lecture ethnocentrée, donc sans dénaturer les institutions étudiées.

Enfin, au-delà de la maîtrise du droit et de l'histoire, l'œuvre (toujours selon Ourliac) se distingue par « une compréhension intime de l'univers qu'il décrit ». Car ce livre est aussi « enfant d'un autre continent » ce qui lui permet d'aller « au coeur des choses et [...] de refuser tout déterminisme »<sup>20</sup>. Ce refus, il l'exprime dans un paragraphe conclusif de la thèse, que Paul Ourliac qualifie « d'acte de foi » (un terme qui sera d'ailleurs repris par Henri Legohérel<sup>21</sup>) : « La croyance aux valeurs traditionnelles qu'il faut comprendre et adapter au génie propre de l'Afrique. »<sup>22</sup>

Ce paragraphe de la thèse est essentiel car il pose la question qui traverse toute l'œuvre de Kouassigan. Relisons-le.

« Ne serait-il pas possible de trouver un terrain d'entente entre le légitime désir de réussite personnelle et la sauvegarde des droits supérieurs de la collectivité ? L'individuel et le collectif ne sont pas nécessairement antinomiques ; ils peuvent, dans un contexte socio-économique donné, se compléter. L'affirmation des droits de l'individu nous paraît conciliable avec les pratiques communautaires qui constituent l'originalité des droits fonciers traditionnels. »<sup>23</sup>

Il y a, me semble-t-il, dans ces quelques lignes – et pour la première fois – l'expression d'une conviction prophétique et courageuse au lendemain des indépendances, alors que partout ou presque, on éreinte les coutumes pour glorifier la loi et les codes : la conviction que le salut de la nouvelle Afrique réside peut-être dans une politique juridique transactionnelle, entre tradition et modernisme.

---

<sup>14</sup> « Préface », *op. cit.*, p. 4.

<sup>15</sup> H. LEGOHEREL, *op. cit.*, p. 644.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 646.

<sup>17</sup> *Afrique contemporaine, loc. cit.*

<sup>18</sup> « Préface », *op. cit.*, p. 1.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 1 ; 4.

<sup>21</sup> H. LEGOHEREL, *op. cit.*, p. 646.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>23</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre, op. cit.*, p. 265.

## II – Deuxième opus : *Quelle est ma loi ?*

### *Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone (1974)*<sup>24</sup>

Plus tard, en effet, il placera ses espoirs dans « l'heureuse symbiose que les droits traditionnels et le droit français n'ont pas réalisée et qui aurait pu doter l'Afrique Noire d'un droit original dans lequel l'Europe serait présente sans exiger l'absence de l'Afrique »<sup>25</sup>.

C'est sur ces mots, qui prolongent son acte de foi de 1962, que Guy Kouassigan conclut le premier titre de son second opus publié en 1974. « Car en définitive, poursuit-il, au-delà des vicissitudes et des erreurs manifestes de la colonisation, tout croisement des civilisations en tant que conséquence de rencontre de peuples différents, est facteur de progrès. Les nouveaux législateurs africains s'engagent-ils dans la voie de cette symbiose imposée par les données même de l'histoire ? »<sup>26</sup>

À l'évidence non, au moins pendant la première décennie des indépendances. C'est pourquoi il intitule le titre II « Réception et triomphe du droit européen dans l'ordre juridique interne des États africains », avant de faire, dans le titre III, un état des lieux sans complaisance à l'égard de l'œuvre législative déjà accomplie et d'y proposer une « Méthode d'élaboration des nouveaux droits africains ».

En réalité, sa réflexion s'attache moins à proposer une méthode qu'à définir l'esprit d'une refondation du droit privé en général et du droit de la famille en particulier. On cherchera en vain dans la dernière section de l'ouvrage consacrée à cette « méthode », une feuille de route adossée à des modalités techniques. C'est un plaidoyer que livre Kouassigan.

Et sur ce point, le préfacier de l'ouvrage, Pierre Bourel<sup>27</sup> est très juste lorsqu'il écrit qu'il s'agit d'un appel aux législateurs africains, les enjoignant « de faire preuve d'imagination »<sup>28</sup> dans la recherche de ces modalités transactionnelles, à peine esquissées dans la conclusion de *L'homme et le terre*.

Le compte-rendu de Jean Hilaire<sup>29</sup> (éminente figure, là encore, de l'histoire du droit) reprend ce thème de l'appel à l'imagination<sup>30</sup> et l'étend aux économistes, invités à imaginer de nouveaux modèles de développement. Mais, s'agissant des juristes, il pose clairement la question des modalités d'élaboration de ce droit moderne original censé accueillir les règles coutumières : « à travers les techniques législatives ? » interroge-t-il dans une parenthèse qui vise implicitement ce qu'il semble considérer comme une lacune, Kouassigan n'ayant pas suffisamment explicité à ses yeux ces modalités d'élaboration d'un droit nouveau<sup>31</sup>.

Et, de fait, l'auteur ne donne aucune « recette », mais il interroge la pertinence d'un « mimétisme stérilisant [et] meurtrier pour les institutions traditionnelles », dans un monde « où la parenthèse individualiste se ferme »<sup>32</sup>, et où se consolide le processus de socialisation du droit. Le mieux est encore de s'en remettre à Kouassigan sur cette question : « Comment amener l'Africain à renier la conception traditionnelle de la famille faite de solidarité et de luttes en commun, contre les incertitudes d'un

---

<sup>24</sup> *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> L'ouvrage a été publié dans la collection du Centre de Recherche, d'Étude et de Documentation sur les Institutions et les Législations africaines de l'Université de Dakar, alors dirigé par l'internationaliste Pierre Bourel qui préface le livre.

<sup>28</sup> « Préface », *op. cit.*, p. 11.

<sup>29</sup> Jean Hilaire, qui a enseigné à l'Université de Dakar, est aussi un africaniste. Il est l'auteur de deux articles majeurs sur les politiques juridiques africaines postcoloniales (« Nos ancêtres les Gaulois », *Annales africaines*, 1964, p. 7-78 ; « Variations sur le mariage. À propos de la codification en Afrique Noire », *Penant*, 1968, p. 147-193). Son compte-rendu de *Quelle est ma loi ?* est publié dans les *Annales africaines* en 1975 (p. 147-148).

<sup>30</sup> *Annales africaines*, 1975, p. 148. Jean-Louis Clavier y voit aussi « un appel lucide et raisonnable lancé aux législateurs africains ». (*Revue française d'histoire d'Outre-Mer*, 1974/4, p. 614).

<sup>31</sup> *Annales africaines*, *ibid.*

<sup>32</sup> *Quelle est ma loi ?*, *op. cit.*, p. 287.



médiocre aujourd'hui et d'un insaisissable demain au profit de la conception européenne faite de repli sur soi ? »<sup>33</sup>

Plus critique que les autres, Jean Hilaire regrette que cette dernière partie « la plus délicate et la plus personnelle de l'ouvrage, n'ait pas abordé certains aspects fondamentaux du problème, tels que l'évolution de la femme africaine et l'éducation », reprochant *in fine* à l'auteur d'avoir « délaissé certains aspects socio-économiques qui n'auraient pas affaibli ses thèses »<sup>34</sup>.

Si la plupart des comptes rendus recensés (excepté celui de Jean Hilaire) sont de même facture et sans grand intérêt – des résumés d'ouvrage, dépourvus d'analyse critique – on y retrouve cependant cette qualité déjà soulignée en 1966 du caractère exhaustif, fouillé, maîtrisé, d'une étude d'ensemble, synthèse du droit de la famille africain, qui ne se contente pas de dresser un bilan, mais ouvre des perspectives<sup>35</sup>. On notera par ailleurs la récurrence de certains termes qui nous éclairent sur la posture intellectuelle de l'auteur : « sagesse », « modération » (P. Bourel), « objectivité » du propos, « remarquable souci de pondération » (J. Hilaire). Monsieur Kouassigan, écrit Pierre Bourel, « n'est pas un révolutionnaire, mais il n'est pas non plus figé au passé »<sup>36</sup>. Alors, pour mieux saisir la pensée de Kouassigan, relisons sa définition de la révolution : « La véritable révolution n'est pas rupture de la continuité du passé. Son paradoxe c'est d'être tout à la fois rejet et conservation de la tradition »<sup>37</sup>.

Mais ce compromis entre « tradition et modernisme », qui est pourtant à la mode dans les années 70 avec la fameuse doctrine de l'authenticité, ne fait pas l'unanimité, notamment chez les thuriféraires du monisme juridique qui continuent à vanter les vertus de la loi comme clé du progrès et du développement. « Certains ne partageront pas toutes ses idées ». Pour incidente qu'elle soit, la remarque n'en est pas moins réitérée par les commentateurs<sup>38</sup>.

Si le livre semble, dans son contexte, avoir moins convaincu que le précédent (les comptes rendus sont moins nombreux, plus descriptifs, parfois réservés sur certains points), ce n'est plus le cas aujourd'hui. *Quelle est ma loi ?* est peut-être même l'œuvre la plus citée et la plus référencée de Guy Kouassigan. Vraisemblablement pour deux raisons. D'abord parce que les travaux contemporains sur le droit de la famille sont plus nombreux que ceux qui étudient le droit foncier ; ensuite parce que le livre n'a pas vieilli. Il ne se démode pas, dès lors qu'il pose cette question fondamentale et toujours actuelle de l'effectivité relative du droit des codes, supplanté par les normes informelles, dans le champ des relations familiales.

### III – L'ouvrage posthume. *Afrique : Révolution ou diversité des possibles* (1985)<sup>39</sup>

Ce dernier livre, publié par les soins de son épouse en 1985, n'a eu ni la même réception que les précédents, ni le même rayonnement. Je n'en ai trouvé que deux comptes rendus : quelques lignes sans intérêt dans l'*Afrique contemporaine*<sup>40</sup> et celui de Paul Ourliac, dans la revue *Droit et société*<sup>41</sup>. En raison de la pauvreté des sources – un seul compte-rendu exploitable – je m'autoriserai quelques commentaires personnels sur le contenu de l'ouvrage.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p 290-291.

