

**Conférence internationale des Facultés de droit ayant en
commun l'usage du français**

**EXISTE-T-IL UNE CULTURE
JURIDIQUE FRANCOPHONE ?**

sous la direction de Henry Roussillon

Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse

Copyright et diffusion : 2007

Presses de l'Université
des sciences sociales de Toulouse
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex

ISBN : 978-2-915699-46-3

Maquette de couverture : Fabienne Gobbi

TABLE DES MATIERES

OUVERTURE DU COLLOQUE	
par Michèle Gendreau-Massaloux.....	13
et par Monique Veaute.....	19
ACCUEIL	
par Henry Roussillon.....	23
PROPOS INTRODUCTIFS	
par Jean du Bois de Gaudusson.....	27
PREMIERE PARTIE :	
LANGUES ET LANGAGE DU DROIT.....	37
PROPOS INTRODUCTIFS	
par Anne-Marie Le Pourhiet.....	39
JURICAF: La jurisprudence des Cours suprêmes francophones dans une base de données en français	
par Pierre Guerder.....	41
REGARD DE L'HISTORIEN	
par Jacques Poumarède.....	49

Table des matières

REGARD DU PHILOSOPHE : Langue, Langage du droit et Culture (Un phénomène d'interaction) par Hassan Abdelhamid.....	59
DEUXIEME PARTIE : CONSTRUCTION NORMATIVE DANS L'ESPACE FRANCOPHONE.....	79
PROPOS INTRODUCTIFS : Tendances générales et actuelles par Camille Kuyu.....	81
REGARD D'AFRIQUE : La société civile et le pouvoir constituant : le cas du Bénin du renouveau démocratique par Théodore Holo.....	95
REGARD D'AFRIQUE : A partir des anciennes possessions belges par Stanislas Makoroka.....	107
REGARD DU MAGHREB par Yadh Ben Achour.....	137
REGARD D'ASIE : Le devenir de la culture juridique romaniste dans les pays d'extrême-orient par Nguyen Ngoc Dien.....	149
REGARD D'OCCIDENT : La construction normative sous la pression des groupes religieux au Canada par Pierre Lemieux.....	167

Table des matières

TROISIEME PARTIE	
REGLEMENT DES CONFLITS	
DANS L'ESPACE FRANCOPHONE.....	183
LE ROLE DU MAGISTRAT DANS LE PROCESSUS DE COLONISATION : LE CAS DU SENEGAL A LA LUMIERE DE L'IMPORTATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS (1830-1972)	
par Mamadou Badji.....	185
REGARD DE L'HISTORIEN	
par André Cabanis.....	245
REGARD DU SOCIOLOGUE DU DROIT : Une culture francophone au Brésil ? Sociologie comparée des règlements alternatifs des conflits	
par Wanda Capeller.....	255
REGARD D'ASIE : Evolution du système juridique thaïlandais : un croisement des cultures juridiques francophone et anglo-saxonne	
par Vishnu Varunyou.....	269
REGARD D'AFRIQUE	
par Djedjro F. Meledje.....	275
RAPPORT DE SYNTHÈSE	
par Francis Delpérée.....	291
PERSPECTIVES D'AVENIR : Cultures juridiques et gouvernance	
par Ghislain Otis, Abdoullah Cissé et Paul de Deckker...	303

OUVERTURE DU COLLOQUE

**par Michèle Gendreau-Massaloux,
recteur de l'Agence universitaire de la Francophonie**

Mes premiers mots s'adressent au président de l'Université de Toulouse, qui accueille la conférence internationale des Facultés de droit ayant en commun l'usage du français. Son Université prouve aujourd'hui que le dualisme auquel on réduit trop souvent la pensée de Descartes trouve ici son démenti : dans votre rencontre, l'esprit et le corps ne font qu'un. La consistance de vos échanges passe par les relations humaines, la chaleur des banquets, autant que par les concepts, les notions juridiques, le partage des savoirs. De plus, à Toulouse, il y a du rose dans l'air, comme sur les murs qui nous entourent ; un parfum ancien monte des bâtisses qui rappellent les architectes qui s'y sont succédés. Quelque chose de l'humanité de cette ville imprègne les travaux universitaires.

Monique Veaute, commissaire du festival « Francoffonies », est le second destinataire de mes propos. Responsable d'une grande manifestation culturelle qui attire un public nombreux — comme par exemple au Châtelet, quand le fils de Hubert Reeves produit une musique où circulent des bruits de nuages— elle a voulu illustrer la diversité francophone non seulement par l'art mais également par la science : les colloques universitaires du festival « Francoffonies » donnent à plusieurs réseaux de l'Agence universitaire de la

Michèle Grendreau-Massaloux

Francophonie, dont la CIFDUF, l'occasion de dépasser le public des spécialistes, de s'exposer, de restaurer le lien qui unit l'Université à la société civile.

Ce lien, la participation à vos travaux d'un représentant de la Cour de cassation en témoigne. Les débats qui vont se tenir ne conduiront pas seulement à des échanges intellectuels. Ils pourront avoir des retombées concrètes, et même, en tout cas je l'espère, des effets politiques.

Il est vrai que le sujet retenu par votre Conférence des doyens et des responsables d'institutions juridiques, sous un intitulé d'apparence très simple, aborde un sujet délicat, important pour l'avenir des nations : « existe-t-il une culture juridique francophone ? » J'interrogerai successivement la notion de « culture juridique », puis l'adjectif « francophone » qui lui est accolé, et enfin le déterminant « une ».

Vous êtes de ceux qui, au-delà de la description des droits positifs des États, dont vous avez su reconnaître la diversité, ont établi la co-dépendance entre les ordres juridiques étatiques et les ordres sociaux. Le droit positif des États fait émerger de nouveaux domaines auxquels vous vous êtes également consacrés, parce qu'ils façonnent le monde à venir. Le droit de la concurrence, le droit monétaire, le droit de la propriété intellectuelle s'insèrent dans l'évolution du droit positif des États, nécessairement technicienne, et dont vous avez fait votre domaine de compétence. Le premier diplôme en ligne de l'Agence universitaire de la Francophonie conçu dans un pays du Sud porte sur le droit de l'Internet. Le doyen Abdoullah Cissé, de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis du Sénégal, en est le concepteur. Mais votre sujet ne concerne pas que l'ordre juridique étatique. Il implique également les règles de conduite sociale, qui ne sont pas toutes de nature juridique. Aussi avez-vous souhaité vous rapprocher des ethnologues, des anthropologues, des historiens, des philosophes, et cette rencontre va vous amener à dialoguer avec eux.

Je remarque d'ailleurs, monsieur le président, que l'Université qui nous accueille, par son nom d'« Université des sciences sociales » insère sa composante juridique dans l'ensemble des sciences sociales.

Ouverture du colloque

Le concept de culture juridique innove en ce qu'il rattache les évolutions du droit à l'ensemble des pratiques et des déterminants sociaux, religieux, historiques et linguistiques. Il nous faut, en Francophonie, relayer cette notion. C'est pourquoi le réseau de chercheurs « Droits fondamentaux » a lancé un appel à collaboration pour une action de recherche sur le thème des rapports entre les cultures juridiques et les droits de l'homme. Une nouvelle revue financée par notre institution, la revue inter-réseaux *Aspects*, consacrera sa première livraison au thème des cultures juridiques et vous aurez à cœur de proposer des travaux inspirés par les problèmes concrets de vos pays autant que par les questions théoriques que vous formulez.

En deuxième lieu, l'adjectif « francophone » pose la question de la langue française comme vecteur d'approche juridique propre.

La Francophonie institutionnelle regroupe soixante-trois États et gouvernements membres, et dix observateurs. Les chefs d'État et de gouvernements, qui se retrouvent à Bucarest pour un Sommet francophone, définissent cette dimension de la Francophonie qui, par le relais du pluralisme linguistique, exprime le respect des identités culturelles. Elle se situe de ce fait dans la ligne de la convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, que le secrétaire général de la Francophonie, Abdou Diouf, a vigoureusement soutenue. L'ordre juridique est une œuvre de langage, et les langages du droit sont pluriels. Ils peuvent d'ailleurs se traduire : l'Agence universitaire de la Francophonie distribue largement des cours de *Common Law* en langue française, en même temps que de droit de source francophone. Par ailleurs les structures de l'ordre juridique étatique, liées à des ordres juridiques infra-étatiques, se formulent en des langues de rayonnement variable : en Guinée Bissau en portugais, au Cambodge en khmer, en République centrafricaine en sango. Chacune de ces langues porte une représentation du monde différente, comme l'illustre, en dehors du droit, l'écrivain grec Vassilis Alexakis.

Vassilis Alexakis a quitté la Grèce pour des raisons politiques. Il a appris le français et il est devenu écrivain. Mais lorsque l'a atteint le

deuil de son père, ni le grec ni le français n'ont pu lui permettre d'apaiser sa douleur. Il a cherché une autre langue, s'est tourné vers l'Afrique et comme il le relate dans son roman *Les mots étrangers*, cette aventure l'a conduit jusqu'à la République centrafricaine et à l'apprentissage du sango, dans lequel il est aujourd'hui capable, même, de créer des mots. Une anecdote plus juridique illustre bien la relation des langues aux choses. Au Vanuatu, pays partagé entre le droit de source francophone et la *Common Law*, j'ai travaillé avec le *general attorney*, qui m'a décrit le fonctionnement de son métier, dont aucune traduction française habituelle ne me semblait rendre compte, jusqu'à ce que mon souvenir évoque le rôle que tient en France le secrétaire général du gouvernement : j'avais trouvé l'équivalent qui permet la traduction. C'est par le contexte culturel, la relation au système social, juridique, économique, que les notions d'une langue peuvent se réincarner dans une autre. Le *Vocabulaire européen des philosophies*¹, de Barbara Cassin, est d'ailleurs très légitimement sous-titré « Dictionnaire des intraduisibles ». Votre recherche, dont vous rendrez compte dans un des volets de cette rencontre, porte précisément sur le rôle des langues dans les ordres juridiques nationaux, et votre réseau, sur ce thème, représente un fleuron de la communauté francophone internationale.

Troisième question : pourquoi parler d'« une » culture francophone ? Dans un pays donné, l'État n'est pas la seule forme d'organisation sociale. Il existe des ordres juridiques infra-étatiques, des solidarités partielles ou locales, ainsi que des ordres juridiques supra-étatiques, que reflètent les conventions internationales, bilatérales ou multilatérales. D'autres composantes de l'ordre juridique tiennent, en de nombreux lieux, à la puissance du droit coutumier. Le cas d'Haïti, sur lequel plusieurs d'entre les participants à ce colloque ont écrit un ouvrage éclairant², illustre la relation entre

¹ *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, sous la direction de Barbara CASSIN, Le Seuil-Le Robert, Paris, 2004, 1532 p.

² *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien. Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé*, sous la direction de Gilles

Ouverture du colloque

droits coutumiers et droit francophone dans la régulation des conflits. Dans des pays où les religions sont nombreuses, les relations entre les droits de chaque communauté montrent que le « un » — du titre de votre colloque — est de fait un pluriel. La pluralité des cultures juridiques implique une communication entre les droits, c'est-à-dire une possibilité d'échanges, de conciliation, de négociation. Vos travaux font apparaître que dans de nombreux États, la justice étatique s'allie à une justice alternative. Justice étatique et justice alternative ne sont pas deux formes contradictoires ; elles ne s'opposent pas. L'État ne se décharge pas volontairement de certains litiges, mais soulage son appareil judiciaire. Votre programme de rencontres, tel que je le perçois, montre que vous allez aborder ces sujets avec le souci de prendre en charge la réalité complexe des sociétés contemporaines, les problèmes qu'elles affrontent et les solutions auxquelles conduisent les cultures juridiques francophones. Votre thématique se situe au plus haut niveau de ce qu'on peut attendre de ce rapport de la recherche au politique dans la prise en charge maîtrisée de la diversité mondiale, vers une régulation acceptée et même voulue.

Maintenir ce flambeau de la pensée universitaire dans son exigence implique une suite, et je suis sûre que cette suite intéressera les États et les gouvernements. Ainsi pourra-t-on vérifier que la société universitaire, comme elle le montre à travers les manifestations du festival « Francoffonies », trace la voie d'un progrès pour les sociétés tout entières.

Je vous en remercie.

PAISANT, Actes du colloque des 29 et 30 novembre 2001, préface de Michèle GENDREAU-MASSALOUX, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2003, 222 p.

OUVERTURE DU COLLOQUE

par **Monique Veaute,**
commissaire générale de *Francoffonies* !

Madame le Recteur,
Messieurs les Présidents,
Monsieur le Doyen,
Mesdames et Messieurs,

Je vous remercie de ce colloque.

Initié par le président de la République, *francoffonies* ! le festival francophone en France est un moment exceptionnel d'accueil et de débats autour d'une Francophonie que nous voulons vivante, dynamique, une francophonie en mouvement, porteuse d'une certaine idée de l'homme et de la culture, d'une certaine vision du monde et de l'avenir.

« La francophonie est un concept moderne », a déclaré le président Diouf, en ouvrant en mars dernier le festival francophone, invité d'honneur du Salon du livre de Paris. Il soulignait aussi le rôle de « la francophonie ouverte comme réponse positive et créative aux questions posées par la mondialisation ». L'humanisme s'inscrit en effet au cœur du projet et des priorités de la francophonie.

A l'heure où s'affirment ici et là des tensions, des crispations, des menaces de repli identitaire, nous avons plus que jamais besoin d'un dialogue équilibré entre les cultures. La francophonie peut être ce

Monique Vaute

laboratoire d'une modernité respectueuse de l'autre ; elle peut servir, dans une logique non pas défensive mais de proposition, un véritable dialogue entre les cultures.

Dans ce sens, la convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée par l'UNESCO le 20 octobre dernier, est une belle victoire à laquelle la Francophonie a très largement contribué. Mais cette victoire vaut aussi parce qu'elle appelle une exigence : celle de soutenir l'avènement d'un véritable espace public francophone, un espace attentif au respect de toutes ses composantes et capable d'organiser, en son sein, sa propre diversité culturelle.

Elle se fonde tout d'abord sur une géopolitique originale, qui rassemble 63 Etats et près de 170 millions d'hommes et de femmes sur les cinq continents. Irrigué par plus de 2 000 artistes, chercheurs ou écrivains invités et venus de 63 pays et états-membres ou associés de l'Organisation internationale de la Francophonie, il continue dans les 22 régions métropolitaines et les 130 villes impliquées, sans oublier les outre-mers, avec plus de 450 manifestations à couvrir le champ de l'ensemble des créations du domaine francophone : littérature, cinéma, musique, danse, théâtre, arts visuels et mode. Sans oublier une vingtaine de colloques organisés avec les Universités françaises et l'Agence universitaire de la Francophonie.

En point d'orgue, la clôture du festival le 9 octobre sera l'occasion d'une grande soirée à la Bibliothèque nationale de France, où artistes, intellectuels et invités célébreront les cultures francophones, en hommage à Léopold Sédar Senghor, le président-poète dont on fête le centième anniversaire de sa naissance. Les manifestations se déroulent avec succès, grâce aux efforts conjoints des ministères des Affaires étrangères, de la Culture et de la Communication, de l'Education nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et de l'Outre-mer. Sans oublier le Sénat et de nombreux médias partenaires ainsi que plusieurs grandes entreprises ou agences mécènes qui se sont mobilisés autour des valeurs de modernité et de solidarité défendues par la Francophonie.

Ouverture du colloque

C'est cette Francophonie ambitieuse, une Francophonie de dialogue qu'il importe aujourd'hui de promouvoir : une Francophonie qui tienne compte des mutations historiques et des grandes évolutions économiques, géopolitiques, technologiques du XXI^e siècle ; une Francophonie capable de tout mettre en œuvre pour affirmer sa présence, ses valeurs, l'utilité de sa contribution au dialogue des cultures ; une francophonie, enfin, qui jouerait pleinement son rôle au service de la communauté internationale et d'une mondialisation plus humaine et plus solidaire. Le colloque qui s'ouvre aujourd'hui à Toulouse est d'une très grande importance, et comme le dit le président Diouf, les attentes en matière de recherche juridique sont nombreuses et importantes. Les relations entre la langue et le droit sont fondamentales et réciproques.

Depuis quelques années, on voit se développer l'idée selon laquelle les pays dotés d'un système juridique inspiré du droit civil français seraient moins bien armés, pour développer leurs transactions économiques, que ceux qu'inspire la *Common Law* d'inspiration anglo-américaine. Cette critique se fonde notamment sur des études effectuées par certains économistes américains qui disposent d'appuis importants auprès de la Banque mondiale et des organismes de recherche américains. Leur contenu a été repris dans un rapport de la Banque mondiale intitulé « Doing business » qui développe l'idée de la supériorité des pays de la *Common Law* sur ceux de tradition romano-germanique. La thèse avancée dans ce rapport déborde d'ailleurs les cadres juridiques et économiques pour déboucher sur la critique politique. C'est tout le système de gouvernance qui se trouve concerné. Dans ce rapport, les Etats qui interviennent peu dans la vie économique et dans la redistribution des richesses, ceux qui laissent jouer le libre jeu des forces du" marché, sont présentés comme obtenant des résultats supérieurs à ceux qui ont choisi de réglementer et de réguler davantage la vie économique et sociale.

Ce qui nous heurte, nous francophones, c'est l'idée qu'il existerait un système juridique définitivement et universellement meilleur, qui aurait vocation à se substituer, à plus ou moins brève échéance, à tous

Monique Vaute

les autres. Cette idée est dangereuse. Car chaque système de droit traduit une histoire, une culture, un mode de pensée. Ce à quoi nous sommes opposés, c'est à un système juridique unique, uniforme, qui risquerait en réalité de traduire la loi du plus fort sur les plus faibles et d'accroître les inégalités. Nous sommes attachés à l'existence de plusieurs grands systèmes juridiques, qui puissent dialoguer, se féconder, s'améliorer mutuellement, et entre lesquels existent des passerelles. Nous sommes attachés à la diversité des systèmes de droit au même titre que nous défendons la diversité linguistique et la diversité culturelle.

Je souhaite que cette conférence internationale permette de faire avancer toutes ces recherches.

Merci.

ACCUEIL

**par Henry Roussillon,
président de l'Université Toulouse I sciences sociales
président de la Conférence internationale des Facultés de droit
ayant en commun l'usage du français (CIFDUF)**

Lorsqu'en septembre 2005 les doyens et représentants des Facultés membres de la CIFDUF m'ont fait l'honneur de me proposer la présidence de cet organisme, ils savaient à qui ils s'exposaient. Me connaissant, ils ne pouvaient douter que je souhaiterai donner un élan nouveau à cette institution dont on connaît l'ancienneté et le rôle notable qu'elle peut jouer comme défenseur de la place du français dans l'enseignement et la pratique du droit. C'est dans cet esprit que j'ai accepté cette présidence. J'entends permettre à la CIFDUF d'occuper toute sa place, par l'organisation d'un ambitieux programme d'actions et de manifestations dont celle qui réunit ici près d'une cinquantaine de participants de haut niveau sur le thème de la « culture juridique francophone », constitue l'un des éléments les plus remarquables.

L'enjeu était de taille : il s'agissait de regrouper à Toulouse, dans l'une des plus anciennes Universités d'Europe et -j'ai la faiblesse de le croire- l'une des plus dynamiques, notamment dans le domaine de la coopération internationale francophone, des personnalités scientifiquement incontestables sur la question délicate et controversée entre toutes de l'existence d'un droit francophone.

Henry Roussillon

L'intitulé exact du colloque et du livre qui en découle se veut prudent et indiscutable du point de vue académique, refusant toute référence à quelque forme de mimétisme que ce soit, intégrant l'idée de « culture » qui exclut les modèles imposés et évoque simplement des méthodes et des valeurs communes, se terminant par un point d'interrogation précautionneux qui laisse le début ouvert.

Dans cette perspective, la présence de Madame Michèle Gendreau-Massaloux à ce colloque m'apparaît à la fois comme une caution et comme une promesse. Une caution dans la mesure où, recteur de l'Agence universitaire de la Francophonie, elle est mieux à même que quiconque d'évoquer, dans la perspective pluridisciplinaire qu'elle encourage et qu'elle pratique, la place du français dans les divers secteurs de la connaissance, de l'enseignement et de la recherche scientifiques. Une promesse puisque les hautes responsabilités qui sont les siennes nous laissent bien augurer de la continuité que nous pouvons attendre dans l'appui et les aides dont de telles initiatives ont besoin. Au surplus, la présence à ses côtés de Madame Monique Veaute, commissaire générale des *Francophonies* !, témoigne de l'importance qu'elle attache à cette dimension culturelle qui est une garantie de durée et de rayonnement. De même l'intervention du doyen de la Cour de cassation démontre-t-elle ce que l'évolution des techniques, en l'occurrence informatiques, peut permettre et favoriser.

Ce colloque ne s'est pas voulu placé sous le signe d'un triomphalisme hors de saison et les propos introductifs du président Jean du Bois de Gaudusson et du professeur Anne-Marie Le Pourhiet l'ont bien démontré. Il ne s'agit pas de se faire les missionnaires d'une quelconque croisade juridique dont on sait qu'elle suscite plus de réactions de rejet que d'adhésions sincères et durables. Chacun des participants évalue avec le réalisme que donne l'expérience, la place qu'occupe le français dans le monde et la concurrence souvent victorieuse que lui fait l'anglais. On retrouve les mêmes rivalités dans les rapports entre droits français et anglo-saxon, ce dernier soutenu mais affaibli aussi par le poids du système des Etats-Unis d'Amérique. Notre propos n'est évidemment pas de souhaiter substituer une domination à une autre mais au contraire, et comme dans le domaine

Accueil

linguistique, de favoriser une approche plurale, préservant les spécificités et l'authenticité de chacun.

Le brillant rapport de synthèse du sénateur Delpérée me protège dans ce texte qui doit figurer en tête des actes du colloque, de la tentation d'évoquer chaque intervention. Je me bornerai à souligner tout l'intérêt que j'ai trouvé à écouter chacun et à participer à ces débats auxquels je suis très attaché au point de les considérer comme les moments forts de tout colloque. Du moins puis-je affirmer que je n'ai pas été déçu par l'animation et, parfois, la véhémence des échanges qui ont eu lieu. Peut-être les ais-je encouragés par des propos dont le caractère provocant se voulait appel au dialogue et non fermeture de la discussion. Je n'ai jamais conçu le monde universitaire comme le lieu d'une vérité unique et conformiste. Assurément ce ne fut pas le cas au cours de ces journées.

Sans souhaiter entrer dans une présentation exhaustive des approches adoptées et des personnalités présentes, du moins puis-je me réjouir de la pluralité des *regards* portés –ceux des historiens, des philosophes, des sociologues, des juristes bien sûr- et de la diversité des nations représentées à travers les origines variées des doyens présents –Belgique, Bénin, Burundi, Canada, Côte d'Ivoire, Egypte, Sénégal, Thaïlande, Vietnam pour s'en tenir aux pays évoqués par les auteurs de communications et sans essayer d'énumérer tous les participants- : tout au plus accorderais-je une mention spéciale à ces Universités tunisiennes auxquelles m'attachent des liens particuliers et personnels.

Une réussite comme celle de ce colloque ne peut être obtenue sans d'excellents parrainages et une organisation impeccable. C'est ici l'opportunité pour moi d'évoquer la présence du doyen Beignier qui a ouvert ce colloque avec moi et dont je sais que je le trouverai toujours à mes côtés chaque fois qu'il s'agira de défendre les disciplines juridiques, notamment dans leur dimension francophone. C'est surtout l'occasion d'adresser mes chaleureuses félicitations au professeur Jean-Pierre Théron, vice-président de notre Université pour les relations internationales et qui exerce avec le dévouement qu'on lui connaît l'indispensable fonction de secrétaire général de la

Henry Roussillon

CIFDUF. J'étends bien sûr mes remerciements à toute son équipe, à ce service des relations internationales qu'il dirige et qu'il dynamise, particulièrement à Mmes Claudine Chambert et Fabienne Gobbi. J'exprime aussi toute ma gratitude à notre collègue Wanda Mastor pour sa participation à l'organisation de ce colloque et pour tout ce qu'elle fait pour la francophonie, notamment dans le cadre de ce master que nous codirigeons. Je sais que, pour tous, la réussite d'une action comme celle-ci, constitue la plus évidente source de satisfaction et le meilleur des encouragements. J'y joins la reconnaissance d'une institution universitaire qui sait au plus haut point l'importance de telles initiatives.

PROPOS INTRODUCTIFS

**par Jean du Bois de Gaudusson,
professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV,
président honoraire de l'Agence universitaire de la Francophonie**

C'est probablement aux activités et responsabilités qui sont les nôtres dans la Francophonie depuis de nombreuses années que nous devons le privilège de prononcer ces « propos introductifs ». Nous en avons tiré la conséquence d'orienter le sens de ce rapport à partir de cette longue et passionnante expérience et des interrogations qui l'ont accompagnée et qui n'ont pas disparu. C'est d'ailleurs sur le point d'interrogation du titre de ce colloque que nous focaliserons la réflexion ; il est capital : il traduit bien la complexité d'un thème sur lequel l'unanimité ne se fait pas, qui est l'objet de bien des lieux communs et d'assertions définitives non démontrées, autour duquel sont entretenues nombre d'ambiguïtés. Celles-ci tiennent à la fois aux termes de la question pris individuellement, « culture juridique » d'une part, « francophone » d'autre part, et à leur rencontre, « culture juridique francophone ».

I – On sait combien la notion de culture juridique est délicate à appréhender et fait l'objet de nombreux glissements sémantiques dont témoigne l'usage indifférencié, et souvent abusif, des expressions « culture juridique », « système juridique », « tradition juridique », « famille juridique ». Ainsi, le dernier ouvrage de l'Association Henri

Capitant consacré aux « Droits de tradition civiliste en question ; à propos des Rapports *Doing business* de la Banque mondiale » attire l'attention du lecteur sur ces « deux grandes familles juridiques que constituent d'une part la culture juridique romano-germanique ou latine, dite encore de tradition civiliste et d'autre part la culture juridique dite de *Common Law*... ». On mesure l'étendue de la difficulté aux quatre cents articles rédigés par les quelques deux cents auteurs du remarquable *Dictionnaire de la culture juridique* dirigé par les professeurs Stéphane Rials et Denis Alland.

A - Malgré tout, et suivant en cela les organisateurs du colloque, plusieurs éléments constitutifs d'une culture juridique propre peuvent être identifiés : la doctrine propose d'y voir un ensemble de présupposés qui orientent le raisonnement, les valeurs et les perceptions d'un groupe social avec des symboles et des non-dits sous-jacents de la vie juridique (le code civil, *l'habeas corpus*). « Saisir une culture, écrit Antoine Garapon, revient à s'efforcer de formuler ce qui est si évident pour ses membres que cela va sans dire »...

L'expression incite à insister sur l'approche culturelle du droit, celle du droit comparé des sociologues et des anthropologues que le doyen Raymond Legeais distingue de ce droit comparé des juristes que sont les systèmes juridiques. Il reste que les frontières sont particulièrement poreuses, ce qui m'autorisera à ne pas être aussi rigoureux sur ce point qu'il conviendrait...

Quelles que soient les approches, les comparatistes s'accordent pour identifier une culture juridique française, chinoise, américaine, allemande. D'autres, spécialistes des « cultures juridiques non occidentales » (Masaji chiba) distinguent des cultures juridiques africaines, hindou, islamique, et une région à caractère chinois.

La question ici posée est de savoir si, dans le prolongement de ces réflexions, l'on peut admettre l'existence d'une culture juridique francophone.

B - Il existe des réponses allant dans ce sens, comme on le constate en se tournant du côté de ceux qui abordent la question des rapports

Propos introductifs

entre droit – langue française – Francophonie ou qui se réfèrent à un passé, le plus souvent idéalisé et instrumentalisé, et en tout cas largement remis en cause aujourd’hui.

Ainsi souligne-t-on, traditionnellement, l’existence d’un lien entre droit et langue française. Sans insister sur un point qui relève de l’histoire, la langue française est longtemps apparue comme la langue du droit. On raisonne le droit en français, avait-on coutume de dire... Langue juridique par excellence, elle fût longtemps celle des diplomates. Pour certains juristes, elle serait encore supérieure à d’autres : ne la juge-t-on pas plus adaptée, plus précise que l’anglais, la preuve apportée en étant l’insertion dans les contrats internationaux rédigés en anglais d’un lexique ou d’un glossaire définissant les mots et expressions juridiques utilisés ? Quelle que soit la portée du propos, la cause est aujourd’hui entendue, sauf pour quelques nostalgiques : le droit se conjugue en d’autres langues et à la langue française ne correspond pas (plus ?) un système juridique donné. *L’on ne saurait, aujourd’hui établir de lien entre Francophonie et système juridique.*

A l’évidence l’ensemble francophone est animé de pluralisme : il s’exprime par une pluralité de langues. La langue française reste, selon l’expression du secrétaire général de la Francophonie, le président Abdou Diouf, « le ciment de la Francophonie », mais de plus en plus elle est une référence et non plus toujours une langue vécue, même par les juristes. La Francophonie se caractérise aussi par une pluralité de droits et de conceptions du droit. Contrairement à une opinion parfois affichée, il n’existe pas de « droit francophone » ni même, pour reprendre l’expression des spécialistes de droit comparé, « de famille francophone » ; les Etats de la Francophonie se partagent entre plusieurs grands systèmes de droit : romano-germanique, *Common Law*, musulman ; d’autres clivages apparaissent, par exemple entre droits européens et droits extra européens...

L’impression d’hétérogénéité ne doit pas être exagérée. La Francophonie reste marquée par l’influence du système romano-germanique, pour une large part encore dans sa version française et dans celle du droit écrit, souvent repris et adapté. Il n’en reste pas

moins qu'aujourd'hui il est impossible de réduire le système juridique francophone au droit français même si celui-ci est la matrice de la plupart, mais pas de tous (c'est la limite de l'analyse), des autres systèmes et cultures juridiques de la Francophonie, on y reviendra.

En outre, la Francophonie et le monde offrent de nombreux exemples de coexistence des deux traditions au sein d'un même ensemble juridique. Cette mosaïque de systèmes juridiques se démultiplie encore selon les catégories de citoyens et les rapports qu'ils entretiennent avec le droit et la culture juridique. La recherche d'une culture autonome et sa distinction d'avec les autres sont rendues plus délicates encore par l'accélération de ces mouvements que sont les migrations juridiques, les métissages culturels ou encore ce chalandage, on dira magasinage, auquel les Etats, gouvernements, institutions et entreprises se livrent sur ce qu'il faut bien appeler le marché international du droit. Le droit est de moins en moins un phénomène national, lié à une tradition, une histoire ; il est aussi, Georges del Vecchio dira « surtout », un phénomène humain. La distinction entre les grands systèmes juridiques est de moins en moins figée ; tous les comparatistes l'enseignent depuis longtemps. Dans l'espace de la Francophonie, on observe des ouvertures de plus en plus nombreuses aux techniques du droit anglo-américain. Des mouvements inverses existent auxquels ne sont pas étrangères les actions des institutions de la Francophonie ou de certains Etats membres. On pourrait voir dans ces évolutions l'émergence d'un système juridique commun suivie progressivement d'une culture juridique commune. Mais n'est-ce pas aussi une des manifestations de processus de plus grande ampleur, d'eupéanisation et de mondialisation du droit qui touchent de plein fouet Etats et systèmes juridiques de la Francophonie, jusqu'à interdire de distinguer ce qui pourrait être un fonds culturel commun francophone par rapport à un système beaucoup plus large, globalisé ?...

Les rapports entre Francophonie et droit sont plus que jamais complexes, tirillés par des mouvements profonds de flux, d'influences, de concurrences, qui échappent aux tentatives de catégorisation et qui, en tout état de cause, *font fortement douter de*

Propos introductifs

l'existence substantielle d'une culture juridique francophone ; à moins de réécrire l'histoire et de recomposer la réalité des faits... A moins aussi, et c'est le parti que nous proposons d'adopter, de modifier la perspective, d'abandonner le terrain du seul droit positif, comme nous y incite l'expression « culture juridique », et de donner au mot « francophone » la signification correspondant aux nouvelles évolutions dont il fait l'objet.

II - La Francophonie est une notion qui a évolué et qui s'est enrichie. Elle est dotée d'une forte polysémie. Elle n'est plus simplement linguistique ; elle est devenue culturelle, puis politique et institutionnelle ; elle s'est progressivement structurée jusqu'à devenir organisation internationale comme en a décidé le sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de Hanoi, des 14 et 16 novembre 1997. La Francophonie n'est plus seulement académique, associative et caritative, elle est devenue multilatérale, en s'étendant jusqu'à englober 68 Etats et gouvernements, tous statuts confondus y compris les observateurs ; plus de six cents Universités, centres universitaires, établissements d'enseignement supérieur et de recherche sont membres de l'Agence universitaire de la Francophonie (AUF)... La Francophonie dans cette acception d'institution multilatérale n'est plus intégralement liée à la langue française. La déconnexion est perceptible, à des degrés divers ; elle varie selon la qualité des locuteurs et des pays.

Dans ce contexte, la caractéristique de l'organisation correspondante, aujourd'hui l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), est de s'être attribuée depuis quarante ans et par étapes successives une mission de promotion, valorisation et diffusion d'un certain nombre de valeurs essentielles organisées autour de la démocratie, des droits de l'homme, de l'Etat de droit. Elle s'est impliquée dans la cause du droit en faisant de sa mise en œuvre et de son respect dans son espace un de ses engagements fondamentaux. Elle veut être une communauté animée par l'idée et l'idéal de droit, s'attachant à faire prévaloir au sein de son espace la régulation juridique, au détriment d'autres régulations politiques, violentes et à

promouvoir la diffusion d'une culture juridique démocratique. Ce nouveau message autour de valeurs qui ne sont certes pas propres à la Francophonie mais qu'elle s'approprie à sa façon, contribue à fonder la légitimité et la pérennité de l'institution francophone. *En d'autres termes la culture juridique est devenue l'objet de la Francophonie* et, dans ce cas, la priorité ainsi accordée au droit est devenue un des enjeux majeurs de la Francophonie dans un contexte fait de mouvements qui affectent le monde.

Ainsi appréhendée, la « culture juridique francophone » se traduit concrètement par l'affichage de trois séries d'objectifs qui impliquent une série d'actions, que l'on présentera rapidement.

Un premier objectif de la Francophonie institutionnelle vise à favoriser l'équipement juridique des Etats, l'effort portant pour l'essentiel sur ceux parmi les moins favorisés ; on retrouve là un des thèmes fondateurs et spécifiques de la Francophonie, celui de la solidarité partagée. Il s'agit de renforcer et perfectionner le cadre juridique du pouvoir et de l'économie c'est-à-dire en définitive de donner consistance et effectivité à l'Etat de droit que la Francophonie s'est donnée pour objectif de réaliser en son sein.

C'est l'origine de nombreux programmes des opérateurs de la Francophonie généralement regroupés sous l'appellation de « l'appui à l'Etat de droit et à la justice et à la diffusion du droit ». Sans entrer dans le détail de ces actions, on mentionnera que celles-ci mettent en œuvre une coopération aux fins :

- d'apporter un soutien matériel et logistique aux institutions judiciaires des pays membres dont beaucoup manquent cruellement de moyens, crédits et personnels. La tâche est considérable, comme s'accordent à le reconnaître les intéressés eux-mêmes qui soulignent les graves insuffisances, les dysfonctionnements et parfois même le « naufrage de la justice » ainsi que, pour reprendre des appréciations souvent formulées, « la faillite », la « crise de crédibilité » ou encore la « véritable situation de chaos » qui caractériseraient un certain nombre de systèmes juridiques.

Propos introductifs

- de soutenir l'effort d'amélioration de l'encadrement juridique. Cet apport est en quelque sorte intellectuel et concerne l'élaboration des textes fondamentaux, leur diffusion et leur accessibilité par la population ; il s'agit aussi, par exemple en soutenant l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) de contribuer au rapprochement des droits, dans lequel on voit un facteur de sécurité et par-là de développement des échanges et des transactions internationaux.

- de renforcer les professions du droit, en encourageant par exemple la constitution de réseaux de professionnels du droit et des utilisateurs de la justice (magistrats, avocats, médiateurs, universitaires, responsables d'instances de régulation de l'audiovisuel, de la communication et des médias...) et des organisations et commissions des droits de l'homme.

- de réhabiliter des systèmes judiciaires dans des pays en situation d'urgence comme ce fut le cas au Rwanda, au Burundi, à Brazzaville.

Un deuxième objectif s'inscrit dans une dimension plus large : il érige en but à atteindre et en principe obligatoire pour ses membres le respect du droit et des valeurs que celui-ci exprime et qu'il doit désormais exprimer.

A partir du troisième sommet de la Francophonie de Dakar (mai 1989), charte après déclaration, proclamation après résolution, plan d'action après programme de coopération la Francophonie a fait de l'attachement à l'Etat de droit, aux droits de l'homme, à la démocratie et à la paix un objectif essentiel, un principe structurant des ordres juridiques de ses membres et un des critères fondamentaux de définition et de choix de ses programmes.

Cette orientation se traduit, par l'adoption d'instruments juridiques, sur lesquels s'engagent expressément les membres de la Francophonie... et qui les engagent ; ce sont notamment les déclarations et plans d'action adoptés par la 3^{ème} conférence des ministres francophones de la Justice du Caire (30 octobre-1^{er} novembre 1995) ; déclaration et plan d'action des ministres chargés de la culture à Cotonou (15 juin 2001) ; déclaration de Bamako (3

novembre 2000). Cette dernière mérite une attention particulière car elle illustre mieux que tout autre le choix opéré par la Francophonie. Si la déclaration de Bamako n'est pas originale par les principes qu'elle énonce, proclamés qu'ils ont été par les grands instruments juridiques internationaux depuis une cinquantaine d'années, elle l'est en revanche en ce qu'elle s'organise tout entière autour de la démocratie. La portée de cette liaison est d'autant plus forte qu'à la différence des textes jusqu'ici adoptés par les membres de la Francophonie, la déclaration de Bamako se présente comme un texte normatif, soumettant ses signataires à des obligations, organisant des dispositifs d'alerte et de prévention et surtout prévoyant des mécanismes de règlement des conflits et de sanctions destinés à donner leur effectivité aux principes et droits énoncés. C'est l'objet du chapitre 5 de la déclaration qui a eu l'occasion d'être appliqué pour la première fois lors de la crise togolaise survenue en 2005.

Un troisième objectif est d'ordre externe et concerne les relations internationales. Le sort de la Francophonie dépend de sa capacité à peser sur le contenu des transformations en cours d'un ordre juridique international dont dépendent non seulement et de plus en plus la vie des Etats et de leurs citoyens, mais aussi les ordres juridiques nationaux et les cultures juridiques qui les accompagnent.

Une des contributions de la Francophonie qui est liée à sa propre essence est d'imposer le respect du pluralisme et de la diversité culturelle sous tous ses aspects, et d'abord juridique ; son action n'est pas théorique, comme en témoigne le rôle joué récemment pour adapter l'instrument juridique international sur la diversité culturelle dans le cadre de l'UNESCO. Tout l'enjeu pour la Francophonie est de parvenir à cette alchimie, qui ne lui est pas spécifique, consistant à entretenir la diversité dans un ensemble unifié.

III - En définitive, c'est donc toute une culture juridique que développe et entretient la Francophonie ; elle est animée d'une série de priorités réservées à la régulation juridique, au respect de la hiérarchie des normes, au caractère démocratique des systèmes

Propos introductifs

juridiques, à la promotion du pluralisme juridique et de la diversité, à la recherche systématique du consensus dans les processus de prise de décision..., qui sont au cœur des actions des institutions et des opérateurs de la Francophonie. Par le jeu des relations complexes qui se nouent au sein de la Francophonie entre gouvernants, acteurs du droit et de la société, il se dégage des principes juridiques communs, des orientations, des « objectifs juridiques », des pratiques, alimentant la réflexion des jurislatoeurs, rapprochant les productions normatives et harmonisant les droits en vigueur. Ces mouvements sont de portée variable, selon les domaines, selon les systèmes juridiques dont plusieurs ont partie historiquement liée ; ils s'effectuent aussi dans des aires à surface variable et à des niveaux différenciés de la hiérarchie des normes juridiques. A défaut de promouvoir un impossible ordre juridique commun et uniforme, la Francophonie peut se prévaloir d'une méthodologie et d'un processus qui lui donnent une originalité.

C'est un fait ; mais est-il suffisant pour définir une culture juridique francophone ? *Ne peut-on aller plus loin dans l'identification d'une culture juridique sinon francophone du moins de la Francophonie ?*

Les comparatistes conviennent que la reconnaissance des mêmes valeurs n'implique pas l'identité des systèmes et techniques juridiques ; mais les mutations actuelles de la planète, d'ampleur mondiale, ne sont-elles pas en train de modifier la donne ? L'influence de la Francophonie dans le monde et la crédibilité de ses positions dans le domaine juridique ne dépendent-elles pas aussi de sa capacité à se prononcer à la fois sur les instruments du pluralisme et de la diversité mais aussi *sur le fond du droit et le contenu des normes c'est-à-dire de donner un sens matériel à ce que l'on appelle « culture juridique francophone »* ? Dans un contexte de mondialisation, la culture juridique peut-elle longtemps exister sans techniques et systèmes juridiques spécifiques ?

La Francophonie se trouve confrontée à un défi, risqué en raison de la diversité des situations entre certains de ses Etats, mais pourtant nécessaire pour son avenir dans le monde du droit : celui de « valoriser » un certain nombre de règles et d'institutions qui ne sont

pas nécessairement partagées par tous les francophones, mais qui, malgré, tout pourraient être défendues en tant que tels, sur le plan international principalement, eu égard à leur performance comparative constatée et même avérée, et à leur compatibilité avec les objectifs de la Francophonie ? N'est-ce pas là la condition indispensable de ce pluralisme juridique à assurer dans le monde, sans lequel les efforts pour assurer la diversité culturelle risquent de s'essouffler faute d'être... alimentée ? Il existe aujourd'hui des domaines spécialement sensibles dont le traitement juridique entraîne des conséquences incalculables, à la fois pour la régulation du marché, la pérennité de la Francophonie et les droits des membres de la Francophonie : ce sont ceux du commerce, de la propriété intellectuelle, de la protection des droits de l'homme, du droit pénal... La question est posée ; elle est au cœur des débats de notre colloque.

*

**

Pour conclure, provisoirement, des propos qui n'ont pas l'ambition d'emporter la conviction de tous mais simplement d'alimenter les débats qui vont suivre, il apparaît que, dans le monde d'aujourd'hui, où la compétition envahit tous les secteurs, la Francophonie ne peut faire l'économie d'approfondir sa réflexion juridique théorique et doctrinale, aux considérables conséquences pratiques et concrètes. Par sa diversité, ses idéaux et ses modes de fonctionnement associant systématiquement gouvernants, institutions publiques, représentants de la « société civile », l'espace francophone dispose de tous les atouts pour être un de ces laboratoires juridiques, comme l'Europe en est un, c'est-à-dire un de ces lieux d'observations, d'analyses, d'expérimentations, de bilans, où différentes traditions juridiques se rencontrent, dialoguent, parfois se confrontent, mais toutes animées par le même souci de... cultiver la cause et la force du droit.

PREMIERE PARTIE
LANGUES ET LANGAGE DU DROIT

PROPOS INTRODUCTIFS

**par Anne-Marie Le Pourhiet,
professeur à l'Université Rennes 1**

Avant de donner la parole aux différents intervenants de cette table ronde qui vont nous exposer les regards respectifs de l'historien, du sociologue, du philosophe et du juriste, je souhaiterais, à la suite des propos introductifs de Bernard Beignier et de Jean du Bois de Gaudusson, vous faire part d'une interrogation personnelle.

Le titre « culture juridique francophone » m'interpelle, en effet, dans la mesure où la culture renvoie à quelque chose de plus profond que la seule langue parlée et évoque une tradition, des façons de penser et de concevoir les choses. Si donc culture juridique francophone il y a (ou il y avait), il me semble qu'il s'agit d'une tradition juridique d'origine française fondée sur le droit romain continental écrit et codifié mais surtout sur une conception statocentrée. Le droit français est, en effet, traditionnellement un droit objectif fait par l'Etat pour l'Etat, à l'inverse des conceptions anglo-saxonnes. Or, il faut bien admettre que dans l'hexagone lui-même aujourd'hui, plus de 60 % des lois votées ne sont que la transposition et parfois le recopiage servile de directives européennes. Or, le moins qu'on puisse dire est que, d'une part, ces directives ne sont pas rédigées dans la langue de Molière et de Portalis et, d'autre part, elles véhiculent un modèle juridique anglo-saxon mâtiné de germanisme fort éloigné de la culture française et latine en général.

Anne-Marie Le Pourhiet

Dans ces conditions, si le droit français lui-même renie sa propre culture, je me demande ce que l'on peut continuer à mettre sous le vocable de « culture juridique francophone » d'autant qu'il est déjà établi que le droit québéco-canadien est sans doute rédigé en langue française mais exprime cependant une évidente tradition anglo-saxonne.

Les communications qui vont être présentées dans cette table ronde vont certainement apporter des éléments de réponse à mon questionnement existentiel.

**JURICAF : LA JURISPRUDENCE DES COURS SUPREMES
FRANCOPHONES DANS UNE BASE DE
DONNEES EN FRANÇAIS**

**par Pierre Guerder,
doyen de la Cour de cassation de France,
directeur de JURICAF**

L'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, créée en mai 2001 par trente-six Cours suprêmes, a pris de l'ampleur en 2004 à l'assemblée générale de Marrakech, où dix autres Cours, pressenties comme observateurs par le bureau de l'association, ont acquis leur statut définitif de membres. En 2005, une autre institution a sollicité le statut d'observateur. L'association compte donc à présent quarante-sept membres, dont un observateur.

L'Europe y est représentée de manière significative par treize juridictions (Albanie, Belgique, Bulgarie, France, Hongrie, Macédoine, Moldavie, Monaco, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Suisse). Il y a aussi cinq juridictions d'Amérique et d'Asie (Canada, Haïti, Vanuatu, Cambodge, Vietnam). Les vingt-sept autres juridictions forment le bloc de l'Afrique et du Moyen-Orient : Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap-Vert, Comores, Congo Brazzaville, République démocratique du Congo, Côte d'Ivoire, Egypte, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Liban, Madagascar, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie,

Pierre Guerder

Niger, Rwanda, Sao Tomé et Príncipe, Sénégal, Tchad, Togo, Tunisie. Il faut mentionner encore deux juridictions internationales d'Afrique : la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et la Cour de justice de la CEMAC.

Aux termes de ses statuts, l'AHJUCAF a pour objet d'une part de favoriser l'entraide, la solidarité, la coopération, les échanges d'idées et d'expériences entre les institutions judiciaires membres sur les questions relevant de leur compétence ou intéressant leur organisation et leur fonctionnement ; d'autre part de promouvoir le rôle des Hautes juridictions dans la consolidation de l'État de droit, le renforcement de la sécurité juridique, la régulation des décisions judiciaires et l'harmonisation du droit au sein des États membres.

La réalisation de ces objectifs a suscité diverses initiatives, dont les deux principales, au regard de la culture juridique francophone, sont, d'une part, la collecte des textes fondateurs des Cours suprêmes dans le site internet de l'association, d'autre part, et surtout, la création d'une base de jurisprudence francophone des Cours suprêmes, dénommée JURICAF.

La réalisation d'une telle base était inscrite dans les statuts de l'association, parmi les moyens d'atteindre ses objectifs. Elle a été entreprise fin 2003, avec le soutien financier du comité francophone des inforoutes et du ministère de la Justice de France. Elle s'est poursuivie en 2004, avec le concours de six Cours pilotes, trois de pays du Nord, Canada, France, Suisse, trois de pays du Sud, Bénin, Maroc, Tchad. Avec ces six Cours, l'application a été mise au point, et mise en service, en mai 2005. Depuis, à la faveur de sessions de formation d'administrateurs nationaux, le nombre des Cours participant à l'alimentation de JURICAF est passé de six à trente, et le nombre d'arrêts en ligne de 3 5240 à 4 2585, à la date du 22 septembre 2006.

Cette évolution suggère une réflexion sur la dynamique du développement de la base, et la consultation de la base.

JURICAF : la jurisprudence des Cours suprêmes francophones

I - Dynamique du développement de la base

Sur les trente Cours en ligne, ce serait une erreur de croire que toutes s'expriment couramment en français. Seule la moitié des institutions membres de JURICAF utilise le français comme langue de travail : il s'agit des Cours du Bénin, Burkina Faso, Cemac, Congo, France (Cour de cassation et Conseil d'Etat), Gabon, Madagascar, Mali, Mauritanie, Monaco, Niger, OHADA, Sénégal, Tchad. Cependant, certaines sont multilingues : Belgique, Burundi, Cameroun, Canada, Suisse. Dix autres s'expriment dans une langue nationale, et doivent traduire leurs arrêts en français pour accéder à JURICAF : Bulgarie, Hongrie, Liban, Maroc, Pologne, République tchèque, Roumanie, Rwanda, Sao Tomé, Tunisie.

L'ambition de JURICAF est d'inclure la jurisprudence de tous les membres de l'AHJUCAF, et même d'autres Cours suprêmes qui ne seraient pas membres de l'association, mais qui accepteraient de publier leurs arrêts dans cette base, à l'exemple du Conseil d'Etat de France.

Ce qui a déterminé le Conseil d'Etat de France à se joindre au projet, c'est la voie tracée par les Cours suprêmes africaines et canadienne. Les Cours africaines ont adressé à JURICAF leurs arrêts de chambre judiciaire. Mais, conscientes des possibilités offertes par la base de données, elles ont souhaité mettre en ligne aussi les arrêts de leur chambre administrative. La base JURICAF est ainsi devenue un recueil de droit privé et de droit public. Pour lui conférer un aspect comparatiste fiable, il était important qu'à côté de la Cour de cassation de France, le Conseil d'Etat de France apporte sa jurisprudence. C'est ce qu'il a commencé à faire de manière symbolique, en attendant des versements complets promis pour le mois d'octobre 2006.

La participation des Cours est actuellement très inégale. Elle a le mérite d'exister, et d'amener à s'interroger sur les liens qui expliquent le développement de la base.

L'essor de JURICAF peut être expliqué par l'unité du patrimoine juridique et culturel des Cours de l'espace francophone, la similitude de leurs systèmes juridictionnels, leur volonté d'entente, leur esprit de

solidarité, sans doute aussi le rayonnement international de la Cour de cassation de France, et enfin l'usage ou le partage de la langue française.

La langue est à la fois un atout et un handicap. C'est un atout à l'égard des institutions qui s'expriment officiellement en français. C'est un handicap à l'égard des institutions qui sont assujetties au préalable de la traduction. A cet égard, il est intéressant de noter qu'une convention a été conclue entre la Cour suprême du Maroc et une Faculté de droit de Rabat pour mettre en commun des moyens de traduction des arrêts d'arabe en français

Cela étant, lorsque l'obstacle de la traduction a été franchi, force est de constater que les systèmes juridiques se ressemblent. La base de jurisprudence assure la diffusion des jurisprudences nationales des Cours suprêmes et permet leur comparaison. C'est un instrument de convergence entre le système de droit romano-germanique qui a inspiré la législation de la majorité des pays membres, et le système de *Common Law*, propre à d'autres pays. La convergence peut aller jusqu'à la synthèse devant certaines juridictions comme les Cours suprêmes du Canada et de Maurice, d'Albanie et de Roumanie. C'est l'instrument d'une coopération privilégiée, fondée sur une communauté de principes fondamentaux, démocratiques et judiciaires, une similitude des institutions, et une volonté commune d'œuvrer dans l'intérêt de la justice.

Le développement de la base repose donc sur une dynamique de groupe qu'il faut entretenir et renforcer. Les sessions de formation des administrateurs nationaux y contribuent. Mais la meilleure stimulation doit venir du public, et de l'intérêt documentaire qui suscite la consultation de la base.

II - Consultation de la base de données

A - L'accès de la base

L'accès de la base n'est pas ouvert au grand public, comme pour Legifrance. La question de l'ouverture au public s'est posée dès le début de la conception du projet. Les responsables de l'association

JURICAF : la jurisprudence des Cours suprêmes francophones

AHJUCAF ont opté pour la solution la plus simple, la mise en ligne des arrêts en texte intégral, sans caviardage ni retouche. Cette solution avait l'avantage de l'économie, les arrêts étant par définition nominatifs, et leur anonymisation ayant un coût. Elle avait aussi l'avantage de la fiabilité, la recherche documentaire, pour les professionnels du droit, s'opérant plus facilement par les noms que par les numéros d'arrêts. Certes, cette possibilité de recherche permet des rapprochements que la CNIL a, en France, voulu empêcher. Mais la CNIL n'a préconisé cet empêchement que pour le grand public. Elle a admis que les professionnels du droit se réservent l'usage de bases nominatives. La base JURICAF a donc un accès réservé. Il faut, pour y entrer, disposer d'un identifiant et d'un mot de passe.

Pour obtenir ce moyen d'accès, il suffit d'en faire la demande à l'administration générale ou à un administrateur national de JURICAF. Aucune création de compte n'a été refusée à un juriste. Les comptes sont offerts aux membres des Cours suprêmes, au personnel des institutions placées sous leur contrôle, aux professeurs et aux étudiants des universités, éventuellement aussi aux avocats et aux autres professions juridiques. Ils sont gratuits. La seule dépense nécessaire pour accéder à JURICAF est celle de l'accès à internet.

Le compte d'utilisateur peut être également créé par l'utilisateur lui-même, à travers un compte d'inscription ou compte générique. Ce type de compte est rattaché à un pays, de sorte que la diffusion de ses données incombe aux administrateurs du pays concerné. Il donne accès à une page d'inscription dans la base. L'utilisateur crée lui-même son compte, et son accès à la page de recherche.

B - La recherche

La page de recherche comporte deux zones. La zone supérieure est dédiée à la recherche par termes. Elle propose dix cases dans lesquelles on peut associer des mots et/ou des expressions, que l'on peut combiner par les opérateurs booléens et/ou/sauf.

La zone inférieure est dédiée à la recherche par critères : pays, juridiction, formation, section, numéro d'arrêt, sens de l'arrêt, date de l'arrêt, période de l'arrêt. La recherche peut être effectuée sur l'une ou

l'autre zone, ou par conjonction des critères des deux zones. Elle peut être effectuée sur le texte intégral des documents (option par défaut) ou sur les titres et sommaires.

Elle aboutit à un résultat de la recherche qui est affiché par pages de vingt documents, avec le début du texte de l'arrêt. Le nombre des documents est limité à 500 par question. Nous avons estimé que personne n'irait consulter plus de cinq cents documents en une session de connexion. Même ce chiffre de 500 paraît exagéré, et il est fortement conseillé de restreindre l'ampleur de la question qui aboutit à un tel nombre de documents.

Les arrêts peuvent être affichés en entier dans une fenêtre de lecture. Les mots de la question y apparaissent en rouge, de sorte que la pertinence de la réponse peut être rapidement appréciée. La plupart des arrêts sont enrichis par des titres et des sommaires qui permettent de vérifier plus rapidement la pertinence de la réponse.

L'utilisateur a la possibilité de sélectionner les arrêts qui correspondent à sa recherche, et en les marquant, de les exporter vers son ordinateur, par lots de trente. Il peut ainsi enrichir sa documentation personnelle, et son propre travail judiciaire ou universitaire.

C - L'impact de la langue de recherche

La recherche étant effectuée en français, il est clair qu'elle n'est accessible qu'aux utilisateurs pratiquant la langue française. Ceux-ci peuvent appartenir à n'importe quel pays de l'AHJUCAF, et même à un pays extérieur à l'AHJUCAF. C'est dans cette perspective que nous avons mis des comptes génériques à la disposition des bureaux de l'AUF, de la CIFDUF, et des Universités. Nous pensons que JURICAF peut présenter un réel intérêt documentaire pour celles-ci. Nous l'avons constaté en Roumanie, où la base a été présentée, en novembre 2005, à la Cour suprême, puis dans les Universités de Bucarest et de Brasov. Elle a suscité un vif intérêt, en raison notamment de la gratuité de son accès et de son utilisation. On a dénombré, depuis, 128 inscriptions d'utilisateurs roumains, sous l'égide de deux administrateurs nationaux.

JURICAF : la jurisprudence des Cours suprêmes francophones

Pour correspondre aux besoins des utilisateurs potentiels, il convient que la base soit aussi performante que possible. Le volume des arrêts en ligne donne une mesure de la performance de la base de données. Ce n'est pas le seul paramètre à considérer.

Il faut aussi que les réponses satisfassent la curiosité de l'utilisateur. C'est déjà le cas. La recherche en texte intégral ramène tous les documents comportant les mots mis en relation par le moyen des opérateurs booléens. Elle exige parfois d'utiliser l'opérateur « ou » pour créer des rapprochements de synonymes que suggère la comparaison des jurisprudences nationales, en raison de nuances de terminologie juridique. Quelques exemples pour illustrer ces nuances.

Au plan institutionnel, la plupart des Cours se composent de chambres. Cependant, les institutions d'Europe de l'Est privilégient le terme de collège, dont il faut se demander s'il est synonyme ou différent du mot chambre. L'Albanie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie ont adopté le vocable de chambre, tandis que la Bulgarie a conservé le terme de collège dans ses textes fondamentaux du site AHJUCAF, et dans la structuration des arrêts de la base JURICAF. Elle a appliqué le terme de chambre à des subdivisions de collèges.

En matière de responsabilité civile, les juristes français sont habitués aux notions de garde et de gardien. Ces notions sont ignorées du droit suisse, qui retient celles de détention et de détenteur de la chose ou de l'animal.

De même le harcèlement moral de la juridiction française, s'il n'est pas totalement méconnu en Suisse, devient généralement un harcèlement psychologique, ou plus souvent encore un *mobbing*.

C'est pourquoi le Tribunal fédéral suisse a enrichi sa base nationale non seulement de titres et sommaires d'arrêts, mais encore d'un thesaurus d'environ 15 000 descripteurs et 60 000 termes de renvoi. Il insiste sur l'utilité, voire la nécessité d'un *thesaurus* dans un environnement international, en raison de la diversité des termes juridiques utilisés pour désigner des concepts identiques ou semblables.

On peut en effet songer à créer un *thesaurus* de français juridique pour JURICAF à l'instar de celui que la commission de Venise a

Pierre Guerder

développé pour les Cours constitutionnelles. La recherche en serait sans doute améliorée. Cependant, ce serait un projet considérable, qui nécessiterait d'importants moyens. Un projet d'une telle ampleur ne pourrait être réalisé qu'avec le concours d'une vaste équipe de chercheurs universitaires. Cette équipe aurait l'opportunité d'illustrer l'utilisation de la langue comme véhicule de concepts juridiques. JURICAF pourrait être le premier bénéficiaire de cette évolution, mais il ne serait pas le seul, un *thesaurus* de cette dimension pouvant être mis en partage tout comme l'est le français.

Avec ou sans *thesaurus*, il me semble, en tout cas, que JURICAF est à la fois un témoin et un excellent opérateur de la culture juridique francophone. Cette culture à laquelle je crois, que je souhaite promouvoir, et dans laquelle JURICAF vous offre la possibilité de vous exprimer. Je vous remercie d'en faire le meilleur usage.

REGARD DE L'HISTORIEN

par Jacques Poumarède,
professeur à l'Université Toulouse I sciences sociales

Entre les phénomènes linguistiques et les phénomènes juridiques les liens sont très étroits et, pour ainsi dire, consubstantiels. La langue et le droit sont d'abord des systèmes d'expression et de communication partagés par une communauté donnée. Ses membres y voient spontanément des critères fondamentaux d'appartenance et comme l'a souligné récemment Alain Supiot : « la langue maternelle, première source de sens, est aussi la première des ressources dogmatiques indispensables à la constitution du sujet »¹. Mais dans la mesure où langue et droit sont aussi des systèmes de normes, ils ont vocation à être codifiés et deviennent facilement des instruments de pouvoir au service de processus de domination et d'unification qui peuvent déboucher sur des prétentions à l'universel ou sur un pur et simple impérialisme². A partir du cas français, l'histoire en offre quelques illustrations.

¹ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2006, p. 8.

² La problématique a donné lieu des colloques parmi lesquels on citera : H. GUILLOREL et G. KOUBI (éd.), *Langues & Droits. Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; E. JAYME (éd.), *Langue et droit. XV^e Congrès international de droit comparé*, Bristol 1998, Bruxelles Bruylant, 2000.

I - Langue et droit comme marqueurs d'identité

La force de ce lien est évidente dans les sociétés traditionnelles où le droit est fondé sur la coutume, c'est-à-dire l'oralité. Comme le montre fort bien pour l'Afrique, l'anthropologue du droit Jean-Godefroy Bidima, au village les pratiques langagières et les pratiques coutumières se forment et s'échangent au même endroit : sous l'arbre à palabre. « Ici, on fait comme ceci et on parle comme cela, ce qui nous distingue de ceux d'en face, de l'autre côté du fleuve »³.

L'historien observe cette étroite parenté dans la longue durée. S'il n'est pas trop incongru d'évoquer ici le lointain Moyen Âge, on peut prendre pour exemple le cas de la formation du droit dans les parties méridionales du royaume de France sous le règne des premiers Capétiens. Les actes conservés dans les cartulaires des X^e-XII^e siècles attestent de l'existence de pratiques coutumières mêlées à des souvenirs de droit romain tirés des compilations wisigothiques. Ce substrat juridique assez fruste s'est trouvé bousculé lorsque s'opéra dans la deuxième moitié du XII^e siècle la « renaissance du droit romain », sur la base du *Corpus iuris civilis* de Justinien, redécouvert et diffusé à partir du foyer de Bologne par des cohortes de légistes. En voyant arriver ce droit savant, les populations méridionales ont pris conscience qu'elles possédaient déjà un droit qui leur était propre et qui reflétait leurs particularismes et exprimait leurs intérêts collectifs que les concepts et les valeurs plus individualistes du *ius scriptum* risquaient de menacer. Elles se sont empressées de mettre par écrit leurs anciennes pratiques juridiques tout en assimilant les nouveautés qui leur paraissaient utiles, et elles profitèrent de l'occasion pour faire confirmer des privilèges par les autorités seigneuriales ou comtales. Il s'en est suivi une étonnante floraison de chartes coutumières et de statuts urbains dont beaucoup furent rédigés dans l'idiome local, c'est-à-dire en languedocien ou en gascon⁴. Le choix de la langue

³ J. G. BIDIMA, *La Palabre*, Paris, éd. Michalon, 1997.

⁴ P. OURLIAC, « Coutumes et dialectes gascons (note sur la géographie coutumière du Sud-Ouest au Moyen-Âge) », *Etudes d'histoire du droit médiéval*, Paris, Picard, 1979, p. 17-29.

Regard d'historien

« vulgaire » fut très politique : il s'agissait pour chaque communauté d'affirmer son identité juridique et culturelle.

Du point de vue de l'histoire linguistique, ces textes sont précieux car ils fournissent les premiers témoignages écrits de la formation des différents parlers romans du Midi de la France. L'équipe de spécialistes constituée autour d'Albert Dauzat et de Jean Séguy a pu ainsi tracer les contours d'un véritable atlas des aires linguistiques méridionales qui coïncident parfaitement avec la géographie coutumière que les historiens juristes ont pu dresser de leurs côtés⁵. C'est ainsi, par exemple, que le cours de la Garonne forme au cœur des pays toulousains une frontière naturelle entre d'une part le gascon et le languedocien et d'autre part des traits de comportements juridiques différenciés notamment en matière de droit successoral.

Le lien entre la langue et le droit a été étudié et théorisé pour la première fois, au XIX^e siècle par l'École allemande du droit historique. Le manifeste fondateur de cette célèbre école, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*⁶, fut lui-même lancé en 1814 par Friedrich von Savigny en écho aux *Discours à la Nation allemande* de Fichte (1807) qui mettaient l'accent sur la langue allemande comme ciment de l'identité du peuple germanique. Le jeune juriste berlinois constatait que l'Allemagne n'avait pas de droit commun alors qu'elle était menacée par l'impérialisme juridique français, Napoléon ayant imposé le code civil à plusieurs États rhénans. Le projet de Savigny consistait à révéler par la recherche historique les fondements d'un authentique droit allemand issu, comme la langue, des profondeurs de « la conscience du peuple » (*Bewusstsein des Volkes*)⁷. Développé dans une correspondance

⁵ A. DAUZAT (dir.), *Nouvel atlas linguistique de la France [I], Atlas linguistique et ethnographique de la Gascogne*, J. SÉGUY (dir.), Toulouse, CNRS, 1954-1973.

⁶ F.-C. Von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, (traduction, introduction et notes par A. DUFOUR), Paris, Puf coll. Léviathan, 2006.

⁷ *Ibidem*, ch. 2, p. 53-54 : « Nous allons tenter d'exposer quelques traits généraux de cette période où le droit vit, tout comme la langue, dans la conscience du peuple... Les rapports organiques du droit avec l'essence et le

scientifique entretenue avec le linguiste Jacob Grimm, ce parallélisme entre la langue et le droit a conduit Savigny à exalter le caractère *organique* et *populaire* du droit germanique pour s'opposer aux projets de codification défendus par d'autres juristes allemands, comme Thibaut, professeur à Heidelberg. Le paradoxe veut que l'École historique et son fondateur lui-même n'ont pas cherché à régénérer l'ancien droit coutumier allemand des *Landrechte* ou des *Weistümer*, mais s'est tournée plutôt vers la reconnaissance du droit romain savant comme *jus commune* avant de s'engager sous l'Empire bismarckien dans la voie de la codification consacrée par la promulgation du *BGB* en 1900. La conscience du Peuple a cédé le pas à la volonté du Prince.

II - La langue et le droit comme enjeux de pouvoir

Il est, en effet, un autre versant des rapports entre la langue et le droit qui en fait des instruments de pouvoir. Le processus de monopolisation du droit par les moyens de la loi du Prince est souvent allé de pair avec l'imposition d'une langue commune à tous les sujets. Le cas de la France est à cet égard exemplaire.

