

**DIRE LE DROIT
EN AFRIQUE FRANCOPHONE**

Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar
Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques

DROIT SENEGALAIS

n° 11 – 2013

**DIRE LE DROIT
EN AFRIQUE FRANCOPHONE**

sous la direction de Mamadou Badji,
Olivier Devaux
et Babacar Gueye

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2013

**Presses de l'Université
Toulouse I Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex**

ISSN : 1958-3419

ISBN : 978-2-36170-052-2

REVUE DROIT SENEGALAIS

Directeur de publication : M. le doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques

Comité scientifique :

- Ndiaw DIOUF
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Abdoullah CISSE
- Aminata CISSE NIANG
- Olivier DEVAUX
- Madjiguène DIAGNE
- Françoise DIENG
- Seydou DIOUF
- Alioune Badara FALL
- Ismaïla Madior FALL
- Babacar GUEYE
- Ibrahima LY
- El Hadj MBODJ
- Isaac Yankhoba NDIAYE
- Paul NGOM
- Abdoulaye SAKHO
- Alioune SALL
- Moussa SAMB
- Sylvain SANKALE
- Filiga-Michel SAWADOGO
- Joseph ISSA-SAYEGH
- Amsatou SOW SIDIBE
- Demba SY
- Samba THIAM

Comité de lecture :

- MM. les professeurs Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Françoise DIENG
- Alassane KANTE
- Ibrahima LY
- Demba SY

TABLE DES MATIERES

DIRE LE DROIT EN AOF AUX 19 ^e ET 20 ^e SIECLES : ENTRE IDEAL DE JUSTICE ET STRATEGIE COLONIALE. par Mamadou Badji.....	11
LE LEGISLATEUR SENEGALAIS FACE A LA BIOETHIQUE par Patrice Badji.....	51
DIRE LE DROIT OU LA RE CRÉATION DE LA PAIX EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE par Séraphin Néné Bi Boti.....	83
DIRE LE DROIT CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE FRANCOPHONE par André Cabanis et Babacar Gueye.....	103
DIRE LES DROITS EN AFRIQUE. LES PARAJURISTES ET LES DEFIS LINGUISTIQUES par Riccardo Cappelletti	123
ETUDE CRITIQUE DE L'IMPOSSIBILITE MORALE DANS LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE par Abdoul Aziz Diouf.....	155
DIRE LA COUTUME DANS L'ANCIENNE FRANCE ET EN AFRIQUE COLONIALE : QUELQUES ELEMENTS COMPARATIFS AU TRAVERS DE LA PROCEDURE DE REDACTION par Béatrice Fourniel et Olivier Devaux.....	187
DIRE LE DROIT DE LA SANTE EN AFRIQUE DE L'OUEST par Joseph Mendy.....	207

Table des matières

LA REPRESSION DU DELIT D'ESCLAVAGE AU SENEGAL PAR LE JUGE COLONIAL FRANCAIS par C.A.T. Ndiaye.....	223
PROLEGOMENES POUR UNE EPISTEMOLOGIE DU DROIT EN AFRIQUE par Aboudramane Ouattara.....	249
ECRIRE, DIRE ET COMPRENDRE LE DROIT ADMINISTRATIF EN AFRIQUE. UNE APPROCHE JURIDIQUE ET SOCIOLOGIQUE par Demba Sy.....	291
RAPPORT DE SYNTHESE par André Cabanis.....	303

DIRE LE DROIT EN AOF AUX 19^e ET 20^e SIECLES : ENTRE IDEAL DE JUSTICE ET STRATEGIE COLONIALE

**par Mamadou Badji,
professeur titulaire
Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Le XIX^e siècle marque l'apogée de l'Empire colonial français¹ et apparaît, dans une large mesure, comme celui de la mise en sourdine de la « politique de la canonnière ». C'est en effet l'époque où « la colonisation française substitue à son fondement initial qu'est la force un fondement juridique »², par le transbordement outre-mer des principes du droit français. Au plan de l'histoire du droit, ce siècle est déterminant en ce qu'il ouvre un processus de maîtrise du sol et d'affirmation de la « puissance d'Etat »³ dans les colonies, se concrétisant dans la mise en place d'institutions tant administratives que judiciaires. Tributaires de cette conjoncture, les positions de politique coloniale, alors en gestation doctrinale⁴, laissent poindre des principes fortement articulés⁵, oscillant entre des convictions

¹ En réalité, ce résultat n'a été atteint qu'à partir des années 1880 et le début du XX^e siècle : l'époque correspond à la fin de l'expansion coloniale républicaine et l'Empire français atteint son extension maximale dans les années 1910, avec la création de l'AEF (1910), l'achèvement de la conquête du Tchad (1912) et le protectorat sur le Maroc (1912).

² M. KAMTO, *Pouvoir et Droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme en Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 208.

³ Au sens où l'entend R. CARRE DE MALBERG, dans sa définition de la souveraineté, in *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, chap. II.

⁴ H. LABOURET, « A la recherche d'une politique coloniale », in *Le monde colonial illustré*, 82 (juin 1930), p. 133.

⁵ J. DE LANESSAN, *Principes de colonisation*, Paris, 1897 : « Dominés par l'esprit juridique romain, qui est au fond de toutes nos institutions métropolitaines, nous n'avons pas de souci plus grand que celui de transplanter dans nos établissements coloniaux tout l'appareil administratif et judiciaire de la Mère Patrie (...) ».

assimilationnistes et des intuitions liées à la nécessité d'une adaptation aux « localités ».

Toutefois, le bouleversement que provoque la consécration de possessions coloniales⁶, tant en Indochine qu'en Afrique occidentale française, imprime à l'institution judiciaire une direction particulière. La mission de celle-ci se confond désormais avec celle du pouvoir politique : le juge devient un instrument de stratégie⁷ coloniale. Pour comprendre le sens de cette orientation, il n'est pas inutile d'avancer que les solutions imaginées s'inscrivent dans le cadre d'une République devenue impériale qui, « tout en accompagnant l'installation des colons, doit garantir l'application du droit, suppléer à la rareté des juges, introduire le droit français et satisfaire au respect des coutumes, favoriser l'implantation des grands principes de justice sans pour autant entamer l'autorité coloniale ni dépouiller les gouverneurs de leur autorité nécessaire au maintien de l'ordre, éviter l'indépendance judiciaire ou les charges trop lourdes pour le budget, grand écart qui va placer ceux qui doivent rendre la justice entre le souci de participer à l'ordre colonial et celui de porter l'offre de justice »⁸.

Nombreux sont les textes juridiques qui y pourvoient. En Afrique occidentale française, en un siècle à peine, de 1887 à 1940, apparaîtront les premiers grands textes relatifs à l'architecture de l'organisation judiciaire⁹. On peut signaler les décrets du 5 septembre et du 22 septembre 1887. Le premier créait le corps des administrateurs des colonies, le second leur confiait, entre autres attributions, des fonctions judiciaires. D'autres textes suivront, dont le décret du 15 mai 1889, maintenant sans aucune précision les tribunaux indigènes existant. Il fut suivi, entre autres, du décret du 11 août 1889 modifié par celui du 10 octobre 1902, créant au chef-lieu de la colonie

⁶ Dès la fin du XIX^e siècle, la constitution de gouvernements généraux consacre la notion de possessions coloniales et, donc l'impossibilité de penser une justice proche de la justice métropolitaine. La justice coloniale est une justice particulière.

⁷ Pour aller dans le même sens, voir B. DURAND, *Le droit et la justice, instruments de stratégie coloniale*, Rapport au GIP mission recherche droit et justice, Montpellier, 2001, p. 5 et s. La stratégie postule un vaste dessein, une volonté systématique, consciente et délibérée, impliquant une logique capable de faire état de doctrines arrêtées en la matière.

⁸ B. DURAND, « La justice coloniale sous la Troisième République : entre République et Empire », in J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^e édition revue et mise à jour, 2010, p. 803-868, particulièrement p. 806-807.

⁹ Sur l'architecture de cette organisation judiciaire, cf. G. MANGIN, « Les institutions judiciaires de l'AOF », in : CH. BECKER, S. MBAYE, I. THIOUB, *AOF : Réalités et héritages. Sociétés ouest-africaines et ordre colonial, 1895-1960*, Dakar, Direction des Archives nationales du Sénégal, 1997, p. 139-152.

un tribunal spécial d'homologation devant ratifier toute condamnation supérieure à un an de prison, prononcée par les juridictions indigènes.

Par touches successives, l'architecture de l'organisation judiciaire initiale fut modifiée, et on parvint à l'installation de la justice indigène dans tout le territoire¹⁰ de l'AOF¹¹, parallèlement à un appareil judiciaire de droit commun, calqué sur le modèle métropolitain¹². Cette activité législative s'inscrit donc dans le cadre d'une politique expérimentale. Comment évaluer la fonction de juger dans cette évolution générale ? Comment saisir le rôle du magistrat colonial, à une époque où son office peine à s'affirmer et où la faiblesse de ses décisions ne fait pas de doute ? C'est la réponse à ces questions que sera consacrée la présente étude.

Pour l'heure, il ne nous paraît pas inutile de relever que le territoire de l'AOF était, à l'instar de Bourbon¹³, un point d'observation idéal pour méditer les mécanismes de rapprochements entre colonies et s'interroger sur la capacité à concilier une justice convenable et les moyens disponibles. Arthur Girault¹⁴ en fin connaisseur de ce terrain de choix qu'avaient été les colonies pour les expérimentations juridiques, soulignait pour ceux qui évoquaient à l'époque « les essais législatifs et la politique expérimentale », combien le droit colonial était « un champ d'expérience extrêmement intéressant », en raison de la table rase qui permet les audaces et des leçons que l'on peut tirer de ces démarches « prétoriennes » d'essais pour une introduction future sur le territoire d'autres colonies ou le territoire métropolitain. Ainsi, c'est par la justice et le droit que prétendent répondre les autorités politiques en AOF.

Mais un fait saute aux yeux : l'organisation de la magistrature restait, sinon à créer, du moins à mettre en place, pour tenir compte de l'évolution

¹⁰ Par territoire de l'AOF, nous visons ici la fédération de l'AOF en tant qu'unité politique et administrative.

¹¹ Cf. J. CHABAS, « La justice indigène en Afrique Occidentale Française », in *Annales Africaines*, 1954, p. 91-151.

¹² Le décret du 3 décembre 1921 (*J.O. AOF*, p. 125) constitue le texte organique des juridictions de droit local en AOF.

¹³ Bourbon (île de la Réunion) a souvent été le premier territoire colonial à appliquer des réformes y compris en matière de justice : « Bourbon, colonie jusqu'à ce temps secondaire, où les prétentions étaient moins âpres, les passions locales moins exacerbées qu'aux Antilles offrait en outre un excellent champ d'expérience ». Voir dans le même sens C. SCHEFER, *La France moderne et le problème colonial*, t. 1, Félix Alcan, Paris, 1907, p. 172.

¹⁴ Cité par B. DURAND, « La justice coloniale sous la Troisième République : entre République et Empire », in J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France*, *op. cit.*, n° 531, p. 868.

rapide des colonies de l'AOF¹⁵. L'objectif est atteint au XX^e siècle et, dans la série de textes portant réorganisation de la justice de cet ensemble politique, le décret du 10 novembre 1903, apparaît comme celui de la consolidation. Ce texte contribue à la décentralisation de la justice, notamment par le remplacement au Dahomey, en Côte d'Ivoire et en Guinée française, des Justices de paix à compétence étendue et des Conseils d'appel jusque-là rattachés à la Cour d'appel de Saint-Louis, par des Tribunaux de première instance, Justice de paix ordinaires, Cours criminelles, et par un Tribunal supérieur d'appel siégeant à Bingerville.

Certes l'architecture de cette organisation judiciaire était proche autant que possible du système métropolitain, mais elle maintenait en France les plus hautes instances juridictionnelles. En outre, elle était incapable de se substituer à la justice des chefs traditionnels qui demeuraient en place et y ajoutait de nombreux tribunaux créés par l'État colonial, tribunaux transposés de métropole. En vérité, l'évènement le plus décisif au XX^e siècle, c'est l'avènement d'une justice quasi étatique placée sous contrôle du pouvoir exécutif : ici, la fonction de juger était souvent exercée par des chefs traditionnels nommés par l'autorité politique, qui peut du reste les révoquer *ad nutum*, ou confiée à des administrateurs, des commandants de cercles¹⁶.

L'AOF (hors sanctuaire des communes de plein exercice du Sénégal) se trouve donc repoussée en marge des réformes de la justice qui ont été entreprises dans les « vieilles colonies » (Antilles, Guyane et Réunion), le respect de la culture juridique¹⁷ locale oblige. Ménager les susceptibilités locales, préserver les institutions indigènes¹⁸ : dans l'esprit des autorités de l'époque, ces mots d'ordre n'ont de sens que s'ils sont accompagnés de changements dans la vie politique des populations vivant sur le territoire de l'AOF. Il s'agit rien moins que d'établir un régime assurant la sécurité, l'ordre, le développement économique et social des colonies du groupe, la

¹⁵ La colonisation au tournant du XIX^e siècle embrasse des populations considérables et des territoires immenses. La formation du gouvernement général de l'AOF consacre des possessions.

¹⁶ A cet égard, lire le témoignage poignant d'A. LONDRES, *Terre d'ébène*, Paris, Le Serpent à Plumes, 1998 (1^{ère} édition 1929, Albin Michel), p. 77 et s. : « Sacrée Afrique ! La justice en brousse n'a pas de palais. Elle n'a pas de juges non plus... La justice, c'est le commandant ».

¹⁷ Par culture juridique, il faut entendre l'ensemble des valeurs, des représentations, des discours, des techniques et des institutions relatives au droit appréhendé du point de vue multiple de sa nature, de ses sources, de sa fonction et de sa mise en œuvre. Cf. G. OTIS *et al.*, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, AUF/Editions des archives contemporaines, 2010, p. 4-5.

¹⁸ Dans ce sens, voir H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p. 436 et s.

Dire le droit en AOF aux XIX^e et XX^e siècles

protection des populations contre les abus de toutes sortes et les exactions, la distribution de la justice.

Ces principes sont à l'œuvre dans les domaines politique et judiciaire : ils visent à inventer des mécanismes judiciaires pour contrôler l'Autre. Dans cette perspective, la reconnaissance d'un statut personnel aux indigènes de confession musulmane et le maintien des coutumes locales s'avèrent indispensables (I) afin de légitimer un processus de réforme judiciaire qui ne craint pas de s'inscrire dans une stratégie de modernisation pour durer (II).

I – Une innovation maîtrisée : inventer pour contrôler l'Autre

Gage de la pérennité de la présence française, la justice était la condition *sine qua non* de la liberté d'action des autorités politiques et administratives en AOF. L'enjeu, à dire vrai, était de taille. L'institution judiciaire représentait des valeurs universelles. Toutefois, le bouleversement que provoque le contact des civilisations impose de conjuguer –dans un subtil dosage à la mesure des différents statuts représentés dans le territoire de l'AOF, à l'instar de l'Algérie- modernité et tradition, c'est-à-dire maintien des usages séculaires des habitants et adaptation aux valeurs de la justice et du droit que la France entendait incarner.

A – Une adaptation prudente : les fruits de l'expérience algérienne

Pour prévenir les résistances éventuelles des indigènes à l'installation de la justice française, l'ambition des autorités allait leur dicter la décision de s'inspirer du modèle expérimenté avec succès quelques années plus tôt en Algérie¹⁹. C'est ainsi que, dans la colonie du Sénégal, « première pierre de l'empire français » en Afrique occidentale, les stratégies élaborées en Algérie en matière musulmane allaient influencer le comportement des acteurs. Pourquoi imiter l'Algérie ? C'est qu'en vérité, bien avant la conquête du pays par les Français, en 1830, la population algérienne était majoritairement d'obédience sunnite, c'est-à-dire que ses membres se réclamaient de la *Sunna* et de l'Union communautaire. La *Sunna* est constituée des dires, des actes et des silences du Prophète Muhammad. Les sunnites revendiquent la notion d'orthodoxie et se distinguent ainsi des *chiïtes* par la place qu'ils accordent à la Tradition.

Cette direction appelle quelques remarques. Au Moyen-âge, déjà, le *Coran* et la *Sunna* étant muets sur la réponse à apporter à certaines questions

¹⁹ A propos de l'essai algérien et de l'attraction qu'il a exercée sur les autorités politiques et administratives du Sénégal, voir l'analyse qu'en a faite R. PASQUIER, « L'influence de l'expérience algérienne sur la politique de la France au Sénégal », in *Mélanges Deschamps*, Paris, Sorbonne, 1974.

d'ordre juridique, il a été soutenu que les docteurs de la foi pouvaient y pourvoir, appliquant ainsi « l'effort de réflexion » ou *ijtihad*. Cette liberté engendre la création de plusieurs écoles juridiques²⁰. Quatre d'entr'elles ont subsisté au sein du *sunnisme*, dont l'école *malékite* et l'école *hanafite*, du nom de leurs fondateurs, auxquelles sont attachées les populations du Maghreb. Les règles de l'école malékite sont inspirées d'une coutume médinoise, reflet d'une culture juridique plutôt conservatrice ; à la différence du rite hanafite dont les méthodes étaient, sur certains points, plutôt libérales²¹. La stratégie adoptée par les autorités est simple : encourager la pratique du rite malékite, contrôler l'Autre en s'appuyant sur l'apprentissage des droits locaux, enseigner aux magistrats français les statuts personnels des Algériens et ne pas toucher à la législation indigène.

Ainsi, pour déterminer les règles applicables aux conventions civiles et commerciales entre musulmans, les magistrats français s'appuient essentiellement sur certains écrits vieux de plusieurs siècles dont le *Mokhtassar* de Khalil, un recueil complet des normes juridiques alors en vigueur dans les pays arabes, et selon les interprétations coraniques de cet auteur du XIV^e siècle appartenant à l'école malékite.

Ceux qui sont en charge de la justice en Algérie obéiront aux mêmes contraintes, orienteront leurs décisions dans la même direction et mettront en avant les mêmes justifications. L'introduction et l'application du code civil buteront donc sur l'islam, religion, mais aussi philosophie du comportement social du croyant. La vie du croyant musulman étant régie par le Coran et la *Sunna*, et la vie sociale en entier étant organisée, autour de leurs principes, il a paru judicieux d'en tenir compte.

La convention du 6 juillet 1830, scellant la capitulation d'Alger contenait l'engagement des autorités coloniales selon lequel l'exercice de la religion musulmane resterait libre, et que la liberté des habitants, leur religion, leur propriété, leur commerce ne feraient l'objet d'aucune atteinte. Confirmation sera apportée en 1863, par Napoléon III qui avait proclamé que l'Algérie n'était pas une colonie proprement dite, mais un royaume arabe, et qu'il était lui-même l'empereur des Français aussi bien que des Arabes.

Il n'est pas inutile de rappeler qu'un décret du 1^{er} octobre 1854 avait pris le soin d'enlever toute compétence en matière de crimes, de délits ou de contraventions, aux tribunaux musulmans²² ; domaines confiés aux tribunaux français (art. 3) ; de même, par son article 8, ce décret plaçait sous contrôle la

²⁰ Pour aller plus loin, voir L. MILLIOT, « La pensée juridique de l'Islam », in *Revue internationale de droit comparée*, vol. 6, n° 3, juillet-septembre 1954, p. 441-454.

²¹ *Ibid.*

²² *Moniteur algérien*, 25 octobre 1854, ANS, 1B71.

Dire le droit en AOF aux XIX^e et XX^e siècles

justice musulmane²³. Dans l'intention du ministre, ce décret n'entendait porter nulle atteinte à la loi musulmane ; au contraire, soutenait-il, il en voulait « l'application et le commentaire », même si l'autorité avait pris la liberté de « tracer des règles écrites là où il n'y avait que des usages » ou de « combler des lacunes » et d'établir « une homogénéité qui n'existait pas »²⁴. C'est dire que si « dès 1830 la France comprit la nécessité de ne pas toucher à une législation cimentée si fortement dans les mœurs et les croyances (au point) qu'on ne pouvait tenter de la modifier sans (risquer) de porter atteinte au dogme et pratiques les plus essentielles du culte »²⁵, le respect n'a jamais été contemplatif.