<sup>34</sup> *Annales africaines*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>35</sup> J.-L. CLAVIER, *op. cit.*, p. 613 ; G. MANGIN, dans la *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1975/1, p. 143-144. À ces compte rendus, on ajoutera la recension de la revue *Afrique contemporaine*, qui cite l'ouvrage sans le commenter (*Afrique contemporaine*, juillet-août 1974, p. 34).

<sup>36</sup> « Préface », *op. cit.*, p. 11.

<sup>37</sup> *Quelle est ma loi ?*, *op. cit.*, p. 279.

<sup>38</sup> « Préface », *loc. cit.* ; « même si certains ne partagent pas toujours son avis... » (G. MANGIN, *op. cit.*, p. 144).

<sup>39</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Afrique : Révolution ou diversité des possibles*, Paris, L'Harmattan, 1985.

<sup>40</sup> *Afrique contemporaine* (compte-rendu anonyme), 1986/2, p. 81.

<sup>41</sup> *Droit et société*, 1987, p. 132-134.

Paul Ourliac évoque un « testament spirituel », la « conclusion de ses travaux antérieurs »<sup>42</sup> et se livre plutôt à un exercice en forme de rétrospective, qui nous éclaire sur l'évolution de la pensée de l'auteur et la constance de ses convictions depuis la parution de *L'homme et la terre*.

Cependant, si la question qu'il n'a cessé de poser, celles des voies du développement pour l'Afrique, est au cœur de sa réflexion, il me semble que Guy Kouassigan abandonne ici la posture du sage et le style pondéré pour devenir militant.

Plus politique et philosophique que juridique, mais toujours nourri par l'histoire, l'ouvrage se démarque de la production antérieure. « L'analyse est sans complaisance » écrit Ourliac. Puis il ajoute : « mais l'auteur faisait trop confiance à la nature et à la culture africaines pour perdre l'espoir »<sup>43</sup>. Et de fait, il y a de la colère, de l'affliction dans ce livre, mais aussi de l'espoir.

Dans le foisonnement des constats et des thèses que l'auteur décline en six chapitres d'une rare densité intellectuelle, Paul Ourliac se contente de glaner quelques idées-forces (mais comment résumer un tel livre ?), sans vraiment nous éclairer sur le titre que je trouve personnellement très ambigu.

Ce titre *Révolution ou diversité des possibles* ne me paraît pas suggérer une alternative, nonobstant la conjonction « ou », car si tel était le cas l'auteur aurait privilégié la forme interrogative. Je note d'ailleurs que Paul Ourliac ajoute un point d'interrogation à la formule<sup>44</sup>. D'autre part, si l'on s'en tient à la définition de la révolution selon Kouassigan, elle n'est pas « rupture de la continuité du passé » mais tout à la fois « rejet et conservation de la tradition ». Elle consiste, nous dit-il à « résoudre la dialectique de la tradition et de la modernité »<sup>45</sup>, à se transformer dans le respect de sa propre identité en recherchant « une voie originale de synthèse entre l'affirmation de soi et l'ouverture au monde »<sup>46</sup>. Or cette identité étant elle-même plurielle, il me semble que, pour l'Afrique, la révolution c'est justement la diversité des possibles. Telle est en tout cas mon interprétation, qui n'était peut-être pas celle du professeur Ourliac.

Mais revenons brièvement sur la colère et sur l'espoir.

Colère et affliction d'abord, lorsqu'il évoque les réformes foncières, dans leur version socialiste (comme au Sénégal) ou capitaliste (comme en Côte d'Ivoire)<sup>47</sup>, qui toutes conduisent au même résultat : la fin du régime coutumier d'appropriation et d'exploitation et, avec lui, la dissolution de la famille élargie solidaire et sécurisante. L'individualisme conduit à la solitude : celle des aînés, celles des parents et, de plus en plus, celle des enfants<sup>48</sup>.

Autant de constats qui l'amènent à multiplier les réquisitoires à l'égard des « schémas uniformisateurs du monde »<sup>49</sup> sur le modèle occidental, et à construire son plaidoyer pour l'Afrique sur le thème de l'unité dans la diversité<sup>50</sup> : « Quel désarroi que celui de ces classes sociales nouvelles dissociées et disjointes en quête d'un nouvel univers pour la reconquête d'une plénitude perdue ! Leur chance c'est d'être en état de projet non pas dans l'alignement sur les schémas uniformisateurs du monde mais dans la conjonction du spécifique des peuples et du générique de l'humain dans un monde qui revendique son unité plurale dans la diversité. »<sup>51</sup>

L'espoir réside alors dans ce que Kouassigan appelle la « réalité native »<sup>52</sup> (quelle belle formule !) une réalité qu'il convient de réactiver, dans une perspective nécessairement plurielle – pourquoi pas au

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>45</sup> *Cf. supra*, note 37.

<sup>46</sup> Chapitre 6, p. 139.

<sup>47</sup> Chapitre 4, p. 100-111.

<sup>48</sup> Chapitre 5, p. 129-131.

<sup>49</sup> Introduction, p. 10 ; chapitre 4, p. 79 ; chapitre 5, p. 128 ; chapitre 6, p. 142 ; 150.

<sup>50</sup> Chapitre 6, p. 150.

<sup>51</sup> Chapitre 3, p. 67.

<sup>52</sup> Chapitre 6, p. 141-142.

niveau du village ou du métier comme sièges de ces identités multiples et solidaires<sup>53</sup> – sans pour autant renoncer à l'unité nationale. « Une nation, écrit-il, ne peut se construire dans la négation de la diversité du vécu collectif des peuples qui la composent. »<sup>54</sup>

Au fond, le développement selon Kouassigan, c'est « l'avènement de l'humain dans l'homme » et la véritable révolution « c'est la restauration de la valeur d'homme, dans le triomphe de l'être sur l'avoir, c'est le surgissement des permanences contre les aménagements de surface, c'est la revendication de la vie en tant qu'absolu contre les contingences de l'existence, c'est l'avènement de l'être qui sait qu'il est avant de savoir ce qu'il doit avoir »<sup>55</sup>.

Cet essai, en réalité, n'est ni un testament, ni une conclusion mais le premier d'une série de quatre ouvrages que l'auteur n'a pas eu le temps de terminer. C'est à son épouse, Irène, que l'on doit sa publication, et c'est elle qui en parle le mieux, dans un avant-propos élégant, à la fois éclairant et émouvant<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Chapitre 6, p. 149 ; 151

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>55</sup> Introduction, *loc. cit.*

<sup>56</sup> I. KOUASSIGAN, « Avant-propos », p. 5-8.

## Kouassigan, un destin exemplaire

André CABANIS

*Professeur émérite, Université Toulouse I Capitole*

« Kouassigan : un destin exemplaire » : ce titre mérite une explication. Il ne s'agit pas de le présenter comme un modèle d'autant que sa vie a été marquée par nombre de blessures, jusqu'à sa mort, à 43 ans, en exil. En 1962, lorsqu'il revient dans son pays qui vient d'accéder à la pleine souveraineté, les perspectives les plus heureuses paraissent offertes à ce jeune homme brillant, prometteur et auquel toutes les réussites semblent ouvertes. Personne n'imagine alors qu'il va devoir s'enfuir années quelques plus tard pour ne jamais revenir. On ne peut donc souhaiter à personne un tel destin, et encore moins le préconiser. Certes, Kouassigan fut un martyr de la défense des droits de l'homme et de la liberté de penser. Pour autant, tout le monde ne peut être condamné à l'héroïsme. Nous nous plaçons donc d'un autre point de vue. Il s'agit d'illustrer le constat que, par plusieurs aspects, l'itinéraire de Kouassigan est représentatif de celui de nombre d'Africains de sa génération. C'est sous cet angle que nous souhaiterions l'évoquer. Trois périodes importantes de sa vie se retrouvent assez fidèlement chez certains Africains dans cette période des débuts de l'indépendance.

### - I -

Il y a d'abord l'**étudiant** qui effectue ses études supérieures dans une Université française. C'est après la seconde guerre mondiale que les subsahariens affluent. Ils occupent la place des ressortissants d'Europe centrale qui étaient les plus nombreux durant l'entre-deux guerres et que les régimes communistes tiennent désormais éloignés. Les 6 000 étudiants africains en 1956 – l'année où Kouassigan arrive à Toulouse – représentent 4 % du nombre total d'étudiants. Ils sont actuellement 180 000 soit 6 % du total. Ces jeunes Africains qui sont envoyés en métropole par leurs familles appartiennent à des milieux privilégiés et c'est bien le cas de Kouassigan dont le père est dentiste à Lomé. Il a à cœur d'obtenir les meilleurs résultats à l'Institut d'Études Politiques et à la Faculté de droit de Toulouse. Les notes qui ont été conservées montrent (*annexes - document n° 1*) que c'est bien le cas avec les mentions assez bien en première et deuxième années de licence en droit, les mentions bien en troisième et quatrième années. Toute une génération se prépare à prendre toute sa place dans ces pays dont l'indépendance se profile avec de plus en plus de précision. De fait Kouassigan fait preuve d'une extraordinaire rapidité pour soutenir une thèse et elle se révèle remarquable : ayant obtenu sa licence en juin 1960, il devient docteur en droit au terme d'une soutenance tenue le 20 décembre 1962, avec la mention très bien et les éloges. S'y ajoute le prix de thèse, la plus haute distinction qui puisse être accordée par l'Université.

Publié en 1966, l'ouvrage paraît avec une préface très louangeuse de son directeur, Paul Ourliac, qui félicite le jeune docteur d'avoir réussi la synthèse de la méthode des juristes française et les systèmes juridiques africains : « C'est le grand mérite de M. Kouassigan d'user parfaitement de notre syntaxe juridique sans pour autant en accepter la valeur sémantique ». Dans les récits de l'époque sur ce jeune homme surdoué, il y a une part de mythe : on affirme qu'à l'examen, il a émerveillé le professeur Dauvillier, grand connaisseur des langues de l'Antiquité, par sa connaissance du latin, du grec et même de l'araméen. Ce qui est assuré, c'est sa fiche de notes : elle montre qu'il a obtenu 19/20 à cette épreuve. On ne peut non plus nier qu'il connaissait le latin et le grec puisque Paul Ourliac le dit dans sa préface. Pour ce qui est de l'araméen, c'est moins évident, même à une époque où les langues mortes sont largement enseignées.