Lorsque s'affirme, au tournant des XIII^e et XIV^e siècles, le pouvoir exclusif du roi de France de faire la loi, sur la base du principe hérité du droit savant : « Quod principi placuit legis habet vigorem » (D.1.4.1), les premières ordonnances royales, d'abord rédigées en latin, sont rapidement promulguées en français. Dans sa forme écrite, cet ancien français n'est à son origine qu'un dialecte de la langue d'oïl parlé entre Seine et Loire, dans le domaine capétien, mais que l'expansion du pouvoir royal transforme en *koïné* administrative puis

caractère du peuple se vérifient au cours de la marche du temps et là encore c'est à la langue qu'il faut le comparer. Comme elle, le Droit ne connaît pas de halte ; il est soumis, comme toute autre manifestation de l'âme populaire, au même mouvement et à la même évolution, et cette évolution est réglée par la même nécessité interne. Le Droit grandit avec le peuple, il se développe avec celui-ci et finit par disparaître lorsque le peuple vient à perdre ses particularités profondes » ; sur cette analogie du droit avec la langue, voir A. DUFOUR, « Droit et Langage dans l'École historique », *Arch. Phil. du droit*, t. 19, 1974, p. 151-180.

Regard d'historien

judiciaire. Sous les Valois, le Parlement de Paris abandonne aussi le latin pour rendre la justice en français, puis en 1443, à la demande de ses sujets méridionaux, Charles VII institue à Toulouse un Parlement pour recevoir les appels des tribunaux du Midi, depuis la Garonne jusqu'au Rhône. Mais dès le début, dans ces pays de langue d'oc et de droit écrit, les arrêts vont être rendus en français par des magistrats dont une bonne partie a été détachée du Parlement de Paris. Dans la vieille capitale du Languedoc, les gens de justice formeront ainsi un foyer de francisation particulièrement actif. Si l'on ajoute à ce processus, le mouvement de rédaction des coutumes, lancé par l'ordonnance de Montils-lès-Tours (1454) et qui s'opère également en français, on constate que, dans tout le royaume, la langue du prince est devenue la langue du droit, avant même 1539. Cette date, marquée par la promulgation de l'ordonnance de Villers-Cotterets, n'est pas le début d'une politique royale de la langue mais déjà une confirmation⁸. Contrairement d'ailleurs à ce qui est souvent affirmé, l'article 111 de cette ordonnance de réformation de la justice impose moins l'usage du « langage maternel françois » dans les actes publics qu'elle n'en évince le latin⁹. De même que, dix ans plus tard, la publication par Joachim du Bellay de la *Deffence et illustration de la langue françoise* (1549) est une affirmation de l'émancipation de l'idiome national par rapport au latin dans le domaine des Belles Lettres.

Dans les deux derniers siècles de l'Ancien Régime, l'emprise du pouvoir royal sur la langue et le droit s'est renforcée de façon quasiment parallèle au rythme des progrès de la centralisation et de l'unification du royaume. La fondation en 1635 par Richelieu de l'Académie française eut pour principal objectif la codification des

⁸ X. MARTIN, « Langue française et droit coutumier en France à l'époque moderne », *Langage et droit à travers l'histoire. Réalités et fictions*, G. van DIEVOET, Ph. GODDING et D. van den AUWEELE, (dir.), Leuven-Paris, Peeters, 1989, p. 135-145.

⁹ ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 12, p. 622-623 ; voir P. FIORELLI, « Pour l'interprétation de l'ordonnance de Villers-Cotterets », *Le Français moderne*, 1950, Paris, d'Artrey, p. 277-288.

Jacques Poumarède

« bons usages » qui sont, selon les *Remarques sur la langue française* de Vaugelas (1647) « la façon de parler de la plus saine partie de la Cour ». Trois décennies plus tard, les grandes ordonnances de Colbert codifièrent des pans entiers du droit (procédure civile 1667, criminelle 1670, de commerce 1673), avant les ordonnances civiles du chancelier d'Aguesseau (donations 1731 et testaments 1735). Tandis que le droit et la langue du roi étaient imposés dans les provinces annexées (Flandre maritime 1684, Alsace 1684, Roussillon 1700, Corse 1768), plus, il est vrai, pour se faire comprendre et obéir des nouveaux sujets, que pour les franciser réellement. La création en 1679 des chaires de droit français dans les Facultés de droit fut aussi un instrument de cette unification juridico-linguistique, puisque leurs titulaires professaient en français.

Toutefois, cette politique a touché davantage les élites et les populations urbaines que le monde rural et elle a sans doute creusé un écart culturel. A Toulouse, au XVIII^e siècle, les gens de justice comme la bourgeoisie des marchands et des artisans parlent et écrivent en français, mais donnent leurs ordres en occitan à leurs domestiques ou à leurs métayers. La Révolution a bien tenté d'y remédier et, dans un premier temps, pour mieux fonder le nouvel ordre social et politique, elle a décidé, dès le 14 janvier 1790, de faire traduire ses décrets dans les différents dialectes parlés dans de nombreux départements de l'ouest (breton), du nord (flamand), de l'est (alsacien) et du midi (provençal, languedocien, gascon et basque), et dont la fameuse enquête de l'abbé Grégoire sur les « patois » atteste de la vitalité. Mais, trois ans plus tard, les enjeux politiques ont imposé leur loi. Aux prises avec l'insurrection « fédéraliste », la jeune République a répudié ses premières intentions respectueuses des identités particulières pour imposer l'usage exclusif du français par le décret du 2 thermidor an II. On connaît la tirade du rapport de Bertrand Barrère au comité de salut public : « Le fédéralisme et la superstition parlent bas breton ; l'émigration et la haine de la

Regard d'historien

République parlent allemand ; la contre-révolution parle italien et le fanatisme parle le basque »¹⁰.

La Révolution française va donner une troisième dimension au couple droit et langue : la vocation universaliste.

III – Un universalisme ambigu

Tandis que le français apparaissait comme la langue des lumières et de la liberté, le droit issu de la Révolution fut érigé en modèle et introduit dans une grande partie de l'Europe ; ce furent d'abord les principes de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans les « Républiques sœurs », puis le code Napoléon dans la plupart des Etats inféodés au « Grand Empire français ». Certes, une dissociation s'est opérée ; le code a été traduit en Italie et dans les royaumes et principautés d'Allemagne, mais il a été importé tel quel dans les pays francophones de la rive gauche du Rhin et maintenu en vigueur par le nouveau royaume de Belgique en 1830, de même qu'il a été accepté par le Jura bernois et la République de Genève. Après la chute de Napoléon, la réaction nationaliste évoquée plus haut a mis fin à l'utilisation du code français dans les Etats germaniques, sauf dans le Grand-duché de Bade où il restera en vigueur jusqu'à la promulgation du code civil allemand (*BGB*) en 1900.

Il n'y a pas lieu d'évoquer ici l'influence exercée par la codification de 1804 dans d'autres parties de l'Europe et dans le reste du monde, mais il est certain que le prestige et le rayonnement de la culture française ont pesé certainement dans les choix des élites juridiques et politiques. Tel fut le cas dans la première introduction du code civil sur le continent américain, au Mexique, en 1827. Dans les Caraïbes, la République de Haïti, issue de la célèbre révolte de Toussaint Louverture a aussi publié en 1826 un code directement transposé du modèle napoléonien ; lorsque l'ancienne partie espagnole de Saint-

¹⁰ *Archives parlementaires*, t. LXXXIII, P. 715, Paris, CNRS, 1961. Barrère de Vieuzac était originaire de Tarbes en Bigorre et avait été avocat au Parlement de Toulouse. Sur la question voir : M. de CERTEAU, D. JUKIA, J. REVEL, *Une politique de la langue. La révolution française et les patois*, Paris, Gallimard, 1975.

Domingue s'érigea à son tour en Etat indépendant sous le nom de République dominicaine, en 1844, c'est aussi le code civil qui fut adopté, dans sa version française, traduite seulement en 1884¹¹.

La prétention à l'universalisme a eu des effets plus ambigus dans le processus colonial du XIX^e siècle. Sous la III^e République, dans les colonies et les protectorats d'Afrique ou d'Asie, c'est bien le français qui a été imposé comme langue administrative avant de devenir la seconde langue populaire grâce à l'école. Dans le même temps, une politique d'assimilation était censée diffuser avec les valeurs de la civilisation les bienfaits du droit français. Tel fut le sens du célèbre discours tenu le 28 juillet 1885 à la Chambre des députés par Jules Ferry pour légitimer l'entreprise coloniale¹². Cependant, lorsque l'on cherche à y voir de plus près, force est de constater que le droit réellement appliqué dans les colonies ne fut pas celui en vigueur en métropole, mais un ensemble de textes d'origines différentes organisant un ordre public colonial qui suivait d'assez loin les principes universels promus par la République¹³. L'application du code civil aux ressortissants des différents territoires n'était qu'une fiction, malgré l'installation d'un appareil judiciaire calqué sur le système métropolitain¹⁴.

La critique de cette doctrine d'assimilation prétendue a conduit, au tournant du XX^e siècle, la France à tenter une nouvelle politique dite

¹¹ Pour une synthèse et une bibliographie, voir J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 209-219.

¹² *Discours et opinions de Jules Ferry*, P. ROBIQUET (éd.), Paris, 1893-1898, t. V, p. 77-171.

¹³ Sur ces questions voir Jacques LAFON, « Le bonheur colonial », dans *Le bonheur est une idée neuve. Hommage à Jean Bart*, Publications du Centre Georges Chevrier, vol. 15, Dijon, 2000, p. 291-310, repris dans *Itinéraires De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Travaux de l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal Université Paris I, *De Republica*, n° 5, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, et *ibid.* « Histoire des droits coloniaux », p. 285-343.

¹⁴ B. MOLEUR, « Le désordre juridique colonial dans les anciens établissements français de la Côte occidentale d'Afrique », *Droit et cultures*, n°9-10, 1985, p. 27-49.

Regard d'historien

d'association qui se voulait plus respectueuse des traditions juridiques des populations colonisées, en matière de statut personnel. Un décret du 10 novembre 1903 du gouverneur général Roume créa une « justice indigène » dont les tribunaux composés d'administrateurs coloniaux assistés d'assesseurs furent progressivement installés dans l'Afrique française, avec une chambre d'homologation au sein de la Cour d'appel de Dakar¹⁵. Mais la connaissance des droits applicables se posa aussitôt. En prenant exemple de quelques enquêtes déjà effectuées, un programme de rédaction des coutumes africaines fut lancé par le même gouverneur général Roume, en 1905, et poursuivi de manière intermittente jusqu'à la première guerre mondiale, puis réactivé par le gouverneur général Brévié en 1931. Le résultat ne fut publié qu'à la veille de la deuxième guerre mondiale, en 1939, sous le titre de *Coutumiers juridiques de l'A.O.F.*¹⁶.

Un tel retard souligne les difficultés et les ambiguïtés de l'entreprise. Rompant avec les préjugés universalistes, elle était certainement motivée par le désir d'une meilleure connaissance des identités culturelles et juridiques des populations concernées. Mais le problème du rapport à la langue s'est inévitablement posé. Les administrateurs chargés des enquêtes ont opéré par le truchement d'informateurs indigènes, mais les coutumes ont été recueillies à travers le prisme de catégories juridiques tirées du droit français et publiées dans la langue du colonisateur. Il en est résulté une vision très ethnocentriste de ces droits africains dans laquelle les populations elles-mêmes ne se sont guère reconnues. Un des protagonistes les plus lucides, le gouverneur général Delavignette avait en 1931 mis en

¹⁵ Cette réforme généralisait une expérience de tribunal musulman instituée par Faidherbe dès 1857, voir B. SCHNAPPER, « Les tribunaux musulmans et la politique coloniale au Sénégal (1830-1914) », *Rev. d'hist. du droit français et étranger*, 1961, p. 90-128.

¹⁶ Sur cette opération voir : J. POIRIER, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française », dans *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, J. GILISSEN (dir.), Bruxelles, Ed. de l'Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1962, p. 273-292.

Jacques Poumarède

garde contre les risques encourus : « Si vous mettez la coutume sous influence de votre code, si vous la découpez en catégories, vous tuerez socialement les indigènes. Vous dressez de belles abstractions dans lesquelles vos justiciables seront dépersonnalisés. Vous donnerez une prime au déracinement.¹⁷ »

Le paradoxe veut que les jeunes nations issues de la décolonisation ont emprunté leurs codes à l'ancienne puissance coloniale et ont sacrifié leurs droits traditionnels et, dans une certaine mesure, leurs langues autochtones au nom de l'unité nationale et du développement. L'histoire est un perpétuel recommencement.

¹⁷ R. DELAVIGNETTE, *Les vrais chefs de l'Empire*, Paris, Gallimard, 1931.

**REGARD DU PHILOSOPHE : LANGUE, LANGAGE
DU DROIT ET CULTURE (UN PHENOMENE
D'INTERACTION)**

**par Hassan Abdelhamid,
professeur à l'Université d'Ain Chams (Le Caire, Egypte)**

Le positivisme juridique constitue, depuis l'âge moderne, un obstacle devant la connaissance vraie du droit. Il limite l'espace juridique et détermine l'horizon du juriste. Il prétend éliminer tous les champs de connaissance méta-juridique pour constituer une « théorie pure du droit »¹. Le juriste positiviste est ainsi prisonnier dans ce que nous pourrions appeler les « techniques » juridiques. Il devient un « technicien » par excellence. Il refuse toutes les questions qui sont au-delà des textes juridiques et il les qualifie comme des questions « non-juridiques ». C'est une vision qui a des mérites, mais elle a, à notre avis, plus des défauts. La pensée juridique est devenue, avec cette vision, très pauvre. Nous pourrions constater cette pauvreté² partout dans le monde du droit.

¹ Nous entendons par là le positivisme triomphant de Kelsen qui prétend construire un monde juridique fermé. Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française par Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962.

² Sur l'explication de cette pauvreté, voir, à titre d'exemple, S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, Coll. L'interrogation philosophique, 1992, surtout p. 97 et s. ; voir aussi M.

Cependant, le droit ne peut pas être compris sans ce va-et-vient entre l'ordre juridique et l'ordre social. Les mots ne peuvent pas être compris correctement, séparés des phénomènes culturels localisés dont ils sont les symboles³. Cela suppose une compréhension du langage du droit et comment comprendre le langage du droit sans le confronter à d'autres systèmes linguistiques ?⁴ L'expression « langage du droit » exige, en elle-même, une connaissance unitaire du monde ; une redécouverte de l'unité perdue (à partir de l'âge moderne). Les textes juridiques sont des expressions finales d'une société. Pour comprendre les textes juridiques, il faut comprendre la société dans laquelle ces textes sont nés⁵. Comprendre une société exige, en fait, la compréhension de sa culture dans tous ses aspects. Cette culture est, en réalité, fondée sur une vision du monde qui constitue ce que nous pourrions appeler « le moment fondateur » d'une société⁶.

VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. Questions, 1983, surtout p. 131 et s.

³ C'est la vieille idée des penseurs gréco-latins, que pour comprendre le sens, il ne suffit pas de connaître les mots, mais qu'il faut aussi connaître les choses dont parle le texte. C'est pourquoi, par exemple, la traduction n'est pas une opération seulement linguistique ; mais elle est une opération sur des faits liés à tout un contexte culturel. Cela illustre l'opposition profonde entre linguistique formelle et sémantique. Selon Bréal « supposons que pour connaître les magistratures romaines, nous n'ayons que l'étymologie mais non l'histoire de termes comme *consules*, *praetor*, *tribunus*, etc., nous ne les comprendrions pas », voir M. BREAL, *Essai de sémantique*, 3^e éd., Paris, Hachette, 1904, p. 113.

⁴ Soit dans la même société, soit dans d'autres sociétés. Dans la même société, c'est le rapport entre langue et langages multiples ; dans d'autres sociétés, c'est l'étude comparative des systèmes.

⁵ Selon A. Meillet, « Tout vocabulaire exprime une civilisation. Si l'on a, dans une large mesure, une idée précise du vocabulaire français, c'est qu'on est informé sur l'histoire de la civilisation en France ». Voir A. MEILLET, *Linguistique historique et linguistique générale*, t. II, Paris, Klincksieck, 1938, p. 145.

⁶ L'expression « moment fondateur » évoque ce moment dans lequel une société adopte une vision du monde ; c'est-à-dire une philosophie. Pour en savoir plus sur cette expression, voir notre livre en arabe, *Introduction historique au droit*, Le Caire, Dar el-Nahda el-Arabia, 2002, p. 16 et s.

Langue, langage du droit et culture

Le moment fondateur contient donc la philosophie reconnue dans une société. La philosophie est ordonnatrice du langage⁷. Tout grand système philosophique engendre une structure linguistique, et la compréhension ne s'en opère qu'à l'aide de la philosophie. Ce moment fondateur donne sens à la multiplication des langages dans une société. Malgré la multiplication des langages (juridique, économique, artistique, politique etc.), nous pourrions constater l'unité de la langue parlée dans cette société. Tous les langages naissent de la même source, ou, si l'on veut, du même « moment fondateur ». Ce rapport entre langue et langage juridique fait que le juriste qui prétend ne connaître que le droit, ne connaît pas même le droit car la connaissance des éléments historiques et culturels constitue la base de toute pensée juridique concrète. Tout dans la réécriture du droit est symbolique et aussi signe du symbolisme intrinsèque du droit en soi-même⁸. Il faut regarder les textes juridiques en tant que symboles et chercher les idées symbolisées dans la culture d'une société.

Pour bien comprendre une langue, il faut remplir deux conditions, dont chacune est nécessaire, et dont chacune en soi n'est pas suffisante : étudier la langue ; étudier (systématiquement) l'ethnographie⁹ de la communauté dont cette langue est l'expression. C'est-à-dire faire le rapport entre la langue et la culture.

⁷ La philosophie est effort de vision totale du monde, elle découpe, articule le monde en ses éléments que traduisent les termes principaux du langage.

⁸ Dans ce sens, voir Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Le droit et les Sens*, Paris, L'atelier de l'Archer, 2000, p. 9.

⁹ Si l'on appelle ethnographie (ce terme correspond à la description de ce qui a été nommé civilisations) la description complète de la culture totale d'une communauté donnée, et si l'on appelle cultures l'ensemble des activités et des institutions par où cette communauté se manifeste, on peut souscrire à cette définition : « Les relations entre le langage et chacun des autres systèmes culturels contiendront toutes les significations des formes linguistiques et constitueront la métalinguistique de cette culture ». On peut critiquer ce terme de métalinguistique et l'idée que la « métalinguistique » américaine se fait des rapports entre systèmes culturels et système linguistique. Mais la linguistique américaine a raison sur un point, le point de départ : « le contenu de la sémantique d'une langue, c'est l'ethnographie de la communauté qui parle

Ainsi, notre intervention concerne les rapports entre langue, langage du droit et culture. Notre plan est constitué des deux parties : l'être du langage (I) et le statut des concepts (II). Dans notre conclusion nous répondrons à la question posée par ce colloque : existe-t-il une culture juridique francophone ?

I - L'être du langage

La question des rapports entre langue et pensée a été posée depuis longtemps : la langue conditionne-t-elle la pensée ou à l'inverse la pensée conditionne-t-elle la langue ? Cette question concerne par excellence la discussion sur l'être du langage qui occupe une place considérable dans la philosophie du langage. Il existe une controverse philosophique autour des rapports entre pensée et langage (A) et, à notre avis, cette controverse doit prendre en considération l'expérience du langage (B) pour bien comprendre son être.

A - Le débat philosophique sur les rapports entre pensée et langage

La question a été posée avec force à partir de la philosophie phénoménologique. C'est ainsi que la critique de la logique formelle, triomphante avec la philosophie rationaliste moderne, est devenue légitime. La logique rationaliste moderne est modelée sur la mathématique formelle et la question posée par la phénoménologie concerne la nécessité de la vérification¹⁰. Et la parole des maîtres de la linguistique au XX^e coïncide avec l'analyse phénoménologique.

cette langue ». Voir G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1963, p. 233-234 et les références mentionnées par lui.

¹⁰ C'est, en fait, le titre d'un livre connu de Gilles-Gaston Granger, édité en 1992, qui montre bien cette nécessité dans le domaine des sciences. Voir Gilles-Gaston GRANGER, *La Vérification*, Paris, éd. Odile Jacob, Coll. Philosophie, 1992. Voir aussi, A. KOJEVE, *Le concept, le temps et le discours : Introduction au système du Savoir*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 1990.

Langue, langage du droit et culture

En effet, selon la linguistique interne¹¹, chaque langue découpe dans le même réel des aspects différents ; que c'est notre langue qui organise notre vision de l'univers ; que nous ne voyons littéralement de celui-ci que ce que notre langue nous en montre, avec toutes les conséquences que ces thèses impliquent en ce qui concerne les rapports entre langage et pensée.

Mais la linguistique externe¹² ajoute que non seulement la même expérience du monde s'analyse différemment dans des langues différentes, mais que l'anthropologie culturelle et l'ethnologie amènent à penser que¹³ ce n'est pas toujours le même monde qu'expriment des structures linguistiques différentes.

On admet, aujourd'hui, qu'il y a des « cultures » (ou des « civilisations ») profondément différentes, qui constituent non pas autant de « visions du monde » différentes, mais autant de « mondes » réels différents. Et la question s'est posée de savoir si ces mondes profondément hétérogènes se comprennent ou peuvent se comprendre ; de savoir si « en profondeur, chaque civilisation est impénétrable pour les autres »¹⁴.

La question qui a été posée par les maîtres de la linguistique est la suivante : est-ce que la langue est un outil passif de l'expression ; ou est-elle plutôt un principe actif qui impose à la pensée un ensemble de distinctions et de valeurs ?

A ce propos, nous pourrions dégager deux thèses. La première est traditionnelle et la deuxième est moderne.

¹¹ Selon cette thèse, les structures de l'univers sont loin d'être reflétées, mécaniquement, c'est-à-dire logiquement, dans des structures universelles du langage. La thèse principale de la linguistique interne est la suivante : « A chaque langue correspond une organisation particulière des données de l'expérience. Une langue est un instrument de communication selon lequel l'expérience humaine s'analyse différemment dans chaque communauté ». Sur cette thèse, voir A. MARTINET, *Eléments de linguistique générale*, Paris, A. Colin, 1960, p. 16 et 25.

¹² Qui recourt à la sociologie comme science auxiliaire.

¹³ Dans des limites à déterminer.

¹⁴ Sur l'explication de cette thèse, voir G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, *op. cit.*, p. 59 et s.

La première thèse, celle traditionnelle, concerne les théories sur la signification en linguistique¹⁵. C'est la notion classique du sens d'un énoncé linguistique. Selon cette thèse, les structures du langage résultaient plus ou moins directement des structures de l'univers (d'une part) et des structures universelles de l'esprit humain (d'autre part). Il y avait des noms et des pronoms dans les langues parce qu'il y avait des êtres dans l'univers ; des verbes dans les langues parce qu'il y avait des processus dans l'univers ; des adjectifs dans les langues parce qu'il y avait des qualités des êtres dans l'univers ; des adverbes dans les langues parce qu'il y avait des qualités des processus et des qualifications des qualités elles-mêmes, dans l'univers ; des prépositions et des conjonctions parce qu'il y avait des relations logiques de dépendances, d'attribution, de temps, de lieu, de circonstance, de coordination, de subordination, soit entre les êtres, soit entre les processus, soit entre les êtres et les processus dans l'univers¹⁶.

La deuxième thèse est celle moderne. Elle est exposée par Wilhelm von Humboldt, et surtout ses descendants, dits néo-kantiens ou néo-humboldtiens. « Cette philosophie refusait de voir dans la langue un outil passif de l'expression. Elle l'envisageait plutôt comme un principe actif qui impose à la pensée un ensemble de distinctions et de valeurs : tout système linguistique renferme une analyse du monde extérieur qui lui est propre et qui diffère de celle d'autres langues ou d'autres étapes de la même langue. Dépositaire de l'expérience accumulée des générations passées, il fournit à la génération future une façon de voir, une interprétation de l'univers ; il lui lègue un prisme à travers lequel elle devra voir le monde non-linguistique »¹⁷.

¹⁵ Sur ces théories, voir, surtout, J. P. VINAY et DARBELNET, *Stylistique comparée du français et de l'anglais*, Paris / Montréal, Didier / Beauchemin, 1958, p. 37 et s. Voir aussi, sur les thèses qui critiquent la notion classique du sens d'un énoncé linguistique, G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, op. cit., p. 21 et s.

¹⁶ *Idem*, p. 41.

¹⁷ S. ULLMANN, *Précis de sémantique française*, Berne, A. Francke, 1952, p. 300.

Langue, langage du droit et culture

Cette thèse a été longtemps négligée. Mais elle s'est vue revalorisée par la linguistique structuraliste. On peut dire qu'aujourd'hui tout le monde souscrit à la thèse humboldtienne plus rigoureusement reformulée, refondée sur des analyses satisfaisantes. Selon ces thèses structuralistes, « la langue est l'expression de la forme sous laquelle l'individu voit le monde et le porte à l'intérieur de lui-même »¹⁸. D'autre part, « chaque langue est un système qui opère une sélection au travers et aux dépens de la réalité objective. Chaque langue crée une image de la réalité, complète, et qui se suffit à elle-même. Chaque langue structure la réalité à sa propre façon et, par là-même, établit les éléments de la réalité qui sont particuliers à cette langue donnée. Les éléments de réalité du langage dans une langue donnée ne reviennent jamais tout à fait sous la même forme dans une autre langue, et ne sont pas, non plus, une copie directe de la réalité. Ils sont, au contraire, la réalisation linguistique et conceptuelle d'une vue de la réalité qui procède d'une matrice structurelle unique mais définie, qui continuellement compare et oppose, relie et distingue les données de la réalité »¹⁹. Ainsi, une même « chose » physique peut recevoir des descriptions sémantiques bien différentes selon la civilisation envisagée.

Cette idée que chaque langue découpe dans le réel des aspects différents²⁰, et qu'elle découpe aussi le même réel en unités différentes²¹, est devenue le lieu commun de toute la linguistique actuelle.

¹⁸ W. VON WARTBURG, *Problèmes et méthodes de la linguistique*, Trad. P. MAILLARD, Paris, PUF, 1946, p. 148.

¹⁹ Jost TRIER, *Das sprachliche Feld*, Dans *Neue Jahrbucher fur Wissenschaft u. Bildung*, 10 (1934), p. 428-449, cité par G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, *op. cit.*, p. 44-45.

²⁰ Négligeant ce qu'une autre langue met en relief, apercevant ce qu'une autre oublie.

²¹ Divisant ce qu'une autre unit, unissant ce qu'une autre divise, englobant ce qu'une autre exclut, excluant ce qu'une autre englobe

Selon cette idée, « chaque peuple a la logique que révèle la syntaxe de son langage »²². Elle admet que les langues, malgré certaines apparences, n'analysent pas de la même manière une même donnée objective. Ainsi, « les catégories mentales et les lois de la pensée ne font, dans une large mesure, que refléter l'organisation et la distribution des catégories linguistiques »²³. En bref : « Nous pensons un univers que notre langue a d'abord modelé »²⁴. Donc, ce courant conclut que la structure linguistique que l'individu reçoit de son entourage est essentiellement responsable de la façon dont s'organise sa conception du monde.

La linguistique contemporaine admet la thèse suivante : « A chaque langue correspond une organisation particulière des données de l'expérience [...]. Une langue est un instrument de communication selon lequel l'expérience humaine s'analyse différemment dans chaque communauté »²⁵.

Cependant, la linguistique contemporaine pose les questions suivantes : est-il vrai que nous pensons dans un univers que notre langage a d'abord modelé ? Est-il vrai que nous ne voyons le monde qu'à travers les verres déformants d'une langue particulière, de telle sorte que les images différentes (de la même réalité) que nous obtenons dans chaque langue particulière, ne sont jamais exactement superposables ? Est-il donc vrai, finalement, que, quand nous parlons du monde dans deux langues différentes, nous ne parlons jamais tout à fait du même monde ?²⁶

²² M. COHEN, « Faits linguistiques et faits de pensée », *JdP*, 1947, n° 4, p. 385-402, voir p. 300.

²³ E. BENVENISTE, « Tendances récentes en linguistique générale », *JdP*, 1954, n° 1-2, p. 130-145, voir p. 133. Selon lui, les variétés de l'expérience philosophique et spirituelle sont sous la dépendance inconsciente d'une classification que la langue opère du fait qu'elle est la langue et qu'elle symbolise.

²⁴ *Ibid.*, p. 133.

²⁵ A. MARTINET, *Éléments de linguistique générale*, Paris, A. Colin, 1960, p. 16 et p. 25.

²⁶ Sur ces questions et sur la critique des thèses structuralistes, voir G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, *op. cit.*, p. 51 et s.

Langue, langage du droit et culture

Si, dans la pensée des contemporains, il existe une séparation complète entre les langues et si chaque langue détermine la vision du monde, il reste à comprendre comment les peuples se comprennent. En effet, la discussion des « visions du monde » et des « civilisations » différentes prend appui sur une notion intéressante en linguistique générale, celle des universaux de langage ; et celle des universaux anthropologiques et culturels qui sous-tendent les significations dans les langues.

Cette notion trouve ses origines dans les idées nominalistes du Moyen Age : les universaux des nominalistes médiévaux, qui survivaient en histoire de la philosophie²⁷. Le terme réapparaît chez les auteurs anglo-saxons, d'abord dans l'anthropologie, la sociologie et la psychologie et puis dans la linguistique. Les linguistes anglo-saxons acceptent qu'il y ait des universaux fondamentaux, intrinsèques au langage, qui réapparaissent dans toutes les langues particulières examinées jusqu'ici²⁸. Selon Whatmough : les universaux sont les traits qui se retrouvent dans toutes les langues – ou dans toutes les cultures exprimées par ces langues²⁹.

A l'inverse de la recherche philosophique sur les universaux qui s'était appuyée sur une métaphysique *a priori* de l'identité de l'esprit, de l'unicité de la pensée, de l'universalité de la logique, et qui s'est trouvée discréditée dans tous les domaines à la fin du XIX^e siècle, la linguistique contemporaine précise que s'il y a des universaux, leur existence doit être établie par une enquête purement empirique, sans

²⁷ Car André Lalande, dans son *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, ne leur accorde pas même un article séparé. On en trouve mention à l'article sur le mot « universel ». Voir A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 16^e éd., 1988, p. 1170-1174.

²⁸ Voir J. WHATMOUGH, *Language, A modern synthesis*, Londres, Secker & Warburg, 1956, p. 16.

²⁹ Le sens du terme est passé du sens de la logique classique, indiqué par le *Vocabulaire* de Lalande et par l'*Oxford English Dictionary* de la même façon (« une chose qui puisse être le prédicat de beaucoup d'autres »), au sens implicite chez les linguistes anglo-saxons.

préconception d'aucune sorte, sauf celle de vérifier cette existence ou non³⁰.

Selon cette notion, il y a des universaux cosmogoniques (parce que tous les hommes habitent la même planète). Il y a aussi des universaux biologiques (les hommes ont en commun d'être hommes avec ce que cela comporte d'analogies physiologiques et psychologiques).

A côté des universaux linguistiques proprement dits, le langage véhicule aussi d'autres universaux, liés eux aussi à la vie de l'homme en société : ce sont ceux que l'anthropologie américaine appelle les universaux de culture (dont les universaux linguistiques ne sont qu'un élément).

On a montré que certains aspects des cultures, incluant le langage, la technologie, la religion, l'éducation, le pouvoir, se rencontrent dans toutes les cultures. De plus, beaucoup de détails spécifiques de culture sont eux aussi universels : ces détails comprennent le feu, le levier, la lance, la numération, l'inceste, les tabous, etc.³¹.

L'existence de ces universaux de culture mène à mettre en lumière un autre phénomène connexe : c'est le phénomène de la convergence des cultures, impliquant la communauté de référence à une réalité culturelle, et, par conséquent, l'équivalence dénotative (une fois de plus) des dénominations, dans des cultures différentes.

Malgré la célébrité de la notion actuelle de convergence des cultures, et celle d'universaux de culture, la recherche linguistique a jusqu'ici favorisé l'étude de la divergence aux dépens de la convergence³².

³⁰ G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, op. cit., p. 196.

³¹ B. et E. AGINSKY, *The importance of language universals*, Word, 1948, n° 3, p. 168-172.

³² Les effets de la convergence des cultures (dont la convergence linguistique est un reflet partiel) ont été de plus en plus signalés par les ethnologues, dont Lévi-Strauss a résumé le drame en termes parlants : Voici « le cercle infranchissable, écrit-il : moins les cultures humaines étaient en mesure de communiquer entre elles et donc de se corrompre par leur contact, et moins aussi leurs émissaires respectifs étaient capables de percevoir la richesse et la signification de cette diversité [des cultures]. En fin de compte, je suis

B - L'expérience du langage et l'être du langage

Au XIX^e siècle, la linguistique s'intéressait à la question de l'origine et de l'évolution du langage, mais la linguistique contemporaine s'intéresse à la signification de l'expérience du langage dans le contexte de la vie humaine³³. Les maîtres de la linguistique ont affirmé qu'il existe « une corrélation essentielle entre pensée et langage, impossible à séparer l'un de l'autre ». D'autre part, il existe une corrélation entre « langage et culture »³⁴. En effet, cette affirmation coïncide avec l'analyse phénoménologique de l'« acte de parler ». Nous pouvons dire que l'expérience culturelle ne peut être apparue qu'en même temps que l'expérience du langage, comme le révèlent les recherches sur le mythe, dont la racine verbale indique le « domaine dans lequel parler, discourir, faire et penser ne sont pas encore séparés, non seulement dans l'invocation de la divinité, mais aussi dans le parler quotidien »³⁵.

Lorsque se produit la distinction entre « la parole indicative » ou « représentative » et « la fabulation », la pensée ne se sépare pas autant

prisonnier d'une alternative : tantôt voyageur ancien, confronté à un prodigieux spectacle dont tout ou presque tout lui échappait, pire encore, inspirait raillerie et dégoût, tantôt voyageur moderne courant après les vestiges d'une réalité disparue. », Voir LEVI-STRAUSS, *Tristes tropiques*, p. 33, Cité par G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, op. cit., p. 221.

³³ C'est à partir des travaux de Wilhelm von Humboldt et les contributions d'Ernst Cassirer, de Ferdinand Saussure ou d'Edward Sapir. A titre d'exemple voir E. CASSIRER, *The Philosophy of Symbolic Forms*, Trad. de Ralph Manheim, Londres, 1953.

³⁴ Selon F. de Saussure, la langue est une feuille de papier où la pensée serait le verso et le son le recto, impossibles à séparer l'un de l'autre. Voir « Cours de linguistique générale », Paris, 1964, p. 157.

³⁵ Sur cette question, voir E. CASSIRER, *Mito y lenguaje*, trad. de Carmen Belzer, Buenos Aires, 1959. Il présente le mythe et le langage comme expressions du « penser métaphorique », les deux étant subordonnés aux mêmes motifs spirituels. Cité par M. REALE, *Expérience et culture. Fondement d'une théorie générale de l'expérience*, Bordeaux, Editions Biere, 1990, p. 176, voir aussi référence n° 50 à la même page.

du langage. Le « mythos » cède la place au « logos », qui signifie aussi bien parole que pensée, élevé au niveau de la rationalité ou de l'épistémè³⁶.

Selon Heidegger, le penser et le parler sont des modes d'être de l'existence, et il n'est pas possible de concevoir le langage comme un voile qui cache et, en même temps, révèle les choses, car la parole fait corps avec les choses et les choses sont dénommées en obéissant à des impulsions instinctives de mémoriser et de conserver le perçu, en le rendant possédé et communicable. Le langage est ainsi le sol commun des formes culturelles³⁷.

Par ailleurs, on peut établir que la corrélation faite entre langage et logique et la discussion pour savoir si celui-là précède celle-ci ou s'il arrive l'inverse n'est qu'un pseudo-problème³⁸, car l'interaction entre les deux est de tel ordre qu'il n'y a pas lieu de poser la question en termes de précédence.

Nous sommes d'accord avec les auteurs qui disent que l'essentiel est de ne pas délier la recherche linguistique du domaine de l'expérience, ou prétendre réduire celle-ci à un simple déroulement de formes symboliques ; c'est de reconnaître, en somme, que chaque sphère de la culture a ses modèles expressifs ou constitutifs du réel, et que la corrélation entre pensée et langage doit être maintenue, pour ne pas tomber dans l'arbitraire des signes, après avoir oublié le problème non moins essentiel du contenu ou de la signification de la parole.

Mettre en corrélation langage et pensée, c'est, en dernière analyse, le maintenir lié à la source de la valeur, car « la valeur ne se réduit pas à un mot ». Si plein de réalité que soit le langage, cela ne justifie pas la

³⁶ Voir M. REALE, *Expérience et culture. Fondement d'une théorie générale de l'expérience*, op. cit., p. 176.

³⁷ Il ne peut y avoir un langage élu, converti en modèle pour les autres langages, du fait d'une nécessaire et permanente homologie entre les structures verbales et les structures du réel que l'on recherche. Des livres de HEIDEGGER, voir, à titre d'exemple, *Chemins qui ne mènent nulle part*, Trad. W. BROKMEIER, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1962 ; *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Trad. J. TAMINIAUX, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1971.

³⁸ Dans ce sens, voir M. REALE, *Expérience et culture. Fondement d'une théorie générale de l'expérience*, op. cit., p. 177.

réduction de toutes les questions philosophiques et de toutes les questions linguistiques, car, somme toute, les paroles traduisent les sédimentations du monde d'être de l'homme dans ses rapports avec les choses³⁹.

En effet, nous pourrions comparer les rapports entre la linguistique formelle et la sémantique avec les rapports entre l'algèbre et la mathématique. Pour les mathématiciens, la mathématique formelle, en tant que système de relations formelles, est une espèce de modèle vide, qui n'acquiert sa pleine validité que s'il est vérifié dans un monde de significations. Toute algèbre ne devient utilisable que finalement confrontée à ce monde des significations, qui est le monde des vérifications, dans lequel on affecte, aux signes et symboles algébriques, des valeurs arithmétiques (numériques) qui les éprouvent⁴⁰.

Nous pourrions confirmer la même chose dans le domaine de la linguistique. La sémantique (ou plutôt le lexique) est à la linguistique descriptive formelle, ce que l'arithmétique est à l'algèbre. La linguistique descriptive formelle obtient, ou pourrait obtenir, des formules vides, morphologiques et syntaxiques. Ces formes reflètent la structure des langues comme des calculs non interprétés. Mais elles ne deviennent signifiantes que lorsqu'on leur adjoint des valeurs concrètes qui les rattachent au monde de l'expérience non-linguistique. Ces deux lectures linguistiques sont séparément possibles – celles des structures formelles *non-interprétées*, celles des structures formelles *interprétées* par addition de valeurs sémantiques (la lecture algébrique, et la lecture arithmétique des formules)⁴¹.

³⁹ Ce qui explique la position du « dernier Wittgenstein » s'orientant vers l'unification des multiples perspectives linguistiques dans le domaine d'une nouvelle ontologie. Il semble que la philosophie du langage soit fondée sur deux hypothèses : toute la culture doit être étudiée comme un phénomène de communication ; tous les aspects d'une culture peuvent être étudiés comme contenu de la communication. Je pense que ces deux hypothèses sont fausses.

⁴⁰ Sur la nécessité de la vérification dans les domaines scientifiques, voir G.-G. GRANGER, *La vérification*, Paris, Odile Jacob, Coll. Philosophie, 1992.

⁴¹ Sur des exemples de la possibilité de ces deux lectures, voir G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, *op. cit.*, p. 230 et s.

Pour comprendre une langue, il ne suffit, donc, pas d'utiliser la linguistique formelle ; on ne peut pas demeurer dans ce domaine de l'algèbre linguistique, du calcul non interprété. Il faut rentrer dans le domaine du calcul interprété, de l'arithmétique linguistique. Il faut assigner des valeurs sémantiques concrètes aux formules vides. Il faut rentrer dans le monde des significations par l'intermédiaire de l'ethnographie⁴².

Le principe fondamental est donc celui là : « Les mots ne peuvent être compris correctement, séparés des phénomènes culturels localisés dont ils sont les symboles »⁴³. Ce principe n'est pas un principe empirique. Il est un principe d'ordre véritablement théorique, lié à l'analyse de la nature des choses elle-même⁴⁴.

Or, il n'y a pas moyen de décrire et de nommer la totalité des définitions référentielles concernant une communauté donnée autrement que par l'ethnographie de cette communauté. Aller chercher toutes les définitions référentielles de la langue d'une

⁴² Sur la signification de ce terme et sa qualification comme « métalinguistique », voir *op. cit.*, référence n° 9.

⁴³ E. A. NIDA, « Linguistics and Ethnology in translation Problems », *Word*, 1945, n° 2, p. 194-208, voir p. 207.

⁴⁴ En effet, dire que l'accès aux significations véhiculées par une langue est possible par deux voies complémentaires, celle de la linguistique et celle de l'ethnographie, c'est généraliser au niveau d'une langue tout entière des théorèmes linguistiques ou logiques déjà solidement établis au niveau des analyses de détail et surtout celle qui concerne la thèse des logiciens modernes qui distinguent soigneusement deux grandes classes de définitions : celle où le signe est expliqué par le recours à la chose qu'il dénote (la « *this-description* », la « définition déictique », la « définition référentielle », la « signification ostensive » de Kotzebina, la « désignation », la signification par « indication » de Russell etc....) ; puis celle où le signe est expliqué par le recours à d'autres signes du même système (« définition sémantique » de Sorensen, « définition linguistique » de la plupart des logiciens, « signification » de Morris, etc.). Là encore on peut dire que si l'étude d'une langue étrangère permet d'acquérir les définitions linguistiques des énoncés, seule l'étude des définitions référentielles permet de lever toutes les incertitudes, d'éviter toutes les équivoques, de combler toutes les lacunes. Sur cet explication, voir G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, *op. cit.*, p. 238 et s.

Langue, langage du droit et culture

communauté donnée sur place, pour comprendre le plus pleinement possible le sens des énoncés dans cette langue, c'est se faire ethnographe.

La possibilité d'accéder aux significations d'une autre « vision du monde » que la nôtre, d'une autre « civilisation » que la nôtre, par la voie « ethnographique » n'a jamais été prise au sérieux.

II - Le statut des concepts

Dans cette partie, nous allons discuter la transformation du langage en discours (A) et le concept en tant que symbole (B).

A - Le langage comme discours

En effet, depuis le stoïcisme, le système des signes avait été ternaire (le signifiant, le signifié et la « conjoncture »). Mais à partir du XVII^e siècle, la disposition des signes deviendra binaire, puisqu'on la définira, avec Port-Royal, par la liaison d'un signifiant et d'un signifié. De plus, à la Renaissance, l'organisation est différente, et beaucoup plus complexe. Elle est ternaire, puisqu'elle fait appel au domaine formel des marques, au contenu qui se trouve signalé par elles, et aux similitudes qui lient les marques aux choses désignées ; mais comme la ressemblance est aussi bien la forme des signes que leur contenu, les trois éléments distincts de cette distribution se résolvent en une figure unique⁴⁵.

Cette nouvelle disposition entraîne l'apparition d'un nouveau problème, jusque-là inconnu. En effet, on s'était demandé comment reconnaître qu'un signe désignait bien ce qu'il signifiait ? Comment un signe peut-il être lié à ce qu'il signifie ? Pour les classiques, par l'analyse de la représentation ; et pour les modernes, par l'analyse du sens et de la signification. Mais du fait même, le langage ne sera rien de plus qu'un cas particulier de la représentation (pour les classiques) ou de la signification (pour les modernes). Donc, la profonde appartenance du langage et du monde se trouve défaite ; les choses et les mots vont se séparer ; le discours aura bien pour tâche de dire ce

⁴⁵ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, Cllo. Tel, 1966, p. 57.

qui est, mais il ne sera rien de plus que ce qu'il dit. La réalité est transformée en signes et le problème qui se pose c'est celui des rapports de la pensée à la culture.

A partir du XVII^e siècle, le texte cesse de faire partie des signes et des formes de la vérité ; le langage n'est plus une des figures du monde ; le langage se retire du milieu des êtres pour entrer dans son âge de transparence et de neutralité. « La vérité trouve sa manifestation et son signe dans la perception évidente et distincte. Il appartient aux mots de la traduire s'ils le peuvent »⁴⁶.

Au XVII^e siècle, le signe cesse d'être une figure du monde ; et il cesse d'être lié à ce qu'il marque par les liens solides et secrets de la ressemblance ou de l'affinité. Le classicisme (au XVII^e s.) le définit selon trois variables (logique de Port-Royal) : la première est le signe, puisqu'il est toujours ou certain ou probable et doit trouver son espace à l'intérieur de la connaissance ; la seconde variable du signe concerne la forme de sa liaison avec ce qu'il signifie ; la troisième est celle qui peut prendre les deux valeurs de la nature et de la convention (les signes peuvent être donnés par la nature ou constitués par l'homme)⁴⁷.

L'existence du langage à l'âge classique est à la fois souveraine et discrète. Cette existence une fois éliée, seul subsiste son fonctionnement dans la représentation : sa nature et ses vertus de discours. Le discours est entendu comme suite de signes verbaux. Cette suite n'est pas la même dans toutes les langues car le langage est le lien concret de la représentation à la réflexion.

Dans le monde moderne, le langage est donc devenu un discours, dans le sens d' « une suite de signes verbaux ». Il est un moyen de représenter les choses. Le fonctionnement de la représentation dans le monde moderne est fait à partir de la conceptualisation du monde. Le concept est ainsi devenu l'outil essentiel de la philosophie moderne. Le concept est compris dans le sens du « symbole ».

⁴⁶ *Id.*, p. 70.

⁴⁷ Sur l'explication de la logique de Port-Royal, voir M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1966, p. 72 et s.

B - Le concept comme symbole

Le nom de « symbole », dans son acception la plus générale, peut s'appliquer à toute expression formelle d'une doctrine, verbale ou figurée. Par là, le mot ne peut avoir d'autres fonctions ni d'autres raisons d'être que de symboliser l'idée. C'est-à-dire, au fond, de donner à cette idée une représentation sensible. Ainsi, le langage est un cas particulier du symbolisme en tant que signes d'idées ou que choses supra sensibles. Mais le « symbole » peut être compris dans un sens plus étroit en tant qu'un symbolisme voulu, réfléchi, cristallisant dans des représentations figuratives les enseignements d'une doctrine. A l'origine, entre ce deuxième sens et le premier, il n'y avait pas de limites précises car l'écriture, au départ, fut partout idéographique⁴⁸.

Ce deuxième sens constitue, en effet, le support le mieux approprié pour des possibilités de conceptions que les mots ne pourront pas exprimer. Le symbole dans son deuxième sens, constituait la langue métaphysique par excellence. Dans ce sens, on peut concevoir les dieux des Grecs comme représentant certains principes métaphysiques. Par-là même, le « symbole » est d'un ordre inférieur à ce qui est symbolisé. On ne peut pas renverser ce rapport entre le « symbole » et le principe ou l'idée qu'il symbolise car « le symbolisme n'a de sens et de raison d'être qu'autant qu'il est d'un ordre inférieur à ce qui est symbolisé »⁴⁹.

En général, donc, tout mode d'expression quel qu'il soit, a forcément un caractère symbolique, au sens le plus général de ce terme, par rapport à ce qu'il exprime. Dans ce sens, le concept est « symbole ». Il doit représenter les idées métaphysiques dans une société. Il y a donc un rapport entre « concept » et « idées ».

Le concept signifie la représentation mentale générale et abstraite d'un objet. Le concept s'arrête donc à un genre, à partir duquel peut se recomposer la réalité qu'il interprète. Le concept est d'ordre physique, il envisage la réalité sensible pour dégager les caractères communs de

⁴⁸ Comme preuve, le langage de l'Égypte ancienne ou même jusqu'à maintenant l'écriture chinoise.

⁴⁹ A ce propos, voir R. GUENON, *Introduction générale à l'étude des doctrines hindoues*, Paris, Edition de la Maisnie, 1987, p. 111.

Hassan Abdelhamid

cette réalité en faisant abstraction de tout. Pour arriver à comprendre le concept, né dans une société, il faut d'abord comprendre les idées qui existent dans cette société. La culture d'une société est bâtie sur des idées métaphysiques qui constituent sa vision du monde. Les concepts viendront après pour donner corps à ces idées.

Dans la philosophie moderne, le concept, en tant qu'outil, semble s'opposer au symbolisme dans son sens vrai, c'est-à-dire comme représentant des idées métaphysiques. Avec la philosophie moderne, on ne voit plus dans le symbole que son extériorité contingente à cause de la prédominance des Facultés sensibles et imaginatives.

En considérant le symbolisme comme une « forme de pensée », la philosophie moderne ne l'envisage que sous le rapport purement humain. Et il est certain qu'on peut l'envisager ainsi, en tant qu'il est un mode d'expression à l'usage de l'homme ; mais, à la réflexion, cela est fort loin d'être suffisant et, ne touchant aucunement à son essence, ne représente même que le côté le plus extérieur de la question. Le vrai sens du symbolisme contient, en principe, un côté « métaphysique » et ce côté est celui qui donne au symbole sa réelle efficacité.

Or, pour comprendre les concepts (en tant que symboles) il faut revenir à la culture dans laquelle ces concepts sont nés. Il ne suffit pas d'étudier les concepts en soi, mais il faut aller au-delà ; c'est-à-dire chercher les idées dans la culture qui a produit ces concepts pour arriver à comprendre le sens vrai de ces concepts dans leur contexte cultural. Rien ne pourra être compris sans ce retour car les mots ne peuvent être compris correctement, séparés des phénomènes culturels localisés dont ils sont les symboles.

*

**

Quelques observations pour conclure :

- La pensée et le langage sont interactifs : le langage représente la pensée et la pensée est limitée par le langage disponible. La langue

Langue, langage du droit et culture

est, à la fois, un outil passif de l'expression et un principe actif qui impose à la pensée un ensemble de distinctions et de valeurs.

- Le concept est un symbole. Donc il n'a pas de valeur en soi, séparé de ce qu'il symbolise.

- Le retour à la culture qui se trouve à la base d'un langage est nécessaire pour comprendre ce langage. Même en ce qui concerne des sociétés différentes qui parlent la même langue (comme preuve, les sociétés française, canadienne, africaines).

- La question posée dans ce colloque, à savoir si la langue française en partage est un vecteur d'une logique juridique propre, est une question mal posée. La Francophonie constitue en fait un cadre dans lequel la diversité culturelle est légitime et réelle.

- Même si l'on utilise les mêmes mots, le contenu de ces mots est variable. D'où mon idée d'un « Dictionnaire des cultures juridiques francophones ». C'est un projet à développer dans le cadre des travaux des réseaux des chercheurs de l'Agence universitaire de la Francophonie. Je rêve depuis quelques temps de réaliser ce projet au sein de la Francophonie. Un « Dictionnaire des cultures juridiques francophones » pourra nous aider à comprendre la réalité. Il sera un état des lieux magnifique pour bâtir une vraie culture juridique francophone.

DEUXIEME PARTIE

CONSTRUCTION NORMATIVE
DANS L'ESPACE FRANCOPHONE

**PROPOS INTRODUCTIFS : TENDANCES
GENERALES ET ACTUELLES**

**par Camille Kuyu,
professeur (Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris),
directeur de l'Académie africaine de Théorie du Droit**

Le président Abdou Diouf écrit avec justesse : « les relations entre la langue et le droit sont fondamentales et réciproques. La langue véhicule le droit et le droit véhicule la langue. La structure de la langue, qui traduit celle de la pensée, influence la conception juridique »¹. Si les Etats francophones ont, d'une façon générale, en partage la conception civiliste du droit, il n'en reste pas moins, comme le remarque Yann Aguila, que « le droit n'est pas seulement un donné, il est aussi, très largement, un construit »².

La construction normative est un processus laborieux qui mobilise des sources, des techniques, des acteurs et des lieux. Dans cette contribution, nous allons chercher à comprendre comment, par qui et à partir de quelles positions d'autorité sont produites des normes dans l'espace francophone. Pour des raisons de méthode, nous

¹ Abdou DIOUF, « Recherche juridique : les attentes de la Francophonie », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, n° 20, Paris, 2005, p. 5 ;

² Yann AGUILA, « Construire le droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, n° 20, 2005, p. 1 .

aborderons ces questions à partir des trois niveaux : supra étatique, étatique et infra étatique.

I - Au niveau supra étatique

Depuis l'adoption, en 1989, par le sommet de Dakar, d'une résolution sur les droits fondamentaux, la Francophonie a progressivement construit un *corpus* juridique dont la déclaration de Bamako de novembre 2000 peut être considérée comme le texte de référence. Ce texte et tous les autres instruments juridiques de la Francophonie sont fondés sur des valeurs bien précises : droits de l'homme, démocratie, Etat de droit.

Les instruments juridiques de la Francophonie sont élaborés et rédigés selon des procédures et des critères consensuellement dégagés tout au long de débats libres et ouverts impliquant, d'une part des experts désignés es qualités, et d'autre part des représentants de gouvernements dans des instances appropriées de l'OIF. Les grandes déclarations sont faites à l'occasion des sommets des chefs d'Etat et de gouvernement qui ont lieu tous les deux ans. D'autres instruments juridiques sont adoptés par les autres instances de la Francophonie en amont ou en aval.

On notera toutefois que peu d'instruments juridiques de la Francophonie ont un caractère normatif. En effet, comme le dit le doyen Jacques Frémont, « les instruments normatifs sont ceux qui, peu importe leur statut juridique précis, se trouvent liés ceux qui les adoptent. L'analyse de la section précédente indique [...] que peu de déclarations adoptées par les chefs d'Etat et de gouvernement à l'occasion des différents sommets ou des conférences ministérielles peuvent avoir un tel effet, même au plan du droit international. Autrement dit, ces déclarations n'ont pas l'effet normatif que peuvent avoir, par exemple, la déclaration universelle des droits de l'homme ou les grands pactes adoptés par les Nations unies. Par contre, deux instruments adoptés par les instances de la Francophonie ont un effet semblable puisqu'ils se trouvent liés leurs signataires (les ministres de la Justice pour la déclaration du Caire) ou encore liés les personnes qui y sont soumises (les observateurs d'élections et l'Agence pour les

Tendances générales et actuelles

principes directeurs devant guider l'envoi d'une mission d'observation) »³.

La Francophonie a un caractère planétaire compte tenu du fait que son espace s'étend sur les cinq continents. Si ses instruments juridiques les plus pertinents sont ceux qui sont produits dans le cadre de l'OIF, il n'est pas inintéressant de voir aussi ce qui se passe au niveau régional. En ce sens, le droit harmonisé des affaires issu du traité de l'OHADA (1993) mérite une attention particulière. Car, c'est un droit qui a été élaboré d'abord pour la zone franc, c'est-à-dire pour l'espace francophone d'Afrique subsaharienne, même s'il a l'ambition de déborder les frontières de la Francophonie. L'étude du processus de construction de différents actes uniformes met en évidence non seulement le respect des valeurs défendues par la Francophonie, mais aussi le souci de création de nouvelles approches de l'ingénierie juridique et normative plus en phase avec les réalités économiques et technologiques, à l'ère de la mondialisation.

Remarquons toutefois que malgré son architecture formelle qui frise la perfection et malgré tous les espoirs qu'il suscite comme instrument de développement économique de l'Afrique, le droit harmonisé des affaires en Afrique ne fait pas l'unanimité dans la communauté des chercheurs en sciences sociales. De nombreux spécialistes le trouvent en décalage avec les réalités africaines. Car, il ignore, entre autres, les activités dites informelles qui pourtant constituent l'essentiel des affaires pratiquées en Afrique subsaharienne. Parmi les critiques les plus virulentes, nous avons retenu celle d'Etienne Le Roy qui écrit précisément : « Ce type de modernisation par occidentalisation au nom du développement et au bénéfice supposé des sociétés est un leurre et une erreur, souvent tragiques. La grande illusion que représente pour les opérateurs économiques le traité de l'Organisation pour l'harmonisation du droit

³ Jacques FREMONT, « Francophonie, droits de l'homme, paix et démocratie. Un bilan de dix années d'engagement », in *Francophonie et démocratie*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Pedone, 2001, p. 678. Les « Principes directeurs devant guider l'envoi d'une mission d'observation des élections ont été adoptés en 1992, 1994, 1996, et la déclaration du Caire en 1995.

des affaires (OHADA) signé à Port-Louis, Maurice, le 19 octobre 1993 en est une illustration. Comment peut-on faire croire qu'un tel texte, techniquement remarquable, pourra régler les problèmes des échanges commerciaux des Africains entre eux alors que seule une très étroite minorité d'opérateurs, certes influents mais pour la plupart expatriés, peuvent effectivement accéder au bénéfice de ce traité ? Où est l'égalité devant la loi à la base d'un Etat de droit, donc d'une bonne gouvernance ? »⁴.

De ce qui précède, nous retenons que des efforts immenses ont été accomplis au niveau de l'Organisation internationale de la Francophonie, et d'autres instances et organisations régionales, pour doter l'espace francophone d'un arsenal juridique, c'est-à-dire d'un ensemble des normes d'organisation commune et du vivre ensemble, dans le respect de la diversité des cultures. Mais, des efforts devraient encore être déployés pour être fidèle au pari anthropologique.

II - Niveau étatique

La production normative est abondante dans les pays du Nord. Elle suit l'évolution des sociétés, est nourrie non seulement par une recherche pluridisciplinaire de qualité et de plus en plus pointue, et fait l'objet d'études particulières menées dans le cadre des Universités et des groupes de recherche spécialisés comme le groupement d'intérêt public Droit et Justice, en France. Cette production normative s'appuie largement sur la logique déontique entendue comme « l'étude qui se propose d'énoncer les lois logiques fondant les règles d'inférences (déductives) normatives ainsi que l'ordonnement de ces lois en un système déductif, axiomatisé et formalisé, objet à son tour des recherches métalogiques »⁵.

Dans le cadre de cette logique déontique, la syntaxique, la sémantique et la pragmatique occupent une place importante dans la construction normative. La première énonce les critères qui déterminent l'énonciation juridique correcte, la seconde permet de

⁴ Etienne LE ROY, « Inventer un Droit pour répondre à la crise des sociétés africaines », *Marchés Tropicaux*, n° 3000, 2003, p. 981-982.

⁵ Georges KALINOWSKI, *La logique des normes*, Paris, PUF, 1972, p. 13.

Tendances générales et actuelles

dire que la proposition normative est vraie ou fausse et la troisième étudie le rôle de l'auteur et du récepteur des normes pour définir la norme dans son contexte de communication.

La création du Droit est ici le fait de nombreux bâtisseurs : le législateur certes, mais aussi le juge, la doctrine, l'administration et l'ensemble des praticiens. Insistons sur le juge⁶.

Aujourd'hui, la jurisprudence occupe une place infiniment importante dans la création du droit. Avec les mutations rapides dans les domaines social, économique et technologique, les pouvoirs législatif et exécutif arrivent difficilement à réglementer les nouvelles activités. Le juge devient dès lors créateur du droit, et ne se contente plus de le dire. Il comble ainsi les vides juridiques.

Dans une étude comparative entre la *Common Law* et le système juridique d'inspiration française, Parvès Dookhy écrit : « La *Common Law* est pragmatique et ses principes ont été essentiellement développés lors de la recherche des solutions juridiques par le juge aux cas qui lui sont soumis. Jurisprudentielle, elle présente l'avantage d'être proche de la réalité, des litiges qui se produisent dans les rapports entre les personnes. Ainsi, elle peut facilement être reprise par les juridictions de la sphère *Common Law* et les juridictions étrangères. A l'opposé, le droit français et d'inspiration française est puissamment rationnel et a une portée générale. Souvent codifié, il a été élaboré pour un système juridique donné. Son exportation devient difficile surtout si les dirigeants politiques des pays étrangers sont peu enclins à s'en inspirer lors de l'élaboration des lois ou sont hostiles à toute reproduction d'un modèle considéré comme étant étranger »⁷.

L'auteur poursuit en mettant en avant des éléments distinctifs qui font la force de la *Common Law*, invitant ainsi les concepteurs du droit aux niveaux supra étatique et étatique de l'espace francophone à

⁶ Yann AGUILA, *ibid.* Lire aussi Bruno LATOUR, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La découverte, 2002.

⁷ Parvès DOOKHY, « Pour une Francophonie juridique », *Bulletin de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises*, 1999, n° 59, p. 19 à 24.

améliorer leurs styles juridique et judiciaire : « ces caractéristiques distinctives des structures de la *Common Law* et du droit français entraînent des conséquences fondamentales dans le mode de rédaction des décisions de justice. Le style d'une décision des juridictions de *Common Law* est très vivant et fécond. Le juge explique longuement, parfois même dans un langage simplifié et clair, son raisonnement juridique. Afin que celui-ci puisse être compris dans son contexte, le juge décrit dans le détail les faits auxquels se réfère la décision alors même que ceux-ci n'aient pas donné lieu à un différend entre les parties devant lui. Aussi, en raison de l'importance de l'oralité des débats devant les juridictions de *Common Law*, les juges font-ils nécessairement référence dans leurs décisions aux moyens de droit étayés par les conseils des parties. Ils passent en revue les principaux arguments pour exposer les motifs, parfois surabondants, pour lesquels ils admettent ou les rejettent. Un arrêt des juridictions de *Common Law* ressemble fort bien aux conclusions du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat, voire à un article de doctrine »⁸.

Xavier Blanc-Jouvan abonde dans le même sens lorsqu'il constate : « Il n'est guère contestable, en effet, que la baisse d'influence de notre jurisprudence tient au moins en partie à l'absence de motivation explicite, pour ne pas dire à l'hermétisme, de certains arrêts émanant notamment de la juridiction suprême et aux difficultés qu'éprouvent les juristes étrangers à saisir la pensée des juges; et l'on ne peut que constater, à cet égard, la supériorité du style judiciaire en vigueur dans les pays de *Common Law* »⁹.

Ce qui est vrai pour la Francophonie du Nord l'est également pour la francophonie du Sud. Seulement, outre ces faiblesses communes, les pays de la Francophonie du Sud ont d'autres problèmes

⁸ *Ibid.*

⁹ Xavier BLANC-JOUVAN, « La circulation du modèle juridique français en Amérique du Nord et en Grande-Bretagne, rapport introductif », p. 579 à 593 in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La circulation du modèle juridique français*, 1993, t. XLVI, v. p. 590.). En ce sens, la jurisprudence française et des pays francophones doit être davantage élaborée.

Tendances générales et actuelles

spécifiques. Il s'agit notamment d'une absence d'innovation normative significative et d'une faiblesse généralisée dans la production des textes¹⁰. Cette faiblesse est certes due à plusieurs facteurs comme l'absence des moyens financiers. En conséquence, des textes datant de l'époque coloniale ou transférés au lendemain des indépendances sont encore en vigueur dans la quasi-totalité des Etats, et dans de nombreux domaines. Insistons sur le transfert des droits en Afrique.

Avec la colonisation, commence en Afrique une période de transferts de droits et d'institutions d'inspiration occidentale qui se poursuit jusqu'à nos jours. Explicitement ou implicitement, des experts occidentaux et internationaux ont conseillé aux Etats 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 qu'une similitude de droits entraînera une croissance économique et un développement social analogues. Comme le dit Michel Alliot, 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 belge¹¹.

Le phénomène de transferts des 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

¹⁰ Le droit constitutionnel peut être considéré comme une exception. Certainement pour des raisons d'ordre politique.

¹¹ Michel ALLIOT, « Les transferts de droit ou la double illusion », in *Le Droit et le service public au miroir de l'Anthropologie*, Paris, Karthala, 2003.

Camille Kuyu

extension du droit romain, du droit canonique et du droit napoléonien ? »¹².

Mais les expériences africaines ont été moins convaincantes, voire douloureuses. Le transfert des droits était en réalité un projet juridique visant une hégémonie culturelle. Il s'est soldé par un échec cuisant. Les lois ont été moins suivies par les populations. 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.

Aujourd'hui, on peut dire que le mimétisme est dépassé. Des réformes sont attestées dans un certain nombre de pays, avec des tentatives de prise en compte des spécificités culturelles africaines dans le droit positif. On ne peut s'empêcher de s'interroger sur la pertinence de ces réformes quand les logiques de leur déploiement interne restent exogènes. Car, ainsi que remarque Etienne Le Roy, « on continue imperturbablement, à rédiger et à promulguer des textes juridiques de technique et de facture exogènes, alors qu'ils expriment des valeurs et de finalités représentatives de projets de sociétés fondés sur l'individualisme de l'Etat re-distributeur, le capitalisme et d'autres innovations qui ne sont que partiellement reçues par les sociétés africaines. On fait 'comme si' depuis un siècle, un tel écart n'existait pas ou, au moins, n'avait pas à être pris en considération, la « naturelle » supériorité de la civilisation du colonisateur puis du développeur emportant l'inéluctable et rapide conversion de l'Africain aux vertus supposées d'un tel modèle ».¹³

Les réformes ont un sens en Occident, où l'on assiste à une crise de l'Etat-providence. Les citoyens dénoncent les imperfections et dysfonctionnements de leurs droits et institutions, mais ils continuent à les vénérer, restant ainsi fidèles à leur vision du monde. Ce qu'ils attendent, ce sont des réformes qui devraient permettre une amélioration qualitative des institutions et législations.

¹² Michel ALLIOT, « Les transferts de droits ou la double illusion », art. cit.

¹³ Etienne LE ROY, « Inventer un Droit pour répondre à la crise des sociétés africaines », *Marchés Tropicaux*, n° 3000, 2003, p. 981.

Tendances générales et actuelles

La situation est différente en Afrique où il ne s'agit pas d'une crise passagère que de simples réformes peuvent résorber. Il s'agit bien d'une question de légitimité et de légitimation de la norme et des institutions juridiques. La question qui se pose ici est celle de savoir « comment traduire les demandes effectives des Africains en des régulations tenues non seulement pour légales mais aussi pour légitimes, donc applicables par la grande majorité des citoyens »¹⁴. Mieux, comment entrer dans un processus de légitimation de la norme et des institutions juridiques en Afrique ? Notre point de vue est qu'il faudra aborder le problème en termes de refonte et non d'une simple tropicalisation du droit importé. Il s'agit bien de construire un droit nouveau.

De ce qui précède, nous retenons qu'il existe une manière francophone d'écrire le droit. Mais, ce style francophone présente des faiblesses qu'il faudra progressivement corriger grâce notamment à une formation des futurs juristes à l'écriture du droit et à la recherche. Par ailleurs, dans l'espace francophone du Sud, notamment en Afrique, l'innovation normative consistera en une articulation entre le modèle institutionnel et les spécificités africaines, et en une transformation du pluralisme de fait en pluralisme de droit. Etienne Le Roy écrit à propos : « L'Afrique vit sous un double pluralisme juridique de fait. L'un est apparent car contrôlé par l'Etat. 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 »¹⁵.