Aussi, avait-il paru nécessaire, par une ordonnance du 28 février 1841, d'ouvrir une procédure d'appel devant les tribunaux français contre les jugements rendus par les cadis en matière civile. Le décret du 1^{er} octobre 1854 a donc entendu relâcher sensiblement ce contrôle, en déférant l'appel contre les jugements des cadis devant le *Midjelé*, dans l'idée de ne point substituer les tribunaux français aux tribunaux indigènes. Ce précédent algérien dans lequel l'islam avait été invoqué pour ne pas appliquer le code civil aux indigènes servira de prétexte aux autorités du Sénégal, pour ne pas accorder les « bienfaits » de la loi française aux musulmans sénégalais.

A Saint-Louis du Sénégal, l'afflux des populations musulmanes, autour puis à l'intérieur même de la ville avait fini, en effet par poser problème et soulever la « question musulmane »²⁶. Aussi, l'idée avait-elle été avancée dès 1843²⁷ de créer à Saint-Louis un tribunal musulman, sur les instances pressées des notables locaux dont les pétitions se suivaient sur le bureau du gouverneur, par les bons soins du marabout Ndiaye Ann, représentant des chefs religieux de la ville²⁸. Une première pétition articulant que le gouvernement français n'avait jamais cherché à imposer aux Saint-louisiens la religion chrétienne, demandait aux autorités de l'époque d'admettre les musulmans sénégalais « aux droits accordés aux musulmans d'Algérie ».²⁹

²³ Ce décret plaçait la justice musulmane sous la « direction et la surveillance » du général commandant de division (en territoire civil), le tout placé sous l'autorité du gouverneur général.

²⁴ Ministre à empereur. Rapport Vaillant, *Moniteur algérien*, 1^{er} oct. 1854, ANS, 1B71.

²⁵ Rapport Vaillant, précité.

²⁶ Le gouverneur Roger écrivait en 1824 au ministre que pour prévenir « le fanatisme », le gouvernement a senti qu'il fallait tolérer et même protéger l'islam dans la colonie : Gouverneur à Ministre, 15 avril 1824, ANS, 2B9, p. 31.

²⁷ Pétition de décembre 1843, ANSOM, Sénégal VIII, 14 bis.

²⁸ Pétition de 1844, ANSOM, Sénégal VIII, 14 bis.

²⁹ Pétition de 1843.

Un arrêté local du 27 septembre 1843 allait partiellement répondre aux vœux des musulmans en disposant qu'il était créé à Saint-Louis « un tribunal arbitral » (art. 1^{er}) connaissant, entre musulmans seulement, de toutes les contestations qui lui seront volontairement déférées ; en outre, ces dernières devaient être jugées d'après la loi musulmane³⁰.

Dans le courant de l'année 1848, un nouveau pas allait être franchi vers la création d'un tribunal musulman régulier, avec la consultation du conseil d'administration et de gouvernement au sujet d'un projet de décret. Mais il fallait, comme en 1846³¹, déjà, tenter de concilier les courants contradictoires en présence, d'une part le groupe des notables musulmans et, d'autre part, le chef du service judiciaire, soucieux de mettre sous contrôle des tribunaux français, le tribunal musulman à créer. Un tel pari était loin d'être gagné d'avance, les musulmans rejetant toute idée d'appel des décisions du tribunal musulman (à créer) devant la juridiction ordinaire française et rejetant toute immixtion, même indirecte, de quelque magistrat européen dans la juridiction musulmane.

L'affaire du tribunal musulman qui était, du reste, censée vaincre les réticences des notables saint-louisiens³² à l'égard de l'abolition de l'esclavage traîna en longueur, l'autorité étant partagée entre la volonté d'expérimenter le modèle algérien qui ne pouvait prospérer³³ et celle d'assigner au tribunal musulman (à créer) d'autres finalités que celles d'une juridiction régulière et indépendante³⁴.

Ce problème ne connut point de solution définitive jusqu'à l'arrivée de l'officier du génie militaire, Louis Faidherbe, à la tête de la colonie. Après

³⁰ Arrêté n° 83 du 27 septembre 1843. *Bulletin administratif du Sénégal* 1843–1844, p. 120.

³¹ En 1846, en effet, le même conseil avait eu à discuter d'un projet Larcher (du nom du chef du service judiciaire) qui n'avait pas abouti. ANSOM, AOF, BE 18, 1 à 7.

³² Gouverneur à Ministre, lettre n° 138 du 7 avril 1848, ANSOM, Sénégal I/33 et lettre n° 233 du 10 juillet 1848, ANSOM, Sénégal XIV/15a.

³³ A l'idée de reconduire le modèle algérien, le gouverneur du Sénégal, écrivait que « tout, ici, en diffère essentiellement soit par la manière dont les musulmans interprètent et appliquent le Coran, soit par les mœurs, soit par des pratiques qui n'ont d'analogie dans aucun autre pays soumis au dogme de l'islamisme... », Gouverneur à Ministre, lettre n° 478 du 6 décembre 1848, ANS, 2 B 26.

³⁴ Dans la même correspondance, le gouverneur relevait que « nous sommes attachés dans ce second projet à demeurer dans les limites d'une saine politique, en ne concédant aux musulmans que les points que notre législation est impuissante à régler ; leur accorder davantage deviendrait un danger, car ce serait offrir un encouragement à cette tendance, tous les jours plus manifeste chez eux, à s'affranchir de l'autorité métropolitaine » - Gouverneur à ministre, lettre n° 478 précitée, ANS, 2B 26.

avoir servi en Algérie de 1843 à 1846, cet officier de l'armée française est arrivé au Sénégal pour prendre la direction du service du génie. Devenu gouverneur de la colonie en 1854 (poste qu'il occupera jusqu'en 1861, et de 1863 à 1865), il s'efforcera de faire droit aux revendications de la population musulmane de Saint-Louis tendant à obtenir des autorités la création d'un tribunal musulman pour connaître des contestations en matière civile et commerciale qui s'élèvent entre musulmans. Il fallait, selon lui, dissiper les malentendus nés du « faux espoir » qu'avait suscité la promesse faite en 1848³⁵.

Les instances du nouveau chef de la colonie aboutiront au décret du 20 mai 1857 portant création d'un tribunal musulman, ne lui reconnaissant cependant qu'une compétence limitée aux questions d'état, au mariage, aux successions, aux donations et aux testaments (art. 2), avec un double appel ouvert devant le conseil d'administration présidé par le gouverneur (et comprenant le directeur des affaires indigènes et le chef de la religion musulmane), ainsi que devant les tribunaux ordinaires français (art. 1^{er})³⁶.

La jurisprudence locale s'est attachée ensuite à interpréter ledit décret de façon restrictive. Ainsi, d'un arrêt de la Cour d'appel du Sénégal, dans lequel on pouvait lire ces lignes : « ... Attendu qu'il est hors de doute que le décret du 20 mai 1857 a entendu fixer limitativement les questions qui compéteraient au tribunal musulman qu'il instituait à Saint-Louis, et l'étendue de sa juridiction... »³⁷ Or, les autorités musulmanes avaient contesté cette façon de voir, puisque l'appel qui avait provoqué l'arrêt en question avait été interjeté contre une décision du cadi Tamsir de Saint-Louis en date du 19 mars 1894, après qu'en première instance le cadi du Ndiander se fut lui aussi estimé compétent dans une question de possession de terrain³⁸, et la cour trancha le litige en annulant le jugement entrepris et renvoyant les parties « à se pourvoir comme le droit (sic) »³⁹.

Le tribunal de 1^{ère} instance ne se comportait pas de manière moins possessive à l'endroit des questions d'état ; par un jugement du 17 novembre 1894 (Codou Sène c/Dialor Gueye) –dans un litige portant sur une réclamation d'arriérés de dot portée devant le cadi Tamsir de Saint-Louis– ledit tribunal avait articulé : « ...Attendu que malgré l'expression « condamné » qu'on lit dans sa partie finale, le document...ne constitue pas un jugement, mais un acte de notoriété... Attendu qu'en droit musulman, le mariage est un contrat à la fois civil et religieux, que si à raison de ce double

³⁵ Gouverneur à ministre, lettre n° 157 du 16 mars 1857, ANS, 2B32, p. 9.

³⁶ *Moniteur du Sénégal et Dépendances* 1857–59, n° du 30 juin 1857, p. 2 et s.

³⁷ *Penant* 1894, p. 419.

³⁸ Jugement du 21 juin 1893, in *Penant* 1894, p. 419

³⁹ *Penant* 1894, p. 419.

caractère, le cadi qui est à la fois le magistrat et chef de la religion musulmane, paraît seul qualifié pour prononcer ou constater la dissolution du mariage, sa compétence s'efface pour faire place à celle des tribunaux français quand il s'agit d'apprécier les conséquences pécuniaires résultant pour les époux du divorce ou de la répudiation »⁴⁰... limitant strictement la compétence du cadi au divorce ou à la répudiation, le juge ordinaire qui entendait l'être aussi en matière musulmane, invoquait dans ce sens l'intention du législateur en avançant qu'il résultait des termes de l'art. 2 du décret que « le législateur a entendu limiter la compétence de la juridiction musulmane aux questions d'état, c'est-à-dire aux matières qui, dans les pays islamiques, touchent autant sinon plus à la religion qu'au droit civil »⁴¹.

La Cour de cassation française a, dans une affaire de tutelle de mineurs (Amady Coumba / Rabat Fall) décidé qu'en introduisant la justice musulmane au Sénégal, le décret du 20 mai 1857 a limitativement énuméré les matières : « ... Qu'ainsi, ce n'est pas pour le statut personnel tout entier que les indigènes sont déclarés justiciables du tribunal musulman ; que cette juridiction d'exception est chargée de statuer sur l'application des lois qui concernent leur capacité ; que notamment en ce qui touche l'organisation et le fonctionnement de la tutelle des mineurs, aucune modification n'est apportée aux attributions des magistrats français... »⁴².

Nous voyons donc que dans la procédure qui a débouché sur le décret de 1857, comme dans l'application de celui-ci, le souci des autorités a été d'inventer des mécanismes judiciaires pour contrôler l'Autre, en maintenant sous contrôle les institutions indigènes. Toutefois, la colonisation gagnant du terrain, cette adaptation sera réformée partiellement par divers textes, mais toujours dans le souci de ménager les susceptibilités locales, d'associer pour légitimer.

B – Un essai d'implantation attractif : associer pour légitimer

Œuvre de compromis, l'installation de la justice française en AOF entendait répondre à deux impératifs majeurs : d'une part, rassurer les autochtones en faisant en sorte qu'aucune des règles édictées n'apparaisse comme une innovation qui heurterait les susceptibilités locales ; d'autre part, ne pas craindre d'innover en écartant tout ce que le mécanisme judiciaire a d'archaïque.

⁴⁰ Tribunal de 1^{ère} instance de Saint-Louis, 17 nov. 1894, in *Penant* 1894, p. 127.

⁴¹ *Ibid.*, p. 128.

⁴² Cass. 31 juillet 1985, in *Rec. Dareste*, p. 390–391.

Dire le droit en AOF aux XIX^e et XX^e siècles

1)- On laisse ainsi subsister une « petite justice », une justice de proximité conférant au chef de village un rôle important. Selon le type de conflit, ce dernier prend une image différente : arbitre, chef de famille ou miroir du groupe social, il se fait témoin de la complexité du rituel judiciaire. C'est qu'ici, pour résoudre les relations conflictuelles qui se posent à la société, il a été préféré de recourir à la voie de la conciliation, de la recherche du compromis et de l'harmonie sociale. Cette situation trouve son fondement dans le fait que les parties en conflit sont soit des parents, soit des voisins. Elles sont soit des habitants d'un même village, soit d'un même quartier. La solution à l'amiable qui en découle permet de faire oublier le litige et par conséquent concourt au maintien de l'équilibre social. En outre, le juge doit motiver sa décision finale de manière claire et conforme à la vérité.

Car pour faire justice, dire le droit au village, il ne suffit pas de rendre un jugement, il faut en plus que les plaideurs l'acceptent comme étant la voix de la vérité et de l'équité. Dans l'entendement des gens du village, en effet, la justice est la manifestation de la vérité et de l'équité. En conséquence, la mission du juge n'est pas d'appliquer de manière automatique ou aveugle la règle de droit ; elle est de trouver dans chaque cas d'espèce la solution la plus juste, c'est-à-dire la plus équitable, compte tenu des circonstances de l'espèce. Ni la règle de droit coutumière ni la force du précédent ne peut donc l'emporter sur ce que dicte la règle de l'équité. On a donc ici une « justice illettrée » qui ne s'appuie ni sur des solutions toutes faites énoncées dans un code, ni sur la règle du précédent. Elle tire son fondement de la sagesse du juge.

C'est ainsi par exemple que des personnes en conflit peuvent s'adresser à l'imam de leur quartier non pour qu'il tranche leur litige en application de la *Shari'a* mais en application de ce que lui dicte sa conscience d'homme intègre et sage. Bien entendu, la loi coranique et les précédents existaient et étaient généralement respectés mais jamais au prix de l'équité, car rendre la justice était synonyme de « dire la vérité », rechercher le juste, compte tenu des circonstances.

A ce stade, il s'agit d'un « procès coutumier sans administrateur »⁴³, formé de tout ce qui concourt à la préservation de l'ordre social et faisant appel aux processus ou aux moyens qui garantissent les résultats attendus. C'est ainsi que l'accent est mis sur l'existence, à tous les niveaux, de cadres de concertation. C'est aussi la raison pour laquelle l'élaboration des codes coutumiers, intervenue par la suite, est une entreprise vaine, à laquelle les

⁴³ A.-A. DIOP, « Un procès coutumier sans administrateur », in B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI (sous la dir. de), *Le Juge et l'Outre-mer. Histoire de la justice*, tome 6, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2010, p. 81-100.

populations autochtones ne se sont jamais intéressées. Ce qui compte c'est la concertation, le consensus et le respect de l'équité⁴⁴.

2)- Toute différente cependant devait être la vie judiciaire dans les colonies françaises, au tournant du XIX^e siècle. A cette époque, certaines d'entr'elles comme la Guinée française, la Côte d'Ivoire et le Dahomey, étaient régies par les décrets du 11 mai 1892, du 26 juillet 1894 et du 16 décembre 1896, dont les dispositions prévoyaient le maintien des « juridictions indigènes actuellement existantes »⁴⁵. Cependant, dès le départ, le principe d'une exception au maintien des juridictions locales fut posé. Il concernait la répression des infractions pénales : ainsi, un Conseil d'appel, constitué en un tribunal criminel connaissait des crimes et délits et de toutes les affaires déferées en France aux Cours d'assises (art. 15). Ce Conseil d'appel connaissait également de l'appel des sanctions supérieures à deux mois de prison prononcées contre les délits. Présidée par le gouverneur et composée d'assesseurs indigènes choisis par l'administration, cette instance échappait à tout contrôle judiciaire.

Très vite, cette « organisation, toute rudimentaire, et qui n'avait d'autre objectif que de pourvoir à peu de frais aux premiers besoins des colonies naissantes »⁴⁶ fut l'objet de vives critiques⁴⁷. Considérée comme « une question administrative mêlée à des intérêts privés », elle appelait une réforme qui s'imposait. Le ministre des Colonies estimait en effet que les administrateurs devaient être remplacés dans leurs fonctions : « Peu préparés aux fonctions judiciaires, les administrateurs, déjà très absorbés par les multiples occupations qui leur incombent, se trouvent dans l'impossibilité de solutionner rapidement les différends qui leur sont soumis et la confusion entre leurs mains des pouvoirs administratifs et judiciaires peut exposer leurs décisions à de graves critiques. »⁴⁸

⁴⁴ Donner à chacun ce qui lui est dû. Ne pas exploiter ceux qui sont en position de faiblesse.

⁴⁵ Décret du 20 juillet 1894, art. 27 : *J.O. du Dahomey*, 1^{er} octobre 1894.

⁴⁶ Ministre des Colonies à Président de la République, Rapport suivi d'un décret portant réorganisation du service de la justice dans les colonies de la Guinée française, de la Côte d'Ivoire et du Dahomey, Paris, 6 août 1901. Cité par R. WILLAMUR, *Les attributions des administrateurs et chefs de poste en service à la Côte d'Afrique*, Paris, Pedone, 1902, p. 253.

⁴⁷ Au sujet de la Guinée française, lire les critiques qui en ont été faites par P. NGOM, « Avatars de justice en Guinée française au début du 20^e siècle », in B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI (sous la dir. de), *Le Juge et l'Outre-mer. Histoire de la justice*, tome 6, 2010, p. 199-248.

⁴⁸ Ministre des colonies à Président de la République, Rapport suivi d'un décret portant réorganisation du service de la justice dans les colonies de la Guinée

Dire le droit en AOF aux XIX^e et XX^e siècles

Il fallait donc réorganiser la justice dans les colonies précitées, en y intégrant des magistrats professionnels⁴⁹. Ce fut l'objet du décret du 6 août 1901. Celui-ci aménagea des tribunaux de première instance à Conakry, Bingerville et Porto-Novo. Ces tribunaux se composaient d'un juge-président, d'un procureur de la République et d'un greffier. Ils connaissaient de toutes les affaires civiles et commerciales et des contraventions et délits en matière pénale. L'appel de ces jugements était soumis au jugement d'un tribunal supérieur établi à Bingerville. Les affaires criminelles étaient déferées à des cours criminelles siégeant à Bingerville, Conakry et Porto-Novo.

Quant aux justices de paix à compétence étendue installées pour régler les affaires entre Français et Européens ou assimilés, elles étaient accessibles aux indigènes sur leur demande et étaient compétentes en matière civile, commerciale et pénale (affaires de simple police et correctionnelles). Les indigènes pouvaient donc soumettre leurs affaires à cette justice française même si, dans le cas du Dahomey, l'« accès de l'ensemble des indigènes à la justice française reste cependant fictif compte tenu de l'éloignement géographique d'une partie des Dahoméens »⁵⁰. L'administration occupait là encore une position centrale puisque ces justices de paix n'étaient pas constituées de magistrats professionnels mais de membres choisis parmi les fonctionnaires en service dans les colonies. Ce sont en fait les commandants de cercles qui exerçaient le métier de juge.

Si les tribunaux de première instance et les cours criminelles étaient compétents à l'égard de tous les justiciables résidant dans le ressort du chef-lieu, quel que soit leur statut juridique, les justices de paix avaient, quant à elles, des attributions et un ressort plus larges que les juridictions de paix métropolitaines⁵¹ puisque le juge statuait non seulement en matière de simple police sur les contraventions mais il assurait également les compétences des tribunaux correctionnels métropolitains en connaissant de l'ensemble des délits commis par des Européens.

française, de la Côte d'Ivoire et du Dahomey, Paris, 6 août 1901. Cité par R. WILLAMUR, *Les attributions des administrateurs et chefs de poste en service à la Côte d'Afrique*, Paris, Pedone, 1902, p. 253.

⁴⁹ Dans les subdivisions territoriales non comprises dans les ressorts des tribunaux de première instance, les administrateurs continuaient d'être chargés des fonctions de juges de paix.

⁵⁰ Cf. B. BRUNET-LA RUCHE, *La justice pénale au Dahomey*, mémoire de master d'histoire, Université Toulouse 2-Le Mirail, 2008, p. 39.

⁵¹ Pour le cas du Dahomey, lire : B. GBAGO, « Du juge de Paix à compétence étendue au début du 20^e siècle à Porto-Novo », in B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI (sous la dir. de), *Le juge et l'Outre-mer. Histoire de la justice*, tome 6, 2010, p. 171-184.

Cette insertion des magistrats de carrière dans les institutions juridictionnelles marquait certes une rupture dans l'architecture de l'organisation judiciaire (même si les différences avec le système métropolitain sautaient encore aux yeux), mais les fonctionnaires continuaient d'exercer des fonctions judiciaires (juges de paix, magistrats par intérim dans les tribunaux français). Les cours criminelles de Conakry et Porto-Novo comprenaient un fonctionnaire de l'administration. Le poids des fonctionnaires était encore plus marqué pour les crimes commis par des indigènes en dehors du ressort des tribunaux de 1^{ère} instance, jugés par des tribunaux criminels spéciaux⁵². Quant à l'architecture de l'organisation retenue pour le fonctionnement des tribunaux indigènes, elle fut progressivement placée sous contrôle de l'administration.