Ces étudiants sont à la fois bien intégrés et bien accueillis. Il n'est pas question de nier les difficultés que rencontrent ces jeunes gens à passer d'un continent à l'autre et à s'adapter à un pays fort différent de leur patrie d'origine. Pour autant, ils souhaitent généralement s'appropriier les codes liés à leur statut d'étudiants français. Ceux qui ont connu Kouassigan à l'époque le décrivent grand, élégant, soigné, beau aussi. Pour s'en convaincre, il suffit de voir sa photo sur sa fiche de l'Institut d'Études Politiques

(*document n° 2*), et la photo prise un peu plus tard, avec ses camarades de promotion (*document n° 3*). Si tous portent la cravate, comme c'était la règle à l'époque, il tranche par sa belle allure, il montre son meilleur profil alors qu'à peu près tout le monde est de face. Les Toulousains se montrent accueillants. Il est bien intégré, avec sa femme, au sein de la famille Dupeyron, avec des jeunes gens qui ont le même âge que lui. Ils se souviennent l'avoir entraîné dans des fêtes de village. Ils l'évoquent, étonnant les populations locales par ses qualités de danseur. Il est successivement embauché par l'étude de Maître Dupeyron, puis de Maître de Lamy, le premier avocat, le second agrégé auprès du Tribunal de commerce.

C'est une tradition à l'époque de bien accueillir les étudiants étrangers, notamment africains. Puisque je prends Kouassigan comme un exemple de sa génération, je ne résiste pas à la tentation d'évoquer une autre personnalité noire, étudiant à Toulouse pendant la guerre, Gaston Monnerville (*document n° 4*). Dans ses Mémoires, il témoigne de l'attitude des Toulousains lorsque l'interruption des liaisons entre la Guyane et la France le prive de ressources financières : « Comprenant que nous étions victimes d'une situation complètement indépendante de notre volonté, nos logeurs et nos restaurateurs habituels acceptèrent, sans nulle réticence, de nous faire confiance... et crédit. Nous étions mineurs, ne l'oubliez pas. Avec une grande gentillesse, et pour dissiper en nous tout sentiment de gêne, ils nous firent comprendre qu'à Toulouse, nous étions chez nous en famille [...] Cette situation a duré près de deux années, au cours desquelles aucune réflexion de leur part, ne vint toucher notre susceptibilité » (*id.*, p. 70). Vous comprenez sans peine mon propos : je crains que les étudiants africains de notre début du XXI<sup>e</sup> siècle ne bénéficient pas de la même générosité.

## - II -

Pour ce qui est de la **carrière** de Kouassigan, elle est inséparable des épreuves traversées par son pays. Le statut spécifique du Togo lui permet d'anticiper le processus de conquête de l'indépendance, par rapport au reste de l'Afrique occidentale française. Comme le Cameroun, c'est une ancienne colonie allemande, passée sous l'autorité de la France à la suite de la victoire de 1918, mais avec le contrôle de la Société des nations en application du système des mandats. Après la seconde guerre mondiale, l'ONU prend le relais de la SDN et c'est sous la pression de cette dernière et dès 1956 que le pays devient République autonome. Il accède à l'indépendance complète en 1960. Sylvanus Olympio devient chef de l'État et s'efforce de diversifier les partenaires internationaux du Togo, prenant ses distances avec la France. C'est dans cette ambiance et durant cette période qui précède et qui suit l'indépendance que Kouassigan effectue ses études supérieures. Il se prépare à y jouer un rôle important d'autant que les titulaires de diplômes universitaires sont encore peu nombreux.

Alors qu'il se forme à Toulouse, son avenir semble des plus prometteurs. À l'époque, ce sont les carrières internationales qui paraissent les plus ouvertes du fait de l'accession du pays à la pleine souveraineté, à cause de la nécessité d'y employer des personnels de même niveau que leurs interlocuteurs étrangers, enfin étant donné qu'en ce domaine l'on ne peut faire appel, comme ailleurs, à des coopérants fournis par l'ancienne puissance coloniale. À Toulouse, Kouassigan raconte qu'Olympio lui a fait des propositions, une fois ses diplômes obtenus, pour lui faire suivre une formation diplomatique à Genève. Il aurait déjà à l'époque indiqué préférer faire carrière dans le barreau. Cela ne pouvait satisfaire un chef de l'État qui considérait qu'avec quatre avocats à Lomé, le nombre était suffisant. En tous cas, lorsqu'il rentre au Togo, fin 1963, il est nommé au poste important de secrétaire général au ministère des Affaires étrangères. C'aurait pu être le point de départ d'une belle carrière. Malheureusement, le pays vit la période la plus agitée de son histoire.

Le président Olympio est assassiné en janvier 1963, quelques jours après le retour de Kouassigan. C'est le premier coup d'État qui se déroule dans les nouveaux États d'Afrique subsaharienne. L'on s'accorde à y voir l'œuvre de Gnassingbé Eyadema, sergent de l'armée togolaise qui prépare son arrivée au pouvoir. Il laisse d'abord le beau-frère d'Olympio, Nicolas Grunitzky, accéder à la magistrature suprême. Il est renversé en 1967. Après le bref intérim du colonel Kleber Dadjo qui reste trois mois à la présidence, Gnassingbé Eyadema arrive enfin au pouvoir et s'y maintient jusqu'à sa mort en 2005. Son fils Faure Gnassingbé lui succède jusqu'actuellement. En fait Kouassigan n'attend pas la succession des coups d'État. Il démissionne de son poste au ministère des Affaires étrangères et rejoint le cabinet de

Maître Raymond Viale. Dans la biographie que donne Ekoué Satchivi<sup>1</sup>, il affirme que très vite Kouassigan s'est engagé dans le débat politique comme opposant au régime en place. Cette affirmation figure sur internet, sur le site de l'Union des forces de changement, parti créé en 1992, après la tenue de la conférence nationale souveraine mise en place, au Togo comme dans la plupart des pays d'Afrique subsaharienne dans le cadre de la tentative de transition démocratique. La notice présente Kouassigan comme « physiquement beau » avec une photo qui ne le flatte guère.

Plusieurs procès vont lui permettre de se poser en défenseur des droits de l'homme. Ekoué Satchivi insiste sur deux affaires où il est intervenu. D'abord en faveur de Maurice Yaméogo, premier président de Haute Volta renversé après avoir tenté d'imposer un plan d'austérité, et remplacé par le lieutenant-colonel Lamizana. Mis en résidence surveillée après sa démission, Yaméogo est libéré quatre ans plus tard. Mais c'est surtout l'affaire dite du « complot du 8 août 1970 » qui l'oppose au pouvoir d'Eyadema. Ce dernier fait accuser une série de personnalités – ancien ministre, hommes politiques, chefs traditionnels – de complot ce que des témoignages ultérieurs démentiront. Lors du procès et pour protester contre les irrégularités de la procédure, les avocats décident de quitter la salle. À partir de là, Kouassigan se sent menacé. Il fait quelque temps l'objet d'une interdiction de quitter le territoire. La mesure ayant été levée, il s'exile définitivement. Madame Kouassigan raconte son propre départ d'une façon un peu dramatique : elle était restée à Lomé jusqu'à ce qu'un ami l'avertisse que le gouvernement risquait de profiter de sa présence dans le pays pour faire pression sur son mari et l'obliger à rentrer. Elle rassemble immédiatement ses bagages, met dans sa voiture ses trois enfants, y compris un bébé. Escorté par un oncle, elle part à l'étranger : le passage de la frontière s'éternise et leur joie est grande lorsqu'ils sont enfin autorisés à passer. Elle reviendra au Togo une fois, pour l'enterrement d'un parent ; son mari jamais.

La suite, c'est un long périple qui, d'établissement universitaire en établissement universitaire, conduit Kouassigan à Cotonou, à Dakar, à Paris, enfin à Genève, à l'Institut universitaire d'études du développement. Des témoignages comme celui du doyen Durand nous permettent d'imaginer ce que fut sa vie dans ces années. J'ajouterai aux analyses profondes de Bernard Durand ce que m'a raconté le doyen Babacar Kanté, peignant un collègue de grande taille, un peu vouté, souriant et affable, à Dakar. Des témoignages indirects affirment que le régime d'Eyadéma continue quelque temps de le poursuivre de sa rancune. Sa vie aurait été menacée jusqu'à ce que, selon certains, ce ne serait rien moins que les chefs d'État des pays qui l'accueillent, qui firent pression sur les autorités togolaises pour que le danger s'estompe. Il enseigne. Il publie un livre qui prend la suite de sa thèse : *Quelle est ma loi ?* en 1974. Il continue à écrire et laisse à sa mort, en 1981, de quoi constituer un livre que son épouse publie en 1985 sous le titre *Afrique : Révolution ou diversité des possibles*.

Même si Kouassigan a pu trouver, hors de son pays, des institutions académiques disposées à l'accueillir, même s'il laisse une œuvre importante par sa qualité et son influence, l'on a le sentiment d'un gâchis par rapport à ce qu'il paraissait à même d'apporter à son pays lors de son retour en 1963. Ce destin mutilé résulte des déceptions ressenties dans les premières années de l'indépendance. René Dumont a publié en 1962 un ouvrage qui a bénéficié d'un certain retentissement en Europe : *L'Afrique est mal partie*. Nombre de dirigeants africains ont ressenti ce plaidoyer comme le signe d'une volonté des anciens colonisateurs de prétendre continuer à orienter la politique des pays ayant accédé à l'indépendance. Il est vrai qu'après quelques années, les régimes qui se pérennisent donnent l'impression de ne pas être à même de réaliser un consensus autour de valeurs démocratiques. En tout cas, le destin de Kouassigan n'est qu'un exemple parmi ceux, d'abord disposés à mettre leurs compétences au service de leurs pays, que des politiques partisans et autoritaires ont conduit à choisir l'exil.