III - Au niveau infra étatique

De nombreux observateurs constatent depuis quelques années, que les populations ou diverses organisations de types extrêmement divers ont généré des champs normatifs réputés informels par les juristes attachés au positivisme étatique, comme le sont les mécanismes économiques réputés informels par les économistes classiques. L'une des caractéristiques de ces champs informels est que

¹⁴ *Ibid.*, p. 982.

¹⁵ *Ibid.*

Camille Kuyu

leur nature est essentiellement coutumière au sens où ce terme est entendu non dans un vocabulaire colonial, mais dans la théorie du droit, c'est-à-dire qu'ils trouvent surtout leur origine dans le comportement des individus reconnu comme juridique par les membres du groupe social¹⁶.

Des chercheurs, notamment des anthropologues du droit¹⁷ pensent que la catégorie norme englobe les trois notions de règle, habitus et modèle. En d'autres termes, ils considèrent que le droit est tripode, c'est-à-dire repose sur trois pieds : les normes générales et impersonnelles (NGI), les modèles de conduites et de comportement (MCC), et les systèmes de dispositions durables (SDD). Selon les cultures et les traditions juridiques, on valorise un pied ou l'autre. Le tableau ci-après construit par Etienne Le Roy propose quelques exemples :

Traditions juridiques	Fondement privilégié	Fondement de 2 ^e ordre	Fondement de 3 ^e ordre
Occidentale/chrétienne	NGI	MCC	SDD
Africaine/animiste	MCC	SDD	NGI
Asiatique/confucéenne	SDD	MCC	NGI
Arabe/musulmane	NGI	SDD	MCC

Dans de nombreuses sociétés de la Francophonie du Sud, notamment en Afrique subsaharienne, le fondement privilégié du droit est le modèle de comportement et de conduite entendu comme « type de conduite très largement suivie dans un groupe donné et dont la non-observance est assortie de sanctions explicites ou diffuses,

¹⁶ Jacques VANDERLINDEN, Appel à communication pour la revue électronique *Afrilex* n° 1, Bordeaux, CEAN.

¹⁷ Lire à ce sujet Etienne LEROY, « Norme » (en anthropologie juridique), in *Dictionnaire encyclopédique*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story Scientia, 1993, p. 269-272.

Tendances générales et actuelles

auxquelles les membres de ce groupe donnent une acceptation (adhésion) plus ou moins lucide et complète »¹⁸.

Parler de la production normative dans l'espace francophone, c'est aussi évoquer la production des modèles de comportement et de conduite. Disons d'emblée que ces modèles ne sont pas produits à partir d'un centre unique. Dans « L'Adieu au droit coutumier », Etienne Le Roy parle de « nouvelles positions de pouvoirs » et de la « domination de nouvelles catégories de rentiers »¹⁹. La logique institutionnelle nous a habitués à considérer que le pouvoir se trouve en haut, c'est-à-dire entre les mains des représentants de l'Etat. La crise de la modernité nous révèle aujourd'hui que le véritable pouvoir ne se trouve ni en haut, ni en bas, mais au centre. D'où une place importante doit être accordée à ceux qui, dans la société, occupent une position structurelle charnière, c'est-à-dire « à la catégorie sociale des intermédiaires, coxeurs, gros types et autres personnages influents autour desquels se façonne la sociabilité contemporaine, donc la solution à des conflits à venir »²⁰.

Par ailleurs, la modernité nous a habitués à penser que la *juris dictio* était l'apanage du législateur dont la rationalité et la souveraineté sont les paradigmes fondamentaux du droit, du moins si l'on s'en tient à sa conception occidentale et discursive. Par conséquent, la position d'autorité, une et universelle, ne pouvait être occupée que par ce personnage. Dans un même ordre d'idées, dans le système coutumier, c'est l'ancêtre seul qui dit le droit et donc qui occupe la position d'autorité. La réalité aujourd'hui est celle d'une polycentricité de la normogénèse. Dans ce contexte, « les normes sont valides, non parce qu'elles ont été énoncées au terme d'un traitement

¹⁸ Jacques MAISONNEUVE, *La psychologie sociale*, Paris, PUF (coll. Que sais-je ?), 1967, p. 51.

¹⁹ Etienne LEROY, « L'adieu au droit coutumier », in Edwige RUDE ANTOINE (sous la direction de), *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, p. 20-33.

²⁰ Etienne LE ROY, *ibid.*, p. 33.

Camille Kuyu

correct, mais seulement parce qu'elles ont été posées par une certaine autorité : *auctoritas non veritas facit jus* »²¹.

Dans les pays francophones du Sud, notamment en Afrique subsaharienne, l'innovation normative est permanente. En effet, la part d'invention et d'adaptation à la vie juridique des populations n'est pas négligeable. Car, elles pratiquent des alternatives intelligemment conceptualisées et en apportent des explications particulièrement logiques qui devraient retenir l'attention des concepteurs de politiques juridiques cherchant à promouvoir un pluralisme juridique.

Les positions d'autorité d'où sont produites des normes, au sens de modèles de comportement et de conduite (MCC), et de systèmes de dispositions durables (SDD) correspondent à des besoins réels des populations et sont occupées par des personnages susceptibles non seulement d'influencer les autres membres de la société, mais aussi de canaliser leurs aspirations fondamentales : des leaders religieux, des sportifs, des musiciens, etc.

On prendra toutefois garde de ne pas confondre la régulation sociale et la régulation juridique. Car, si tous les faits juridiques sont des faits sociaux, le contraire n'est pas vrai. Tous les faits sociaux ne sont pas des faits juridiques. Lorsqu'ils le deviennent, les faits sociaux ne changent pas de nature. Ils ajoutent tout simplement le caractère juridique à leur nature sociale. Les faits juridiques sont des faits sociaux qui deviennent « du droit » grâce à un facteur que le doyen Carbonnier appelle « critère de juridicité ». Il le définit comme la « ligne de partage entre le droit et le social non juridique [...] le caractère hypothétique par lequel les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale »²². Pour lui, le signe distinctif de la juridicité est la neutralité de la règle juridique.

Partant de cette définition de Pierre Legendre selon laquelle le droit est « l'art dogmatique de nouer le social, le biologique et

²¹ Michel TROPPER, cité par Etienne LE ROY, « Un droit peut en cacher un autre », *Informations sociales*, n° 22, 1992, p. 13.

²² Jean CARBONNIER, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story scientia, 1993.

Tendances générales et actuelles

l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité », Etienne Le Roy pense de son côté que le critère de juridicité est tout simplement la reproduction de la société. Dans cet ordre d'idées, lorsque le domaine concerné n'est plus vital pour la société et que le fait social devenu juridique n'est plus propice pour la reproduction de la société, il peut être déjuridicisé. A ces deux critères que sont la neutralité et la reproduction de la société, nous pouvons ajouter la généralisation et la pérennisation.

En définitive, dans l'espace francophone, l'innovation normative est importante au niveau infra étatique. Discrète au Nord, où l'on évoque de plus en plus le glissement « de la pyramide au réseau »²³ c'est-à-dire « la fragmentation du droit en multiples foyers de juridicité »²⁴, la production normative par le bas apparaît aujourd'hui comme une nouvelle piste que le droit devra assumer et comme un nouveau lieu que la science du droit devra investir.

*

* *

Existe-t-il une culture juridique francophone relative à la construction normative? A cette question, nous répondrons de façon nuancée. Du point de vue du droit positif, nous sommes tenté de répondre par l'affirmative. En effet, sur les plans lexical et sémantique, il y a une similitude dans la formulation de la règle du droit par les juristes de l'espace francophone.

Cependant, du point de vue anthropologique, les pratiques juridiques (celles des praticiens du droit positif et/ou celles des populations) observées dans l'espace francophone nous paraissent tellement différentes et polymorphiques pour constituer des éléments d'une culture juridique commune.

En définitive, la construction normative dans l'espace francophone est un processus complexe qui doit être pensé de façon plurielle, dans le respect de la diversité des cultures, et se nourrir du dynamisme des

²³ L'expression est de François Ost.

²⁴ L'expression est d'Antoine Garapon.

Camille Kuyu

acteurs sociaux qui ne sont plus de simples exécutants mais de véritables créateurs du droit.²⁵

²⁵ L'expression est d'André-Jean Arnaud.

**REGARD D'AFRIQUE : LA SOCIETE CIVILE ET LE
POUVOIR CONSTITUANT : LE CAS DU BENIN
DU RENOUVEAU DEMOCRATIQUE**

**par Théodore Holo,
ancien ministre des Affaires étrangères,
agrégé de droit public et de science politique**

L'Etat africain post colonial se caractérise essentiellement par sa diversité juridique. En effet, le droit pouvant être défini comme l'ensemble des normes régulatrices des rapports et des comportements sociaux, il ne saurait exister une communauté humaine sans un droit organisateur de son ordre social. Le droit ordonnant et reflétant la vie d'une société donnée, chaque groupement humain dispose d'un ordre juridique. L'Etat africain qui est, le plus souvent, une mosaïque de peuples est confronté à l'effectivité d'un droit communément reconnu et accepté de tous, surtout dans la sphère des relations interpersonnelles qui échappent bien souvent au contrôle ou à l'autorité de la puissance publique. Au droit formel abondamment proclamé par l'Etat répond le droit réel, somme de coutumes éparses auxquelles est largement soumise la vie au quotidien des citoyens.

Or, il est admis que l'effectivité du droit dans l'Etat moderne dépend largement de la qualité du pouvoir de contrainte appelé à sanctionner les transgressions voire la méconnaissance de la loi

commune. Autrement dit, le droit ne saurait être effectif sans la contrainte étatique. Dès lors, l'Etat ayant seul le monopole de la violence légitime devient le principal émetteur et censeur des règles juridiques. Cette réalité prend un sens particulier dans l'Etat africain contemporain. En effet, Michalon observe que l'Etat considère « la mosaïque des droits coutumiers africains comme un archaïsme incompatible avec le développement ou, plus généralement, le progrès. Et tous attendent de l'ordre juridique émis par l'Etat un rôle décisif dans l'entreprise de modernisation¹ ». Le droit de l'Etat a donc vocation à imposer à la mosaïque des ethnies une loi commune, legs du colonisateur, extérieur ou transcendant le plus généralement les normes traditionnelles dont se réclament encore certaines catégories sociales. En d'autres termes, la modernité rime avec l'unité juridique dont la source principale demeure la culture juridique française, moule dans lequel ont été formées les élites qui ont pris la relève de l'administration coloniale. Comme le souligne Legrand le « droit s'inscrit infailliblement dans une langue, participe inévitablement d'une culture et relève invariablement d'une tradition² ». Cette unification ou plus exactement cette construction juridique va s'exprimer, entre autres, dans le pouvoir constituant, matrice du nouvel ordre juridique.

Pendant de nombreuses années, seuls les gouvernants et plus particulièrement le chef de l'Etat avait la maîtrise de la construction juridique. Il pouvait alors instrumentaliser le pouvoir constituant, originaire ou dérivé, pour renforcer son autorité et verrouiller l'ensemble du jeu politique. Aussi, les citoyens sont-ils indifférents aux évolutions de l'ordre constitutionnel d'autant plus que dans ces Etats, à la différence des vieilles démocraties, n'existe pas encore un réel consensus entre gouvernants et gouvernés ni sur les valeurs sociétales ni sur les mécanismes d'expression et de préservation de l'ordre social. Cette indifférence aboutira à la fin des décennies 1980 à

¹ Cf. Thierry MICHALON, « A la recherche de la légitimité de l'Etat », in *La création du droit en Afrique*, Paris ; Karthala, 1997, p. 131.

² P. LEGRAND, « La "leçon d'Apollinaire" », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 38.

Société civile et pouvoir constituant au Bénin

un divorce absolu entre la classe politique, attributaire du monopole de la vie politique et la société civile, organisatrice de la résistance au monolithisme et au totalitarisme triomphant.

Longtemps marginalisée, la société civile, constituée essentiellement des forces sociales que sont les syndicats, les Eglises, les associations de développement et les mouvements d'élèves et d'étudiants, exploitant habilement la faillite des régimes politiques incapables d'assurer aux populations prospérité, sécurité et liberté fera son irruption sur la scène politique. Condamnés durant des décennies au silence ou à l'exil, les damnés de la terre décident de prendre en main leur destin et ce réveil citoyens se produira, entre autres, par la conférence nationale souveraine, qui, partie du Bénin en février 1990, se répandra dans certains Etats d'Afrique noire francophone, soit comme une quête vers la démocratie, soit comme la voie royale vers le printemps des peuples. Cet engouement pour la conférence nationale peut s'expliquer par, tantôt sa filiation à la tradition africaine de la palabre, tantôt sa proximité avec les Etats généraux de la France dont le bicentenaire de l'œuvre révolutionnaire de juillet 1789 venait d'être célébré six mois plutôt dans l'espace francophone. Le Tiers-état, exclu des privilèges de l'Ancien Régime, qui fut l'aiguillon des bouleversements de 1789, est-il fondamentalement différent de la société civile des régimes monolithiques africains de 1989 ?

Forum de dialogue, de discussion ou de forces antagonistes incapables d'imposer une conception unilatérale de l'ordre social désiré, tentant de négocier un compromis acceptable, sinon honorable, pour tous, la conférence nationale, substitut exutoire de la guerre civile, apparaît comme le triomphe des gouvernés sur les gouvernants, la revanche de la société civile sur la classe politique. En effet, pendant près de deux décennies au Bénin, comme ailleurs sur le continent, la participation citoyenne à la vie politique se réduisait à la participation au cirque électoral, véritable rituel du sacre de cet homme providentiel qu'est devenu le chef de l'Etat. Le contrôle des gouvernants par les gouvernés était donc exclu dans l'intervalle des consultations électorales et le corps social était condamné à un rôle

passif et muet car il ne retrouvait l'usage de la parole que pour le panégyrique du président Messie que ne pouvait sanctionner son suffrage. Voilà qu'avec la conférence nationale souveraine, cette société civile, qui a survécu au tentacule de l'Etat totalitaire, réussit à s'imposer comme la principale force structurante du nouvel ordre politique, éliminant les acteurs politiques traditionnels de la direction de cette conférence et plus tard de la vie politique. D'organe critique et de contestation de l'ordre monolithique, elle devient organe de représentation par défaut du peuple souverain et participe activement et non moins efficacement aux structures institutionnelles de décision et de gestion du nouvel ordre politique en construction.

Mais la société civile est-elle en mesure de faire du peuple le véritable architecte, bâtisseur et bénéficiaire de l'édification de la démocratie –en tant que pouvoir du peuple- et de l'Etat de droit, entendu comme liberté du peuple, sans lesquels la dignité humaine ne serait que vaine espérance ? En d'autres termes, l'entreprise normative de la société civile à partir du pouvoir constituant participera-t-elle réellement des valeurs démocratiques consacrées par la francophonie ? Cette œuvre révélera-t-elle l'existence d'une culture juridique francophone entendue comme « un ensemble de présupposés partagés qui orientent le raisonnement, les valeurs, et les perceptions d'un groupe social³ » ?

Pour répondre à cette interrogation, il importe, à partir de l'expérience béninoise de février 1990, d'analyser le processus de reconquête de la maîtrise de son destin par le peuple en examinant d'une part, la conquête du pouvoir constituant par la société civile (I), d'autre part, l'exercice du pouvoir constituant par le peuple et pour le peuple (II).

I - Conquête du pouvoir constituant

Réunie le 18 février 1990 sur l'initiative du régime marxiste-léniniste en faillite et soucieux de sa relégitimation, la conférence

³ Antoine GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 149.

Société civile et pouvoir constituant au Bénin

nationale des forces vives de la nation, composée majoritairement de délégués issus de la société civile, proclame sa détermination à bâtir de nouveaux rapports politiques et à définir un nouveau mode d'exercice du pouvoir. Evoluant du statut de spectateurs à celui d'acteurs, les marginalisés d'hier, après s'être assuré de la direction de la conférence, adoptent le 25 février 1990 une « déclaration sur les objectifs et les compétences de la conférence nationale ». Par le point 3 de cette déclaration, la conférence décide qu'elle adoptera une charte d'union nationale qui servira de base à l'élaboration d'une nouvelle constitution, tandis que par le point 6, elle proclame solennellement sa souveraineté et la force exécutoire de ses décisions. Par la proclamation de sa souveraineté, la conférence change de nature et passe de simple organe de proposition et de réhabilitation d'un régime discrédité à un organe de décision et de production de normes contraignantes et obligatoires, voire de refondation de l'Etat.

Mais pouvait-elle s'autoproclamer souveraine et se substituer à des gouvernants élus ?

La réponse est encore source de controverses. Pour les uns, cette auto proclamation relève d'un coup d'Etat civil. Cette opinion traduit certainement une évidence politique, mais elle est critiquable juridiquement. En effet, le coup d'Etat se définit comme une prise du pouvoir par un organe institué en violation de l'ordre constitutionnel. Or, ces éléments sont absents de l'acte posé le 25 février 1990. D'abord, la conférence nationale n'est pas un organe institué puisqu'elle n'est prévue ni par la loi fondamentale de 1977, ni par la coutume constitutionnelle du Bénin post colonial. Ensuite, la réunion conjointe des organes constitutionnels que sont le Comité permanent de l'Assemblée nationale révolutionnaire, le Conseil exécutif national et le Comité central du Parti de la Révolution populaire de Bénin, réunion qui décida le 7 décembre 1990 de la tenue de la conférence nationale, a également décidé de renoncer au marxisme-léninisme. Or, cette idéologie, consacrée par la constitution elle-même comme principe organisateur intangible de l'Etat à orientation socialiste, ne pouvait faire l'objet de révision sans l'abrogation préalable de la disposition qui l'instituait. Par conséquent, cette décision rendait

caduque la loi fondamentale et anéantissait l'ordre constitutionnel qui en émanait.

Pour d'autres, l'auto proclamation de la souveraineté est un acte révolutionnaire⁴. Certes, le caractère révolutionnaire de l'initiative est indéniable, mais constitue-t-elle pour autant une révolution ? La question mérite d'être posée et une réponse négative est permise. En effet, la révolution suppose violence et élimination des partisans de l'ancien ordre politique. Elle est, comme l'observe à juste titre Leben, un mode de transformation conflictuelle de l'ordre politico juridique de l'Etat⁵. Si la décision de la conférence apparaît comme une rupture de l'ordre juridique de l'Etat, il n'en demeure pas moins que cette rupture est opérée de manière pacifique et consensuelle. Cette interprétation est confirmée par le discours de clôture de la conférence prononcé par le chef de l'Etat, principale victime de cette auto-proclamation qui le dépouille de l'essentiel de ses prérogatives en le faisant passer de majestueux Soleil irradiant l'ensemble du système politique à un pâle satellite de la nouvelle galaxie institutionnelle. Dans ce discours, il, déclare : « Aujourd'hui, mercredi 28 février 1990, nous prenons à témoin le peuple béninois tout entier en affirmant solennellement notre engagement à faire mettre en œuvre de manière réaliste toutes les décisions issues des travaux de la conférence nationale des forces vives de la nation ».

Par conséquent, il convient d'explorer d'autres voies pour la réponse à notre préoccupation.

Une première piste résulte du devoir de suppléance suggéré par Gérard Conac⁶. Ainsi, la conférence tire sa légitimité de la nécessité de combler le vide juridique provoqué par la renonciation au marxisme-

⁴ Voir dans ce sens Maurice KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in *La création du droit en Afrique, op. cit.*, p. 177-195.

⁵ C. LEBEN, « Les révolutions en droit international : essai de classification et de problématique générale », in *Révolution et droit international*, colloque SFDI de Dijon, Paris, Pedone, 1990, p. 6.

⁶ Gérard CONAC, « Quelques réflexions sur les transitions démocratiques en Afrique », in *Bilan des conférences nationales et processus de transition démocratique*, Paris, Pedone, p. 358.

Société civile et pouvoir constituant au Bénin

léninisme décidé par les gouvernants le 7 décembre 1989. Une telle initiative qui retire sa légitimité à la loi fondamentale anéantit la légalité des gouvernants qu'elle avait institués. Par sa caducité, la loi fondamentale les transforme en autorité de fait. Or, le droit, comme la nature, a horreur du vide, vide que s'empresse de combler la société civile, pièce maîtresse de la conférence nationale, qui s'estime eu égard à sa représentativité et à son audience, investie par la nation d'un mandat tacite pour, d'une part, remplacer une constitution devenue caduque, d'autre part, édifier, voire refonder l'Etat sur les deux piliers essentiels que sont la démocratie et l'Etat de droit. Aussi, dans l'une des motions adoptées le 28 février 1990, la conférence nationale devenue souveraine souligne-t-elle : « les décisions issues de la session conjointe du Comité Central du Parti de la Révolution Populaire du Bénin, du Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Révolutionnaire et du Conseil Exécutif National des 6 et 7 Décembre 1989 ont rendu caduque la Loi fondamentale et illégitime l'ensemble des structures édifiées par le Parti de la Révolution Populaire du Bénin pour la direction de l'Etat » et considère « qu'il était primordial que les institutions politiques et administratives issues de la Loi Fondamentale soient dissoutes. »

Par ailleurs, et c'est l'autre source possible de légitimation de l'acte du 25 février 1990, bien qu'étant une puissance de fait, la Conférence n'en représente pas moins les forces vives de la Nation et pourrait dès lors s'ériger en Assemblée souveraine sur la base d'un consensus obtenu entre les différentes forces représentées. Par conséquent, en tant que corps réunissant les diverses forces vives de la nation, la conférence nationale devient un organe de représentation du peuple et d'expression de sa volonté souveraine. Certes, les délégués à la Conférence n'étant pas élus, n'avaient aucune compétence à exprimer la volonté du peuple souverain. Cependant, le consensus réalisé entre les différentes forces sociales et l'adhésion populaire aux décisions de la Conférence nationale autorisent à conclure à la légitimité de sa décision de se proclamer souveraine et d'exercer le pouvoir constituant originaire, c'est-à-dire, « un pouvoir initial, primaire, indépendant » selon l'heureuse expression de Burdeau.

La mise en œuvre du pouvoir constituant ainsi conquis, se fera en accord et dans l'intérêt du peuple reconnu comme unique détenteur de la souveraineté nationale.

II – L'exercice populaire du pouvoir constituant

La mise en œuvre du pouvoir constituant sera analysée au regard, d'une part, de l'établissement de la nouvelle constitution, d'autre part, des garanties consacrées par ladite constitution en vue du respect de la dignité humaine.

A - L'établissement de la constitution

Conformément à son engagement de doter l'Etat d'une nouvelle constitution, la Conférence nationale souveraine, après avoir défini les grandes orientations du nouvel ordre politique, confie à une commission constitutionnelle la rédaction de l'avant-projet de la nouvelle loi suprême. Ce document élaboré par cette commission d'experts fut étudié par le Haut conseil de la République (HCR), parlement de transition, chargé de veiller à l'exécution des décisions issues de la conférence nationale.

Dans le souci d'impliquer le corps social dans l'élaboration de la constitution, le HCR décide de vulgariser l'avant-projet en envoyant des équipes l'expliquer aux populations dans les différentes régions et langues nationales. Les amendements recueillis ont été intégrés pour la plupart dans le projet. Ainsi, face aux réticences du corps social, deux organes essentiels proposés par la commission constitutionnelle ont été supprimés. Il s'agit, d'une part, du médiateur qui participe pourtant de la tradition africaine de la conciliation au détriment du procès impliquant nécessairement confrontation dont l'un sort victorieux, l'autre vaincu ; d'autre part, le Conseil des anciens, organe de représentation des sages de la Nation, car en Afrique l'ânesse et l'ancienneté sont symboles de sagesse. En outre, le HCR divisé sur trois questions essentielles soumet au référendum le 2 décembre 1990 le projet de constitution avec ces trois questions. Ainsi sont appelés à voter :

Société civile et pouvoir constituant au Bénin

OUI en choisissant un bulletin blanc les partisans du régime présidentiel et de la limitation de l'âge des candidats à la magistrature suprême. Cette disposition écarte automatiquement de la compétition les anciens présidents de la République dont la rivalité a nourri l'instabilité politique du Bénin entre 1960 et 1972 ;

OUI, MAIS en prenant un bulletin vert, les partisans du régime présidentiel sans limitation d'âge pour les candidats ;

NON en utilisant un rouge ceux qui préfèrent un régime semi-présidentiel qui distribue le pouvoir exécutif entre un président de la République, chef de l'Etat élu au suffrage universel direct et un Premier ministre autonome, chef du gouvernement provenant de la majorité parlementaire distincte parfois de la majorité présidentielle.

La victoire du OUI fut sans appel, car les résultats du scrutin donnent pour les blancs : 73,3 % des suffrages exprimés, les verts : 19,9 %, les rouges 6,8 %, soit au total pour les OUI (blancs + verts) 93,2 %.

Cette démarche a sans doute permis aux citoyens de mieux intérioriser les nouvelles règles de dévolution et d'exercice du pouvoir politique. Cette appropriation collective de la constitution, confortée par l'éducation à la citoyenneté initiée par des organisations non gouvernementales, permet de comprendre la résistance et l'hostilité de la société civile et avec celle de l'opinion publique à toute tentative supposée ou réelle de révision de la limitation à deux du nombre de mandat présidentiel dont la suppression dans d'autres Etats d'Afrique noire francophone rend illusoire toute alternance démocratique.

B - Les nouveaux piliers de l'ordre constitutionnel

Les deux fondements essentiels du nouvel ordre politique du Bénin se déduisent du préambule de la constitution du 11 décembre 1990 qui proclame d'une part « l'opposition fondamentale » du peuple béninois « à tout régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, la concussion, le régionalisme, le népotisme, la confiscation du pouvoir et le pouvoir personnel » ; d'autre part, « sa détermination [...] de créer un Etat de droit et de

Théodore Holo

démocratie pluraliste dans lequel les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et promus comme la condition nécessaire au développement véritable et harmonieux de chaque Béninois tant dans sa dimension temporelle, culturelle que spirituelle ».

Pour éviter l'intangibilité du chef de l'Etat, source de confiscation du pouvoir et prélude de la monocratie en Afrique, l'article 42 de la constitution dispose que le chef de l'Etat est élu... pour un mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois. Cet article précise de façon impérative : « en aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels ». Cette disposition, couplée avec le pluralisme politique, permet l'alternance démocratique, c'est-à-dire le renouvellement des gouvernants par les urnes et non par les armes. Chaque citoyen peut alors prétendre selon le vœu d'Aristote à être tour à tour gouvernant et gouverné. Le renouvellement régulier et pacifique des gouvernants fait naître chez chaque électeur la certitude que, non seulement le peuple est la véritable source du pouvoir, mais surtout, les gouvernants ne sont pas des monarques et n'ont aucun titre personnel à l'exercice, à la conservation ou à la transmission du pouvoir à un quelconque dauphin. En outre, l'alternance ainsi organisée rend possible la responsabilité des gouvernants car le départ du pouvoir les prive de l'immunité fonctionnelle que leur reconnaît la Cour internationale de justice par son arrêt Yérodià du 14 février 2002.

La promotion et la protection des droits humains sont assurées par quatre dispositions essentielles de la constitution.

D'abord, certains instruments juridiques internationaux relatifs aux droits humains sont directement intégrés à la constitution. Ensuite l'article 40 de la constitution fait obligation à l'Etat d'assurer la diffusion et l'enseignement de la constitution et des instruments internationaux relatifs aux droits humains dans les langues nationales et officielle par tous les moyens de communication de masse. Puis, l'article 68 interdit au chef de l'Etat de suspendre les droits des citoyens garantis par la constitution lorsqu'il met en œuvre ses

Société civile et pouvoir constituant au Bénin

pouvoirs de crise. Enfin, chaque citoyen est habilité par voie d'action ou par l'exception d'inconstitutionnalité à soumettre à la censure de la Cour constitutionnelle, toute loi, tout acte censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Les décisions de la Cour qui ne sont susceptibles d'aucun recours s'imposent en vertu de l'article 124 de la constitution aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles. En raison de la simplification de sa saisine et de la célérité de sa décision, la Cour qui peut aussi se saisir d'office des cas de violation des droits humains est devenue aujourd'hui la gardienne légitime et privilégiée des libertés fondamentales. Grâce à sa mission de régulation du fonctionnement des pouvoirs publics, elle réalise la juridicisation de l'activité politique qui fait craindre à certains l'avènement d'un gouvernement des juges.

Ces différentes dispositions constitutionnelles visant à encadrer l'autorité des gouvernants et à garantir la liberté des gouvernés se retrouvent dans la plupart des nouvelles constitutions d'Afrique noire francophone. Elles s'inspirent largement de la tradition juridique française. Entre l'Etat fasciste et l'Etat laxiste, incapables par essence ou par démission de garantir la liberté des citoyens, émerge lentement mais sûrement l'Etat républicain. En réalité, la République, forme à la fois du gouvernement et de l'Etat selon la formule du doyen Hauriou, est un legs de la culture juridique française précieusement conservé comme une relique dans les différentes constitutions des Etats d'Afrique noire francophone : seul l'Etat centrafricain a rompu un temps avec cet idéal en devenant Empire aux termes de la constitution du 4 décembre 1976. La République fut rétablie après la chute de l'empereur Bokassa 1^{er} par l'acte constitutionnel du 21 septembre 1979.

*

**

Malgré son irruption dans le champ politique par la conquête du pouvoir constituant, la société civile est restée fidèle à la tradition

républicaine puisée dans la culture juridique française. Celle-ci demeure un patrimoine commun à l'ensemble des Etats qui partagent, au-delà de la simple communauté de langue, une véritable communauté de destin fondée sur le triptyque liberté-solidarité-dignité. Par conséquent, la culture juridique à promouvoir dans l'ordre juridique des Etats ne peut plus être seulement un attachement formel à une « structure particulière des exercices juridiques » ou au « poids de la loi de la théorie et des concepts » qui distingue la culture juridique française du *Common Law*. Elle doit plutôt demeurer une adhésion stimulante et féconde aux valeurs de démocratie et de l'Etat de droit dont fut porteuse historiquement la Révolution française de 1789. Par delà les spécificités et traditions de chaque peuple, l'humanisme, la primauté du droit, la dignité humaine doivent être des lieux de convergence de l'activité normative des acteurs juridiques de l'espace francophone. La culture juridique francophone n'a de sens qu'au service d'une grande cause, à savoir, la liberté et la fraternité entre les peuples pour le bonheur de l'humanité.

**REGARD D'AFRIQUE : À PARTIR DES ANCIENNES
POSSESSIONS BELGES**

**par Stanislas Makoroka,
doyen de la Faculté de droit de l'Université du Burundi**

Ensemble de règles sanctionnées par l'autorité publique, le droit a vocation d'établir un ordre social. Il sécurise l'homme dans ses activités ainsi que dans ses rapports avec les autres humains, dans un certain cadre géographique. Il pourvoit au dialogue entre l'individu et la communauté, le groupe social et l'individu ; il imprime les règles de conduite des uns et des autres et les sanctionne par la contrainte étatique ou de l'autorité légitime.

En tant qu'expression même de la vie des hommes, le droit reflète une culture. Les rapports entre la culture et le droit sont très riches. Mais la culture juridique ciblée aujourd'hui, à notre avis, se réfère à la question de savoir si les systèmes juridiques vécus dans les Etats francophones comportent ou trouvent une référence sûre à la culture francophone. En effet, il sied de savoir si au-delà de la norme, et quelle que soit la langue d'expression, on repère dans tel ordre juridique, un schéma de pensée et une articulation des idées, des principes et des mécanismes ayant trait au droit français, mis en œuvre pour identifier et réguler les phénomènes sociaux.

Si on doit parler de culture juridique francophone en Afrique, il sied de constater d'emblée que le transfert de l'ordre juridique

français ou d'inspiration française, ainsi qu'il apparaît dans les anciennes possessions belges constituées de la République démocratique du Congo, du Rwanda et du Burundi, a été présenté comme une œuvre civilisatrice des populations des pays dits « primitifs », civilisation des indigènes dont on cherche à « assurer l'amélioration des conditions morales et matérielles d'existence¹ ». L'autorité coloniale s'investit d'une mission civilisatrice afin de libérer les indigènes de l'obscurantisme.

Cependant à travers cette œuvre civilisatrice, il y a lieu de retenir uniquement que l'ordre social créé par le droit reflète quelque part une civilisation, ou mieux une culture, en dehors de tout rapport de force ou de valeur établi entre les cultures dominante et dominée. En ce sens, on doit poser l'hypothèse de l'existence d'une culture francophone transportée par le système juridique colonial et introduite par la Belgique en Afrique centrale et de l'Est, en République démocratique du Congo, au Rwanda et au Burundi.

Mais le seul fait du transfert ne suffit pas pour conclure à la survie de l'objet transféré dans le milieu d'accueil. Il est vrai que la civilisation conquérante, par divers mécanismes, a eu raison, pour une part importante, de la civilisation des indigènes colonisés ; néanmoins, des résistances, à des degrés divers, ont permis de sauvegarder, particulièrement dans les rapports entre autochtones, certains éléments de l'ordre juridique indigène. Le pluralisme juridique et même judiciaire est bien reconnu dans les territoires sous domination belge. Encore faut-il bien en mesurer la portée !

La question de la survivance du pluralisme juridique se posera encore avec plus d'acuité lors des indépendances des Etats qui, sous l'aureole de la nation retrouvée, de l'égalité entre les citoyens et de la recherche d'un développement unitaire, voudront réunifier le système juridique dans les domaines essentiels de la vie de l'Etat.

Aujourd'hui que s'annonce l'intégration régionale et l'ère de la mondialisation, le choix des Etats entre les divers systèmes juridiques

¹ Articles 5 et 6 de la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge (dite aussi « Charte coloniale ») in P. PIRON et J. DEVOS, *codes et Lois du Congo belge*, 8^{ème} édition, t. I, 1960, Bruxelles, éd. Larcier, p. 16.

Les anciennes possessions belges

s'avère crucial s'ils veulent se créer de l'espace dans les vastes zones d'intégration. La compétition des divers systèmes juridiques à l'égard des Etats en quête de réforme de leurs institutions et de leurs entreprises laisse peu de temps à une réelle intégration des systèmes par et au profit des demandeurs de réformes.

C'est pourquoi la question de l'existence d'une culture juridique francophone doit être posée avant la rencontre des autres systèmes juridiques afin de connaître les forces et les faiblesses du système et de déterminer le comportement le plus adéquat dans cette compétition. Le thème de la conférence « existe-t-il une culture juridique francophone ? » est donc d'une importante actualité.

Après le soutien engagé en faveur de la convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion des expressions culturelles², il est heureux que la CIFDUF fasse vérifier, par les plus hautes compétences, l'existence et la vivacité d'un droit-véhicule de la culture francophone. En cas de réponse positive, comment renforcer ses assises dans les sociétés qui l'ont reçu et où il évolue, dans l'égalité de dignité et le respect de toutes les autres cultures d'accueil ? Enfin, il convient d'examiner dans le contexte de la mondialisation, les forces et les faiblesses d'un tel système qui le destinent à marquer son influence dans la constitution de l'ordre juridique régional en cours.

Concernant les anciennes possessions belges, la question est abordée sous trois angles. Il faut fixer d'abord les différentes phases cruciales de la réception du droit d'inspiration française dans la zone (I). Ensuite analyser l'impact de cet apport dans la vie du droit dans cet espace où, à la suite de l'implantation du droit d'inspiration française, un pluralisme juridique (droit moderne, droit traditionnel) est né et suit son cours (II). Enfin, identifier, dans ce contexte, les éléments pertinents du droit moderne et d'inspiration française susceptibles de porter leur influence dans la constitution du nouvel ordre juridique interne et régional (III).

² Voir s. dir. P. LEMIEUX, *La diversité culturelle. Protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques*, Les Presses de l'Université Laval, 2006, journée scientifique de la CIFDUF, 26 janvier 2005, Sorbonne, Paris.

I - Réception du droit d'inspiration française dans les anciennes possessions belges d'Afrique

A côté des anciennes colonies françaises d'Afrique, la culture juridique francophone concerne la République démocratique du Congo, le Rwanda et le Burundi, des anciennes possessions belges en Afrique centrale et de l'Est. Mis à part l'intermède de la souveraineté sur l'Etat indépendant du Congo concédée à sa majesté Léopold II, roi des Belges, la Belgique exerça son pouvoir en Afrique en vertu de la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge, appelée aussi « Charte coloniale ». Quant au Rwanda et au Burundi, alors sous protectorat allemand, ils seront placés sous le mandat de la Société des nations (SDN) après la 1^{ère} guerre mondiale et plus tard, sous la tutelle des Nations unies, tandis que leur gouvernement sera confié à la Belgique qui les unira administrativement à la colonie du Congo belge.

La politique d'administration indirecte³ préconisée pour le Congo belge et *a fortiori* pour le Rwanda-Urundi, évoluera en une véritable offensive de l'ordre colonial contre l'autorité et les institutions indigènes. Par divers mécanismes, l'ordre juridique colonial d'inspiration française fut implanté de gré ou de force, dans un contexte de colonisation et de « civilisation » des populations locales. Il importe de recenser les divers domaines d'activités profondément atteintes par le transfert de l'ordre juridique nouveau à travers tous ses canaux officiels et officieux.

Après l'indépendance, la modernisation des Etats n'a fait que consolider l'importation du système juridique de l'ancienne métropole sans que les élites nationales formées dans le moule du

³ Voir l'arrêté royal du 6 octobre 1891 au Congo (encore Etat indépendant), *B.O.*, 1891, p. 259 ; l'ordonnance législative n° 2/5 du 6 avril 1917, pour le Rwanda-Urundi, *BORU*, 1924, n° 4 supplément. Voir aussi, F. REYNTJENS, *Pouvoir et droit du Rwanda, Droit public et évolution politique*, 1916-1917, Tervuren, Musée Royal de l'Afrique Centrale, 1985, p. 71-177.

Les anciennes possessions belges

colonisateur aient à s'interroger sur la capacité d'un tel système à promouvoir l'ordre social adapté aux nouvelles nations.

Pour fixer la véritable intensité de l'implantation du droit d'inspiration française, dans cette zone, il importe d'indiquer le contexte et les modalités d'implantation aussi bien à l'époque coloniale que depuis l'indépendance des Etats (A), les mécanismes de transfert du nouvel ordre juridique pendant la colonisation comme lors de l'exercice de leur souveraineté par les nouveaux Etats (B) et rendre compte de son réel impact sur l'ordre social des Etats (C).

A - Contexte et modalités d'implantation du droit d'inspiration française

1 - Exportation du droit colonial dans les anciennes possessions belges

En vertu de la « charte coloniale », en son article 5, « le gouverneur général veille à la conservation des populations indigènes et à l'amélioration de leurs conditions morales et matérielles d'existence. Il favorise l'expansion de la liberté individuelle, l'abandon progressif de la polygamie et le développement de la propriété ».

L'article 4 al. 2 de la même charte stipule à son tour : « Les indigènes non immatriculés du Congo belge jouissent des droits civils qui leur sont reconnus par la législation de la colonie et par leurs coutumes en tant que celles-ci ne sont contraires ni à la législation ni à l'ordre public⁴ ».

Le pouvoir législatif de même que l'exécutif, indique la même « charte coloniale », sont exercés par le roi dont les actes sont contresignés par un ministre⁵. Concrètement, le pouvoir exécutif est délégué au gouverneur général ou au vice-gouverneur, aux administrateurs de territoire et autres fonctionnaires et agents de l'administration coloniale.

En ce qui concerne l'administration des territoires, les chefferies indigènes seront reconnues comme telles. Les chefs indigènes exerceront leur autorité. (Mais) « ils seront placés sous la direction et

⁴ P. PIRON et J. DEVOS, *op. cit.*, p. 16.

⁵ Article 7 de la loi du 18 octobre 1908 précité.

la surveillance des commissaires de districts ou de leurs délégués »⁶. Au Rwanda et au Burundi, les sultans exercent leur autorité sous la direction du résident⁷.

Dans le principe, la Belgique prône le principe de l'administration indirecte en ce qu'elle affirme vouloir respecter les structures politiques et judiciaires des populations administrées. Dans les faits, l'autorité indigène n'est maintenue que pour servir « d'agents de transmission et d'exécution » des ordres de l'autorité coloniale⁸.

Le transfert du droit colonial en tant qu'instrument de gouvernement du Congo, du Rwanda-Urundi s'est par conséquent réalisé dans un contexte de domination. Au titre d'une mission de civilisation, la Belgique va imposer aux territoires occupés un ordre juridique propre et de son inspiration. Ce sera la tâche principale de l'autorité coloniale désignée. Mais d'autres canaux vont y participer notamment l'Eglise et l'école ; car il s'agit d'une œuvre globale de transformation de l'ordre social indigène et de libération de l'indigène de l'obscurantisme en vue de le faire accéder à une civilisation supérieure, celle de l'occident chrétien⁹. Dès lors, le bon indigène, le chef coutumier modèle sera baptisé et adoptera progressivement la vie et les mœurs du colon.

L'enseignement transmettra à son tour le savoir et le savoir-faire et dans une certaine mesure, le savoir-être du colonisateur même si à cet égard, la Belgique a tardé à introduire dans les colonies, l'enseignement secondaire général, supérieur et universitaire¹⁰. Tout

⁶ Article 5 de l'arrêté royal du 6 octobre 1891 précité.

⁷ Article 4 de l'ordonnance législative du 6 avril 1917 précité.

⁸ Voir F. REYNTJENS, *op. cit.*, pour le Rwanda, C. BISHIKWABO, « Institutions coutumières et modernisme au Zaïre », in *Histoire sociale de l'Afrique de l'Est (19^{ème} et 20^{ème} siècle)*, Paris, édition Karthala 1991, p. 15-35.

⁹ Comparer, J. MALAURIE, « Droit et logique coloniale », in *La réception des systèmes juridiques : Implantation et destin*, colloque de la CICLEF, U.L.B. et Université de Moncton s. dir. M. DOUCET et J. VANDERLINDEN, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 450 et s.

¹⁰ Voir F. REYNTJENS, in *La Réception des systèmes juridiques : Implantation et destin* précité, p. 590 ; « Problèmes de l'enseignement

Les anciennes possessions belges

sera donc mis en œuvre pour l'implantation, bon gré mal gré, de la culture juridique de l'autorité coloniale.

Le colonisateur applique sa loi à l'ensemble de la population par principe. De manière résiduelle, les populations indigènes pourront appliquer le droit traditionnel dans les rares domaines laissés libres et pour autant que l'ordre public colonial ne soit pas compromis. L'ampleur de l'intervention, de la culture juridique du colonisateur dans le système indigène, est considérable. S'il va sans dire que les Européens et les non-autochtones et les immatriculés reçoivent le droit du colonisateur, même les indigènes qui en expriment le choix sont soustraits au droit traditionnel et soumis à l'empire du droit colonial¹¹.

La même attitude sera tenue par les nouvelles élites appelées à diriger les nouveaux Etats indépendants.

2 - Importation de la culture juridique de l'ancien maître par les dirigeants de nouveaux Etats

Le Congo belge devient indépendant le 30 juin 1960. Plus tard en 1962, le Burundi et le Rwanda recouvrent leur souveraineté, certes, dans un contexte différent. Partout cependant, la technique est adoptée d'importer, cette fois de plein gré, le droit de l'ancienne métropole.

Bien plus, les nouveaux dirigeants vont élargir l'espace du droit exogène de culture francophone. La législation nouvelle puisera volontiers dans l'arsenal juridique de l'ancien maître ; car formés dans les écoles du colonisateur ou ayant pratiqué son droit, par mimétisme, ils ne trouveront mieux que d'importer le seul système connu. Enfin, la tentative d'unification des différents statuts de la population s'opérera bien au profit du droit de l'ancienne métropole.

supérieur et de développement en Afrique centrale », *Mélanges G. Malengreour*, Paris, L.G.D.J. 1975, p. 15 et s.

¹¹ Notamment par le biais de l'immatriculation, voir le décret du 17 mai 1952 sur l'immatriculation, *B.O.* 1952, p. 1183 et s. Voir article 34 et s. du code civil du Congo belge, I, in P. PIRON et J. DEVOS, *op. cit.*, p. 55 et s.

Ce faisant, l'élite des nouveaux Etats affiche toutefois une ambition différente de celle du colonisateur. Il s'agit de libérer les peuples opprimés, de conduire l'Etat et sa population à la modernité. Mais devant la difficile mission de négocier avec les populations une véritable autonomie juridique et politique, elle va céder au « mimétisme » à telle enseigne que la nécessité de consolidation de la nation et de l'Etat la conduira, du moins formellement, à réduire encore davantage le rôle du droit indigène dans la régulation des rapports entre les populations autochtones.

B - Mécanismes de transfert de la culture juridique francophone

Pendant la colonisation, les populations recevront le droit exogène, de manière imposée pour servir l'objectif d'exploitation, sous le couvert d'une mission civilisatrice et l'éradication des mœurs barbares, du développement et de l'expansion de la liberté individuelle.

Les techniques d'implantation de l'ordre juridique colonial peuvent être réduites à quatre modalités : l'introduction d'une législation spécifique dans les activités nouvelles, l'abrogation du droit indigène et son remplacement, la soumission à l'ordre public colonial et l'action du système judiciaire.

En revanche, la redécouverte de la souveraineté par les Etats amènera les élites gestionnaires à moduler l'importation du droit exogène, forcément de culture francophone, compte tenu du mimétisme déjà signalé. Trois modalités de transfert seront adoptées : la reconduction de la législation coloniale, l'harmonisation autant que faire se peut des divers statuts des populations par une législation spécifique remplaçant les droits indigènes, la modernisation par l'édiction d'une législation appropriée au nouveau contexte politique, économique et social.

Les anciennes possessions belges

1- Pendant la colonisation

Une législation coloniale pour régir les nouvelles activités et les droits civils des européens

Le mode de transfert paraît bien compréhensible. La colonisation a fait découvrir de nouvelles activités liées au mode de production capitaliste introduit dans les territoires. Ces activités sont étrangères à l'ordre social indigène. Le pouvoir colonial les organisera librement, même s'il doit tenir compte des spécificités des territoires occupés¹². Les domaines du droit fiscal, du droit commercial (commerce des Européens et des étrangers), le droit économique et financier, le droit social et du travail, le droit administratif colonial sont des activités nouvelles qui sont régies par une législation particulière prise par le pouvoir colonial. Ces règles sont appliquées par l'administration coloniale. En cas de conflits de justiciables, ce sont les juridictions de droit écrit qui arbitrent¹³.

Par ailleurs l'autorité coloniale règle la vie civile des Européens immatriculés et des étrangers. Le décret du 4 mai 1895 portant code civil (livre I) relatif au droit des personnes et de la famille est un dispositif fort complet en ce domaine. De même que le code civil (livre II) relatif aux biens et aux différentes modifications de la propriété dans la mesure où il organise la propriété immobilière de droit écrit ainsi que le code civil (livre III) concernant les obligations¹⁴.

Il convient de souligner à cet égard que la loi produite est d'inspiration belge et n'est pas nécessairement la loi belge. C'est pourquoi, dans les domaines déjà cités, on retrouve un arsenal juridique quelque peu différent de législation belge, même si par le biais d'une vieille ordonnance du 14 mai 1886, les lacunes pouvaient être comblées par l'équité et les principes généraux du droit belge, sous-entendu.

¹² F. REYNTJENS, article précité, in *La Réception des systèmes juridiques : Implantation et destin*, p. 586.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ P. PIRON et J. DEVOS, *op. cit.*, t. I.

Stanislas Makoroka

Abrogation du droit indigène et son remplacement par un droit d'inspiration belge

Sous le couvert de la « mission civilisatrice », le droit colonial est venu remplacer beaucoup de secteurs alors gérés par le droit indigène. Cette intervention fut de plus en plus profonde au fur et à mesure que progressait la colonisation effective.

. Le droit public, dans la mesure où il réglementait les institutions coloniales, se devait de se substituer aux compétences de l'autorité indigène. L'organisation législative et administrative était essentiellement du ressort du droit colonial. Même les « chefs » indigènes étaient placés sous la direction et la surveillance des commissaires de district ou de leurs délégués¹⁵.

. Le droit pénal subit une intervention énergique de la part du colonisateur. Le principe « nullum crimen, nulla poena sine lege » laissait peu de manœuvre à l'action pénale de l'autorité indigène. Même lorsqu'il en avait le choix, le parquet déférait rarement le délinquant devant l'autorité indigène, préférant la juridiction de droit écrit. En un mot, le domaine du droit pénal était totalement investi par le droit colonial. Les juridictions indigènes ne jugeaient que quelques infractions mineures commises par les autochtones et assimilés¹⁶.

. Le droit colonial s'attaquera aussi au droit traditionnel civil. Il est indiqué que les indigènes non immatriculés du Congo belge jouissent des droits civils qui leur sont reconnus par leurs coutumes en tant que celles-ci ne sont contraires ni à la législation ni à l'ordre public. De ce fait, des pans entiers du droit indigène seront investis par le droit colonial, notamment l'enregistrement des propriétés privées, le

¹⁵ Articles 7 et 8 de la « Charte coloniale ».

¹⁶ Voir le décret du 27 avril 1889 portant code pénal. Ajouter les décrets portant organisation de la justice indigène en 1926 au Congo et en 1943 au Rwanda-Urundi.

Les anciennes possessions belges

régime des hypothèques, le mariage monogamique des indigènes, l'annulation des mariages polygamiques¹⁷.

La soumission du droit traditionnel à l'ordre public colonial

Même dans les matières de statut personnel généralement laissées à l'autonomie des indigènes, le droit traditionnel est évincé au profit du droit du colonisateur suite à l'impératif de respect de l'ordre public colonial¹⁸. En l'occurrence, même dans une matière de droit traditionnel dont le respect a été proclamé par le colonisateur, une règle ne peut prévaloir lorsqu'elle est contraire à une règle considérée comme essentielle à l'œuvre de « civilisation ».

Le tribunal du parquet assurera ce contrôle notamment en procédant à l'annulation des décisions des juridictions indigènes n'ayant pas respecté les dispositions impératives de la loi coloniale ou l'ordre public¹⁹.

Le transfert du droit par l'action des organes juridictionnels

Le droit colonial est appliqué par les juridictions de droit écrit ayant la plénitude de compétence, les juridictions indigènes ne disposant que d'une compétence résiduelle à l'égard des indigènes et dans la mesure où la règle de droit traditionnel est applicable. Les décisions des juridictions indigènes sont contrôlées de surcroît par les juridictions de droit écrit en particulier le tribunal du parquet qui est doté des compétences d'annulation²⁰. La jurisprudence telle que construite par les juridictions de droit écrit a contribué également dans son domaine à l'implantation du droit écrit²¹.

¹⁷ Article 4 al. 2 de la « Charte coloniale », voir à titre d'exemple les décrets du 5 juillet 1948 et du 4 avril 1950, in P. PIRON et J. DEVOS, *op. cit.*, p. 150 et s. (dispositions complémentaires du code civil).

¹⁸ A. DURIEUX, *La notion d'ordre public en droit privé colonial belge*, Bruxelles, IRCB 1953.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Voir décrets du 15 avril 1926 et du 5 octobre 1943 respectivement au Congo belge et au Rwanda-Urundi, art. 3, *B.O.*, 1938, p. 471 et *B.A.*, 1943, p. 1498.

²¹ *Ibidem*.

2 - La période des Etats post coloniaux

La reconduction de la législation coloniale

A la veille de l'indépendance et pour éviter la rupture juridique entre le système colonial et le nouvel ordre, chaque entité étatique va prendre une disposition législative reconduisant le système juridique antérieur²².

Cette disposition laconique et apparemment anodine permet de perpétuer la règle de droit du colonisateur. En effet, aussi longtemps qu'un nouveau texte n'est pas pris, le droit colonial reste d'application. Or, aucun Etat, à cet égard, n'a encore pris une nouvelle législation complète susceptible de remplacer tous les textes du colonisateur. Ce sont des matières parfois très importantes qui n'ont pas été revues, et encore pour bien longtemps.

L'harmonisation en faveur du droit d'inspiration française

En dépit de sa force d'implantation, le droit colonial n'a pas réussi à occuper tout le champ du droit traditionnel. Celui-ci a su lui opposer de fortes résistances. Et même profondément transformé, le droit traditionnel continue à avoir une force normative élevée au sein de la population indigène. A l'heure de l'indépendance, le système juridique dans les territoires est marqué par un dualisme, dualisme de la règle matérielle, dualisme des juridictions.

Le dualisme va interpeller les dirigeants des nouveaux Etat. Les idéologies du nationalisme et de l'unité de l'Etat vont se mettre à l'œuvre pour concrétiser la recherche d'un ordre social unique et unitaire. Le modèle d'harmonisation de toutes les coutumes naguère tolérées par la colonisation sera trouvé dans le système juridique de l'ancienne métropole. Le droit matériel y sera puisé.

Dans le domaine de la justice, en dehors des juridictions inférieures qui parfois sont intégrées dans la justice étatique,

²² A titre d'exemple, la loi du 29 juin 1962 portant application des actes législatifs et réglementaires édictés par l'autorité tutélaire, *B.O.B.*, 1962, p. 135.

Les anciennes possessions belges

l'organisation de chaque Etat comprend essentiellement des juridictions de droit écrit, à savoir des Tribunaux de première ou de grande instance, plusieurs Cours d'appels, des juridictions administratives et une Cour suprême de justice souvent subdivisée en trois chambres ou sections, la chambre judiciaire et de cassation, la chambre administrative et la chambre constitutionnelle²³. Les litiges s'y déroulent essentiellement suivant la norme de droit écrit et souvent le français est la langue de jugement.

La modernisation au bénéfice du droit d'inspiration française

L'unification du droit va souvent de pair avec la modernisation du droit. Les Etats nouveaux issus de l'indépendance vont prendre comme standard l'Etat moderne où le pouvoir appartient au peuple et est exercé au nom et pour le peuple. Trois institutions indépendantes y exercent, en théorie, le pouvoir et de manière séparée. Le parlement légifère, le gouvernement exécute la loi et les juridictions rendent la justice.

Cette organisation nécessite un nouvel arsenal juridique. Le modèle va être puisé dans l'ordre juridique de l'ancien maître, même si le transfert va susciter quelques difficultés d'adaptation.

Sous l'aspect institutionnel, l'organisation de l'Etat démocratique est une œuvre complexe pour les nouvelles élites. La conception monarchique du pouvoir que d'aucuns qualifient de « traditionnel » va s'imposer plus de trente ans avant que l'expérience ne soit remise en cause.

Néanmoins pour gérer les rapports entre particuliers, la modernisation du droit va suivre son cours. De nouveaux codes civils,

²³ E. LAMY, « Les juridictions de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement, évolution et situation au Zaïre, Rwanda et Burundi », in *Rapports belge au 12^{ème} Congrès de l'Académie Internationale de droit comparé*, Anvers-Bruxelles, Kluwer-Bruylant 1986, t. I, p. 21. Voir S. MAKOROKA, « La contribution de la justice des tribunaux répressifs à une paix durable dans la région des Grands Lacs » in *Démocratie, bonne gouvernance et développement dans la région des Grands Lacs*, s. dir. J. GAHAMA, Bujumbura, RPP octobre 1999, p. 203.

des éléments du code de commerce, de nouveau codes de procédure et de l'organisation judiciaire vont voir le jour pour régler les relations entre les particuliers. Cette modernisation affectera parfois même des secteurs que le législateur colonial n'avait pas osé aborder directement, préférant attendre que les mœurs des populations évoluent à son avantage. Il s'agit notamment des matières touchant au droit familial, au droit matrimonial et au droit foncier²⁴.

Lors qu'on retient que les juridictions ont été à leur tour réunifiées et modernisées, en faveur du droit de l'ancien maître, on doit constater, tout au moins dans la forme, l'existence d'un droit et d'une justice étatiques d'inspiration française en cours dans les anciennes possessions belges.

Il convient d'ajouter à cela que le personnel des administrations, le personnel judiciaire (magistrats, avocats, auxiliaires de justice) ont reçu leur formation dans les écoles et Facultés où l'enseignement privilégie le droit moderne au détriment du droit traditionnel²⁵.

C - Degré de réception du droit d'inspiration française

Il faut d'emblée reconnaître l'offensive du droit d'inspiration française dans les anciennes possessions belges. Les territoires conquis se voient imposer le droit colonial par des techniques multiples et des attitudes diverses, à la fois autoritaires et de compromis de façade. Lorsque le terrain est vierge et que des activités nouvelles et des modes de vie tout à fait nouveaux sont introduits, une législation spécifique d'origine du colonisateur s'implante.

Le droit colonial effectue également des percées dans le droit traditionnel et parvient à s'implanter sous le couvert de la protection de l'œuvre civilisatrice et du respect de l'ordre public colonial. Même dans les domaines soi-disant réservés au droit traditionnel les canaux officieux de transfert de l'idéologie coloniale, l'évangélisation, la

²⁴ Voir notamment au Zaïre, le code des personnes, de la famille et des régimes matrimoniaux ; au Burundi, le code des personnes et de la famille de 1981 modifié en 1993.

²⁵ P. REYNTJENS, *op. cit.*, in *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, p. 595.

Les anciennes possessions belges

formation scolaire, le mode de vie des colons ont semé le doute et perturbé l'ordre juridique indigène ; l'isolement et le déracinement de l'indigène amené à vivre dans les centres dits « extracoutumiers » ont également accéléré l'altération du droit traditionnel²⁶.

Le processus d'implantation va paradoxalement connaître un nouvel essor dans les Etats post-coloniaux. Auparavant, le transfert était imposé. Après l'indépendance, il sera assumé par les nouvelles élites. Le système juridique d'inspiration française est volontiers octroyé à la population avec la certitude de réaliser le renforcement de l'unité et la modernisation de l'Etat.

Le droit importé affectera toutes les institutions étatiques ; il cherchera à s'installer chez les populations et à changer les modes de vie des citoyens.

Néanmoins les mœurs et le comportement des gens ne changent pas par un simple décret. Comme naguère face au colonisateur, aujourd'hui face aux élites des Etats post coloniaux, la population va opposer une résistance au droit nouveau tant qu'il ne répond pas adéquatement à ses profonds besoins. C'est pourquoi, en marge du droit étatique, les populations vont restituer et parfois développer un droit traditionnel nanti d'une force normative parfois bien plus élevée. Le dualisme juridique et judiciaire mal toléré par le colonisateur et officiellement abrogé par l'Etat colonial va ressusciter, au point de développer, dans certains domaines, un droit ou un non-droit populaire et une justice parallèle au système étatique.

II - Pluralisme juridique en Afrique centrale et de l'Est des anciennes possessions belges

Le colonisateur belge a trouvé sur les territoires conquis, un droit traditionnel, un système juridique cohérent et souvent mature dans sa composition. Les sources formelles de tout système s'y retrouvent : la loi et bien sûr la coutume, la jurisprudence et même la doctrine ; le sérieux avantage du droit traditionnel étant de promouvoir à l'égard

²⁶ Voir J.M. PAUWELS, « Les origines du droit urbain de Kinshasa », *Revue juridique du Congo* 1968, p. 320-345.

de toutes les situations conflictuelles, le pragmatisme et des solutions éprouvées par l'ensemble de la population²⁷.

A l'entreprise de déstabilisation par l'implantation de l'ordre juridique colonial, les sociétés indigènes vont opposer une résistance plutôt passive mais difficile à surmonter (A). Des domaines entiers de la vie des populations indigènes vont continuer à être régulés par le droit traditionnel et animés par des instances judiciaires et de règlements de conflit efficaces (B). Soit le droit traditionnel sera gardé tel quel, soit il évoluera ou encore il développera un « droit de la pratique » face aux phénomènes sociaux dus à la colonisation et au nouveau mode de vie introduit. Toujours et, cette fois-ci, sous l'empire des Etats post-coloniaux, le droit étatique d'inspiration française côtoie des règles traditionnelles de plusieurs niveaux et de modes de régulation juridique, tous issus du besoin impérieux de gérer les rapports de proximité des populations (C).

A - Résistances du droit traditionnel au droit d'importation

L'ordre colonial a tout mis en œuvre pour défaire l'ordre juridique indigène. Dans les domaines d'intervention directe ou indirecte du droit colonial et en vertu de l'obligation de respect de l'ordre colonial, la règle juridique indigène devait céder le pas. Même lorsque le colonisateur accepte l'application de la règle de droit traditionnel, il met en place un mécanisme de contrôle et surtout sollicite les chefs traditionnels pour faire prévaloir son droit et pour l'imposer à la population.

Comme l'escargot surpris par le danger, les populations indigènes vont se recroqueviller sur elles-mêmes. De vastes domaines de relations de proximité entre les populations resteront régis par le droit traditionnel, souvent à l'abri des institutions coloniales. Le droit de la famille, le droit foncier et les successions ainsi que le droit des contrats constitueront les domaines privilégiés du droit traditionnel.

Certes, sous divers aspects, même ces domaines connaissent une évolution imposée. A travers la procédure judiciaire écrite, la justice

²⁷ J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, Paris, PUF 1983, p. 9 et s.

Les anciennes possessions belges

des juridictions indigènes contribue, malgré elle, à l'altération de la règle de fond. Dans les agglomérations, le mixage des populations et surtout leur isolement du milieu traditionnel vont aussi secréter une norme juridique adaptée au nouveau milieu. Il n'empêche que ce « droit coutumier évolué »²⁸ est également une forme de résistance au droit d'importation.

L'essentiel est de constater qu'une forme de vie juridique se développe de manière intense chez les populations indigènes, en marge sinon parallèlement à l'ordre juridique colonial. Ces règles de proximité forment la véritable vie juridique des populations et répondent plus ou moins adéquatement aux besoins exprimés par elles.

B - Domaines de prévalence du droit traditionnel

1 - Période coloniale

Pour rendre compte du niveau du pluralisme juridique en cours pendant la colonisation, en l'occurrence, le droit traditionnel développé à l'ombre du droit colonial, il suffit de formuler l'hypothèse de la sanction du droit de l'indigène dans ses relations avec ses voisins. Rarement les litiges de ce type sont dirigés devant le système judiciaire de droit écrit²⁹. Ils sont réglés par les instances de régulation du milieu local, et en cas de gravité, devant l'autorité ou la juridiction indigène à divers échelons. Toutes ces instances décident suivant le droit traditionnel.

2 - Période post-coloniale

Après l'indépendance, l'autorité indigène ou le « notable » peut ne plus être investi de compétences par l'autorité étatique³⁰, elle n'en

²⁸ P. REYNTJENS, *ibid.*, p. 596.

²⁹ E. LEROY, *Les Africains et l'Institution de la Justice. Entre mimétisme et métissages*, Paris, Dalloz, 2004, p. 284.

³⁰ Destitution de l'autorité coutumière au Rwanda et au Burundi. Voir L. SEGERS, « L'organisation des pouvoirs locaux au Burundi », *Revue juridique du Rwanda et du Burundi*, 1965, n° 4, p. 151 et s.

continuera pas moins à faire partie du système de régulation des conflits de proximité.

Certes, au Rwanda, au Burundi et au Congo, dans une certaine mesure, les juridictions étatiques saisies en vertu de l'unification de l'ordre des juridictions appliquent aussi bien le droit écrit d'inspiration française que le droit traditionnel suivant la règle applicable au litige. Effectivement, le droit traditionnel subsiste tant qu'il n'a pas été abrogé et remplacé par le droit étatique.

Toutefois même édicté, le droit étatique peut être en déphase avec la réalité des conflits. Le fait pour la règle de ne pas être connue par le justiciable semble un problème mineur face à l'inadéquation de la norme étatique par rapport aux problèmes vécus au quotidien par les populations. Le droit étatique sera considéré comme caduc, faute pour le législateur de ne pas proposer les moyens de sanctionner sa norme et surtout de ne pas assouvir au concret les besoins du justiciable.

3 - Principaux champs actuels d'application du droit traditionnel

Le droit des personnes et de la famille

Au Congo, le domaine du droit des personnes et de la famille ainsi que des régimes matrimoniaux bénéficie d'un instrument juridique complexe et hautement élaboré. Ce texte est rarement évoqué chez la population profonde non seulement des districts éloignés mais même des villes et agglomérations supposées introduites dans la modernité.

Au Burundi, le code des personnes et de la famille date de plus de vingt-cinq ans et a déjà été modifié une fois. Il a bénéficié d'un effort important de diffusion et été implanté dans un milieu relativement favorable. Mais la règle de droit traditionnel est tenace et des études effectuées révèlent que des pans entiers du code restent inappliqués par la population ; car un droit subjectif même favorable ne peut être sanctionné que si le bénéficiaire le réclame.

Le droit foncier

Le problème de la gestion de la terre est encore plus complexe dans les nouveaux Etats. Même là où le législateur a essayé de

Les anciennes possessions belges

prendre une législation complète en édictant un code foncier, la loi se trouve en complète déconnexion avec la pratique des populations.

Le droit des successions

Aucun Etat de la zone n'a pu encore aborder avec succès la question si hautement délicate de la succession. La mise en œuvre de l'égalité de l'homme et de la femme dans une société profondément attachée au patriarcat et à la patrilinéarité, institutions toutes deux reliées à la question foncière, à titre d'exemple, est un labyrinthe où aucun législateur ne veut jusqu'à présent s'engager. En attendant, le droit traditionnel continue à courir, même s'il est parfois altéré à la suite de l'impératif du respect de l'ordre public.

Sans aucun doute, la norme étatique, si le standard est très élevé, peut être inaccessible à l'usager qui se contente alors de « produit dérivé » susceptible de répondre à ses besoins. Ce faisant, les populations ignorent la règle étatique, l'évitent ou la contournent ou encore la remplacent par des us et coutumes appliqués par une justice de proximité et non étatique. Dans bon nombre de situations, les populations indigènes et non acculturées n'ont adhéré qu'en apparence au modèle du droit étatique. Ce qui peut être à l'origine d'une crise de légitimité de l'Etat.

Le droit des activités informelles

Le mode de production capitaliste adapté au commerce et à l'industrie organisés a eu des répercussions sur le comportement individuel des populations dans l'acquisition des richesses. Le mythe de l'argent et de la propriété individuelle ont fait le reste chez les populations désireuses d'améliorer leurs revenus, en dehors de l'agriculture traditionnelle si astreignante.