La réorganisation sur un plan d'ensemble du système judiciaire de l'AOF, prend effet avec le décret du 10 novembre 1903. En effet, ce décret aménage les tribunaux indigènes en s'inspirant d'idées différentes. Il fixe une nouvelle architecture de l'organisation judiciaire : il met en place de véritables « juridictions » au sens moderne du terme, selon une structure unique pour l'ensemble de l'AOF, dont seuls étaient justiciables les individus « originaires » de l'une des possessions françaises⁵³.

Ce texte eût constitué un notable progrès et allait, sur certains points, au-delà des dispositions retenues depuis. Il fut pris à l'initiative du gouverneur général Ernest Roume et créa plusieurs types de juridictions dont l'ensemble se caractérisait par sa complexité et sa diversité. Il consacra formellement le principe du respect des coutumes indigènes en AOF et institua plusieurs types de juridictions indigènes : les tribunaux de village présidés par les

⁵² Ces tribunaux criminels spéciaux étaient composés d'un membre du tribunal supérieur du ressort le plus voisin, président, et de deux assesseurs choisis par le gouverneur parmi les fonctionnaires en service dans la colonie.

⁵³ Au sens du décret du 10 novembre 1903, il s'agit « d'individus non justiciables des tribunaux français » (art. 46). Le décret de 1903 est suivi des décrets du 16 août 1912, du 22 mars 1924 et du 3 décembre 1931. Le décret de 1912 (art. 2) vise les indigènes originaires de l'une des possessions de l'AOF ou de l'AEF, et y assimile les originaires des possessions étrangères comprises entre ces deux groupes de territoires, n'ayant pas le statut de nationaux européens. Celui de 1924 (art. 2) rajoute les originaires des pays placés sous mandat, mais exclut ceux qui auraient la qualité de citoyens français (comme par exemple les « originaires » des quatre communes du Sénégal). Le décret de 1931 (art. 2) exclut à son tour les originaires des pays sous mandat. Le statut indigène est le statut de droit commun, et celui qui prétend ne pas y être soumis doit le prouver. De plus, l'option de juridiction est possible en matière civile et commerciale, et si deux indigènes portent leur différend devant la juridiction de droit commun, d'un commun accord constaté par une convention, il leur est appliqué, jusqu'en 1931 seulement, les règles de droit français.

chefs de village, les tribunaux de province composés d'un chef de province ou de canton, assisté de deux assesseurs indigènes désignés par le chef de la colonies, le tribunal de cercle présidé par le commandant de cercle, assisté de deux assesseurs ayant voix consultative, et une chambre d'homologation.

Les juridictions sont mises en place sur le modèle de la métropole : les Cours d'appel, les Cours d'assises, les Tribunaux de première instance. Il a été créé un type de justice de proximité, pour pallier le manque de personnel judiciaire, la justice de paix. Un conseil de contentieux administratif⁵⁴, composé d'un magistrat de la Cour d'appel et de deux administrateurs (jouant le rôle de conseillers) est également créé ; il est chargé du contentieux administratif local, sauf, entre exceptions, le recours pour excès de pouvoir.

A la base, dans les villages, il est institué des tribunaux coutumiers à juge unique où siégeait un notable choisi par l'administration et chargé de concilier les parties⁵⁵. Aux chefs-lieux de canton ou de subdivision furent créés des tribunaux indigènes de 1^{er} degré, les uns et les autres étant présidés par l'administrateur assisté d'assesseurs indigènes à titre consultatif⁵⁶. Ces juridictions étaient saisies des affaires tant civiles que pénales. Les appels devaient être portés devant le tribunal colonial d'appel institué dans colonie et présidé par le président du tribunal français de première instance, entouré de deux assesseurs notables ayant voix délibérative.

Au sommet se trouvait la chambre spéciale d'homologation qui recevait les pourvois en annulation pour violation de la coutume. Cette formation spéciale de la Cour d'appel de l'AOF siégeant à Dakar était composée de trois magistrats français de la Cour d'appel, de deux administrateurs nommés par le gouverneur général et de deux assesseurs indigènes parlant français, choisis par le président de la chambre sur une liste de douze notables dressée annuellement⁵⁷. Ces assesseurs indigènes n'avaient que voix consultative.

Chargée en principe de veiller à « l'égalité coutumière », la chambre spéciale d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF apparaît en fait comme un instrument de stratégie coloniale⁵⁸. Placée au sommet de la hiérarchie judiciaire indigène, la Chambre devait résoudre tous les conflits qui

⁵⁴ Pour en savoir plus sur cet organe, cf. P. NGOM, *Le Conseil du contentieux administratif du Sénégal pendant la colonisation*, mémoire DEA histoire du droit, Université de Dakar, 1984, 196 p.

⁵⁵ Avant toute chose, le tribunal est tenu de tenter de concilier les parties. S'il y parvient, il établit un procès-verbal de conciliation qui a force exécutoire ; s'il n'y réussit pas, les parties sont renvoyées devant le tribunal de subdivision.

⁵⁶ La réforme de 1931 leur a octroyé voix délibérative.

⁵⁷ Décret du 10 novembre 1903, art. 62.

⁵⁸ Cf. E. GASPARINI, « La chambre d'homologation et le contrôle de la justice indigène (AOF et AEF) », in B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI (sous la dir. de), *Le juge et l'outre-mer. Histoire de la justice*, tome 5, 2010, p. 147-158.

pouvaient naître de l'application de la « coutume » en matière criminelle. Cette instance était saisie obligatoirement pour toute condamnation d'un tribunal de cercle supérieure à cinq ans, afin d'assurer l'exactitude et l'unité d'interprétation de la coutume et d'éviter toute incompétence et tout abus de pouvoir. Elle pouvait également être saisie par le procureur général contre tout jugement définitif des tribunaux de province ou de cercle dans « l'intérêt supérieur de la loi ». Elle pouvait annuler une décision et la renvoyer devant le tribunal qui l'avait jugée. En cas de désaccord persistant, c'est la chambre qui statuait en dernier ressort.

Au demeurant, sa composition fait qu'elle n'était pas la mieux placée pour vérifier la conformité des jugements qui lui étaient soumis avec des coutumes mal connues de ses magistrats⁵⁹. Elle s'est surtout efforcée d'exercer un contrôle de la justice indigène⁶⁰, d'extirper des coutumes répressives indigènes (par la voie de l'annulation) tout ce qui lui paraissait incompatible avec les « principes de la civilisation française », c'est-à-dire concrètement tout ce qui était attentatoire à la morale ou à l'ordre public⁶¹.

Cette conception va dominer tout le mécanisme de la justice indigène, mais ne changera pas fondamentalement l'esprit de l'époque. En effet, même si le décret du 10 novembre 1903 introduit dans l'architecture de l'organisation judiciaire de l'AOF d'importantes innovations, il est remarquable de constater que l'appareil judiciaire est toujours sous contrôle de l'administration. Les tribunaux indigènes étaient non seulement présidés par des administrateurs, mais les assesseurs étaient choisis sur des listes de notables établies par les gouverneurs des différentes colonies du territoire de l'AOF. Or l'assessorat indigène, à l'instar de la chefferie⁶², auxiliaire de l'administration, ne fait pas preuve, c'est le moins qu'on puisse dire d'une

⁵⁹ Ces coutumes étaient celles de populations à la religion, aux mœurs et aux traditions éloignées de celles des Européens.

⁶⁰ E. GASPARINI, « La chambre d'homologation et le contrôle de la justice indigène (AOF et AEF) », *op. cit.*, p. 147-158.

⁶¹ Le domaine d'application de la notion d'ordre public reste, toutefois, bien défini. D'après H. SOLUS, la notion d'ordre public colonial permet d'expliquer et de justifier les dispositions par lesquelles sont assurées : 1°- Le respect de la personnalité et de la dignité humaine ; 2°- L'identité juridique des personnes (état civil) ; 3°- La sécurité des transactions et l'exécution des obligations ; 4° - La bonne organisation du régime foncier et la sécurité du crédit immobilier. L'auteur y ajoute aussi « les dispositions concernant le droit pénal » (*op. cit.*, p. 313).

⁶² R. CORNEVIN, « L'évolution des chefferies dans l'Afrique noire d'expression française », in *Recueil Penant*, 1961, p. 385.

remarquable indépendance d'esprit⁶³. Par ailleurs, si le pluralisme juridique était *de facto* reconnu, ce n'était pas sur une base égalitaire. Les tribunaux de 1^{ère} instance ne constituaient qu'une justice d'exception par rapport à la justice de droit commun exercée par les tribunaux français statuant selon les codes et un droit très largement légiféré et codifié⁶⁴.

Cette armature compliquée et assez lourde, calquée sur la hiérarchie des juridictions françaises, ménageait en principe un double, voire un triple degré de juridiction. Le décret du 10 novembre 1903 crée deux catégories de justiciables, les sujets et les citoyens français. Les sujets sont soumis à leurs coutumes, tant pour les matières civile et commerciale que pour la matière pénale, alors que les citoyens français bénéficient du régime du code civil. Ainsi, au statut particulier de droit local est opposé le statut de droit français, en fait, le droit commun.

Les indigènes de statut local relèvent de la compétence des tribunaux indigènes, tandis que les Français, les Européens et assimilés sont soumis aux tribunaux français. Toutefois, les indigènes ont la faculté de porter leurs litiges devant les juridictions françaises qui seront, alors, amenées à appliquer les coutumes des parties et, à cet effet, à ajouter à leur composition des assesseurs indigènes⁶⁵. Aux termes de l'article 31 du décret organique, cette option de juridiction doit être expresse ; en effet, « la comparution des indigènes devant un tribunal français, loin d'être une manifestation de leur volonté d'accepter les lois et formes françaises ne peut, la plupart du temps, être envisagée que comme un acte de déférence envers l'autorité dont émane l'avis ou la citation à comparaître qui leur a été délivrée »⁶⁶. C'est l'interprétation qui en a été donnée par le chef du service judiciaire de l'AOF qui, s'adressant aux chefs des parquets relevant du gouvernement général estimait que « pour se conformer à l'esprit du décret, il serait utile que les

⁶³ E. DE MARI, « 'On suit toujours le Blanc'. Quelques remarques sur la justice et l'assessorat indigène en Afrique noire », in *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, n° 1, 2002, p. 177 et s.

⁶⁴ Les juridictions françaises pouvaient également statuer en matière indigène en raison de la qualité personnelle de certains plaideurs ou en fonction d'une option de juridiction ouverte par l'article 7 du décret de 1931. A ce sujet, consulter avec profit J. CHABAS, « La justice indigène en Afrique occidentale française », in *Annales Africaines*, 1954, p. 101. Malgré l'étendue de leurs ressorts et le nombre de leurs justiciables potentiels, ces juridictions indigènes étaient maintenues sous contrôle de l'administration.

⁶⁵ Le tribunal doit s'adjoindre un assesseur musulman ou se réclamant de la religion animiste selon la qualité des parties toutes les fois que cette juridiction a à statuer dans les affaires intéressant le statut des indigènes.

⁶⁶ Procureur général à chefs des parquets relevant du ressort du gouvernement général de l'AOF, 8 février 1905, ANS, M93.

magistrats avant de passer outre aux débats, interrogent les parties sur la spontanéité de leur comparution, sur leur volonté libre de se soumettre à la juridiction française et sur les conséquences de cette option »⁶⁷.

Ajoutons que pour prévenir les « déplacements irréguliers de compétence qui viendraient à se produire entre les juridictions françaises et indigènes de leurs colonies respectives », le gouverneur général⁶⁸, William Ponty, rappelle aux lieutenants-gouverneurs des colonies de l'AOF, dans une circulaire du 12 avril 1908, que les empiètements des tribunaux français sur la compétence des juridictions indigènes constitueraient des errements. « Ces errements, écrivait-il, ne tendraient à rien moins qu'à détruire dans la pratique l'œuvre de réorganisation judiciaire issue du décret précité et dont le but essentiel a été, en ce qui concerne les indigènes, de leur assurer les garanties d'une justice basée sur leurs coutumes »⁶⁹.

Il n'est pas inutile de préciser que les indigènes peuvent encore renoncer à être jugés selon leurs coutumes, ce qui justifierait, la compétence de la juridiction française et l'application du droit français. Il ne suffit pas, cependant, pour que le tribunal indigène soit dessaisi d'une affaire de sa compétence, que l'une des parties demande à être jugée par le tribunal français. « L'accord de toutes les parties en cause est indispensable au déplacement de la compétence quel que soit le nombre des parties au procès demandant à être jugées par les tribunaux français, le refus de l'une seule d'entre elles aurait pour effet de maintenir la cause devant le tribunal indigène qui est la juridiction normale »⁷⁰.

D'autres observations peuvent être faites au sujet de la compétence des tribunaux indigènes, notamment lorsque, dans une même instance, l'une des parties étant musulmane désire être jugée selon la *Shari'a* et l'autre, non musulmane, se réclame de la coutume. C'est le lieu de souligner la complexité du sujet surtout, lorsque les affaires en cause concernent le règlement d'une succession, l'exécution d'un contrat en matière civile et en matière pénale, ou la poursuite simultanée d'indigènes de statut différent...

Les solutions suivantes étaient avancées par le lieutenant-gouverneur du Haut-Sénégal et Niger. En matière successorale, la succession serait réglée d'après la loi personnelle du *de cuius*, sans tenir compte de la loi du pays où il est mort, ni du statut personnel de ceux qui revendiquent sa succession. Dans les affaires ayant trait à l'exécution d'un contrat, la loi du défendeur devrait être choisie de préférence à celle du demandeur, selon la règle

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Instructions du Procureur général, chef du service judiciaire de l'AOF, 25 avril 1905, ANS, M93.

Dire le droit en AOF aux XIX^e et XX^e siècles

« Actor sequitur forum rei », et en matière pénale, la loi française serait applicable aux indigènes de statut différent, co-auteurs ou complices d'un même crime ou délit.

Consulté à ce sujet par le gouverneur général, le procureur général près la Cour d'appel de l'AOF⁷¹ approuve la solution proposée par le lieutenant gouverneur du Haut Sénégal et du Niger pour les successions. Selon le chef du service judiciaire, celle-ci est conforme (aux) principes (français) en cette matière. « Le conflit entre plaideurs musulmans et non musulmans, pour le règlement d'une succession, ajouta-t-il, se produira d'ailleurs très rarement, la différence de religion étant une cause d'exclusion successorale dans le droit coranique »⁷².

Une préoccupation surgit à propos des contrats civils. « Pour les contrats, en effet, la règle « Actor sequitur forum rei » n'implique qu'une attribution de juridiction et n'impose en aucune façon la loi du défendeur au demandeur. Cette portée donnée à l'adage latin pourrait entraîner des conséquences inattendues et peut être iniques pour le demandeur ». C'est peu de dire que l'application de la règle « locus regit actum » adoptée par toutes les législations à cause de l'équité du principe qu'elle consacre est plutôt conseillée⁷³, à l'exclusion de toute autre. Ainsi, « pour connaître la valeur et apprécier les clauses ou conditions d'un contrat passé entre plaideurs indigènes de statuts différents, il faudra (...) s'attacher à la loi du pays où il a été fait, à moins que les parties n'aient entendu formellement contracter sous l'empire de la loi française ou autrement »⁷⁴.

A plusieurs reprises, des textes juridiques vinrent modifier l'organisation et le fonctionnement des juridictions créées par le décret de 1903. Ce fut le cas en 1912, en 1924 et en 1931. Prenons le décret du 16 août 1912⁷⁵. Avec ce texte, le tribunal de province devient tribunal de subdivision : il est présidé par l'administrateur de cette circonscription assisté de deux assesseurs qui, cette fois, ont voix délibérative. Trois systèmes juridiques, relevant respectivement de la loi française, de la *Shari'a* musulmane et de la coutume indigène, caractérisent l'organisation judiciaire et s'appliquent suivant le statut des populations (assimilé/européen, musulman ou indigène).

Placées sous le contrôle des autorités administratives locales, ces juridictions étaient compétentes pour les individus habitant le territoire de l'AOF (hormis les « originaires » des Quatre communes françaises de plein exercice), les natifs des possessions françaises et des autres possessions

⁷¹ Procureur général à gouverneur général, 10 janvier 1906, A.N.S., M93.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Rec. Daresté* 1913.I.25. Ce décret sera suivi de celui du 26 juillet 1944.

étrangères qui n'avaient pas dans leur pays d'origine le statut de citoyen. Dans une circulaire datée de 1913, le gouverneur général Ponty, constate : « La coutume, produit naturel et immédiat de rapports sociaux, est l'expression unanime de la volonté des populations, de leur volonté vraie et profonde, celle qui se manifeste par des actes répétés. Elle est le suffrage universel des actes sociaux ; grâce à elle, les intéressés se font eux-mêmes leur droit »⁷⁶.

A la liste des justiciables indigènes, arrêtée par les textes antérieurs, le décret du 22 mars 1924 (art. 2) rajoute les originaires des pays placés sous mandat, mais exclut ceux qui auraient la qualité de citoyens français (ainsi que les « originaires » des quatre communes du Sénégal). Tous ces justiciables sont soumis à leurs coutumes, tant pour les matières civile et commerciale que pour la matière pénale. Quant au décret du 3 décembre 1931, il ne remet pas en cause le principe du respect des coutumes indigènes, mais la chambre d'homologation est remplacée par la chambre d'annulation, et des tribunaux coloniaux d'appel⁷⁷ ont été mis en place.

Le recours autant que possible à la conciliation est maintenu. Sans doute, c'est cela qui explique et justifie à la fois que le législateur colonial accorde une place de choix à la conciliation entre les parties⁷⁸. Ainsi, l'article 5 du décret organique du 3 décembre 1931 dispose que « ... le chef de village ou le notable du village, du quartier ou du groupe de tentes, désignés à cet effet par la coutume, est investi, en matière civile et commerciale, du pouvoir de concilier les parties... ». Mieux, selon l'article 23 dudit texte organique, lorsque les parties comparaissent ou se font légalement représenter dans les affaires contentieuses, avant toute chose, le tribunal est tenu de tenter de les concilier.

Le souci d'appliquer les coutumes avait conduit à une combinaison des principes de la territorialité et de la personnalité des lois. Dans les colonies où l'islam était prédominant, les tribunaux indigènes jugeaient ordinairement selon la *Shari'a*, mais le décret du 16 août 1912 avait décidé que les parties non musulmanes devaient être représentées dans la composition du tribunal. Dans les colonies où les populations animistes étaient plutôt majoritaires, il

⁷⁶ Cité par J. JOHN-NAMBO, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », in *Droit et Société*, n° 51-52/2002.

⁷⁷ Le tribunal d'appel est composé d'un président (un magistrat colonial), de deux fonctionnaires (cadres européens) et de deux notables citoyens de statut particulier.

⁷⁸ Pour aller plus loin, voir S. TRAORE, « L'indigène entre les palabres et la Maison de justice : les raisons d'un engouement pour la justice indigène », in B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI (sous la dir. de), *Le juge et l'outre-mer. Histoire de la justice*, tome 5, 2010, p. 133-146.

était recommandé « autant que possible de faire juger les justiciables indigènes par des notables de leur coutume ».

Que se passe-t-il, lorsque dans une même instance, l'une des parties étant musulmane désire être jugé selon la loi coranique et l'autre, non musulmane, se réclame d'une coutume ? On se heurte ici à la complexité du sujet, et il faut distinguer selon que le litige concerne le règlement d'une succession, l'exécution d'un contrat en matière civile, et en matière pénale ou la poursuite simultanée d'indigènes de statuts différents.

Les solutions suivantes étaient avancées : en matière successorale, la succession serait réglée d'après la loi personnelle du *de cujus*, sans tenir compte de la loi du pays où il est mort, ni du statut personnel de ceux qui revendiquent sa succession. Du reste, comme on l'a vu plus haut, « le conflit entre plaideurs musulmans et non musulmans, pour le règlement d'une succession, se produira [...] très rarement »⁷⁹. Pour l'exécution des contrats civils, il a été jugé que « pour connaître la valeur et apprécier les clauses et conditions d'un contrat passé entre plaideurs indigènes de statuts différents, il faudra (...) s'attacher à la loi du pays où il a été fait, à moins que les parties n'aient entendu formellement contracter sous l'empire de la loi française ou autrement »⁸⁰.