---

<sup>1</sup> E. SATCHIVI, « M<sup>e</sup> Guy-Adjété Kouassigan, la carrure d'un grand praticien du Droit », *UFCTogo.com*, 16 septembre 2009, [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <http://www.ufctogo.com/Me-Guy-Adjete-Kouassigan-la-carrure-d-un-grand-praticien-du-Droit,2154.html>.

### - III -

Il reste à évoquer le **juriste**. Lors des indépendances, le discours dominant est favorable à une modernisation aussi rapide que possible des pays de l'Afrique subsaharienne, une forme de rattrapage économique. La classe politique y est d'autant plus déterminée que ses membres ont souvent effectué leur apprentissage à la fin de la période coloniale, certains en métropole dans les assemblées françaises et parfois même comme ministres de la IV<sup>e</sup> ou de la V<sup>e</sup> République. Les élites passées dans les Universités et les Grandes écoles françaises retirent de cette période de formation la conviction qu'il faut rejoindre le niveau de développement des pays européens. Ce programme nourrit un discours anti colonial en soutenant que le retard économique, social et culturel est imputable aux autorités militaires et civiles venues d'Europe et qui protègent les coutumes et les pratiques anciennes pour maintenir leur domination. Après l'indépendance, les chefs traditionnels, accusés d'avoir collaboré avec les envahisseurs étrangers et de vouloir retarder les réformes nécessaires, sont persécutés et leur autorité contestée. Ce discours influence notamment les juristes. Ils ont tendance à considérer que la famille monogame, la propriété privée, le contrat consensuel et synallagmatique, le service public constituent autant d'objectifs à atteindre. Ils préconisent des Codes très proches de leurs homologues occidentaux. Ils jugent avec sévérité les coutumes et la justice traditionnelles qu'ils comprennent souvent mal.

À l'origine, Kouassigan relève de ce courant, tout en y tenant une place à part par sa connaissance de l'histoire du droit africain, ce qui manque à la plupart de ses contemporains. Dans sa thèse, sans que l'on soit persuadé que ces analyses soient nécessaires à sa description de la propriété collective, il présente une théorie générale sur les obstacles qui empêchent l'évolution des sociétés précoloniales et que les Français n'ont pas su, ni voulu suffisamment éradiquer. Il fonde sa démonstration sur des exemples tirés de l'évolution d'une demi-douzaine d'ethnies : les Ouolofs du Sénégal, les Baoulé et les Agni de Côte d'Ivoire, les Ashanti et les Fanti du Ghana et les Yorouba du Nigeria. Avec une synthèse aussi ambitieuse, il se montre conforme à sa méthode qui consiste à rechercher, derrière la pluralité des coutumes et des destins des diverses composantes de la population de l'Afrique subsaharienne, les éléments d'unité que l'on peut tirer d'une comparaison. Il confronte leur niveau de développement. Parmi les éléments hérités de la tradition qui font obstacle à la croissance, il évoque l'existence d'autorités rivales, des rigidités qui gênent et parfois dévalorisent l'initiative économique, un droit incertain qui protège mal les entreprises, des hiérarchies qui débouchent, pour ce qui est de certains droits, sur une pluralité de titulaires génératrice de différends.

Il montre comment, avant même la colonisation, certains peuples africains ont su évoluer et, donc, développer leur commerce, leur industrie, leur agriculture. « Les sociétés traditionnelles se transforment d'autant plus facilement que les facultés d'innovations y sont plus fortes. Et même pour certains auteurs, l'innovation est le facteur le plus important dans tout changement culturel. » Il s'éloigne dans certaines pages de son sujet – le droit foncier – pour montrer comment l'évolution du statut de la famille et les progrès de l'individualisme ont favorisé le développement : « Cette désintégration du groupe familial engendre une autre échelle des valeurs : désormais on ne travaille plus pour soi et pour les siens, on tend à ne penser qu'à soi. Les autres intérêts individuels confèrent aux actes individuels leur légitimité. »

Pour ce qui est plus spécifiquement du droit foncier, le titre de sa thèse indique clairement dans quel sens il anticipe les évolutions : *Contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et leur transformation en droit de propriété*. Kouassigan précise ses intentions dès l'introduction. Il annonce la seconde partie en des termes sans ambiguïté : « Nous nous efforcerons de démontrer la rapide transformation des droits fonciers en droit de propriété au sens classique du terme. » En cela, il est conforme à ce que prévoient la plupart des dirigeants politiques de l'époque. Pour eux la généralisation de la propriété privée constitue le préalable à une mise en valeur du pays. Kouassigan est convaincu que la liberté individuelle conditionne le développement économique. « Et le meilleur moyen d'accéder à cette liberté, tout comme dans les systèmes juridiques européens, a été de favoriser l'accession à la propriété privée individuelle. » Évidemment, ce n'est pas cette seconde partie de sa thèse qui en fait la réputation mais bien plutôt sa description du rôle, un peu partout en Afrique de l'ouest des chefs de terre, issus de l'ethnie installée en premier, les seuls à pouvoir légitimer l'installation d'une famille sur une

exploitation, les seuls à régler les conflits qui peuvent apparaître. Le titre de l'ouvrage publié en 1966 abandonne la prévision d'une transformation des droits coutumiers en droit de propriété. En revanche la dernière phrase du livre s'achève sur une référence au socialisme africain, concept alors à la mode.

En 1974, paraît le second ouvrage : *Quelle est ma loi ?* Le titre trahit l'historien du droit. Il rappelle la question posée aux plaideurs à l'époque franque : « *Sub qua lege vivis ?* ». Le sous-titre est plus explicite : *Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*. Comme dans son livre précédent, la première partie est historique avec des développements importants sur l'époque coloniale et sur le passage d'une « politique d'assimilation outrancière » à une « politique d'assimilation suggérée ». La suite montre l'évolution de sa réflexion. Les nouveaux États ont le choix : soit le rétablissement du mariage coutumier affaibli par le régime précédent, soit l'instauration de rapports familiaux inspirés du droit européen. Quelques années auparavant, Kouassigan aurait sans doute penché pour la seconde solution. Désormais et tout en connaissant les insuffisances du droit coutumier, il souligne l'attachement que les populations continuent de lui vouer. Il refuse les tentations du mimétisme et préconise des réformes inspirées de modèles susceptibles de favoriser le développement, ce qui demeure sa priorité.

Le dernier livre de Kouassigan – *Afrique : Révolution ou diversité des possibles* – est publié en 1985, donc après sa mort par les soins de son épouse. Dans son avant-propos, elle pose la question fondamentale, fondée sur le constat que son mari était avant tout le chantre du développement, ce qui suppose de proposer aux citoyens une société fondée sur « la confluence de la tradition qui exprime leur spécificité et des innovations qu'exige leur entrée parmi les nations libres de décider pour elles-mêmes ». Le contenu du livre est moins simplificateur que son titre le laisserait croire. Ce dernier paraît enfermer l'Afrique dans un dilemme tel que c'est le second terme qui semble le plus souhaitable mais pas forcément le plus facile. La table des matières est fondée sur l'attelage de termes qui semblent relever de l'oxymore : masochisme et développement, ethnologie et impérialisme, prolétaire et colonisé, propriété et destin des idéologies, prophétie et valeur d'homme... En fait, ces regroupements apparemment hasardeux permettent de présenter les multiples constructions intellectuelles proposées en réponse aux questions posées par le destin des pays colonisés. D'un certain point de vue, la communication du doyen Durand participe de cette réflexion. Une formule de Kouassigan résume sa propre réponse : « l'homme en tant que préalable et fin ».

L'itinéraire intellectuel de Kouassigan, si bref qu'il ait été, résume celui de nombre de juristes de la seconde moitié du XXe siècle en Afrique. Au début des années 1960, des textes rédigés par de légistes encore sous l'influence de l'ancienne puissance coloniale sont médiocrement adaptés aux réalités du continent. C'est l'époque où le doyen de la Faculté de droit de Dakar Roger Decottignies publie un article intitulé « Requiem pour la famille africaine ». On peut difficilement se tromper davantage : la famille africaine est de nos jours plus vivante que jamais. On a vu que Kouassigan a rapidement pris ses distances avec la prédiction d'une généralisation de la propriété individuelle. Le droit constitutionnel africain évolue, beaucoup plus libre des modèles étrangers que beaucoup le croient : il s'efforce d'intégrer un certain nombre de pratiques traditionnelles. Les modes coutumiers de règlement des différends inspirent confiance plus que les tribunaux d'État...

\*  
\* \*

Ce n'est pas sous-estimer Kouassigan que de le constater exemplaire, c'est-à-dire représentatif de sa génération, d'abord comme étudiant étranger en France, ensuite comme opposant à un régime dictatorial, enfin comme juriste au service du droit africain, moderne mais réussissant une synthèse avec les coutumes traditionnelles. Pour autant, aucune banalité dans ses œuvres. C'est d'abord un historien du droit. Ses analyses des institutions de la période coloniale sont remarquables par sa capacité à rassembler, dans de grandes fresques, les coutumes et les pratiques de multiples ethnies. Il fonde sur cette connaissance très complète du passé, une description très nuancée de la société de son temps, avec des prévisions que l'avenir n'a pas toujours confirmées comme il est inévitable, mais surtout avec d'incontestables préoccupations humanistes.