La législation commerciale imitée du modèle de l'ancienne métropole paraît tout à fait inadaptée pour résoudre les problèmes concrets générés par les activités informelles qui, par essence, échappent à une organisation rigide. Le standard de l'organisation commerciale dans une économie moderne est de nouveau inaccessible à une bonne partie de la population qui participe à sa manière, au

progrès économique. Il se développe dans ce cas des usages et des pratiques qui régulent le comportement de ces groupes sociaux, en marge des solutions prônées par la règle étatique. Tant et si bien que souvent, la loi n'a pas bénéficié de dispositifs d'exécution la rendant disponible à l'égard des populations.

C - Persistance du pluralisme juridique

La stratégie de survie culturelle a opposé un rempart solide à l'intrusion du dispositif colonial monté pour déstabiliser les sociétés traditionnelles afin de les amener à la « civilisation ». Le droit colonial a été contraint à coexister avec le droit traditionnel, du moins lorsque les intérêts majeurs du colonisateur n'étaient pas trop mis en péril. Le colonisateur a cru à une transformation progressive des mœurs indigènes. Et de fait, l'altération du droit traditionnel ne peut guère être minimisée ; d'autant que les élites nationales vont relayer les techniques d'implantation.

On peut, néanmoins, supposer que, dotés d'une meilleure légitimité, les nouveaux dirigeants auraient dû bénéficier d'une meilleure confiance de la population et réussir un meilleur transfert du droit d'inspiration française. Cependant au-delà de l'unification, de l'harmonisation et de la modernisation du droit, il était essentiel de réaliser la construction d'un système adapté au degré d'évolution des populations.

Le « mimétisme » des institutions et de la règle de la métropole étant à l'origine d'une norme étatique qui ne touche qu'une frange de la population et une partie des échanges et de l'activité économique, il n'est pas étonnant que se développe un pluralisme juridique. La partie de la population qui n'a pas d'accès au droit étatique recourt à la règle de droit traditionnel et aux instances de régulations du milieu, en ignorant le système légal qui ne plonge pas dans sa vie concrète et dont il n'a reçu au demeurant qu'une vague information³¹.

³¹ M. TSHIYEMNE, *Réinvention de l'Etat et régulation économique en Afrique central : défi de la nouvelle gouvernance à l'ère de la mondialisation*, p. 104.

Les anciennes possessions belges

En soi, le système de référence n'est pas en cause dans la survivance d'un pluralisme juridique. Celui-ci rend plutôt compte de niveaux de vie et de culture différents atteints par la population. Il s'agit de maîtriser le standard de la norme souhaitée et assimilable par la population. Peut-on construire un système juridique alternatif à la dualité juridique du moment, tout en sauvegardant la diversité culturelle là où elle s'impose ? Voilà le pari de l'évolution juridique moderne.

III - L'influence juridique francophone dans le contexte de la refondation des Etats

Longtemps, jusqu'en 1980, l'élite africaine a assumé l'exercice « monarchique » du pouvoir et a cru pouvoir à l'instar du colonisateur, implanter un ordre juridique venu du sommet, sans l'obligation de le faire avaliser par la population. Dans les domaines d'intérêt majeur pour elle, la population mit au point un système juridique parallèle ; d'autant que l'Etat n'avait pas toujours les moyens d'une sanction efficace à sa norme³².

Le recentrage des Etats, à travers la recherche des équilibres macro-économiques, la libéralisation de l'activité économique et la promotion de l'entreprise privée³³, la démocratisation des institutions et de la vie politique, ainsi que l'obligation de respect des droits de l'homme et de la liberté du citoyen, bref la « refondation de l'Etat », sous l'égide de la communauté internationale et avec l'appui des bailleurs de fonds et des institutions de Bretton Woods, redonnent, en cette fin de XX^e et début du XXI^e siècle, un élan nouveau dans la recherche d'un ordre juridique adapté aux nouvelles activités et à la nouvelle société.

³² G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », in *Dynamiques et finalités des droits africains*, 1980, Paris, Economica, p. XIV et XV.

³³ M. TSHIYEMBE, « Réinvention de l'Etat et régulation économique en Afrique noire : défi de la nouvelle gouvernance à l'ère de la mondialisation », in *Afrique dans la globalisation économique*, Gutenberg universitat, Mainz, Germany p. 104.

L'Etat « réinventé »³⁴ selon les termes de M. Tshiyembe, doit organiser la société de manière à libérer les énergies de tous les membres de la communauté dans leurs diversités individuelles et collectives pour la création d'un ordre social nouveau reflétant la quête du bien commun.

Après un bref rappel des principes de base de la réforme des Etats en cours (A), on posera la question de l'influence de la culture francophone à l'occasion de refondation des Etats (B) et de leur intégration dans un meilleur espace vital (C).

*A - Quelques principes de base de la réforme de l'Etat*³⁵

L'Etat post colonial s'est essouffé dans ses stratégies de création de l'Etat-nation. La culture « monarchique » de ses élites a conduit à l'accaparement du pouvoir pour régner et non gouverner ; car gouverner c'est gérer et rendre compte de sa gestion à intervalle régulier. Il est temps que le nouvel Etat reconnaisse toutes les composantes de sa société, les citoyens et les diverses communautés, pour les galvaniser vers un destin commun meilleur.

Les défis de la nouvelle réforme étatique sont la réalisation d'un projet de société démocratique accessible aux peuples et aux citoyens, une gouvernance réussie à tous les échelons de l'organisation sociale y compris le niveau local, la reconnaissance et la mise en œuvre efficace du pluralisme juridique.

1 - Trajectoire du nouveau projet de société démocratique

La nouvelle gestion de l'Etat doit reconnaître une égale intervention des citoyens et des ethnies ou communautés et en outre, à travers la démocratie de proximité, organiser l'autonomie de gestion des « gouvernements » locaux.

2 - Principes de gouvernance

L'Etat doit garantir les droits de l'homme, les droits du citoyen et les droits des peuples par delà les « nationalités ». Tout en réhabilitant

³⁴ M. TSHIYEMBE, *ibid.*

³⁵ Voir M. TSHIYEMBE, *op. cit.*, p. 103 et s.

Les anciennes possessions belges

la culture traditionnelle de l'économie de subsistance, se pénétrer de la culture de l'économie de marché et promouvoir l'égalité des chances, dans la solidarité. L'organisation et la gestion de ses institutions doivent respecter des normes standards telles une justice indépendante, une administration compétente et impartiale, une force de défense et de sécurité républicaine. L'Etat doit promouvoir l'entreprise privée, la liberté de la presse, etc. Le gouvernement doit enfin être contrôlé par le Parlement et par l'opposition extra parlementaire.

Au niveau local, la décentralisation doit parvenir à la démocratisation des institutions à la base, à travers la modernisation de l'exercice du pouvoir traditionnel.

3 - Pluralisme juridique et réforme judiciaire

L'Etat ne devrait pas avoir nécessairement le monopole de la production du droit. Tout en assurant le respect et la sanction d'une norme commune relevant des instruments internationaux et de sa législation couvrant les domaines dont il a la charge, l'Etat doit enrôler dans son arsenal juridique la norme spécifique de proximité, pour autant qu'elle ne soit pas contraire aux idéaux d'une société véritablement démocratique³⁶. De cette manière, la norme de droit traditionnel reconnue ne serait pas appliquée en marge ou parallèlement au droit étatique et aurait la possibilité d'accéder à la modernité sans entrave.

Par ailleurs, tout en sauvegardant sa spécificité, la justice traditionnelle serait intégrée à la justice étatique qui conférerait, le cas échéant, « l'imperium » et le caractère exécutoire à ses décisions³⁷.

B - L'impact de la culture juridique francophone et la réforme des Etats

On peut s'interroger sur le réel impact de la culture francophone sur le courant actuel de « refondation » des Etats. Il est vrai que le

³⁶ M. TSHIYEMBE, *op. cit.*, p. 106.

³⁷ S. MAKOROKA, *Etude relative au fonctionnement du système judiciaire burundais*.

mouvement de réforme est jusqu'à présent à caractère constitutionnel et se concentre sur la recherche de la légitimité politique au niveau de l'Etat central. La réforme véritablement législative n'est qu'à ses débuts³⁸.

Néanmoins, la trajectoire législative, administrative et judiciaire imprimée dans les divers domaines suscite des interrogations sur le réel impact de la culture juridique francophone sur la réforme. Tour à tour, la question de l'influence juridique va être posée à l'occasion du mouvement de réforme des Etats, des réformes conduites par les bailleurs de fonds et à l'occasion de l'intégration régionale.

1 - La refondation des Etats et la contribution des anciennes métropoles

Malgré quelques soubresauts dans leurs relations, les métropoles se sont longtemps satisfaites pour les anciennes colonies de l'ordre constitutionnel de l'Etat post-colonial. A la fin des années 1980, le vent de liberté et de démocratie souffla dans l'ex-empire soviétique entraînant la chute du mur de Berlin. L'événement fit tâche d'huile. Il déferla en Afrique notamment francophone à la suite de la déclaration de la Baule (1990) faite par le président français à l'adresse de ses collègues lors du sommet France-Afrique. Avec des résultats diversifiés, cette déclaration va conduire à la démocratisation des institutions et de la vie politique.

Après des années de guerre dans la région des Grands Lacs, des négociations de paix entre les belligérants ont été conclues par l'installation des régimes de transition tandis que, à la faveur des élections démocratiques dans l'ensemble, des régimes nouveaux s'installent dans la sous-région. Si la République démocratique du Congo et le Rwanda ont opté pour des régimes reflétant le modèle de l'Etat-nation, le Burundi tente une mise en œuvre difficile de la théorie consociative de l'Etat. Ce qui ne signifie pas, à ce niveau, l'abandon de l'inspiration de la culture juridique francophone, dans l'organisation des pouvoirs.

³⁸ Voir notamment au Burundi, les missions du « projet de Réforme et de modernisation du droit des affaires » (Remodra).

Les anciennes possessions belges

2 - Les réformes proposées par les bailleurs de fonds (le FMI et la Banque mondiale)

Dans les années 1980, lorsque la plupart des Etats se tournent vers les institutions de Bretton Woods pour reconstituer leur trésorerie en devises, il leur est imposé notamment de préparer un document-cadre de politique économique qui expose les priorités et les objectifs macro-économiques et structurels. Le P.A.S. doit toucher l'organisation économique et sociale du pays demandeur.

De manière plus explicite, le directeur général du FMI indique le 26 mars 1990 notamment que « le Fonds apporte son aide à tous les pays dont les autorités s'efforcent de transformer radicalement leur économie et de fait, leur société, et qui sont confrontés à des problèmes de transition »³⁹.

Le Burundi souscrivit à cette recommandation rapidement. Il est aussitôt monté une structure « Best » qui, dans le domaine juridique, anime un projet, REMODRA. Avant de disparaître en 1996, le projet, avec l'appui d'une expertise internationale et nationale réalisera d'importants textes pour l'encadrement de l'activité des entreprises et instituera une gouvernance économique d'un bon niveau⁴⁰.

Nonobstant l'intervention des experts venus des Etats-Unis, l'allure globale des textes fait une part belle à l'implantation du droit belge et du droit français dans cette nouvelle législation. La réforme provoquée par les bailleurs de fond a eu pour résultat de moderniser le droit des affaires en direction du droit de culture francophone.

Le Rwanda et la République démocratique du Congo se trouvent dans le même sillage, même si au Rwanda, les experts venant de la *Common Law* effectuent quelques remises en question. En effet, les mesures préconisées n'étant que partielles, la réforme risque d'entrer

³⁹ Discours de M. CAMDESSUS, directeur général du F.M.I. à l'adresse des pays africains, 26/03/1990.

⁴⁰ Voir notamment au Burundi, d'importants textes : D.L du 9 juillet 1993 sur les dispositions générales du code de commerce, la loi du 6 mars 1996 portant code des sociétés privées et publiques, les loi du 15 mars 2006, respectivement sur les faillites et le concordat judiciaire relatif au redressement de l'entreprise en difficultés.

en contradiction avec l'ensemble du système de culture francophone. Ce qui imprime de la retenue dans l'avancée vers le système de la *Common Law*⁴¹.

3 - *L'influence de la culture juridique francophone à l'occasion de l'intégration régionale*

Le Rwanda et le Burundi sont à la porte d'entrée de l'*East African Community* composé de l'Ouganda, de la Tanzanie et du Kenya, tous dans la mouvance de la *Common Law*⁴². Les trois Etats issus de la colonisation belge font partie de la grande Communauté économique des pays de l'Est de l'Afrique (COMESA)⁴³ qui utilisent principalement l'anglais et sont d'obédience de la *Common Law*. Cette intégration régionale de plusieurs dimensions, fait courir au droit de culture francophone pratiqué par ces pays le risque de perdre son identité et de couper les dits Etats de leur zone d'influence de culture juridique habituelle, à moins qu'ils n'acceptent de servir de pont avancé de l'expansion du système OHADA.

Le danger est bien réel ; d'autant que la communication même dans les assises officielles de production de la règle juridique fait la part belle à l'anglais. Néanmoins, jusqu'à présent, des atouts à l'appui de la sauvegarde de la culture juridique francophone aux côtés de la *Common Law* sont solides, si du moins ils continuent à être cultivés⁴⁴.

Les concepts que véhiculent la culture juridique francophone paraissent d'une fiabilité bien plus accrue que le pragmatisme de l'autre côté. Ils sont généralement défendus par des équipes d'experts et de fonctionnaires bien formés. Lorsque ceux-ci parviennent à s'exprimer correctement en anglais, ils rivalisent avantageusement

⁴¹ Voir à titre d'exemple, le projet de code foncier du Rwanda en contradiction avec le système de l'acte TORRENS.

⁴² L'entrée à l'EAC devrait être réalisée lors du prochain sommet des chefs d'Etat de la sous-région en novembre 2006.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Rapport du Conseil d'Etat, *Influence internationale du droit français*, Paris, La documentation française, 2001, p. 159. Voir chap. 3, les éléments d'une stratégie d'influence juridique.

Les anciennes possessions belges

avec leurs homologues de la *Common Law*, en dépit de leur surnombre.

A ce niveau, la production législative peut être à l'avantage de la règle de culture francophone. En ce qu'elle prévient rigoureusement le comportement du sujet de droit, elle apporte plus de sécurité juridique dans les relations, même dans les affaires.

Malheureusement cette règle est souvent trop concise, laconique voire hermétique. Elle n'est pas de portée facile pour tout usager ; le style des décisions judiciaires paraît trop technique au moment où le droit, déjà inaccessible, devrait être dit dans une expression saisissable et expliqué clairement dans sa motivation. Il s'agit d'une adaptation à opérer pour démontrer de la vivacité et du dynamisme du droit de culture francophone.

Dans cette perspective, l'enseignement du droit a une part importante dans la revitalisation de la règle de droit. La formation des futurs magistrats et avocats devrait à cet égard être réformée pour réaliser l'objectif de plus d'accessibilité du justiciable à la règle de droit.

*

**

Le modèle juridique étranger a été introduit dans les anciennes possessions belges par le colonisateur, dans sa mission civilisatrice. Dans cette œuvre de domination, le droit colonial a investi tous les rouages de fonctionnement des sociétés traditionnelles et a imposé sa norme à tous les faits et actes considérés comme portant atteinte à son projet de société, à sa législation et à l'ordre public colonial.

Relayant le colonisateur, les élites de l'Etat post-colonial ont tenté l'unification et la modernisation du droit en reconduisant ou en créant un droit étatique dont l'application était confiée à un ordre de juridiction voulu unique. La réaction de la population profonde fut de retrouver, en ce qui concerne les litiges de proximité, les règles traditionnelles et les instances de régulation propres. Dans l'Etat post

colonial le pluralisme juridique est la réalité ; l'adhésion au modèle de justice étatique n'est qu'une apparence.

A ce stade, l'impact de la culture juridique francophone tout au moins dans les matières gérées par le droit écrit est une évidence. La vie du droit est marquée dans ce secteur par le recours au droit importé, dans toutes les structures étatiques : administration, justice et magistrature. Même l'enseignement du droit se consacre à la législation d'inspiration française en négligeant le droit traditionnel. Quant à la recherche universitaire, elle n'affecte pas à ce « corpus » juridique les moyens matériels et humains nécessaires, particulièrement dans les pays d'application.

La « réinvention » de l'Etat à l'œuvre, requiert une modernisation des institutions, une redynamisation de l'entreprise privée et une libération du citoyen et de la « communauté » pour qu'ensemble, ils s'organisent pour un développement durable. Cela signifie, en ce qui concerne la gestion des institutions et de la vie de l'individu au quotidien, l'adoption de règles juridiques reflétant les standards valables pour une organisation sociale démocratique et qui pour l'essentiel puiseront dans la culture juridique francophone. Cependant, ce corps de règles se doit dans sa mise en œuvre de respecter la diversité culturelle des populations et l'intégration du droit traditionnel en tant qu'élément de dialogue entre les civilisations. La victoire sur la crise de légitimité envers l'Etat et le pouvoir dans la région, l'épanouissement des populations et la redécouverte des énergies pour vaincre la pauvreté sont à ce prix.

REGARD DU MAGHREB

**par Yadh Ben Achour,
professeur à la Faculté des sciences juridiques de Tunis,
membre de l'Institut de droit international**

Il peut sembler pour le moins paradoxal de parler d'une « culture juridique francophone ». Le terme « culture », dans sa signification anthropologique, historique et sociologique, s'entend par rapport à un groupe social donné, dans les limites que lui a assignées son histoire, ses mœurs et sa géographie, ce qui est son sens dans l'expression « culture juridique ». Le terme « francophone » est une qualification linguistique. Il renvoie à l'utilisation d'une langue particulière, le français, avec son histoire particulière, son territoire, ses locuteurs, sa société et son Etat. Il ne peut cependant constituer lui-même une culture juridique particulière.

Dans le sens premier et immédiat du terme, la francophonie est évidemment au service d'une culture, la culture française, avec toutes ses ramifications, scientifique, artistique, artisanale, politique et juridique. Si nous nous en tenons à ce sens premier, qui est d'ailleurs le sens historique, culture juridique francophone et culture juridique française ne sont qu'une seule et même chose. C'est un truisme que d'affirmer que la langue française exprime bel et bien, et en tout premier lieu, la culture juridique de la France.

Mais ce n'est pas en ce sens que nous utilisons aujourd'hui les termes « francophonie » et « francophone ». La francophonie est aujourd'hui revendiquée par des nations et des peuples étrangers à la France, en tant que territoire et État. De multiples raisons historiques ont fait que des pays aussi différents que le Québec, la Guyane, certains cantons suisses, une partie de la Belgique, de nombreux pays africains, certains États du Maghreb, certains États du Moyen-Orient ou du sud-est asiatique se trouvent avoir en commun, à des degrés divers, l'usage du français.

I - La culture juridique francophone, en tant que mode de connaissance de l'autre et de soi

Mais alors, avec cette extension géographique immense du français comme langue, il n'y a plus aucune identification entre francophonie et culture juridique particulière. Et d'abord, le français n'est plus au service de la seule culture juridique française. Il devient le mode de connaissance de multiples cultures et traditions juridiques vivantes et évolutives, telles que, à titre de simple exemple, les droits coutumiers si nombreux des pays africains, les droits coutumiers maghrébins, comme ceux de l'Atlas, de Kabylie ou du Sahara, des traditions juridiques du sud-est asiatique, du droit musulman académique et doctrinal des écoles juridiques, notamment l'école malékite, du droit positif des États modernes, mélange de droit coutumier, de droit musulman, de législation étatique inspirée de la culture juridique française. En ce sens, le parler francophone devient même l'expression de la *Common Law* anglaise. Et c'est par l'intermédiaire du français, notamment des auteurs francophones canadiens, que le juriste exclusivement francophone peut avoir accès à la *Common Law*. Il est donc vain et même erroné de chercher une quelconque « culture juridique francophone », autrement que comme un mode de connaissance (culture), d'un objet qui est le droit (juridique) par le moyen de la langue française (francophone).

Heureusement pour elle, la francophonie est donc l'expression de multiples cultures juridiques appartenant à des continents, à des univers intellectuels, à des sphères linguistiques, à des civilisations

Regard du Maghreb

différentes. C'est de là que vient son aspiration à l'universalité. Mais il s'agit d'une universalité de la connaissance des cultures juridiques et des systèmes juridiques qui en dérivent, dans leur infinie diversité, et non point de l'universalité d'une culture juridique donnée.

À ces différentes cultures juridiques la francophonie a même apporté une plus-value. Elle les a fait parfois connaître, d'autres fois tenté de les codifier, a synthétisé leur matière, a clarifié leurs points obscurs ou leurs difficultés, a permis par-dessus tout l'émergence de nouveaux champs de la discipline juridique, comme le droit comparé ou l'anthropologie juridique, qui expriment en une seule langue la diversité des cultures juridiques. Elle a étendu, par ailleurs, les données susceptibles d'élargir le domaine de la théorie du droit et de la philosophie du droit. Elle a, malgré les apparences contraires de la doctrine coloniale du droit, permis au droit occidental de sortir de sa gangue et aux autres droits de répondre aux défis d'une rationalité nouvelle qui n'est pas celle de leur origine.

Essayant d'élaborer une théorie générale de la preuve, dans *l'Introduction générale au droit*¹, nous avons pu affirmer : « Une théorie générale de la preuve doit être élaborée à partir des principes communs admis par les grands systèmes juridiques, comme la *Common Law*, la *Civil Law* ou le droit musulman », et nous avons ajouté : « En définitive, pour élaborer une théorie générale de la preuve, il n'existe pas d'autre méthode que celle qui consiste à retenir les plus grands dénominateurs communs entre les différentes disciplines juridiques et entre les différents systèmes de droit. Il faut, en regardant les droits qui nous sont les plus familiers, comme le droit national ou le droit français, retenir les règles consacrées aussi bien par le droit civil, que par le droit administratif, le droit pénal ou le droit international privé. Mais il convient de dépasser cette étape pour tenir compte des différents systèmes et cultures juridiques qu'il nous est donné de connaître, comme la *Common Law* ou le droit musulman.² » Or, pour atteindre cet objectif, la connaissance de la

¹ Yadh BEN ACHOUR, *Introduction générale au droit*, Centre de publications universitaires, 2006, p.43.

² *Op. cit.*, p. 47.

langue française est un outil indispensable et précieux, parce qu'elle constitue une voie d'expression directe ou de traduction, pour connaître simultanément le droit musulman des écoles juridiques, le droit coutumier dans les pays d'islam, notamment au Maghreb, l'ensemble du droit issu de la colonisation, le droit produit par l'Etat indépendant, le droit français, les éléments fondamentaux de la *Common Law*³.

II - « Etre de culture juridique francophone » au Maghreb

Pour un Maghrébin, « Je suis de culture juridique francophone » veut dire : « Par le français j'accède au droit français, au droit communautaire et aux droits occidentaux, aux droits africains et asiatiques et je peux également avoir un deuxième accès au droit musulman des écoles, aux droits coutumiers locaux ou régionaux, au droit national et aux droits des pays arabes ». Cette ouverture exceptionnelle du spectre des savoirs juridiques est possible et à peu près équivalente pour le chercheur anglophone, ce qui n'en fait pas un attribut exclusif de la francophonie, mais elle n'est pas possible pour le monolingue arabophone, par exemple, la langue arabe ne disposant pas d'un spectre informatif aussi large. C'est pour cette raison que, dans les circonstances actuelles, les politiques plus ou moins radicales d'arabisation de l'enseignement juridique aboutissent en fait à un appauvrissement de plus en plus poussé de la culture juridique, appauvrissement dont, au cours des ans, tout universitaire juriste honnête peut témoigner à travers le niveau des étudiants et des jeunes assistants se destinant à la vie universitaire. A la limite, nationalisme aidant, l'enseignant du droit musulman devient, s'il ne démontre pas que ce dernier est le meilleur des mondes juridiques possibles, le « vilain orientaliste », pour reprendre l'expression d'Hervé Bleuchot⁴. Mais ce n'est là, en réalité, qu'un révélateur de cet appauvrissement.

³ Donald POIRIER, *Introduction générale à la Common Law*, éd. Yvon Blais inc., 1995.

⁴ H. BLEUCHOT, « Enseigner le droit musulman. Dieu, l'islam et le vilain orientaliste », à paraître dans *Mélanges Yadh Ben Achour*, 2007.

Regard du Maghreb

Sans vouloir ni pouvoir être exhaustif, et tout en laissant de côté les grands traités et les grands auteurs francophones de droit musulman⁵, comme L. Gardet, E. Tyan, A. Sanhoury, G.H. Bousquet, H. Laoust, C. Chéhata, Y. Linan de Bellefonds, L. Milliot, A. Colomer, F.P. Blanc, A. Turki, B. Johansen, H. Vandeveld, E. Chaumont, H. Bleuchot, ou traduits en français, comme J. Schacht ou N.J. Coulson, nous pouvons spécifier quelque peu cette idée, en nous en tenant aux seules limites du Maghreb.

Il convient tout d'abord d'évoquer la contribution de la littérature francophone à la connaissance des sources maghrébines doctrinales fondamentales du droit malékite, droit typiquement maghrébin⁶. Le fameux *Muwattâ* de Mâlik lui-même est disponible en langue française⁷. La *Mudawana* de Suhnûn, condensé des dires juridiques et réponses de Malik ibn Anas, qui servit de source essentielle au droit applicable au Maghreb fut traduite par G.H. Bousquet en 1959. Nous pouvons dire la même chose des travaux de traduction et d'annotation de M. Perron, 1848⁸, de N. Seignette, 1911⁹, et de G.H. Bousquet¹⁰, 1956-1962, sur le *compendium* de Khalîl, *Al Mukhtassar*. La *Risâla*, d'Ibn Abi Zayd al Qayrawâni fut traduite par E. Fagnan en 1914¹¹, puis par

⁵ Parmi les plus récents, Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2000-2002, 2 volumes. Bibliographie exhaustive à la fin du vol. I et du vol. II.

⁶ M. FLORY et J.R. HENRY (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, CNRS, 1989. Sur la Mauritanie, Voir Moh. EL MOKHTAR OULD BAH, *La littérature juridique et l'évolution du malikisme en Mauritanie*, Faculté des lettres et des sciences humaines, Série Philosophie-littérature, vol. XIX, Tunis, 1981.

⁷ *Al Muwatta*, Trad. Iman SAYED, revue par Fawzi CHAABAN, 2 vol., Ed. Dar al Fikr, 1993.

⁸ *Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite malékite*, trad. PERRON, Paris, Imprimerie nationale, 1848-1857, 6 vol.

⁹ *Code musulman par Khalîl*, Ed. N. Seignette, Paris, Augustin Challamel, 1911.

¹⁰ Khalîl IBN ISHAQ, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imam mâlek*, trad. nouvelle de G.H. BOUSQUET, Alger-Paris, 1956-1962, 4 vol.

¹¹ D'après Léon BERCHER, note *infra*.

Léon Bercher à Alger en 1945, sous le titre *Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malikite*¹².

Si nous considérons à présent le droit pratique des usages et coutumes du Maghreb, comment ne pas évoquer les noms de E. Fagnan, M. Morand, L. Milliot, celui de l'illustre Jacques Berque. Elise Voguet, dans sa bibliographie de thèse ne cite pas moins d'une vingtaine de recherches sur le droit maghrébin publiées par le savant auteur, traducteur du Coran¹³, notamment sa *Contribution à l'histoire des contrats nord-africains (les pactes pastoraux des Bénî Meskine)*¹⁴, son *Essai sur la méthode juridique maghrébine*¹⁵. « En lisant les Nawâzil Mazouna »¹⁶, « Cadis de Kairouan d'après un manuscrit tunisien »¹⁷, *L'intérieur du Maghreb, XV^e- XIX^e siècle*¹⁸. Dans le même sillage, on peut évoquer les travaux de M. Morand¹⁹, de R. Maunier²⁰, R. Brunschvig²¹, de J. Chelhod²², de Lagardère²³, etc.

¹² L. BERCHER, *La Risâla ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malikite*, Alger, Ed. Jules Carbonel, 1945.

¹³ E. VOGUET, *Entre réalités sociales et construction juridique, le monde rural du Maghreb central d'après les Nawâzil Mazûna (IX^{ème}-XV^{ème} siècles)*, thèse histoire, Université de Paris I, 2005, vol. II,

¹⁴ J. BERQUE, *Contribution à l'histoire des contrats nord-africains (les pactes pastoraux des Bénî Meskine)*, Alger, Jules Carbonel, 1936.

¹⁵ J. BERQUE, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944.

¹⁶ J. BERQUE, « En lisant les Nawâzil Mazouna », *Studia Islamica*, (1970), p. 31 à 39.

¹⁷ J. BERQUE, « Cadis de Kairouan d'après un manuscrit tunisien », *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, 13 - 14 (1973) p. 97 à 108.

¹⁸ *L'intérieur du Maghreb, XV^e- XIX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1978.

¹⁹ M. MORAND, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger, Jules Carbonel, 1921.

²⁰ J.R. HENRY, « Ethnologie juridique et droit musulman : l'apport de R. Maunier », in *L'Enseignement du droit musulman*, CNRS, 1998.

²¹ R. BRUNSCHVIG, *Etudes d'islamologie*, Maisonneuve et Larose, 1976.

²² J. CHELHOD, *Le droit dans la société bédouine, recherches sur le 'orf ou droit coutumier des Bédouins*, Ed. Marcel Rivière, 1971.

²³ V. LAGARDERE, « Droit des eaux et des installations hydrauliques au Maghreb et en Andalus au XI^e et XII^e siècles dans le Mi'yâr d'al Wancharîsi », *Les Cahiers de Tunisie*, XXXVII-VIII, n° 145-146/147-148, 1988-89, p. 83-124.

Regard du Maghreb

Comme le constate Alain Mahé²⁴, J. Berque a réussi à dépasser un certain nombre d'*a priori* idéologiques, voire même raciaux caractérisant les recherches sur le droit maghrébin avant lui. Tout d'abord, l'opposition entre les recherches ayant pour objet les traditions savantes, celles de l'orientalisme, et celles ayant pour objet les pratiques juridiques vivantes, d'un point de vue ethnologique, pratiques considérées alors comme des aberrations ou des archaïsmes d'une civilisation inférieure²⁵. Ensuite, « il s'en prend aux oppositions binaires qui organisent la perception scientifique du Maghreb²⁶ », les oppositions classiques entre droit berbère et droit musulman, tradition orale et tradition scripturaire, vengeance et droit pénal. Autrement dit, il inaugure les analyses d'anthropologie juridique, mettant en relief « l'homogénéité culturelle du Maghreb²⁷ ». Dans son *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Berque a affirmé : « La première constatation à faire c'est qu'il existe une *koïnè* juridique maghrébine [...] elle s'exprime de façon autonome, elle offre, vue de l'extérieur, une homogénéité certaine [...] les juges observent des habitudes constantes, utilisent, à la lettre près, le même matériel d'autorités et de citations, se meuvent dans le même climat.²⁸ »

Parmi les travaux les plus récents en la matière, il convient d'évoquer la belle thèse d'édition critique, de traduction, d'analyse et de synthèse d'Elise Voguet, 2005, sur les Nawâzil Mazûna²⁹, ces consultations qui sont de véritables « visions juridiques de la réalité³⁰ ».

Mais la culture juridique francophone ne s'arrête pas aux limites du droit musulman doctrinal, jurisprudentiel ou coutumier classique.

²⁴ A. MAHE, « Jaques Berque et l'anthropologie juridique du Maghreb », in J. BERQUE, *Opera Minora*, ed. Bouchène, vol. II, p. VII, 2001.

²⁵ Sur cette tendance, voir Claude BOMTEMS, « Les tentatives de codification du droit musulman dans l'Algérie coloniale », in *L'enseignement du droit musulman*, *op. cit.*, p. 113.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Opera Minora*, vol. I, p. 311.

²⁹ *Supra* note 9.

³⁰ Elise VOGUET, *op. cit.*, vol. II, p. 19.

Elle s'étend à la connaissance du droit moderne, interne et international³¹, et à ses confrontations avec le droit traditionnel, ses difficultés, ses avancées et ses reculs³². Maurice Borrmans³³, Néjib Bouderbala et Paul Pascon³⁴, Bernard Botiveau³⁵, Sana Ben Achour³⁶, Raja Sakrani³⁷, ont laissé des traces d'une rare qualité sur les sources du droit moderne. Les ouvrages maghrébin francophones d'introduction au droit constituent de précieuses références en la matière³⁸.

Pour avoir une idée de l'immensité de la culture juridique francophone, il faudrait recenser tous les auteurs arabes, africains, asiatiques, européens, canadiens, et autres, puis, les débouchés de

³¹ Sur le droit international privé, voire Jean DESPREZ, « Au carrefour du droit comparé et du droit international privé : quelle place pour le droit musulman », in *L'enseignement du droit musulman*, op. cit., p. 17.

³² Y. BEN ACHOUR, *L'État nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Tunis, CERP, 1980, préface Georges BURDEAU.

³³ Notamment, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, thèse, Université de Paris IV, 9 mars 1971.

³⁴ N. BOUDERBALA et P. PASCON, « Le droit et le fait dans la société composite. Essai d'introductions au système juridique marocain », *Bulletin économique et sociale du Maroc*, n° 117, avril-juin 1970.

³⁵ Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Carthala-IREMAM, 1993, préface de Jacques BERQUE.

³⁶ *Aux sources du droit moderne tunisien. La législation tunisienne en période coloniale*, thèse, Université de droit d'économie et de gestion de Tunis, 1995. « D'une raison juridique à l'autre... Le rôle des revues de législation dans la construction de la tunisianité juridique » (à paraître dans *Mélanges Yadh Ben Achour*, 2007). « Les chantiers de l'égalité au Maghreb », *Mélanges offerts au doyen Sadok Belaïd*, 2004, p. 135.

³⁷ R. SAKRANI, *Source doctrinales du code des obligations et des contrats tunisien. Étude sur la théorie générale des obligations*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis.

³⁸ M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, troisième édition, Tunis, Cérés édition, 1997 ; S. MELLOULI, *Droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Tunis, JORT, 2000 ; M. J. ESSAÏD, *Introduction à l'étude du droit*, Rabat, Coll. Connaissances, 1992 ; H. KOTRANE, *Introduction à l'étude du droit*, Tunis, CERP, 1994 ; Y. BEN ACHOUR, *Introduction générale au droit*, Tunis, CPU, 2006.

Regard du Maghreb

leurs travaux, la variété de leurs champs d'investigation. Ce travail exigerait des recherches longues et ardues. Mais il offrirait certainement une vue saisissante sur les aptitudes de la culture juridique francophone à appréhender les cultures juridiques du monde entier.

Ces indications étaient destinées à spécifier notre idée de départ selon laquelle la « culture juridique francophone » n'est pas, sur le plan sociologique, historique et anthropologique, concevable autrement que comme mode de connaissance de Soi, de l'Autre et des autres. C'est bien le sens de la diversité culturelle qui est l'un des principes fondamentaux de la francophonie.

III - Un idéal commun, des cultures juridiques multiples

Si l'on veut toutefois se reconnaître le droit d'évoquer une « culture juridique francophone », substantiellement, en tant que matière, cela ne peut être que par une extension de sens, voire même une déformation du terme « culture juridique ». Dans cette perspective, l'expression « culture » acquiert alors une signification éthique ou idéologique. Elle devient l'expression d'un point de vue ou d'un idéal.

Ainsi, lorsque nous disons, par exemple, qu'il existe une « culture juridique francophone » commune à tous les Etats adhérant à l'Organisation internationale de la Francophonie, le mot « culture » revêt la signification d'une idéologie particulière, d'un point de vue donné sur les relations entre le citoyen, la société et l'Etat. En utilisant cette expression, on entend en fait par là que l'Organisation internationale de la francophonie adhère à une certaine conception de l'Etat, fondée sur la démocratie, la garantie et la protection des droits de l'homme et l'Etat de droit. Il s'agit là d'un programme politique.

Cela ressort clairement de la charte de la Francophonie adoptée au 7^e sommet de Hanoi le 15 novembre 1997, de la déclaration de Bamako adoptée le 3 novembre 2000 par les ministres et chefs de délégation des Etats et gouvernements des pays ayant le français en partage et de la déclaration et du plan d'action de Cotonou, adoptés le 15 juin 2001. En réalité, tous ces textes révèlent, comme le proclame

d'ailleurs expressément la charte de la Francophonie, un « idéal francophone ».

Cet idéal commun a été abondamment défini par la déclaration de Bamako. Cette dernière révèle son attachement aux principes et aux techniques de la démocratie et des droits de l'homme. Ces principes sont définis avec une précision rarement atteinte dans les textes internationaux de ce genre. Des développements substantiels sont consacrés à la définition du principe démocratique et à ses exigences. La déclaration de Bamako affirme péremptoirement : « francophonie et démocratie sont indissociables ; il ne saurait y avoir d'approfondissement du projet francophone sans une progression constante vers la démocratie et son intervention dans les faits. » La déclaration de Bamako se montre également soucieuse des techniques de la démocratie, notamment la consécration constitutionnelle des droits de l'homme, l'existence de contre-pouvoirs, l'instauration du multipartisme, la tenue d'élections libres, fiables et transparentes, la contribution de l'opposition au fonctionnement de la démocratie, la promotion de la démocratie locale par la décentralisation.

La culture juridique francophone serait donc, en définitive, l'expression d'un mode de connaissance du droit dans le monde et d'un choix éthique et politique. En tant que mode de connaissance, elle offre une panoplie extrêmement riche de la diversité culturelle dans la sphère du droit. En tant qu'éthique et philosophie politique, elle plaide pour un idéal de liberté, conçu comme supérieur à ce que certains auteurs, comme Ibn Khaldoun, ont appelé le gouvernement naturel (*hukm tabî'i*), par opposition au gouvernement politique (*hukm siyâsi*) ; le premier, fondé sur la volonté immédiate, conduisant à l'asservissement et au despotisme, le second, fondé sur la raison, débouchant sur l'équilibre entre le pouvoir et la liberté.

Un idéal commun, des cultures multiples, tel est, en dernière analyse, le fondement de toute la francophonie et de la « culture juridique francophone ».

REGARD D'ASIE : LE DEVENIR DE LA CULTURE JURIDIQUE ROMANISTE DANS LES PAYS D'EXTREME-ORIENT

par Nguyen Ngoc Dien,
docteur en droit,
doyen de la Faculté de droit de Can Tho

Il est dit en Occident qu'il n'existe pas dans les pays d'Extrême-Orient de tradition juridique qui puisse être retenue à la lumière des critères établis dans les droits occidentaux¹. La société antique extrême-orientale fut effectivement gouvernée par un ensemble des règles de conduite imprégnées de l'idéologie confucéenne qui, à son tour, se base sur le principe de la conciliation et de l'harmonisation. Les systèmes de gestion sociale mis en place dans l'ancien temps dépendent moins des lois que des arrangements ayant un caractère de transaction familiale². La loi à proprement parler comporte le plus

¹ Pour l'exemple de la Chine : Alice EHR SOON TAY, « Culture juridique chinoise », in W. CAPELLER et I. KITAMURA, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Autour de Massaji Chiba, 1998, p. 205 : « La Chine n'est pas et n'a jamais été une culture axée sur le droit. Elle privilégie les relations sociales ainsi que les devoirs qui s'y rattachent au détriment d'une conception abstraite et personnelle des lois et des droits. Cette tradition de la Chine impériale fut préservée à un degré remarquable par le pouvoir occidentalisé des nationalistes de 1911 à 1949 puis par les communistes qui leur succèdent ».

² M. FROMONT, *Grands systèmes de droits étrangers*, Dalloz, 2005, p. 9.

souvent des sanctions et non des règles de conduite générale dans la vie extrajudiciaire, ce qui implique qu'elle n'intervient qu'en cas de crise sociale ou familiale. Parfois, elle fait allusion aux actes juridiques portant sur les immeubles, à la transmission des biens immobiliers à cause de mort, à la constitution et la gestion des patrimoines affectés au culte des ancêtres³. Ces règles composent un droit qui pourrait être qualifié de droit de la vie et de la mort des propriétaires fonciers qui constituent la classe supérieure dans l'ancienne société féodale.

A remarquer que jadis, tous les membres de la société ne sont pas soumis au même système de règles de conduite : la classe populaire se place sous l'empire de la loi du roi et la coutume du village alors que la vie de la classe supérieure est régie par la coutume mandarine et le règlement de la Cour édicté par le roi et dont la confidentialité est strictement observée.

D'ailleurs les Asiatiques de l'époque ancienne ne connaissaient pas la division du droit en diverses branches. Simplement, toutes les règles fondamentales destinées à régir la vie juridique des personnes sont insérées dans un code. En conséquence, on peut trouver dans un même texte de loi des dispositions qui, au regard du droit occidental, relèvent de différentes branches du droit. Le code des Tang (VII^e siècle) en Chine et le code des Le (XV^e siècle) au Vietnam constituent des exemples typiques de cette manière d'élaboration du droit.

C'est à partir de la venue des occidentaux que les droits des pays d'extrême-orient sont restructurés et taillés à la manière occidentale.

Quant à la forme, les droits des pays d'extrême-orient sont traditionnellement des droits codifiés. Dans la pensée des gens de l'ancien temps, la codification du droit facilite la consultation des règles et surtout l'application de la loi fondée sur la combinaison de différentes dispositions. La prédilection pour la codification du droit a été conservée à travers le temps. Cela explique qu'à la suite de la venue des occidentaux, l'idée de codification des règles de droit écrit occidentalisées a été bien accueillie et par la suite très rapidement concrétisée.

³ Pour une description détaillée de la succession culturelle : C. BRIFFAUT, *L'étude sur les biens culturels familiaux en pays d'Annam*, Sirey Paris, 1907.

Les pays d'extrême orient

Quant au fond, les droits asiatiques se trouvent au carrefour de diverses influences : culture juridique romano-germanique, culture juridique anglo-américaine, idéologie socialiste, pensée confucéenne, croyance bouddhiste..., ce qui rend difficile son appréhension par les juristes occidentaux.

Nous allons préparer une vue d'ensemble de l'occidentalisation des droits des pays d'extrême-orient (I) avant de préciser les difficultés les plus remarquables de la propagation de la culture juridique romaniste dans la région (II) et de parler du devenir de cette culture dans le contexte de l'intégration de ces pays dans la vie juridique mondialisée (III).

I - Vue d'ensemble de l'occidentalisation des droits des pays d'extrême-orient

L'occidentalisation des droits des pays d'extrême-orient suivit la venue des occidentaux dans le cadre de la recherche de nouvelles ressources de matières premières et de nouveaux marchés de produits finis.

A - Sommaire historique

S'agissant d'une étude comparative ayant pour objectif de présenter les droits asiatiques aux juristes français et francophones, nous nous confinons à évoquer les exemples de la Chine, du Japon et du Vietnam. La raison en est la suivante : ce sont les pays dans lesquels l'introduction des droits occidentaux a été entamée par des Français.

1 - Le droit chinois

Epoque du régime républicain

A la suite de l'instauration du régime républicain, intervenue en 1911 sur l'initiative de Sun Yat Sen, un certain nombre de mesures ont été prises dans le cadre de la démocratisation de la société selon le modèle occidental : application de la théorie de la séparation des pouvoirs en matière d'organisation de l'Etat, mise en place d'un

Nguyen Ngoc Dien

système judiciaire indépendant, formation des fonctionnaires,... S'agissant de la construction de la législation, des codes ont été élaborés selon les modèles occidentaux. Le texte le plus remarquable est sans doute le code civil de 1930⁴, rédigé avec l'assistance technique de Jean Escarra, un professeur français, mais qui, quant au fond, s'inspire largement des codes allemand et japonais⁵.

Epoque de pur socialisme

La victoire du communisme sur le nationalisme a entraîné la création du régime communiste sur l'ensemble du territoire de la Chine continentale. Le modèle de pur socialisme n'est pas compatible avec l'idée de gouvernement par les lois. La gestion étatique de la société était assurée essentiellement par les résolutions du Parti communiste et, à titre subsidiaire, par les coutumes. La loi, quant à elle, reprenait ses caractères retenus à l'époque féodale : il s'agit essentiellement des règles répressives destinées à sanctionner toute personne faisant des actes portant atteinte à l'ordre public socialiste.

Epoque moderne

Au lendemain de l'adoption de la politique de l'économie de marché intervenue en fin des années 1970, les dirigeants communistes chinois ont avancé la théorie de l'Etat de droit socialiste, qui prône à la fois la suprématie de la loi et la direction totale de la société assurée par parti communiste. Du point de vue de la construction de la législation, il s'agit de l'adaptation des institutions juridiques occidentales au contexte du régime politique socialiste, de l'économie socialiste de marché et de la société traditionnelle restaurée⁶. Dans une certaine mesure, on pourrait dire que la mise en place de l'économie de marché à finalité socialiste a provoqué une deuxième occidentalisation du droit chinois contemporain.

⁴ Pour mieux comprendre le code : S.J. THERY, *Traduction du Code civil de la République de Chine*, Tientsin, 1931.

⁵ J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Paris, 1936.

⁶ Restaurée, puisque que toutes les institutions traditionnelles ont été pratiquement détruites lors de la grande révolution culturelle (1966-1973).

Les pays d'extrême orient

2 - *Le droit japonais*

L'occidentalisation du droit japonais se fait en deux étapes.

Occidentalisation dans le cadre de la modernisation du pays

La modernisation du Japon fut provoquée en fin des années 1860 sur l'initiative de l'empereur Meiji. Cela facilitait l'introduction de concepts et d'institutions juridiques occidentaux dans le cadre de la construction d'un système juridique convenant à une société modernisée. Au début, l'entreprise était marquée par l'influence du droit français, notamment grâce à l'intervention du professeur Boissonade de l'Université de Paris⁷. Mais, les affinités entre les Japonais et les Allemands ont mené en fin de compte au rapprochement du droit japonais et du droit allemand.

Occidentalisation dans le cadre de la reconstruction du pays

La défaite des militaristes japonais a mis un terme au régime militariste et autoritaire. Par suite, une révolution politique et sociale a été provoquée avec l'appui des Américains : la souveraineté du peuple a pris le pas sur la souveraineté de l'empereur, la laïcité de la vie sociale a remplacé la pratique traditionnelle imprégnée de shintoïsme, l'égalité des sexes a été consacrée. Tout cela a mené logiquement à l'admission de la liberté individuelle et des droits de l'homme conçus à l'occidentale, ce qui, à son tour, a facilité une nouvelle occidentalisation du droit.

3 - *Le droit vietnamien*

Comme le droit chinois, le droit vietnamien est occidentalisé en trois étapes.

Le droit colonial

⁷ V, par ex, *Etudes de droit japonais*, ouvrage collectif, publié par la Société de législation comparée, 1989 ; Eiichi HOSHINI, « L'influence du Code civil au Japon », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 870 et s.

A la suite de la conquête du pays par les colonisateurs français, diverses institutions du droit français ont été introduites au Vietnam dans le cadre de la construction de la législation coloniale. Dans une certaine mesure, on pourrait admettre que l'organisation judiciaire, le régime de la publicité foncière et les codifications coloniales en matière civile constituent les monuments les plus remarquables de cette entreprise. Leurs traces subsistent jusqu'à présent et inspirent la pensée du législateur de l'époque moderne⁸.

Epoque du droit socialiste

Le régime socialiste a été instauré au Vietnam à la suite de la révolution d'août 1945. Imprégné de l'idéologie socialiste, le droit vietnamien contemporain, lui aussi, prend nettement le caractère socialiste, notamment sur le terrain du droit public. D'ailleurs, le fait que la propriété privée ne portait pratiquement que sur les biens de consommation rendait inutile le développement du droit privé. Le droit socialiste vietnamien était donc au début un droit ayant un caractère essentiellement publiciste et répressif.

L'adoption de la politique de l'économie de marché en fin de l'année 1986 a facilité l'accumulation et la circulation des richesses dans le secteur privé, ce qui a fait ressortir la nécessité de l'élaboration du droit privé. A cet égard, le législateur socialiste vietnamien a suivi l'exemple de la Chine en accueillant des institutions du droit occidental. A vrai dire, par rapport au droit chinois, le droit vietnamien de l'époque de l'économie de marché contemporain est occidentalisé avec un peu de lenteur. Mais, il paraît que l'influence du droit occidental est plus marquée dans le droit vietnamien actuel qu'en droit chinois. Cela découle peut-être des affinités constatées entre les Vietnamiens et les Français dans le domaine juridique, affinités qui sans doute trouvent leur origine dans la mise en place du

⁸ Tout particulièrement, l'esprit du système de publicité foncière, conçu sur le modèle allemand, a été conservé de manière remarquable par les Vietnamiens de telle sorte que dans la pensée dominante des Vietnamiens de l'époque contemporaine, le titre foncier fait preuve officielle de la propriété malgré le mutisme de la loi.

Les pays d'extrême orient

système juridique colonial inspiré du droit français pendant la colonisation.

B - Réception des apports de la culture juridique romaniste

Etant introduite dans les pays de la région d'une manière ou d'une autre, la culture juridique romaniste a été accueillie par la Chine, le Japon et le Vietnam. Bien entendu, les institutions exotiques ne peuvent être admises qu'après avoir été adaptées au contexte historique, politique et culturel de la région. Mais la substance de ces institutions a été conservée à travers les adaptations.

A titre d'exemple, on peut évoquer la conception des sources du droit et quelques institutions principales du droit des biens.

1 - Conception des sources du droit

La primauté de la règle de droit écrit

En Chine, au Japon et au Vietnam, la loi est considérée comme principal mode de création de règles de droit. La prépondérance de la loi est parfaitement en rapport avec la conception asiatique de la société⁹. En effet, dans sa conception ancienne imprégnée du confucianisme, la société est retenue comme une grande famille ayant pour chef le roi. Cette grande famille est composée des groupements de personnes liées, soit par la parenté du sang, soit par l'alliance et qui sont qualifiées de familles privées. La gestion de la société est conçue en s'inspirant du mécanisme de gestion familiale. D'où les attributions omnipotentes du roi-chef de la grande famille qu'est la nation. Au point de vue de la création des règles de conduite, la volonté du roi l'emporte. Il est bien entendu que la coutume occupe une place importante notamment dans la mesure où la loi est insuffisante¹⁰. En

⁹ V. notamment, NGUYEN Ngoc Dien et Claude Emmanuel LEROY, *Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité dans la conception du patrimoine en droit vietnamien*, Bruylan, Bruxelles, 2003, p. 71 et s.

¹⁰ D'ailleurs, lorsque le contrôle par la Cour de l'observation des règles du roi n'est pas pratiquée de manière stricte et sérieuse, la coutume prévaut ; ce qui malheureusement arrive très souvent du fait que le roi de l'ancien temps ne

revanche, le juge n'est pas investi du pouvoir de créer des règles de droit : sa fonction ne consiste qu'à appliquer la loi ou la coutume.

La société extrême-orientale contemporaine subit inéluctablement l'influence de diverses cultures ; mais, l'idée de soumettre la société toute entière à la volonté du souverain est conservée et sert toujours de base à la définition des modes de création des règles de conduite générales. Donc, il est dit que dans la mesure où le régime politique prend le caractère républicain, la souveraineté s'incarne dans le peuple, et l'exercice du pouvoir du souverain est assuré par un organe étatique composé des députés élus par les citoyens, le Parlement. L'organisation de l'Etat fondée sur le fait de concevoir la société comme une famille mène logiquement à ce que le pouvoir d'édicter les règles de droit écrites doive appartenir à l'organe des représentants des citoyens qu'est le Parlement ainsi qu'aux établissements publics qui bénéficient d'une délégation législative.

En somme, à l'égard des extrême-orientaux, une règle de conduite ne s'impose avec l'autorité de la règle de droit que lorsqu'elle émane d'une personne qui représente le peuple et en conséquence capable de manifester la volonté de la nation. En d'autres termes, la règle de droit doit refléter la volonté de la masse. Il est d'ailleurs généralement admis que le fait qu'une règle se trouve en conformité avec la volonté de la majorité de la population constitue la garantie à son observation par le peuple. Dans cette mesure, ils imaginent mal la possibilité de conférer le pouvoir de création d'une règle de droit au juge. D'où la faible autorité de la jurisprudence par rapport à la loi¹¹.

Le caractère abstrait et général de la règle de droit

dispose pas de moyens matériels lui permettant d'assurer le contrôle sur l'ensemble du territoire royal. D'où le fameux adage qui dit : « La loi du roi cède à la coutume du village ».

¹¹ En réalité, le droit romaniste occidental a tendance à accorder à la jurisprudence une place de plus en plus importante dans l'ensemble des sources du droit : M. FROMONT, *op. cit.*, p. 8. De toute façon, il s'agit d'un mode de création de règles de droit qui se fonde sur l'interprétation de la loi, non d'une source autonome comme en droit anglo-américain.

Les pays d'extrême orient

La règle de droit écrite dans les pays d'extrême-orient est élaborée en principe à partir d'une hypothèse générale dont les éléments sont recueillis dans divers cas particuliers qui sont fréquents dans la pratique. Donc pour être appliquée il faut qu'elle soit interprétée. L'interprétation de la loi joue un rôle particulièrement important dans la mise en place du système juridique. A remarquer d'ailleurs qu'à la différence des Occidentaux, les Asiatiques d'extrême-orient comptent, pour l'interprétation de la loi, plutôt sur l'administration que sur le juge, ce qui explique l'importance remarquable du pouvoir réglementaire en matière de création des règles de droit écrites.

2 - Droit des biens

La notion de droit réel

Le droit réel, au sens d'ensemble de prérogatives que leur titulaire peut exercer directement sur la chose, est connu de très bonne heure dans les droits des pays extrême-orientaux. Cela explique que la notion de droit réel conçue à la romaniste a été reçue sans difficulté particulière par les juristes de la région.

Tout particulièrement, la notion de droit de propriété conçue au sens romaniste est généralement admise. Comment expliquer cette réception ? En soulignant que la souveraineté du roi de l'ancien temps n'emporte pas nécessairement l'exclusivisme des droits du roi sur le territoire royal. Les droits féodaux des pays d'extrême-orient ne connaissent pas la division entre la propriété du roi et la *tenure* du sujet. En revanche, ils connaissent le droit de propriété privée au sens du droit romain¹². Il s'agit notamment d'un droit exclusif sur la chose. Cela explique que l'introduction faite par les Français de l'institution de la propriété retenue dans le code civil français a été bien accueillie par les Chinois, les Japonais et les Vietnamiens. Le droit de propriété

¹² Pour une description du droit vietnamien : *Nghien cuu ve tai san trong luat dan su Viet Nam (Etude sur les biens en droit civil vietnamien)*, Ed. Tre, TPHCM, 1999 ; pour celle du droit japonais : Travaux des Journées Vietnamiennes de l'Association Henri Capitant, L.G.D.J, 2006, *La propriété des sols*, Rapport japonais.

en Asie est donc le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose de manière absolue.

Remarquons toutefois qu'en Chine et au Vietnam, la domination de l'idéologie socialiste n'est pas compatible avec l'idée d'admission de la propriété privée sur le sol. Le système mis en place se caractérise par la propriété publique des sols, les particuliers ne se voyant conférer qu'un droit d'usage. Mais les attributs du titulaire du droit d'usage du sol sont définis en s'inspirant de l'institution du droit de propriété. En effet, le droit vietnamien, comme le droit chinois, retient que sur le bien il ne peut y avoir qu'un seul droit de propriété. Mais, rien n'interdit l'exercice de ce droit par plusieurs personnes. Partant effectivement de l'idée que tous les droits sur le sol sont initialement conférés à l'Etat-proprétaire, la loi admet qu'il appartient à celui-ci de céder une partie de ses droits à des particuliers dans le cadre de l'établissement au profit de ces derniers d'un droit d'usage du sol. Il en découle que le droit d'usage du sol, qui constitue le bien immobilier de base en droit de la propriété immobilière vietnamien actuel, peut s'analyser en un droit de propriété limité¹³ : là où le propriétaire renonce à telle ou telle prérogative faisant partie de son droit de propriété sur le sol, là où cette prérogative est reconnue au titulaire du droit d'usage du sol. Un tel mécanisme permettrait, selon les Vietnamiens, de définir clairement les droits des particuliers sur les sols dans les rapports avec l'Etat et de tracer facilement une ligne de démarcation entre les droits des particuliers et les droits de l'Etat sur le sol.

La classification des biens

La division des biens entre meubles et immeubles paraît convenable à la mentalité asiatique. En effet, dans l'ancienne Asie, les immeubles, plus précisément les rizières, constituent le noyau dur du patrimoine privé¹⁴. La réglementation des meubles était un peu

¹³ V. par ex, « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit des biens français », *RIDC*, n° 4/2006.

¹⁴ R. LINGAT, *Les régimes matrimoniaux du Sud-Est de l'Asie*, Ecole française d'extrême-orient, t. 1, 1953, p. 106.

Les pays d'extrême orient

négligée par le législateur de l'ancien temps de telle sorte que par droit des biens, les Extrême-orientaux entendaient essentiellement le droit des immeubles. Il est bien entendu que les biens meubles occupent une place de plus en plus importante dans la vie civile des extrême-orientaux de l'époque contemporaine. Mais, cela ne les empêche pas de retenir que l'immeuble est le bien fondamental, la base de toute entreprise économique. Aussi bien, les choses évaluables en argent sont divisées dans le droit des pays extrême-orientaux en meubles et immeubles, la distinction de la *realty* et de la *personalty* étant inconnue des systèmes mis en place.

Et pourtant, le droit japonais, tout en admettant que le sol est le bien immobilier élémentaire, a écarté la règle *superficies solo cedit* : la propriété du sol n'emporte pas automatiquement la propriété des constructions et des plantations¹⁵.

II - Difficultés de l'implantation de la culture romaniste

Des divergences constatées dans divers domaines sont à l'origine des difficultés de l'implantation de la culture juridique romaniste dans les pays d'extrême-orient.

A - Difficultés tenant de la conception de la société

Théorie de la société-famille

Rappelons que dans la pensée des Vietnamiens, des Chinois, des Japonais, d'une manière générale des Asiatiques imprégnés du confucianisme, la société constitue une famille. Tout individu appartient nécessairement à une famille. La famille est donc considérée comme la base de la société. Au regard du droit des personnes occidental, c'est la famille et non l'individu qui, dans l'ancien temps, est dotée de la personnalité juridique et devient par voie de conséquence sujet de droit. C'est donc la famille qui est titulaire des droits et débitrice des obligations.

¹⁵ M. FROMONT, *op. cit.*, p. 182.

Nguyen Ngoc Dien

Les traces de cette théorie subsistent dans la pensée juridique dominante de l'époque moderne malgré l'introduction des institutions de base du droit des personnes occidental dans les pays de la région.

Conséquences

De nombreuses conséquences résultent de cette théorie de la société-famille. En voici quelques exemples.

* Tendance au déclin de la responsabilité individuelle en faveur de la responsabilité collective : jadis, la famille s'incarne, dans l'exercice de ses droits, dans une personne dénommée chef de famille¹⁶. La responsabilité des actes faits par le chef de famille est engagée par l'ensemble de la famille. Il y a effectivement des cas dans lesquels lorsque le chef de famille commet une faute grave envers le roi, tous les membres de la famille de l'auteur de la faute, y compris les enfants, sont sanctionnés par la peine de mort : la famille est alors complètement supprimée.

Dans la vie moderne, la responsabilité individuelle est retenue au plan juridique ; mais l'individu a toujours vocation à se rattacher à un organisme pour agir. La tendance à reposer sur un groupe est favorisée par le régime socialiste qui, par hypothèse, prône la collectivisation de la vie économique et sociale. A noter que le recours au groupe constitue le mode de fonctionnement principal de l'administration dans les pays socialistes. D'où la possibilité pour un fonctionnaire débauché de détourner des fonds publics en se cachant derrière un groupe. On se rend compte dès lors de la gravité du problème de corruption dans ces pays.

* Importance des procédures non contentieuses : la médiation constitue le mode de règlement de conflits préféré ; elle peut être assurée par des autorités publiques (de police) et même par les

¹⁶ Le chef de famille ne représente pas la famille : il est, lui-même, la famille ; NGUYEN Ngoc Dien et Claude Emmanuel LEROY, art. préc.

Les pays d'extrême orient

médiateurs non professionnels élus par les habitants du village, du quartier, ou par les membres respectables d'une profession. De plus, la conciliation judiciaire est prévue comme une des étapes de la procédure civile ou administrative, elle est en principe obligatoire.

* Existence d'un système judiciaire fermé¹⁷ : l'organisation judiciaire suit l'organisation de la famille et est donc strictement hiérarchisée. La Cour suprême se trouve à la tête de la famille des tribunaux. Au plan politique, elle est la plus haute juridiction et assure la nomination comme la gestion de la carrière des juges. Sur le plan économique, elle détient et gère le budget de l'ensemble des tribunaux.

B - Difficultés tenant aux particularités du régime politique et des traditions culturelles

1 - En Chine et au Vietnam

Le régime politique adopté est imprégné du communisme. Il s'agit d'un régime caractérisé par le monopole que garde le parti communiste dans la scène politique. Ce régime se traduit par la mise en place d'un système politique qui fonctionne sous la tutelle assurée par le Parti communiste, ce qui rend impossible l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs dans son état pur en matière d'organisation de l'Etat¹⁸. C'est le Parti communiste qui détient le pouvoir politique dont l'exercice se fait par l'intermédiaire de l'Etat.

Par ailleurs, malgré la tendance à l'interpénétration des cultures, les sociétés extrême-orientales demeurent très traditionnelles en ce sens que l'idée de structurer la nation dans la forme de la famille est toujours dominante dans la pensée des gens. Familiales, les relations entre les organes étatiques doivent observer les principes de la

¹⁷ Pour le droit vietnamien : loi sur l'organisation judiciaire de 2002, art 17; pour le droit japonais : M. FROMONT, *op. cit.*, p. 180.

¹⁸ V, par ex., *Adaptation of the Montesquieu Doctrine in the State organization in Viet nam, in Civilisation and public law*, Esperia Publications Ltd, London, 2005, p. 275 et s.

coopération, de la collaboration et surtout de l'interdépendance : le pouvoir doit être au service du pouvoir, non pas contre le pouvoir.

2 - *Au Japon*

L'adoption du régime économique capitaliste par le Japon, la Corée du Sud,... a facilité l'organisation de l'Etat suivant le modèle dit de « démocratie bourgeoise ». Mais, si le régime politique ne fait pas obstacle à la réception de la théorie de Montesquieu, les traditions culturelles, imprégnées du familialisme, interviennent de telle sorte que l'application pure et simple de cette théorie dans l'organisation de l'Etat japonais est écartée en faveur de son adaptation inspirée de l'esprit médiateur qui inspire la doctrine confucianiste.

3 - *Difficultés tenant de la concurrence entre les cultures*

Influence de la culture anglo-américaine

L'introduction de la culture juridique anglo-américaine dans les pays de la région extrême-orientale a été accélérée après la deuxième guerre mondiale¹⁹, notamment dans le cadre des projets de reconstruction d'après-guerre appuyés financièrement par le gouvernement des Etats-Unis. Cela provoque une tendance à l'occidentalisation des droits selon le modèle de la *Common Law*. On pourrait admettre que dans les domaines de l'organisation judiciaire et du droit des affaires, cette tendance ne cesse de s'accroître.

Influence de la culture marxiste

La culture marxiste prône surtout deux choses : au plan économique, il s'agit de la suppression de la propriété privée sur les biens de production ; sur le plan politique, c'est d'assurer la direction totale du Parti communiste sur l'Etat.

¹⁹ Le modèle anglo-saxon a été introduit dans la région par la concession de Hong Kong à l'Angleterre. Mais, pour diverses raisons, ce modèle n'a pu être généralisé.

Les pays d'extrême orient

Depuis l'effondrement du système socialiste des pays de l'Europe de l'Est, la suppression de la propriété privée a été reportée pour une durée indéterminée.

En revanche, la prétention de la suprématie du Parti communiste dans le système politique persiste, notamment dans les pays où le régime politique se fonde sur l'idéologie marxiste-léniniste, comme la Chine et le Vietnam. Tout particulièrement, l'organisation administrative en Chine et au Vietnam est construite sur le modèle soviétique caractérisé par la coexistence des organes du Parti communiste et des organes de l'Etat dans les mêmes domaines de gestion.

III - Le devenir de la culture juridique romaniste dans les pays d'Extrême-orient

Aspect optimiste

Il existe certes des affinités entre l'idéologie confucéenne et les philosophies qui inspirent le droit romaniste. Cela explique la rencontre entre les Asiatiques d'extrême-orient et les Européens de l'Ouest sur plusieurs points : la conception de la morale sociale, l'admission du caractère sacré des devoirs familiaux, la notion de propriété-fonction sociale. Elles facilitent d'ailleurs la réception et la conservation d'un certain nombre d'institutions du droit romaniste à travers les mouvements vers la mondialisation de la vie juridique.

Tout particulièrement, la notion de droit de propriété conçue à la romaniste paraît convenable à la mentalité asiatique. De même, l'admission de la supériorité de la loi sur toutes les autres modes de création des règles de droit.

Aspect pessimiste

L'accentuation de l'individualisme dans la vie moderne profite plutôt à la culture juridique anglo-saxonne. En effet, c'est l'individualisme qui sert de fondement à la plupart des institutions

juridiques conçues en droit anglo-saxon, notamment sur les terrains du droit des affaires et du droit de la famille²⁰.

Par ailleurs, la domination économique des Etats-Unis sur l'ensemble de la région permet de créer des conditions favorables à l'exportation des produits de la culture américaine. On craint que sous la pression permanente de la civilisation de la *Common Law*, les législateurs des pays d'Extrême-Orient n'aient pas la volonté suffisamment libre et éclairée de conserver tous les apports de la culture juridique romano-germanique comme monuments de la conciliation de la culture asiatique traditionnelle et de la culture juridique romaniste.

Depuis des années, on a l'habitude de voir que toutes les fois qu'une réforme législative est entreprise, on constate un recul de l'influence de la culture romaniste et corrélativement un avancement de l'implantation de la culture anglo-saxonne dans le système concerné²¹.

Il n'est pas exclu qu'à partir d'un moment donné, les juristes de la région n'entendent par droit inspiré de la culture romaniste que le droit de la propriété.

²⁰ Il est souvent dit que dans les droits occidentaux, que ce soit les droits de l'Europe ou ceux de l'Amérique, les considérations individualistes prévalent en principe. Mais, les droits de l'Europe tiennent compte aussi des considérations sociales et familiales, notamment en droit des biens et droit de la famille.

²¹ Dans le code civil vietnamien de 2005, le droit des obligations et le droit des sûretés s'inspirent de plus en plus du système anglo-saxon, comme en témoignent la conception du délit civil (*tort*) et la technique de l'hypothèque mobilière.