Enfin, en matière répressive, le jugement d'un tribunal indigène fondé sur la loi pénale française heurterait les principes français en la matière et interviendrait en violation de l'article 75 du décret du 10 novembre 1903 portant réorganisation du service de la justice en AOF. Aux termes de cet article, la justice indigène doit, en effet, « appliquer en toute matière les coutumes locales », mitigées, seulement par l'emprisonnement lorsque des châtiments corporels sont prévus. Et si les délinquants de statut différent comparaissent pour la même infraction devant un tribunal indigène, c'est encore la loi du pays où l'infraction a été commise qui doit être appliquée, en vertu de la règle générale selon laquelle les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire. Pour le procureur général, chef du service judiciaire de l'AOF, ce principe en vigueur « dans toutes les nations civilisées » (doit être) étendu à toutes les possessions coloniales, son application pouvant « empêcher l'arbitraire et l'illégalité »⁸¹.

C'est une mutation qui s'opère et que ponctue la mise en place de juridictions de « droit local », en 1931. Les jugements rendus par ces juridictions -dont un tribunal supérieur qui, composé d'un président, des assesseurs (administrateurs et notables), connaît en appel des décisions rendues en matière civile et commerciale et en premier ressort par les

⁷⁹ Procureur général à gouverneur général, 10 janvier 1906, ANS, M93.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

tribunaux du deuxième degré- peuvent être portés en annulation pour incompétence et violation de la loi devant la chambre d'annulation composée d'un président, d'un vice-président, d'un président de chambre de la Cour d'appel, de conseillers, d'administrateurs et de deux notables.

Toutefois, ces juridictions de « droit local » ont suscité de vives critiques, notamment en ce qui concerne l'exercice de la justice pénale. On reprochait surtout aux tribunaux de 1^{er} degré, d'utiliser une procédure expéditive et d'être réceptive aux politiques répressives de l'administration, au nom de l'ordre public colonial⁸². Il faudrait, sans doute, nuancer cette appréciation, en ce sens que la présence de magistrats professionnels dans les tribunaux d'appel et dans la chambre d'homologation a eu tendance à modérer la répression⁸³. En matière civile, les tribunaux de droit local n'inspiraient pas les mêmes craintes, quand bien même la répugnance de certaines populations à leur soumettre leurs litiges a été relevée⁸⁴.

Au total, les activités de la justice indigène furent très variables d'un ressort à l'autre : la justice indigène s'est attachée à « concilier les mesures arrêtées avec les contraintes de terrain, tenir compte des moyens disponibles, concilier le souhaitable et le possible, travailler dans l'improvisation et les contradictions. Les règles imaginées, appliquées ou non, ont été pour parties seulement, le résultat d'un « dessein colonial » mêlant lui-même des ambitions contradictoires et pour une autre partie, le résultat d'une gestion pratique, oublieuse de tout préjugé, voire le fait d'initiatives locales, s'organisant et recevant a posteriori le label des autorités officielles »⁸⁵.

Les juridictions indigènes se contentaient souvent de juger en équité, c'est-à-dire, en réalité, au regard des catégories du droit français et en fonction des intérêts de la colonisation. L'absence de réels antécédents conduit à s'éloigner des solutions antérieures adoptées pour les « vieilles colonies » (Antilles, Guyane et Réunion) et à chercher des modèles d'inspiration soit en Algérie, soit en imaginant des solutions dictées par les réalités locales. Ainsi, au maintien d'une justice indigène⁸⁶ (sous contrôle,

⁸² La compétence en matière pénale des tribunaux de droit local sera supprimée en 1948.

⁸³ D. SARR, « La chambre spéciale d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF et les coutumes pénales de 1903 à 1920 », in *Annales africaines*, 1974, p. 101 à 105. Il lui arriva de réduire sensiblement les peines infligées dans des cas de rébellion ou d'insoumission, et cela contre l'avis de l'administration.

⁸⁴ M. LANDRAUD, « Justice indigène et politique coloniale. L'exemple de la Côte d'Ivoire (1903-1940) », in *Recueil Penant*, 1978, p. 13.

⁸⁵ B. DURAND, *La justice et le droit, instruments d'une stratégie coloniale*, Rapport au GIP mission recherche droit et justice, Montpellier, 2001, p. 5.

⁸⁶ J. CHABAS, « La justice indigène en Afrique Occidentale Française », in *Annales Africaines*, 1954, p. 91 – 151.

mais indigène tout de même, avec l'instrument de « l'ordre public colonial » et de l'obligation de respecter « les principes de la civilisation française ») correspond un quadrillage réalisé par les tribunaux français⁸⁷.

Ces essais d'implantation témoignaient de la modernisation de l'appareil judiciaire avec l'introduction progressive en AOF de principes qui allaient à l'encontre de ceux de la justice traditionnelle : la séparation des pouvoirs et l'idéal du juge serviteur exclusif de la règle, idéal en vertu duquel la justice consiste moins à concilier qu'à appliquer à une situation donnée une règle générale préétablie par la loi qui prime la jurisprudence. L'enjeu est d'importance : il s'agit, par une stratégie clairement définie, d'inscrire la présence française dans la durée.

II – Une stratégie juridique articulée : moderniser pour durer

Faire régner la justice par le droit constituait un axe majeur de la politique de la France en AOF. Dans cette perspective, la volonté du pouvoir politique du temps allait non seulement commander l'architecture de l'organisation judiciaire mais peut-être plus encore déterminer avec l'aide des magistrats les principes mêmes de son fonctionnement, par l'introduction des grands principes de justice en AOF. Dans le même temps, la touche imprimée par les autorités aux réformes judiciaires, à partir de 1946, devait leur permettre d'expérimenter des principes totalement inédits en AOF.

A – Introduire dans les colonies les grands principes de justice : le souffle de la magistrature coloniale

Les éléments structurels qui (re)configurent la justice des pays africains lors de leur accession à la souveraineté internationale, ont été en partie construits à partir d'une logique occidentale sans laquelle il n'est pas possible de comprendre « l'institution judiciaire chargée de dire le droit, le bon droit, celui qui remet la société dans le bon ordre ». Or, dans toutes les sociétés humaines, les institutions ne peuvent être parfaitement compréhensibles que si on les ramène aux logiques qui les produisent et les sous-tendent dans le temps et dans l'espace. Commençons par quelques rappels sur ce point. Dans la culture juridique occidentale, dire le droit renvoie à la fonction de rechercher le « juste ». Dans cette perspective, la justice renvoie à un symbole, une fiction⁸⁸. Elle est une « approche » de ce que nous tenons pour « bon » et « bien ». Mais on peut également l'approcher de deux manières⁸⁹.

⁸⁷ *Id.*, p. 79 et s.

⁸⁸ Au sens canonique du terme, c'est-à-dire fiction *est figura veritatis*.

⁸⁹ Pour aller dans le même sens, J. HILAIRE, *Histoire des institutions publiques et des faits coloniaux (XI^e – XIX^e siècle)*, Paris, 7^e éd. Dalloz.

D'une part, la justice est perçue comme l'application du droit, la notion morale qui est généralement considérée comme un fondement du droit. C'est l'étymologie du mot. De ce point de vue, elle est l'expression d'une valeur, d'un sentiment. D'autre part, la justice désigne l'ensemble des institutions judiciaires dont la fonction est de dire le droit, de rendre la justice par le respect du droit, l'appareil institutionnel (le tribunal) qui évalue la conformité des conduites individuelles et collectives avec la règle, la loi.

Cela étant, il n'est pas vain d'ajouter qu'en Occident, la justice a toujours partie liée avec le pouvoir, les liens entre pouvoir et justice étant dominés pendant des siècles par une interrelation constante : « C'est parce qu'il exerce la fonction de dire le droit que le juge côtoie le pouvoir, c'est parce qu'il dit le droit que le juge a la tentation du politique »⁹⁰. En France européenne, on peut suivre la trame de cette conception de la justice en relevant l'effort doctrinal, soutenu et constant, tenté pour donner forme et imprimer les traits de ce qui, au commencement, était l'État de justice⁹¹.

Selon les versions qui en ont été données, une idée domine : dire le droit, faire justice constituent, pour le roi, sinon une prérogative, du moins un sacerdoce. Ainsi, à l'époque carolingienne, déjà, ce qui tenait lieu de doctrine de l'État, liait la fonction royale au droit de « défendre la chrétienté contre les ennemis de l'extérieur, mais aussi lutter à l'intérieur contre les ferments de discorde, donc faire régner la paix et la justice »⁹².

Au début du IX^e siècle, l'évêque d'Orléans, Jonas, rappela que « La fonction royale est essentiellement de gouverner et régir le peuple de Dieu avec équité et justice ». Ce que réitéra le concile de Paris de 828 qui, considérant le messianisme du droit, estima que « La justice du roi, c'est de n'opprimer injustement personne [...], d'être le défenseur des étrangers, des orphelins et des veuves, de réprimer les vols, punir les adultères, défendre les églises, nourrir les pauvres [...], vivre en Dieu à travers toutes choses ». C'est dire que le roi est source de toute justice. A l'époque de la monarchie absolue, cette fiction, encore fortement ancrée dans les mentalités de l'époque, est mise en exergue par l'historiographie de la monarchie.

Jean de Joinville⁹³ parlant de saint Louis, rapporta cette image que les siècles n'ont pas effacée : « Maintes fois il advint qu'en été le roi allât s'asseoir au bois de Vincennes après la messe, et il s'adossait au chêne et

⁹⁰ J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^e édition, 2010, p. 35.

⁹¹ A. RIGAUDIERE, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, Paris, A. Colin, 1998, p. 187-230.

⁹² N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, p. 337 et s.

⁹³ J. DE JOINVILLE, *Le livre des saintes paroles et des bons faiz de nostre roy Looÿs*, s.d. (1309 ?).

nous faisait asseoir autour de lui et tous ceux qui avaient une affaire venaient lui parler sans être empêché par l'huissier ou autres. Alors il leur demandait de sa bouche : "Y a-t-il ici quelqu'un qui ait un litige ?" Et se levaient ceux qui en avaient... » Cette symbolique du chêne est en vérité une survivance de l'Ancien Testament (Isaïe 63.1) et le chêne de Vincennes rappelle l'interrelation constante entre pouvoir et justice⁹⁴.

Pour pousser plus loin la réflexion, il n'est pas vain de rappeler ce que l'évêque Fléchier, dans son oraison funèbre pour le premier président Guillaume de Lamoignon prononcée en 1677, disait, à propos de la fonction de juger : « La judicature est une espèce de sacerdoce où il n'est pas permis de s'engager sans l'ordre du ciel ! » L'institution judiciaire, en effet, est importante pour la régulation de la société et pour la préservation de l'ordre public. Ce rappel du rôle messianique du droit est certes important, mais il n'est pas inutile de préciser que la Justice ce n'est pas tant ce qu'en proclament les textes juridiques que ce qu'en font les praticiens du droit, en particulier « le juge, une figure d'autorité ».

Simple « bouche de la loi » au XVIII^e siècle, le juge s'est, sans pour autant prendre la place du législateur au sommet de la pyramide normative, installé au carrefour du réseau juridique : il est devenu le régulateur des divers pouvoirs qui s'y exercent. Comme le souligne, à juste titre Jean-François Ost⁹⁵, il combine les fonctions d'« arbitre » et d'« entraîneur » ; son pouvoir se cherche entre les rôles de Jupiter (l'impérieux), d'Hercule (l'infatigable Providence) et d'Hermès (le communicateur). Du juge, soutient Michel Alliot⁹⁶, « on attend partout qu'il puisse remplir sa fonction de lieu et pour cela qu'il ait une compétence institutionnelle reçue et une compétence personnelle reconnue : elles sont les sources de sa légitimité ». Aussi, quand on approche la figure du juge plutôt que la « justice », obtient-on une réponse univoque, la justice étant associée à cette fonction de lieu.

L'image du juge comme tiers neutre et impartial est la garantie d'une bonne justice. Tout conflit d'intérêts doit aboutir à une demande de dessaisissement du juge. Il s'agit d'une représentation centrale, déterminant la fonctionnalité de la conception française de la justice. Cette direction appelle deux remarques : la neutralité est intimement liée à la conception même du droit dans la culture juridique française ; la neutralité trouve son fondement dans une représentation, une conception du droit qui place le juge à l'extérieur, qui le considère comme étranger aux parties, qu'il est réputé

⁹⁴ J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France : de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995, p. 23.

⁹⁵ J.-F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 232 p.

⁹⁶ M. ALLIOT, Communication au premier congrès mondial d'anthropologie du Droit, in *Le juge, une figure d'autorité*, Actes du Congrès, AFAD, 1996, p. 23.

neutre, donc, garant de l'égalité de tous devant la loi. Qui plus est, cette neutralité est fondée sur une certaine conception religieuse du monde à travers la représentation de Dieu dans le volume de la Sainte Loi (la Bible).

Gérard Timsit⁹⁷ en explore parfaitement les implications quand il écrit : « Quand les hommes ont remplacé Dieu par l'État, ils n'ont cependant pas, renonçant à Dieu, renoncé à la conception d'une loi qui fût la Parole de Dieu, d'un dieu laïcisé certes, mais qui restât dans la position suprême [...], et omnipotent et omniscient et souverain. [...] Il n'y a que Dieu –et l'État substitué à Dieu dans ses attributs...– qui puisse modérer, de sa propre volonté, l'exercice de sa propre puissance... De telles prémisses résultent nécessairement ce que j'ai cru pouvoir appeler le monologisme du système normatif, l'existence d'une logique unique, unitaire, verticale et hiérarchique à l'œuvre au sein des systèmes normatifs ».

Et le droit, comme la justice, est conçu à l'image du Dieu unique et extérieur à sa créature, voilà pourquoi, comme le juge, il a toujours besoin de cette neutralité qui fait sa force et légitime en quelque sorte son autorité. C'est justement parce que le juge est ontologiquement neutre et impartial, donc extérieur ou étranger aux justiciables, qu'il garantit mieux l'égalité des parties devant la loi. « Mais le juge neutre n'est pas seulement étranger ou extérieur, il est également supérieur aux parties qui s'affrontent devant lui et cette supériorité doit être constamment rappelée par le rituel de l'institution »⁹⁸. La supériorité du juge n'est pas que dans les esprits, « elle est en permanence mise en évidence à travers le décorum de l'institution judiciaire elle-même »⁹⁹ et le costume judiciaire participe de la même symbolique¹⁰⁰. Nous trouvons ici l'origine du principe tant proclamé (en réalité réclamé) de nos jours dans tous les États de droit : l'indépendance de la justice.

Sans doute, la notion même d'indépendance de la justice n'est pas définie de manière précise par les textes. Mais la doctrine juridique l'appréhende comme « ... la liberté que doit avoir tout magistrat vis-à-vis de qui que ce soit, quand il dit le droit. Sa décision doit intervenir avec une liberté totale dans l'appréciation des faits qui lui sont soumis et dans l'application de la loi. Il devrait pouvoir se dégager de tout ce qui risquerait

⁹⁷ G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 10-11.

⁹⁸ A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris Centurion, 1985, rééd. O. Jacob, 1997.

⁹⁹ R. JACOB, *Images de la justice : essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen - âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'or, 1994.

¹⁰⁰ E.-D. GLASSON, *Costume de la magistrature. Ses origines dans la France judiciaire*, tome 7, 1882-1883, 1^{ère} partie.

d'influer sur cette décision : pouvoir politique, exécutif et législatif, puissances économiques et financières, opinion publique, écoles philosophiques, pouvoirs spirituels, classes sociales, idées et sentiments personnels et même raison d'Etat »¹⁰¹. Dans la pratique, l'indépendance est avant tout une question de caractère qui dépend plus du magistrat que des lois édictées pour le protéger : les qualités de cœur et d'esprit, la volonté et la clairvoyance, en un mot la valeur de l'homme, est le principal.

Au total, l'Occident substitue l'État à Dieu (dans ses attributs du moins) après l'avoir renvoyé au ciel d'où il entend tout et voit tout, sans pour autant changer la structure de la pensée qui reste intacte. Aussi, la figure du juge s'inscrit-elle dans la représentation d'un Dieu « omniscient et omnipotent », créant à partir du néant et par la force de sa parole un monde qu'il nomme, donc qu'il s'approprie. Et Dieu, tout au moins le juge qui l'incarne ici, met en œuvre les principes de qualification des faits au regard de la loi, s'approprie le monde, tout au moins le champ du conflit et son règlement¹⁰². Bien entendu, le droit reconnaît qu'il existe des limites humaines à l'intervention du juge, mais ces limitations sont contrebalancées par l'affirmation d'une compétence institutionnelle irrémédiable de la part des autorités judiciaires.

Ces représentations sont insupportables dans les possessions françaises où « l'idéal du juge serviteur de la règle »¹⁰³ ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs étaient bafoués. Quelle est alors la logique qui fonde la mise en place de l'institution judiciaire telle qu'elle est inspirée de la métropole dans ces contrées d'Outre-mer ? En vérité, il lui est assigné un rôle essentiel dans le développement historique de la civilisation. Etroitement associée au droit, elle acquiert une certaine humanité sans perdre pour autant son origine divine. Sa conception n'est, en réalité, que l'expression d'une vision de la société que le pouvoir politique colonial cherche à promouvoir et à gérer dans les possessions françaises.

C'est dire qu'en transposant le principe de la neutralité du juge dans la structure judiciaire indigène, le pouvoir colonial transposait *ipso facto* la conception française du droit. On y procéda toutefois par petites touches. En effet, à la différence de la métropole, ici l'institution judiciaire est écartelée

¹⁰¹ G. MANGIN, « La magistrature coloniale française », in A. ALLOT, J.-P. ROYER *et al.*, *Magistrats au temps des colonies*, Centre d'histoire judiciaire, Lille, coll. L'espace juridique, 1988, p. 117.

¹⁰² G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 10-11.

¹⁰³ Son rôle consiste moins à concilier qu'à appliquer à une situation particulière une règle générale préétablie par la loi. Le juge n'est pas libre, il est serviteur de la loi, règle générale et impersonnelle.

entre la mission de « réparateur » social et celle de « lieu » de deux cultures juridiques diamétralement opposées : « réparateur » d'une société dont les composantes avaient, dans une large mesure, été fortement bouleversées par des conquêtes souvent trop violentes et « lieu » de deux cultures juridiques que tout oppose mais forcées de cohabiter.

Très vite, l'Ecole de droit colonial développa une doctrine savante tendant à expliquer aux administrateurs que « c'était une obligation essentielle de tout Etat colonisateur d'assurer la justice aux indigènes du pays qu'il entreprend de dominer et de diriger »¹⁰⁴, « une obligation morale et une nécessité politique »¹⁰⁵, l'organisation d'un service de la justice étant « un des attributs essentiels de l'Etat en vertu de son droit de contrôle et de tutelle »¹⁰⁶. Cette doctrine eut une influence sur le pouvoir colonial qui, dès le début du XX^e siècle, s'employât à soumettre les autochtones au système de valeurs juridiques de la métropole, notamment en obtenant des juridictions indigènes la transposition des conceptions françaises en matière de sanction juridictionnelle *in situ*.

Cela étant, il n'est pas vain d'ajouter que du point de vue des juridictions judiciaires, progressivement mises en place, le fonctionnement du système des recours impose, quelles que soient les modalités introduites localement, une organisation moderne de la justice. La composition et le fonctionnement des juridictions sont désormais réglés par les textes, mais surtout ces organes de jugement sont présidés par les magistrats professionnels assistés d'assesseurs choisis parmi les notables de statut coutumier¹⁰⁷. Les chefs coutumiers sont dépossédés de leur pouvoir juridictionnel et ne sont seulement investis que d'un rôle consultatif.

La transfusion des principes du droit français par greffes quasi « médicales » dans les décisions des juridictions indigènes est un fait acquis, même si le régime plurilégislatif de l'AOF a pour effet d'exclure en matière civile et commerciale l'application de ce droit sur le fond. En termes d'histoire du droit, il est essentiel de relever un autre point qui trouve sa cohérence quand on le rapporte au processus d'implantations des normes du droit français au plan local. Il s'agit du contrôle qu'exerce le colonisateur sur les institutions indigènes, à partir desquelles il rend manifeste, ce qui

¹⁰⁴ A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, p. 37.

¹⁰⁵ A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. 2, 5^e éd., Paris, 1929, chap. 11, p. 371.