Annexes

Document 1

158

M. Kouassigan Indoue, Chryz, Adjété  
 né à Boussé dev de Yogo le 12 septembre 1934  
 domicile (Toulouse) } 25 R. Calville  
 Bachelier à Glib le 6-7-55 "O.B." } Acad<sup>m</sup> de Koubooue  
 Demeure des parents à Yogo  
 Acte de naissance reçu le 25.10.55 *envoyé au Service*  
 Certificat de Bach. reçu le " *diplômé aux Universités*  
 Dipl. de Bach. reçu le " ; *Thèse Dutot*  
 Dipl. de Bach. Droit reçu le " ; remis le 21-12-62  
 Dipl. de Licencié Droit reçu le " ; remis le 21-12-62  
 Dipl. de Docteur en droit ; *1973 PARIS 15*  
*DESS d'Hist. Droit et fait sociaux* ; *Paris 104-02-1977*  
*1 note à l'impétrant*

N <sup>o</sup> du Registre	DATE DE L'INSCRIPTION		IMMATRICULATION		OBSERVATIONS
	N <sup>o</sup>	Date	N <sup>o</sup>	Date	
1395	1 <sup>o</sup>	26.10.56			
	2 <sup>o</sup>				
3424	3 <sup>o</sup>	13.11.57			Boursier F.01 57-58 FOM
	4 <sup>o</sup>				
4355	5 <sup>o</sup>	30.10.58			Boursier 1958-59 FOM
	6 <sup>o</sup>				2 <sup>o</sup> Prix Conf. et I.P. Pige
2517	7 <sup>o</sup>	7.11.59			Boursier F.01 59-60
	8 <sup>o</sup>				2 <sup>o</sup> Prix Conf. et T. P.
4175		22.11.60			Boursier FOM 60-61
					Boursier FOM 62-63
50		15.10.61			
3930		17.12.62			Prép Thèse (1962-63)
					exist Dakar Sen
					17-03-71
					retour 22-2-73

C.A.P.A (octobre 1960) diplôme remis



CONSIGNATION		NATURE de l'EXAMEN	DATE DE L'ACTE	MATIÈRES	NOTES OBTENUES					RÉSULTAT			
NUMÉRO	DATE de l'ÉCRIT				1	2	3	4	5		TOTAL		
368	25.57	BACCALAURÉAT 1 <sup>re</sup> ANNÉE	22.6.57	1. INSTITUT. JUD. et DR. CIVIL	15			11		26	Ad		
			23.7.57	2. HIST. INST., FAITS SOCIAUX		13							
				3. ECONOMIE POLITIQUE			14						
				4. DROIT CONSTITUTIONNEL									
				5. INSTITUT. INTERN. et FINAN.					14		68	A-B	
261 <del>1160</del>	2.5.58	BACCALAURÉAT 2 <sup>me</sup> ANNÉE	24.6.58	1. DROIT CIVIL A-F	16	11				27	Ad		
			27.7.58	2. HIST. INST., FAITS SOCIAUX		13							
				3. DROIT ADMINISTRATIF			1						
				4. ECONOMIE POLITIQUE				14					
				5. DR. DU TRAV. DR. PENAL GEN					15	11	80	A B.	
1159	4.5.59	LICENCE 3 <sup>me</sup> ANNÉE	22.6.59	SECTION <sup>Commerciale</sup> & <sup>civile</sup> Chant	11	13				24	Ad		
				1. Procéd. Pénale	10								
				2. Procéd. Civile		16							
				3. Romain oblig.			17						
			27.7.59	4. Romain Breus				18					
		5. Sec Sociale				17		96	Ad. Bien				
763	7.1.60	LICENCE 4 <sup>me</sup> ANNÉE	12.6.60	SECTION <sup>civile</sup> B-Commerciale	15	13				28	Ad		
			24.6.60	1. Romain	19								
				2. Int. al. pube		14							
				3. Dr. maritime			16		14				
				4. Y. execution				13			45	Ad B	
32890	04.61	Diplôme d'Histoire de Droit et F.S.	2-10-61	Mémoire	17	(mémoire)				Ad			
			10-10-61	Hist. Dist. Col. MATM	4	(écrit)			4	Ad			
			12-3-62	Hist. Dr. Suisse MATM	13	(écrit)			13	Ad			
			15.3.62	Hist. Institut Tolouse Histoire des Soléy	8	13	15	14	80	Ad Bien			
976	15-12.62	Thèse	20-12.62	L'homme et la terre, contribution à l'étude des bois fonciers contumaces et leur transformation en bois de propriété en Afrique occidentale (mention T-B et élève)									

Document 2



Document 3







Etudiant aux facultés de droit et de lettres - Toulouse, 1915.

---

## Être un « autre » en Afrique ? « Vivre entre deux Mondes », les indépendances venues...

**Bernard DURAND**  
*Professeur émérite, Université Montpellier I*  
*Doyen honoraire de la Faculté de droit*

À l'âge où la mémoire des Noms s'efface et lorsque, comme le dit une chanson, « tes souvenirs se voilent, ça fait comme une éclipse », il est étrange de constater que certaines personnes ne subissent pas cet « effet d'éventail » : Guy Adjété Kouassigan !... À la demande du professeur André Cabanis, j'aurais pu jouer devant l'ami l'innocence de l'oubli, évoquer la responsabilité du *Lothos*, passer à autre chose, prétexter au moins que je le connaissais bien moins qu'il ne le pensait, ce qui est vrai sans doute en comparaison d'autres personnes très connues en Afrique et avec qui j'ai beaucoup travaillé et beaucoup voyagé... Au vrai il n'était pour moi à mon arrivée à Dakar qu'un nom, celui d'un des livres qu'il avait écrits, fort utiles à mes premiers pas, un ancien étudiant de Toulouse passé maître dans l'évocation des droits des maîtres de la terre puis, en 1974, des différentes lois des pays africains mises en place au moment de leur indépendance et incontournables pour un tout jeune agrégé à qui on avait offert dans les premières années de 1971 une mission de six semaines à la Faculté de Dakar... Quelques souvenirs sur le droit de l'outre-mer, enseigné à Montpellier en licence de droit public en 1960, Quelques articles en secours dans l'avion... ceux de Chabas ou d'Alliot et d'autres encore sur le droit traditionnel et les coutumes du Sénégal... Juste pour ne pas être celui qui de l'Afrique ne connaît « que » l'Algérie, pour avoir enseigné quatre ans auparavant et pendant douze mois, à de futurs fonctionnaires algériens, rassemblés dans un centre de formation situé en plein Sahara... Un livre surtout à connaître ensuite parce qu'il prônait prudemment reconnaissance réfléchie des coutumes et adaptation à la codification du droit, utile à la plongée dans les recueils Dareste et Penant... celui de Kouassigan.

117

Kouassigan !... Un simple nom ? Plutôt un passeport, un laissez-passer pour quelqu'un qui, suivant la route ancienne des caravanes allant des oasis à l'Empire du Ghana, débarque à Yoff... Un nom oublié ?... Mais non ! Et si je cherche à comprendre pourquoi, ce n'est pas parce que j'ai beaucoup utilisé et cité ses travaux ou que j'ai été sensible, lors de brèves rencontres, à son humanité et aux défis qu'il devait relever pour lui et sa famille, ou encore que le recevant à table pour déguster des langoustes ou des cigales nous échangeons sur les mérites comparés du football et de la chasse-sous-marine. La vraie raison c'est – à l'instar de quelques autres personnes – qu'il a fait partie de ceux qui m'ont donné envie, envie d'aller plus loin, envie de parfaire le « défi à soi-même », d'investir les Empires du Soudan, les coutumes du Sénégal, le droit musulman, les royaumes africains autant que les sociétés « à souveraineté diffuse » (où la notion d'État palpite) et – plus tard – le droit colonial et le juge outre-mer... et de brasser le tout avec les droits de l'antiquité, Grèce et Rome réunies, du Moyen Âge, de la construction de l'État en Europe, des institutions du monde arabe... Mais surtout d'investir ces récits d'hommes et surtout de femmes œuvrant en Afrique et s'y imposant, ici pour plaider en faveur d'un Africain en délicatesse avec une tribu ou arrachant à un Royaume le renoncement à sacrifier les jumeaux et tellement « autres » que quelques populations ne savent plus si elles doivent les appeler « Monsieur » ou « Madame »... à l'image de ces épouses de commandants qui en leur absence sont sollicitées pour trancher quelques disputes jugées « urgentes »...

Et cette Envie est née d'un échange des plus banals : la démonstration que je lui ai faite – *jocandi causa* – que le sport idéal, celui qui prépare le mieux à la recherche en Histoire du droit, qui par son exécution s'en approche le plus pour affronter ce défi dont peut rêver un historien du droit ambitionnant de tout embrasser : la chasse-sous-marine en apnée. Pourquoi une telle discussion, conduite très sérieusement : le « piroguier » que j'étais et les étymologies toujours débattues du mot même de « Sénégal » en furent le point de départ, tant elles marient tout à la fois naïveté d'une première rencontre sur mer, cohérence nationale et origine tribale. Mais il est possible aussi que notre goût commun pour les agapes ait pu aider à cette complicité toute passagère tolérant l'inattendu et que le partage « du médicament » (consommé

en *dancing custom*) ait noué en moi l'idée un peu folle qu'il ne me restait plus qu'à « m'en faire la démonstration » : le défi à soi ne nécessite nullement de le prouver ensuite à quelqu'un d'autre. Le décès de Guy Adjété Kouassigan en 1981, alors que j'étais encore en poste à Dakar et à parcourir l'Afrique, m'a de toute façon privé du seul homme à qui j'aurais pu ensuite démontrer – beaucoup plus tard – que réalisée « en apnée » sur d'autres continents cette stratégie avait pris un peu de temps.

C'est qu'être un autre EN Afrique impose d'y résider et comme l'exprimait un *district officer* britannique installé en Inde à un membre du *Foreign Office* résidant à Londres « pour en parler il vaut mieux y avoir été » ! Non pas que les exercices de *cross control component* soient absolument inutiles qui soulignent les qualités qui sont celles « d'écouter comme d'entendre » et vous expliquent qu'aller aux Etats-Unis rend nécessaire de comprendre que les invitations à déjeuner peuvent consister à partager un sandwich ou qu'un Vietnamien qui sourit à vos propos ne signifie pas qu'il les approuve... et je glisse sur les échanges avec des interlocuteurs aussi différents que les Mexicains, les Saoudiens ou les Afars et même ces personnes que l'on n'a plus le droit de nommer « pygmées »..., mais Être « EN quelque part », c'est partager avec ceux qui vous accueillent un Espace et un Temps qui ne peuvent pas l'être tant ils ne sont pas compris de la même façon... outre qu'en les associant la confrontation entre « un pont trop loin » et « un temps trop tôt » risque d'être fatale...