**REGARD D'OCCIDENT : LA CONSTRUCTION NORMATIVE
SOUS LA PRESSION DES GROUPES
RELIGIEUX AU CANADA**

**par Pierre Lemieux,
professeur titulaire, doyen
de la Faculté de droit de l'Université Laval**

L'élaboration des normes juridiques est, pour tous les pays occidentaux, francophones ou non, assujettie à de nombreuses contraintes. L'apparition de nouveaux domaines de législation comme la protection de l'environnement, la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit financier, contribue à la multiplication des normes, par ailleurs complexes. De plus, la libéralisation de secteurs entiers tels que ceux de l'énergie, des transports, des télécommunications, appelle la détermination des règles de conduite des opérateurs. Mentionnons également les contraintes qui découlent des engagements internationaux, et notamment celles qui sont afférentes à la construction européenne et au droit communautaire ou celles qui découlent de l'ALENA. Enfin, on ne peut minimiser le fait que la protection des droits de l'homme et les questions complexes reliées à l'immigration se traduisent par la création de normes souvent difficilement acceptées par une partie de la population.

Dans l'espace francophone, cette construction normative existe dans deux systèmes juridiques différents : le système de droit civil

d'une part, et le système de *Common Law* d'autre part. Dans les deux systèmes, le Parlement et le gouvernement sont des créateurs de normes mais, dans le système de *Common Law*, le juge est aussi un créateur de règles de droit.

Il est important de préciser que chacun des deux systèmes juridiques apporte avec lui une culture qui lui est propre et une approche différente dans la résolution des problèmes. Par exemple, la France et le Canada sont tous deux des États de forte immigration, mais avec des modèles d'intégration des groupes minoritaires très différents. Dans les deux États, les groupes sociaux et religieux sont certes des acteurs importants dans le processus de création de la norme juridique, mais l'intervention étatique n'est nullement la même.

Le Canada, pour sa part, est un pays à la fois de tradition anglo-saxonne et française ; un pays de *Common Law* et de droit civil, un pays où les chartes des droits et libertés existent non seulement au niveau constitutionnel, mais également au niveau législatif. Ainsi, outre la charte constitutionnelle qui lie les législateurs et les gouvernements fédéraux et provinciaux, chaque législateur s'est doté d'une législation protectrice des droits et libertés¹ qui présente la particularité d'être complémentaire par rapport à la charte constitutionnelle et cela particulièrement en matière de discrimination, et d'obliger non seulement le législateur qui l'a adoptée et le gouvernement qui dépend de ce dernier juridiquement, mais aussi les personnes privées.

C'est dans ces divers contextes que le principe du multiculturalisme canadien prend sa couleur véritable et se révèle dans le concret.

¹ Au niveau fédéral, il s'agit d'un ensemble législatif formé de la *déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III, et de la *loi canadienne des droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. Au Québec, la *charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, lie, dans les domaines de compétence provinciale, le législateur et le gouvernement du Québec ainsi que les personnes privées.

Pression des groupes religieux au Canada

Nous traiterons en premier lieu du principe du multiculturalisme et de la relation entre ce principe et la liberté de religion, d'une part, et avec l'interdiction de discriminer sur la base de la religion, d'autre part. En second lieu, nous illustrerons, avec des exemples concrets, les principes dont nous aurons fait état dans la première partie.

I - Le multiculturalisme canadien : la liberté de religion et l'interdiction de discriminer sur la base de la religion

A - Le multiculturalisme

Dans un État d'immigration comme le Canada et par conséquent, au Québec, une des préoccupations majeures est de créer une société civile qui puisse s'accommoder de la diversité raciale, religieuse, linguistique et idéologique, tout en conservant une certaine cohésion relativement à des valeurs fondamentales et notamment, parmi celles-ci, les droits et libertés proclamés par la constitution.

L'article 27 de la charte canadienne, soit la charte qui oblige tous les législateurs et tous les gouvernements canadiens, établit le principe du multiculturalisme en tant que principe d'interprétation des droits et libertés que cette charte énonce ; cette disposition se lit ainsi : « 27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

La conciliation des différences religieuses est particulièrement concernée par cette disposition de la charte canadienne : la Cour suprême a affirmé que cet article oblige les tribunaux à interpréter la charte canadienne de façon à ce qu'elle protège la liberté de religion de tous les groupes sociaux contre la coercition, *même indirecte* de l'État².

Selon la Cour, cette disposition postule que le Canada doit former une société libérale et *pluraliste*, capable de supporter les inconvénients mineurs pouvant découler des dispenses que peut requérir la coexistence de différentes religions. En reconnaissant que

² R. c. *Edward Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

certaines lois, en apparence neutres quant à la majorité religieuse, peuvent avoir des effets négatifs sur certains groupes religieux, la Cour a suggéré que dans un tel cas, la loi puisse être reconnue comme valide mais que lesdits groupes religieux soient exemptés de son application. Il s'agit du concept d'« exemption constitutionnelle », mentionné par la Cour dans diverses affaires, mais qu'elle n'a jamais eu l'occasion d'appliquer.

Dans une étude très fouillée, la commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec établit les paramètres du multiculturalisme canadien. On peut y lire que le multiculturalisme canadien est parfois invoqué par les minorités pour obtenir de l'État qu'il accorde une reconnaissance institutionnelle à leurs particularités culturelles. Le multiculturalisme vise à inscrire la différence religieuse et culturelle des groupes minoritaires au cœur des institutions publiques et privées canadiennes. Cette démarche repose sur une notion de citoyenneté, non plus niveleuse et uniforme, mais plutôt « multiculturelle » et différenciée selon les particularismes socio-identitaires des individus et des groupes qui composent la société.

Dans un État qui se veut multiculturel, la lutte contre la discrimination prend donc, une importance de premier plan. Certes, la charte canadienne interdit la discrimination mais cette prohibition ne touche que les législateurs et les gouvernements et si ce n'était que de la charte constitutionnelle, les activités privées continueraient à constituer un terrain fertile pour la discrimination fondée par exemple sur l'origine nationale, la race, la couleur ou la religion. À cet égard, il faut admettre que le multiculturalisme en tant qu'élément d'un processus d'intégration des minorités à la société canadienne serait en grand danger si les législations fédérales et provinciales ne prenaient pas le relais pour interdire la discrimination dans les secteurs les plus sensibles de la vie sociale.

Au Québec, c'est la *charte des droits et libertés de la personne*³ qui complète sur ce point la charte constitutionnelle. Cependant,

³ *Supra*, note 1.

Pression des groupes religieux au Canada

contrairement aux législations anti-discriminatoires des autres provinces, la charte québécoise constitue un catalogue complet des droits :

1 - elle énonce les mêmes libertés fondamentales que celles que l'on trouve dans la charte canadienne, mais elle y ajoute notamment, des droits fondamentaux, ainsi que des droits économiques et sociaux ;

2 - comme les autres déclarations provinciales et comme la *Loi canadienne des droits de la personne*, elle contient des dispositions qui prohibent la discrimination fondée notamment sur la couleur, la race et la religion dans des domaines sensibles tels que les services offerts au public, l'emploi et le logement et, plus largement, la discrimination dans la reconnaissance et la jouissance de *tous* les droits et libertés qu'elle énonce.

Le fédéral a sa propre législation anti-discrimination qui lie les particuliers dans les mêmes domaines d'activités lorsqu'elles relèvent du Parlement fédéral. Toutes ces législations fédérale et provinciales se ressemblent ; elles ont d'ailleurs été interprétées et appliquées de manière semblable. Ainsi, l'objectif constitutionnel de créer une société multiculturelle harmonieuse se trouve servi, partout au Canada, par une prohibition générale de la discrimination qui est interprétée de manière uniforme. Le meilleur exemple que l'on puisse donner de cette homogénéité du droit est relatif au concept de « l'accommodement raisonnable » que les tribunaux ont rendu indissociable du raisonnement relatif à la discrimination et dont l'application a de quoi surprendre le juriste de tradition francophone du moins en ce qui concerne les résultats concrets qu'elle engendre.

B - La discrimination et l'obligation d'accommodement raisonnable

À l'origine, l'obligation d'accommodement raisonnable concernait surtout le milieu du travail, mais son champ d'application a graduellement été étendu à d'autres domaines, notamment aux règles de fonctionnement des institutions qui fournissent des biens et des

services au public : les commerçants, les transporteurs et les établissements scolaires ou universitaires par exemple.

Depuis l'arrêt *O'Malley*⁴ de la Cour suprême en 1985, les tribunaux définissent l'accommodement comme l'obligation qu'ont l'appareil étatique et les acteurs privés d'aménager leurs pratiques, leurs lois ou leurs règlements afin d'accorder, lorsque nécessaire, un traitement différentiel à certains individus qui risquent, en raison de leur différence culturelle ou religieuse notamment, d'être pénalisés par l'application d'une norme à portée universelle. Dans cette affaire, une employée soulevait que son droit à la liberté religieuse était restreint parce que son employeur exigeait d'elle qu'elle travaille le samedi, jour de sabbat, alors que ses convictions religieuses le lui interdisaient. La Cour suprême avait alors estimé que l'employeur était tenu d'adapter l'horaire de travail de cette employée de manière à tenir compte des particularités propres à sa pratique religieuse.

En 1999, la Cour a élargi l'obligation de l'accommodement raisonnable qui jusque là était efficient en cas de discrimination indirecte en l'attachant également à la discrimination directe. Désormais, un employeur qui veut sauvegarder la norme discriminatoire attaquée doit, pour s'exonérer, prouver qu'il lui est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans qu'il ne subisse, comme employeur, une contrainte excessive⁵. Cette notion de contrainte excessive est par ailleurs précisée ainsi que les facteurs qui permettent de conclure à son existence⁶.

La notion même d'accommodement raisonnable suppose implicitement *la négociation d'un compromis qui soit acceptable pour les*

⁴. *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁵. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relation Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54.

⁶ 1) Les limites des ressources financières, soit le coût réel de l'accommodement demandé ; 2) le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution (effet sur la productivité de l'accommodement demandé) ; 3) l'atteinte aux droits des autres employés ou du public (par ex : les risques pour la sécurité d'autrui).

Pression des groupes religieux au Canada

deux parties ; en effet, l'employeur qui a établi la norme discriminatoire, par ex. l'obligation de travailler le samedi, doit établir qu'il ne peut en être autrement sans qu'il en subisse une contrainte excessive. L'employeur devra établir qu'il a tenté d'accommoder ses employés discriminés, jusqu'à la contrainte excessive. Si les mesures d'accommodement proposées sont jugées « raisonnables » les employés devront alors les accepter ou quitter l'entreprise.

II - L'illustration des principes

Nous avons mentionné précédemment que l'obligation d'accommodement raisonnable n'est plus, à l'heure actuelle, confinée au domaine de la discrimination en emploi. Elle est maintenant efficace dans tous les domaines où la discrimination est interdite. Par ailleurs, dans le contexte de la charte constitutionnelle, elle est devenue un des éléments d'analyse de la justification d'une règle qui enfreint un droit ou une liberté.

Trois affaires permettent d'illustrer les propos qui précèdent. La première, que nous appellerons « l'affaire du Kirpan », est un exemple de l'interprétation de la liberté de religion énoncée dans la charte canadienne à la lumière du multiculturalisme en tant que principe d'interprétation. La seconde, que nous désignerons comme « l'affaire de l'ÉTS », illustre concrètement, dans le contexte de la charte québécoise, les obligations d'accommodement raisonnable qui découlent, en matière religieuse, de l'interdiction de discriminer sur le motif de la religion. Enfin, la troisième affaire, celle que nous évoquerons comme « l'affaire des souccahs », a aussi pour cadre la charte québécoise. Elle illustre le fait que l'obligation d'accommodement raisonnable n'est plus rattachée uniquement à la discrimination mais qu'elle s'applique maintenant dans le contexte d'un litige entre des personnes privées qui revendiquent des droits ou libertés qui s'avèrent être conflictuels.

A - La liberté de religion et le principe interprétatif du multiculturalisme dans la charte canadienne : l'affaire du kirpan⁷.

Cette affaire montre particulièrement bien les résultats concrets de l'interprétation dans le contexte de la charte canadienne, de la liberté de religion dans une perspective multiculturelle.

Les faits se passent au Québec. Un étudiant de religion sikhe orthodoxe croit que sa religion requiert qu'il porte en tout temps un kirpan, objet religieux qui ressemble à un poignard et doit être fait de métal. En 2001, il laisse échapper accidentellement dans la cour de l'école qu'il fréquente, le kirpan qu'il portait sous ses vêtements. La commission scolaire fait parvenir aux parents de l'étudiant une lettre permettant à leur fils, à titre d'accommodement raisonnable, de porter son kirpan à l'école si certaines conditions visant à le sceller à l'intérieur de ses vêtements sont respectées. L'étudiant et ses parents acceptent cet arrangement. Le conseil d'établissement de l'école refuse toutefois d'entériner l'entente, pour le motif que le port du kirpan à l'école contrevient à l'art. 5 du code de vie de l'école qui prohibe le port d'armes. Le conseil des commissaires de la commission scolaire maintient la décision et avise l'étudiant et ses parents qu'un kirpan symbolique sous forme de pendentif ou sous une autre forme, qui serait fabriqué dans un matériau qui le rendrait inoffensif, serait accepté au lieu d'un véritable kirpan. L'étudiant dépose alors devant la Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire afin de faire déclarer inopérante la décision du conseil des commissaires. La Cour supérieure accueille la requête, prononce la nullité de la décision, et permet à l'étudiant de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions.

La Cour d'appel infirme ce jugement pour les raisons qui suivent : La décision du conseil des commissaires interdisant à l'étudiant de porter son kirpan à l'école porte atteinte à sa liberté de religion. L'étudiant croit véritablement qu'un kirpan de plastique ou de bois ne lui permettrait pas de se conformer aux exigences de sa religion, et aucune des parties au litige n'a contesté la sincérité de cette croyance.

⁷ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

Pression des groupes religieux au Canada

L'entrave à la liberté de religion de l'étudiant est plus que négligeable ou insignifiante, puisqu'elle prive celui-ci de son droit de fréquenter l'école publique. L'atteinte à la liberté de religion de l'étudiant ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la charte canadienne. Bien que la décision du conseil de prohiber le port du kirpan poursuive un objectif urgent et réel, soit d'assurer un niveau de sécurité raisonnable à l'école, et que cette décision ait un lien rationnel avec l'objectif, il n'a pas été démontré qu'une telle prohibition constitue une atteinte minimale aux droits de l'étudiant.

L'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable est utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu. Dans le présent contexte, la décision de prohiber d'une façon absolue le port du kirpan ne se situe pas à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables. Les arguments invoqués à l'appui d'une telle prohibition ne peuvent être retenus. Le risque que l'étudiant utilise son kirpan à des fins violentes ou qu'un autre élève s'en empare est très improbable, surtout lorsque le port du kirpan est soumis à des conditions comme celles imposées par la Cour supérieure. L'étudiant n'a d'ailleurs jamais revendiqué le droit de porter son kirpan à l'école sans aucune restriction. De plus, les écoles contiennent une foule d'objets susceptibles de servir à commettre des actes de violence et beaucoup plus faciles d'accès aux élèves, par exemple des ciseaux, des crayons, des bâtons de base-ball. La preuve révèle également qu'aucun fait violent relié à la présence de kirpans dans les écoles n'a été signalé. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'attendre pour agir qu'un préjudice ait été causé, l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité doit être solidement établie pour qu'il soit justifié de porter atteinte à un droit constitutionnel. La preuve n'étaye pas non plus la prétention voulant que de permettre à l'étudiant de porter son kirpan à l'école pourrait avoir un effet d'entraînement. Enfin, la prétention selon laquelle le port du kirpan devrait être interdit parce qu'il représente un symbole de violence et envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits et régler les conflits est non seulement contraire à la preuve concernant la nature symbolique du

kirpan, mais est également irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikhe et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme.

La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que l'étudiant puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie. La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Prendre une mesure d'accommodement en faveur de l'étudiant et lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent.

B - La discrimination et l'accommodement raisonnable dans la charte québécoise : l'affaire de l'ÉTS

Dans le champ d'application de la charte québécoise, une des affaires des plus significatives de la recherche de la conciliation entre les intérêts divergents du groupe majoritaire d'une part, et des minorités religieuses d'autre part, est le conflit qui a opposé l'École de technologie supérieure (E.T.S.) et un groupe d'étudiants musulmans, lesquels revendiquaient le droit de disposer d'une salle de prière au sein de cette institution universitaire qui affirmait clairement sa laïcité.

Suite à une plainte déposée à la commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au nom de 113 étudiants de confession musulmane contre l'ÉTS, la commission fit enquête. Pour des raisons de sécurité, la direction de l'institution leur avait interdit de prier sous les cages d'escalier, comme ils le faisaient jusque là et les étudiants se plaignaient de n'avoir aucun local qui soit disponible pour la prière. En réponse à cette revendication, la direction de l'ÉTS alléguait que la laïcité de l'institution était clairement proclamée et

Pression des groupes religieux au Canada

qu'elle n'avait donc aucune obligation de nature religieuse. Constatant que les étudiants musulmans subissaient, en raison de leur religion, les effets négatifs de la règle établie par la direction, la commission demanda à l'ÉTS de proposer un « accommodement » faisant en sorte que les étudiants de religion musulmane fréquentant l'ÉTS puissent prier, sur une base régulière, dans des conditions qui respectent leur droit à la sauvegarde de leur dignité. La commission suggérait également à l'ÉTS qu'elle retranche de son formulaire de demande d'admission la mention selon laquelle on ne trouvait à l'école aucun local destiné à la pratique religieuse.

En réponse, l'ÉTS a fait valoir qu'elle mettait à la disposition de tous les étudiants, de toutes les confessions ses 56 salles de cours qui sont libres pour un total de près de 260 heures de disponibilité par jour ou plus de 1 300 heures par semaines. Enfin, l'ÉTS a fait savoir à la commission qu'elle entendait préciser le libellé apparaissant sur le formulaire de demande d'admission, en ces termes : « [...] l'ÉTS est un établissement à caractère laïque et qu'on n'y retrouve aucun local dédié uniquement à la pratique religieuse ».

C - Les conflits de droits et la règle de l'accommodement raisonnable dans la charte québécoise : l'affaire des souccahs⁸

Rappelons que la charte québécoise lie les personnes privées aussi bien que les institutions publiques ; il est donc inévitable que surgissent des conflits de droits et c'est une disposition spécifique qui énonce les paramètres à l'intérieur desquels le conflit de droits et libertés fondamentaux doit être réglé. Ainsi, l'article 9.1 de la charte prévoit ce qui suit : « 9.1 Les droits et libertés fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ».

Les faits de l'affaire des souccahs sont les suivants : les appelants, qui sont tous des Juifs orthodoxes, détiennent en copropriété divise

⁸.*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 651; il est intéressant de noter qu'une affaire similaire a été jugée par la Cour de Cassation en 2006 (Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, no 05.14.774 FS P + B +1). Celle-ci est arrivée à des conclusions totalement opposées.

des appartements dans de luxueux immeubles situés à Montréal. Comme le précise le règlement incorporé dans la déclaration de copropriété, bien que les balcons des appartements soient des parties communes de l'immeuble, l'usage exclusif du balcon appartenant à un appartement est néanmoins réservé au copropriétaire de cet appartement. Les appelants ont installé des souccahs sur leur balcon respectif pour se conformer à l'obligation d'habiter dans ces petites huttes closes et temporaires, obligation que leur impose la Bible pendant la fête religieuse juive du Souccoth. L'intimé, soit le syndicat des propriétaires, a demandé le démantèlement de ces souccahs, affirmant qu'elles contrevenaient au règlement qui interdit notamment d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions. Aucun des appelants n'avait lu la déclaration de copropriété avant d'acheter son appartement respectif ou d'y emménager. L'intimé a proposé de permettre aux appelants d'installer une souccah commune dans les jardins.

Les appelants ont exprimé leur insatisfaction quant à la mesure d'accommodement, expliquant qu'une souccah commune aurait pour effet non seulement de leur créer des difficultés excessives dans l'observance de leur religion, mais également d'aller à l'encontre de leurs croyances religieuses personnelles qui, ont-ils affirmé, requièrent qu'ils installent chacun leur propre souccah, sur leur propre balcon. L'intimé a rejeté leur demande et sollicité une injonction permanente interdisant aux appelants d'installer des souccahs et, au besoin, autorisant la démolition des souccahs existantes. En Cour suprême, l'argumentation juridique des juges majoritaires s'exprime comme suit : « La liberté de religion entre en jeu lorsqu'un demandeur démontre qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion. Dès que la liberté de religion entre en jeu, le tribunal doit déterminer si l'exercice de ce droit a fait l'objet d'une entrave non négligeable ou non insignifiante constituant une atteinte à la liberté de religion garantie par la charte québécoise (ou la charte canadienne). Cependant, même si le demandeur parvient à prouver l'existence d'une entrave non

Pression des groupes religieux au Canada

négligeable, une conduite religieuse susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée. La protection ultime accordée par un droit garanti par la charte québécoise doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s'inscrit le conflit apparent ».

Quoi qu'il en soit, il est clair que tous les appelants croient sincèrement être tenus de se conformer à l'obligation qu'impose la Bible, peut-être pas nécessairement l'obligation de disposer de leur propre souccah, mais celle d'habiter dans une souccah pendant toute la durée de la fête du Souccoth, soit neuf jours. Bien que la déclaration de copropriété n'interdise pas ouvertement aux appelants d'habiter dans une souccah ceux-ci demeurant libres de célébrer la fête chez des parents ou dans la souccah commune proposée, les contraintes qui leur sont imposées par suite de l'application des clauses contestées sont manifestement considérables. Empêcher les appelants d'installer leur propre souccah constitue donc dans les faits une entrave non négligeable à l'exercice de leur droit protégé d'habiter dans une souccah pendant la fête du Souccoth, et entraîne de ce fait une atteinte à ce droit.

Les atteintes ou effets préjudiciables qui seraient causés aux droits des copropriétaires à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne, droits que leur garantissent respectivement les art. 6 et 1 de la charte québécoise, sont, dans les circonstances, tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. L'intimé n'a pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour permettre de conclure que le fait d'autoriser les appelants à construire de telles souccahs temporaires ferait baisser la valeur des appartements ou de la propriété dans son ensemble. De même, il est impossible de concilier le fait de protéger la jouissance par les copropriétaires de leur bien en préservant l'apparence esthétique des balcons et en rehaussant ainsi l'harmonie externe de l'immeuble avec l'interdiction totale frappant l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. La contrariété

Pierre Lemieux

que pourrait causer l'installation de quelques souccahs pendant neuf jours chaque année serait sans doute bien insignifiante. Enfin, l'offre des appelants d'installer leur souccah respective de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie et à ne compromettre d'aucune façon la sécurité, a permis, dans les circonstances, de dissiper toute inquiétude à cet égard. Toutefois, les appelants devraient installer les souccahs de la manière la plus harmonieuse possible avec l'apparence générale de l'immeuble, afin de respecter les droits de propriété des copropriétaires.

Les appelants n'ont pas renoncé de façon claire, expresse et volontaire à leur droit à la liberté de religion. Ils n'avaient pas d'autre choix que de signer la déclaration de copropriété s'ils voulaient résider dans cet ensemble immobilier. Ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion. En outre, rien ne démontre que les appelants savaient qu'en signant la déclaration ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. Non seulement une interdiction générale prohibant toute construction, interdiction comme celle prévue par la déclaration de copropriété, serait-elle insuffisante pour justifier un tribunal de conclure à l'existence d'une renonciation, mais on peut également soutenir qu'il en serait de même pour tout document ne mentionnant pas expressément le droit garanti par la *charte* qui est visée.

*

**

L'affaire des suchas permet certainement d'affirmer que la construction d'une participation citoyenne est réalisée bien différemment en France et au Québec lorsque les intérêts des minorités religieuses sont en cause. Cette assertion est confortée d'ailleurs par la récente décision de la Cour de cassation⁹ relative à

⁹ *Syndicat Copropr. Les Jardins de Gorbella*, Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, n° 05-14-774.

Pression des groupes religieux au Canada

des faits identiques à ceux qui étaient en cause dans l'affaire des souchras examinée par la Cour suprême du Canada. La 3^e Chambre civile de la Cour de cassation a en effet décidé que : « Attendu [...] qu'ayant retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété et relevé que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue, la Cour d'appel [...] en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de l'enlèvement de ces objets ou constructions ; [...] ».

En France, il est très évident que la pluralité culturelle n'est pas envisagée au sein de l'État-nation de la même manière qu'elle l'est au Canada et, en particulier au Québec où l'intégration citoyenne se conjugue avec le maintien de particularismes culturels et identitaires dans l'espace public mais aussi dans l'espace privé.

TROISIEME PARTIE

REGLEMENT DES CONFLITS DANS
L'ESPACE FRANCOPHONE

**LE ROLE DU MAGISTRAT DANS LE PROCESSUS DE
COLONISATION : LE CAS DU SENEGAL A LA LUMIERE DE
L'IMPORTATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS (1830-1972)¹**

**par Mamadou Badji,
agrégé des Facultés de droit
vice-doyen de la Faculté des
sciences juridiques et politiques de
l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Si, au cours de ces dernières années, il était beaucoup question d'analyser l'influence du code² sur les systèmes juridiques des pays

¹ Ce texte est une version légèrement remaniée d'une étude publiée à la revue *Droit Sénégalais*, n° 5, novembre 2006, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, p. 75-132.

² Entrée dans le langage courant depuis fort longtemps (« codex » en latin est un livre composé de feuilles de parchemin ou de tablettes écrites et reliées ensemble ; il devint très rapidement d'un usage très pratique pour les fonctionnaires et magistrats romains chargés de faire appliquer les lois des Empereurs), la notion de code a évolué à travers les âges pour être définie comme un ensemble de lois savamment ordonnées et, dans l'esprit des Lumières, comme une source de droit comprenant deux caractères : ceux de l'exhaustivité et de la nouveauté, cf. J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e siècle au XIX^e siècle*, Bruxelles, 1967 ; S. SALMONOWICZ (études réunies par), *La codification européenne du Moyen âge au siècle des Lumières*, Varsovie, 1997, p. 69-102 ; B.

où, à la faveur de circonstances historiques particulières³, son expansion fut assurée⁴, il n'en était pas moins évident qu'au Sénégal l'examen de son applicabilité reste à faire.

Contrairement à la thèse unanimement avancée, selon laquelle le code civil aurait été appliqué dans ce « confetti » de l'Empire français dès 1830, il aura fallu composer avec les réalités locales, avec le droit musulman, accepter les tribunaux musulmans, reconnaître un statut personnel, au moins dans les matières sensibles qu'étaient le mariage, l'état civil, les testaments, les successions, les libéralités, tandis que dans d'autres domaines, les impératifs de la colonisation et aussi l'idée, exacte, qu'après tout (l'utilité des principes du droit français aidant et l'absence d'un donné scripturaire imposant et facilitant les réformes), le code civil devait s'imposer, il est vrai non sans quelques retouches, « reconnues nécessaires ».

DURAND, C. CHENE, A. LECA, *Introduction historique au droit*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 345-365.

³ Le code a acquis ses lettres de noblesse lors du processus de codification qui s'est développé en Europe depuis le 18^e siècle. Aussi, en réalisant par exemple le code civil, le législateur français n'a-t-il pas manqué de croire que son œuvre pourrait répondre aux aspirations de l'univers tout entier, cf. R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 9-63 ; J. BOUINEAUX et J. ROUX, *200 ans de code civil*, Paris, éd. ADP/MAE, 2004.

⁴ Le conquérant français avait essayé d'en appliquer les règles non seulement en Europe lors des conquêtes napoléoniennes, mais aussi sur les autres continents, et tout particulièrement en Afrique, Cf. P. ARMINJON, B. NOLDE et M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, p. 117 et suiv, et not. p. 137 et s. N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, p. 285-294. Sur l'influence du code civil dans le monde, V. Les Travaux de la Semaine Internationale de droit, Paris, 1950 ; *L'influence du code civil dans le monde*, Paris Pedone, 1954 et not. Le rapport de MAURY, p. 833 et s. V. également Imre ZATJAY, « Les destinées du code civil », *Rev. Internat. Dr. comp.* 1954, p. 792 et s. et not. p. 804 ; K. MBAYE, « Le destin du code civil en Afrique », in *Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 515-538.

Le code civil français au Sénégal

C'est une question d'histoire juridique, politique, sociale et institutionnelle, insuffisamment étudiée, à tout le moins sujette aux appréciations les plus diverses.

Ce colloque nous offre l'occasion d'apporter notre contribution.

Des observations préliminaires cependant méritent d'être formulées sur l'objet de notre étude.

Il est désormais admis par tous les juristes que l'étude d'une règle de droit passe par l'examen de son applicabilité et la prise en compte des réactions de ses destinataires, des conflits qu'elle peut susciter, etc.

C'est en prenant en compte ces paramètres que notre étude, pourrait s'avérer d'un intérêt majeur ; toutefois, il n'est pas inutile de rappeler les étapes qui marquent le processus de diffusion du code civil au Sénégal.

- Considérons tout d'abord la période qui va de 1778 à 1840 : elle est marquée par l'incertitude du projet colonial et par une contradiction univoque entre la défense de principes juridiques, et la pesanteur exprimée au niveau local pour le maintien d'une forme de coutume qu'il est d'usage d'invoquer sous l'appellation de « mode du pays »⁵.

En effet, jusqu'à la Restauration, l'impression qui prédominait était celle d'une absence de grand dessein colonial : les arrêts, les édits, les déclarations et les ordonnances du Royaume de France qui auraient dû constituer l'ordre juridique colonial dans cette partie de l'Afrique furent mis à l'écart, « soit qu'il se trouvât trop peu de conviction et de monde pour les faire valoir et respecter, soit que les intérêts locaux

⁵ S. SANKALE, "A la mode du pays", *thèse d'histoire du droit*, Montpellier, 1998, t. 2, p. 440-451 ; B. MOLEUR, « Le dés-ordre juridique colonial dans les anciens établissements français de la côte occidentale d'Afrique », in *Droit et cultures*, n° 9/10, Paris, 1985, p. 27-49 ; D. Sarr, *La Cour d'appel de l'AOF*, thèse de droit, Montpellier, 1980, t. 1, p. 19-54 ; M. BADJI, *Droits naturels, droits de l'homme et esclavage. L'exemple du Sénégal. Analyse historique du 17^e siècle à l'Indépendance*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, p. 172-185.

commandassent de les ignorer, fut-ce au prix d'un abandon de l'ordre public pourtant voulu par la métropole »⁶.

Les intérêts de la domination coloniale poussaient l'administration à se détacher du droit français au point que le droit en vigueur témoignait d'une « alliance remarquable »⁷ entre les « usages du pays », souvent inspirés de l'Islam, le droit français et puis toute une série de conventions et d'usages séculaires.

C'est dire qu'au début du XIX^e siècle, les distorsions entre les objectifs coloniaux et la pertinence du milieu social indigène conduisaient à tenir en échec la liberté dont jouit le pouvoir colonial⁸, au point de vue du droit public dès que sont envisagées les questions de droit privé relatives aux indigènes. Le code civil « n'est invoqué qu'à titre de raison écrite »⁹.

Au demeurant, à mesure que la stratégie d'implantation des Français génère une cohérence de pensée et d'action, on assiste à la

⁶ B. MOLEUR, « Le dés-ordre juridique colonial dans les anciens établissements français de la côte occidentale d'Afrique », in *Droit et cultures*, n° 9/10, Paris, 1985, p. 28. Par le choix de son nom, la Restauration s'affirmait comme un retour aux traditions de l'Ancien régime par delà les innovations de la période révolutionnaire ou impériale.

⁷ Rapport Delamardelle au ministre de la Marine, 26 janvier 1835, ANSOM, Sénégal VIII/5b, à la date.

⁸ Parler de pouvoir colonial peut paraître impropre au regard de la terminologie classique qui préfère dans ce cas l'expression « Administration coloniale » ou « Administration locale ». Cette préférence correspond bien au point de vue de la puissance colonisatrice qui considérait le territoire colonial comme le prolongement naturel du territoire métropolitain. Au demeurant, du point de vue juridique, et notamment des droits international et interne publics, les « possessions » ou colonies ne sont ni des entités politiques, ni des États. Elles constituent un ensemble de services publics, des subdivisions administratives de l'État colonisateur. Pourtant, la structure administrative de la colonie, reproduction de l'organisation administrative métropolitaine pour l'essentiel ne peut dissimuler la réalité d'un pouvoir politique colonial au niveau de chaque territoire. S'ils respectaient les orientations générales décidées à Paris, les gouverneurs des colonies incarnaient le pouvoir colonial au niveau des territoires, et développaient leurs politiques en fonction des circonstances propres à chaque colonie.

⁹ B. MOLEUR, « Le dés-ordre juridique colonial... », art. cit, p. 28-34.

Le code civil français au Sénégal

mise en place d'institutions propres à remplir les fonctions traditionnelles de l'État¹⁰.

Il faut tout de même reconnaître que cette politique plus subtile qui marie la domination à une stratégie quasi « médicale » de perfusions prudentes, répond au souci des pouvoirs publics d'aboutir à un résultat bien défini : l'amorçage et l'accélération des évolutions. Cette politique eut pour effet d'obliger les Français à se déterminer pour une refondation de la justice sénégalaise, tant au plan des juridictions que du droit.

La justice en effet est l'expression des postulats juridico-politiques placés au cœur de l'entreprise coloniale ; l'importance qui lui est accordée tient au lien qui existe dans la culture juridique française, entre souveraineté et justice. Par la projection de cet héritage sur le terrain colonial, la métropole s'oblige à y implanter la justice dont la France se veut la gardienne éternelle¹¹. Mais, puisqu'il n'est pas de justice sans droit, quel droit appliquer aux litiges qui naissent entre indigènes ?

Dans les rapports de famille, par exemple, c'est l'usage de la colonie qui l'emporte sur la coutume de Paris et les ordonnances royales.

- A partir du milieu du XIX^e siècle, la pratique juridique aboutit plutôt à la paralysie de la « mode du pays ».

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ La justice apparaît dans le contexte colonial comme un instrument de stratégie coloniale : elle s'alimente de la position des magistrats qui agissaient dans le respect des principes du droit. Les ressemblances fortes entre la métropole et la colonie cependant disparaissent avec l'extension du territoire colonial et l'évolution des relations des populations de métropole et de la colonie. Le regard porté sur la justice coloniale ne peut être non plus républicain. Dès 1880, les colonies, d'une manière générale, n'étaient plus considérées comme des extensions assimilées à la métropole, mais comme des « possessions » impliquant l'adaptation du droit aux diversités de population et de territoire.

Mamadou Badji

Il s'agit d'un bouleversement important qui accompagne l'arrimage et le transbordement sur le sol sénégalais de règles conçues pour la France européenne.

Mais cela ne se fit pas sans difficultés, ni hésitation, comme on va le voir. Dès le 23 décembre 1821, le ministre de la Marine et des Colonies appelait l'attention du gouverneur du Sénégal sur la nécessité de mettre un terme au « dés-ordre juridique colonial »¹² qui prévalait dans la colonie, un des vecteurs de ce changement étant la promulgation du code civil français à Saint-Louis.

Instruit des intentions du ministre¹³, le gouverneur de la colonie créa une commission chargée de la codification au Sénégal de la matière civile, à l'instar du code français¹⁴.

Très vite, des voix s'élevèrent pour demander que cette codification se fasse, eu égard à la culture juridique sénégalaise, dans le respect de l'état des personnes¹⁵. Il fut alors proposé d'adapter¹⁶, de simplifier le droit français, par des « modifications reconnues nécessaires »¹⁷ à la situation du Sénégal.

C'est que pour la commission, il ne s'agissait pas de « ployer le droit civil à l'unité », mais plutôt de laisser subsister le droit local : les intérêts supérieurs de la politique obligent.

Il est bien certain que dans un pareil contexte, le droit ne pouvait manquer de prendre les plus grandes libertés avec le respect de l'État de droit¹⁸.

¹² B. MOLEUR, « Le dés-ordre juridique colonial dans les anciens établissements français de la côte occidentale d'Afrique », in *Droit et cultures*, n° 9/10, Paris, 1985, p. 27-49.

¹³ Ministre à Gouverneur, 23 décembre 1821, ANS, M1.

¹⁴ Le statut personnel des indigènes musulmans échappe à cette codification.

¹⁵ Gouverneur ministre, 24 décembre 1827, ANS, M1.

¹⁶ Sur les adaptations « reconnues nécessaires » du code civil français en vue de son application au Sénégal : Séance du conseil d'administration, 5 novembre 1830, ANS, 3 E 9 à la date.

¹⁷ Rapport du maître des requêtes Delamardelle, 26 janvier 1835, ANSOM, Sénégal VIII/5b.

¹⁸ L'État de droit implique l'obéissance à la loi, à des normes supérieures, notamment de la part de l'administration, contrôlable suivant ce critère. Sur

Le code civil français au Sénégal

C'est à partir de la promulgation de l'ordonnance du 9 novembre 1840 relative à l'organisation judiciaire que certains magistrats, fraîchement venus de la France métropolitaine, tenteront, non sans tâtonnements et doutes, d'appliquer dans toute leur rigueur les dispositions du code civil propres à régir la population du Sénégal, dans toutes ses particularités.

Notre étude va faire ressortir ces distorsions en sollicitant particulièrement les sources d'archives, tant publiques que privées. Il sera fait appel également aux notes, rapports et observations des fonctionnaires coloniaux, lorsqu'ils peuvent fournir les informations utiles à la compréhension du problème.

Mais, il faut tout de même reconnaître que l'idée n'est pas d'épuiser le sujet, loin s'en faut ; nous tenterons plutôt de mettre l'accent sur le rôle du magistrat d'outre-mer dans le processus de colonisation, en nous appuyant sur quelques exemples précis. Ainsi, il sera tout d'abord question de décrire comment, face à la résistance du droit local d'origine coutumière, la tâche du magistrat a été soumise à rude épreuve (I), avant de voir comment la « transfusion » de certains traits de la culture juridique française s'est réalisée en pratique (II).

I – Le magistrat à l'épreuve

Depuis la Révolution, les conquêtes françaises se traduisaient par l'introduction rapide du droit français dans les pays conquis, au détriment des droits locaux, fréquemment annihilés¹⁹. Mais au Sénégal la population et les juges étaient confrontés à une réalité sociologique à laquelle ils tenaient à coller au plus près.

le concept d'État de droit, voir J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *Revue du droit public*, 1988, p. 313-380 ; M. TROPER, « Le concept d'État de droit », *Droits*, 15, 1992, p. 51-76 ; CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris 1922, t. 1, p. 293 et s.

¹⁹ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 204-208.

Alors que le code civil était déjà applicable dans les « Grandes colonies »²⁰ depuis 1806, ici, il était seul connu des juges qui venaient de la France européenne, nantis de leur bagage juridique « moderne ». Par ailleurs, jusqu'au milieu du XIX^e siècle, les 90 % de la population locale firent l'aveu de leur inexistence juridique en vivant en état de non droit. Ces considérations marqueront, et pour longtemps, les limites de toute assimilation juridique, et imposeront la reconnaissance d'un droit local d'origine coutumière. Le législateur choisit de respecter les fondements de la société qu'il entend régir, le droit privé des Nègres libres et les usages des Habitants.

A – Le poids du droit privé des Nègres libres

Si les « Habitants »²¹ des comptoirs²² avaient su affirmer « temporairement » leur « existence juridique par l'invention d'une coutume locale »²³, il n'en fut pas de même pour les Nègres libres²⁴. « Souvent de confession musulmane — soutient B. Moleur — ils excluaient de soumettre l'organisation de leur famille, leur succession à un autre droit que le droit musulman »²⁵. Le statut personnel

²⁰ Les « Grandes colonies » dont il s'agit sont les Antilles, Saint-Domingue et la Réunion. La colonisation française de ces contrées, dans son principe se fonde sur le peuplement autant que sur l'exploitation. Cf. P. LEROY-BEAULIEU, *Histoire de la colonisation chez les peuples modernes*, 6^e éd., Paris, 1908, 2 vol., t. 2, p. 450 et s. (l'auteur distingue « trois types irréductibles de colonies »).

²¹ Le mot Habitants désignait les notables, la frange supérieure de la population, souvent métissée, des comptoirs.

²² Le Sénégal français ne comprend, jusqu'en 1848, que quelques établissements, des comptoirs installés le long de la côte sénégalaise, de Saint-Louis au golfe de Guinée, ne subsistant que par le commerce de la gomme et la traite des esclaves. La réglementation métropolitaine de l'époque distinguait les « comptoirs » des « colonies » et les textes destinés aux secondes, dont l'édit de mars 1685 ou code Noir, n'ont jamais été applicables aux premiers dont, à vrai dire, on se préoccupait fort peu de l'organisation.

²³ B. MOLEUR, « Ce droit colonial qui n'existe pas... », in *Revue de la Faculté de droit d'Avignon et des Pays de Vaucluse*, 1992, p. 42.

²⁴ Les indigènes des comptoirs français du Sénégal.

²⁵ B. MOLEUR, « Ce droit colonial qui n'existe pas... », art. cit. p. 42.

Le code civil français au Sénégal

musulman était *de facto* reconnu à Saint-Louis, par le gouverneur Eyriès en 1780 déjà, mais celui-ci à la différence de l'usage des Habitants, n'eut officiellement droit de cité qu'au milieu du XIX^e siècle, avec la création d'un tribunal musulman²⁶, par le décret du 20 mai 1857.

L'existence d'une coutume locale, que les juridictions officielles prirent en considération aboutit à forger un régime juridique propre aux habitants²⁷.

Par le fait même, c'est la pratique qui tient alors un rôle actif car elle fonctionne comme un révélateur de situations particulières²⁸, ces juridictions intervenant en dernier lieu pour entériner.

Il n'est pas moins important de relever que les dégradations subies par le droit et la prépondérance des usages des habitants convergent vers la construction d'un système juridique, dégagé de la « puissance d'état coloniale »²⁹.

Tous ces facteurs se conjuguent de façon générale ; ils sont générateurs d'un véritable vide juridique, et laissent entrevoir un détachement des habitants vis-à-vis des textes français : en effet, le droit officiel de ces habitants aurait dû être au XVIII^e siècle la coutume de Paris, et puis, au début du XIX^e siècle, le code civil. Il n'y eut pas ignorance délibérée et systématique de ces textes³⁰, mais une

²⁶ B. SCHNAPPER, « Les tribunaux musulmans et la politique coloniale au Sénégal, 1830-1914 », in *Revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1961, n° 1, p. 90-128.

²⁷ B. MOLEUR, « Ce droit colonial qui n'existe pas... », art. cit. p. 42.

²⁸ B. SCHNAPPER, « Les tribunaux musulmans et la politique coloniale au Sénégal, 1830-1914 », in *Revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1961, n° 1, p. 90-128.

²⁹ B. MOLEUR, *Le droit de propriété sur le sol sénégalais. Analyse historique du 17^e siècle à l'Indépendance*, thèse de doctorat de droit, Dijon, 1978, p. 33-42. Par puissance d'état, il faut entendre la notion de souveraineté, au sens où l'emploie Carré de Malberg, dans sa théorie générale de l'État, tome 1, chap. II.

³⁰ Selon un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 23 août 1825, *Veuve d'Isambourg c. Fourgassié* (DP 1827. I. 365), la coutume de Paris était avant la promulgation des codes français, la loi générale du Sénégal. Pour le commentateur et la Cour de cassation, le code civil est

harmonieuse synthèse entre les usages du pays souvent inspirés du droit musulman, le droit français dans toutes ses composantes, c'est-à-dire autant la coutume de Paris que la législation moderne qui n'était pas encore officiellement applicable au Sénégal³¹.

À partir des années 1820, l'idée avancée par les pouvoirs publics est de promulguer le code civil afin d'asseoir la pratique juridique sur un texte précis, et de rompre avec l'usage de la colonie.

Cette thèse « substitutiste » est par ailleurs défendue par le président du Tribunal civil de Saint-Louis qui plaide en faveur d'une promulgation du code civil français au Sénégal, nonobstant l'adjonction de « modifications en général suspensives ou restrictives, [...] exprimées sous la forme de dispositions additionnelles »³². Elle est combattue par les tenants de la thèse « particulariste » qui préconisent au contraire « une nouvelle rédaction de[s] articles »³³ du texte français, motif pris de la particularité de la situation locale.

applicable au Sénégal depuis le 28 septembre 1805 (8 vendémiaire an XIV). C'est en vertu de cela que la Cour estime que l'acte révocatoire d'un testament est frappé de nullité dans la mesure où le testateur n'a pas respecté les dispositions de la coutume de Paris en 1804 alors que le code civil n'avait été promulgué dans la colonie du Sénégal. Malgré l'intérêt de cet arrêt, il reste isolé car il ne semble pas que la coutume de Paris soit véritablement observée dans la colonie du Sénégal où la pratique juridique est à tout le moins marquée par beaucoup d'incertitude : le code civil n'y a été promulgué que le 5 novembre 1830, par arrêté du gouverneur du Sénégal. Jusque là, il était invoqué à titre de raison écrite et servait de base à certaines décisions des tribunaux, cf. Rapport Delamardelle, 26 janvier 1835, ANSOM, Sénégal VIII 5b.

³¹ ROGER, Notes sur le Sénégal, 1821, ANSOM, Sénégal et Dépendances II, dossier 2, 5b. Mémoires 1819/1826 ; CARRERE, Projet de réorganisation de la justice, 10 novembre 1862, ANS, M5, pièce n° 1 ; Séance du conseil de gouvernement et d'administration du Sénégal, 5 septembre 1827, ANS, 3E6.

³² Intervention à la 2^e séance de la commission chargée de l'examen du projet de code civil, 30 novembre 1827, ANS, M1, à la date.

³³ Séances de la commission chargée de l'examen du projet de code civil des 5 septembre 1827 et 30 novembre 1827, ANS, M1. Pour la majorité des membres de cette commission, les Nègres libres du Sénégal différaient des Européens par un trait essentiel : ils étaient restés soumis à leur loi, à leurs coutumes, à leur religion et avaient des traditions et une mentalité fort

Le code civil français au Sénégal

Cette thèse particulariste avait des fondements historiques : les Nègres libres du Sénégal en effet jouissaient d'un statut personnel de droit privé, ils étaient pour la plupart d'entre eux de confession musulmane et excluaient de soumettre leur mariage à un autre droit que le droit musulman. D'autres particularismes existent : régime des successions, des libéralités, des testaments, de l'état civil.

L'existence d'un statut personnel de droit privé dont le fondement est essentiellement différent de celui du droit français constitue un obstacle à l'adoption de la proposition du président du Tribunal de première instance de Saint-Louis. Des considérations pratiques militent également contre la promulgation du code civil, « dans toute sa pureté », au Sénégal : le pays connaissait la pratique de l'esclavage. En outre, au début du XIX^e siècle, il était à l'instar d'autres territoires d'Afrique habité par des « peuplades fort éloignées des mœurs [françaises] et trop ignorantes des lois, dont elles n'ont et ne peuvent avoir aucune connaissance à raison de leur isolement, pour que l'on puisse admettre dans toute sa rigueur *le principe que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent ce territoire* »³⁴. Les Nègres libres allaient donc vivre confinés dans les limites que leur assignait leur système juridique. C'est dire que « la loi est reine du milieu ». Cette constatation exprime parfaitement l'idée selon laquelle le droit est le reflet de la vie sociale d'une société donnée. Henri Solus avertissait d'ailleurs que « le mérite de toute législation est essentiellement relatif. La meilleure loi est celle qui convient le mieux à l'état politique et social, aux besoins économiques, à la religion et aux mœurs du peuple dont elle doit régir les rapports juridiques »³⁵.

Les autorités coloniales n'avaient d'ailleurs pas autrement envisagé la question juridique lors de la prise de possession du Sénégal en

éloignées de celles des Français ; ils étaient, somme toute, différents des Français de la métropole.

³⁴ Note de l'inspecteur colonial sur le projet de code civil au Sénégal, ANSOM, Sénégal VIII/ 5 b, s. d.

³⁵ H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, n° 8 (à propos de l'ordonnance du 24 avril 1833).

1817³⁶. Les instructions au colonel Schmaltz, le 18 mai 1816³⁷ reproduisaient la vieille formule des instructions données à Lauzun en 1778, selon laquelle « la population du Sénégal et la nature des propriétés ne [comportaient] point l'établissement d'un tribunal de justice et [n'étaient] susceptibles que de l'application des règles les plus simples, presque toutes de pure police ». Le conseil de justice formé par le « commandant pour le roi » et les principaux chefs des services administratifs ne pouvait faire autrement que de s'informer des usages pour régler les querelles qui n'avaient pu faire l'objet de la conciliation préalable devant le maire³⁸.

Le maintien de tels usages en marge du code civil était à l'évidence un défi au progrès du système juridique français.

B – Les usages des Habitants

L'existence d'un régime juridique propre aux « habitants » de Gorée et de Saint-Louis a déjà été mise en évidence par des historiens du droit³⁹ qui se sont penchés sur le droit en vigueur au Sénégal à l'époque coloniale. S'il ressort de leurs travaux qu'il est fait référence aux usages, pour asseoir les décisions, ces usages étant considérés comme d'une légitimité au moins équivalente à la « loi », il ne nous paraît pas inutile de préciser que cette seule considération ne suffit pas à rendre compte de la diversité et de la spécificité des « habitants ».

³⁶ Nous suivons ici B. MOLEUR, *Le droit de propriété sur le sol sénégalais*, thèse de droit, Dijon, 1978, vol. 1, p. 37-39.

³⁷ C. SCHEFER, *Instructions données aux Gouverneurs...*, Paris, 1927, t. 2.

³⁸ Le maire, en effet, intervenait dans le règlement des litiges entre habitants. Il faut noter que d'après les archives de la fin du 18^e siècle, deux mots-clés caractérisent « la justice » au Sénégal, conciliation et arbitrage, deux notions sous-jacentes à la notion d'usage beaucoup plus que celle de « loi » ou de « règlement ».

³⁹ B. MOLEUR, *Le droit de propriété sur le sol sénégalais*, thèse de droit, Dijon, 1978, vol. 1, p. 33-39 ; D. SARR, *La Cour d'appel de l'AOF*, thèse de Droit, Montpellier, 1980, t. 1, p. 19-54 ; S. SANKALE, « A la mode du pays... », Thèse d'Histoire du Droit, Montpellier, 1998, t. 2, p. 440 et s.

Le code civil français au Sénégal

De nombreux exemples peuvent porter témoignage de la particularité de leur régime juridique. Citons-en seulement deux qui sont restés de célèbres illustrations :

1 – « *Le mariage à la mode du pays* »⁴⁰

Ce type de mariage pose problème et introduit le juriste hors de la sphère du code civil : « une demande en la forme est présentée au père de la fille convoitée. Après enquête sur le prétendant et versement des cadeaux de la dot, a lieu l'installation au domicile conjugal. Elle donne lieu à des réjouissances de plusieurs jours afin que nul ne l'ignore »⁴¹. Ainsi, note-t-on une évolution sociale dans la recherche de la respectabilité, les conséquences de ce mariage se ressentant très nettement, alors et surtout que ceux qui en usaient avaient la prétention de le distinguer du concubinage occasionnel dont les fruits ne pouvaient prétendre à la légitimité.

Les Européens établis au Sénégal ne sont pas les seuls à contracter de telles unions. Les « habitants » de Saint-Louis étaient aussi en cause. En effet, lorsqu'ils s'établissent dans le Haut pays « pour les affaires de commerce, ou pour la surveillance des cultures », ils n'hésitent pas à s'afficher avec les femmes « qu'ils prennent suivant les formes usitées dans le pays »⁴².

Ces unions n'étaient pas soumises au code civil : non seulement les « habitants » étaient dans l'ignorance de celui-ci mais l'influence considérable de l'Islam et l'irrégularité avec laquelle les charges ecclésiastiques furent assurées à Gorée et à Saint-Louis, jusque dans la

⁴⁰ S. SANKALE, *Le mariage à la mode du pays*, Mémoire de DEA d'Histoire du Droit, Dakar, 1982 ; R.P. BOILAT, *Esquisses sénégalaises*, Paris, 1858, p. 222-227 ; J. DUVAL, « La colonie du Sénégal », *Revue des Deux Mondes*, t. 17, Paris, 1858, p. 842-843.

⁴¹ F. ZUCCARELLI, *La vie politique sénégalaise*, Paris, CHEAM, 1987, p. 13.

⁴² Deroisin, déposition devant la Commission chargée de l'examen du projet d'ordonnance royale relative à l'application du code civil au Sénégal. ANS, M1, 11 décembre 1827.

Mamadou Badji

première moitié du XIX^e siècle, étaient des motifs sérieux de découragement⁴³.

L'attachement des habitants à leurs usages⁴⁴ les conduit naturellement à établir une distinction entre le mariage tenu pour légitime à l'aune de la société saint-louisienne, et celui qui ne l'est pas, distinction que tentent de corroborer les juridictions officielles. Ainsi, pour la Cour d'appel de Saint-Louis, « le mariage pour être légitime devait être entouré de certaines solennités, et d'une publicité qui élevaient la femme à la dignité d'épouse, et lui donnaient le rang et l'état de femme légitime. Si ces conditions n'existaient pas, la cohabitation d'un homme et d'une femme, ne constituait aucun état particulier à cette femme et laissait l'enfant sans père connu »⁴⁵.

C'est dire que le « mariage à la mode du pays », pour être légitime, doit être célébré suivant « les usages notoires, consistants et uniformes »⁴⁶.

Cette formalité substantielle compense ainsi l'absence de registres d'état civil. En effet, « depuis l'arrivée à Saint-Louis, de la loi du 20 septembre 1792 qui a transféré la tenue de l'état civil des prêtres à des officiers publics particuliers, l'usage s'est établi [...] de faire consister la validité des mariages dans le consentement des familles respectives des futurs époux, lesquelles s'assemblaient, chacune de son côté, et en cas de consentement, la famille du futur envoyait une députation à la famille de la fille pour la demander en mariage au nom de la famille députante. Ces formalités jointes aux divers avis que les familles

⁴³ B. MOLEUR, « le dés-ordre juridique colonial... », art. cité, p. 30-31.

⁴⁴ Gouverneur à ministre, 11 juillet 1834, n°145, ANS, 2 B 16, fol. 40/41. Fait état de l'existence des « lois du Coran » pour régir les mariages et les successions de la population « comme par le passé », le droit français ne s'appliquant que quand les parties se présentent « volontairement » devant les juridictions civiles, « ce qui a lieu fort rarement ».

⁴⁵ Arrêt n° 30 du 21 septembre 1853, ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° IX.

⁴⁶ Arrêt n° 60 du 6 novembre 1833, affaire Marie-Louise Dubois contre Elisabeth Pellegrin et les enfants Pierre Valantin. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° 2.

Le code civil français au Sénégal

faisaient donner à tous les habitants, imprimaient à l'union, une publicité suffisante pour faire que nul, dans la ville, où elle avait eu lieu, ne pût ignorer l'état des conjoints »⁴⁷.

Il est un autre usage dont l'existence même est contraire à l'esprit d'unité porté par le code civil : l'usage commercial de la colonie.

2 – La « troque de la gomme arabique »

C'est une opération où rien ne se détermine en numéraire⁴⁸. Contre la gomme arabique, produit de cueillette provenant d'acacias⁴⁹ d'une espèce particulière, on échange des marchandises de traite dont la non moins importante est la toile de guinée. Pièce de tissu de coton bleu, provenant de Pondichéry, elle sert « d'unité monétaire des transactions sur la gomme. Les négociants la livrent aux traitants sous la condition d'en obtenir le remboursement au retour de la traite, mais en gomme, et non en numéraire »⁵⁰.

La traite de la gomme est une activité à laquelle se livrent, non pas des commerçants, mais la population saint-louisienne (dont elle constitue l'unique aliment de commerce), et « la majeure partie des officiers, employés, sous-officiers, et soldats »⁵¹ français. Elle déroge à la réglementation commune, aux lois générales qui régissent le commerce et les commerçants. Le traitant en effet n'est pas astreint au respect des obligations qui pèsent sur ceux qui achètent pour revendre, ni aux règles du code de commerce.

La rapidité et la multiplicité des opérations auxquelles il se livre constituent un obstacle à la tenue d'écritures. Il est donc dispensé, par la réglementation locale, de tenir des livres de commerce⁵². Les règles

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Arrêt n° 51 du 17 octobre 1861, ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° XIII.

⁴⁹ L'acacia Vérek, ou acacia Sénégal (mimosées).

⁵⁰ A. RAFFENEL, *Nouveau voyage dans le pays des Nègres, suivi d'études sur la colonie du Sénégal*, t. 2, Paris, éd. Chaix et Cie, 1856, p. 87.

⁵¹ ROGER l'Aîné, *Notes sur le Sénégal*, citées.

⁵² Arrêt n° 26 du 7 septembre 1855. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° X, 1854-1855.

Mamadou Badji

relatives au contrat de vente ne lui sont pas applicables⁵³. En effet, contrairement à la vente, qui se réalise au moyen de deux opérations matérielles dont la coexistence avec le consentement sanctionne le contrat en vertu duquel un objet est, tout à la fois, vendu et acheté, la troque laisse au moment où elle se passe, dans une incertitude, le résultat ultérieur en gain ou en perte. Le vendeur ne peut, au préalable, se rendre compte du prix de revient de l'objet aliéné, de tous les frais, et partant, du bénéfice ou de la perte qui résulterait pour lui, de l'aliénation dudit objet. S'il est possible au négociant expéditeur de s'apercevoir, au début ou durant l'opération de certains frais, dont les éléments peuvent être soumis au calcul, tels que le prix d'achat, celui de la marchandise rendue à l'escale, en revanche des éléments tels que, les frais de navire, de laptots⁵⁴ et autres agents, ceux de la nourriture des employés, du droit concédé au chef des maures⁵⁵, et de celui payé en nature par la gomme à son entrée à Saint-Louis ne dégageront jamais, avant la fin de l'opération et de ses suites, le prix réel, c'est-à-dire le résultat chiffré en gain ou en perte de la masse des échanges, et surtout de chaque échange en particulier. On doit donc tenir compte, d'une part, du prix de la gomme (un prix soumis aux fluctuations du marché en Europe), et d'autre part, de la dépense dite de consommation.

En définitive, faute de pouvoir soumettre la troque aux règles du code de commerce, on applique des usages spécifiques, conformes à une longue pratique jurisprudentielle qui avait fini par cristalliser en corps de règles non écrites, des usages maintenus en marge du code civil.

⁵³ Arrêt n° 22 du 29 mai 1863. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° XIV.

⁵⁴ Les laptots sont ici des soldats noirs de la garnison.

⁵⁵ Les maures seraient à exclure de cette étude s'ils ne s'étaient introduits dans les circuits du commerce dès le début du XVII^e siècle, et s'ils n'étaient désireux de jouer un rôle accru sur la rive méridionale du Fleuve grâce à l'importance du commerce de la gomme. La récolte et le commerce de la gomme font d'eux les principaux partenaires économiques des Français.

Le code civil français au Sénégal

Ainsi, pour assurer la liberté de la traite dans le Haut fleuve, le gouvernement paie des « coutumes » (sortes de redevances annuelles) aux chefs des tribus maures, du Fouta, ou du Galam⁵⁶.

Ces coutumes sont payées en nature ; elles ne sont pas dues en cas d'exaction⁵⁷. Le gouvernement local n'est pas seul en cause, les traitants ont eux aussi l'habitude de s'acquitter de ces coutumes⁵⁸.

D'autres usages existent, notamment en matière successorale⁵⁹, en matière de donation mobilière⁶⁰, en matière de transactions immobilières entre personnes de couleur, etc.

Cette diversité des sources favorise le morcellement du droit⁶¹.

Le législateur cependant va, par les ordonnances de 1837⁶² et 1840⁶³, tenter de maîtriser l'ordre social indigène et d'imprimer à la justice sénégalaise une direction particulière : la création d'un système judiciaire « à la française ».

Certes, la tradition demeure à travers le pluralisme des sources du droit, mais l'équilibre du système sera profondément modifié. Le magistrat se met à l'œuvre.

⁵⁶ Arrêt n° 25 du 25 novembre 1839. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° 3. 50.

⁵⁷ Il est convenu, le 10 février 1850, dans une convention passée avec l'Almamy du Fouta, passée à Aleïebe, que pendant quatre années, il cesserait de percevoir toute redevance. Les sommes ainsi libérées, doivent permettre à l'administration d'indemniser les victimes des pillages de Cascas. Arrêt n°30 du 21 septembre 1853.

⁵⁸ F. VALANTIN, *Mémoires*, ANSOM, Sénégal et Dépendances II, dossier 2, p. 4.

⁵⁹ Appel O'Hara du 25 février 1830 contre jugement Tribunal Saint-Louis du 13 février 1830. ANS. Registre des actes d'appel 1822-1844.

⁶⁰ Conseil de justice de Saint-Louis 2^e registre. Jugement du 10 septembre 1821, Coumba Jean contre Anne Cotou.

⁶¹ S. SANKALE, « *A la mode du pays* »... thèse d'histoire du droit, tome 2, p. 440 et s.

⁶² A.M.et C. 1837. I. 531-532.

⁶³ A.M et.C. 1840, p. 1173.

II – Le magistrat à l'œuvre

Les témoignages fournis par les sources d'archives révèlent l'existence au sein du conseil privé du Sénégal d'une tendance favorable à l'unité de la règle de droit, à la promotion du code civil, celle exprimée par le président du Tribunal de première instance de Saint-Louis, Butignot⁶⁴, en dépit de fortes oppositions des notables locaux.

En vérité, Butignot avait consacré à la question de nombreux travaux qu'il exposa en séance du conseil d'administration et de gouvernement⁶⁵ du 5 septembre 1827⁶⁶.

Armé de sa science du droit et des pouvoirs qui lui sont conférés⁶⁷, il se dit favorable, à l'introduction du code civil au Sénégal, non sans proposer quelques « retouches »⁶⁸ au texte métropolitain et son

⁶⁴ Président du Tribunal de première instance de Saint-Louis, de 1822 à 1830.

⁶⁵ Rapport du maître des requêtes Delamardelle, 26 janvier 1835, ANSOM, Sénégal VIII, dossier 5b. Sur ce conseil, S. SANKALE, « *A la mode du pays* »... thèse d'histoire du droit, citée, p. 416-431.

⁶⁶ Séance du conseil d'administration et de gouvernement, 5 septembre 1827, ANS, 3^E6.

⁶⁷ Aux termes de l'article 21 de l'ordonnance royale du 7 janvier 1822 relative à l'organisation judiciaire du Sénégal, en effet, « pour tous les points non réglés par ladite ordonnance, il sera fait par le président du tribunal de première instance de Saint-Louis, un projet de règlement sur l'application des différents codes en tout ce qui peut convenir aux localités, lequel projet doit être soumis à l'approbation de sa Majesté ».

⁶⁸ Les modifications proposées portaient sur les articles 1^{er} (mode de promulgation de la loi) ; 43 (la clôture des registres de l'état civil) ; 49 (les mentions à faire en marge des registres de l'état civil) ; 55 (la présentation de l'enfant nouveau-né, à l'officier de l'état civil) ; 56 (la déclaration de naissance) ; 57 (la constatation de la naissance) ; 70 ; 71 et 72 (les actes de notoriété en cas de mariage) ; 77 (les inhumations) ; 80 ; 83 et 84 (les décès, soit dans les hôpitaux, soit en cas d'exécution par arrêt, soit dans les maisons de réclusion) ; 112 ; 116 et 143 (la présomption d'absence, l'affichage du jugement qui la constate et la surveillance des enfants mineurs laissés par l'absent) ; 144 (l'âge déterminé pour que la femme née au Sénégal puisse contracter mariage) ; 145 ; 163 et 164 (les mariages entre beaux frères et belles sœurs) ; 167 (les publications du mariage dans le cas où l'un des futurs

Le code civil français au Sénégal

adaptation au contexte institutionnel et intellectuel local. Ainsi, il s'agit d'assigner une nouvelle finalité à l'ordre juridique en plaçant l'individu au cœur du droit. Outrés de cette prise de position, les notables qui siègent dans la commission de codification⁶⁹ déplacent le débat sur un autre terrain, multiplient les manœuvres dilatoires⁷⁰, dans le but de retarder l'adoption du projet en discussion, focalisent leur attention sur un seul sujet : l'esclave, homme ou meuble ou

aurait eu son dernier domicile en France) ; 169 (les dispenses de publication) ; 361 (les consentements à donner en cas de tutelle officieuse) ; 427 (les personnes dispensées de la tutelle) ; 726 et 912 (le droit de succéder, de disposer et de recevoir) ; 806 (la distribution, par ordre de privilèges et d'hypothèques, du prix de vente d'un immeuble provenant d'une concession bénéficiaire) ; 811 et 812 (les successions vacantes) ; 971 (la réception des testaments par actes publics) ; 1905 et 1907 (la fixation de l'intérêt légal et de l'intérêt conventionnel) ; 2123 (l'hypothèque judiciaire résultant de condamnations ou contraintes administratives) ; 2127 et 2128 (les hypothèques conventionnelles) ; 2161 à 2165 (la réduction des hypothèques en certains cas) ; 2183 et 2184 (les formalités à observer pour purger les hypothèques) ; 2191 (le recours réservé à l'adjudicataire contre le vendeur pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre) ; 2194 (le mode de purger un immeuble des privilèges et hypothèques de la femme qui n'aurait pas pris inscription) ; 2195 (la radiation des inscriptions) ; 2198 (la responsabilité du conservateur des hypothèques) ; 2212 et 2215 (la poursuite en expropriation forcée et la suspension de la dite poursuite) ; 2224 (la prescription). Le travail du président du Tribunal de première instance de Saint-Louis « n'est point accompagné de motifs », mais il a fait l'objet de longues annotations de la part de l'inspecteur colonial. cf. Rapport du maître des requêtes Delamardelle au ministre de la Marine, 26 janvier 1835, ANSOM, Sénégal VIII/5B.

⁶⁹ Cette commission dont la création a été décidée le 23 décembre 1821, ne verra le jour que le 24 novembre 1827. C'est devant cette instance que le président du tribunal civil de Saint-Louis soumit son rapport, après l'avoir présenté en conseil d'administration et de gouvernement du 5 septembre 1827.

⁷⁰ Séances de la commission chargée de l'examen du code civil, P.V. du 4 déc. 1821, ANS, M1.