¹⁰⁶ G. HARDY, *Nos grands problèmes coloniaux*, Paris, Ed. A. Colin, n° 111, p. 107, citant Albert SARRAUT.

¹⁰⁷ J. CHABAS, « La justice indigène en Afrique occidentale française », in *Annales Africaines*, p. 91 et s.

légitime, au moins idéalement, son intervention c'est-à-dire l'ordre public¹⁰⁸ et les « valeurs de civilisation ».

Dans les ressorts des tribunaux de certaines colonies, en Guinée française, en Côte d'Ivoire et au Dahomey notamment, c'est l'article 32 du décret du 6 août 1901 qui tente de répondre à cette préoccupation. Aux termes des dispositions de ce texte, le procureur de la République doit veiller à la bonne exécution de la justice dans l'étendue du ressort des tribunaux français mais aussi « en dehors de ces ressorts, à l'application du présent décret en tout ce qui a trait à la justice indigène »¹⁰⁹. En outre, ce magistrat doit notamment « faire dresser et vérifier les états trimestriels et les documents statistiques de l'administration de la justice ».

En 1902, une circulaire du ministre des Colonies exigea qu'un état trimestriel des arrestations opérées, à quelque titre que ce soit, soit adressé au gouverneur général pour être contrôlé par le procureur général¹¹⁰. Il était également précisé que « l'autorité judiciaire de chaque colonie aurait un droit de surveillance sur les prisons de son ressort ». Avec la réforme intervenue en 1903, ce contrôle se précisa encore un peu plus¹¹¹. En 1903-1904, les services du procureur général organisèrent une grande collecte des états périodiques des arrestations opérées par les administrateurs, malgré les lenteurs d'envoi et la mauvaise volonté de ces derniers¹¹². Cette opération de contrôle dévoila de graves dysfonctionnements. Elle amena plusieurs procureurs de la République de différents ressorts juridictionnels de l'AOF à se poser en garants du droit. En 1906, le procureur général demanda à ses subordonnés de lui signaler tous les abus commis par les administrateurs : « Ils n'ont pas à empiéter sur le terrain de la Justice française, ni sur celui de la Justice indigène, ils n'ont pas non plus à sévir chez les étrangers. »¹¹³.

Les tensions déjà perceptibles entre magistrats et administrateurs n'en continuèrent pas moins, y compris au sein de la chambre spéciale

¹⁰⁸ Sur cette notion, cf. G. AMADEO, « Ordre public et droit privé négro-africain », in *RJPUF*, 1958, n° 4, p. 605 et s.

¹⁰⁹ R. WILLAMUR, *Les attributions des administrateurs et chefs de poste en service à la Côte d'Afrique*, Paris, Pedone, 1902, p. 384.

¹¹⁰ Circulaire ministérielle au sujet des crimes et délits commis par les indigènes, 22 août 1902, *J.O. du Dahomey*, 15 octobre 1902.

¹¹¹ Les jugements des tribunaux indigènes devaient être transcrits sur un registre spécial paraphé par le commandant de cercle. Un relevé de tous les jugements des tribunaux de province devait être envoyé chaque mois, mais uniquement en matière correctionnelle. Ces prescriptions furent rappelées dans les instructions du gouverneur général datées du 25 avril 1905.

¹¹² Gouverneur général aux lieutenant-gouverneurs de la fédération, Gorée, 19 mars 1906, ANS, M215.

¹¹³ Procureur général à procureur de la République, 28 novembre 1906, ANS, M215.

d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF, où deux sujets allaient être l'objet de frictions entre ces différents acteurs de la justice coloniale : d'une part, le contrôle des sanctions judiciaires par le biais de la chambre d'homologation et, d'autre part, la tendance de la chambre à introduire certains principes du code pénal français dans le règlement des affaires indigènes. Ce dernier problème se posa dès la première session que les représentants de l'administration qualifièrent de « laborieuse » dans le rapport qu'ils adressèrent à leur hiérarchie : « Des débats qui ont eu lieu se dégagent cette conviction que les magistrats de carrière faisant partie de la Chambre ont une tendance à tout ramener aux principes et aux textes français et font preuve d'une suspicion relative à l'égard de la Justice indigène et des coutumes locales d'après lesquelles elle doit se prononcer. »¹¹⁴

Cette tendance à l'assimilation des principes du code pénal français ne s'arrêta pas là. Un arrêt du 25 juin 1906 annula un jugement pour meurtre au motif que le tribunal de cercle n'avait pas tenu compte du bénéfice des circonstances atténuantes. L'action jurisprudentielle de la chambre conduisit à l'adoption d'autres règles fondamentales du code pénal : la responsabilité pénale indépendante, l'obligation civile de réparer le dommage causé par les attentats contre les personnes et les biens, l'égalité de tous devant la justice répressive, la proportionnalité des délits et des peines. Dans les faits, tout usage coutumier qui était jugé contraire aux principes généraux du droit pénal français était interprété comme excessif.

Certains magistrats tentèrent d'imposer le recours à la justice française en lieu et place de la justice indigène. Le principe de la *prorogatio fori*, c'est-à-dire la faculté conférée aux indigènes de réclamer l'application du droit français et le jugement par les tribunaux français, fut au demeurant une source de conflit juridique. Ce principe donna lieu en pratique à des extensions telles que le gouverneur général dut intervenir. Ce dernier avait été averti de la tendance qu'avaient certains tribunaux de se saisir des affaires intéressant les indigènes, contre leur avis, contrairement aux dispositions de l'article 31 du décret du 10 novembre 1903. De plus, certains jugements dans ces affaires avaient été rendus selon la loi française au lieu de statuer selon les coutumes des parties en cause.

Cette situation soulève, en réalité, la question de la compétence et de la légitimité du juge colonial. Ce juge est-il compétent pour dire le droit, le bon droit, c'est-à-dire faire justice aux indigènes ? De quelles attributions dispose-t-il pour le faire ? A-t-il la légitimité nécessaire et suffisante pour lier deux cultures juridiques que tout oppose ? A-t-il seulement pris la mesure des enjeux et du rôle qu'on lui demande de jouer ici ? Appelé à exercer aux

¹¹⁴ Rapport sur les travaux de la première session de la chambre d'homologation, 21 février 1904, ANS, M141.

colonies, le magistrat français se trouve souvent désarmé, ayant été formé dans un moule qui est celui de la métropole. Le droit français est celui qu'il connaît le mieux, tel qu'il est applicable dans les tribunaux et cours de la métropole. La jurisprudence sur laquelle il s'appuie est essentiellement celle de la Cour de cassation de Paris¹¹⁵. C'est dire que sa mission est semée d'embûches.

Or, pour mener à bien celle-ci, le juge devait non seulement disposer d'un certain nombre d'outils (le langage et la langue du droit, la maîtrise des coutumes, les procédures, etc.), mais aussi avoir une idée claire de l'univers juridique producteur de la norme, du milieu récepteur et, donc, avoir une maîtrise aussi complète que possible de la nature des droits applicables dans la société coloniale et une connaissance approfondie des cultures juridiques qu'il était sensé lier, c'est-à-dire de la société coloniale dans sa complexité comme dans sa pluralité¹¹⁶. Et il ne peut comprendre les coutumes du cru qu'en se référant au système qu'il connaît le mieux, le sien, produit de la culture juridique dans laquelle il a évolué, a été éduqué et formé. Dans l'esprit du magistrat colonial, la coutume par exemple n'est que « l'envers de la loi, il ne s'agit que de pratiques non écrites, incertaines, dépourvues de toute rationalité et qui ne peuvent donc pas s'adapter aux innovations souhaitées »¹¹⁷. Dès lors, s'il consent une ultime conciliation entre les coutumes du cru, certains principes français et les préceptes coraniques¹¹⁸, il ne craint pas d'innover en s'attaquant profondément au système juridique des autochtones. Les sondages effectués dans les archives donnent à cet égard

¹¹⁵ De fait la Cour de cassation a joué un rôle en matière coloniale, par sa contribution à la construction d'un droit aux colonies. Pour aller plus loin, voir M. FABRE, « Cour de cassation et construction d'un droit aux colonies », in *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 4, 2011 ; du même auteur, « Le contrôle de la cour de cassation : censurer le juge colonial ? », in B. DURAND et M. FABRE (sous la dir. de), *Le juge et l'outre-mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, 2004, p. 221 et s.

¹¹⁶ A titre de comparaison, voir A.-S. VINET, *Le rôle du magistrat d'outre-mer dans le processus de décolonisation : le cas néo-calédonien à la lumière du modèle sénégalais (1946-1982)*, thèse histoire du droit, Université Montpellier 1, 2007.

¹¹⁷ S. TRAORE, « Droit coutumier et coutume, Réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (Quelques exemples de concepts tirés du droit soninké du Gajaaga-Sénégal) », in *Annales Africaines*, 1989-1990-1991, p. 47 et s. ; voir dans le même sens H.-LEGRE OKOU, « L'image du juge dans les sociétés traditionnelles », in B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI (sous la dir. de), *Le juge et l'outre-mer. Histoire de la justice*, tome 5, 2010, p. 101.

¹¹⁸ En particulier dans le domaine matrimonial. A ce sujet, lire avec profit D. SARR, « Les causes de rupture du lien matrimonial dans la jurisprudence des tribunaux indigènes », in *Annales Africaines*, 1979.

une idée précise de l'évolution qui se dessine : les décisions des tribunaux indigènes ne constituaient que de simples aménagements, au mieux des concessions faites par le législateur colonial aux coutumes.

Il ne pouvait en être autrement. Le juge colonial, produit de son époque, « ne pouvait que travailler avec les outils de son temps en se situant dans la logique du contexte dans lequel il évoluait »¹¹⁹. Reste le problème de sa légitimité. Elle renvoie à la double question de sa reconnaissance et de son acceptation, sinon par tous les habitants de la colonie, du moins par les justiciables indigènes. Le juge colonial était-il légitime aux yeux de ces derniers ? Rien ne permet en tout cas de répondre positivement à cette question. Si l'on en juge par des enquêtes révélées par certaines études faites, les justiciables indigènes se détournaient souvent de ces juridictions dont les règles procédurales et les sanctions comportaient des concepts différents et donc bien éloignés de leur conception du monde et de la vie. Conscient de cet enjeu, le pouvoir colonial s'attaqua, par divers textes, à la réforme de la justice, étant instruit par l'expérience du terrain qu'il faut, en anticipant par la loi, inscrire la présence française dans la durée.

B – Anticiper par la loi : les leçons de l'expérience du terrain

A rebours des anticipations législatives républicaines, la justice qui est rendue aux colonies a sévèrement été critiquée par les auteurs¹²⁰. On déplorait le fait qu'elle « livrait trop fréquemment le justiciable à l'arbitraire » du juge et « entraînait de la part des juridictions, des erreurs, des divergences, des contradictions dans l'application des peines »¹²¹. Aussi a-t-il fallu y remédier, par l'élaboration de nouveaux textes, notamment en matière pénale, tendant à réaliser selon les mots de R. Maunier une double transformation de la législation pénale coloniale, en opérant le passage du droit local au droit français et ensuite de manière plus radicale, du droit oral au droit écrit¹²².

Cependant cette initiative n'est pas accueillie d'enthousiasme par le chef du service judiciaire de l'AOF, avançant que son adoption « dérouterait tout d'abord, les juges européens des Tribunaux indigènes eux-mêmes chargés de

¹¹⁹ J. JOHN-NAMBO, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », in *Droit et Société*, n° 51-52/2002.

¹²⁰ M. VALPOREUX, « Vers une égalité sociale : il faut supprimer la justice indigène », in *Le Périscope africain*, 7 août 1937.

¹²¹ Préambule du décret du 3 décembre 1931.

¹²² R. MAUNIER, « Le Code pénal indigène de l'AOF », in *Bulletin de l'Académie des Sciences Coloniales*. Compte rendu de la séance du 18 juillet 1941, p. 164 et s.

l'appliquer, non spécialisés, peu préparés aux munitives de l'interprétation juridique, et aux problèmes, parfois irritants, qu'elles posent »¹²³.

Ces appréhensions sont battues en brèche par la doctrine qui estime que l'amélioration de la justice répressive indigène dans le sens sus-indiqué aurait, au contraire, pour effet l'inscription du principe de la légalité des délits et des peines dans le marbre du droit colonial¹²⁴. Aussi dut-on, pour faire suite à la demande des juristes spécialisés en matière coloniale et des autorités locales, élaborer le code pénal indigène de 1941 visant à soustraire les justiciables de l'arbitraire des administrateurs-juges¹²⁵. Le résultat atteint est bien mitigé et laisse subsister des questions essentielles¹²⁶. C'est ainsi qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, alors que le sentiment qui prévaut dans les milieux judiciaires métropolitains est celui d'une attente par rapport à l'évolution de la justice coloniale, deux problèmes majeurs retiennent l'attention des pouvoirs publics : l'élaboration d'un nouveau statut de la magistrature coloniale et la promotion de nouveaux droits pour les justiciables.

En vérité, il est apparu que le fossé qui sépare la justice telle qu'elle est rendue en métropole et les règles qui gouvernent l'architecture de l'organisation judiciaire dans les colonies ne se justifie plus. Le Conseil supérieur de la magistrature y est sensible. Le temps des attermoissements est révolu. Dans un rapport daté de 1955 et, considérant « le rôle essentiel et très profond que joue la justice dans la vie des populations de la France d'Outre Mer extrêmement sensibles, quel que soit leur degré d'évolution »¹²⁷, il appelle l'attention de la plus haute autorité de l'Etat français sur la nécessité de s'attaquer, par des réformes « à la façon dont la justice leur est distribuée »¹²⁸.

Considérant que « l'administration de la justice est intimement liée non seulement à la vie même des territoires, mais encore à la présence française¹²⁹ », ce haut organisme préconise des réformes propres à soumettre

¹²³ Observations de M. ATTULY, chef du service judiciaire sur le projet du code pénal indigène, Dakar, 1^{er} février 1938, ANS, 3M19 (184).

¹²⁴ C. VERNIER DE BYANS, *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*, thèse droit, Paris, 1905, p. 257.

¹²⁵ A cet égard, lire avec profit C.-A. T. NDIAYE, *Criminalité et justice répressive au Sénégal, de l'ordonnance de 1822 au Code métropolitain de 1946 : analyse législative et jurisprudentielle des mutations du système pénal colonial*, thèse droit, Dakar, 2012, p. 188-202.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Rapport du Conseil supérieur de la magistrature à Président de la République, contenant un projet de statut de la magistrature coloniale, article 16.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

la magistrature coloniale aux mêmes règles, aux mêmes conditions qu'en métropole. Il s'agirait, du point de vue de l'organisation des cadres, de simplifier la situation statutaire des magistrats. Dans cette perspective, ces derniers seraient dotés d'un statut cohérent et il serait mis fin à la complexité des règles fixant leur statut, certaines remontant à la première République. A dire vrai, il s'agit d'harmoniser d'anciennes dispositions avec les principes définis et tracés par la loi du 19 octobre 1946, portant statut général des fonctionnaires, par la suppression de toute discrimination entre les magistrats du siège et ceux du parquet.

Enfin, le projet du Conseil supérieur de la magistrature entend apporter aux magistrats « de justes garanties auxquelles leur donne droit la grandeur de leur mission, aussi bien que la conscience professionnelle avec laquelle ils l'accomplissent ». Il est fait droit à cette préoccupation grâce à la constitution du 27 octobre 1946 dont la combinaison des articles 60, 83 et 84 et de la loi du 1^{er} février 1947, relative à l'élection des représentants des magistrats au Conseil supérieur de la magistrature, qui confèrent aux magistrats coloniaux du siège l'indépendance dont bénéficiaient déjà, sous l'empire de la législation antérieure, leurs homologues métropolitains, « cette indépendance totale sans laquelle il n'est pas de justice »¹³⁰. L'inamovibilité sera donc étendue pour la première fois à la magistrature assise coloniale. Pour l'assurer, était créé le Conseil supérieur de la magistrature, à l'autorité duquel ils se trouvaient soumis. Son intervention se manifeste successivement lors de la nomination, lors de l'établissement du tableau d'avancement, ainsi qu'en matière disciplinaire ; en outre, lié à l'inamovibilité, se pose le problème des intérim¹³¹.

Posé dans le dernier alinéa de l'article 64 de la constitution, le principe de l'inamovibilité s'oppose à ce qu'un magistrat du siège soit chargé, contre son gré, de l'intérim d'un emploi du parquet. Il s'oppose également à ce que ce soit le chef du service judiciaire, lorsque ces fonctions sont remplies par le procureur général, qui confie les fonctions de l'instruction à des juges titulaires ou suppléants ; dans ce dernier cas, la désignation faite par le chef du service judiciaire ne peut intervenir qu'avec l'accord du président de la juridiction d'appel. Les nominations sont faites, pour les magistrats du siège, dans les mêmes conditions que la magistrature coloniale (art. 84 de la constitution) ; pour les magistrats du parquet, elles sont faites par le président

¹³⁰ Extrait du discours prononcé par le Président de la République, séance du Conseil supérieur de la magistrature, 28 mars 1944.

¹³¹ Cf. P. ARTAUD, « La magistrature coloniale », in *Rec. Penant*, sept-oct. 1910, n° 227, p. 43. Selon lui, l'intérim est « le mal dont souffre la magistrature coloniale » et la cause de tous les abus et dénis que l'on signale depuis quelque temps. Remédier à l'intérim est la réforme la plus importante. Mais comment y remédier ?

du conseil sur proposition du ministre de la France d'Outre-mer et du Garde des sceaux. Les notations des magistrats sont réservées au président de la juridiction d'appel pour ceux du siège, et au chef du parquet près la juridiction d'appel pour ceux du parquet. C'est dire que le décret du 19 décembre 1957 supprime la prééminence du procureur général, chef du service général sur les autres magistrats.

L'apport de cette présence textuelle consiste en une organisation judiciaire plus équilibrée¹³². Désormais, trois principes régissent celle-ci ; concentration des effectifs dans de grands tribunaux, séparation des fonctions d'enquête et de jugement, généralisation et développement du système de l'itinérance. Cette réorganisation du service de la justice est accompagnée de divers aménagements statutaires qui placent les magistrats coloniaux dans une situation à peu près équivalente à celle des magistrats de la métropole¹³³ : réduction des grades qui passent de 14 à 5, disparition des prérogatives du chef du service judiciaire, indépendance des magistrats du siège et simplification du recrutement.

Une des répercussions de la constitution de 1946 sur le statut de la magistrature aura été d'accorder aux magistrats coloniaux l'indépendance nécessaire à l'exercice de leur mission. Selon le témoignage qui en a été donné, « il est permis d'affirmer que jamais l'indépendance de la magistrature n'a été aussi remarquablement appliqué (...) entre 1946 et 1960¹³⁴ », date de la fin de mission des magistrats coloniaux.

Cette véritable avancée est suivie d'une autre, consacrant de nouveaux droits pour les justiciables. Ce fut l'objet du décret du 30 avril 1946 portant suppression de la justice indigène en matière pénale dans les territoires relevant du ministère de la France d'Outre-mer. Ce texte comprend deux dispositions essentielles. Au point de vue organique, les juridictions indigènes, qui conservent leur compétence en matière civile, en sont dépossédées en matière pénale : ce sont alors des juridictions françaises (juridictions de droit commun) qui connaissent dorénavant de toutes les

¹³²Voir l'étude d'ensemble, réalisée par Y. JOUHAUD, « A propos du statut de la magistrature d'outre-mer », in *Rec. Penant*, n° 661, août-septembre 1958, p. 129-160.

¹³³ Le décret du 19 décembre 1957, n'a cependant pas complètement assimilé la hiérarchie des magistrats coloniaux à celle de la métropole, car il réduit à 5 et non à 4, le nombre des grades de la magistrature coloniale, ce qui rend plus difficile l'avancement dans ce corps ; en outre, si les magistrats coloniaux reçoivent la même classification que dans la métropole, les cours d'appel sont toutes ramenées à la seconde classe comme dans les départements. Le chef du service judiciaire, personnage inconnu de la magistrature métropolitaine n'a pas été supprimé, même s'il est privé de toutes ses prérogatives au profit du premier président de la Cour d'appel, chef de la compagnie judiciaire, et magistrat pleinement indépendant.