Être un autre en Afrique ?... Il fallait bien qu'un jour ou l'autre la question soit posée ! Et vous croyez sans doute qu'elle ne peut concerner que celui qui signe ces quelques lignes... Eh, bien non !... Un Togolais qui a fait ses études en France – et en droit de surcroît – et qui investit dans son pays devenu indépendant des fonctions qui le confrontent aux autorités en place est « un autre » qui doit prendre la mesure des changements en cours. Il l'est aussi lorsqu'il s'exile au Bénin ou au Sénégal et y enseigne l'anthropologie, les coutumes et le droit du « développement ». Il s'y trouve dans la même situation qu'un Français qui choisit de s'investir quelques années à Dakar pour y enseigner l'histoire du droit... Guy Adjété Kouassigan est lui aussi un « autre », un voisin sans doute – et encore ! – mais aussi éloigné des langues locales, des coutumes, des fétiches, ceux des Toucouleurs ou des Sérères que le Français l'est des croyances Wolofs ou Diolas. Et encore je laisse de côté, en ces décennies 1960-1980, l'origine des étudiants qui sont encore ici Mauritanien, Guinéens ou Vietnamiens avec encore quelques Français... « Nos ancêtres les Gaulois » écrivait un des anciens de Dakar, car telle était encore une partie du programme pour cette année 1971 où devait se valider – pour les étudiants de quatrième année – et pour la dernière fois la licence de droit français ! Certes, déjà, certains cours de première année déjà bénéficient de tous les atouts développés par les professeurs de l'école normale supérieure et de tous ceux qui ont enseigné l'anthropologie ! Mais à cette date, je suis vraiment un « autre » et les écrits du docteur Kouassigan ne me servent qu'en « privé »... Je suis encore en France même si certains autres enseignements dont je suis chargé – en particulier celui sur l'histoire des régimes matrimoniaux – offrent d'agréables surprises au détour d'un passage sur la *dos ex marito* des Francs, aussitôt salué par la remarque d'un étudiant africain observant « qu'ils étaient des Germains qui s'ignorent »... C'est tout l'art du « passage », fait à petits pas mais toujours étonnant comme au Gabon où quelques années encore – de 1974 à 1978 – il fallut respecter le programme et enseigner l'histoire du droit public français auprès des étudiants qui demandent au professeur, traitant du rôle de la royauté à telle date, de donner le nom précis du Roi et satisfaits de pouvoir noter qu'il s'agissait de Philippe le Bel ou de Louis XI...

Ne philosophons pas sur la « douleur du passage », bien connue des psychiatres ! Mais il faut bien à un moment que le Togolais et le Français comprennent que leur auditoire investit le terrain évoqué de ses propres coutumes, des usages de son village, de tout ce qui fait qu'une civilisation se déploie jusqu'au plus petit détail, soit comme le disait Fernand Braudel comme « une gare où l'on embarque et débarque des marchandises »... et où, ajouterait un conteur africain, il vaut mieux ne pas « se débarrasser des Hippopotames ». Et donc être un autre dans ce milieu où l'animisme ressurgit à chaque instant et qui donne à l'Universitaire toutes les voies de comparaison qu'offre l'Antiquité avec la consultation des entrailles d'un poulet ou le vol des oiseaux, propres à lever l'indécision ou à menacer... Ah, les *Khons* et la hantise des footballeurs sénégalais ou ces êtres tout nus que dévoilent en pleine brousse les phares d'une voiture « et qui n'existent pas » tout autant que ces lutteurs qui perdent leur combat (et les étudiants qui ratent leurs épreuves) car ils ne sont pas « la veille » retournés dans leur village ! Et Ah, également, la lecture des quotidiens qui relatent dans tel pays le scandale d'un « faux multiplicateur de

billets » et dans tel autre le danger représenté pour la virilité des habitants par ceux qui les frôlent et les étranges poursuites qui conduiront les « victimes » et les « coupables » à un poste de police pour chercher les preuves ! Et *Ah* enfin, ces quelques occasions de constater combien prédictions de marabouts ou de sorciers – ou menaces de fétiches – aident à réduire les distances « entre Autres »...

En outre, « être un autre » n'est pas alors seulement assumer sa différence mais faire que cette différence soit aussi perçue par les « autres » comme porteuse de « pouvoirs » différents, de « capacité » à être autre que ce que son statut ou sa fonction suppose. Être un autre devient alors « en même temps » la capacité à connaître à quel autre il s'adresse, ce que cet autre retient de lui qui le place hors du champ attendu... et par l'effet de cette tâche à assumer, devenir vraiment un autre aux yeux d'Africains qui vous voient autrement que comme « un Blanc au cœur Noir » ou pour Kouassigan un « Noir au cœur blanc ». Être pour le président Kouassigan « un sportif accompli et un dirigeant très écouté de la Modèle de Lomé, un des grands clubs togolais de football », c'est en même temps qu'il fait ce qu'il aime afficher des compétences « autres » que celles qui définissent le chercheur, l'enseignant ou l'avocat. C'est d'une certaine façon emboîter le pas à ces chefs d'États – le Président Eyadema, le Président Bongo – qui pour le premier diffuse une bande dessinée montrant ses qualités exceptionnelles de footballeur et l'autre, le jour de la fête nationale à Libreville participe à une course à pied avec ses ministres qui « savent qu'il va gagner »... Et si je ne peux ici développer à quel point ces attitudes renvoient à des fondements animistes de « pouvoir », très ancrés dans certaines sociétés africaines où le marchand de voitures est capable de reproduire l'Empereur Mossi qui ne parle à ses interlocuteurs que par la voix d'un intermédiaire, je retiendrai surtout que pour chaque « blanc au cœur noir » – quotidiennement observé – s'impose une démarche identique : être autre qu'un médecin, ou un directeur ou un « professeur » en s'investissant dans ce qui apparaît comme « autre » : nouer activement des relations avec les villages (avec tact), aider certaines populations en détresse (nourrir les lépreux), rassembler les passionnés de mer (pêcheurs africains et nageurs de combat français) y compris lors de rencontres symboliques (championnats)... et bien sûr élargir sa zone de confort en répondant à des sollicitations aussi diverses que faire une conférence sur un sujet délicat de science politique devant tout un village ou sur les requins devant des élèves de lycée... On imagine aisément tous les champs disponibles offerts à tous ceux qui entendent communiquer avec les « autres », y compris pour un enseignant – dans un pays qui s'assume comme musulman à 80% – à suggérer de créer un cours portant sur l'histoire du droit successoral musulman, matière idéale pour devenir un autre quand on sait qu'en droit musulman celui qui s'engage dans cette partie du droit en « dispense tous les autres » ! Mais qui devra également comprendre que le rythme de transmission des fictions juridiques qui « enferment le droit » doit nécessairement, lorsque l'historien le libère « en les distillant », être destiné à des étudiants dont certains, comme l'écrivait Senghor, sont habités des méthodes répétitives propres à leur culture et différentes des démarches déductives nécessaires à la « libération du droit ». Comme il devra les inviter à la parole leur permettant d'ajouter à tel développement qui rend compte du vécu des sociétés leurs propres observations pour en minimiser ou en aggraver la pertinence, voire involontairement en s'y moulant.

Mais au vrai, occuper « l'espace » – car telle est bien la première fonction de celui qui entend « investir une société » – tout autant qu'en « maîtriser le temps », c'est également et peut-être surtout mesurer sa vraie place et en « marquer les frontières »... La nationalité alors reprend ses droits qui différencie le Togolais investi dans les affaires politiques de son pays nouvellement indépendant – et qui sait aussi que par ses fonctions d'avocat il va devoir affronter résistances, oppositions et réactions – du Français qui réservera son investissement aux activités qui ne heurteront pas le pays qui l'accueille et qui ne passera que par les portes (celles de l'Ouroboros) qui lui seront ouvertes. Mais la leçon sera retenue qui invite comme l'a fait maître Kouassigan à multiplier les terrains explorés, à investir une multiplicité de tâches pour s'enrichir de leur diversité en même temps que cette variété déverse sur la fonction principale bénéfiques et messages d'alerte. Il en vivra pleinement les conséquences à la suite des luttes qu'il a conduites en tant qu'avocat et des difficultés pour trouver refuge dans un pays africain, un exil qui le conduira en Suisse pour y tracer une route encore en « questions ». D'autres que lui vivront cette difficulté d'être avocat en Afrique, une mission qu'il était impossible de cumuler au Sénégal avec les fonctions de professeur d'Université, une « incompatibilité » qui explique sans doute la volonté partagée de ne rien évoquer entre nous qui put le mettre dans l'embarras et remuer de mauvais souvenirs concernant ses clients, ses amis et sa famille.

« Être un autre » c'est alors s'imposer des frontières, « mesurer » l'investissement attendu par les « autres », rester soi-même en signifiant les refus et rester finalement cet « Autre », différent de ces paroles qui s'adressent régulièrement à un Français qui quitte le Sénégal pour dire le souvenir qu'il va laisser : « avoir été un Sénégalais parmi les Sénégalais ». L'universitaire Historien du droit y verra toutefois un motif de s'en réjouir : la formule signifie que par sa « parole », par le « verbe », il a pu convaincre ses auditoires étudiants du partage qu'il a su faire et des liens qu'il a pu nouer avec « l'espace et le temps africains ».