Mamadou Badji

même immeuble, était-il ou non assujéti au code civil ? Et que dire des affranchis ou des engagés à temps⁷¹ ?

Ces discussions et atermoiements virent la commission et ces travaux se diluer complètement et l'on n'y songea même plus pendant trois ans.

Malheureusement, victime, dans le courant de l'année 1830, de la terrible épidémie de fièvre jaune, le président Butignot ne put s'opposer à la promulgation hâtive du code civil au mois de novembre, sans les aménagements préconisés. L'arrêté du gouverneur du Sénégal du 5 novembre 1830 déclaratoire de l'application du code civil français dans la colonie⁷² consacre la thèse « particulariste »⁷³.

Mais, très vite, à la suite des modifications apportées au régime législatif et réglementaire de la colonie, l'idée était avancée de rapprocher ce code civil des populations qu'il est censé gouverner. Les procès verbaux de délibérations du conseil privé ou conseil d'administration et de gouvernement font apparaître trois projets

⁷¹ Sur l'engagement à temps, F. ZUCCARELLI, « le régime des engagées à temps au Sénégal », *CEA*, n° 7, vol. II, 1972, p. 424-426.

⁷² *Bull. Adm. du Sénégal*, 1819-1842, p. 303-305.

⁷³ Le code Napoléon y a été introduit sous les modifications suivantes : « le gouverneur promulgue les lois qui sont exécutoires dans la colonie à partir du jour fixé par l'arrêté de promulgation ; il accorde les autorisations et les dispense réservées par le code à l'empereur ; les déclarations de naissance sont faites dans les cinq jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil, qui est tenu de se transporter, avant l'expiration de ce délai, dans la maison de l'accouchée, pour se faire présenter l'enfant, sans l'exposer à l'air extérieur ; les juges peuvent ordonner la preuve testimoniale à quelque somme que puisse monter l'objet des conventions, s'il y a parmi les contractants des gens illettrés ; enfin, le terme de rachat ou de réméré fixé par un acte ou autre convention, peut être prolongé par le juge, et ne devient définitif qu'en vertu d'un jugement ». Conseil privé, séance du 5 novembre 1830, ANS, 3^E 9. Le président Butignot ayant été emporté plus tôt par la fièvre jaune, la rédaction de l'arrêté déclaratoire de l'applicabilité du code civil fut confiée à l'avocat général Auger. Ainsi, le projet d'ordonnance dont il était l'auteur fut écarté. Le rêve qu'il caressait d'amener l'autorité à promulguer le code civil au Sénégal, « dans toute sa pureté », s'éloigna à jamais.

Le code civil français au Sénégal

successifs⁷⁴, dont le dernier en 1847. Du premier, en 1835 et 1836 au dernier, en passant par le second en 1839⁷⁵, on note un affaiblissement des particularismes locaux, mais lorsque le chef du service judiciaire exposa le 8 juin 1847 un nouveau rapport sur « la révision du code civil et son application au Sénégal⁷⁶ », la « mode de pays » faisait encore sentir ses effets.

La volonté d'adapter non le droit à la population, mais bien la population au droit est néanmoins affichée⁷⁷. Cette vanité de dire le droit cependant se heurta à la résistance des usages, et on resta dans une fiction de l'application du code civil jusqu'en 1848. Il est remarquable que depuis cette période, la diffusion du code se fait au moyen de techniques de promotion qui reposent sur des injections volontaristes, selon une technique de greffes de modernisation, plus ou moins appuyées. Le juge s'attaque aux usages.

Mais la manière de procéder prend parfois des formes très subtiles. Ainsi, dans un jugement en date de 1840, à propos d'une succession ouverte dans les conditions d'une union contractée sous l'empire de l'usage, le Tribunal de première instance de Saint-Louis, décide, que les « mariages à la mode du pays » ne produisent plus d'effets qu'à l'égard des enfants dont les droits sont ceux énoncés dans l'article 957 du code civil⁷⁸.

Par ailleurs, dans un arrêt fameux⁷⁹, la Cour d'appel décide que les « mariages à la mode du pays » ne peuvent plus produire à l'égard des enfants qui en sont issus, les effets d'un mariage légitime.

⁷⁴ Conseil privé du Sénégal, séances des 03/12/1835, 10/05/1836, 17/05/1836, ANS, 3 E 11.

⁷⁵ Conseil privé du Sénégal, séances des 3 et 4 juillet 1839, ANS, 3 E 12.

⁷⁶ Conseil privé du Sénégal, séance du 8 juin 1847, ANS, 3 E 19.

⁷⁷ Conseil privé du Sénégal, séance du 7 mai 1836, ANSOM, Sénégal et Dépendances VIII, dossier 5, chemise 5 b ; « le passé appartient à la jurisprudence qui le règle suivant le droit acquis, l'avenir est du domaine du législateur ».

⁷⁸ Conseil privé, séance du 7 mai 1836. ANSOM, Sénégal et Dépendances VIII, dossier 5, chemise 5 b.

⁷⁹ Affaire Jean Crespin contre Victoire Hancorme. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° VI, Arrêt n° 26 du 2 octobre 1846.

Mamadou Badji

La Cour se refuse donc à appliquer les usages, en précisant clairement que « quelques respectables que soient les usages anciens d'un pays, ils ne sauraient prévaloir sur une loi dont la promulgation a dû avoir pour effet, de faire disparaître ces usages.

Le code Napoléon qui régissait le Sénégal, dès 1817⁸⁰, puisqu'un officier de l'état civil était établi à Gorée, et qui y fut définitivement promulgué en 1830, n'attribue aux enfants la qualité d'héritiers légitimes, que lorsqu'ils sont nés du mariage légitime pour lequel il a prescrit des actes et des formalités obligatoires⁸¹. Juridiquement indiscutable, cette jurisprudence se heurte cependant à la pratique suivie par les « Habitants » qui persistent encore pour la plupart dans l'observance d'une coutume identique à celle des Malgaches de la région de Tamatave. Cette coutume admet le mariage par cohabitation. Le défaut de célébration devant l'officier de l'état civil étant une cause de nullité du droit français, de tels mariages n'ont dont juridiquement que le caractère d'un concubinage, la rigueur de cette solution ne pouvant être éventuellement tempérée que par le recours à la théorie du mariage putatif⁸². Par ce canal, c'est une large part du code civil relative aux conditions du mariage qui sera introduite.

Quant à la transformation de la « troque de la gomme » elle s'opère par l'introduction dans la colonie d'une part d'un contrat d'un type

⁸⁰ Les auteurs enseignent que le code civil a été promulgué au Sénégal, par arrêté local, le 5 novembre 1830. C'est la position de la doctrine dominante. D'autres auteurs comme P. DARESTE (*Traité de droit colonial*, t. 1, Paris, 1931, p. 271) ou A. GIRAULT (*Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. 1 n° 102) soutiennent au contraire que le code civil a été introduit au Sénégal par arrêté local du 8 vendémiaire an XIV puis appliqué « en fait » c'est-à-dire comme raison écrite, jusqu'à l'arrêté du 5 novembre 1830 qui l'a rendu expressément obligatoire. La date du 5 novembre 1830 étant avancée par la majorité de la doctrine, elle marque le point de départ des interventions des autorités locales. Voir A. BOUDILLON, « Le code civil et l'ordonnance de 1825 au Sénégal », *Penant*, 1908, doct. I. 28.

⁸¹ Affaire Anna Guèye contre les héritiers Bougama et les héritiers Yandé Diouf. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° IX.

⁸² L'admission du mariage putatif dans les colonies fut au demeurant tardif, cf. Cass. Civ. 21 décembre 1954, *Penant* 1956, I. 127, note ROBERT.

Le code civil français au Sénégal

spécial, servant à réaliser un prêt à intérêts et prenant la forme de la vente à réméré, d'autre part du contrat de vente.

Le réméré par les garanties dont l'entoure au Sénégal l'arrêté⁸³ promulguant le code civil qui exige un jugement pour l'envoi en possession définitive, était considéré comme un acte de nature à faciliter les rapports d'intérêts des indigènes avec les négociants⁸⁴.

Lorsqu'un traitant n'a pas acheté une quantité de gomme suffisante, il est d'usage de s'acquitter du surplus de ses obligations en restituant la partie des guinées qu'il n'a pas employées⁸⁵.

La crise qui frappe les établissements français, à partir des années 1830-1840, oblige à un changement de politique. Ainsi de 1838 à 1841 les traitants passent, pour faire face à la crise, des contrats avec des négociants⁸⁶. Beaucoup d'entre eux sont poursuivis en justice par leurs créanciers alors que leurs immeubles sont déjà grevés d'hypothèques. Comme ressources disponibles, ils n'ont plus que leurs embarcations et des captifs.

Privés de crédit par « les négociants, gênés eux-mêmes et à découvert pour des avances considérables »⁸⁷, les traitants n'en peuvent plus ; tout au plus espèrent-ils des pouvoirs publics qu'une solution soit prise, que la sécurité des transactions soit assurée⁸⁸.

⁸³ Cf. *Bull. Adm. des actes du gouvernement du Sénégal*, 1819-1842, p. 303-305.

⁸⁴ Arrêt n° 11 du 4 juin 1841, aff. Charles Brian contre Louis Alsace. ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre n° IV.

⁸⁵ Arrêt n° 18 du 16 août 1822, aff. Dubois c/Mangeard, Mille et Jay, Greffes du Sénégal, Conseil d'appel, Registre n° 1.

⁸⁶ Gouverneur à ministre, 16 septembre 1841. ANS, 2 B 18, fol. 120-121, à la date.

⁸⁷ CARRERE, *Mémoire sur le Sénégal*, 1869, ANSOM, Sénégal et Dépendances II, dossier 4, p. 5.

⁸⁸ *Ibid.*

Mamadou Badji

La Cour d'appel de Saint-Louis, déjà acquise à l'idée que les usages commerciaux doivent être réformés⁸⁹, décide d'appliquer à la « troque de la gomme », les dispositions du contrat de vente⁹⁰.

La réformation des usages était donc devenue inévitable, le système juridique autochtone ayant sécrété un *corpus juris* adapté au contexte local, fondé à la fois sur la persistance de l'ordre socio-économique ancien, et l'application nuancée du droit français, bridé par l'ordre public.

Au demeurant deux mouvements se produisent et qui sont porteurs d'un progrès de la colonisation juridique : d'une part, l'extension des principes et règles du code civil fait l'objet d'une promulgation directe (greffes lourdes ou légères, réalisées par le législateur); d'autre part, conformément à sa philosophie qui confie au juge son interprétation, le code civil fait l'objet d'un travail de « transfusions » régulières prenant la voie du juge, souvent au prix de stratagèmes portés par les magistrats.

A – Les affirmations de promotion du code civil

La diffusion du code civil se réalise au moyen de techniques de promotion qui reposent sur une stratégie quasi médicale de « perfusions » prudentes. Nous nous trouvons en présence d'un exemple caractéristique de ce que la sociologie juridique a appelé « l'acculturation »⁹¹, c'est-à-dire « l'accès d'une population à un droit différent du sien ». Le droit nouveau devait à la fois permettre de faire face aux problèmes posés par la mise en valeur de la colonie et servir de ferment pour transformer peu à peu certaines institutions.

Outre l'application dans la colonie des textes pris en métropole, l'acculturation juridique procéda aussi de plusieurs forces diffuses.

⁸⁹ Arrêt n° 117 du 15 octobre, 1829, aff. J. Pellegrin et Ch. André c/ Guillabert et Cie, ANSOM Greffes du Sénégal, Conseil d'appel, Registre n° 1.

⁹⁰ Arrêt n° 51 du 21 octobre 1861, ANSOM, Greffes du Sénégal, Cour d'appel, Registre XIII.

⁹¹ J. CARBONNIER, *Sociologie du droit*, Cours de doctorat 1962-1963 ; LEVY BRUHL, *Sociologie du droit*, Que sais-je ? Paris, 1967.

Le code civil français au Sénégal

L'influence des tribunaux sur la régulation politique et sociale qui s'effectue par le droit est loin d'être négligeable. Avant d'aller plus loin, dans nos développements, une précision s'impose.

L'application dans la colonie des lois et décrets pris en métropole était gouvernée par le principe de la « spécialité législative »⁹². Selon ce principe, les textes métropolitains n'étaient pas applicables *ipso facto* dans les colonies dès leur entrée en vigueur. Ils devaient y être introduits par une disposition spéciale prise à cet effet. Le code civil a été soumis à ce principe⁹³. Le principe n'était pas sans souffrir des exceptions. Certains textes étaient spécialement pris pour les colonies. Il en est ainsi des fameux décrets Mandel et Jacquinet relatifs au droit de la famille.

En effet, le droit de la famille et notamment le droit du mariage a été régi par le décret du 15 juin 1939 plus connu sous le nom de « décret Mandel »⁹⁴, applicable en AOF et en AEF. Ce décret comportait certaines initiatives dans les rapports entre époux. En vertu de son article 2, le consentement des futurs époux est indispensable pour la validité du mariage. Il déclare nulle de plein droit : toute convention matrimoniale concernant la fille pubère, lorsque celle-ci refuse son consentement ; toute revendication de veuve ou de toute autre personne chez l'héritier auquel elle est attribuée. Un décret du 20 février 1946 a assorti les dispositions du décret du 15 juin 1939 de sanctions pénales en y ajoutant un article 2 bis⁹⁵. Ce sont des mesures de protection de la femme et

⁹² P. LAMPUE, « Les lois applicables dans les territoires d'outre-mer », *Penant*, 1950. II. 1-10 ; M. IPRANOSSIAN, *La colonisation et le législateur colonial français*, thèse droit, Paris, 1916, p. 146-176.

⁹³ Le code civil, en effet, a été rendu applicable dans presque toutes les colonies de l'AOF et de l'AEF par des décrets dont le dernier en date est du 16 décembre 1896.

⁹⁴ Pris pour les pays qui formaient les anciennes fédérations de l'AOF et de l'AEF, ses dispositions ont été reprises pour le Togo et le Cameroun, alors territoires sous mandat, par les décrets du 16 janvier 1942 et 13 novembre 1945.

⁹⁵ Ce texte était ainsi conçu : « par extension des dispositions du décret du 12 décembre 1905 relatif à la répression de la traite en AOF et au Congo

Mamadou Badji

surtout de sa liberté de consentement⁹⁶. Le but évident poursuivi par le législateur colonial en matière de mariage, est de proscrire les unions polygamiques et les règles coutumières qui portaient atteinte à la liberté de la femme.

Au demeurant, le décret du 15 juin 1939 n'a jamais pu recevoir une application systématique et généralisée en raison de la résistance du système juridique sénégalais⁹⁷, dont les menaces de sanctions pénales n'ont pas réussi à triompher. En effet, il ne semble pas que le décret du 20 février 1946 qui le complète ait contribué à la transformation des mœurs dans le sens souhaité⁹⁸. L'acculturation se révèle être ici un échec ; on assiste à tout le moins à une « ineffectivité de la loi ».

Plus tard est intervenu le décret du 14 septembre 1951 dit « décret Jacquinet » qui régleme la dot, surtout dans ses incidences sur le consentement de la femme, et institue l'option de monogamie dont le principe a été repris plus tard dans le code de la famille sénégalais.

Il vient ainsi compléter le décret du 15 juin 1939 auquel il se réfère expressément. Selon son article 2, même dans les pays où la dot est une institution coutumière, la fille majeure de vingt et un ans et la femme dont le précédent mariage a été légalement dissout, peuvent

français, tout mariage contracté en violation des dispositions qui précèdent sera considéré comme une mise en servitude. Quiconque aura donné en mariage ou épousé une femme non nubile et/ou non consentante, sera passible des peines qui répriment les traites telles qu'elles sont prévues à l'article 99 du décret du 17 juillet 1944 ».

⁹⁶ Sur l'application de ces textes en Côte d'Ivoire, cf. Cour suprême de Côte d'Ivoire, 18 juin 1965, *Penant*, 1968, p. 363.

⁹⁷ La Chambre d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF, par arrêt du 28 octobre 1948 (in *Penant*, 1949. I. 142), a fait application de ce texte.

⁹⁸ Son échec a été stigmatisé par A.P. ROBERT, qui écrit à propos du décret du 20 février 1946 : « s'il fut jamais un texte aussi draconien dans ses dispositions et inopérant dans ses effets, c'est bien celui-ci. Son application aurait entraîné la comparution sur les bancs des assises de toute la population mâle d'Afrique noire », in *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, p. 88. Cité par G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, p. 232, note 75, qui ajoute : « il paraît inutile de faire ressortir le caractère excessif d'une telle opinion ! ».

Le code civil français au Sénégal

librement se marier sans que quiconque puisse prétendre en retirer un avantage matériel. Et l'article 3 précise que dans ces mêmes pays, le défaut de consentement des parents, s'il est provoqué par des exigences excessives de leur part, ne peut avoir pour effet de faire obstacle au mariage d'une fille majeure de vingt et un ans. On peut, certes, gloser sur la conception restrictive du droit que renferme cette réglementation⁹⁹, mais ces textes visent à l'évidence à transposer au Sénégal un trait de la culture juridique française le développement d'un système de droit écrit¹⁰⁰, le respect de l'autonomie de la volonté individuelle.

La jurisprudence favorise cette « transfusion » de règles du droit français, notamment, dans les litiges relevant du domaine économique.

Ainsi, le Tribunal de première instance de Saint-Louis¹⁰¹ insiste sur l'existence d'un écrit comme condition de validité de la convention : « sans la signature de la partie qui s'oblige, condition essentielle de validité de l'acte sous seing privé, cet acte est nul et ne peut même, fût-il signé de plusieurs témoins, servir de commencement de preuve par écrit ; une simple croix ou toute autre marque ne saurait suppléer à cette signature. Pour établir l'existence d'une vente immobilière qu'on prétend résulter d'un tel acte, ne peut être admise la preuve tant par titre que par témoins, appuyée de présomptions, même sous l'empire, au Sénégal, de l'arrêté du gouverneur de la colonie du 5 novembre 1830, qui, s'il dérogeait aux prescriptions de l'article 1341C. civ., en permettant aux juges d'autoriser la preuve testimoniale de conventions conclues entre parties illettrées excédant le chiffre de 150 francs, laissait entièrement aux magistrats l'appréciation de cette mesure ».

⁹⁹ CHARLIER, « Aspects de la combinaison des questions de conflits de lois coloniaux et des questions de condition des personnes dans l'Union française », *Penant*, n° 60, mars 1953, p. 75 et s.

¹⁰⁰ J. HILAIRE, « Variations sur le mariage », *Penant*, 1968, p. 153 et s.

¹⁰¹ Trib. de première instance de Saint-Louis, 3 décembre 1898, *Penant*, 1900. I. 117.

Mamadou Badji

En matière de responsabilité civile ¹⁰², le droit français a également une vocation à régir les rapports de droit soumis à l'appréciation du juge « lors même qu'aucune circonstance ne permet de tenir une société de commerce pour obligée, envers un de ses agents, au paiement d'une indemnité de licenciement ; le juge peut, sur le fondement de l'article 1382 c. civ. et sur les conclusions subsidiaires de l'agent brusquement congédié, lui allouer des dommages-intérêts qu'il détermine d'après les éléments d'appréciation de la cause, si, par ses agissements dolosifs, la société a méconnu les règles de loyauté commerciale et causé au réclamant un préjudice réel »¹⁰³. Mais il faut bien marquer les limites à l'application du droit du code civil¹⁰⁴.

¹⁰² Nombreuses en effet sont les décisions rendues dans ce domaine : C. d'ap. de l'AOF, 15 juin 1928, *Penant*, 1929. I. 10-14 (application des articles 1147, 1382 et 1384 c. civ.) ; Cass. civ. 27 février 1929, *Penant*, 1929. I. 250-253 (application de l'art. 1384 c. civ. § 1^{er}) ; C. d'ap. de l'AOF, 12 avril 1929, *Penant*, 1930. I. 138-146 (application de l'art. 1496 c. civ.) ; C. d'ap. de l'AOF, 21 juin 1929, *Penant*, 1930. I. 313 (application des articles 770 et 811 c. civ.) ; Trib. première instance de Kaolack, 15 septembre 1932, *Penant*, 1933. I. 51 (application de l'art. 2210 c. civ.) ; C. d'ap. de l'AOF, 24 juin 1932, *Penant*, 1934. I. 120-128 (application des art. 1156, 1325 et 1690 c. civ.) ; Trib. de première instance de St Louis, novembre 1936, *Penant*, 1937. I. 313-318 (application de l'art 1384 c. civ. § 1^{er}) ; Trib. de première instance de Dakar, 15 janvier 1941, *Penant*, 1945. I. 29-35 (application de l'art. 1384 c. civ.).

¹⁰³ Trib. de première inst. Dakar, 6 sept. 1902 et C. d'ap. de l'AOF, 6 février 1903, *Penant*, 1904. I. 22.

¹⁰⁴ Ainsi, l'indigène de l'AOF devenu citoyen français par décret d'accession ne peut faire bénéficier de la qualité de citoyen un enfant né sujet indigène antérieurement à ce décret et non compris dans l'acte présidentiel d'accession. De même, l'indigène de l'AOF sujet français, ne peut inscrire les actes de l'état civil le concernant (naissance, décès, mariage) aux registres organisés en conformité du titre 2 du livre 1 du code civil. Arrêt de la Cour d'appel de l'AOF 13 avril 1934, *Penant*, 1934.I.213. Echappe également à l'application du code civil, un mariage contracté devant le cadî et ayant produit ses effets juridiques attachés à cette institution coranique ; il ne saurait être l'objet d'une nouvelle célébration selon le régime du code civil. Ayant opté pour la loi coranique, les époux ne peuvent opter pour la loi française ; C. d'ap. de l'AOF, 20 décembre 1940, *Penant*, 1948. I. 23.

Le code civil français au Sénégal

Alors que les Français installés au Sénégal ne peuvent se passer d'un système juridico-politique de même nature que le système économique qu'ils implantent¹⁰⁵, les indigènes peuvent conserver leurs propres valeurs et demeurer partiellement régis par l'ordre juridique autochtone¹⁰⁶.

Par ailleurs, des difficultés surgissent lorsqu'il s'agit d'attribuer la qualité de Français aux originaires des quatre « communes de plein exercice » du Sénégal. La plupart des difficultés viennent de malentendus sur la portée réelle des textes.

En effet, le statut des indigènes musulmans des communes françaises de l'ancien Sénégal a maintes fois donné lieu à des controverses doctrinales¹⁰⁷ et à des discussions de jurisprudence très divergentes. La question qui se posait était de savoir si les « originaires » des communes de plein exercice ont la qualité de citoyens français et jouissent des droits civils et politiques¹⁰⁸ attachés

¹⁰⁵ La promulgation du code civil au Sénégal s'inscrit donc dans la volonté d'introduire le droit, l'appareil politico-administratif et les institutions nécessaires au fonctionnement d'une « économie ouverte », à la mise en valeur de la colonie, il s'agit d'un processus de « normalisation ».

¹⁰⁶ Ainsi, les affaires entre indigènes musulmans sont instruites et jugées, au Sénégal, exclusivement par le *cadi*, d'après le droit et suivant les formes en usage chez les musulmans, quand elles sont relatives aux questions qui intéressent notamment l'état civil, le mariage et les successions, les donations et testaments. Cf. décret du 20 mai 1857 ; C. d'appel de l'AOF, 17 juin 1898, aff. Fara Mbaye réformant un jugement du tribunal de Dakar du 25 décembre 1897 ; Cass. civ. 24 juillet 1888, D. 89. I. 417 ; Trib. Saint-Louis, 17 nov. 1894, *Penant*, 1895. I. 127 ; Cass. req. 31 juillet 1895, *Penant*, 1895. I. 385 ; Cass. req. Chbre des req, 22 mai 1905, *Penant*, 1905. I. 295.

¹⁰⁷ L. GUEYE, *De la situation politique des Sénégalais originaires des communes de plein exercice...* thèse de droit, Paris, 1921, préface de M. Weiss, not. p. 33-50.

¹⁰⁸ Les droits civils étaient du droit privé. Ce sont les facultés que des personnes sont appelées à exercer dans leurs rapports privés avec d'autres personnes (droit de propriété, droit de vendre, d'acheter, d'acquérir ou de transmettre par succession ou par testament, etc.). Les droits politiques ont leur source dans le droit constitutionnel, qui règle des rapports des gouvernants et des gouvernés ; ils consistent dans la faculté de participer à l'exercice de la puissance publique et se résument dans l'aptitude légale à

à cette qualité. Elle appelle –avant tout examen au fond– quelques précisions.

Si l'exercice des droits politiques a posé problème dans les colonies, il n'en allait pas de même des droits civils, dont la jouissance était « l'attribut essentiel de la nationalité française », et en était « la conséquence nécessaire et immédiate »¹⁰⁹.

Dès lors, il semble possible de soutenir qu'en promulguant le code civil au Sénégal, l'arrêté du 5 novembre 1830, plaçait les habitants libres de la colonie sous l'empire du code civil¹¹⁰ qu'il avait pour effet d'y introduire « dans toute sa pureté », serait-ce en toute ignorance du droit local¹¹¹. Malgré la clarté de ce texte, la jurisprudence¹¹² va désapprouver une telle solution, sans que cela empêche le législateur de persévérer dans la voie de la promotion du code civil. Par la loi du 24 avril 1833¹¹³, il allait confirmer aux indigènes le bénéfice des « bienfaits »¹¹⁴ du droit français.

Aux termes de ce texte, « toute personne née libre ou ayant acquis légalement la liberté jouit dans les colonies françaises : 1° - des droits civils, 2° – des droits politiques, sous les conditions prescrites par les lois ».

Il semblerait qu'aucune difficulté ne puisse s'élever et que les indigènes du Sénégal fussent investis de tous les droits de citoyens français. La difficulté provient uniquement de l'interprétation qui doit

l'effet d'élire ou d'être élu aux fonctions de l'ordre législatif, judiciaire ou exécutif.

¹⁰⁹ J. DE BYANS, « La nationalité aux colonies », *Rec. Dareste*, 1911. II. 5.

¹¹⁰ B. SCHNAPPER, « Les tribunaux musulmans et la politique coloniale au Sénégal », *op. cit.* p. 93.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Voir C. d'ap. de l'AOF, 2 avril 1926, *Penant*, 1926. I. 197 : « L'arrêté du 5 novembre 1830, qui a promulgué le code civil au Sénégal, n'a pas eu pour effet d'imposer le statut des nationaux européens aux indigènes du Sénégal ».

¹¹³ Promulguée au Sénégal par arrêté du 5 juillet 1833, cf. *Bulletin administratif du Sénégal*, 1833, p. 401 ; *D. J.* 1869, n° 709.

¹¹⁴ Le mot est du professeur H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Sirey, 1927, p. 15 ; cf. également P. DARESTE, « Les nouveaux citoyens français », *Rec. Dareste*, 1916. I. – 1 à 14.

Le code civil français au Sénégal

être donnée à la réserve finale de l'article 1^{er} de la loi du 24 avril 1833, qui subordonne la jouissance des droits de citoyens « aux conditions prescrites par les lois ».

N'y a-t-il pas une incompatibilité entre le statut du citoyen français et la conservation par l'indigène d'un statut personnel, dont certaines particularités peuvent être contraires à des règles du droit français touchant l'ordre public (mariage, état-civil, successions, etc.) ? C'est autour de cette question primordiale que gravite toute la jurisprudence intéressant les habitants des quatre communes françaises du Sénégal.

Si nous étudions cette jurisprudence, dont il faut dégager la portée exacte, nous trouvons tout d'abord un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation¹¹⁵, en date du 22 mai 1905 –affaire Devès contre Yakhia Diagne– qui pose parfaitement tous les éléments du problème et lui donne une solution de principe qui n'a cessé de constituer sur ce point, à notre avis, la doctrine de la chambre des requêtes.

Par cet arrêt –particulièrement topique, puisqu'il intervenait en matière successorale– la Cour de cassation a reconnu que « les indigènes musulmans du Sénégal sont devenus français par l'annexion de leur territoire à la France, et ils conservent cette nationalité bien qu'ils demeurent dans certains cas sous l'application exclusive de la loi musulmane ».

Il ne faut donc pas perdre de vue cette indication : l'arrêt de 1905 a grand soin de remarquer que cette reconnaissance des droits de citoyen se conciliait avec le maintien du statut personnel musulman.

Confirmant la jurisprudence de la Chambre des requêtes et même avec un arrêt de sa propre jurisprudence qui avait explicitement statué dans le même sens, la Cour d'appel de l'AOF¹¹⁶ n'a pas nié la

¹¹⁵ C. cass., ch. des req., 22 mai 1905, *Penant*, 1905. I. 295-296.

¹¹⁶ C. d'ap. de l'AOF, 2 avril 1926, *Penant*, 1926. I. 197. V. dans le même sens, C. d'ap. de l'AOF, 20 décembre 1940, *Penant*, 1948. I. 23 : « Les originaires des communes de plein exercice du Sénégal bénéficient des droits civils et politiques accordés aux citoyens français tout en conservant leur statut civil réservé. Ils peuvent donc se réclamer soit d'un régime normal

qualité de Français aux indigènes musulmans de l'ancien Sénégal à la seule exception des esclaves. La situation des musulmans originaires des communes françaises paraissait donc fort claire quand l'administration est venue apporter dans cette discussion un élément de trouble et d'incertitude.

Elle va considérer à partir de 1910 d'une part qu'en principe, l'article 1^{er} de la loi du 24 avril 1833 confère aux habitants des quatre communes de plein exercice la qualité de citoyen français et qu'ils ont la jouissance des droits attachés à cette qualité, quand, en fait, ils n'ont pas conservé un statut personnel en marge du code civil, d'autre part, que les originaires de ces communes françaises qui ont, en fait le statut personnel musulman, ne peuvent se réclamer de la « pleine nationalité » c'est donc une question de pur fait et d'espèces et les « originaires » pouvaient par conséquent être soumis au régime de la justice administrative dite de l'Indigénat¹¹⁷, ainsi qu'aux juridictions indigènes, dès qu'ils s'aventuraient en dehors du sanctuaire constitué

résultant de leur statut civil réservé, soit du régime de faveur qu'ils tiennent de leur qualité de citoyen français. A ce dernier titre, ils peuvent accomplir tous les actes juridiques conformément au code civil et en particulier, contracter mariage devant l'officier de l'état civil français, sous le régime de la loi française ».

¹¹⁷ La justice administrative dite de l'indigénat prévoit des peines spécifiques qui peuvent s'appliquer aux indigènes sujets français pour des « infractions spéciales à l'indigénat » non prévues par la loi française. Codifiées en 1887, les infractions spéciales constituent progressivement un véritable code de l'indigénat. Il faut les distinguer des crimes et délits commis en violation de la loi française, lesquels sont du ressort de la loi française et jugés par des jurys où les indigènes sont en minorité. La liste des infractions spécifiques à l'indigénat comporte les infractions suivantes : réunion sans autorisation ; départ du territoire de la commune sans permis de voyage ; acte irrespectueux ; propos offensant vis-à-vis d'un agent de l'autorité même en dehors de ses fonctions ; plainte ou réclamation sciemment inexacte ou renouvelée auprès de la même autorité après solution régulière. Cf. A. SAUSSOL, J. ZITOMERSKY (sous la direction de), *Colonies Territoires, Sociétés, L'Enjeu français*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 222-241 ; I. MERLE, « Retour sur le régime de l'indigénat ; genèse et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français », *French Politics culture and Society* vol. 20, n° 2, summer 2002.

Le code civil français au Sénégal

par le territoire des quatre communes. Un originaire des quatre communes « ne pouvait pas voter en France, et cela établissait bien que les originaires n'étaient pas de véritables citoyens malgré leur privilège promis à une rapide disparition »¹¹⁸. La solution adoptée par les tribunaux allait malheureusement dans ce sens¹⁰³.

Et puis contre toute attente la loi du 29 septembre 1916¹¹⁹, votée par le Parlement français consacre la reconnaissance de la « pleine nationalité »¹²⁰ aux originaires des quatre communes, nonobstant la

¹¹⁸ Cour d'appel de l'AOF : « vainement prétendraient-ils invoquer, pour soutenir qu'ils ne sont justiciables que des tribunaux français, l'arrêté local du 5 novembre 1830 qui a promulgué le code civil au Sénégal et la loi du 24 avril 1833 relative au régime politique aux colonies dont les textes combinés n'accordent l'exercice des droits civils et politiques qu'aux seules personnes qui se soumettent aux conditions prescrites par la loi française et non aux musulmans des quatre communes qui ont conservé un statut personnel, incompatible avec l'exercice des droits accordés par le code civil et qui par suite ne peuvent être compris parmi les personnes appelées à bénéficier de la loi de 1833... » : Cour d'appel de l'AOF, 8 juillet 1913, *Penant*, 1913, n° 3276, p. 332-337. Un auteur anonyme écrivait que les droits civils tels qu'ils pouvaient résulter de la spécialité des colonies, avaient été conférés aux indigènes sans conditions ; cf. Note anonyme sous C. d'appel de l'AOF, 8 juillet 1913, affaire Massata Fall et consorts, *Rec. Dareste*, 1914. III. 39. Il y est souligné que le statut personnel spécial des indigènes devait être considéré comme parfaitement compatible avec les « droits civils » statués par la loi du 24 avril 1833. Du reste le législateur allait par le décret du 20 mai 1857, celui du 10 novembre 1903, et les décrets subséquents des 22 mai 1905, 29 janvier 1907, 25 avril 1910, 16 août 1912 et 6 mars 1914, consacrer le principe fondamental que les indigènes sont soumis à leur statut personnel. B. MOLEUR, « Ce droit colonial qui n'existe pas... », art. cit. p. 44.

¹¹⁹ V. P. DARESTE, « Les nouveaux citoyens français », *Rec.* 1916, *Doctrine*, p. 1-16.

¹²⁰ C'est le terme employé par Paul Bourdarie dans son introduction au numéro spécial de la *Revue indigène* consacrée à « la naturalisation des musulmans dans leur statut ». *La Revue Indigène*, n° 63-64, juillet-août 1911, p. 403.

conservation d'un statut personnel¹²¹ qui, en toute logique, aurait dû les tenir à jamais en marge des règles du droit français.

La « naturalisation dans le statut »¹²² fit ainsi son entrée dans le droit colonial français¹²³. Elle a été analysée par la doctrine¹²⁴ comme une « injure à la citoyenneté française et à l'œuvre coloniale », la croix que l'administration dut porter, en dépit de multiples efforts pour obtenir l'abrogation de la loi du 29 septembre 1916, jusqu'à la seconde guerre mondiale.

En 1946, le régime républicain entretient la confusion entre les mots du droit et les choses du vécu en vidant de leur contenu les termes mêmes de nationalité et d'égalité par la consécration constitutionnelle de la « naturalisation dans le statut » : les indigènes se voient maintenir à un statut juridique d'infériorité.

Mais la période incline également le magistrat vers l'affirmation de la vocation générale du droit français.

B – Le développement du droit du code civil

Le droit du code civil s'est développé au détriment des coutumes locales¹²⁵, ce qui posait la question de la primauté de la règle de droit

¹²¹ La conservation du statut personnel est du reste corroborée par la jurisprudence de la Cour d'appel de l'AOF : C. d'appel Sénégal, 2 avril 1946 citée.

¹²² WERNER, *Essai sur la Réglementation de la Nationalité dans le Droit colonial français*, thèse de doctorat en droit de l'Université de Genève, Toulouse, Imprimerie Boisseau, 1936, p. 133-140.

¹²³ Par le décret du 5 avril 1848, les indigènes des cinq villes françaises de l'Inde s'étaient aussi vus accorder le droit de vote indépendamment de leur statut personnel. Ils étaient Français et citoyens indépendamment de toute naturalisation individuelle, inscrits pour l'élection d'un député à la chambre sur les mêmes listes électorales que les autres Français, même si l'exercice de leurs droits politiques était limité au territoire de la colonie ; cf. P. WEIL, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », in *La justice en Algérie 1830-1962*, La Documentation française, coll. Histoire de la justice, Paris, 2005, p. 95-109.

¹²⁴ B. MOLEUR, « Ce droit colonial qui n'existe pas... », art. cit., p. 44.

¹²⁵ Toutefois, le développement du droit français au Sénégal n'a pas eu pour effet d'imposer le statut des citoyens français aux indigènes, ni de démanteler

Le code civil français au Sénégal

écrit. Celle-ci est assurée et définitivement consolidée au XX^e siècle. Avec elle, c'est l'autorité du droit français qui est restaurée ; pour en mesurer l'importance, il suffit de prendre en compte une fois de plus certains stratagèmes d'expansion du code civil : les conséquences que la jurisprudence tire, en matière foncière de la promulgation du code civil, à l'occasion de l'introduction du système de l'immatriculation¹²⁶ des terres et, surtout, la situation créée par le juge sénégalais, au lendemain de l'indépendance, tendant à appliquer le droit français aux rapports de droit soumis à son appréciation.

1 – La jurisprudence avait tout d'abord eu à résoudre la question de savoir si la promulgation du code civil au Sénégal avait eu pour effet de démanteler l'ordre juridique traditionnel et entraîné *de plano*, sans qu'il ait été besoin d'une promulgation spéciale, l'application simultanée de la loi du 30 ventôse an XII.

D'après l'article 7 de cette loi, à compter du jour où les lois nouvelles réunies dans le code civil sont exécutoires..., « les coutumes générales ou locales cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière »¹²⁷.

Par sa généralité aussi bien que par son caractère impératif, cette disposition de la loi rend difficile la cohabitation en territoire français du code civil et des coutumes contraires. Selon une partie de la doctrine, il n'y a qu'un cas où la promulgation du code civil dans une colonie n'entraînerait pas *ipso facto* la disparition des anciennes coutumes relatives à la propriété immobilière, c'est celui où l'acte de promulgation en contiendrait la réserve expresse.

l'ordre juridique traditionnel ; les Sénégalais demeurent partiellement régis par leurs coutumes.

¹²⁶ Elle y a été introduite par le décret du 24 juillet 1906, *Penant*, 1906. II. 198.

¹²⁷ Loi du 30 ventôse an XII, art. 7. Cette loi promulgue le code civil de 1804 en France.

Mamadou Badji

Certains auteurs avancent qu'en réalisant par exemple « le code civil, émanation d'une idée révolutionnaire de la société »¹²⁸, le législateur n'avait pas manqué de croire que son œuvre constituait également « un bienfait inappréciable, dont il serait souverainement injuste de ne pas faire bénéficier intégralement les colonies où il a été introduit et qui, elles aussi, sont terres françaises ». Le texte de l'arrêté du gouverneur du Sénégal promulguant le code civil dans la colonie ne dispose-t-il pas clairement que « le territoire de la colonie est considéré, dans l'application du code civil, comme partie intégrante de la Métropole ».

De cette promulgation, il a été déduit un certain nombre de conséquences, notamment en matière foncière, à la suite de l'introduction du régime de l'immatriculation des terres.

Le régime de l'immatriculation a été introduit au Sénégal par décret du 24 juillet 1906 qui en précisait les contours. Il fonctionnait déjà en Afrique équatoriale depuis l'année 1899 (décret du 28 mars) et à Madagascar depuis 1897 (loi du 16 juillet 1897). Repris et complété par plusieurs textes ultérieurs¹²⁹ (et en tout dernier lieu en 1955), le régime de l'immatriculation était destiné à « donner à la propriété immobilière une base certaine et à assurer la sécurité des transmissions des droits réels ». En effet, la requête déposée entre les mains du conservateur de la propriété foncière¹³⁰ décrit avec précision le terrain à immatriculer : les demandes insuffisamment précises doivent être rejetées¹³¹.

Cela permet d'éviter toute erreur sur la substance, donc sur le terrain lui-même, d'autant plus qu'à l'appui de sa requête, le déclarant dépose un plan de l'immeuble, daté et signé, établi conformément aux instructions du service topographique et les pièces établissant la preuve de ses droits sur l'immeuble.

¹²⁸ A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 17.

¹²⁹ Comme le décret foncier du 26 juillet 1932, encore applicable au Sénégal.

¹³⁰ Son rôle est beaucoup plus étendu que celui du conservateur des hypothèques.

¹³¹ Cour d'appel de Madagascar, 8 juin 1904, *Dar.*, 1904. 3. 234.

Le code civil français au Sénégal

L'immatriculation pourrait se résumer en deux traits essentiels : quant à son accès, elle était facultative et quant à ses effets, elle créait un statut définitif, car l'immeuble, une fois immatriculé, conservait le même statut, en quelques mains qu'il passe. « L'immatriculation est définitive ; aucun immeuble immatriculé ne peut être soustrait au régime ainsi adopté, pour être placé à nouveau sous l'empire de celui auquel il était soumis antérieurement »¹³².

L'immatriculation concerne particulièrement les ventes immobilières entre citoyens français et indigènes. Dans tous les autres cas, elle est facultative. Mais, par exception, elle est obligatoire « dans le cas où un immeuble, détenu jusque là dans les formes admises par les coutumes indigènes, doit faire, pour la première fois, l'objet d'un contrat écrit, rédigé en conformité des principes du droit français »¹³³. En somme, chaque fois qu'un Européen se rend acquéreur d'un terrain appartenant à un indigène, ce terrain doit obligatoirement être immatriculé.

La procédure d'immatriculation était relativement simple et comprenait deux phases : une phase administrative et une phase judiciaire. Au cours de la phase administrative, le propriétaire devait, dans sa demande, délimiter son immeuble et fournir la preuve de l'existence des droits auxquels il prétendait en déposant tous les contrats et actes publics ou privés constitutifs des différents droits énumérés. Cette immatriculation « doit, à peine de nullité de la convention, précéder la passation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties »¹³⁴.

Ce n'est que dans l'hypothèse de terre indigène que les pièces pouvaient être remplacées par le serment coranique ou des témoignages recueillis au cours d'une enquête publique par le maire ou le représentant de l'autorité administrative, qui délivre un certificat établissant « les conditions dans lesquelles l'immeuble est

¹³² Art. 6 du décret du 26 juillet 1932.

¹³³ Art. 5, décret du 24 juillet 1906.

¹³⁴ Dernier alinéa de l'article 5 précité.

détenu »¹³⁵. C'est à l'occasion de ce certificat, considéré par les tribunaux et par l'administration¹³⁶ comme un acte administratif, que la jurisprudence, l'interprétant comme un « acte valant abandon définitif des droits de l'Etat », avait repris la vieille théorie du domaine éminent. Selon le commentaire de Boudillon¹³⁷, « si l'administration refuse le certificat, à raison des renseignements recueillis, c'est que réellement les droits invoqués sont contestables et le propriétaire discuté, qui entendra voir immatriculer son immeuble, devra, pour faire trancher le différend, poursuivre ses compétiteurs devant le tribunal indigène ; s'il triomphe, la sentence lui constituera un titre régulier à joindre à sa réquisition ». La phase judiciaire s'ouvrait en cas d'oppositions faites à la suite de la publicité. La loi avait voulu faciliter les oppositions en ne les soumettant à aucune forme particulière, même verbale, devant le conservateur, prévoyant un simple délai de trois mois emportant forclusion¹³⁸ et en permettant qu'elles soient faites par toutes les personnes intéressées. Même un membre d'une collectivité indigène pouvait, dans l'intérêt de la collectivité, faire opposition à une immatriculation sans mandat des autres membres¹³⁹.

L'immatriculation transformait tout d'abord les droits des tenanciers. Mais ici, une distinction est à faire, entre les terres

¹³⁵ Art. 90, *in fine*, décret du 24 juillet 1906. Sur la nature et l'effet du serment coranique, Cour suprême du Sénégal, 3 sept. 1965, *Penant*, 1967, p. 503-509.

¹³⁶ Instructions du 26 octobre 1906.

¹³⁷ A. BOUDILLON, « Rapport explicatif de l'avant-projet d'un décret établissant le régime de la propriété foncière en AOF », Gorée, Imprimerie du gouvernement général de l'AOF, 1905.

¹³⁸ Jurisprudence très ferme : Cour d'appel de l'AOF, 1^{er} février 1924, *Rec. Daresté*, 1924. 3. 54.

¹³⁹ Cour d'appel de Dakar, 2 novembre 1924, *Penant*, 1937. 1. 18. Ce terme d'opposition recouvre deux modes d'intervention : soit intervention « par opposition en cas de contestations sur l'existence ou l'étendue du droit de propriété du requérant ou sur les limites de l'immeuble », soit intervention « par demande d'inscription en cas de prétentions élevées à l'exercice d'un droit réel susceptible de figurer au titre à établir ». L'article 98 qui en donne une énumération n'est pas, d'après la jurisprudence, limitatif.

Le code civil français au Sénégal

jusqu'alors soumises aux règles du code civil, et les terres indigènes. Les premières étaient désormais placées sous un statut nouveau plus perfectionné, sans qu'il soit touché aux principes généraux qui régissaient le droit des biens.

Il en allait différemment pour les secondes. L'article 89 du décret précisait en effet, que l'immatriculation avait pour effet de consolider les droits d'usage et de conférer les droits de disposition reconnus aux propriétaires par la loi française. De plus, l'article 19 soumettait ces terres aux règles coutumières locales en ce qui concernait l'état des personnes et à la dévolution des successions. On se trouvait ainsi devant un système curieux faisant coexister des règles coutumières et le droit de disposition reconnu au propriétaire dans le droit français, ce qui semblait inconciliable, le droit de disposition étant inconnu du système juridique traditionnel¹⁴⁰.

L'immatriculation mettait ensuite en place un statut nouveau. Le titre délivré par le conservateur était désormais le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble. Ces derniers ne seront reconnus que s'ils ont été inscrits sur le titre au moment de l'immatriculation ; exception était faite pour les servitudes dérivant de la situation matérielle des lieux ou imposées par la loi ¹⁴¹ et pour les détenteurs de créances hypothécaires ou privilèges tenus directement du propriétaire. En second lieu, étaient abrogées, dès la délivrance du titre, les hypothèques générales, indéterminées et occultes : « Toutes les hypothèques légales ou judiciaires sont supprimées, ainsi que les privilèges spéciaux sur les immeubles ». Les unes et les autres étaient remplacés par des hypothèques conventionnelles ou « forcées » qui devaient toutes être inscrites¹⁴².

¹⁴⁰ P. DARESTE, *Traité de droit colonial*, p. 220.

¹⁴¹ On reconnaît ici la loi indigène : cf. Madagascar, *Rec. Dareste*, 1906. 3. 122.

¹⁴² Enfin, des dérogations étaient faites à certains points du code civil : l'hypothèque pouvait être consentie par acte sous seing privé sur les immeubles immatriculés, la procédure de purge était supprimée et ni la propriété, ni aucun droit réel ne pouvaient s'acquérir par prescription sur un immeuble immatriculé.

Enfin, l'immatriculation mettait en place un statut définitif. Persuadé que le régime de l'immatriculation était le meilleur et destiné à remplacer progressivement tous les autres, le législateur avait empêché que l'on puisse revenir en arrière. Le titre était donc définitif avec les deux conséquences suivantes : il était irrévocable, ceux ayant librement choisi d'immatriculer ne pouvant, en revanche, une fois d'immatriculation obtenue, revenir sur le statut acquis »¹⁴³ ; il était également inattaquable, c'est-à-dire que toute revendication ultérieure qui mettrait en cause le droit de propriété lui-même, était irrecevable, ce que la jurisprudence appliquait rigoureusement¹⁴⁴, ne faisant d'exception que pour un recours personnel en cas de dol¹⁴⁵ ou en cas d'immatriculation d'une partie du domaine public¹⁴⁶.

L'un des buts avoués du décret foncier du 24 juillet 1906 était donc d'inciter les habitants indigènes à accéder volontairement à la propriété individuelle. C'est une longue tâche où les traditions

¹⁴³ Art. 6 du décret du 1^{er} juillet 1906 : « L'immatriculation est définitive ; aucun immeuble immatriculé ne peut être soustrait au régime ainsi adopté pour être placé à nouveau sous l'empire de celui auquel il était soumis antérieurement ».

¹⁴⁴ Cour d'appel de l'AOF, 20 juin 1952. Confirmation jugement du Tribunal de Saint-Louis, 24 juillet 1951 ; Cour d'appel de l'AOF, 31 mai 1918, *Penant*, 1918. I. 117.

¹⁴⁵ Les personnes lésées n'ont donc qu'un recours personnel et encore l'a-t-on restreint au cas de dol. Ce qui peut paraître excessif puisqu'en l'absence de manœuvre du requérant, les personnes lésées n'ont aucun recours, pas même un recours en indemnité : Cour d'appel de l'AOF, 31 mars 1939, *Penant*, 1940. I. 57 ; Trib. Dakar, 7 mars 1942 ; 8 janvier 1943. Toutefois, changement : *Penant*, 1952. I. 125, note Becque ; Cour d'appel de l'AOF, 14 novembre 1951.

¹⁴⁶ Au cas où une partie du domaine public aurait été comprise par erreur dans une immatriculation faite au profit d'un particulier, en pareil cas l'emporte le principe de l'inaliénabilité du domaine public que la jurisprudence fait prévaloir et que consacrera le législateur par le décret du 26 juil. 1932, § 2, art. 123 ; « Le domaine public restant toutefois imprescriptible, toute immatriculation qui aurait pu être faite au nom d'un particulier, est nulle de plein droit » : Cour d'appel de l'AOF, 21 mars 1930, *Rec. Dareste*, 1930. I. 160 ; *Penant*, 1931. I. 122 ; Cass. civ. 12 nov. 1934, *Pen.*, 1935. I. 126.

Le code civil français au Sénégal

coutumières tiennent le droit foncier sous l'autorité de règles toutes différentes et il faut un changement considérable de mentalité avant que les indigènes n'y accèdent.

La possibilité laissée aux habitants de solliciter l'immatriculation de leurs terres ne fut pas adoptée d'enthousiasme, sauf dans certains centres urbains¹⁴⁷. Sans doute, la complexité de la procédure aussi bien que les frais qu'elle entraînait, de même que la distance qu'il y avait entre conceptions coutumières et droit civil¹⁴⁸ étaient de nature à décourager les habitants à solliciter l'immatriculation de leurs terres, mais la doctrine mit vite le doigt sur une des causes majeures de cet échec : le certificat, administratif délivré par le maire.

Ce certificat administratif, dont l'importance est évidente à l'origine de la procédure, ne fait pas preuve, à l'égard des tiers, des droits des requérants, et ne met pas obstacle aux oppositions qui peuvent survenir¹⁴⁹. Et il peut ne pas prévaloir sur les témoignages probants recueillis en faveur de l'opposant au cours de l'enquête judiciaire¹⁵⁰. Mais il fait preuve, à l'égard de l'Etat, de l'existence de la possession

¹⁴⁷ L'urbanisation croissante de villes comme Dakar, Saint-Louis, Rufisque s'est en effet accompagnée de l'émergence d'une « classe » de propriétaires fonciers qui ont considérablement investi dans la pierre.

¹⁴⁸ Bien souvent, le recours à la procédure a pour but de contracter une hypothèque. Ce sont les prêteurs qui exigent cette procédure pour s'assurer un gage : or, souvent, le propriétaire qui a des créanciers hypothécaires court à l'expropriation. Institution pas faite pour la région : trop déphasée, trop proche du code civil ; or, il y est déjà ! La preuve, c'est Madagascar : grand usage de l'immatriculation : de 1895 à 1915, 5 376 demandes émanant d'indigènes et représentant 86 186 hectares, furent enregistrées ; mais il est vrai qu'ici, la propriété individuelle n'avait pas les mêmes difficultés à s'imposer : elle y était connue avant la conquête et le droit malgache connaissait l'hypothèque et un contrat appelé contrat de *féhivana* qui opérait à la façon d'un nantissement immobilier, de sorte que les agriculteurs malgaches ont vite compris les avantages et garanties qu'offrait l'immatriculation.

¹⁴⁹ Sur la force probante du certificat administratif, voir l'arrêt de la Cour d'appel de l'AOF du 25 octobre 1940, *Penant*, 1946, p. 253.

¹⁵⁰ Cour d'appel de l'AOF, 11 juillet 1941, *Recueil de jurisprudence de l'AOF*, juillet-octobre 1951, p. 1.

Mamadou Badji

coutumière et permit d'écarter toute opposition ultérieure qui serait faite par l'Etat en invoquant son propre droit de propriété et en prétendant notamment que le terrain serait vacant et sans maître¹⁵¹.

Il faut reconnaître que la portée des dispositions réglementaires relatives à ce certificat administratif a été singulièrement réduite par la jurisprudence. Un arrêt de la Cour d'appel de l'AOF du 29 décembre 1916¹⁵² a posé en principe que le certificat du maire ou de l'administrateur, prévu par l'article 65 du décret du 24 juillet 1906, était un acte administratif, et qu'il n'appartenait qu'à l'autorité administrative d'en apprécier la régularité. Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont incompétents pour statuer sur la régularité non seulement du certificat mais aussi de l'enquête publique à laquelle il doit être procédé avant sa délivrance. Si cette régularité est contestée, ils sont donc tenus de surseoir à statuer et de renvoyer à l'administration la question préjudicielle, de validité¹⁵³.

Le Conseil du contentieux administratif du Sénégal, saisi sur renvoi, a confirmé cette jurisprudence¹⁵⁴, et sa décision, contraire à la demande du requérant indigène, a fait loi pour le nouvel arrêt de la Cour d'appel du 21 mars 1919¹⁵⁵.

De cette jurisprudence, il ressort que toutes les questions concernant les droits des indigènes sur le sol relèvent exclusivement de l'autorité administrative. C'est qu'en effet, le pouvoir d'apprécier la nature de la détention coutumière appartient à l'administration¹⁵⁶. C'est elle qui est juge de la propriété¹⁵⁷. Or, les droits que l'indigène détient sur la terre, en vertu de sa coutume, n'ont rien à voir avec le

¹⁵¹ Jugement du Tribunal de première instance de Dakar, 7 mars 1908, Etat français c/ Ngor Nganon Guèye, *Bulletin des décisions*, 1909, p. 7 et s.

¹⁵² Gouvernement c/ Mayosse Diagne, *Revue de droit Ouest africain*, 1924. I. 20.

¹⁵³ Cour d'appel de l'AOF, 29 décembre 1916, Affaire Gouverneur de l'AOF c/ Mayosse Diagne et autre, *Rec. Dareste*, 1917, Jurisp., p. 96.

¹⁵⁴ Conseil du contentieux administratif du Sénégal, 9 mai 1918, *Penant*, 1920, p. 22 (*Rec. Dareste*, 1920, jurisp. p. 55).

¹⁵⁵ C. d'ap. de l'AOF, 21 mars 1919, *Penant*, 1920, p. 22.

¹⁵⁶ Art. 65 du décret du 24 juillet 1906.

¹⁵⁷ Art. 58 du décret du 24 juillet 1906.

Le code civil français au Sénégal

droit de propriété au sens du code civil qui suppose le droit de disposition : dès qu'on admet le droit de disposition, en effet, la coutume est ébranlée en ses fondements mêmes.

En 1925, le ministre des Colonies constatait que le régime de la propriété foncière sur la base de l'immatriculation n'a « pas reçu des indigènes tout l'accueil qu'on en escomptait »¹⁵⁸. Les auteurs interprètent cet échec comme la conséquence de l'inadéquation du système métropolitain à l'entreprise coloniale.

L'essence du système métropolitain, en effet, est de type subjectif, c'est-à-dire que l'individu est, en tant que tel, titulaire de droits opposables au groupe, à la collectivité. Il apparaît, par conséquent, que « le droit est avant tout un pouvoir ou une capacité inhérents à l'individu qui est le centre de tout le système. La société n'est que le cadre particulier dans lequel se concrétisent ces droits. Son intervention n'est justifiée que dans la mesure où elle tend à établir le minimum de cohésion nécessaire pour le plus grand bien de chacun »¹⁵⁹.

Cette conception, fondée sur le primat de l'individu et sur le principe de l'autonomie de la volonté (sauf disposition de la loi), est en contradiction avec l'entreprise coloniale qui, elle, est par nécessité une entreprise de péjoration du colonisé.

Le droit est à cet égard un instrument de stratégie coloniale. En effet, « dans un monde très différent de celui pour lequel s'était forgé le système juridique métropolitain, le colonisateur ne pouvait faire de ses valeurs juridiques qu'un usage très prudent »¹⁶⁰. C'est dire que « là

¹⁵⁸ Ministre des Colonies, M. Hesse, Rapport de présentation du décret du 8 oct. 1925, *Rec. Dar.*, 1926. I. 94.

¹⁵⁹ B. MOLEUR, « Tradition et loi relative au domaine national (Sénégal) », *Annales Africaines*, 1979-1980, p. 23-24 ; V. également B. MOLEUR, « La loi coloniale : son idéologie, ses contradictions » in *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris, éd. L'Harmattan, 1986, p. 79-100 ; S. TRAORE, *Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal : exemple de la zone soninké de Bakel, canton du Goye-Gajaaga*, thèse de droit, Saint-Louis, 1991, p. 260-280.

¹⁶⁰ B. MOLEUR, « Traditions et loi relative au domaine national (Sénégal) », art. cit. p. 24.

Mamadou Badji

où le système métropolitain pouvait être appliqué sans que cela remette en cause l'infériorité des indigènes, le colonisateur pût en faire usage »¹⁶¹.

Ces considérations aboutissaient à tenir en échec le régime de l'immatriculation. La construction du système foncier colonial fournit donc un exemple topique des difficultés à concilier le droit de disposition et les coutumes locales¹⁶².

2 – L'indépendance acquise a généré au Sénégal une prudente codification prenant en compte les options des autorités traditionnelles. Le poids de populations attachées au respect du droit musulman a incliné le législateur vers une démarche le conduisant à mettre l'accent sur les aspects modernes tout en affirmant le respect des valeurs de l'Islam en leur compatibilité avec les valeurs libérales et égalitaires universellement admises.

Au demeurant le juge sénégalais est enclin à reconnaître au profit du droit français¹⁶³ une sorte de vocation générale à régir les rapports de droit soumis à son appréciation.

Ce constat suffit à considérer que le code civil s'appliquait, même après l'indépendance¹⁶⁴. Ne pouvant faire ici une recension de toutes

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² S. TRAORE, *Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal*, op. cit., p. 263-279.

¹⁶³ Voir P. BOUREL, « La conjonction du droit africain et du droit européen dans le droit des conflits de lois en Afrique noire francophone », *Annales Africaines*, 1969, p. 82 et s. qui n'a pas manqué de dénoncer une telle tendance.

¹⁶⁴ Ainsi, de l'article 2 du code civil français aux termes duquel la loi n'a pas l'effet rétroactif : Trib. 1^{ère} inst. Dakar, 31 mai 1969, *Recueil ASERJ*, n°2, 1969, p. 68. Il en est également de l'article 3, toujours en vigueur au Sénégal et tel qu'il est interprété par la jurisprudence, qui dispose que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent des étrangers résidant au Sénégal : Trib. de Dakar, 17 avril 1971, *Penant*, 1972, p. 85-94. L'arrêté du 27 février 1961 fixant la liste des coutumes applicables sur le territoire de la République du Sénégal (*J.O.* 18 mars 1966) n'a certainement pas pour objet de modifier la règle posée par l'article 3 du code civil quant aux règles

Le code civil français au Sénégal

les décisions qui portent témoignage de cette survie inattendue du code civil français, après l'indépendance, nous nous en tiendrons à quelques exemples significatifs.

- La Faculté, pour les personnes ayant conservé leur statut personnel, de renoncer *plus ou moins complètement à ce statut* : le droit de renoncer, en tout ou partie, au statut personnel, a reçu au Sénégal une base nouvelle ¹⁶⁵ dans l'ordonnance du 14 novembre 1960, fixant l'organisation judiciaire ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé. Il résulte de ce texte que les citoyens ayant conservé leur statut personnel sont régis par la coutume dans les matières qu'énumère l'article 10 : capacité, état des personnes, famille, mariage, divorce, filiation, successions, donations et testaments.

Mais l'article 15 ouvre aux justiciables, même habituellement régis par leur statut personnel, la Faculté de faire une option de législation¹⁶⁶ expresse ; cette option de législation est ouverte

de fond applicables. Il n'a d'effet que sur les règles de forme. V. la note de M. Pierre DECHEIX sous Trib. de Dakar, précité.

¹⁶⁵ La faculté, pour les personnes ayant conservé leur statut personnel, de renoncer plus ou moins complètement à ce statut, était consacrée largement, avant 1960, au Sénégal comme dans l'ensemble des territoires de l'AOF et de l'AEF.

¹⁶⁶ L'option de législation doit être distinguée de l'option de juridiction. Celle-ci était la faculté reconnue aux parties de statut civil coutumier (sur l'objet des différents statuts : R. PAUTRAT, « Les vicissitudes du statut personnel », Dakar, *Annales Africaines*, 1957, p. 7-18) de soumettre d'un commun accord leur litige qui devrait normalement relever d'un tribunal indigène, à la compétence d'une juridiction française. L'option de législation, ouverte aux Sénégalais musulmans, doit être formelle, sincère et définitive (Cour d'appel de l'AOF, 20 décembre 1940, *Penant*, 1946, jur. p. 99). Le plaideur musulman cité devant un tribunal français qui n'excipe pas *in limine litis* de l'incompétence de ce tribunal, est censé avoir exercé une option de juridiction. L'option de législation est à sens unique (les personnes régies par les coutumes locales peuvent faire option en faveur du droit français, mais l'option inverse, celle que feraient les personnes régies par le droit français pour les coutumes, est niée dans son principe même) ; elle peut être totale ou

Mamadou Badji

normalement aux parties à l'occasion d'une convention ou d'un litige, et porte par conséquent sur un rapport juridique déterminé.

Une autre disposition, sensiblement plus large, est contenue dans l'article 18 de la même ordonnance. Aux termes de ce texte, les matières prévues par l'article 10 sont régies par la loi « en ce qui concerne les citoyens ayant totalement ou partiellement renoncé à leur statut traditionnel par un acte non équivoque de volonté ». Le même article 18 ajoute : « cette renonciation s'induit des circonstances de la cause, notamment de ce que les parties auront constaté leurs actes dans les formes de la loi écrite ».

La renonciation autorisée par l'article 18 peut être totale ou partielle ; elle est totale lorsqu'elle porte sur toutes les matières réservées en principe à la coutume par l'article 10. Elle est partielle, lorsque, au contraire, elle vise seulement un certain rapport juridique. Dans les deux cas, l'option peut être tacite.

Le législateur sénégalais a fait ensuite une réserve. Dans la loi du 23 juin 1961 relative à l'état civil (article 36), il a décidé que « tous les futurs époux peuvent faire célébrer leur mariage devant l'officier de l'état civil, sans qu'il puisse en résulter renonciation à leur statut ». Il est vrai que « le mariage ainsi célébré est nécessairement monogamique, ainsi qu'il résulte de la loi du 21 juillet 1965 portant code pénal (article 333), mais son mode de célébration ne suffit pas à placer tous ses effets sous la loi moderne, contrairement à ce qu'admettait la jurisprudence antérieure »¹⁶⁷.

En revanche, les autres actes intervenant dans le domaine assigné à la coutume par l'article 10 peuvent, du seul fait de la forme dans laquelle ils sont constatés, manifester une volonté de renonciation.

partielle, expresse ou tacite. La chose ne fait pas trop de difficulté lorsque l'option est expresse : la jurisprudence interprète les textes de manière libérale (Gouverneur à Ministre, 11 juillet 1834, n° 145, ANS, 2 B 18, fol. 40-41) ; lorsque l'option est tacite, l'acte est soumis au tribunal français, seul compétent, et emporte application du droit français. Ainsi, un acte passé devant un notaire français, dans les formes de la loi française, sera régi par le droit français (Cour d'appel de l'AOF, 6 sept. 1929, *Rec.*)

¹⁶⁷ P. LAMPUE, note sous Cour suprême du Sénégal, 24 février 1965, *Penant*, 1967, p. 349-352.

Le code civil français au Sénégal

Tel est le cas de la reconnaissance de paternité d'un enfant naturel, lorsqu'elle est faite dans les conditions prévues à l'article 334 du code civil¹⁶⁸. Elle place sous le régime du droit écrit les effets de l'acte en question, le rapport de filiation dans les conditions de la loi écrite.

Au demeurant, la portée de l'option de législation est ici limitée à ce qui était proprement son objet, le rapport de filiation naturelle¹⁶⁹. La Faculté de modifier le droit successoral applicable peut s'exercer en faveur des personnes régies par leur statut personnel, par voie de testament¹⁷⁰. Encore faut-il que l'intention de modifier le statut successoral puisse être saisie clairement, pour qu'on soit en présence de l'« acte non équivoque de volonté » prévu par la loi. *Quid* de la loi applicable aux successions ? Cette question avait retenu l'attention des tribunaux¹⁷¹. Mais c'est le Tribunal de première instance de Dakar¹⁷² qui va tenter pour la première fois en droit international privé sénégalais, d'y répondre avec clarté.

Les circonstances dans lesquelles le Tribunal civil de Dakar a été amené à se prononcer étaient les suivantes. Quelques mois avant sa mort, le sieur Basma, domicilié à Dakar, de nationalité libanaise et de statut musulman jaafarite, avait procédé par acte notarié au partage de ses biens immobiliers entre sa femme et ses six enfants. Après son décès, trois de ses descendants, invoquant les dispositions du code civil français, demandèrent la rescision du partage pour lésion de plus

¹⁶⁸ Cour suprême du Sénégal, Aff. Alassane Ndiaye, c/ Sophie Ndiaye, 24 juillet 1965, *Penant*, 1967, p. 349-352, note P. LAMPUE.

¹⁶⁹ Cass. civ. 19 octobre 1891, *Penant*, 1891, 237 ; S. 1893, 234 ; D. 1893. 495. Il s'agissait d'un enfant naturel reconnu par un Sénégalais de statut traditionnel, et la reconnaissance fût soumise, par rapport à l'enfant reconnu, à l'application du code civil.

¹⁷⁰ Cour d'appel de l'AOF, 8 septembre 1929, *Penant*, 1930, 255, note P. LAMPUE ; civ. 30 mai 1953, D. 1955, 393, note F. LUCHAIRE. Elle est utilisée depuis assez longtemps dans la pratique, et l'ordonnance du 14 novembre 1960 l'a maintenue très largement.

¹⁷¹ Trib. Civil Dakar, 15 avril 1967, *Revue sénégalaise de droit*, 1968, p. 78, note P. BOUREL ; Trib. civ. Dakar, 6 mai 1967, *Revue sénégalaise de droit*, 1968, p. 87, note P. BOUREL.