¹³⁴G. MANGIN, « La magistrature coloniale française », *op. cit.*, p. 117.

poursuites dirigées contre les indigènes. Au point de vue matériel, le décret du 30 avril 1946 précise que les infractions seront « jugées conformément à la législation applicable devant ces juridictions », c'est-à-dire, en pratique, conformément au code pénal français. Désormais, il n'y a plus qu'une seule catégorie de justiciables bénéficiant des mêmes avantages et des mêmes garanties fixées par la législation métropolitaine. Le régime pénal spécial institué par le décret du 11 février 1941 fut alors supprimé. L'évolution du statut des indigènes en droit public va dans le sens d'une amélioration, notamment avec la disparition de l'indigénat¹³⁵ et l'extension de la citoyenneté.

L'indigénat manifestait l'emprise la plus caractéristique de l'administration en matière pénale. Ce régime qui s'appliquait avant guerre à l'AOF et à l'AEF consistait en la faculté pour le gouverneur d'établir par arrêté des infractions sanctionnées par des pénalités. Plus exorbitantes que les règles de droit pénal français, ces sanctions étaient prononcées par les autorités administratives. C'est que l'institution de l'indigénat permettait plus généralement aux chefs de territoire de réprimer les faits contraires à l'ordre public, à la sécurité et à la tranquillité publiques, mais non prévus par un texte pénal, par des sanctions administratives spécialement graves comprenant en particulier l'internement, le déplacement d'office du coupable et des pénalités collectives infligées aux collectivités indigènes.

En vérité, le régime de l'indigénat qui avait sa source dans les décrets du 6 mars 1877 et du 30 septembre 1887, permettait de réprimer par exception au principe selon lequel le pouvoir répressif n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires, certaines catégories d'infractions commises par certaines catégories d'indigènes. Les infractions répressibles par voie disciplinaire étaient qualifiées de contraventions, quand bien même, par leur nature, leur répression immédiate n'était pas indispensable. Une liste des infractions visées, dressée par arrêté de l'autorité administrative, comportait au départ une cinquantaine d'infractions, ramenées par la suite à une douzaine recouvrant tous les faits, actions ou abstention étaient susceptibles, soit d'entraver le développement économique de la colonie (à l'occasion de la perception de l'impôt ou de l'exécution des prestations), soit de porter atteinte au prestige de l'autorité coloniale. Les coupables étaient punis des peines de simple police qui étaient, initialement, l'emprisonnement à temps

¹³⁵ La disparition de l'indigénat a été réalisée en deux étapes qui se sont d'ailleurs succédé rapidement. Un premier décret du 22 décembre 1945 a supprimé les peines ordinaires de l'indigénat, c'est-à-dire les peines prononcées par les autorités administratives en application des arrêtés gubernatoriaux établissant des infractions. Le 20 février 1946, un nouveau décret complétait la réforme en supprimant la faculté pour les gouverneurs d'édicter certaines sanctions en cas de troubles à l'ordre public.

dans la limite maximale de quinze jours et l'amende pouvait aller jusqu'à 100 francs.

En 1924, ces pénalités furent réduites et ne pouvaient plus dépasser cinq jours de prison ou quinze francs d'amende, sauf cumul possible de ces deux peines en cas de récidive. Étaient passibles du régime des sanctions disciplinaires, à l'origine, tous les indigènes sujets français non justiciables des tribunaux de droit commun. L'objectif poursuivi par les pouvoirs publics a été de réprimer vite et sommairement les atteintes à l'ordre public, à une époque où l'emprise coloniale n'avait pas encore de base solide¹³⁶. Il faut distinguer les « infractions spéciales à l'indigénat » des crimes et délits commis en violation de la loi française et jugés par les jurés où les indigènes sont en minorité. La liste des infractions spécifique à l'indigénat comporte les infractions suivantes : réunions 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.

Ce système disparaît avec le décret du 30 avril 1946, consacrant l'unification de la justice pénale¹³⁷ et l'unité de juridiction et de législation en matière répressive dans les colonies¹³⁸. Conséquence inattendue de cette réforme, l'intervention du procureur général près la Cour d'appel de l'AOF se fait plus pressante, tendant à corriger les irrégularités constatées dans la procédure pénale¹³⁹, notamment en matière de détention préventive¹⁴⁰ - épineux problème de cette époque - et d'amélioration du sort des détenus¹⁴¹.

¹³⁶ Circulaire ministérielle, 20 novembre 1924.

¹³⁷ Le texte de ce décret, promulgué le 25 mai 1946 (in *J.O.-AOF* 1946, p. 694), dispose « A partir du 1^{er} juillet 1946...les juridictions françaises connaîtront seules en matière pénale... à l'exclusion de toute juridiction indigène ».

¹³⁸ Cf. A. SAUSSOL et J. ZITEMERSKY (sous la direction de), *Colonies, Territoires, Société. L'enjeu français*, Paris, l'Harmattan, 1996, p. 222-241 ; I. MERLE, « Retour sur le régime de l'indigénat ; genèse et contradiction des principes répressifs dans l'empire français », in *French Politics and Society*, vol. 20, n° 2, Summer 2002.

¹³⁹ On peut se faire une opinion à ce sujet, en parcourant la correspondance départ du procureur général, juillet-septembre 1947, ANS, 1M 87.

¹⁴⁰ Mesure exceptionnelle qui ne doit pas excéder un délai raisonnable, la détention préventive ne peut être prolongée que par une ordonnance motivée du juge. L'intervention du procureur général est destinée à prévenir la « survivance du passé », le « vestige de la barbarie ».

¹⁴¹ Pour aller dans le même sens, lire C.-A. T. NDIAYE, *Criminalité et justice répressive au Sénégal, de l'ordonnance de 1822 au Code métropolitain de 1946* :

Last but not the least, le décret du 19 décembre 1957 apporte une importante innovation ; il modifie dans ses dispositions fondamentales le décret du 22 août 1928 relatif au statut de la magistrature coloniale. Certes, le décret de 1928, « codification des règles existantes » a « rempli parfaitement le rôle qui lui était assigné » en restant « la charte fondamentale de la magistrature d'outre-mer »¹⁴², mais il est apparu que certaines de ses dispositions n'étaient plus adaptées. C'est ainsi, par exemple, qu'il décide que « les magistrats qui assument dans les territoires relevant du ministère de la France d'Outre-mer le service des cours d'appel, des tribunaux supérieurs d'appel et des tribunaux de première instance sont considérés comme détachés du ministère de la Justice pour un service public dans les territoires d'Outre-mer, et sont placés, en ce qui concernent les magistrats du parquet, sous l'autorité du ministre de la France d'Outre-mer ».

Au demeurant, le décret de 1957 est commandé par les textes constitutionnels : il supprime « les dernières différences qui pouvaient encore exister entre la magistrature de la métropole et celle des territoires d'outre-mer »¹⁴³. En outre, il apporte une modification importante à la seconde partie de la formule du décret du 22 août 1928, en décidant que seuls sont placés sous l'autorité du ministre de la France d'outre-mer les magistrats du parquet. Quant à ceux du siège, ils lui échappent désormais totalement. Il en résulte que le magistrat de la France d'outre-mer et son homologue métropolitain sont, désormais, tous deux nommés par décret du président de la République sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature (art. 2).

Il est alors facile d'avancer que malgré l'existence de deux cadres de magistrats, c'est-à-dire de deux groupes dont les carrières sont semblables, sans être identiques c'est-à-dire se déroulent parallèlement, l'unité fondamentale du corps de la magistrature prédomine quel que soit du reste le lieu où s'exerce son action. Cette thèse trouve appui dans la constitution de 1946, ainsi que dans la loi du 1^{er} février 1947, relative à l'élection des représentants des magistrats au Conseil supérieur de la magistrature¹⁴⁴. Elle

analyse législative et jurisprudentielle des mutations du système pénal colonial, thèse droit, *op. cit.*, p. 335-337.

¹⁴² Y. JOUHAUD, « A propos du statut de la magistrature d'outre-mer », in *Rec. Penant*, n° 661, août-septembre 1958, p. 129-160.

¹⁴³ *Id.*, p. 157.

¹⁴⁴ Déterminant les « quatre catégories de magistrats » prévues par la constitution, la loi distingue, ceux de la Cour de cassation, ceux des Cours d'appel et des Tribunaux supérieurs d'appel, ceux des Tribunaux de première instance et des justices de paix à compétence étendue d'Algérie. Elle n'établit aucune distinction entre les Cours d'appel et tribunaux de la métropole et d'outre-mer et les magistrats qui les composent.

Dire le droit en AOF aux XIX^e et XX^e siècles

trouve également un second souffle dans la jurisprudence¹⁴⁵ et la doctrine développées par le Conseil d'Etat.

¹⁴⁵ C.E., 13 janvier 1956, Defix ; 18 octobre 1957, Laborde et Baumgartner ; 17 mars 1958, Laboure.

LE LEGISLATEUR SENEGALAIS FACE A LA BIOETHIQUE

par Patrice Badji,
docteur en droit privé,
assistant à la Faculté de droit
de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

De même que le machinisme et l'urbanisation ont, dès la fin du XVIII^e siècle, transformé les conditions politiques, économiques et sociales de l'Europe, l'essor des connaissances dans le domaine du vivant appliqué à l'homme et à son environnement transforme radicalement, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, les rapports entre les hommes et les rapports de l'homme à la nature¹.

L'Afrique n'est pas en reste car elle est concernée par cette évolution. Dans son roman *La connaissance du jardinier*, l'écrivain américain John Le Carré dresse un tableau très sombre de la recherche biomédicale dans le tiers monde : les essais de médicaments, évidemment défectueux, y sont ainsi conduits sur des populations analphabètes et impuissantes face aux multinationales pharmaceutiques, qui nouent avec les gouvernements, de sulfureuses alliances politiques. En ce domaine, malheureusement, la réalité rejoint trop souvent la fiction : les très nombreux essais de médicaments dans les pays en développement suscitent encore, dans la presse spécialisée, les foudres des commentateurs. Ceux-ci les jugent non conformes aux règles internationales, aux codes d'éthique et aux normes juridiques, lesquelles s'avèrent, en outre, inadaptées aux contextes socio-sanitaires de ces pays².

Depuis un certain temps, « l'éthique » est à la mode. Cette notion ayant eu un champ d'application assez vaste³, la biologie ne pouvait échapper à son emprise. On parle de « bioéthique ». Elle désigne la recherche de l'ensemble

¹ Christian BYK, *Le droit international des sciences de la vie bioéthique, biotechnologie et droit*, Les Etudes hospitalières, 2003, p. 5.

² Diane DELCOURT, « La recherche biomédicale dans les pays en développement : ambitions et lacunes de l'harmonisation internationale » in *La recherche biomédicale Droit, histoire, médecine* Actes du colloque organisé à la Faculté de médecine de Marseille le 12 novembre 2004 sous la direction d'Antoine LECA et de Georges LEONETTI, Presses universitaires d'Aix-Marseille-PUAM-2005, p. 161.

³ V. par exemple D. DEVOS et J.-V. LOUIS, *L'éthique des marchés financiers*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1991, avant-propos.

des exigences du respect et de la promotion de la vie humaine ou de la personne humaine dans le champ de la santé ou dans le secteur biomédical⁴. Ce concept est apparu en Amérique du Nord pour désigner les questions morales qui pouvaient se poser face aux progrès de la biologie et des diverses disciplines sous influence médicale.⁵

Plusieurs thèmes gravitent autour de la bioéthique : « comités d'éthique », « manipulation du génome humain », « droit de procréer », « brevetabilité du vivant », « consentement », « testament de vie ». Ces thèmes évoquent différemment cette tension entre le développement technoscientifique et l'interrogation éthique, ou dit autrement, entre la maîtrise technique et la limite posée par des normes⁶.

Les progrès de la médecine sont visibles ; ils mettent en évidence le problème des nouvelles techniques de procréation et des interventions sur le corps humain. Il ne faut pas occulter un fait, à savoir que les progrès de la médecine et de la biologie ont permis de développer les transplantations d'organes tels que la greffe de cœur et de corriger des anomalies génétiques en modifiant le génome de la cellule humaine. C'est le propre de la biologie moléculaire. Ces progrès de la médecine et de la biologie se heurtent aux principes qui prévalent en matière de protection du corps humain à savoir l'indisponibilité et l'inviolabilité du corps humain. Cette situation fait qu'il n'est plus possible désormais de rester « neutre » car la biologie arrive à ce point critique où ses progrès atteignent l'homme lui-même⁷.

Avec les nouvelles techniques de la reproduction, on remarque qu'un enfant peut naître sans sexualité, d'où la distinction entre procréation et sexualité. Ces techniques mettent en évidence des problèmes tels que les personnes qui doivent bénéficier de la procréation médicalement assistée, le statut de l'embryon. En effet, pour les sciences biologiques, le problème premier à résoudre est sans conteste celui du statut de l'embryon⁸. C'est une des questions théoriques et pratiques les plus difficiles, les plus controversées et les plus agitées par l'actualité⁹. La protection de la dignité humaine, de la

⁴ Guy DURAND, *Introduction générale à la bioéthique, Histoire, concepts et outils*, FIDES, 2005, p. 132.

⁵ *Droit et Cultures, Prières et Droit, Droit et bioéthique* 51/2006/1.

⁶ Marie-Hélène PARIZEAU, « Bioéthique », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, direction Monique CANTO-SPERBER, PUF, p. 156.

⁷ R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTDCiv* 1970 p. 660.

⁸ *Procréation artificielle où en sont l'éthique et le droit ?* Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n° 143 Masson Paris 1989 (Diffusion) Edition Alexandre.

⁹ LABRUSSE-RIOU et Florence BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *R.I.D.C.*, 2.2002.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

famille et des intérêts de l'enfant sont autant de problèmes mis en exergue par les nouvelles techniques de procréation.

Selon un auteur, l'apparition de problèmes nouveaux offre une occasion privilégiée d'évaluation de la technique juridique : le débat ouvert alors sur l'opportunité d'une réglementation permet de mesurer les enjeux, de situer les limites du recours au droit pour encadrer et réguler les comportements. Pour mener à bien cette réflexion, il était évidemment indispensable d'organiser la confrontation la plus large possible entre les acteurs situés dans trois champs différents : le champ juridique, le champ religieux et le champ médical¹⁰.

Ce faisant, il n'apparaît pas impertinent de relater la réaction de la doctrine, des hommes religieux, des médecins, sociologues et du législateur. Face au retard des juristes en matière de réglementation des pratiques biomédicales¹¹, on s'est posé la question de savoir s'il fallait ou non combler le vide législatif : est-ce à la jurisprudence de régler les problèmes suscités par la PMA ou faut-il que le législateur intervienne ?

Pour certains auteurs, il serait dangereux de légiférer dans un domaine où la science évolue sans cesse.¹² En revanche, la majorité des auteurs sont pour. Selon Madame Françoise Dieng, le législateur ne peut rester sourd devant des problèmes de cette ampleur. Et même si les lois sont imparfaites, il faut prendre le risque de les prendre¹³. Et l'auteur de poursuivre : « on le sait, la nature a horreur du vide. Certes, la jurisprudence peut pallier le vide législatif, mais parallèlement combien de pratiques échapperont-elles au regard du juge¹⁴ ? ». Ces propos forts pertinents de Madame Dieng emportent notre adhésion car même en dehors de la question de la PMA, il y a celle des greffes d'organe¹⁵.

Une doctrine autorisée est allée plus loin que Madame Dieng : « Si le juge se contente de statuer « à vue », litige par litige, c'est un risque évident

¹⁰ *Bioéthique et Droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1988.

¹¹ Ce retard n'est pas celui des scientifiques et des médecins. C'est dire que l'absence totale ou partielle de règles en la matière ne freine pas la volonté des médecins à lutter par exemple contre la stérilité.

¹² C'est le cas de G. RAYMOND : « ce qui n'est pas interdit par la loi est autorisé... Légiférer, c'est donner envie de tourner la loi ».

¹³ Françoise DIENG, « La défense de la vie par le droit », *Revue de l'Association sénégalaise de Droit Pénal* 1997-1998 n° 5-6-7-8

¹⁴ Françoise DIENG, *op. cit.*

¹⁵ La presse sénégalaise s'est fait l'écho de la situation du jeune Bâ, âgé de 2 ans, atteint de cirrhose et hospitalisé à Albert Royer. Cet enfant doit subir une greffe de foi ; mais sa famille, malgré la compatibilité du groupe sanguin du père, n'a pas les moyens (20 à 30 millions de francs CFA) pour cela.

d'arbitraire en tout cas la certitude de l'anarchie. Si le juge statue par « arrêt de règlement », il sort de son rôle. Car en démocratie, le juge dit le droit, il n'est pas habilité à le faire. Seule la représentation nationale est mandatée, pour édicter le droit¹⁶ ».

Les nouvelles techniques de reproduction existent bel et bien au Sénégal en particulier et en Afrique en général¹⁷ et les médecins ne pratiquent que l'insémination de la femme avec le sperme de son époux et la fécondation *in vitro* endogène¹⁸ et pourtant il n'y a aucune règle de droit qui encadre la pratique, à part celle des médecins car comme le dit si bien un auteur : « ignorer juridiquement un fait ne l'empêche pas d'exister, c'est bien connu, et ne l'empêche pas de déboucher, au terme d'une solution plus ou moins rapide, sur une série d'interrogations auxquels seul le droit doit répondre »¹⁹.

Les religieux n'ont pas été en reste face aux nouvelles techniques de reproduction (NTR). Ainsi, l'insémination artificielle de la femme avec le sperme de son époux lorsque celle-ci tend à remédier à la difficulté et à l'impossibilité de rapports conjugaux alors que ni le mari ni la femme ne sont stériles²⁰ n'a pas été du goût de l'Eglise catholique. En effet, en 1897, par un décret du Saint office, l'Eglise catholique condamne l'insémination artificielle. Le 29 juin 1949, le pape Pie XII, dans son allocution aux médecins catholiques, renouvelle la condamnation. Depuis semble-t-il la

¹⁶ André DEMICHEL, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *Mélanges Jean Marie Auby*, 1992.

¹⁷ Des médecins sénégalais se sont illustrés dans la pratique de la fécondation *in vitro*. De plus, il existe un réseau de médecins africains qui luttent contre l'infertilité.

¹⁸ Koffi AKASSI JOELLE, *Le droit et les techniques nouvelles de procréation ou de traitement génétique*, mémoire de maîtrise 95/96, salle de travail de la Faculté de droit UCAD. V. également le titre du journal *Le Soleil* du 12 octobre 1992 : « 14 bébés sont nés au Sénégal grâce à la technique de la fécondation *in vitro* »

¹⁹ Mireille MAYMON GOUTALOY, « De la conformité du droit français du droit français des personnes et famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D.* 1985, chron p. 215. En France, un auteur a manifesté son désaccord à l'endroit de l'insémination artificielle extra-maritale car selon lui, elle suppose une très grave décadence de la compréhension de la vie sexuelle dans sa relation avec la vie conjugale. Elle suppose que la femme mariée a pour fonction essentielle de faire des enfants, et que tout est permis pour atteindre ce but (J.F. LEENHARDT, « Réflexions sur l'insémination artificielle », in *Bioéthique et Droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1988). Cette opinion a le mérite de monter l'opposition de son auteur à la pratique de l'insémination artificielle avec tiers donneur certes mais, elle ne résiste pas à l'analyse parce qu'il ne faut pas établir à tout prix le désir de procréer et le rôle essentiel de la femme dans le couple. L'un peut aller sans l'autre.

²⁰ Pierre KAYSER, « Les limites morales juridiques de la procréation artificielle », *D.* 1987, p. 185 et s.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

question a évolué, mais la fécondation artificielle avec un donneur qui n'est pas membre du couple est condamnée. On remarque donc une sorte d'incertitude concernant la position réelle de l'Eglise catholique face à l'insémination artificielle, hormis celle avec le mari.

Tel n'est pas le cas de l'Islam qui fait dans la clarté. Selon l'islamologue de l'UPS (Union pour le progrès islamique du Sénégal) Sidy Ameth Mboup, l'islam n'autorise l'insémination artificielle que dans le cadre du couple²¹. Un point commun existe donc entre l'Islam et l'Eglise catholique : c'est la condamnation de l'insémination artificielle avec donneur extérieur au couple même si l'objet de cette pratique, est de lutter contre la stérilité du couple. Celle-ci se définit comme étant une absence de la grossesse après deux années de vie conjugale consommée avec des rapports réguliers non protégés²².