Le « partage » ! Certains y trouvent un immense plaisir que d'autres réfutent. Guy Adjété Kouassigan était des premiers même si, comme je le pense, il a sans doute par sa carrière si riche et si diverse été l'illustration de ce qu'écrivait Toynbee dans sa « Grande aventure de l'humanité » : « Vivre entre deux mondes, car telle est la fonction d'une *intelligentsia*, signifie être soumis à une torture spirituelle » ! À coup sûr, elle n'entamait ni sa joie de vivre, ni ses certitudes d'avoir eu raison dans les combats juridiques ou politiques qu'il avait menés, ni la passion qu'il mettait dans toutes ses activités intellectuelles.



---

Propos conclusifs

---

## Propos conclusifs

Caroline GAU-CABEE

Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole  
CTHDIP

Il me revient de conclure, pour clore cette journée, et mettre le point final au programme *Dikè* 2021.

Parce que les dictionnaires sont à la mode depuis une quinzaine d'années, je me suis posé la question suivante : s'il y avait un dictionnaire consacré à Guy-Adjété Kouassigan, par quelles entrées lexicales commencerais-je ?

Sans respecter l'ordre alphabétique des entrées, voici donc une ébauche de mon *Dictionnaire Kouassigan*.

### Élégance et séduction

Élégance de l'homme d'abord. Tous les témoignages convergent sur ce point, comme l'a rappelé le professeur Cabanis, et comme l'atteste la très belle photo que son épouse a eu la gentillesse de m'envoyer. Élégance du style aussi, et là encore, ceux qui l'ont lu ne me démentiront pas. Quelle belle langue ! Quand d'autres sacrifient la pensée au style, Kouassigan cisèle le propos et met sa plume au service des thèses qu'il défend. Ce faisant, il parvient non seulement à séduire mais à convaincre.

Je ne résiste pas à l'envie de rapporter ce commentaire de Paul Ourliac. « Sachant donner à ses idées une perfection d'expression qui était, par elle seule une séduction et ayant dominé ainsi la forme, il demeurait maître d'une pensée dont la qualité singulière était de découvrir les vrais problèmes. »<sup>1</sup>

J'en viens logiquement à la **pédagogie**.

Pédagogie, car son œuvre n'est pas inaccessible. Kouassigan est un pédagogue qui semble animé, lorsqu'il écrit, par le désir non pas de plaire ou d'impressionner mais d'être compris. Rare vertu et rares élus dans le petit monde des universitaires dont on peut dire qu'ils éclairent autant qu'ils inspirent.

Une inconnue demeure cependant au terme de cette journée : quel enseignant était-il ? Existe-t-il quelque part des notes de cours ? Il n'a pas publié de manuels et les étudiants qui ont suivi ses cours en Afrique ou en Suisse n'ont jamais témoigné pour nous éclairer sur la réception de ses enseignements. Quelles disciplines a-t-il enseignées ? Comment vivait-il cet engagement ? S'y épanouissait-il ? Monsieur le doyen Durand et certains participants à cette journée nous ont apporté sur ce point quelques éléments de réponse, mais c'est une perspective qui manque incontestablement à son portrait.

### Intégrité et courage

Ses choix de vie et ses combats intellectuels en attestent. D'abord, lorsqu'il quitte sa terre natale pour toujours, avec sa famille, mutilant un destin (j'emprunte au professeur Cabanis cette expression que je trouve très juste) qui l'appelait vraisemblablement aux plus hautes fonctions de l'État ; courage intellectuel aussi, lorsqu'il s'émeut – avec quelques autres – de l'écrasement des coutumes par le législateur africain et qu'il plaide pour une méthode transactionnelle d'élaboration de nouveaux droits.

### Métissage

Car il est enfant de deux continents, et qu'il a réussi la prouesse de ne trahir aucune de ses identités en étant chez lui, puis ailleurs, cet « autre » qui se nourrit de la différence pour en faire une richesse, sans jamais désespérer de l'Homme ; ce qui, finalement, lui permet de proposer des solutions hybrides et de

---

<sup>1</sup> P. OURLIAC, « Préface », *L'homme et la terre*, Paris, ORSTOM, 1966, p. 5.

plaider pour « cette heureuse symbiose » conduisant à l'élaboration d'un droit original « dans lequel l'Europe serait présente sans exiger l'absence de l'Afrique »<sup>2</sup>.

### **Vision et espoir**

Il a, très tôt, une vision *de* l'Afrique et *pour* l'Afrique. Vision d'une Afrique dont il connaît et comprend parfaitement les réalités présentes et passées. Une Afrique dont il raconte les histoires sans tomber dans le piège de schémas réducteurs qu'il condamne. Il réfute, par exemple, l'analogie qui a pu être faite entre les structures agraires d'Afrique Noire et le système féodal européen ; la réalité des droits fonciers coutumiers étant, selon lui, « irréductible aux catégories juridiques occidentales »<sup>3</sup>.

Vision pour l'Afrique et son développement qu'il enrichit au fil de son œuvre sans jamais renier ses convictions, mais en approfondissant sa réflexion, nourri par l'expérience et par une démarche scientifique pluridisciplinaire, qui se situe au confluent du droit, de l'histoire, de la sociologie, de la philosophie.

Réfléchissant à ce que les peuples d'Afrique peuvent attendre de leur liberté formellement retrouvée, il place tous ses espoirs dans l'homme africain qui renaît à l'histoire. Il croit en la valeur d'homme qui fait que « l'homme est la fin de toute chose » et qui exige de lui, dans le respect de cette finalité et d'une nouvelle vision du monde, qu'il redevienne « acteur de l'histoire par la maîtrise de son devenir »<sup>4</sup>.

### **Rayonnement**

Je l'ai brièvement évoqué dans mon introduction. Son œuvre est vivante. Aujourd'hui encore elle est lue, étudiée, commentée, citée, référencée. Un exemple : juin 2021, Florence Renucci – historienne du droit et directrice de recherche CNRS à l'Institut des mondes africains – publie un ouvrage intitulé *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*, qui revisite le thème de l'hybridation en questionnant le concept d'« afropluralisme » comme étant susceptible de faire coïncider identités, diversité et effectivité du droit. Guy Kouassigan y a évidemment sa place<sup>5</sup>.

Pas une thèse ancienne ou récente, pas un ouvrage ou un article sur les droits africains qui ne cite son oeuvre, toutes disciplines confondues (droit positif, histoire, anthropologie et sociologie du droit). Ses livres sont devenus des ouvrages de référence. Ils continuent de faire autorité et l'on peut, sans exagération, parler de rayonnement scientifique international. « Guy Kouassigan, une œuvre vivante ». Voilà un beau sujet pour tous ceux qui s'intéressent à la circulation des savoirs. Où est-il étudié ? Par qui ? Pour servir quel type de recherches et surtout pour étayer quelles démonstrations ou alimenter quelles réflexions sur l'Afrique ?

Il y aurait bien d'autres entrées à proposer pour ce *Dictionnaire Kouassigan*. Mais il est temps de conclure.

\*\*\*

---

<sup>2</sup> G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974, p. 86.

<sup>3</sup> *Afrique : Révolution ou diversité des possibles*, Paris, L'Harmattan, 1985, p. 84-87 ; *L'homme et la terre*, op. cit., p. 161-170.

<sup>4</sup> *Afrique : Révolution ou diversité des possibles*, op. cit., p. 9.

<sup>5</sup> F. RENUCCI, *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*, Paris, Dalloz, 2021, p. 77-78.

À l'heure de clore ce programme 2021 consacré à l'Afrique, je tiens à remercier tous les intervenants pour leur implication et la richesse de leurs contributions, réunies dans ce troisième numéro de la collection numérique *Dikè*. Pour sa disponibilité, son expertise et ses précieux conseils, je remercie tout particulièrement le professeur André Cabanis. Il a encouragé, soutenu et accompagné l'organisation du séminaire consacré à Guy-Adjété Kouassigan ; qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

En dépit des circonstances qui nous ont privés du plaisir de nous rencontrer physiquement lors du premier séminaire, nous avons vécu deux belles journées d'échanges, de débats, de dialogue des cultures et des disciplines. Il s'agissait, d'une certaine manière, de relever le défi de l'altérité et, ce faisant, d'ouvrir le champ des possibles en décloisonnant notre réflexion. D'autres l'ont fait avant nous et, pour illustrer les vertus du *regard éloigné*<sup>6</sup>, celui qui rapproche le lointain et éloigne le proche, j'aimerais conclure en évoquant une initiative singulière.

Nous sommes au Mali au début des années 2000. Un groupe de chercheurs décide de former des juristes africains à une approche anthropologique du droit, puis de les envoyer sur le terrain au contact des réalités locales. Cette expérience, relatée dans un ouvrage qui compile les résultats de leurs enquêtes<sup>7</sup>, a profondément renouvelé leur vision de juristes élevés dans la tradition positiviste et étatiste du droit. Ils en sont tous revenus changés, certains évoquant une véritable « reconversion intellectuelle »<sup>8</sup>, d'autres plaidant pour « la construction d'une doctrine nationale à partir des éléments composites mis à jour »<sup>9</sup>, au service d'un droit compris, accepté et appliqué par ses destinataires. Dès 1967, Pierre-François Gonidec n'écrivait-il pas : « Il est probable que, pendant un certain temps encore, il y aura un décalage important entre le droit théorique ou idéal voulu par le législateur et le droit réellement appliqué. D'où la nécessité pour les juristes africains d'être également des sociologues capables de rapprocher le droit légiféré et le droit vécu. »<sup>10</sup>

Ce genre d'initiative, en brisant les frontières disciplinaires et en confrontant les approches scientifiques, réinvente notre manière de penser le droit.

L'approche pluridisciplinaire de la problématique africaine nous semble en effet prometteuse dans la mesure où les modalités d'une hybridation ou d'un métissage du droit ne peuvent plus être pensées de manière théorique. Entre coutumes et droit écrit, le dialogue est possible : « L'idée de partir des coutumes plutôt que du droit étatique pour recréer un contrat social est une perspective intéressante à explorer [...] Il ne s'agit pas de faire prédominer absolument et sans réflexion les coutumes, mais de partir des usages sociaux et de penser aussi leurs articulations avec les autres sources du droit. »<sup>11</sup> Le « terrain », celui du droit des pratiques, du droit « vécu », est une donnée tangible et saisissable ; un champ que les faiseurs de lois doivent investir, avec l'aide et le regard des anthropologues. L'effectivité de la norme édictée est à ce prix.