¹⁷² Trib. civ. Dakar, 2^e avril 1968, *Revue sénégalaise de droit*, 1969, p. 249, note P. BOUREL.

du quart. Rejetant cette demande, le Tribunal déclare que les conditions de la lésion n'étaient pas en l'espèce réunies, tant au regard des règles du code civil que selon le droit coranique. L'argument avancé par le juge du fond consiste à dire que le respect du statut personnel des nationaux faisant partie de l'ordre public sénégalais, il y a lieu par extension et sans risque de porter atteinte à l'ordre public, d'appliquer la loi personnelle¹⁷³ du *de cuius*, à la dévolution de son entière succession.

Les règles concernant la réalisation du partage sont celles du lieu d'ouverture de la succession. Cette décision est fortement critiquée par le professeur P. Bourel¹⁷⁴. Ce dernier regrette que la solution retenue soit « directement inspirée par le souci de réintroduire, dans le domaine des successions, la compétence d'une loi territoriale, faisant échec à la loi nationale ». C'est qu'en effet, la territorialité du droit que consacre le droit international privé français en matière successorale, vient contredire toute la tradition personnaliste des pays de statut personnel, auxquels se rattache le Sénégal. Dans le droit français, les successions relèvent du statut réel, alors que le droit sénégalais, comme tous les systèmes des pays de statut personnel, a une conception très extensive de ce statut : il englobe non seulement l'état et la capacité des personnes, mais également des matières patrimoniales, comme les donations, les testaments et les successions¹⁷⁵.

La loi n° 72-61 du 12 juin 1972¹⁷⁶ portant code de la famille abroge expressément et en bloc l'Ancien droit¹⁷⁷. Certes, une place est faite aux coutumes en matière de mariage, mais elle est purement formelle,

¹⁷³ Bien que le jugement ne l'affirme pas expressément, il faut entendre par la loi personnelle non la loi du domicile, mais la loi nationale du défunt.

¹⁷⁴ P. BOUREL, note sous Trib. civ. Dakar, 20 avril 1968, *Revue sénégalaise de droit*, 1969, p. 260.

¹⁷⁵ Cf. P. BOUREL, « La conjonction du droit africain et du droit européen dans le droit des conflits de lois en Afrique noire francophone », *Annales africaines*, 1969, p. 82 et s.

¹⁷⁶ Modifiée par la loi n° 74-37 du 18 juillet 1974 et la loi n° 79-31 du 31 janvier 1979.

¹⁷⁷ Article 830 du code de la famille.

Le code civil français au Sénégal

puisqu'elle ne concerne que les coutumes relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage et les statuts particuliers applicables au Sénégal¹⁷⁸ et non les règles de fond du mariage qui, elles, sont régies par une loi unique, « c'est-à-dire pareille pour tous sans distinction d'ethnie ou de confession religieuse »¹⁷⁹. Le législateur sénégalais met en avant le droit du code civil et le droit musulman ; en matière de successions ab intestat par exemple les rédacteurs du code de la famille ont introduit un véritable dualisme, cependant limité à une liberté de choix pour l'une ou l'autre loi selon des règles bien établies. Cette option en faveur de la règle du droit écrit a été justifiée par certains impératifs.

Selon la doctrine, l'instrument juridique est un des moyens préconisés par les pouvoirs publics. Le droit en effet, de par sa nature et sa mission assure la stabilité et le progrès de la société qu'il régit¹⁸⁰. C'est en cela qu'il participe au développement. L'option des autorités est de mettre sur pied un cadre juridique appelé « droit du développement »¹⁸¹. En prenant appui sur l'argument de la modernité pour écarter les règles du droit local, le Sénégal en effet fait la promotion des dispositions du code civil.

- Ce constat est saisissant, particulièrement en ce qui concerne *le régime des contrats et le droit de la responsabilité*.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ F. Kiné CAMARA, « Le code de la famille du Sénégal ou de l'usage de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre ». Communication au colloque « Genre, inégalités et religion » du Programme thématique « Aspects de l'Etat de droit et Démocratie » de l'Agence universitaire de la Francophonie, Dakar, 25-27 avril 2006. Actes à paraître.

¹⁸⁰ Amsatou Sow SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique noire*, Paris, LGDJ, 1991, p. 225.

¹⁸¹ Le concept de droit du développement a donné lieu à de nombreuses analyses dont il serait imprudent de vouloir rendre compte de la richesse ici. Contentons-nous d'indiquer une piste : K. MBAYE, Colloque de Dakar sur « Le développement et les droits de l'Homme », organisé par l'ASERJ et la CIJ, septembre 1978. « Rapport introductif », *R.S.D.*, n° spécial, décembre 1977, p. 24

Mamadou Badji

Le régime des contrats s'inspire du code civil. Ce constat est aisément fait s'agissant du principe du consensualisme qui veut que la formation du contrat puisse résulter du seul échange des consentements¹⁸². Les vices qui peuvent affecter le consentement des parties en cas d'offre et d'acceptation sont les mêmes que ceux qu'énumère le code civil, à savoir l'erreur, la violence, le dol. Par ailleurs, les sanctions en cas d'existence de vice du consentement sont exactement celles prévues par le code civil : la nullité du contrat.

Toutefois, en matière foncière, en raison de l'importance économique attachée aux droits réels portant sur les immeubles immatriculés, le législateur sénégalais a décidé d'atténuer le principe du consensualisme. Pour ce faire, il exige que la délivrance de l'objet de la vente d'un immeuble immatriculé respecte, d'une part, les formalités de publicité requises par les dispositions particulières à la propriété foncière¹⁸³ et, d'autre part, les formalités relatives à l'établissement du titre foncier au nom de l'acquéreur¹⁸⁴. A cet égard, il n'est pas sans intérêt de préciser que la validité des conventions constituant ou transférant un des droits protégés par le régime de l'immatriculation foncière demeure subordonnée surtout à l'immatriculation obligatoire de l'immeuble¹⁸⁵ et à l'exigence d'un acte notoire¹⁸⁶. Le non-respect des conditions de validité requises entraîne la neutralisation de la vente, qui prend la forme d'une nullité absolue :

- lorsque l'obligation d'immatriculation de l'immeuble n'est pas satisfaite, l'absence de cette formalité substantielle entachera la validité de toutes les conventions constituant ou transférant un des droits protégés par le régime de l'immatriculation foncière¹⁸⁷ ;

¹⁸² Article du code des obligations civiles et commerciales.

¹⁸³ Décret foncier du juillet 1932, *Journal officiel de l'Afrique Occidentale Française* du 29 avril 1933, p. 426 et s. Ce texte est encore applicable au Sénégal.

¹⁸⁴ Article 277 alinéa 1 du code des obligations civiles et commerciales.

¹⁸⁵ Article 380 du code des obligations civiles et commerciales.

¹⁸⁶ Article 383 du code des obligations civiles et commerciales.

¹⁸⁷ Article 380 du code des obligations civiles et commerciales, précité.

Le code civil français au Sénégal

. au plan formel, le législateur exige que le contrat soit passé par devant un notaire territorialement compétent sous peine de nullité absolue¹⁸⁸.

S'agissant des formes du contrat, la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 portant code des obligations civiles et commerciales¹⁸⁹ a maintenu la forme écrite et la forme orale et a donné au silence un rôle important dans l'expression de la volonté¹⁹⁰.

L'influence du code civil est également remarquable s'agissant des effets des contrats.

Avant 1960, on a pu, dans ce domaine, assister en Afrique à un développement prodigieux des conventions indigènes en marge de la

¹⁸⁸ Article 383 du code des obligations civiles et commerciales précité. La jurisprudence de la Cour d'appel de Dakar (cf. Cour d'appel de Dakar, n° 91, du 25 février 1983, Mamadou Dieng c/ Macoumba Ndour, *Rev. EDJA*, sept.-oct. 1987, p. 15) suivie en cela par la Cour suprême (cf. Cour Suprême, n° 1, du 8 janvier 1986, Mamadou Dieng cf Macoumba Ndour, in *Revue. EDJA*, précitée) n'avait pas manqué de frapper de nullité absolue un acte de vente d'un immeuble immatriculé qui n'avait pas été passé par devant un notaire. Une telle sanction paraît s'imposer même dans l'hypothèse où un mandataire est désigné par l'une des parties à la vente ; selon la Cour d'appel de Dakar (cf. Cour d'appel de Dakar, n°265, du 26 mai 1983, El H. D. Diop c/ A. Ndour, *Revue EDJA*, sept.-oct. 1987, p. 17), le mandataire à la vente d'un bien immobilier doit être muni également d'une procuration notariée. Au surplus, l'exigence de ce formalisme protecteur sera même renforcée par la soumission à autorisation préalable de certaines transactions immobilières lorsque le montant de la transaction augmenté des charges excède dix millions de francs CFA (cf. l'article 3 de la loi n° 77-85 soumettant à autorisation préalable certaines transactions immobilières, *JORS* n° spécial 4586 du 12 sept. 1977, p. 1174 et son décret d'application n° 77-754 du 20 sept. 1977, *JORS* du 22 oct. 1977. Pour une application, cf. C. d'ap. de Dakar n° 95 du 31 janvier 1992, aff. H. Younis c/ SGBS et héritiers du feu Omais Badoui.

¹⁸⁹ Code des obligations civiles et commerciales, partie générale.

¹⁹⁰ P. BOUREL, « La formation du contrat en droit sénégalais. Réflexion sur la modernité du code des obligations civiles et commerciales », *R.S.D.* 1969 n° 6, p. 35 et s.

Mamadou Badji

législation française¹⁹¹. Lorsqu'en 1960, après son accession à la souveraineté internationale, « le Sénégal a commencé à procéder à la codification du droit des obligations qu'elles soient civiles ou commerciales, il n'a pas été influencé par la volonté de certains juristes qui tenaient à donner dans les nouvelles lois de l'Afrique, une place importante aux contrats traditionnels »¹⁹².

L'urgence a été ressentie de mettre sur pied un cadre juridique garantissant le développement économique de la nation et assurant la liberté et la sécurité des transactions.

Les mêmes scrupules étaient observés en matière de responsabilité où le concept de faute a été maintenu, avec ses éléments constitutifs, tels que ces éléments résultent du code civil et de son interprétation par la jurisprudence française ou belge¹⁹³. Le premier élément constitutif de la faute est l'illicéité. Pour qu'il y ait faute, il faut que l'acte ou le fait soit illicite. Il faut aussi que cet acte soit en relation de cause à effet avec le dommage qui a pu être commis, d'où le lien d'imputabilité entre l'auteur et la faute. La distinction entre faute intentionnelle et faute non intentionnelle est également maintenue. S'y ajoutent des innovations telles que la distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle, distinction jusque là inopérante en droit traditionnel africain.

A l'instar des autres pays d'Afrique, le Sénégal s'est largement inspiré au lendemain de l'indépendance du code civil dont il a reconnu « la valeur à la fois théorique et pratique »¹⁹⁴, pour élaborer les instruments juridiques chargés de régler les relations d'affaires ou de famille des différentes composantes de la société sénégalaise. Le magistrat en avait déjà ouvert la voie.

¹⁹¹ H. O. LEGRE, *Les conventions indigènes et la législation française (1893-1946)*, Abidjan, Neter, 1994.

¹⁹² K. MBAYE, « Le destin du code civil en Afrique », in *Le code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz / Litec, 2004, p. 531.

¹⁹³ A.K. BOYE, « Droit des contrats et de la responsabilité », *Encyclopédie juridique de l'Afrique.*, t. IX, p. 307 et s.

¹⁹⁴ K. MBAYE, *op. cit.*, p. 532.

Le code civil français au Sénégal

Bibliographie

Le support théorique de cette étude a été fourni par les ouvrages de doctrine, les décisions de la jurisprudence, les thèses, les articles et les notes, publiés entre le 19^e et le 20^e siècles. Des travaux récents ont également été utilisés.

I - Articles et ouvrages

- Alliot M., « L'Afrique et le droit », in *La Table-ronde* n°231, avril 1967.
- Alliot M., « Le droit des successions dans les états africains francophones », in *RJPIC* n° 4, oct.-déc. 1972, p. 845-884.
- Alliot M., *Cours d'Institutions privées africaines et malgaches*. Paris, Les Cours de Droit, 1963-64.
- Amadéo G., « Ordre public et droit privé négro-africain », in *RJPIC* oct-déc., 1958, n° 4, p. 610-636.
- Antonelli E., *Manuel de législation coloniale*, Paris, PUF, 1925.
- Arrighi G., « Le droit de la famille au Sénégal », in *Le droit de la Famille en Afrique et à Madagascar*, 1968, p. 83-116.
- Audier G., *Le conflit colonial de juridiction*, thèse de droit, Paris, 1941.
- Badji M., *Droits naturels, droits de l'homme et esclavage. L'exemple du Sénégal. Analyse historique du 17^e siècle à l'Indépendance*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, p. 172-185.
- Binet J., *Le mariage en Afrique noire*. Paris, Cerf, 1959.
- Boisdon D., « Du sort des articles 81 et 82 de notre constitution de 1946 », in *RJPUF*, 1956, p. 233-256.
- Boudillon A., « La question de la propriété foncière en Afrique occidentale », in *Rec. Penant* 1909, doct. p. 41-49 (*contra* P. Dareste, *ibid.*, p. 49-52).
- Boudillon A., « Le code civil et l'ordonnance de 1825 au Sénégal », in *Rec. Penant* 1908, doct., p. 28-32.
- Bourel P., « La conjonction du droit africain et du droit européen dans le droit des conflits de lois en Afrique noire francophone », *Annales Africaines*, 1969, p. 53-70.

Mamadou Badji

- Bourjol M., *Théorie générale des coutumes juridiques africaines. Contribution à une étude du système coutumier de l'AOF*, thèse de Droit, Toulouse, 1952. Paris, La Nef, 1954.
- Camara F. K., « Le code de la Famille du Sénégal ou de l'usage de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité ». A paraître.
- Camerlynk G. H., « De la renonciation au statut personnel », in *RJPUF*, 1949, p. 129-144.
- Chabas J., *Mariage et divorce dans les coutumes des Ouolofs habitant les grands centres urbains du Sénégal*, Paris, LGDJ, 1952.
- Dareste P., « Les nouveaux citoyens français », in *Rec. Dareste*, t. XIX, 1916, p. 1-16.
- Dareste P., *Traité de droit colonial*, 3 vol. Paris, 1931.
- David R., « La refonte du code civil dans les Etats africains », in *Annales Africaines*, 1962, p. 160-170.
- Decottignies R., « L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais », in *Annales Africaines*, 1964, p. 79-113.
- Decottignies R., « Prière à Thénus pour l'Afrique », in *RSD* 1967, n° 00-01, p. 5-21.
- Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », in *Annales Africaines*, 1965, p. 251-286.
- Demaison D., « Le régime foncier coutumier des autochtones en AOF », in *RJPUF*, 1956, p. 257-307.
- Durand B., *Histoire comparative des Institutions*, Dakar, NEA, 1983.
- Eliesco, *Essai sur les conflits de lois... sans conflits de souveraineté*, thèse de Droit, Paris, 1925.
- Epinay G., *Les droits domaniaux de l'état et la propriété foncière autochtone au Sénégal*, thèse de Droit, Paris, 1949.
- Forster I., « La place de la coutume indigène dans le droit moderne de la République du Sénégal », in *Revue intern. De criminologie et de police technique*, vol. XVIII, n° 3, juill.-sept. 1963, p. 163-181.
- Foyer J., « Les destinées du droit français en Afrique », in *Rec. Penant*, n° 690, 1^{er} trim. 1962, p. 1-6.
- Gasse V., *Le droit foncier outre-mer et son évolution depuis l'indépendance*, thèse de Droit, Paris, Librairie des Palmiers, 1968.

Le code civil français au Sénégal

- Geismar L., *Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal*, Saint-louis, Imprimerie du Gouvernement du Sénégal, 1933.
- Girault A., *Principes de colonisation et de législation coloniale* (3 tomes), Paris, Larose, 1875.
- Gonidec P. F., *Droit d'outre-mer* (2 tomes), Paris, Montchrestien, 1959.
- Gonidec P. F., *Les droits africains. Evolution et sources*, 2^e éd. Paris, LGDJ, 1976.
- Guèye L., *De la situation politique des Sénégalais originaires des communes de plein exercice telle qu'elle résulte des lois du 19 octobre 1915, 29 septembre 1916, et de la jurisprudence antérieure. Conséquences au point de vue du conflit des lois*, thèse de droit, Paris, 1922.
- Guinchard S., « Réflexion critique sur les grandes orientations du code sénégalais de la Famille », in *Rec. Penant* n° 760, 1978, p. 172-204 – *Penant* n° 761, 1978, p. 325-352.
- Hilaire J., « Nos ancêtres les gaulois », in *Annales Africaines*, 1964, p. 7-77 .
- Jeol M., *La réforme de la justice en Afrique noire*, Paris, Pedone, 1963.
- Kouassigan G. A., *L'homme et la terre*, Paris, Berger-Levrault, 1966.
- Kouassigan G. A., *Quelle est ma loi ?* Paris, Pedone, 1974.
- Le code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004.
- Le Roy E., « Droit et développement en Afrique noire francophone après 10 années d'indépendance », in *RSD*, n° 9, mars 1971, p. 53-71.
- Le Roy E., *Système foncier et développement rural. Essai d'anthropologie sur la répartition des terres chez les Wolofs ruraux de la zone arachidière nord (Rép. du Sénégal)*, thèse Droit. Paris, 1970.
- Legendre P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, coll. Thémis, 1968.
- Legré H. O., *Les conventions indigènes et la législation française (1893-1946)*, Abidjan, Neter, 1994.
- Luchaire F., *Manuel de droit d'outre-mer*, Paris, PUF, 1959.
- Maunier R., *Sociologie coloniale* (3 tomes). *Introduction à l'étude du contact des races*, Paris, éd. Montchrestien, 1932 ; 1936 ; 1949.
- Mbaye K., « Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest », in *RSD* n°1, 1967, p. 23-81.

Mamadou Badji

- Mbaye K., « Le destin du code civil en Afrique », in *Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 515-538.
- Moleur B., *Le droit de propriété sur le sol sénégalais*, thèse de droit, Dijon, 1978.
- Ngom P., *L'Ecole de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en AOF. Analyse historique d'une théorie de l'inapplicabilité du code civil au colonisé*, thèse Droit, Dakar, 1993.
- Olawale E. T., *La nature du droit coutumier africain*, trad. Déconflé et Dessau, Paris, Présence Africaine, 1961.
- Quellien A., *La politique musulmane dans l'AOF*, thèse Droit, Paris, 1910.
- Rau E., *Le juge et le sorcier*, Paris, R. Laffont, 1976.
- Rober A. P., *L'évolution des coutumes de l'ouest-africain et la législation française*, thèse Droit, Strasbourg, 1954.
- Rolland L., et Lampué P., *Précis de droit des pays d'outre-mer*, Paris, Dalloz, 1949.
- Rouland N., *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1998.
- Sankalé S., *A la mode du pays...* thèse droit, Montpellier, 1998.
- Santos, A., *L'option des indigènes en faveur de l'application de la loi française en AOF et au Togo*, thèse Droit, Paris, 1943.
- Sarr D., *La Cour d'appel de l'AOF*, thèse Droit, Montpellier, 1980.
- Schnapper B., « Les tribunaux musulmans et la politique coloniale au Sénégal, 1830-1914 », in *Rev. Hist. de droit français et étranger*, janv.-mars 1961, 39 : 90-128.
- Sidibé Sow A., *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat*, thèse Droit, Paris 2, 1987.
- Sidimé L., « Le régime du mariage coutumier dans le code de la Famille du Sénégal », in *Annales Africaines*, 1983-1985, p. 313-320.
- Solus H., *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927.
- Traoré S., *Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal : exemple de la zone soninké de Bakel, canton du Goye-Gajaaga*, thèse Droit, Saint-Louis, 1991.
- Weil P., « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », in *La justice en Algérie 1830-1962*, la

Le code civil français au Sénégal

Documentation française, coll. Histoire de la justice, Paris, 2005, p. 95-109.

II – Les décisions de la jurisprudence

- C. cass., ch. des req. 22 mai 1905, *Penant*, 1905. I. 295-296.
- C. d'ap. de l'AOF, 16 juin 1920, *Penant*, 1921. I. 43 ; 10 mars 1932, *Penant*, 433.
- C. d'ap. de l'AOF, 12 avril 1929, *Penant*, 1930. I. 138-146 (application de l'art. 1496 c. civ.)
- C. d'ap. de l'AOF, 15 juin 1928, *Penant*, 1929. I. 10-14 (application des articles 1147, 1382 et 1384 c. civ.)
- C. d'ap. de l'AOF, 2 avril 1926, *Penant*, 1926. I.
- C. d'ap. de l'AOF, 2 avril 1926, *Penant*, 1926. I. 197.
- C. d'ap. de l'AOF, 20 décembre 1940, *Penant*, 1948. I. 23
- C. d'ap. de l'AOF, 20 décembre 1940, *Penant*, 1948. I. 23.
- C. d'ap. de l'AOF, 21 juin 1929, *Penant*, 1930. I. 313 (application des articles 770 et 811 c. civ.)
- C. d'ap. de l'AOF, 21 mars 1919, *Penant*, 1920, p. 22.
- C. d'ap. de l'AOF, 24 juin 1932, *Penant*, 1934. I. 120-128 (application des art. 1156, 1325 et 1690 c. civ.)
- Cass. civ. 24 juillet 1888, D. 89. I. 417 ; Trib. Saint-Louis, 17 nov. 1894, *Penant*, 1895. I. 127
- Cass. civ. 27 février 1929, *Penant*, 1929. I. 250-253 (application de l'art. 1384 c. civ. § 1^{er})
- Cass. req. 31 juillet 1895, *Penant*, 1895. I. 385
- Cass. req. Chbre des req. 22 mai 1905, *Penant*, 1905. I. 295.
- Chambre d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF, par arrêt du 28 octobre 1948 (in *Penant*, 1949. I. 142
- Cour d'appel de l'AOF, 11 juillet 1941, Recueil de jurisprudence de l'AOF, juillet – octobre 1951, p. 1.
- Cour d'appel de l'AOF, 20 juin 1952. Confirmation jugement du Tribunal de Saint-Louis, 24 juillet 1951 ; Cour d'appel de l'AOF, 31 mai 1918, *Penant*, 1918. I. 117.
- Cour d'appel de l'AOF, 21 mars 1930, *Rec. Dareste*, 1930. I. 160 ; *Penant*, 1931. I. 122 ; Cass. civ., 12 nov. 1934, *Pen.*, 1935. I. 126.

Mamadou Badji

Cour d'appel de l'AOF, 29 décembre 1916, Affaire Gouverneur de l'AOF c/ Mayosse Diagne et autre, *Rec. Dareste*, 1917, Jurisp., p. 96.

Cour d'appel de l'AOF, 31 mars 1939, *Penant*, 1940. I. 57 ; Trib. Dakar, 7 mars 1942 ; 8 janvier 1943. Toutefois, changement : *Penant*, 1952. I. 125, note Becque ; Cour d'appel de l'AOF, 14 novembre 1951.

Cour d'appel de l'AOF, 8 juillet 1913, *Penant*, 1913, n° 3276, p. 332-337.

Cour d'appel de Madagascar, 8 juin 1904, *Dar.*, 1904. 3. 234.

Cour suprême de Côte d'Ivoire, 18 juin 1965, *Penant*, 1968, p. 363.

Décret du 20 mai 1857 ; c. d'appel de l'AOF, 17 juin 1898, aff. Fara Mbaye réformant un jugement du Tribunal de Dakar du 25 décembre 1897

Jurisprudence très ferme : Cour d'appel de l'AOF, 1^{er} février 1924, *Rec. Dareste*, 1924. 3. 54.

Madagascar, *Rec. Dareste*, 1906. 3. 122.

Note anonyme sous C. d'appel de l'AOF, 8 juillet 1913, off. Massata Fall et consorts, *Rec. Dareste*, 1914. III. 39.

Sur la force probante du certificat administratif, voir l'arrêt de la cour d'appel de l'AOF du 25 octobre 1940, *Penant*, 1946, p. 253.

Trib. 1^{ère} inst. Dakar, 30 avril 1916, *Penant*, 1916. I. 216 ; C. d'ap. de l'AOF, 20 mai 1920, *Rec. Dareste*, 1922. I. 45.

Trib. 1^{ère} inst. Dakar, 31 mai 1969, *Recueil ASERJ*, n°2, 1969, p. 68.

Trib. de Dakar, 17 avril 1971, *Penant*, 1972, p. 85-94

Trib. de première inst. de Dakar, 6 sept. 1902 et C. d'ap. de l'AOF, 6 février 1903, *Penant*, 1904. I. 22.

Trib. de première instance de Dakar, 15 janvier 1941, *Penant*, 1945. I. 29-35 (application de l'art. 1384 c. civ.).

Trib. de première instance de St Louis, novembre 1936, *Penant*, 1937. I. 313-318 (application de l'art 1384 c. civ. § 1^{er})

Trib. Première instance de Kaolack, 15 septembre 1932, *Penant*, 1933. I. 51 (application de l'art. 2210 c. civ.)

REGARD DE L'HISTORIEN

par **André Cabanis**,
professeur à l'Université Toulouse I sciences sociales

Il y a de la provocation à prétendre traiter, dans le cadre de l'espace francophone, la question du règlement des conflits : si la francophonie paraît apte à regrouper un certain nombre de pays du monde, c'est moins pour promouvoir des objectifs de défense de la paix et de l'ordre que pour maintenir et développer des pratiques linguistiques communes, éventuellement pour soutenir des valeurs culturelles semblables, voire des convictions idéologiques convergentes. Au surplus, le regard de l'historien risque, dans ce domaine, de souffrir de phénomènes de presbytie dans la mesure où l'Agence de coopération culturelle et technique entre pays utilisant le français – l'ancêtre de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF) – remonte seulement à 1970, ce qui donne peu de recul sur le rôle qu'elle est susceptible de jouer sur la longue durée.

En même temps, il est des éléments qui plaident pour que l'on tente de traiter un tel sujet, si périlleux qu'il paraisse. Parmi les éléments qui rassemblent les pays francophones, figure la reconnaissance d'un certain nombre de principes communs, regroupés autour d'une conception humaniste du monde et d'une volonté de défense des droits de l'homme. Dans cette perspective, l'idée d'ordre juste à promouvoir ne saurait être absente. Par ailleurs – et de façon plus banale – le fait que la francophonie réunisse, dans une ambiance de

complicité liée à des pratiques intellectuelles proches, des dirigeants politiques que ne divise aucun enjeu collectif majeur, paraît fournir une enceinte adaptée pour apaiser certains affrontements.

Dans la mesure où les organisateurs de ce colloque ont souhaité que cette dimension de la francophonie soit confrontée au « regard de l'historien », plusieurs aspects semblent pouvoir être distingués, en fonction de la profondeur de l'examen. Même pour une organisation aussi jeune de l'OIF, il est possible de trouver des angles d'investigation susceptibles de remonter plusieurs siècles en arrière. C'est dans cette perspective que nous nous proposons de traiter la question en distinguant un passé lointain (I) où le français fut la langue diplomatique la plus usitée, puis un passé proche (II) ayant permis un élargissement progressif des domaines d'intervention des organisations francophones, enfin un passé immédiat (III) marqué par la recherche d'un équilibre difficile entre la tentation d'apporter une contribution au règlement des conflits et la crainte d'introduire un ferment de division parmi les pays francophones.

I – Un passé lointain : le français langue de la diplomatie

C'est un argument classique et rassurant que d'affirmer que le français aurait une vocation naturelle à jouer le rôle de langue diplomatique. Une telle affirmation s'appuie d'abord sur la constatation que, sous l'Ancien Régime comme après la Révolution, au XIX^e et au début du XX^e siècle, le français fut très généralement pratiqué tant dans la négociation que dans la rédaction des traités. Et de faire valoir que cette utilisation paraît à l'époque si évidente et naturelle aux diplomates qu'elle se vérifie sans qu'il soit besoin d'invoquer le poids de la nation française dans les relations internationales. On constate que le français demeure la langue parlée par chacun autour de la table de négociation, même quand la France est vaincue, ainsi en 1763 avec le traité de Paris qui clôt la désastreuse guerre de sept ans, ainsi en 1815 avec le traité de Vienne qui sanctionne l'effondrement de l'Empire napoléonien. Il n'est jusqu'aux accords auxquels la France n'est pas partie qui sont le plus souvent

Regard de l'historien

rédigés en français, ce que l'on ne peut mettre sur le compte d'une quelconque pression exercée par des diplomates venus de Paris.

Au-delà d'un rayonnement du français résultant de la connaissance et de la pratique de cette langue de culture par toutes les élites européennes qui la préféraient à des langues nationales jugées plus rustiques, un second atout présenté comme décisif dans le cadre de la diplomatie tiendrait aux qualités de clarté et de précision qui lui sont généralement reconnues. Et d'invoquer la richesse terminologique du français, la rigueur de sa grammaire et notamment de sa syntaxe qui en feraient un instrument particulièrement prisé par des négociateurs désireux d'éviter les ambiguïtés et les problèmes d'interprétation. Des observateurs peut-être un peu partiaux en viennent à opposer d'une part l'absence de difficultés lorsque l'on rédige en français, d'autre part les complications qui apparaîtraient notamment avec l'anglais. Il est habituel ici de rappeler les problèmes d'interprétation nés de la version anglaise de la résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations unies qui met à la charge d'Israël une obligation d'évacuation « from occupied territories » ce que les Etats arabes interprètent comme impliquant une libération *des* territoires occupés, c'est-à-dire de *tous*, tandis que le gouvernement israélien considère qu'il n'est tenu qu'à l'abandon *de* territoires occupés, c'est-à-dire de *certain*s qu'ils resteraient à identifier. De fait, la version française ne comporte pas la même ambiguïté et parle bien d'évacuation *des* territoires occupés. Il y aurait là une contribution non seulement au règlement des conflits mais aussi et en amont, à leur prévention en évitant les affrontements nés de problèmes d'interprétation.

Un portrait si flatteur du français présenté comme un instrument privilégié de la diplomatie, mérite quelques nuances. La première tient au fait que la période d'utilisation généralisée de cette langue au niveau international n'a guère duré que deux siècles, époque il est vrai riche du point de vue de l'établissement de relations internationales fondées sur la négociation et le compromis. Auparavant, c'était le latin qui jouait le rôle de langue utilisée par les négociateurs pour la rédaction des traités entre Etats souverains. Il fut abandonné à la fois parce que la connaissance qu'en avaient les élites s'estompait,

notamment du fait de l'apparition d'institutions d'enseignement supérieur commençant à utiliser les langues nationales et parce qu'aux yeux de certains, c'était la langue du Saint empire romain germanique, donc celle d'une grande puissance longtemps soupçonnée de visées hégémoniques. Cette dernière remarque conduit d'ailleurs à souligner que la place dominante qu'occupe un pays ne constitue pas toujours un argument pour utiliser sa langue mais peut dans certains cas avoir un effet répulsif.

L'utilisation généralisée du français a été précédée par les réflexions d'un certain nombre d'auteurs ayant jeté les bases du droit des relations internationales, tel William Penn qui, dès 1689, dans son *Essai pour une paix présente et future en Europe*, propose le français comme langue de communication sur le continent. Finalement, c'est du traité de Rastadt de 1714, signé entre Louis XIV et l'empereur Charles VI pour mettre fin à la guerre de succession d'Espagne, que l'on date le début de la domination du français sur la scène internationale. Ce règne aurait duré jusqu'à la première guerre mondiale, jusqu'au traité de Versailles de 1919 qui marque l'irruption de l'anglais puisqu'il est rédigé dans cette langue en même temps qu'en français. L'évocation de ces deux traités est d'ailleurs utilisée par certains pour souligner que l'utilisation d'une langue plutôt que d'une autre n'est pas due seulement à la supériorité de l'une sur l'autre mais est parfois imputable aux circonstances et aux personnalités en cause. Ainsi, à Rastadt, le principal négociateur français, le prince de Villars connaissait mal le latin tandis que le représentant autrichien, le prince Eugène de Savoie, pratiquait parfaitement français. A l'inverse, lors des négociations mettant fin à la Grande guerre, et du côté des Alliés, le président des Etats-Unis, Wilson, ne parlait pas le français, le Premier ministre anglais, Lloyd George, le connaissait mal tandis que le président du conseil français Clemenceau maîtrisait l'anglais à un niveau alors assez rare chez ses compatriotes. Sans doute serait-il imprudent d'en déduire que la meilleure façon de défendre le français pourrait consister à ne pratiquer aucune autre langue. En tous cas, il demeure de ce rôle désormais estompé du français comme langue diplomatique, une

Regard de l'historien

volonté des délégations françaises dans les diverses organisations internationales de lui conserver une certaine place comme langue de travail, aux côtés de l'anglais dont la domination est désormais absolue.

II – Le passé récent : l'élargissement des domaines d'intervention au titre de la francophonie

Les structures mises en place au titre de la francophonie ont progressivement étendu leurs préoccupations, leurs intérêts et les secteurs où elles souhaitaient intervenir. Nées d'une solidarité linguistique, elles ont rapidement intégré les questions culturelles à leurs champs d'action. Ce sont ensuite les valeurs humanitaires et de défense des droits de l'homme qui bénéficient d'une place nouvelle et notable. Avec François Mitterrand, cette dimension commence à se voir reconnaître toute son importance. Déjà en 1990, le discours de la Baule -il est vrai prononcé hors d'une structure à proprement parler francophone puisqu'il s'agissait du seizième sommet franco-africain- avait manifesté la volonté des autorités françaises d'encourager le processus de transition démocratique. A noter que ce texte va d'ailleurs beaucoup moins loin que l'image qui en a été donnée puisque le président français proteste de sa volonté de ne pas « faire la leçon en permanence aux Etats africains et à ceux qui les dirigent » ce qu'il considérerait comme « une forme de colonialisme aussi perverse que toute autre », ce qui est peut-être sous-estimer la perversité du colonialisme du XIX^e siècle. Contrairement aussi à l'interprétation qui a parfois été donnée de ses propos, il ne promet pas une aide aux opposants qui tenteraient de renverser les dictatures. Il se borne à annoncer que l'aide sera « plus tiède » vis-à-vis des régimes autoritaires et « plus enthousiaste » à l'égard des autres. L'on conviendra que c'est s'exprimer prudemment et, sans doute, sagement, sans encourager des manifestations d'opposition que l'on serait bien en peine de soutenir.

En fait, c'est lors de son discours d'ouverture du cinquième sommet de la francophonie, tenu en 1993 dans l'île Maurice, que François Mitterrand évoque la possibilité pour les pays que regroupe l'usage

André Cabanis

du français de jouer un rôle en matière de solution des conflits : le projet francophone « consiste à mettre en œuvre [...] l'entente francophone, c'est-à-dire une capacité que s'accorderaient à eux-mêmes nos pays [...] pour établir une relation qui, sans reposer sur une absolue communauté de pensée, ce serait impossible, établirait une forme de relation, de concertation, de négociation, le cas échéant sur les problèmes politiques et humains qui se posent à travers le monde, que nous puissions au moins en parler et que, dans les assemblées internationales, les francophones ne soient pas entre eux comme des étrangers, à la disposition des influences multiples qui tentent de s'exercer sur eux. [...] La francophonie n'est pas seulement l'usage d'une langue, c'est une certaine vision du monde, une certaine exigence de solidarité ». Le propos est ambitieux : il s'agit pour les pays francophones rien moins que de tirer parti de leur solidarité naturelle non seulement pour faciliter la résolution de leurs conflits internes, mais aussi pour constituer un groupe de pression susceptible d'être reconnu au niveau mondial et d'y jouer un rôle.

Avec l'élection comme premier secrétaire général de la francophonie, de Boutros Boutros Ghali en 1997 lors du sommet d'Hanoi, la vocation à intervenir dans la résolution des conflits s'est tout naturellement développée puisqu'il avait acquis une importante expérience en ce domaine comme secrétaire général des Nations unies de 1992 à 1996. C'est donc en quelque sorte dans le prolongement de son précédent mandat que, désormais à la tête de la francophonie, il va intervenir sur divers théâtres de conflits et organiser plusieurs missions de conciliation. On peut citer, entre autres, l'envoi de plusieurs délégations pour contribuer à trouver une issue à la crise ouverte par l'élection présidentielle togolaise de 1998, plusieurs rencontres en mars et novembre 1998 avec le major Buyoya pour obtenir la levée de l'embargo sur le Burundi décidé deux ans plus tôt à Bucarest, ou encore la mission de conciliation confiée au docteur Emile Derlin Zinsou, ancien président du Bénin, envoyé en RDC auprès du président Laurent Désiré Kabila en 1999.

Le nouveau secrétaire général de la francophonie, Abdou Diouf, élu en 2002 lors du sommet de Beyrouth, va officialiser cette dimension

Regard de l'historien

de la francophonie. En témoigne le paragraphe premier de l'article premier de la charte de la francophonie, adoptée à Tananarive en 2005 : « La Francophonie, consciente des liens que crée entre ses membres, le partage de la langue française et des valeurs universelles, et souhaitant les utiliser au service de la paix, de la coopération, de la solidarité et du développement durable, a pour objectif d'aider : [...], à la prévention à la gestion et au règlement des conflits [...] ». Figurent également comme valeur à promouvoir : la démocratie, les droits de l'homme, le dialogue des cultures, la connaissance mutuelle, l'essor économique, enfin l'éducation et la formation. Au-delà de la générosité des intentions, on ne peut se dissimuler que l'immixtion de la francophonie sur ces terrains peut devenir un facteur de division dans la mesure où tous ne se réclament pas des mêmes valeurs.

III – Le passé immédiat : la crainte de divisions au sein de la francophonie

Cette crainte est fondée et des expériences plus ou moins récentes la confirment. On se souvient du quatrième sommet qui devait se tenir en 1991 à Kinshasa mais qui eut finalement lieu à Paris, au Palais de Chaillot, dans la mesure où plusieurs délégations ne voulaient pas se rendre au Zaïre, pour ne pas paraître cautionner des atteintes aux droits de l'homme et à la démocratie. Plusieurs déclarations de Jacques Chirac montrent ses hésitations à s'engager dans la voie de prises de positions, voire d'actions tendant à condamner certains Etats. En 1997, au sommet d'Hanoi, il indique son opposition à l'idée d'arrêter des sanctions contre tel ou tel : la sanction « n'est pas la tradition de l'espace francophone mais [...] cela relève de l'ONU ». Sa position est sans ambiguïté : « la France n'est absolument pas d'accord pour que la Francophonie serve de support à des sanctions ». En fait, c'est plutôt un rôle de prévention qu'il assignerait à la francophonie, ainsi qu'il l'a indiqué dans une interview donnée lors du sommet de Moncton en 1999 souhaitant que la francophonie tende à « régler les problèmes pouvant naître et les conflits pouvant se développer ». On a évoqué plus haut le premier paragraphe de l'article premier de la charte de la francophonie. Le second paragraphe montre les

André Cabanis

précautions que les signataires ont souhaité introduire pour éviter tout dérapage : « La Francophonie respecte la souveraineté des Etats, leurs langues et leurs cultures. Elle observe la plus stricte neutralité dans les questions de politique intérieure ».

Les conditions de l'intervention française en Côte d'Ivoire montrent la difficulté pour les Etats francophones de prendre position sur de telles questions. Au-delà les protestations de Laurent Bagbo, on perçoit la gêne des présidents africains, les plus exposés. Dans l'ensemble, ils acceptent la présence des troupes françaises pour empêcher les affrontements. Pour autant chacun perçoit l'ambiguïté de leur position : s'ils appuient l'ancienne puissance coloniale, ils risquent d'être accusés d'alignement servile ; s'ils souhaitent conduire leur propre politique commune d'appui à la paix, ils manquent de moyens, notamment militaires, pour intervenir efficacement. Les pays francophones représentent, ne fût-ce que par leur nombre dans les organisations internationales et notamment à l'ONU, un poids que personne ne peut négliger. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler le rôle que jouèrent le Cameroun et la Guinée, auxquels on peut joindre l'Angola, membres du Conseil de sécurité de l'ONU en 2003 (trois voix sur quinze), à la veille de l'invasion de l'Irak. La visite du ministre des Affaires étrangères français à Luanda, Yaoundé et Conakry, dix jours avant la fin de l'ultimatum de Bush à Saddam Hussein joua sans doute un rôle dans la décision du gouvernement américain d'engager les opérations militaires sans solliciter l'accord de l'ONU. Elle ne fut sans doute pas non plus étrangère au durable sentiment anti-français qui marqua l'opinion publique aux Etats-Unis.

*

* *

Quelles que soient les réticences des uns et des autres, il sera de plus en plus en difficile pour les structures intergouvernementales qui interviennent sur le terrain de la francophonie de rester à l'écart des grandes sources de conflits dans le monde. Sauf à s'arc-bouter sur une position de refus de toute dimension politique, sauf à s'enfermer dans

Regard de l'historien

des compétences purement linguistes et culturelles, la francophonie sera accusée de complicité à défaut de prendre position sur les causes de tension dans et même hors de sa zone. On l'a vu lors de la onzième conférence francophone, à Bucarest en décembre 2006. La délégation française souhaitait l'insertion, dans la déclaration finale, d'une prise de position en faveur de l'application intégrale de la résolution 1701 du Conseil de sécurité demandant la cessation des hostilités et le retrait des forces israéliennes du Liban ainsi qu'une dénonciation de l'absence de volonté de paix en Côte d'Ivoire. La délégation égyptienne a insisté pour qu'il soit question de la Palestine... Finalement, le texte traite sous le titre « foyers de crise et sorties de crise » de treize théâtres d'opération dont certains ne touchent qu'indirectement le monde francophone : Liban, Côte d'Ivoire, République démocratique du Congo, Haïti, Mauritanie, Togo, République centrafricaine, Tchad, Darfour, Burundi, Comores, Cameroun, « territoire palestinien occupé ». On peut craindre qu'à défaut d'être en mesure d'apporter une contribution significative aux règlements des conflits dans le monde, l'espace francophone puisse du moins y puiser, par contagion, des germes de discordes internes.

**REGARD DU SOCIOLOGUE DU DROIT :
UNE CULTURE FRANCOPHONE AU BRÉSIL ?
SOCIOLOGIE COMPAREE DES REGLEMENTS
ALTERNATIFS DES CONFLITS**

**par Wanda Capeller,
professeur des Universités, Institut d'études politiques de
Toulouse ; chercheur au Centre de Théorie et Analyse du Droit
(CNRS/Université de Paris X-Nanterre) ; membre du Comité de
rédaction de la revue *Droit et Société*, Paris ; Honorary Fellow,
Institute for Socio-Legal Studies, University of Wisconsin,
Madison ; membre de l'OAB (Ordre des avocats du Brésil)**

Existe-t-il une culture francophone au Brésil ? À cette question, quelque part flatteuse pour une personne de nationalité brésilienne qui se voit ainsi intégrée de plein pied dans une culture à caractère universel, il n'est néanmoins pas facile à répondre. On peut dire sans hésiter que les élites brésiliennes ont, à partir du XIX^e siècle, cherché en Europe, et plus particulièrement en France¹, les éléments théoriques et idéologiques susceptibles de revigorer une pensée ancienne, formée de longue date par la tradition ibérique. Les yeux tournés vers la France, ces élites intellectuelles y rencontraient une deuxième patrie : elles sont venues nombreuses en quête d'une

¹ Cf. Hermes LIMA, *Tobias Barreto (a época e o homem)*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2^e édition, 1957, p. 112.

pensée philosophique, politique et sociale susceptible d'orienter le Brésil vers les idéaux de la modernité. La culture française a été ainsi largement diffusée au sein de la société brésilienne, et la maîtrise de langue française était –et demeure envers et contre tout– un signe de raffinement intellectuel et d'élégance sociale. Par ailleurs, pour ces élites sociales et politiques, la France, a été, et pourrait être, si nécessaire, terre d'asile en cas d'exil politique.

Même si la révolution industrielle s'imposait en Europe, et qu'au Brésil les formes esclavagistes et patriarcales demeuraient dominantes, la recherche de modèles politiques, juridiques, culturels et sociaux a marqué la mentalité de générations de Brésiliens. Avec cette importation de modèles d'organisation sociale, les Brésiliens se trouvaient face à une « empirie adverse »² : ils devaient, en effet, concilier la réalité de l'esclavage avec des idéaux d'une société en évolution, plus égalitaire et plus juste. Or, en réalité, au Brésil, l'accès à la modernité se heurtait aux « inerties mentales »³, aux comportements patrimoniaux, à une culture politique autoritaire calquée sur le clientélisme, la politique de la faveur, du parrainage, de la valorisation de l'idée de *l'individuel* par opposition à l'idée du *collectif*⁴.

Du point de vue culturel et politique, l'adoption d'une pensée française, charnière entre tradition et modernité, était inéluctable. Déjà, les idéaux de la Révolution française planaient sur un pays où le débat républicain commençait à émerger, et sur une société où la République n'allait pas tarder à être proclamée (1889). La société brésilienne se transformait rapidement et fortement. Le vieux Brésil catholique, féodal, commandé par des seigneurs ruraux, installé à la

² Voir Maria Alice REZENDE DE CARVALHO, 1^{ère} de couverture – Rabat, dans Ricardo SALLES, *Joaquim Nabuco. Um pensador do Império*, Rio de Janeiro, Topbooks Ed., 2002.

³ Pour utiliser une expression de Michel VOVELLE, *Idéologies et Mentalité*, Paris, Maspero, 1982, p. 13.

⁴ Roberto DA MATTA, *Carnavals, bandits et héros. Ambiguïtés de la société brésilienne*, Paris, Seuil, 1983, p. 210.

Une culture francophone au Brésil ?

fois sur l'esclavage et sur le conformisme politique et social⁵, était en train de bouger. Même si le Brésil n'avait encore à cette époque ni classes moyennes ni prolétariat⁶, les villes se développaient, les premières industries surgissaient, des chemins de fer se construisaient⁷.

C'est des travaux d'Auguste Comte que s'inspire la génération brésilienne des années 1870 ; elle veut proposer un projet politique et social fondé sur la négation de la métaphysique, sur la dogmatique positiviste, sur une idéalisation utopique de la société⁸, qui n'envisageait le progrès qu'à travers l'Ordre. Dans ce débat, ont excellé les premières Écoles de droit, celles de Recife et de São Paulo, creuset d'où sortaient les dirigeants politiques. Cette génération importe de la France post-napoléonienne et de la Restauration, un dilemme crucial : celui de combiner *droit à la Liberté* –qui avait définitivement envahi l'espace politique– et *droit à l'Ordre*⁹.

Les écrits de Joaquim Nabuco en témoignent. Issu de l'aristocratie rurale, ce juriste, formé par les Écoles de Recife et de São Paulo, devient homme politique. Comme intellectuel, sa pensée anti-esclavagiste et abolitionniste radicale a marqué son époque. Il nous parle, dans ses Mémoires¹⁰, de l'influence de ce qu'il appelait les « quatre Évangiles » : Félicité Lamennais, Alphonse de la Lamartine, Camille Pelletan, Ernest Renan. Il indique également l'influence d'autres auteurs français, comme Mirabeau, Vergniaud, Edgar Quinet, Victor Hugo, Adolphe Thiers, Auguste Mignet, Louis Blanc. Or, il est vrai aussi que, plus tard, les déçus de la 1^{ère} République brésilienne (1889–1930), partiront à la recherche d'une « culture nationale brésilienne ».

Du point de vue social, à l'époque du 2^{ème} Empire (Pedro II), c'est jusque dans la vie quotidienne de la cour que se manifeste l'influence

⁵ Cf. Hermes LIMA, *Tobias Barreto (a época e o homem)*, p. 109.

⁶ *Id.*, p. 112.

⁷ *Id.*, p. 109.

⁸ *Id.*, p. 115.

⁹ Ricardo SALLES, *Joaquim Nabuco, Um pensador do Império*, *op. cit.*

¹⁰ Joaquim NABUCO, *Minha formação*, Editora Martin Claret, 2004.

française. Les manières françaises avaient envahi cette société qui vit en lien intime avec la France : la mode, la coiffure, les revues féminines, les journaux *Le Monde*, *Le Monde Illustré*, *La Saison* : tout cela venait directement de France¹¹ ! Cette marque, qui devient socialement profonde, est à mon sens ce qui permet de déceler encore aujourd'hui les traces de ce qu'on pourrait appeler une « francophonie spontanée ». La culture francophone s'est, en effet, de façon sous-jacente, intégrée à la culture brésilienne. Voilà pleinement justifiée notre présence dans ce colloque !

Quant au thème ici proposé, « Les règlements des conflits dans l'espace francophone », il est possible, en raison du traitement qu'il suppose en termes de comparaison, de mettre en relation, dans ce domaine, les apports propres de la culture socio-juridique française et ceux de la culture socio-juridique brésilienne.

Les règlements alternatifs des conflits

Le concept de *règlement alternatif des conflits* est issu de l'idéologie juridique contemporaine que l'on désigne sous le nom d'*informalisme*. Au milieu des années 1970, ce mouvement de pensée est apparu comme une remise en cause de la centralité des modes juridictionnels en matière de régulation sociale, au profit de modes informels, décentralisés, dé-professionnalisés. En fait, ce type de règlement fait appel à la participation active des parties à la résolution de leur conflit, et c'est pour cela que l'idée même de l'alternatif, de l'informel, renvoie à des pratiques moins autoritaires. Il ne s'agit pas d'une forme de contrôle social imposée par l'État, mais plutôt d'une pratique liée au consentement des individus.

On parle alors de l'existence d'un « droit alternatif », c'est-à-dire d'une forme de régulation juridique susceptible de combler les lacunes du droit en vigueur. On parle également de « justice alternative » pour désigner l'ensemble des pratiques ou des procédures, le plus souvent informelles, de résolution des conflits, qui impliquent habituellement l'intervention d'un tiers. Ce tiers, à l'aide

¹¹ Frédéric MAURO, *O Brasil no Tempo de Dom Pedro II (1831 –1889)*. São Paulo, Companhia Brasileira de Letras, 1991, p. 97.

Une culture francophone au Brésil ?

de techniques non juridictionnelles, pourra parvenir au règlement d'un conflit opposant deux ou plusieurs parties. Hors du cadre d'un droit étatique, c'est une forme de « justice » issue plus ou moins spontanément au sein de communautés, au gré des besoins de leurs membres, qui permet de résoudre pacifiquement les conflits sociaux. Ce type de « justice alternative » a pris de l'importance dans les sociétés avancées¹², multiethniques et multiculturelles, où les représentations du droit sont véhiculées par les différentes cultures, y compris par les diverses cultures juridiques, ce qui provoque des crises de la régulation par le droit.

On verra qu'en France, société multiethnique, marquée par le multiculturalisme, les règlements alternatifs des conflits apparaissent comme des possibilités d'accès au droit, d'amélioration des rapports entre certaines catégories de la population et l'État, ou encore entre la justice et les administrations (I). Au Brésil, en revanche, les règlements alternatifs de conflits correspondent à un besoin de construction de la citoyenneté, en raison notamment du fait que le droit ne répond pas aux demandes des populations défavorisées (II).

I – Les règlements alternatifs de conflits en France : accès au droit, amélioration des rapports entre la population et l'État

En France, aussi bien qu'au Brésil, la question de l'équité face au droit, celle de l'accès au droit sont au fondement des modes alternatifs de règlement des conflits. Cela diffère de la culture juridique nord-américaine, pour laquelle ce qui sous-tend ces pratiques n'est pas l'idée de l'accès au droit, mais celle de la distance entre le « droit des livres » et le « droit en action », conception héritée du *Réalisme*¹³ qui a encore une influence sur la sociologie juridique aux États-Unis.

¹² Anthony GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994.

¹³ Françoise MICHAUT, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », dans Paul AMSELEK (éd.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 265-280 ; *Ead.*, « Le Réalisme juridique américain : un moment de l'histoire de la doctrine juridique américaine ou davantage ? »,

En France, les modes alternatifs de règlement des conflits s'installent dans un contexte de plus grande complexité de la société : inflation législative, juridicisation croissante de la vie sociale, réponse d'un droit formaliste, centralisé, parfois inadapté aux évolutions de cette société. Cette crise de la régulation par le droit expliquera les besoins de création de structures juridiques de proximité, plus aptes à répondre aux demandes des exclus du droit. Ces structures mettent en avant les pratiques de médiation, même si l'État est parfois très présent, notamment lorsqu'il s'agit de la médiation pénale, où il joue un rôle dominant¹⁴.

Il faut noter, en outre, que, en France, il n'est plus possible de traiter de la même façon une demande faite par une personne étrangère. En effet, outre les handicaps liés à la langue, à l'écriture, ce sont toutes les représentations du droit qui diffèrent de celles de la société française. Dans ce contexte sociologique, certains modes de règlement alternatif des conflits se sont établis dans le cadre de la « médiation de quartier », qui regroupe des habitants issus de différentes communautés. Cela a permis le traitement des conflits entre communautés ; mais comme la France ne reconnaît pas l'existence des « communautés » comme telles, ce sont des termes plus nuancés, comme « médiation sociale » ou « médiation interculturelle »¹⁵, qui ont été utilisés pour spécifier ce mode de réponse.

A cette *demande plurielle de droit* ont tenté de répondre, à partir des années 1970, les « boutiques de droit » – qui ne sont plus légion. Implantées, elles aussi, dans les « quartiers », elles ont mis en place, également, une méthodologie d'intervention axée sur la médiation.

dans *Rechtstheorie*, 9/1986, p. 335-347 ; et sur le scepticisme à l'égard des règles, *Ead.*, « Le Rôle créateur du juge selon l'École de la 'Sociological Jurisprudence' et le mouvement réaliste américain... », dans *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987/2, p. 343-371.

¹⁴ Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, « Justice réparatrice et médiation pénale : deux modèles de régulation sociale ? » in M. JACCOUD, « *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences* » L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003.

¹⁵ *Idem.*

Une culture francophone au Brésil ?

Plus qu'une technique d'intervention, la médiation est ici, avant tout, un mode de « communication ». Une typologie de la médiation peut être ainsi dégagée de ces expériences. On parle de pratiques d'une « médiation-connaissance » qui permet aux usagers d'accéder à des informations juridiques ; de « médiation-traduction », lorsque l'intervenant joue un rôle de traducteur des demandes venant des administrations, tant le langage administratif et juridique utilisé par les institutions est mal ou pas du tout compris par les usagers ; ou encore de « médiation-gestion des conflits » à partir de la construction d'un lieu autonome de régulation des conflits qui soit une réelle alternative au modèle de régulation judiciaire ; ou enfin de « médiation interculturelle » où, effectivement, les boutiques de droit sont confrontées aux problèmes de représentation du droit véhiculés par les populations en fonction de leur culture d'origine¹⁶.

On voit que la prise en compte de la dimension socioculturelle constitue une variable importante. La médiation ne peut pas être réduite à une simple technique de gestion des conflits¹⁷. En réalité, en France, la médiation représente une nouvelle forme d'action, un nouveau modèle de régulation sociale qui implique avant tout une recomposition des rapports entre l'État et la société civile¹⁸. Cela conduit à l'examen de la conception culturelle de l'État lui-même, et de son rôle « providentiel »¹⁹.

II – Les règlements alternatifs des conflits au Brésil : la construction de la citoyenneté

L'importation du modèle alternatif français pour la compréhension des règlements alternatifs des conflits au Brésil présente quelques difficultés²⁰. Malgré le centralisme et l'étatisme de

¹⁶ Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT, « Les boutiques de droit », Dossier *La demande de droit*, dans *Informations sociales*, n° 22, 1992, p. 59-65.

¹⁷ *Id.*, *eod. loc.*

¹⁸ *Id.*, *eod. loc.*

¹⁹ *Id.*, *eod. loc.*

²⁰ Cf. Wanda CAPELLER et Eliane B. JUNQUEIRA, v° « Alternatif (Droit - Justice) : quelques expériences en Amérique latine », dans *Dictionnaire*

la société brésilienne, qui, d'une certaine façon, ne sont pas sans rappeler ceux de la France, les transpositions analytiques d'un pays à l'autre doivent se faire avec précaution. Il est besoin, avant tout, de prendre en compte les spécificités de la réalité politique et sociale latino-américaine.

Du point de vue politique, l'Amérique latine a connu, pendant les décennies 1970 et 1980, des dictatures militaires ou civiles qui ont ravagé le continent : paradoxalement –ou précisément pour cette raison– se développe fortement, à la même époque, la lutte pour les droits de l'homme. C'est alors que surgissent les premiers mouvements alternatifs au droit et à la justice. Au moment de la transition vers la démocratie (à partir de 1979 au Brésil), ces mouvements alternatifs font de ce qui était jusque-là une action en défense des persécutés politiques, une action politique envers les couches populaires à travers la socialisation du droit et la prise de conscience de la citoyenneté. Le dénominateur commun aux mouvements alternatifs latino-américains est alors, en effet, l'exclusion des couches populaires de tout processus de décision, qu'il soit politique, économique ou social.

On a vu qu'en France, les expériences alternatives traduisent une tendance à l'*informalisation* de la justice. Elles ont pour but la réduction de la sphère d'action de l'État, car la société civile se sent capable d'assumer une partie de la gestion des conflits sociaux. Dans les pays latino-américains en général, et au Brésil en particulier, cela se passe de manière différente : les formes alternatives de résolution des conflits apparaissent comme une conséquence de l'absence de l'État, ou de son incapacité à promouvoir l'accès au droit et à la justice.

Les années 1970 ont ainsi été marquées par de nombreuses études en sociologie du droit qui portaient du constat de l'absence de l'État dans la réponse aux problèmes sociaux, d'un nonaccès au droit et à la

Une culture francophone au Brésil ?

justice, et de l'émergence des formes de pluralisme juridique²¹. Ces études ont mis en avant la notion d'une « autre juridicité » capable de résoudre les conflits sociaux, en montrant notamment que l'alternative aux règlements des conflits est susceptible d'entrevoir un « autre État », plus démocratique, où la société civile prend de la valeur.

Cela veut dire que, à la différence de la France, par exemple, ou d'autres pays développés, où l'alternative au droit et à la justice est un mouvement à caractère « centrifuge » –partant de l'État, il va vers la société civile–, en Amérique latine et au Brésil, tout au contraire, il s'agit d'un mouvement à caractère « centripète ». Il part de la société civile pour atteindre l'État, avec pour perspective de proposer un nouvel ordre juridique. Par ailleurs, contrairement au modèle alternatif français, qui essaye de créer d'autres pôles de régulation sociale en dehors de l'État, les stratégies alternatives au Brésil ont été développées dans le but de construire l'espace public²², de s'approprier le pouvoir de dire le droit, et de conquérir le pouvoir judiciaire comme lieu de démocratisation de la justice.

Du point de vue théorique, une pensée critique alors à la mode dans certains pays, comme le mouvement français « Critique du droit », ou le mouvement *Critical Legal Studies* aux États-Unis, a été diffusée dans les milieux juridiques latino-américains par l'intermédiaire des certains « groupes de pointe » qui s'étaient formés notamment au Brésil, en Argentine et au Mexique. De même, on ne peut pas nier l'influence en Amérique latine du courant italien connu sous la dénomination « Usage alternatif du droit », dans la lignée des travaux de Pietro Barcellona²³. Les juristes alternatifs italiens

²¹ Cf. là-dessus Boaventura de SOUSA SANTOS, *Vers un Nouveau Sens Commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, Paris, LGDJ, 2004.

²² Eliane BOTELHO JUNQUEIRA, « O alternativo regado a vinho e a cachaça », dans Edmundo LIMA DE ARRUDA (sous la dir. de) *Lições de Direito Alternativo 2*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1992, p. 106.

²³ Sur tout ce qu'on vient d'évoquer, Critique du droit, *Critical Legal Studies*, Usage alternatif du droit, voir le *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, *op. cit.*

préconisaient dans les années 1970, une pratique juridico-politique dont le but était la transformation politique du social à travers un usage alternatif du droit propre à favoriser les classes opprimées.

Sous cette influence, les années 1980 ont vu émerger, au Brésil, un mouvement des juges qui, préoccupés de justice sociale, cherchaient à appliquer les lois de façon à favoriser les couches le plus démunies, fût-ce au prix de décisions *contra legem*. La radicalité de ce mouvement l'éloigne définitivement des propositions françaises, car, pour ces juges alternatifs brésiliens, l'idée était de « lutter pour l'ascension du peuple », même si cela impliquait de « rompre les limites de la légalité »²⁴. Ce mouvement des juges, développé principalement au sud du Brésil (dans l'État du Rio Grande do Sul), et ailleurs de façon plus isolée, a été très soucieux des conflits collectifs, notamment ceux qui concernaient l'occupation des terres.

Face à ce phénomène, connu comme le « Mouvement des Sans-Terre », les juges se trouvèrent devant un dilemme majeur : décider en faveur d'une « revendication légale » (la reprise des terres par les propriétaires) ou d'une soit disant « revendication juste » (l'expropriation des terres non cultivées au nom d'une justice sociale). Les décisions prises dans ce contexte idéologisé ont fait l'objet de critiques sévères de la part de l'ensemble de la magistrature, ce qui a limité peu à peu un tel usage alternatif du droit au Brésil.

Au Brésil, comme cela s'est passé en France, on voit alors apparaître des « services juridiques alternatifs » qui, par l'action d'avocats « militants », ne souhaitent pas œuvrer seulement par l'aide juridique individuelle, mais aspirent au renforcement des associations populaires²⁵. Ces dernières, porteuses des revendications des

²⁴ Amilton BUENO DE CARVALHO, « Lei N° 8.009/90 e o Direito Alternativo », dans Edmundo LIMA DE ARRUDA (sous la dir. de) *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo, Editôra Acadêmica, 1991, p. 57-58.

²⁵ Fernando ROJAS HURTADO, « Les services juridiques alternatifs en Amérique latine. Réflexions à propos des résultats d'une recherche », dans Wanda CAPELLER (sous la dir. de), Dossier *Transformations de l'État et changements juridiques : l'exemple de l'Amérique latine*, revue *Droit et société*, Paris, LGDJ, n° 22, 1992.

Une culture francophone au Brésil ?

populations défavorisées –les paysans, les indigènes, les femmes, les ouvriers, les enfants de la rue–, proposent des « services juridiques nouveaux » et veulent contribuer à l'émancipation des couches populaires²⁶.

Mais, si ce type d'action a prétendu à la construction d'un ordre social plus juste avec l'émergence d'un « droit des opprimés », « insurrectionnel », capable de bâtir un nouveau « droit des communautés » au travers de « services juridiques innovateurs »²⁷, venant à l'aide d'un « droit trouvé dans la rue »²⁸, force est de constater que, actuellement, ces expériences ou bien sont finies, ou sont retombées dans un lien avec le droit étatique. L'État, en effet, a étendu son pouvoir de contrôle sur ces populations.

Toute injustice dénoncée, exclusion, nonaccès au droit et à la Justice..., on se trouve face à une autre problème : l'accroissement notable de la criminalité urbaine. Là où l'on réalisait un travail de socialisation et d'accès au droit, dans les *favelas*, s'est installée aujourd'hui, et cela depuis les années 1990, une criminalité *systémique organisée* liée au trafic de drogues, et en premier lieu dans les villes les plus importantes du pays, comme São Paulo et Rio de Janeiro. La violence s'est considérablement accrue depuis l'avènement de la démocratie. Les statistiques officielles montrent une augmentation réelle de la criminalité violente dans les villes, et de surcroît le développement d'une telle criminalité organisée liée au trafic, notamment de drogues. Cette violence tous azimuts provoque une véritable « panique urbaine »²⁹. Désormais les populations urbaines se trouvent prises en otage, même hors des quartiers que nous dirions « sensibles » en français ; dans les grandes villes, tous s'imposent un

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ José Geraldo de SOUSA JUNIOR, *O Direito achado na rua*, Ed Universidade de Brasilia, 1987.

²⁹ Voir Maria Victoria BENEVIDES, « No fio da navalha : o debate sobre a violência urbana » dans *Temas IMESC. Sociedade, Direito, Saúde*, São Paulo, V. 2, n° 2, 1985, p. 71.

Wanda Capeller

« état de siège spontané », évitant de sortir le soir, rentrant si possible avant la nuit, restant chez soi après le travail.

En bref, actuellement, au Brésil, il y a peu d'espace pour le développement d'expériences alternatives. La réalité ne s'y prête pas. Ce sont maintenant plutôt des ONGs qui prennent la relève. Dans les *favelas*, auxquelles elles ont accès –soutenues par l'État auquel elles vont parfois jusqu'à se substituer– elles réalisent un travail susceptible de promouvoir la citoyenneté et l'accès au droit. Mais, en Amérique latine, des dérapages ont été constatés dès les années 80-90. On a vu, par exemple, les expériences alternatives en matière de résolution de conflits, telles que celles des « rondas campesinas » péruviennes, plongées dans une spirale de violence. La répercussion de cette violence dans la vie sociale a abouti à une *idéologie répressive d'assainissement*. L'inefficacité de l'État, le sentiment d'absence de sécurité ont conduit les populations brésiliennes à une réaction répressive, laissant peu d'espace à ce type de pratique.

*

* *

Pour conclure, on dira que l'importance de ces expériences de règlements alternatifs de conflits tient à ce qu'elles ont mis, en France et au Brésil, la question de la citoyenneté au cœur du débat sur l'État de droit. Elles ont contribué à révéler les clivages entre la démocratie formelle et les possibilités d'une démocratie réelle, plus participative. Ces pratiques alternatives ont permis également de dévoiler un certain nombre de difficultés institutionnelles, en mettant à l'ordre du jour les besoins d'une « réflexivité institutionnelle », telle qu'elle est préconisée par certains courants de la sociologie contemporaine³⁰. L'alternatif a aussi montré que l'État peut être plus flexible, même si ces démarches risquent de mener *in fine* à une extension du contrôle

³⁰ Ulrich BECK, Anthony GIDDENS, Scott LASH, *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem social Moderna*, São Paulo, Ed. Universidade Estadual Paulista, 1997.

Une culture francophone au Brésil ?

social³¹. Il n'empêche. Les droits de l'homme, clef de voûte des règlements alternatifs des conflits, se sont enracinés, depuis ces expériences alternatives, dans le débat politique et social. L'héritage de la France est préservé au Brésil, celui du rêve d'un pays des droits, d'une société plus juste !

³¹ Stanley COHEN, *Visions of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985.