Les hommes de l'art ont demandé au législateur, face à l'ampleur du phénomène et au choix difficile à faire, de se prononcer. C'est le cas en France²³. Quant au sociologue, il est perplexe et se refuse à faire de la prospective. Pour s'en convaincre, il faut se référer aux dires de M. François André Isambert : « que l'on n'attende pas du sociologue qu'il puisse, dans l'état actuel des connaissances, prédire l'avenir du phénomène »²⁴. Si le sociologue est incapable de jouer le rôle de devin, le juriste le peut-il ? Va-t-il réussir là où le premier a échoué ?

Les développements précédents démontrent l'importance de la question et suscitent plusieurs interrogations dont la principale est : quelle est la réaction du législateur sénégalais face au progrès de la médecine ? Est-il opportun de légiférer sur toutes les questions relatives à la bioéthique ? Comment légiférer ? Comment le législateur sénégalais gère-t-il le conflit d'intérêts soulevé par les progrès de la médecine ? Le dispositif existant est-il satisfaisant ? En réponse à la question principale, faisons remarquer que le législateur sénégalais a mis en place toute une batterie de textes visant à

²¹ M. MBOUP cité par Alassane KANTE, *Réflexions d'un juriste sénégalais à propos de la procréation artificielle*, mémoire DEA 91/ 92. salle de travail de la Faculté de droit de l'UCAD.

²² Daouda DIARRA, *Stérilité et aspects de l'endomètre en milieu noir africain au centre hospitalier universitaire de Dakar*, thèse UCAD 1990, n° 23, p. 92.

²³ Ces derniers sont vus comme étant des hommes dangereux dont il faut impérativement limiter le pouvoir. Et pourtant, nombreuses sont les situations, dans lesquelles le médecin ou le biologiste, en qualité d'expert, apporte son concours à la justice en vue de rechercher la réalité d'un fait physiologique ou d'un état psychologique (R. NERSON, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, op. cit., p. 662).

²⁴ François-André ISAMBERT in *De la religion à l'Ethique*, Paris, Editions du CERF, Sciences Humaines et Religions, 1992.

endiguer le pouvoir sans cesse grandissant du corps médical, le tout sur fond de protection du « consommateur de santé ».

Ainsi, on remarque que le législateur sénégalais n'est pas resté insensible non seulement à la question de la protection du corps humain²⁵, mais également à celle de l'avortement²⁶. Ainsi, relativement au premier problème, le corps humain est protégé par l'article 7 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, le code des obligations civiles et commerciales²⁷, l'article 307 du code pénal²⁸. Concernant l'avortement, il est lié au respect de la dignité humaine, au droit à la vie, à la fin de la vie, à l'article 2 du code de la

²⁵ Rien ne nous dit que dans les hôpitaux, il n'y a pas de cession d'organes d'autant plus que des essais cliniques se déroulent dans des hôpitaux tels que FANN et PRINCIPAL et pourtant, il n'y a aucun texte clair en la matière (M. DIARRA, *Pratiques des essais cliniques au Sénégal*, memoireonline.com). Ceci montre la gravité de la question, l'urgence d'un débat et à terme, l'intervention du législateur pour régir la relation du médecin et du patient, établir un équilibre entre les personnes qui ont besoin des éléments du corps humain et le donneur.

²⁶ A preuve les lois bioéthiques et de la loi n° 2009-17 du 9 mars 2009 portant code éthique pour la recherche en santé. Tout récemment, dans le rapport de présentation du décret instituant le DEA en droit de la santé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, il est précisé : « alors qu'on perçoit l'actualité des questions bioéthiques, il y a un retard dans les débats et dans l'évolution du droit dans ces domaines ». V. actes du colloque international de Dakar du 29 mars au 1^{er} avril 2005, *La santé et le droit en Afrique*. L'intervention des autorités législatives s'est manifestée à travers l'adoption des lois bioéthiques. Ces lois constituent un tout cohérent même si elles ont été réparties entre le code civil et le code de la santé publique. Sur le plan juridique, il s'est posé la question de savoir si le contrat entre le couple demandeur et la mère porteuse a une valeur juridique (RUBELIN-DEVICHY, *Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mère de substitution*, in *Génétique, procréation et droit*, Paris, Actes-Sud, 1985, p. 317). Le législateur français a répondu par la négative. En outre que se passera-t-il s'il arrivait que la mère-porteuse refuse de donner au couple demandeur l'enfant qu'elle a mis au monde ?

²⁷ Aux termes de l'article 74 alinéa 1 : « la prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce ».

²⁸ Au plan international, il y a le code de Nuremberg de 1947, les articles 3 à 7 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, des articles 3 à 6 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Le code de Nuremberg constitue un ensemble de règles de conduite devant guider toute expérimentation ou toute recherche impliquant des sujets humains. Selon un auteur (Daniel BORRILLO, *Bioéthique*, Dalloz 2011, p. 5), le code de Nuremberg peut être considéré comme le texte fondateur de la bioéthique en tant que savoir prescriptif. Concernant la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le pouvoir constituant sénégalais a dit son attachement à la déclaration universelle des droits de l'homme et à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001, lequel a, à compter de cette date, la même valeur que celle-là.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

déontologie médicale²⁹. A la vérité, l'arsenal juridique institué par le législateur sénégalais est loin d'être satisfaisant. Cette situation nous poussera à évoquer au besoin des dispositions du droit français qui semble plus achevé.

La bioéthique a suscité l'intérêt des grands ensembles sous-régionaux. C'est ainsi que l'Europe n'a pas été en reste avec la Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Oviedo, 1997). Cet instrument international est devenu le socle de l'ordre public européen en matière bioéthique³⁰. Il a été enrichi du protocole additionnel, du 25 janvier 2005 spécifique à la recherche biomédicale³¹.

Contrairement aux instruments juridiques précités, cette convention contient des règles contraignantes. Nous pouvons également citer l'exemple de l'Afrique qui a voulu apporter sa contribution³². Ainsi, trois séries de journées ont été organisées : les journées bioéthiques de l'Afrique de l'Ouest et du Centre à Dakar les 11-13 juillet 2005 ont été consacrées au thème

²⁹ Article 2 : « le respect de la vie et de la personne humaine constitue en toute circonstance le devoir primordial ». Là aussi, il existe un droit international comme en matière de protection du corps humain. Nous avons des instruments généraux notamment le code de Nuremberg, la déclaration d'Helsinki de 1966, la déclaration de Manille et des instruments spécialement consacrés à la bioéthique notamment la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme dont l'article 11 interdit le clonage parce que contraire à la dignité humaine, la résolution 1999/63 de la commission des droits de l'homme de l'ONU « droits de l'homme et bioéthique ». La déclaration d'Helsinki, de Manille, la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme n'ont pas de force juridique contraignante.

³⁰ M. BELANGER, « Le système d'Oviedo et l'établissement d'un nouvel ordre européen de la bioéthique », *Journal international de bioéthique*, vol. 15, 2004/2-3, p. 73 à 87.

³¹ H. CHANTELOUP, « Le cadre juridique de la recherche biomédicale », *Les Etudes hospitalières, Revue générale de droit médical*, n° 27, 2008, p. 54.

³² On peut se poser la question de savoir si, en matière de bioéthique, nous sommes en présence d'un impérialisme venant d'Europe et d'Amérique. Selon Guy Durand (*Introduction générale à la bioéthique, Histoire, concepts et outils*, FIDES, 2005, p. 543), le continent vit dans la pauvreté, la population n'a pas accès à des soins de santé adéquats. Quel sens peut alors prendre la bioéthique ? Est-elle indépendante des conditions économiques et sociales ou doit-elle tenir compte du contexte ? Le patient est-il réductible à l'individu ou est-il aussi citoyen, membre d'une classe sociale particulière ? Pour répondre à la question, nous dirons avec Hubert DOUCET (« La bioéthique : sens et limites d'un mouvement socioculturel », *Ethica*, 10/1, 1998, p. 56) qu'en s'universalisant, la bioéthique est perçue comme une négation des valeurs des communautés culturelles économiquement et technologiquement plus faibles.

suivant : « Quelle éthique pour la recherche en Afrique ?³³ ; les deuxièmes journées se sont déroulées à Yaoundé du 5 au 7 juin 2006 sur le thème : « Objectifs du millénaire pour le développement et éthique de la recherche de la santé en Afrique : Avancement de la bioéthique en Afrique » ; la troisième journée d'éthique et de la bioéthique pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre se sont tenues à Lomé, au Togo, les 6-8 décembre 2007 sur le thème : « Evaluation et gestion des risques en Afrique éthique, santé, environnement ». La question de l'opportunité d'une législation dans le domaine de la bioéthique, ou plus précisément de l'éthique biomédicale, n'a plus aujourd'hui qu'un caractère rétrospectif³⁴, d'où la forte imprégnation du législateur sénégalais des réalités biologiques (I). Seulement, le dispositif juridique mis en place par le législateur est loin d'être satisfaisant (II).

I – Un législateur imprégné des réalités de la bioéthique

La bioéthique concerne plusieurs volets de la vie de l'homme : au début, pendant et à la fin de la vie³⁵. C'est la raison pour laquelle au Sénégal, le législateur s'est non seulement inspiré des normes éthiques, mais également, il a incorporé celles-ci dans une norme obligatoire³⁶. Ainsi, il a mis en place des règles protégeant la vie (A). En outre, il a entendu protéger les personnes se prêtant à des recherches biomédicales (B).

A - L'existence de règles protégeant la vie

Mais qu'est-ce que la vie ? Cette notion qui est sur toutes les lèvres n'a été définie ni par le législateur, ni par les personnes qui y croient³⁷, encore

³³ Le but de ces journées c'est de pallier la faiblesse actuelle des débats sur les questions éthiques.

³⁴ N. LENOIR, « Eléments de réflexion sur le droit comparé : les juges constitutionnels et la bioéthique, entre audace et prudence », *Mélanges J. Robert*, Montchrestien, E.J.A., 1998, p. 363.

³⁵ *Biotechnologies, Potentiels, enjeux et perspectives : le cas du Sénégal*, Travaux de l'ASTS, 2004.

³⁶ V. A. SAKHO, « Droit, éthique, et sida dans la recherche clinique et les essais thérapeutiques dans les pays en voie de développement », *Droit et santé en Afrique*, Actes du colloque international de Dakar, 28 mars-1^{er} avril 2005, collection, Les Etudes hospitalières, p. 187 et s.

³⁷ P. MALAURIE, « Le respect de la vie en droit civil », *Mélanges Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996. L'auteur s'est exprimé en ces termes : « je crois à la vie avec ma foi, et elle est simple : Dieu est le créateur, le créateur de la vie. Il nous a fait l'insigne honneur de nous donner ce pouvoir, de créer nous-mêmes la vie ; la vie est divine. Il ne s'agit pas seulement

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

moins par ceux qui sont à même de la détruire. On note depuis plusieurs décennies que le droit est saisi par la biologie aussi bien en Afrique que dans les Etats européens³⁸. Au Sénégal, le juriste a mis du temps pour entrer dans le laboratoire, même si depuis les premières heures d'indépendance, il s'est intéressé au respect de la vie et de la personne humaine. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 2 du décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de la déontologie médicale³⁹, il est précisé que « le respect de la vie et de la personne humaine constituent en toute circonstance le devoir primordial ». Pareille disposition existe dans le code de déontologie médicale français de 1955 et 1979.

Une autre preuve de l'intérêt du législateur sénégalais pour le respect de la vie et de la personne humaine consiste dans la ratification par le Sénégal de bon nombre d'instruments juridiques relatifs à la question. C'est l'exemple du code de Nuremberg. Ainsi, nous avons au Sénégal la loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins modifiée par la loi n° 77-110 du 26 décembre 1977 ; le décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale notamment en ses articles 2, 32, 35 ; le décret n° 78-176 du 2 mars 1978 complétant l'article 46 du décret n° 67-147 du 10 février instituant le code de déontologie médicale ; l'arrêté n° 005776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade dans les établissements publics de santé hospitalier⁴⁰ ; la loi n° 2005-18 du 5 août 2005 relative à la santé de la reproduction.

Ce qu'il y a lieu de noter, c'est qu'on est passé d'une approche corporatiste à une approche interdisciplinaire c'est-à-dire de la déontologie médicale à la bioéthique. En effet, la déontologie médicale est un code éthique fondé pour et par les médecins c'est-à-dire précisant comment le médecin doit se comporter vis-à-vis de son patient, de la société et de ses confrères, alors que la bioéthique fait intervenir un grand nombre de personnes et de disciplines notamment les biologistes, les généticiens, les juristes, théologiens, sociologues et médecins. Cela, le gouvernement sénégalais l'a bien compris. A preuve, dans le rapport de présentation du décret instituant le DEA en droit de la santé à l'Université Cheikh Anta Diop

d'une foi religieuse : notre société civile a une conviction profonde, la vie est sacrée, elle appelle un respect absolu ».

³⁸ Ouvrage collectif, *Le droit saisi par la biologie - Des juristes au laboratoire*, direction Catherine LABRUSSE-RIOU, L.G.D.J, 1996.

³⁹ Jérémie BENTHAM, dans son essai *La nomenclature et la classification des principales branches d'art et de science*, a inventé le mot déontologie à partir du terme grec désignant « ce qu'il convient de faire » V. Jean-Charles SOURNIA, « Médicale (éthique) », in *Dictionnaire* p. 1008.

⁴⁰ Pour un soin, il faut le consentement libre et éclairé du malade, celui de ses parents ou représentants légaux, sauf force majeure (article 5).

de Dakar, on peut lire : « le droit de la santé est un champ disciplinaire, qui commence à être investi par les juristes et par les médecins, mais également grâce à un élargissement des problématiques, par des historiens, des économistes, des sociologues, des philosophes, des psychologues, des géographes, des biologistes, des environnementalistes, et enfin par les acteurs sociaux engagés dans des actions visant à assurer le droit des citoyens à la santé ».

Une autre disposition qui protège la vie, c'est l'article 15 de la loi n° 2005-18 du 5 avril 2005 relative à la santé de la reproduction. Aux termes de l'article 15, l'IVG est interdite sauf lorsqu'elle est autorisée par la loi. Elle n'est pas non plus, selon le législateur sénégalais, une méthode contraceptive. Le principe donc au Sénégal, contrairement à la France est l'exclusion de l'IVG. Le législateur sénégalais privilégie l'avortement thérapeutique si et seulement si c'est l'unique moyen de sauvegarder la vie de la mère⁴¹. Cela n'a rien d'étonnant puisque les articles 305 et 305bis du code pénal répriment l'avortement procuré ou provoqué. En effet, le code pénal s'inscrit dans la même logique que la loi n° 54-418 du 15 avril 1954 portant code de la santé publique dans les territoires d'outre-mer qui interdit l'avortement et qui est toujours applicable au Sénégal. La loi du 24 décembre 1980 qui a complété le code pénal en y insérant l'article 305 bis (...), a en même temps, par son article 2, abrogé le décret du 30 mai 1933 portant application de la loi du 31 juillet 1920 réprimant la propagande anticonceptionnelle et la provocation à l'avortement⁴². Il faut préciser que l'article 305bis du code pénal réprime la propagande, la publicité et la provocation à l'avortement en utilisant de façon identique les termes de la loi Veil de 1975 et l'article 647 du code de santé publique de la France.

La constitution du 22 janvier 2001 n'est pas en reste dans la protection de la vie. Aux termes de l'article 7 : « la personne humaine est sacrée. Elle est inviolable. L'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger. Tout individu a droit à la vie ». Lorsque le pouvoir constituant dit que la personne humaine est sacrée, il interdit par la même occasion de mettre fin à sa vie. Ce n'est pas étonnant puisque le code pénal réprime le fait de donner la mort à une personne⁴³. Le droit à la vie est un principe essentiel puisqu'il est la condition même de la jouissance des autres droits garantis. Il s'agit d'une norme impérative du droit international qui fait partie de la catégorie des

⁴¹ Le législateur accorde plus d'importance à la vie de la mère qu'à celle de l'enfant.

⁴² D. NDOYE, *Code pénal du Sénégal annoté*, EDJA, 2009, p. 138.

⁴³ Aux termes de l'article 280 du code pénal : « l'homicide commis volontairement est qualifié de meurtre ».

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

droits intangibles des droits de l'homme⁴⁴. Il semble d'ailleurs que le pouvoir constituant sénégalais l'ait rappelé à l'alinéa 3 de l'article 7 de la constitution en ces termes : « le peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, dans le monde ».

La clause de conscience prévue aux articles 32 et 33 du décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale protège la vie car, pour des raisons personnelles ou professionnelles⁴⁵, un médecin peut refuser de donner des soins à un patient mais tout en veillant à ce qu'un autre médecin puisse s'occuper du patient en question. En tout état de cause, la clause de conscience permet de savoir qu'un médecin n'est pas par exemple obligé de pratiquer une IVG ou un avortement⁴⁶.

Enfin, les conventions internationales auxquelles le Sénégal est partie protègent la vie. Il s'agit du PIDCP et de la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Dans le préambule de cette convention, il est dit que l'enfant a besoin d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance. La convention des Nations unies a réintroduit ce principe dans son préambule, à la suite de l'intervention de certains pays musulmans et latino-américains. Ces pays avaient demandé que soient reconnus aux fœtus les mêmes droits que l'enfant né, puisqu'ils rejetaient l'avortement⁴⁷. La déclaration des droits de l'homme en Islam, adoptée au Caire, en Egypte, le 5 août 1990, à laquelle le Sénégal est partie puisqu'étant un texte de l'Organisation de la conférence islamique, précise en son article 7 que la mère et le fœtus recevront une protection et un traitement spécial⁴⁸. Pour rappel, l'enfant est défini à l'article 1^{er} de ladite convention comme tout être humain âgé de moins de dix-huit ans. La convention relative aux droits de l'enfant figure dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001.

⁴⁴ M. ZANI, *La Convention internationale des droits de l'enfant : portée et limites*, Paris, Publisud, 1996, p.19.

⁴⁵ Les raisons sont le plus souvent religieuses V. E. MICHELET, « Religion et droit pénal », *Mélanges Pierre Raynaud*, p. 475 et s. Concernant la nature juridique de la clause de conscience, V. E. CLAVEL, « Le décret n° 82-826 du 27 septembre 1982 est-il compatible avec l'exercice de la clause de conscience du médecin en matière d'avortement ? », *JCP* 1983, I, 3128. Pour cet auteur, le droit d'invoquer la clause de conscience est un droit extraprofessionnel et personnel.

⁴⁶ VOIRIN, « L'avortement voulu », *D.* 1976, chron, p. 1.

⁴⁷ Voir l'article de M. BENOUMA, « La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant », in *AFDI* 1989, p. 437.

⁴⁸ Texte disponible in www.droitshumains.org, date de dernière consultation le 10 janvier 2012. Il est également disponible sur le site de l'OCI : www.oci.org, même date dernière consultation.

En France, les lois bioéthiques ont pour origine la remise en 1988 par le Conseil d'Etat d'un rapport intitulé *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*. Ces travaux ont facilité le vote de trois lois de principe adoptées les 25 et 29 juillet 1994. Pourtant, la France a été la première à organiser un colloque à grand retentissement car elle s'est préoccupée des conséquences que ne manqueraient pas de produire sur le droit les nouvelles données de la génétique et de la procréation.⁴⁹ En plus des règles protégeant la vie, il y a celles qui sont relatives aux personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

B - La protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales

La recherche biomédicale englobe l'ensemble des « recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales »⁵⁰. Pour le législateur sénégalais, la recherche biomédicale désigne les diagnostics, les essais ou les expérimentations organisés et pratiqués directement sur l'être humain et/ou l'animal en vue du développement des connaissances médicales et pharmaceutiques.