Aujourd'hui, nous ne pouvons plus négliger les processus spontanés de création du droit, les normes issues de différents modes de régulation informels. C'est vrai pour l'Afrique mais pas seulement. En Europe, le droit spontané concerne de nombreux champs du droit : droit international privé, droit commercial, droit des affaires, droit bancaire et financier, autorégulation de certains groupes professionnels... Pourtant, l'idée d'un droit spontané, infra ou supra étatique, est encore perçue comme une hérésie par de nombreux juristes, en ce qu'elle fissure le monopole de l'État à produire du droit. Il s'agit en effet d'un processus de juridicisation qui fragilise le modèle moniste et peut alimenter les

---

<sup>6</sup> Nous reprenons ici le titre du célèbre essai de Claude Lévi-Strauss. Ce regard éloigné, qui procède d'un double décentrement de l'observateur, consiste à « regarder très loin vers des cultures différentes » et en même temps « regarder sa propre culture de loin », afin que l'Autre devienne une clef de compréhension de soi. (C. LEVI-STRAUSS, *L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Paris, Éd. du Seuil, 2011, p. 40)

<sup>7</sup> *Le droit en Afrique. Expériences locales au Mali et droit étatique*, dir. G. HESSELING, M. DJIRE, B. OOMEN, Paris, Karthala, 2005.

<sup>8</sup> M. DJIRE, « Un peuple, un but, une foi... mais plusieurs droits ? Dynamiques locales et sécurisation foncière dans un contexte de décentralisation à Sanankoroba », *ibid.*, p. 32.

<sup>9</sup> A. KEITA, « Au détour des pratiques foncières à Bancoumana », *ibid.*, p. 115.

<sup>10</sup> P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1<sup>ère</sup> édition, 1967, p. 285.

<sup>11</sup> F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 106.

théories du pluralisme juridique. Les historiens, sociologues, anthropologues du droit et même certains juristes s'accordent pourtant à reconnaître la permanence, l'universalité, l'omniprésence et la positivité de cette norme. Pascale Deumier<sup>12</sup> a eu le mérite de se saisir de ce droit vivant multiforme et de l'ériger en véritable notion, servie par une construction théorique. Ce faisant, elle ébranle la posture ethnocentrée, déconstruit les postulats évolutionnistes de ceux qui considèrent cette normativité que la société – ou certains de ses groupes – spontanément se donnent, comme relevant du non-droit ou d'une forme archaïque, primitive, de juridicité. Depuis la publication de cet ouvrage pionnier, quelques thèses récentes sont venues alimenter la réflexion<sup>13</sup>. Signalons enfin qu'il existe depuis 2015 un *Institut des usages*. Créé par quelques membres de la Faculté de droit de Montpellier, sous l'égide du professeur Pierre Mousseron qui en est le président, il réunit des universitaires (juristes, historiens, anthropologues) et des praticiens attachés à la promotion et à la valorisation de ces normes informelles. L'activité scientifique de l'Institut témoigne de la vitalité du droit des usages : veille juridique, commentaires de décisions jurisprudentielles, chroniques<sup>14</sup>, organisation de colloques, publication de thèses et ouvrages sur le sujet<sup>15</sup>, délivrance d'avis à l'attention des professionnels, constitution d'une base de données numérique (Bibliothèque des usages) mise à la disposition des justiciables et des professionnels du droit. La question de la réception de ces règles par l'ordre juridique étatique et de leur articulation avec le droit édicté (ou délibéré) et la normativité prétorienne se pose donc aussi dans les systèmes monistes.

Si l'unité juridique et la garantie de l'intérêt général relèvent incontestablement du droit édicté, le droit spontané est plus adapté à la régulation des groupes, en tant qu'unités sociales culturellement ou professionnellement différenciées. Il apporte une réponse adaptée aux besoins spécifiques de leurs membres (besoins d'ordre technique ou culturel) que la loi ne saurait satisfaire. Pascale Deumier a fort bien montré que l'articulation de ces normes peut contribuer au perfectionnement de la règle de droit dès lors que leur dualité est pensée comme une conjonction ; le droit édicté garantissant la validité de la règle et le droit spontané en assurant l'effectivité. À l'inverse, s'il y a conflit de normes – quand, par exemple, l'usage contredit la loi – la règle est déchirée entre les deux versants de sa positivité, validité et efficacité. L'intégration du droit spontané à un ordre juridique étatique est donc non seulement possible, mais souhaitable, sous réserve de la compatibilité et même de la complémentarité des deux types de normes. La règle de droit comme produit de cette confluence aurait tout à y gagner. Plus adaptée aux besoins des groupes concernés, elle serait mieux appliquée par ses destinataires et permettrait, dans des sociétés devenues plurielles et souvent désunies, de réaliser l'unité dans la diversité.

C'est aussi la raison pour laquelle il me semble essentiel de sensibiliser nos jeunes chercheurs à la valeur heuristique de la pluridisciplinarité en général et de la socio-anthropologie en particulier. Cette « pédagogie du détour », qui favorise le recul, décentre puis croise les regards, ouvre en effet de nouvelles perspectives et offre des pistes de réflexion prometteuses dans le champ de la théorie du droit et, plus largement, de la science juridique.

---

<sup>12</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Économica, 2002.

<sup>13</sup> A. BONNIGAL, *Compliance et soft law en matière bancaire et financière*, Thèse droit privé, Nantes, 2021 ; G. BAILLY, *Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement*, Thèse droit, Lyon, 2018 ; C. GRANIER, *Les sources du droit financier*, Thèse droit privé, Lyon, 2018 ; Y. HEYRAUD, *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*, Thèse droit, Paris 1, 2017 ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Thèse droit privé, Saint-Etienne, 2016 ; E. PEROCHON, *Temps et usages*, Thèse droit privé, Montpellier (en préparation) ; C. ROUSSET, *Les sources professionnelles du droit bancaire et financier*, Thèse droit privé, Université Clermont Auvergne, 2016 ; C. SANCHEZ SAËZ, *Usages et arbitrage*, Thèse droit privé, Montpellier, 2017 ; R. TAOUFIKI, *Les usages devant l'arbitre du commerce international en droit comparé*, Thèse droit privé, Perpignan, 2004.

<sup>14</sup> « Usages », *La Semaine juridique. Entreprise et affaires*, 6 mai 2021, p. 38 et s.

<sup>15</sup> *Valoriser les usages*, t. 1 : Approches..., Institut des usages, 2020 ; A. LAIDANI, *Le droit coutumier kabyle pendant la colonisation française*, Institut des usages, 2020 ; P. MOUSSERON, *Droit des usages*, Institut des usages, LexisNexis, 2021 ; *Valoriser les usages*, t. 2 : *Valoriser les usages de l'agroalimentaire*, dir. K. Magnier-Merran, Actes du colloque organisé par l'IDU le 30 septembre 2021, Institut des usages, LexisNexis, mai 2022.

---

## TABLE DES AUTEURS

Sophie ANDREETTA, Chargée de recherche FRS-FNRS, Université de Liège.

Boubou BA, Doctorant, Université Paris-Nanterre, Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD).

Madame Irène KOUASSIGAN.

André CABANIS, Professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole.

Bernard DURAND, Professeur émérite, Université Montpellier I, Doyen honoraire de la Faculté de droit.

Caroline GAU-CABEE, Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole CTHDIP.

Pierre Étienne KENFACK, Agrégé de droit privé, Professeur à l'Université Yaoundé 2, Chef du département de théorie du droit.

126

Camille KUYU, Chargé de cours à l'Université Paris Saclay, Directeur de recherches au CERDDU.

Séraphin NENE BI, Professeur d'histoire du droit, Université Alassane Ouattara, Directeur du Centre africain d'Histoire du droit, des institutions et des idées politiques (CAHDIIP).

Moussa THIOYE, Professeur de droit privé, Université Toulouse 1 Capitole, IEJUC, Vice-Doyen de la faculté d'Administration et Communication, Directeur du Master Droit de l'immobilier, Responsable pédagogique de la Licence AES-Vanuatu.

---

## TABLE DES MATIERES

Sommaire .....	4
Présentation .....	5
Avant-propos .....	6
Première partie, Regards croisés sur le droit privé africain. Coutumes et droit écrit : le dialogue impossible ? .....	9
Caroline GAU-CABÉE, La tentation moniste et la réception du modèle juridique occidental en Afrique subsaharienne francophone après 1960 .....	14
Séraphin NENE BI, Structures et mécanismes de l'organisation de la justice dans les sociétés traditionnelles de Côte d'Ivoire. Aspects anthropo-historiques .....	27
Camille KUYU, Le quotidien du droit en Afrique Subsaharienne : de la défiance à l'égard du droit moderne au métissage juridique .....	41
Sophie ANDREETTA, Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles .....	48
Moussa THIOYE, Le droit coutumier africain, un droit à part entière et un droit largement à part .....	65
Pierre Etienne KENFACK, Les droits traditionnels dans l'ordre juridique camerounais aujourd'hui .	72
Boubou BA, La justice précoloniale en Mauritanie : entre coutume et charia islamique .....	86
Deuxième partie - Guy-Adjété Kouassigan (1934-1981) Une œuvre pionnière, un destin d'exception. Ou comment servir l'Homme, l'Afrique, le Droit.....	99
Irène KOUASSIGAN, Guy Adjété Kouassigan : l'Homme et le droit.....	100
Caroline GAU-CABÉE, Guy-Adjété Kouassigan : regards croisés sur trois <i>opus</i> .....	101
André CABANIS, Kouassigan, un destin exemplaire.....	108
Bernard DURAND, Être un « autre » en Afrique ? « Vivre entre deux Mondes », les indépendances venues.....	117
Propos conclusifs.....	122
Table des auteurs .....	126
Table des matières .....	127