**REGARD D'ASIE : EVOLUTION DU SYSTEME JURIDIQUE
THAÏLANDAIS : UN CROISEMENT DES
CULTURES JURIDIQUES
FRANCOPHONE ET
ANGLO-SAXONNE**

**par Vishnu Varunyou,
vice-président du Conseil d'Etat (Thaïlande)**

Dans le cadre du colloque de la CIFDUF au cours duquel des réflexions ont été menées autour de la question de savoir s'il existe une culture juridique francophone, j'aimerais apporter ma contribution en présentant succinctement le cas du système juridique de la Thaïlande qui est un croisement curieux des cultures juridiques francophone et anglo-saxonne. Ce mélange de cultures juridiques venues d'horizons différents, droit écrit d'une part et *Common Law* d'autre part, dans un pays qui possède aussi sa propre culture inspirée de la civilisation et des philosophies sino-indiennes, ne se passe pas sans beaucoup de problèmes surtout dans la vie quotidienne des praticiens du droit. Ainsi ne cesse-t-on de regretter, voire de condamner, « l'abus de l'usage de l'interprétation à la *Common Law* sur un texte qui est inspiré du code civil ».

I - Insuffisances du système juridique traditionnel du Siam face aux menaces colonisatrices des grandes puissances de la fin du XIX^e siècle

La fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle ont vu l'arrivée en masse des occidentaux en Asie et en Asie du Sud-Est. Les grands pays asiatiques, tels la Chine, l'Inde et le Japon, sont obligés de succomber aux exigences des grands empires britannique et français, et forcés d'ouvrir leur pays à la civilisation occidentale¹. Le Siam, bien qu'ayant pu échapper aux menaces colonisatrices des grandes puissances occidentales, s'est rendu compte de la nécessité du changement de son système administratif, juridique et judiciaire².

A - La désuétude du système juridique traditionnel

Au début du XX^e siècle, la nécessité d'une réforme juridique ne vient pas du fait qu'il manquait des lois. En fait les monarques légiféraient beaucoup. Les textes s'enchevêtraient et étaient difficilement accessibles et peu clairs. Plus grave encore, les étrangers répugnaient à s'y plier, considérant que ces lois étaient archaïques et peu adaptées aux nouvelles situations basées sur des relations économiques libérales.

L'ancien droit siamois était inspiré du droit indien mélangé à la tradition féodale de la société siamoise de l'époque. Le droit n'était pas le même pour tous. Ce système s'est avéré vite dépassé par le libéralisme imposé par les occidentaux.

¹ Tadakazu FUKASE, Yôichi HIGUCHI, *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon : Une approche comparative*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984, p. 12.

² En 1885, 11 hauts fonctionnaires, dont 4 princes, travaillant à la Légation siamoise à Londres et à Paris, écrivirent au roi Rama V (roi Chulalongkorn) une lettre contenant une proposition de réforme destinée à doter le Siam d'une constitution. A cette proposition, le roi Rama V répondit que l'heure n'était pas pour la réforme politique, mais que la réforme « administrative et juridique » s'avérait nécessaire. Voir *Proposition des Onze Fonctionnaires relative au changement dans la forme du gouvernement*, Bangkok, 1983, 5^e édition, 61 pages.

Evolution du système juridique thaïlandais

Les occidentaux ont introduit dans le pays un nouveau type de relations interpersonnelles et commerciales. Certains types de contrats commerciaux n'existaient pas dans le système juridique au Siam de l'époque. Ils n'étaient donc régis par aucune législation.

B - Une tentative d'adaptation

L'extraterritorialité juridictionnelle résultant des traités inégaux crée deux systèmes juridiques au sein d'un même pays : le droit traditionnel pour les indigènes et les droits étrangers pour les nationaux.

Pour parer à cette insuffisance, les occidentaux obligèrent donc le Siam à accepter de signer les traités inégaux créant l'extraterritorialité juridictionnelle en faveur de leurs ressortissants respectifs. La conséquence en est lourde car selon ce système il existait plusieurs droits dans un même pays. Et c'était considéré comme entraînant la perte d'une partie de sa souveraineté pour le Siam.

Des réformes ont été adoptées en vue de moderniser le système juridique. Une décision importante a consisté, en 1892, à entreprendre au Siam une réforme du système juridique pour satisfaire aux conditions posées par les grandes puissances occidentales qui exigeaient la modernisation du système juridique et judiciaire comme condition *sine qua non* de la révision des traités inégaux.

De jeunes Siamois furent envoyés en Europe et aux Etats-Unis pour poursuivre des études supérieures dans divers domaines : droit, médecine, ingénierie, agriculture. Parmi ces jeunes étudiants Siamois, le prince Rabhi, mieux connu plus tard comme le prince de Rachaburi, a choisi d'étudier le droit en Angleterre, et à son retour, fut nommé ministre de la Justice dans la nouvelle organisation administrative qui venait d'être mise en place par le roi Rama V. Le prince Rabhi jouait un rôle très important dans la formation des magistrats. Il créa l'Ecole de droit du ministère de la Justice où l'on enseignait le droit de la *Common Law*.

Le choix du système juridique se fit entre la *Common Law* et la codification. Vu le contexte de l'époque, au moment du choix du nouveau système juridique, le Siam aurait dû opter pour le système

de la *Common Law* car le droit britannique était mieux connu des juristes siamois. Mais le roi Chulalongkorn a penché vers la codification, pensant que le système du code civil est plus rationnel, plus clair et plus didactique pour les Siamois³. Plusieurs experts francophones y contribuent, notamment MM. Rolin Jacquemins, René Guyon, Rivières, de la Forgarde, Georges Padoux et Lévêques. Certains mots français, dont on ne pouvait pas trouver l'équivalent à l'époque, ont été adoptés, tels que « aval, avaliser » etc.

Après la Révolution de 1932 qui a renversé la monarchie absolue et qui a mis en place un régime démocratique, le gouvernement du nouveau régime accorda beaucoup d'importance à l'étude juridique et voulut que l'enseignement du droit soit plus conforme au nouveau système juridique qui venait d'être réformé. Sous l'influence de Pridi Banomyong⁴, l'Université des sciences morales et politiques (Université Thammasat) fut créée.

II - Malgré la codification, le système juridique thaïlandais est un mélange des deux systèmes du droit

A - Le droit thaïlandais reste en grande partie un droit écrit dans la lignée du droit romano-germanique.

L'essentiel du droit thaïlandais reste le droit écrit avec à la base les quatre codes principaux : code civil et commercial, code pénal, code de procédure civile et code de procédure pénale.

L'appartenance à la famille romano-germanique de droit entraîne aussi le dualisme droit public/droit privé. Cette distinction droit public/droit privé a été consacrée par la création récente d'une juridiction administrative séparée de la juridiction judiciaire. La naissance de cette juridiction administrative n'est pas sans difficultés

³ René GUYON, *Œuvre de Codification au Siam*, Paris, Imprimerie nationale, 1919.

⁴ Pridi Banomyong a fait ses études en France et obtint son diplôme de docteur en droit en 1927. Il devint en suite ministre, Premier ministre et régent. Après le coup d'Etat militaire en 1947 il prit l'exil en Chine et, puis, en France où il mourut en 1983.

Evolution du système juridique thaïlandais

car elle rencontre une opposition venant du côté des juges judiciaires habitués à la « rule of law » selon la théorie de Dicey.

B - Les composantes de la Common Law sont imposées par la globalisation et par l'application et l'interprétation du droit par les juges judiciaires

Si l'application et l'interprétation du droit en Thaïlande sont compliquées par le fait que les juges judiciaires introduisent la méthode anglo-saxonne, malgré les règles contenues dans l'article 4 du code civil et commercial thaïlandais, la globalisation économique, commerciale et monétaire impose directement dans notre système juridique les règles du droit anglo-saxon par le biais de la liberté contractuelle et surtout de l'insertion de la clause arbitrale, le droit applicable aux contrats et aux litiges étant souvent le droit anglais, américain ou australien.

REGARD D'AFRIQUE

**par Djedjro F. Meledje,
agrégé des Facultés de droit, doyen de la Faculté
de droit, Université de Cocody-Abidjan**

Il convient avant tout, de noter que par sa formulation même, le sujet exclut le règlement des conflits internationaux. Il s'agit donc de ne s'intéresser qu'aux conflits internes, mettant en exergue le rôle de l'Etat.

L'existence d'une culture juridique francophone dans le domaine des modes de règlement des conflits suppose au préalable la mise en commun ou le partage d'un certain nombre d'idées et d'institutions se rapportant notamment à la substance des règles, à la nature des institutions compétentes, à la logique de fonctionnement de celles-ci. La construction d'une communauté culturelle, que ce soit dans le domaine du droit ou dans une autre matière, dans le monde francophone ou dans un autre espace, procède de diverses méthodes. Elle peut se faire soit par le mimétisme ou la transposition d'un modèle (il s'agit en général le modèle dominant ou attrayant, en l'occurrence le mode de règlement issu du système romain, le droit français), soit la mise en commun de principes à travers la convergence de pratiques plurielles par lesquelles chacune des composantes de la communauté se reconnaît.

La deuxième table ronde de la présente conférence s'est chargée de dégager les éléments qui concourent à l'existence éventuelle de règles juridiques communes à l'espace francophone ainsi que les modes de construction de cet ordre juridique. Sujet évidemment délicat qu'est celui de l'existence d'un ordre juridique qui plus est, dans une sphère géographiquement éclatée et culturellement plurielle. En espérant pouvoir réduire les difficultés pratiques et théoriques qu'implique l'interrogation sur la problématique de la régulation des conflits dans l'espace francophone, c'est à la zone (forcément réduite) des Etats de l'Afrique subsaharienne que nous choisissons délibérément de nous référer. Dans certains pays d'Afrique subsaharienne, la question de la régulation est rendue encore plus complexe en raison de la superposition de plusieurs codes sociaux dont certains sont tirés de la religion¹. Il est hors de question de nous aventurer sur ces chemins encore plus tortueux. La problématique de l'existence parallèle ou alternative du droit traditionnel ou coutumier et du droit moderne, de la justice traditionnelle coutumière et de la justice moderne en Afrique noire a fait l'objet de plusieurs analyses sérieuses auxquelles on pourrait utilement se référer².

D'un point de vue juridique, on pourrait se permettre d'opérer un choix, peut-être par souci de simplicité ou de commodité, consistant à ne retenir que la période post-coloniale, là où justement les nouveaux Etats africains, revendiquant l'indépendance, se sont positionnés en qualité de maîtres du jeu dans la détermination des règles en vigueur, y compris celles relatives au règlement des contentieux.

Rendre justice est incontestablement un attribut de l'Etat, une manifestation de sa souveraineté. Le règlement des conflits dans tous les systèmes juridiques aujourd'hui relève essentiellement des

¹ Adamou OUMAROU, « Interférences de la loi, la coutume et la « charia » islamique devant les juridictions nigériennes », *Penant* 1979, p. 129 et s.

² Voir les contributions de Pierre-Louis AGONDJO-OKAWE, « Domaines d'application des droits traditionnels » et Pierre BOUREL, « Les conflits de droits », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Les nouvelles Editions Africaines, Abidjan, Dakar, Lomé, 1982, t. 1 ; Pierre LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », *Penant* 1979, p. 245 et s.

Regard d'Afrique

organes étatiques ; et le droit dit par le juge est le droit de l'Etat. Entre la justice moderne et la justice traditionnelle ou coutumière, y a-t-il, ainsi que le suggère le thème de la table ronde, coexistence ou alternative entre la régulation étatique et la régulation traditionnelle dans les Etats africains ?

A l'observation, on réalise que justice traditionnelle ou coutumière et justice moderne sont autonomes (I) ; mais il existe entre elles des relations qui peuvent être conflictuelles (II).

I – Deux modèles autonomes de régulation

En général, dans les Etats qui l'ont adopté, ce parallélisme entre justice moderne et justice traditionnelle s'est reproduit dans la continuité de l'avènement des nouveaux Etats à la souveraineté. Ce parallélisme repose tout simplement sur l'idée de coexistence de recours distincts (A), chacun étant sous-tendu par une logique propre de fonctionnement (B).

A - Des recours distincts

La cohabitation entre la justice traditionnelle ou coutumière et la justice moderne est d'abord une question de choix qu'un système juridique étatique opère dans la recherche de ce qu'il considère comme étant la meilleure forme de régulation sociale (1). Ensuite seulement, la distinction résulte du choix fait par les acteurs du système juridictionnel (2).

1 - La distinction des recours, un choix de politique juridique de l'Etat

Pendant la période coloniale, dans la plupart des territoires sous colonisation française, était en vigueur un dualisme institutionnel et normatif dans le système de régulation des conflits³ ; d'un côté, les

³ Guy A. KOUASSIGAN, « Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone », Paris, Editions A. Pedone, 1974. Sur les exemples de quelques Etats africains, voir : Jean BOSQUET-DENIS, « Les institutions judiciaires congolaises », *Penant* 1979, p. 417 et s. ; Kargougou MOUSSA, « La justice en Haute-Volta », *Penant* 1964, p. 49 et s. ; Marcel NGUINI, « Le divorce en droit coutumier

conflits soumis à la juridiction des tribunaux traditionnels ; de l'autre, ceux qui relèvent des tribunaux de type occidental. La distinction entre ces deux espaces juridictionnels dépendait en général du statut juridique des justiciables : les tribunaux coutumiers pour les indigènes, c'est-à-dire les personnes soumises au statut local et auxquelles on appliquait le droit coutumier ; la justice moderne pour les citoyens français auxquels on appliquait les codes civil et pénal ainsi que le droit public français. La mise en place de la justice dite moderne étant significative de la colonisation, c'est-à-dire un processus de transposition d'un mode de pensée et d'un système social (notamment juridique), en vue prétendument de mettre en valeur le territoire concerné et d'apporter la civilisation aux populations visées ; M. Koffi-Amega peut noter à la suite d'autres auteurs que : « lorsque les puissances étrangères s'étaient établies en Afrique, elles y ont apporté non seulement leurs systèmes politiques mais aussi leurs systèmes juridiques considérés comme supérieurs aux systèmes traditionnels⁴. »

A l'accession à l'indépendance, certains Etats, comme la Côte d'Ivoire, ont choisi d'abolir purement et simplement les juridictions traditionnelles, en excluant l'idée de coexistence de la législation moderne avec les lois traditionnelles⁵. D'autres Etats qui avaient opté pour la dualité de juridiction moderne/traditionnelle, ont bien plus tard renoncé à cette coexistence, quelquefois sous l'effet de l'adhésion à une idéologie politique nouvelle telle que le marxisme-léninisme, au Congo-Brazzaville⁶.

Lorsque les bases du système juridictionnel sont posées et qu'elles admettent la possibilité d'une coexistence du droit moderne avec le

camerounais », *Penant* 1979, p. 5 et s. ; NKOUEJIN YOTNDA, « Soliloque sur certains problèmes soulevés par l'organisation judiciaire de la République du Cameroun », *Penant*, 1976, p. 5 et s.

⁴ Louis KOFFI AMEGA, « Dix ans de Droit en Afrique », *Penant* 1972, p. 285 et s.

⁵ Pierre LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », *op. cit.*

⁶ Augustin ILOKI, « Les Tribunaux Populaires en République Populaire du Congo », *Penant* 1985, p. 107 et s.

Regard d'Afrique

droit traditionnel, du juge moderne avec le juge de droit local pour régler les différends, les acteurs du système juridictionnel font leur option.

2 - La soumission à l'un ou l'autre mode de régulation, un choix des acteurs du système juridictionnel

Dans les Etats où fonctionne le parallélisme des deux modes de régulation des conflits, les recours devant les juridictions modernes sont séparés et distincts des actions présentées en vertu du droit coutumier ou du droit traditionnel. La coexistence justice traditionnelle ou justice de droit coutumier et justice moderne se traduit selon les législations et l'interprétation des juges soit par l'option faite par les parties à l'affaire, soit par l'application d'office d'un mode de régulation par le juge.

Dans les pays africains qui ont conservé à l'indépendance la dualité de statuts juridiques, et quelle que soit l'option faite, on peut, en suivant les motivations de la Cour d'appel de Bangui, dans un arrêt de 1963, « relève[r] qu'il n'existe aucune prééminence d'un statut sur un autre⁷. » Ce qui, il faut le préciser, n'était pas le cas sous la période coloniale. Cela ne signifie pas pour autant que le législateur dans les Etats africains choisit de renoncer à la préférence qu'il accorde au droit moderne.

Les juges, en général ceux des Cours suprêmes, estiment que les parties à un procès ont, sur la base de la législation existante, la liberté de choisir entre l'application du droit coutumier ou le recours au droit moderne. On se trouve ici dans une situation de conflit de statuts juridiques dans laquelle les sujets de droit ont la possibilité de renoncer -si cela est possible- à l'un des statuts ou alors de choisir un statut parmi ceux en vigueur⁸. Ainsi, dès l'instant où le droit coutumier est invoqué par l'une au moins des parties au procès dans le cadre de l'application du droit privé -même lorsque le contrat a été

⁷ Cour d'appel de Bangui, 5 juin 1963, *Penant* 1964, p. 213 et s.

⁸ Théodore ACOUETEY, « Unité ou dualité de statuts dans le droit de la famille au Togo », *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, 1967, p. 34 et s.

conclu en vertu du droit moderne et à l'étranger, y compris en France- le juge applique le droit coutumier⁹. Mais l'invocation d'un statut juridique coutumier ou moderne devant le juge ou la renonciation à un tel quelconque ne peut se faire de manière arbitraire¹⁰.

Cette démarche a des incidences juridiques, y compris sur la compétence du juge de cassation. La chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin, en sa section civile traditionnelle a rejeté un pourvoi en cassation d'une décision de la Cour d'appel de Cotonou rendue en janvier 1976 et fondé sur des dispositions du code civil moderne au sujet d'un conflit lié à la recherche de paternité et ce, parce que « le juge de fond avait justement fait application des dispositions précises du droit coutumier. » Le raisonnement de la Cour suprême est que « La matière traditionnelle étant distincte du droit civil moderne, la chambre de droit traditionnel qui a connu l'affaire a motivé son arrêt sur le droit traditionnel notamment les dispositions du décret organique du 3 décembre 1931 ;

Que l'arrêt querellé ne s'étant pas fondé sur les dispositions du code civil moderne, il ne saurait lui être reproché d'avoir violé ou mal appliqué l'article 340 alinéas 1, 2 et 4 du code civil¹¹. »

Dans les cas cités, on pense que le juge aurait tout aussi pu bien faire application du droit moderne. Dans les Etats africains concernés, le juge ne se contente pas d'appliquer exclusivement le droit coutumier ; bien au contraire. Lorsque l'activité juridique établie en vertu de la coutume, n'a pas été consacrée par le droit moderne¹² (tel est le cas du mariage coutumier), ou lorsque l'affaire est portée devant les juridictions traditionnelles ou tribunaux de droit local¹³, le juge applique quelquefois de façon systématique le droit coutumier.

⁹ Cour suprême du Dahomey, 23 mars 1971, *Penant* 1975, 106 et s. ; Cour suprême du Gabon, 27 mars 1972, *Penant* 1973, p. 103 et s.

¹⁰ Cour d'appel de Bangui, 5 juin 1963, *Penant*, 1964, p. 213 et s.

¹¹ Cour suprême du Bénin, chambre judiciaire, section civile traditionnelle, Arrêt n° 001/CJ-CT du 14 janvier 2000, Octavien COFFI c/ GBAGUIDI Michel-GBAGUIDI Angèle. www.juricaf.org.

¹² Voir : Cour d'appel de Madagascar, 9 février 1972, *Penant*, 1975, p. 240 et s. Il s'agissait d'un mariage coutumier non consacré par le mariage civil.

¹³ Voir Cour suprême du Congo, 19 janvier 1973, *Penant* 1979, p. 83 et s.

Regard d'Afrique

Si, pour une raison ou une autre, le juge est amené à appliquer une ou des coutumes aux parties à un procès, il est tenu d'énoncer complètement la coutume appliquée ; faute de quoi, la décision est considérée comme étant irrégulière¹⁴. C'est là une exigence liée à l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles, exigence encore plus forte dans un contexte de pluralisme juridique, pour ne pas dire de diversité de coutumes et de traditions surtout lorsque les parties au procès ne relèvent pas du même système juridique coutumier.

B - Des logiques de fonctionnement distinctes

Justice traditionnelle et justice moderne en Afrique francophone évoluent selon des logiques autonomes ; et même sans envisager de les voir opposées, on peut imaginer la perplexité dans laquelle on se trouve à déterminer le droit applicable. Il est donc aisé de comprendre les hésitations, les ambiguïtés et les errements de la jurisprudence, y compris celle du juge moderne¹⁵. Une distinction est certes perceptible entre les deux modes de règlement (1) ; mais elle est quelque peu atténuée (2).

1 - Une distinction perceptible

L'autonomie de fonctionnement entre justice traditionnelle et justice moderne se manifeste à plusieurs égards. Nous en retiendrons deux aspects.

¹⁴ Cour suprême du Cameroun, 10 juin 1976, *Penant* 1979, p. 82 ; Cour suprême du Cameroun, section de droit traditionnel, Arrêt n° 32/L du 29 décembre 2004, Mme veuve MAKEMBE née NGOBO Esther c/ Charles EKAMBI NDOUBE. www.juricaf.org ; Cour suprême du Congo, 19 janvier 1973, *Penant* 1979, p. 83 et s. ; Cour suprême de Côte d'Ivoire, 26 mars 1971, EGN Y Ossohou François c/ CHAYE Elisabeth, *Penant* 1975, p. 520.

¹⁵ Notamment en ce concerne le droit de la famille, voir Guy A. KOUASSIGAN, « Quelle est ma loi ? » *op. cit.*, p. 109 et s. Voir par ailleurs : Maurice KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », in Jean du BOIS de GAUDUSSON (sous la direction de), « La justice en Afrique », *Afrique contemporaine*, n° 156 (spécial), p. 57 et s.

D'abord en ce qui concerne le droit applicable. Le droit public est hors de portée de la justice traditionnelle – au sens où cette justice est reconnue ou tolérée par les pouvoirs publics. Même quand on évoque la justice pénale traditionnelle, relevant pourtant du contentieux de l'application d'une matière dite mixte, le droit pénal, c'est au passé¹⁶. A la lecture de la jurisprudence publiée par le *Recueil Penant* ainsi que celle publiée dans la base de la jurisprudence de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)¹⁷ et il apparaît que seules les questions du droit privé (mariage, successions, libéralités, droit foncier) intéressent la justice traditionnelle ou coutumière.

Le droit public est un droit d'autorité. Ici, l'Etat africain « moderne » est présent ; il doit et il veut affirmer sa modernité, son autorité. Il ne peut donc pas y avoir deux lois, deux justices en droit public. Au contraire, le droit privé est un droit de liberté contractuelle ; dans un contexte de pluralisme juridique, on peut revendiquer ou imposer l'application de l'un ou l'autre système juridique.

Ensuite la finalité recherchée. Pour simplifier, nous pouvons dire que la justice traditionnelle est en général une justice de conciliation et de compromis ; elle repose sur la recherche de la cohésion sociale¹⁸. A l'opposé, la justice moderne tranche les différends, établit les torts et les responsabilités.

¹⁶ C. DURAND, « Le vol dans les anciennes coutumes pénales du Tchad », *Penant* 1975, p. 450 et s.

¹⁷ www.juricaf.org. C'est à la suite de l'exposé du président Pierre GUERDER, directeur du projet Juricaf, et avec son aimable proposition de permettre aux participants de la Conférence de Toulouse d'avoir gracieusement accès à la base d'informations de Juricaf, que nous avons pu consulter quelques arrêts supplémentaires se rapportant au sujet. Nous tenons à renouveler nos sincères remerciements au président Pierre GUERDER.

¹⁸ Octave Nicoué BROOHM, « De la gestion traditionnelle à la gestion moderne des conflits : Repenser les pratiques africaines », *Ethiopiennes. Revue Negro-Africaine de littérature et de philosophie*, n° 72, 1^{er} semestre 2004, p. 41 et s. ; Alain MIGNOT, « La justice traditionnelle, une justice parallèle. L'exemple du Sud-Togo », *Penant* 1982, p. 5 et s.

Regard d'Afrique

2 - Une distinction atténuée

Cette opposition entre justice traditionnelle coutumière et justice moderne est certainement relativisée en certains points. D'abord pour ce qui est de la procédure et du contentieux qui trouve des lieux de convergence aujourd'hui, notamment à travers la prolifération des modes alternatifs de règlement des conflits¹⁹ et leur adoption par les systèmes juridiques africains ; ce qui permet de dire que le justiciable africain redécouvre les voies négociées de règlement des conflits²⁰. Aussi, il est demandé au juge en Afrique de commencer le règlement du litige à lui soumis par une tentative de conciliation²¹.

Ailleurs, la justice alternative est voulue par l'Etat dans le but de rendre la justice plus efficace ; en Afrique, cette justice alternative s'impose d'elle-même ; elle est ancrée dans la culture juridique²².

Des interférences sont également possibles entre ces deux formes de justice par le fait que, dans certains Etats, des recours contre les décisions des tribunaux de droit local ou ceux qui se prononcent sur la base des principes coutumiers sont possibles devant le juge moderne. Certaines décisions jurisprudentielles ont même laissé entrevoir que les conventions conclues sous le régime du droit

¹⁹ Eugène ASSI ASSEPO, « Les modes extrajudiciaires de règlement des litiges en Côte d'Ivoire », *Verfassungsunrecht in Ubersee*, 33. Jahrgang – 3 Quartal 2000, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden p. 304 et s. Voir également numéro spécial consacré aux modes alternatifs de règlement des conflits par la *Revue Internationale de Droit Comparé*, avril-juin 1997, n° 2 Voir également le dossier *Modes alternatifs de règlement des litiges* publié dans *Actualité Juridique Droit Administratif*, 20 janvier 1997.

²⁰ Etienne LEROY, « Le justiciable africain et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits », in Jean du BOIS de GAUDUSSON (sous la direction de), « La justice en Afrique », *op. cit.*, p. 111 et s.

²¹ Filiga Michel SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », in Universités francophones, *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Editions AUPELF-UREF, 1994. p. 298.

²² Mutoy MUBIALA, « L'individu devant la justice au Zaïre (De l'arbre à palabres aux cours et tribunaux) », *Penant* 1992, p. 182 et s.

coutumier peuvent être en partie modifiées par les parties par adjonction de règles de droit moderne²³.

La souplesse de la justice traditionnelle n'enlève rien à la rigueur nécessaire dans le raisonnement juridique ainsi qu'il est dans la justice moderne. Ainsi qu'il est en droit foncier, et mieux encore dans le régime coutumier, une vente d'immeuble effectuée par l'un des indivisaires sans l'accord express des autres est nulle²⁴. De son côté, la Cour suprême du Bénin se fondant sur le principe selon lequel en cas de pluralité d'acquéreurs en matière immobilière, la propriété est acquise au premier acquéreur en date, décide : « est seule valable la première vente conclue par le propriétaire d'un immeuble de droit traditionnel, même si le même propriétaire a revendu la même parcelle à d'autres acquéreur successifs avec des titres de même valeur²⁵. »

De même, le juge moderne sait éviter les pièges du formalisme juridique abusif dans lequel certains requérants, espérant trouver refuge dans le droit moderne, veulent l'enfermer dans l'appréciation de la validité de certains actes accomplis en vertu du droit coutumier. Dans un pourvoi en cassation devant la Cour suprême de Côte d'Ivoire, le requérant prétendait que le mariage célébré conformément à la coutume, n'existait pas parce qu'il n'avait pas été déclaré ; la réponse de la haute juridiction a été simple et claire : « si l'article premier de la loi 64-381 du 7 octobre 1964 et l'article 10 de la loi 64-382 du 7 octobre 1964 envisagent la déclaration à l'état civil des mariages célébrés conformément à la tradition antérieurement à la date d'entrée en vigueur des lois nouvelles, c'est uniquement en vue

²³ Cour suprême du Gabon, 5 mai 1975, *Penant* 1979, p. 472 et s.

²⁴ Cour suprême du Congo, 27 juillet 1973, *Penant* 1979, p. 339 et s.

²⁵ Cour suprême du Bénin, chambre judiciaire, section civile traditionnelle, Arrêt n° 007/CJ-CT du 24 avril 1998, LANIGAN Moutiou c/ OKETOKOUN Nourou. www.juricaf.org

Regard d'Afrique

de leur donner date certaine ; une telle formalité n'intéressant pas l'existence du mariage qui peut être prouvé par tous moyens.»²⁶

Autonomes, justice coutumière et justice moderne peuvent entretenir des relations plutôt conflictuelles.

II – Deux modèles conflictuels de régulation

Tant qu'on les fait cohabiter, la justice traditionnelle-coutumière et la justice moderne peuvent être considérées comme n'étant pas opposées l'une à l'autre. Mais dès que les relations entre elles se perçoivent en termes de préséance de l'une par rapport à l'autre, elles deviennent conflictuelles. Il naît un conflit dans la régulation du conflit ce qui peut être préjudiciable à la fonction sociale de régulation par les organes habilités. La justice moderne prend par conséquent de l'ascendance ; ce qui est d'ailleurs la tendance (A). Mais il se trouve par ailleurs que la justice traditionnelle coutumière manifeste quelque résistance (B).

A - L'ascendance de la justice moderne

Malgré le procès qui est fait à la justice moderne dans les Etats africains francophones²⁷, elle se consolide et connaît même une montée en puissance. Cette évolution est due à une volonté d'unification du système juridique (1) ; ce qui est accentué par certaines dérives de la justice coutumière (2).

1 - L'unification du système juridique

Michel Virally écrit à propos du droit légiféré que « la loi est fondamentalement un mode de formation du droit autoritaire et centralisé. Elle suppose non seulement l'existence d'une norme conférant le pouvoir législatif, mais encore d'un développement très

²⁶ Cour suprême de Côte d'Ivoire, 26 mars 1971, EGYN Ossohou François c/ CHAYE Elisabeth, *Penant* 1975, p. 520. Voir également Cour d'appel d'Abidjan, 7 avril 1975, *Penant* 1979, p. 201 et s.

²⁷ Prosper NKOU MVONDO, « La crise de la justice de l'Etat en Afrique noire francophone. Etudes des causes du « divorce » entre la justice et les justiciables », *Penant* 1987, p. 208 et s.

poussé de l'organisation juridique et un progrès des représentations sociales sans lesquelles son existence serait inconcevable... Le pouvoir législatif est, au moins potentiellement, un instrument de libération. Il fournit, en effet à la société le moyen d'échapper en partie aux déterminismes sociaux, historiques ou sociologiques, qui pèsent lourdement sur le droit coutumier, de soumettre son propre développement à des prévisions et des décisions humaines. »²⁸

La réflexion de ce grand juriste français permet de mieux saisir l'intérêt accordé par les Etats africains au droit légiféré. Par ce procédé, ils affirment -sans doute imparfaitement- une double autonomie. Autonomie législative vis-à-vis de l'ancienne puissance coloniale, même si l'idée de continuité législative est inscrite dans les nouvelles constitutions et si par ailleurs des juristes de l'ancienne métropole sont sollicités pour faire oeuvre de jurisconsultes. Autonomie vis-à-vis de traditions et coutumes locales plurielles, souvent opposées.

Dans des domaines très sensibles tel que celui de la rupture du lien matrimonial, les principes du droit moderne sont sollicités pour corriger les malfaçons du droit traditionnel²⁹. La montée en puissance de l'Etat moderne en Afrique conduit inéluctablement à un affaiblissement du droit coutumier et à une marginalisation de la justice traditionnelle³⁰. En choisissant servilement d'appliquer le droit coutumier, on assisterait à une forte disparité de régimes juridiques en vigueur dans le même pays³¹. Les dérives de la justice coutumière ne peuvent que faciliter cette évolution.

²⁸ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, p. 153.

²⁹ Marcel NGUINI, « Le divorce en droit coutumier camerounais », *op. cit.*

³⁰ Voir Pierre-Louis AGONDJO-OKAWE, « Domaines d'application des droits traditionnels » et Pierre BOUREL, « Les conflits de droits », *op. cit.* ; Alain MIGNOT, « La justice traditionnelle, une justice parallèle. L'exemple du Sud-Togo », *op. cit.*

³¹ R. VERDIER, « Problèmes fonciers voltaïques », *Penant* 1964, p. 263 et s.

Regard d'Afrique

2 - Les dérives de la justice coutumière

Certains aspects du droit coutumier sont difficilement conciliables avec les principes qui régissent le commerce juridique actuel. En elles-mêmes, certaines pratiques coutumières telles que les prérogatives familiales du chef du clan dans le Bas-Dahomey, sont si éloignées des principes de base du droit privé moderne, et sont même source de difficultés et de heurts entre les membres du clan, que les nouvelles autorités politiques, ont dès l'accession à l'indépendance décidé de les abroger³².

La justice moderne constitue ainsi un précieux recours pour des sujets de droit que le droit coutumier aurait enfermés dans une situation irréversiblement défavorable. La justice coutumière a quelquefois suivi aveuglement les dérives de pratiques traditionnelles nocives ; ainsi, le Tribunal de première instance de Kinshasa avait en 1973 décidé l'action en justice d'une dame irrecevable au motif que, mariée sous le régime coutumier, elle devait obtenir l'autorisation maritale pour avoir la capacité d'ester en justice dans un contentieux commercial. Heureusement, la Cour d'appel de Kinshasa rétablit la dame Mayindu dans son droit fondamental d'accès à la justice³³.

Le secours du droit moderne peut se manifester quelquefois de façon fortuite, mais avec l'efficacité nécessaire. Le Tribunal de Ouagadougou, à l'occasion d'une action pénale intentée contre la dame Kaba Zénabou pour abandon de domicile conjugal, a constaté que l'intéressée « avait été donnée en mariage au sieur Agroupiou Ada en 1956, alors qu'elle n'était âgée que de treize ans et ne pouvait consentir valablement audit mariage. » Il a par conséquent décidé que cette union matrimoniale est frappée d'une nullité d'ordre public et donc la poursuite pour abandon de domicile conjugal contre la dame manque de base légale³⁴.

La justice traditionnelle est certes critiquée ; elle résiste encore.

³² Adrien HOUNGBEDJI, « Le chef du clan et le droit de la famille dans les coutumes du Bas-Dahomey », *Penant* 1967, p. 603 et s.

³³ Cour d'appel de Kinshasa, 21 août 1974, *Penant* 1976, p. 114 et s.

³⁴ Tribunal de Ouagadougou, 21 novembre 1963, *Penant* 1964, p. 575.

B - Les résistances de la justice traditionnelle-coutumière

Malgré ses méthodes et ses procédés quelquefois cavaliers, la justice traditionnelle est considérée comme étant par certains côtés, salvatrice³⁵.

Face aux défaillances de la justice moderne, notamment en ce qui est de l'accessibilité à la justice moderne, la justice traditionnelle est toujours d'un secours non négligeable³⁶. Il arrive même que la justice moderne s'aventure sur des terrains sur lesquels elle est logiquement dépourvue de moyens ; tel est le cas de la répression de la sorcellerie. Ici, les prouesses de la justice traditionnelle coutumière sont d'un recours certes diversement appréciable.

*

* *

Peut-on clairement envisager la formation d'une culture juridique francophone à laquelle participent les Etats d'Afrique subsaharienne dont certains sont aujourd'hui adossés ou confrontés à la coexistence de plusieurs ordres de régulation ? A la vérité, peu d'Etats maintiennent la dualité des modes de régulation justice moderne (étatique)/justice traditionnelle ou coutumière à laquelle l'Etat donne son onction. On peut donc penser que la constitution de la culture juridique francophone passe par la voie du dépérissement du droit traditionnel et par conséquent de la justice traditionnelle, et la création d'un droit d'osmose entre les pays de la sphère francophone. Mais n'oublions pas qu'il existe par ailleurs des juridictions traditionnelles en marge de l'Etat³⁷.

³⁵ Mamadou FADIKA, « Le droit, les sorciers, magiciens, féticheurs et marabouts », *Penant* 1975, p. 439 et s. ; Maryse RAYNAL, *Justice traditionnelle- Justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, Editions L'Harmattan, 1994.

³⁶ Filiga Michel SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *op. cit.* p. 295 et s.

³⁷ Pierre-François GONIDEC, « Réflexion sur l'Etat et le droit en Afrique », *Penant* 1984, p. 16 et s.

Regard d'Afrique

La culture juridique dans les Etats africains doit se consolider, même dans la cohabitation avec le droit traditionnel avant de trouver ses marques dans la culture juridique francophone.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

par Francis Delpérée,
sénateur, professeur à l'Université catholique de Louvain

Monsieur le Président,
Mes chers collègues,
Mes chers amis,

Nous voici au terme de nos travaux. Il est temps de conclure.

La mission que vous m'avez confiée est redoutable. « Comme tout rapport de synthèse à chaud », me direz-vous. « Et puis, vous n'en êtes pas à votre coup d'essai », ajouterez-vous sans ménagement. C'est vrai. Mais, en ce moment précis, les embûches me paraissent plus redoutables que d'habitude. Et ceci, pour deux raisons. L'une fonctionnelle, l'autre personnelle.

La raison fonctionnelle saute aux yeux. Nos travaux ont, très vite, pris des directions multiples –la langue (en réalité, les langues), la norme (les normes...), le conflit (les conflits...)– Nous avons inventorié un champ scientifique large.

Le champ thématique était étendu. Le champ méthodologique l'était tout autant. Nos travaux ont permis à des spécialistes de plusieurs disciplines de s'exprimer ; mieux : de confronter leurs points de vue sur un même sujet –des historiens, des sociologues, des philosophes, des juristes...-.

Sans oublier le champ proprement géographique. Nos travaux ont associé, ce qui est normal à la CIFDUF, des hommes et des femmes venus d'horizons distincts -l'Europe, l'Afrique du Nord, l'Afrique centrale, l'Asie, l'Amérique-.

Ces perspectives plurielles ont fait l'originalité, le charme et j'ose dire la richesse de nos journées. *In fine*, il est demandé à un pauvre juriste, perdu dans ses codes et dans ses décisions de justice, d'opérer ou plutôt de chercher à opérer une synthèse de ces contributions. Quel défi ! Le juriste se rassure en se disant que le dernier mot reviendra à un anthropologue, venu des antipodes par surcroît.

La raison personnelle est autre. Elle réside, comme il se doit, dans le for intérieur. Depuis des années, j'ai été associé aux travaux de la CIFDUF, de l'IDEF ou de l'Association Henri Capitant, sans perdre de vue un ensemble de contacts universitaires, bilatéraux ou multilatéraux.

A l'occasion de ces rencontres, je me suis toujours attaché à privilégier une perspective claire. Je suis parti d'un postulat, celui de l'existence d'une culture juridique francophone. C'était, je le reconnais, un acte de foi plutôt qu'un constat scientifique. Mais je m'y suis tenu.

Je suis donc venu à Toulouse avec un brin d'inquiétude. Allais-je trouver dans nos travaux la confirmation d'une première intuition ? Allais-je, au contraire aboutir à la solution inverse ? Ce qui m'aurait amené à déchanter. Ce qui m'aurait forcé à faire devant vous amende aussi honorable que possible. Ou peut-être, troisième solution, sera-t-il permis de trouver de la diversité dans l'unité ou de trouver quelques éléments d'unité dans un paysage diversifié ? Jean du Bois de Gaudusson l'a dit (je ne sais si c'était de manière réaliste ou désabusée) : « Il faut accepter la diversité ».

Et l'on voudrait que je ne sois pas stressé...

Pour remplir la tâche que vous m'avez confiée, je voudrais esquisser quelques réflexions. Elles porteront sur trois thèmes. Celui de *l'espace* (l'espace qui nous disperse...), celui du *temps* (le temps qui use parfois nos énergies...) et celui de la culture (la culture qui nous

Rapport de synthèse

réunit peut-être et qui, j'ose l'espérer, peut nous mobiliser au sein de la Francophonie...).

I - L'espace est facteur de dispersion

L'espace ! Cette mer où, selon le mot de Victor Hugo, « le navire humain toujours passe et repasse ». Ce champ qui est ouvert plus prosaïquement aux interventions des hommes mais aussi à celle des groupes, à celles des sociétés et, en particulier, à celle des Etats.

La question s'est imposée d'emblée à nos esprits. Quel espace voulons-nous donner à la culture juridique francophone ? J'ai eu l'impression que nous avons apporté à cette question deux réponses différentes. Nous n'avons pas hésité à développer des perspectives universelles mais nous avons aussi privilégié les approches nationales et même sous-nationales. Nous sommes passés de l'universel au microcosme, pour citer le doyen Cissé.

A – La perspective universelle

D'un côté, nous avons dit : « L'espace juridique francophone se déploie jusqu'aux confins de l'univers. Il ne connaît pas de limites. Les règles et les valeurs qui sont les nôtres ont une valeur universelle. Pourquoi leur imposer des barrières ? ».

Le Canada, le Sénégal, le Liban, le Gabon ou la Belgique... Autant d'Etats qui, en tout ou en partie, s'inscrivent dans le développement d'une pensée juridique originale.

1 – Il n'est pas besoin de rappeler que cette pensée est née dans l'Empire romain. Pour utiliser une expression connue, « nous sommes tous peu ou prou les enfants de Justinien ».

Cette pensée juridique a connu une première diffusion dans les territoires qui correspondent à ceux de l'Europe contemporaine. Elle a été, en particulier, recueillie et enrichie par la France du XIX^e siècle. Elle s'est affirmée dans des règles, des procédures et des traditions qui se sont forgées, qu'on le veuille ou non, aux abords de la Sorbonne mais aussi dans les grandes Universités françaises, à l'instar de celle qui nous accueille aujourd'hui.

2 - A la faveur des mouvements de colonisation, n'ayons pas peur des mots, cette pensée juridique s'est déployée dans d'autres continents : l'Afrique, l'Asie... Elle a gagné les Etats qui se revendiquent aujourd'hui, en tout ou en partie, de la Francophonie internationale.

3 - Cet espace juridique francophone a une vocation conquérante, certains diront : missionnaire. Avec la formation d'un corps de « pèlerins constitutionnels » dont certains d'entre nous ont pu faire partie à l'une ou l'autre occasion. Le terme de concurrence est revenu souvent dans nos débats, celui aussi de confrontation.

Et l'on sait que dans l'Europe centrale et orientale mais aussi dans l'Afrique des Grands Lacs, des luttes ouvertes opposent les tenants de cette culture juridique aux partisans d'un modèle inspiré des traditions anglo-saxonnes. Des interrogations habitent aussi les Etats de l'Est asiatique, même si l'influence américaine y semble déterminante dans bien des domaines de la vie sociale.

Le monde des affaires ne nous rend pas service, il faut le dire sans ménagement.

B – La perspective nationale ou sous-nationale

Mais cette prétention universelle résiste-t-elle au choc des réalités ? Une analyse plus fine nous apprend que l'espace juridique francophone est un espace morcelé. Il ne peut éviter la dispersion, sinon la division. En tout cas, il ne saurait éviter la diversification.

Quelques Etats témoignent clairement de leur appartenance à la Francophonie, dans son volet juridique. Mais d'autres ne suivent pas la même voie ou ne l'empruntent que pour partie. Les réalités sont contrastées sur tous les continents. L'espace francophone n'est pas bâti d'un seul tenant. Il prend les allures d'une panthère, cet animal à la robe tachetée.

Comment ignorer quelques réalités ? Vous en avez porté témoignage.

Rapport de synthèse

1 - L'espace juridique francophone n'est pas fait que de territoires qui sont tous acquis à la langue ou à la culture française.

Culture et culture juridique ne vont pas nécessairement de pair. Je peux être sensible à la culture juridique française ou francophone sans nécessairement m'exprimer en français. La Grèce, l'Égypte, le Brésil ou la Louisiane, sans oublier la Communauté flamande de Belgique, fournissent des exemples significatifs d'États où des juristes et des juges se situent dans la lignée du code civil et y procurent des interprétations qui s'inspirent des pratiques qui ont cours dans le monde francophone. Mais pas en langue française.

2 - Cet espace n'est pas fait non plus de tous les États qui, à travers le monde, sont pourvus d'autorités qui s'expriment en français.

Autrement dit, il ne suffit pas de parler français pour adopter les logiques de la pensée juridique francophone. Pierre Lemieux a rappelé que le Québec suit la tradition civiliste dans le domaine du droit privé. Dans d'autres secteurs, comme ceux du droit public, il cherche à intégrer les méthodes de la *Common Law* et celles du droit statutaire.

3 - Cet espace peut encore être fait d'États où le français est considéré comme la langue officielle (ou l'une des langues officielles) mais où il n'est pas pourtant langue vernaculaire. Le français, langue juridique, coexiste alors avec plusieurs idiomes, langues courantes. Il est même élément unificateur au sein de l'État.

Culture juridique et culture traditionnelle ne coïncident pas nécessairement. Avec cette question un peu inquiète : le français, langue du pouvoir, ne risque-t-il pas de se déconnecter d'un ensemble de réalités politiques, culturelles ou sociales ?

II – Le temps est facteur de déclin

Deuxième thème, le temps. Au fil du temps, l'espace juridique francophone semble se rétrécir. Le déclin de la culture juridique francophone a été dénoncé à plusieurs reprises. Parfois sur un ton agressif, en regrettant l'impérialisme anglo-saxon, pour ne pas dire

américain... Même si, je reprends un mot du doyen Cissé, « tout n'est pas nécessairement mauvais... ». Parfois sur un ton plus désabusé, en constatant que, dans le choc des civilisations, la culture juridique francophone occupe une place réduite, de plus en plus réduite.

Il y eut un temps, André Cabanis l'a rappelé, il n'est pas si lointain, où la langue française avait pris la succession du latin. La langue juridique française était la langue de la diplomatie, la langue des relations internationales, la langue des textes et des arrêts de justice. La langue, le style, le mode de raisonnement étaient francophones.

Mieux encore, la pensée juridique qui prévalait dans le monde francophone influençait de manière déterminante la rédaction et l'interprétation des textes. Chacun sait ce que la déclaration universelle des droits de l'homme doit à René Cassin. Chacun connaît la part que les Conseils d'Etat construits sur le modèle napoléonien ont pris dans l'instauration de la Cour européenne des droits de l'homme et, plus encore, dans la Cour de justice des Communautés européennes.

Mais, comme dit encore le père Hugo, dans la Tristesse d'Olympio, « Que peu de temps suffise pour changer toutes choses ! ».

A - Les choses ont commencé à se gâter lorsque les textes originaux, conçus en français, ont fait l'objet de traductions officieuses, d'abord, officielles, ensuite. Point besoin de rappeler que le traité établissant une constitution pour l'Europe a été rédigé, au sein de la convention Giscard, en français et en anglais. Puis il a été traduit dans les vingt-deux langues de l'Union. Le processus de ratification, notamment en Pologne, a montré la fragilité de traductions qui avaient été assorties, à Rome, des signatures les plus authentiques de chefs d'Etat et de gouvernement. Le français, une langue parmi d'autres, à côté du danois, du néerlandais ou de l'irlandais, sans même parler du maltais.

La multiplication des langues officielles n'est pas inutile. Elle permet d'éclairer le sens de tel mot ou de telle phrase qui, écrit en

Rapport de synthèse

français, peut receler quelque mystère mais qui va s'éclairer à la lecture du même mot dans sa version anglaise, espagnole ou italienne.

La multiplication des langues officielles présente aussi des dangers. Elle peut conduire à l'appauvrissement de la règle. Nos voisins ignorent « le service public à la française ». L'expression passe donc à la trappe, au grand dam des admirateurs de Duguit. Pour céder la place à un fade « service d'intérêt économique général ».

Pis encore. La multiplication des versions officielles conduit tout un chacun à pratiquer une sorte de volapuk international dont les directives européennes constituent sans doute l'exemple le plus saisissant, mais aussi le plus abscons. Ce n'est plus du français, c'est le jargon du Berlaymont, à peine francisé.

Encore une fois, ce n'est pas qu'une question de langue. C'est une question de culture juridique. Je ne prends qu'un exemple et je le choisis, lui aussi, dans le domaine communautaire. La plupart des textes européens suivent la mode anglo-saxonne qui revient à procurer, dans un article liminaire, la définition des mots qu'ils vont utiliser. Ce qui présente un inconvénient majeur. Le même mot utilisé dans des textes différents va y recevoir des significations distinctes. Il va de soi que tout effort de systématisation, *a fortiori* de codification, est dans ces conditions voué à l'échec.

La différence de langue induit une différence de rédaction de la loi, une différence d'interprétation de la loi et, en fin de compte, une différence dans le règlement des conflits qui interviennent en application de la loi.

J'ajoute que la méthodologie anglo-saxonne, plus pragmatique et moins sophistiquée, est sans doute plus commode à mettre en œuvre, en tout cas au premier abord. Elle fait des émules, elle convainc aisément les nouveaux venus, elle fait, si nécessaire, de nouveaux convertis.

Pis encore peut-être. Cette méthode entre dans l'air du temps, si ce n'est dans la mode langagière, dans les Etats francophones. J'ai siégé, pendant vingt ans, dans les formations consultatives du Conseil d'Etat. Avec mes collègues, j'ai dû faire la chasse à ces textes dithyrambiques qui, dans un article premier, expliquait ce qu'était le

gouvernement, le conseil des ministres ou le ministre « au sens de la présente loi » alors que la constitution définissait parfaitement chacune de ces notions.

B - Les dérives chronologiques tiennent aussi à un mouvement d'eupéanisation et de mondialisation. Lorsqu'il y a cinquante ans, l'Europe se construisait à six, elle s'édifiait autour d'un patrimoine juridique qui était celui de la culture romano germanique et avec le concours d'Etats dont trois au moins se situaient dans la mouvance francophone. Le jour où l'Europe se vit, comme aujourd'hui, à vingt-cinq, bientôt à vingt-sept, elle brasse les langues, les droits et les cultures. Elle les place sur pied de stricte égalité. Est-il besoin d'ajouter que, dans ce contexte de concurrence, le français juridique (ou le droit francophone) n'est pas en position dominante ? C'est le moins qu'on puisse dire.

Le phénomène de mondialisation, on l'a vu, tend à accroître la sphère d'influence de la francophonie. Mais il rend la concurrence plus redoutable encore. Je ne prendrai qu'un exemple, celui de l'édition juridique. A deux points de vue. Je constate, d'une part, que la collaboration entre maisons d'éditions juridiques francophones, dont certaines sont dans des mains non francophones, laisse à désirer. La collaboration de ces maisons avec les Universités francophones est limitée. Alors que notre combat est le même.

D'autre part, notre collaboration pourrait également se situer sur le terrain de la constitution de banques de données. Il y a de premières réalisations –le projet JURIDICAF en est un bon exemple—. Mais beaucoup reste à faire. Ne laissons pas la toile, ne laissons pas le « net » aux mains d'un seul fournisseur, anglophone, par définition, de services juridiques.

C – Situation acquise, mise en concurrence... L'étape ultérieure est celle de la défensive. Loin de moi de critiquer « l'exception culturelle » dans une société et dans une économie mondialisées. Il faudrait éviter pourtant que l'exception culturelle ne soit qu'une exception culturelle francophone. Celle qui permettrait aux derniers

Rapport de synthèse

des Mohicans de dispenser, dans une réserve aménagée à leur intention, des cours de droit, tels que ceux qui sont délivrés aujourd'hui à Montréal, à Louvain-la-Neuve, à Dakar ou à Toulouse. La culture juridique francophone, une espèce menacée, une espèce protégée ? Comme le tigre du Bengale ou l'hippopotame du Zambèze. Moi, je n'ai pas vocation à finir ma vie dans un jardin zoologique. Sous la protection bienveillante et attentionnée de Brigitte Bardot.

III – La culture peut être facteur de cohésion.

L'espace s'effrite. Le temps fait son œuvre. Une question ne peut manquer d'apparaître. La culture juridique francophone a-t-elle encore un avenir ? Ou, pour poser la question autrement, s'il doit y avoir une culture juridique francophone et si celle-ci doit subsister, quels en sont les traits essentiels ? Qu'est-ce qui fait sa singularité ? En quoi, nous les juristes, pouvons-nous revendiquer l'appellation de « francophones » ? Quelle est cette culture juridique que nous sommes censés posséder en commun ?

A cette question existentielle, il me semble que nos travaux ont apporté deux éléments de réponse. Le premier est de nature scientifique, le second, n'ayons pas peur des mots est plus politique.

A – La perspective scientifique

1 - La culture partagée, c'est celle d'un *enseignement* qui est dispensé aux uns et aux autres selon de mêmes critères, selon de mêmes règles de méthode, parfois même avec le concours des mêmes professeurs. Ce n'est pas aussi exceptionnel qu'il n'y paraît. Pour ne prendre qu'un exemple, le « Vocabulaire juridique » de Capitain puis celui de Cornu peuvent représenter le fonds commun d'une littérature juridique homogène. Ils peuvent nous aider à parler une même langue, sur le plan juridique s'entend. Pourquoi pas, a dit dans le même sens, Hassan Abdelhamid, un « dictionnaire des cultures juridiques francophones » ?

2 - La culture partagée, c'est celle du respect de l'écrit dans la *production normative*, sans oublier l'utilisation des codes. La « formulation de règles de conduite », a dit le doyen Nguyen Ngoc Diem, fait partie des responsabilités de l'Etat. Et Anne-Marie Le Pourhiet a défendu, avec la vivacité qu'on lui connaît, l'expression d'un droit positif, d'un droit objectif que ne viendrait pas « pulvériser » l'individualisme ambiant. Avec cette question. La crise du normativisme, la remise en question de l'utilité des constitutions nationales, le déclin de la loi, le dépérissement des règles juridiques écrites ne sont-ils pas des signaux inquiétants pour l'essor d'une culture juridique francophone ? Nous devons aussi battre notre coulpe.

Attention, cependant. Il n'y a pas lieu de privilégier la règle écrite au point d'ignorer ce que Stanislas Makoroka a appelé le pluralisme normatif, et notamment celui qui s'exprime à travers le droit coutumier, ce droit qu'a invoqué également le professeur Mejedje. Avec parfois les difficultés de cohabitation de ces deux productions normatives. La « normagenèse » pour reprendre le mot du doyen Kuyu, ne va pas toujours sans problèmes, en tout cas dans les disciplines qui relèvent du droit privé.

Autre mise en garde. Ne privilégions pas la production imposée, unilatérale de la loi, de haut en bas, au point d'ignorer le rôle des citoyens, le rôle de la société civile. Théodore Holo a bien montré les fonctions que cette société peut jouer dans la confection de la loi, et même dans celle de la constitution.

3 — La culture partagée, c'est encore le respect de la décision d'un juge. Celui-ci n'écrit pas la loi. Il confronte les agissements et les comportements aux prescriptions de la règle préétablie. Il tranche les différends et les conflits dans des décisions aux formules concises et ramassées.

Attention, encore une fois, de ne pas occulter une part du paysage juridictionnel. Le pluralisme juridictionnel existe aussi, et notamment les formes d'une justice de proximité. Tout compte fait, la Belgique

Rapport de synthèse

compte encore des juges que l'on appelle du beau nom de « juges de paix ».

N'oublions pas non plus les formes préjuridictionnelles —un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès—. N'oublions pas les procédures conciliatrices, les boutiques de droit, les institutions médiatrices — dont nous a parlé Wanda Cappeler. N'oublions pas les techniques de la justice alternative : conciliation et compromis.

N'oublions pas l'arbitrage, avec le choix du juge et le choix du droit (j'allais dire du système de droit) applicable qu'évoquait le président Vishnu Varunyou.

B – La perspective politique

1 – La culture partagée, c'est l'attachement à un ensemble de valeurs communes dont les droits de l'homme constituent l'ossature. Dignité humaine, pluralisme, solidarité, avez-vous dit, représentent les éléments d'une vision humaniste de la société. Mais nous serons d'accord pour dire que ces valeurs ne peuvent rester dans le domaine rhétorique. Les droits de l'homme qui ne sont pas assurés d'effectivité sont une caricature du droit.

2 – La culture partagée, c'est l'attachement aux règles de la gouvernance et de la bonne administration, tant dans la définition des objectifs et des méthodes. La déclaration de Bamako puis la charte de Tananarive en détaillent les éléments essentiels. Il nous faut un Etat. Je ne suis pas sûr, et j'en demande pardon au président Roussillon, que cet Etat soit nécessairement l'Etat-Nation du XIX^e siècle libéral. Il y a d'autres formes et d'autres modes aussi légitimes d'organisation, comme l'a rappelé notre collègue burundais.

3 - La culture partagée peut, dans certains cas, témoigner du souci de mener des politiques coordonnées. J'ai le sentiment qu'au Liban ou au Congo, les Francophones auraient pu faire plus et mieux.

*

Francis Delpérée

* *

Le grand Hauriou a écrit : « L'institution, c'est la culture concrétisée ». En d'autres termes, chaque Etat est l'expression d'une culture. Il en est la traduction. Il en est la forme institutionnalisée. Cette culture, c'est notamment une culture juridique.

Ce qui est une manière de dire qu'il n'y a probablement pas « une » culture juridique francophone, qu'il y a, comme l'a dit Pierre Lemieux des cultures juridiques francophones. Les uns et les autres, nous ne sommes pas les « clones » d'une culture uniforme ou unifiée, nous sommes les cousins qui pratiquons, chacun à notre manière, la culture francophone.

Ce qui est aussi une manière de dire que, s'il y a une Francophonie internationale, c'est parce qu'il y a une culture juridique francophone internationale. Et pas l'inverse. La Francophonie internationale ne crée pas notre culture. Elle la révèle. Elle la traduit. Elle la concrétise. Et le plus important peut-être, elle peut servir à sa transmission à travers les frontières et à travers les générations.

La vie de la Francophonie est tributaire de la préservation de la culture juridique qui est la nôtre et de la possibilité qu'elle aura de s'adapter au monde changeant dans lequel nous vivons.

La culture est dialogue. Elle est échange. Elle donne autant qu'elle reçoit.

Je n'ai qu'un vœu à former. C'est que le dialogue que nous avons engagé entre nous, sous l'égide de la CIFDUF et sous la direction du président Roussillon avec nos amis de Toulouse, Jean-Pierre Théron, Claudine Chambert, Wanda Mastor, et d'ailleurs, puisse contribuer à la dynamisation d'une culture juridique francophone qui est enracinée dans nos cœurs et dans nos esprits, à laquelle nous tenons – c'est bien légitime- et à laquelle nous contribuons ou à laquelle nous croyons.

Merci Toulouse. Merci aux amis francophones. Merci à vous.

**PERSPECTIVES D'AVENIR :
CULTURES JURIDIQUES ET GOUVERNANCE**

par Ghislain Otis, Abdoullah Cissé et Paul De Deckker¹

Les dispositions que ce document contient s'inscrivent dans l'un des objectifs de l'Agence universitaire de la Francophonie, tels que définis par le bureau du Conseil scientifique le 28 octobre 2005 dans la programmation quadriennale de l'Agence (2006-2009)². Ils sont les suivants :

- contribuer au développement d'une culture démocratique en soutenant des formations universitaires dans le domaine des sciences juridiques et politiques,
- renforcer un espace, à la fois régional et international, de recherche francophone en tenant compte de la diversité des systèmes juridiques et normatifs propres à chaque pays de la Francophonie.

¹ Ces trois universitaires, Ghislain OTIS de l'Université Laval au Québec, Abdoullah CISSE de l'Université Gaston Berger au Sénégal et Paul DE DECKKER de l'Université de la Nouvelle-Calédonie sont les porteurs initiaux du projet. C'est Paul DE DECKKER qui en a présenté la substance à l'issue des conclusions du colloque de la CIFDUF, établies par le professeur Francis Delpérée. Est depuis intégrée à l'équipe porteuse du projet Wanda MASTOR, maître de conférences à l'Université des Sciences sociales de Toulouse 1, au titre de la CIFDUF.

² *Programmation quadriennale de l'Agence (2006-2009)*, Conseil scientifique de l'Agence, décembre 2005, p. 14.

Pour atteindre ces objectifs, le collectif de chercheurs doit :

- poursuivre le rapprochement de certains réseaux de chercheurs entamé en 2005 de manière à permettre l'émergence de projets conjoints ;
- favoriser l'émergence de nouveaux axes de recherche dans le domaine de la culture démocratique, *la bonne gouvernance* et la géopolitique ;
- étudier la création d'un pôle de coopération intégré sur la question de l'État de droit.

Précisions terminologiques

Les concepts « culture juridique » et « gouvernance », objet de la recherche ne sont pas exclusivement juridiques et ne doivent être saisis que par le biais d'une approche pluridisciplinaire. Il convient alors de s'accorder sur une définition provisoire aussi large que possible qui puisse fédérer les spécialistes des sciences sociales autour des problématiques de la recherche.

Cultures juridiques

D'abord, « cultures juridiques » au pluriel et non au singulier pour mieux rendre compte de leur relativité dans le temps et dans l'espace révélée par la pluralité et l'extrême diversité des cultures juridiques dans l'espace francophone et dans le monde en général.

Ensuite, la culture juridique peut être celle des opérateurs du droit mais peut aussi recevoir l'acception plus large de conscience juridique, populaire aussi bien que savante, qui détermine la place et le rôle du droit, et du système juridique, dans une société donnée.

Ainsi comprise, la culture juridique est indissociable des traditions juridiques qui se développent au sein des différentes familles juridiques.

Mais également, elle ne peut être efficacement appréhendée qu'au travers de ses modes d'expression multiples et variés et qui s'harmonisent autour du système juridique ou de l'ordre juridique.

La culture juridique peut alors être saisie au travers des normes (écrites ou coutumières, sociales comme techniques) et des

Cultures juridiques et gouvernance

institutions, des valeurs, des pratiques et des savoirs d'une communauté donnée. Ceci implique donc la prise en compte de l'ensemble des représentations, des doctrines, des techniques c'est-à-dire non seulement des modes de penser, de voir, de sentir les phénomènes sociaux mais également des modes de sécrétion des réponses étatiques et sociétales aux problèmes politiques, sociaux, économiques, culturels, etc. Une telle vision de la culture dicte que le droit soit nécessairement appréhendé du point de vue multiple de sa nature, de ses sources, de sa fonction, de ses finalités et de sa mise en œuvre.

Gouvernance

La notion de « gouvernance » maintenant consacrée dans le discours normatif national et international, y compris dans la Francophonie, renvoie essentiellement à la dimension institutionnelle des choix collectifs. Dans ce contexte, le terme « gouvernance » désigne les processus et les institutions par lesquels les décisions sont prises et l'autorité exercée au sein d'une organisation. Investie de toute sa charge normative, la doctrine de la « bonne gouvernance » (ou gouvernance démocratique) a d'abord fait partie du vocabulaire propre au *management* et visait l'amélioration des mécanismes de gestion des entreprises.

Aujourd'hui, la bonne gouvernance s'étend d'emblée aux aspects politiques et institutionnels de la vie en société; elle prescrit la mise en œuvre de mécanismes, de processus et d'institutions à travers lesquels les citoyens jouissent de leurs droits fondamentaux, s'acquittent de leurs obligations mutuelles et gèrent pacifiquement leurs différends. La gouvernance se distingue ainsi du simple « gouvernement ». Elle n'est pas forcément une entité ou un organe dictant sa volonté depuis le sommet du panthéon institutionnel, mais un système où les affaires collectives font l'objet de délibérations, de négociations ou d'arbitrages permanents et transparents entre gouvernants et gouvernés; les pouvoirs publics n'apparaissant alors que comme l'une des composantes d'un réseau multipolaire d'acteurs essentiels au développement de la société. Il en résulte que la

gouvernance, quel que soit le secteur concerné, est indissociable de la production normative, des fins du droit et de sa mise en œuvre.

Dans une perspective d'ouverture à la diversité et à la complexité des cultures et de leur rapport au droit, il conviendrait toutefois de mettre en perspective la nécessité d'une définition extensive de l'organisation et de la normativité juridique en reconnaissant les dimensions relationnelles, paradigmatiques et normatives de toute activité susceptible de structurer ou d'orienter la destinée d'une communauté sinon d'une société. Cette approche débouche sur une acception encore plus ample de la gouvernance qui, alors, réfère *aux représentations, aux dynamiques, aux mécanismes, aux processus et aux moyens qui, au sein d'une collectivité, concourent à la définition des orientations collectives et, de façon plus générale encore, aux conditions du vivre-ensemble*³.

Il résulte de cette conception élargie de la gouvernance la possibilité d'une reconsidération du droit en tant que seul mécanisme de régulation sociale. Cette conception est en outre porteuse d'un projet scientifique intrinsèquement multidisciplinaire.

Problématiques

Le programme scientifique du collectif *Cultures juridiques et gouvernance* pourrait être, notamment de :

- faire le point sur la différenciation, la rencontre et le métissage des cultures juridiques à l'heure d'une certaine vulgate de la « mondialisation du droit », et
- étudier les voies d'une mise en rapport égalitaire et pluraliste des cultures juridiques susceptibles d'aider les sociétés humaines à relever -au niveau local, régional ou global- les grands défis de la gouvernance contemporaine.

Que nous disent, par exemple, les diverses cultures juridiques sur les moyens de relever le défi de la coexistence pacifique des groupes ethnoculturels ou religieux, de l'échec ou du déclin de l'État, de la

³ Définition tirée du projet québécois « Autochtonie et gouvernance ».

Cultures juridiques et gouvernance

protection de l'environnement, de la sécurité alimentaire, du développement durable, de la démocratie etc. ?

De façon plus spécifique, quel pourrait être aujourd'hui l'apport des cultures juridiques dans la production normative, la définition des finalités du droit, l'organisation et la mise en œuvre des systèmes de gouvernance, le renforcement de l'efficacité des modes de règlement des différends, la lutte contre les inégalités, l'insécurité et les pratiques discriminatoires ?

La question du rapport entre les cultures juridiques et la gouvernance pourra être appréhendée sous l'angle particulier des opérateurs « spécialisés » du droit mais elle s'intéressera aussi à l'ensemble des acteurs de l'ordonnement social et institutionnel.

Objectifs

Plusieurs thématiques sont susceptibles d'être retenues dans le cadre des travaux du collectif de chercheurs à constituer :

- repenser la diversité des cultures juridiques
- analyser l'émergence de nouvelles cultures juridiques
- articuler cultures juridiques et gouvernance

Au travers de celles-ci, le collectif concentrera ses travaux de recherche et ses actions de formation, et ceci à titre d'exemples, sur les questions suivantes :

- cultures juridiques et pluralisme
- cultures juridiques et développement durable
- cultures juridiques et violence
- cultures juridiques et droits fondamentaux
- cultures juridiques et démocratie
- cultures juridiques et administration publique
- cultures juridiques et économie
- cultures juridiques et nouvelles technologies
- cultures juridiques et mondialisation.