Le Sénégal s'est largement inspiré des textes internationaux sur les essais cliniques notamment la déclaration de l'Unesco sur la bioéthique et le code de Nuremberg de 1947. Cependant, contrairement au code de Nuremberg qui

⁴⁹ M. GOBERT, « Biologie et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique* dir Denis ALLAND et Stéphane RIALS, Quadrige PUF 2003. Selon Madame Gobert, il s'agissait d'une belle anticipation inutile. A notre avis, ce jugement porté à l'endroit du législateur français est sévère car, étant donnée la sensibilité de la question, il fallait un débat préalable avant de légiférer. De plus, contrairement au législateur allemand qui n'a pas procédé à une codification plus ou moins complète des différents aspects de la bioéthique et formulé des principes généraux qui pourraient, à l'instar de la convention européenne de la bioéthique, guider toute réglementation future en matière bioéthique (Rainer GROT, « Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation allemande », *RIDC*-1-1999, p. 85 et s), le législateur français est intervenu à travers des textes ponctuels pour encadrer certaines pratiques. Il s'agit de la loi du 15 novembre 1887 admettant le règlement des funérailles par testament qui a autorisé le don du corps à la science, de la loi du 7 juillet 1949 qui autorisa le legs des yeux en vue d'une greffe de cornée sur autrui, du décret du 20 octobre 1947 qui admet les prélèvements *post mortem* même sans autorisation familiale, avant que la loi Caillavet du 22 décembre 1976 ne favorise les prélèvements sur cadavre, en encadrant ceux effectués sur une personne vivante, de la loi Huriet du 20 décembre 1988 qui protégeait les personnes se livrant à l'expérimentation médicale (loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988).

⁵⁰ Article L.1121-1, alinéa 1^{er} du C.S.P. français.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

contient dix principes, la loi de 2009 en a édicté quatorze⁵¹. La protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales s'apprécie au niveau de leur consentement, en fonction des règles auxquelles doit se soumettre le promoteur d'une recherche, de la manière dont une recherche biomédicale doit se faire, et enfin par la création d'un organe de régulation de la recherche en santé.

Le consentement de la personne à l'étude doit être libre et éclairé c'est-à-dire respectivement qu'il soit donné de manière volontaire en dehors d'une pression quelconque et que la personne sollicitée comprenne le but et la nature de la recherche, les obligations qu'implique sa participation à celle-ci, ainsi que les risques et les avantages qui peuvent en découler⁵². Pour Dominique Thouvenin, du point de vue de l'éthique, le consentement éclairé traduit deux exigences : faire en sorte que l'intéressé soit informé de l'expérience en cours, de son contenu et de ses objectifs et s'assurer de son plein accord⁵³.

Le promoteur, c'est-à-dire aux termes de l'article 5 de la loi portant code d'éthique pour la recherche en santé au Sénégal, toute personne physique ou morale qui prend l'initiative d'une recherche en santé, doit souscrire une assurance responsabilité. Ce faisant, le législateur permet à la personne victime des agissements des chercheurs, de trouver un garant. En effet, la recherche biomédicale, par nature aléatoire, comporte des risques spéciaux pour les sujets d'essais qui ne peuvent être déterminés à l'avance. Ceci explique que le législateur ait tenu à renforcer la protection de ces derniers en instaurant un régime particulier d'assurance⁵⁴.

Mais s'il est vrai que le législateur sénégalais lève un coin du voile sur la définition de la qualité de promoteur, il ne se prononce guère sur les compétences de ce dernier. Du coup, il n'évite pas le débat qui a eu lieu en France sur les compétences du promoteur. En effet, à la question de savoir si, pour être promoteur, il faut être compétent, un auteur a répondu en ces termes : « en définitive, pour être promoteur, il suffit d'avoir de l'argent et de choisir un bon investigateur capable d'élaborer un bon projet acceptable⁵⁵ ».

⁵¹ Loi n° 2009-17 portant code d'éthique pour la recherche en santé, *J.O.*, 11 juillet 2009, p. 744-750.

⁵² Article 10 et 11 de la loi de 2009 portant code d'éthique pour la recherche en santé.

⁵³ D. THOUVENIN, « Ethique et droit en matière biomédicale », *D.* 1985, chron., p. 25.

⁵⁴ Bénédicte BEVIÈRE, in *La recherche biomédicale*, colloque Aix-en-Provence du 22 septembre 1989, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 199.

⁵⁵ R. CASSIN, « La structure juridique de l'opération de recherche biomédicale », in *La recherche biomédicale*, Colloque Aix-en-Provence du 22 septembre 1989, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 39.

Toujours dans le souci de protection des personnes qui se livrent à la recherche biomédicale, le législateur sénégalais a précisé les modalités de la recherche. Elles tiennent aux qualités du chercheur, au lieu où doit se dérouler la recherche et enfin aux conditions d'hygiène. Ainsi, la recherche biomédicale doit être effectuée sous la direction d'un chercheur qualifié. S'il n'est pas médecin, il doit être assisté par un médecin ayant une expérience de cinq ans au moins dans le domaine concerné. Est chercheur, toute personne physique qui conçoit et/ou dirige la réalisation d'une recherche en santé⁵⁶. La recherche biomédicale ne doit pas se dérouler n'importe où. Ainsi, aux termes de l'article 29 de la loi portant code d'éthique pour la recherche en santé, la recherche biomédicale sans bénéfice individuel doit être réalisée dans un lieu équipé de moyens matériels et techniques appropriés à la recherche et compatibles avec les impératifs de sécurité des personnes qui s'y prêtent⁵⁷. Cette disposition qui présente l'avantage de la clarté peut susciter quelques réserves. En effet, elle laisse penser que les personnes qui se livrent à une recherche biomédicale avec bénéfice individuel⁵⁸ ne sont pas concernées⁵⁹. Cela ne peut se concevoir au regard de l'article 20 alinéa 2 qui

⁵⁶ Article 6 de la loi portant code éthique de la recherche en santé.

⁵⁷ Au sens toujours de cette disposition, le site de recherche ainsi défini doit être conforme aux normes définies par voie réglementaire. Il s'agit bien évidemment d'un arrêté du ministre de la Santé. Ce faisant, le législateur sénégalais s'inspire de son homologue français de 1988 (loi Huriet-Sérusclat). Les choses ne se sont pas arrêtées là puisque l'article 20 de la loi n° 2009-17 qui dispose que les recherches biomédicales doivent être effectuées dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'étude et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces personnes. Cette disposition est une copie de l'article 1121-3 du CSP issu de la loi française du 9 août 2004, relative à la politique de santé publique. L'innovation de cette loi c'est que la condition de lieu de recherche n'est plus régie par un texte spécifique. C'est tout à fait logique puisque la nécessité d'une autorisation préalable du ministre chargé de la santé a été supprimée avec la loi Kouchner du 4 mars 2002. On peut en tirer la conclusion selon laquelle le législateur sénégalais est aux confluents des lois françaises de 1988 et 2004.

⁵⁸ Aux termes de l'article 14 de la loi portant code d'éthique de la recherche en santé, les recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct sont menées lorsqu'il en est attendu un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête. Toutes les autres recherches biomédicales portant sur des malades ou non, sont considérées comme sans bénéfice individuel direct.

⁵⁹ On a l'impression que le législateur sénégalais a reproduit les mêmes erreurs que son homologue français de 1988 (loi Huriet-Sérusclat du 20 décembre 1988) qui accordait aux participants des recherches sans bénéfice individuel direct un régime de protection renforcé parce qu'ils étaient soumis à un examen médical préalable, profitaient d'une affiliation obligatoire à un régime de sécurité sociale et étaient dispensés de rapporter la preuve de la faute du promoteur de la recherche en cas de

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

dispose que la recherche biomédicale doit être effectuée dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'étude et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à cette recherche. En tout état de cause, le législateur sénégalais, aux articles 7 et 8 de la loi n° 2009-17 portant code d'éthique pour la recherche en santé a prévu un système d'appréciation fondé sur la balance bénéfices/risques et des inconvénients majeurs ou mineurs prévisibles, et l'évaluation corrélative des bénéfices pour la personne candidate et pour la collectivité⁶⁰. En outre, soulignons que le législateur sénégalais opère une distinction entre les personnes vulnérables et celles qui ne le sont pas. La vulnérabilité tient à l'état de santé physique, psychologique ou à l'état de dépendance. Il s'agit des mineurs et majeurs protégés par la loi admis dans un établissement sanitaire ou social, des femmes enceintes, des parturientes et des mères qui allaitent.

Les recherches biomédicales doivent se dérouler dans le respect des règles d'hygiène fixées par voie réglementaire. La création d'un Comité national d'éthique pour la recherche en santé entre dans le souci de la protection des personnes se livrant à la recherche biomédicale, de la même manière que l'existence des dispositions pénales. En juin 1964, la 18^e assemblée médicale mondiale adopta sa déclaration d'Helsinki, amendée ensuite à Tokyo en octobre 1975 et complétée à Venise en 1983. Selon cette déclaration : « les projets de l'exécution de chaque phase de l'expérimentation portant sur l'être humain doivent être clairement définis dans un protocole expérimental qui doit être soumis à un comité indépendant

mise en œuvre de sa responsabilité civile. En revanche, dans les cas de recherche avec bénéfice direct, la responsabilité du promoteur n'était engagée que si sa faute était prouvée. Cette loi a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine et des professionnels de la santé. Elle a été remaniée par la loi du 9 août 2004, relative à la politique de santé publique. Désormais en France, tous les projets sont traités de la même manière et soumis aux mêmes contraintes, à savoir : l'extension à l'ensemble des recherches biomédicales de l'obligation d'examen médical préalable et d'affiliation à un régime de sécurité sociale, l'extension de la possibilité d'indemnisation, en compensation des contraintes subies, à toutes les recherches biomédicales, à l'exception de certaines catégories de personnes vulnérables et la généralisation de la présomption de faute du promoteur lors de la mise en œuvre de sa responsabilité, V. H. CHANTELOUP, « Le cadre juridique de la recherche biomédicale », *op. cit.*, p. 56.

⁶⁰ H. CHANTELOUP, « Le cadre juridique de la recherche biomédicale », *op. cit.*, p. 57.

spécialement institué à cet effet, pour avis et conseils⁶¹ ». Le législateur sénégalais a sacrifié à cette exigence en son article 8 de la loi de 2009 portant code d'éthique pour la recherche en santé. L'apport positif de la déclaration d'Helsinki-Tokyo réside dans la recommandation que les projets de recherche soient examinés par des comités indépendants (indépendants des chercheurs), ce qui ouvre la voie à une réflexion collective sur les finalités de la recherche biomédicale, et à l'élaboration progressive d'une jurisprudence, chose très souhaitable s'agissant d'un domaine complexe où la juste conduite n'est pas souvent évidente⁶². Les directives internationales OMS/CIOMS de Manille (1981) prévoient l'examen des projets par des comités indépendants chargés de vérifier que le protocole est scientifiquement correct, que les sujets seront bien traités, ont émis leur consentement et que le rapport risque/bénéfice est acceptable⁶³. En France, l'autorité des avis rendus par les comités d'éthique est uniquement morale⁶⁴. Cette absence d'autorité juridique des avis des comités d'éthique implique d'abord une absence de sanction à la charge de ceux qui manqueraient à leur respect, ensuite une fausse sécurité au profit de ceux qui les respectent⁶⁵. Le législateur sénégalais impose l'avis du comité sous peine de sanction. Ainsi, aux termes de l'article 49 de la loi portant code d'éthique au Sénégal, quiconque aura pratiqué ou fait pratiquer une recherche biomédicale sans le consentement du sujet ou l'avis du comité national d'éthique ayant entraîné la mort du sujet sera puni d'une réclusion criminelle de cinq ans à dix ans. Si cette disposition ne nous renseigne pas sur la nature de l'autorité des avis du comité, il va sans dire qu'elle est dissuasive et fait de celui-ci un organe incontournable en théorie comme en pratique⁶⁶.

⁶¹ Gérard MEMETEAU, « Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthique ou l'iroquois sur le sentier des comités d'éthique », *RRJ*, n° XIV-36, 1989-1, p. 60 et s.

⁶² A. FAGOT-LARGEAULT, *L'homme bioéthique : pour une déontologie de la recherche sur le vivant*, Maloine, 1985, p. 159.

⁶³ G. MEMETEAU, *op. cit.*, p. 61.

⁶⁴ *Id.*, p. 67.

⁶⁵ *Id.*, p. 74.

⁶⁶ Le comité national d'éthique pour la recherche en santé (CNER) a été institué par le décret n° 2009-729 du 3 août 2009. Dans le rapport de présentation dudit décret, le pouvoir réglementaire sénégalais a rappelé que la recherche biomédicale a permis de noter une amélioration importante de la santé des populations sénégalaises, mais il y a des événements et des faits récents qui suscitent des inquiétudes et justifient la mise en place du CNER. Il s'agit entre autres de l'interprétation et l'application biaisée du principe de consentement éclairé, marquées par l'extrême vulnérabilité d'une grande partie de la population pauvre et analphabète, les nombreux risques liés à la multiplication des études sur le génome, aux essais nouveaux de transplantation ou de

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

Le législateur sénégalais a fait sien ces propos de Cervantes : « Le juge peut violer la justice ou la retarder ; l'avocat peut, par intérêt, soutenir une mauvaise cause ; le marchand peut nous attraper sur notre argent ; enfin toutes les personnes avec lesquelles la nécessité nous force de traiter peuvent nous faire quelque tort ; mais aucune ne peut nous ôter impunément la vie. Les médecins seuls ont ce droit ; ils peuvent nous tuer sans crainte, sans employer d'autres armes que leurs remèdes ; leurs bévues ne se découvrent jamais parce que, au moment même, la terre les cache et les fait oublier⁶⁷ ». S'il est vrai que le législateur sénégalais est imprégné des réalités de la bioéthique, il n'en demeure pas moins que ses prescriptions sont peu satisfaisantes.

II – Un législateur aux prescriptions peu satisfaisantes

Les prescriptions du législateur sénégalais sont peu satisfaisantes parce que d'une part elles sont lacunaires (A) et d'autre part contraires à la sécurité juridique (B).

A – Des prescriptions lacunaires

Nous disons qu'il y a lacune du droit (ou encore lacune en droit) lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé⁶⁸. En examinant, la définition que le *Petit Robert* donne du mot « lacune », à savoir absence d'un ou de plusieurs termes d'une série, on se rend compte que M. Perelman a raison. En effet, avec la loi n° 2009-17 du 9 mars 2009 portant code d'éthique pour la recherche en santé, le législateur sénégalais a manqué l'occasion de s'illustrer. Il est vrai que cette loi a mis en place quatorze principes forts

greffe d'organes. Avant la création du comité national d'éthique pour la recherche en santé, on avait le Conseil national de recherche en santé institué par l'arrêté n° 1422 du 2 mars 2001 modifié par l'arrêté n° 3224 du 17 mars 2004. V. sur ce point, C. BECKER *et alii*, *Le conseil national de recherche en santé : naissance d'une instance éthique au Sénégal*, Droit et santé en Afrique, Actes du colloque international de Dakar 28 mars-1^{er} avril 2005, collection, Les études hospitalières, p. 177. Ces auteurs ont expliqué les raisons de la création du conseil national de recherche en santé. Elles tiennent au fait que tous les pays membres de l'OMS ont fixé cette exigence d'une part, mais une recommandation internationale en fait une condition pour obtenir des financements pour les projets de recherche d'autre part.

⁶⁷ Cité par Amega ATSU-KOFFI, *Le médecin, le cadavre et le droit*, Penant, 1978, 87^e année-n° 762, p. 484.

⁶⁸ Etudes de logique juridique publiées par Ch. PERELMAN, volume II, *Droit et logique, les lacunes en droit*, collection « Travaux du centre national de recherches de logique », Bruxelles, Bruylant, p. 57.

importants, créé un comité national d'éthique pour la recherche en santé⁶⁹, prévu des sanctions pénales en cas de non respect de certains principes tels que le consentement libre et éclairé. En somme, le législateur sénégalais a fait sien le principe de précaution⁷⁰. Toutefois, il reste silencieux sur les relations entre enfants et parents dans le cadre de la PMA par exemple, sur la maternité de substitution, sur l'euthanasie⁷¹ qui n'est certes pas permise par le droit mais qui existe dans les faits⁷², sur la recherche sur les embryons, sur les prélèvements et les greffes d'organes et de cellules, sur le diagnostic prénatal⁷³ de maladie ou de malformation du fœtus et préimplantatoire⁷⁴.

Dire dans la loi fondamentale que le corps humain est sacré ne suffit pas à dissiper les inquiétudes car s'il est constant qu'on ne peut vendre le corps humain, rien n'indique que celui-ci ne peut être donné à un parent pour soigner une maladie. La sacralité du corps humain justifie-t-elle tout ? Quelle est la pertinence de l'interdiction de l'euthanasie par les articles 280, 286 et 307 du code pénal au regard de certaines maladies incurables ? Il faut rappeler que l'expression « euthanasie » n'a pas été mentionnée *expressis*

⁶⁹ Ce comité est certes doté de la personnalité juridique, mais est sous tutelle administrative du ministère de la Santé et financière du ministère de l'Economie et des Finances.

⁷⁰ Selon J. Chirac, lors de l'ouverture de la 4^e session du comité international de bioéthique de l'Unesco, le principe de précaution consiste dans la nécessité de « privilégier l'hypothèse du pire lorsqu'on peut redouter un dommage irréversible même à long terme » (Discours prononcé le 3 octobre 1996).

⁷¹ En droit français, l'euthanasie est un meurtre. Le consentement de la victime, sa demande même, ne justifie pas l'acte qui consiste à lui donner volontairement la mort. La Cour européenne des droits de l'homme, pourtant attachée au respect de l'autonomie de la personne et de la liberté individuelle, a dit dans arrêt *Pretty c/Royaume-Uni* du 29 avril 2002 que l'euthanasie ne constitue pas un droit de l'homme garanti par la convention européenne des droits de l'homme et que l'article 2 de la convention qui pose le droit à la vie ne saurait être interprété comme consacrant un droit à la mort.

⁷² Elie ALFANDARI, « La fin de vie et la loi du 28 avril 2005 », *Revue droit sanitaire et social*, n° 5/2005. Selon cet auteur, la loi du 22 avril 2005 (n° 2005-370 du 22 avril, *J.O.* 23 avril 2005, p. 7089) qui complète la loi du 4 mars 2002 sur les droits du malade, contient des dispositions nouvelles concernant la « fin de vie ». Si elle se refuse à légaliser l'euthanasie, en raison des risques de dérive, elle accepte une certaine dépenalisation des médecins lorsque ceux-ci mettent fin à une « obstination déraisonnable » c'est-à-dire à un acharnement thérapeutique.

⁷³ Le diagnostic prénatal est défini dans le code de la santé publique comme des pratiques médicales ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale du conseil génétique.

⁷⁴ Tout au moins, il y a absence d'une loi particulière.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

verbis dans le code pénal. Il est donc fait application de diverses qualifications pénales à des situations d'euthanasie : le plus souvent assassinat, meurtre et empoisonnement⁷⁵. La question de l'euthanasie est en étroite collaboration avec celle des soins palliatifs dont l'usage est prôné par les opposants à l'euthanasie et qui visent à soulager la douleur chronique ressentie par des patients en phase terminale⁷⁶. Ce faisant, un médecin peut être poursuivi au Sénégal pour empoisonnement⁷⁷.

Dans l'hexagone, le législateur a prévu des règles spécifiques sur les questions de la procréation médicalement assistée, de la cession d'organes. Concernant la PMA, elle est réglementée en France par le code de la santé publique (loi Sérusclat) et ce faisant, on remarque qu'elle est assortie de conditions relatives au but recherché⁷⁸, au couple demandeur⁷⁹ et à la volonté de ceux qui y ont recours⁸⁰. En effet, le but recherché par la procréation médicalement assistée, c'est de vaincre l'infertilité du couple. Il s'agit aussi bien d'une infertilité féminine que masculine même si on a longtemps rejeté l'idée d'une stérilité masculine : « la femme, dépourvue de semence, n'est qu'un mâle imparfait ; le mâle de par sa nature, est supérieur à elle, meilleur qu'elle, plus divin. Et, comme il était préférable que le meilleur fut séparé du moins bon, il en devait résulter que le mâle fût distinct de la femelle partout où la distinction était possible⁸¹ ». Il va de soi que cette conception de la stérilité a fait son temps. A travers la condition de la PMA relative au but recherché, on se rend compte que le législateur français cherche à canaliser le désir quelquefois excessif du couple d'avoir un enfant à tout prix. Cette hypothétique mais réelle obsession n'emporte pas en tout cas l'adhésion d'une doctrine autorisée qui soutient que l'intérêt de l'enfant doit être affirmé

⁷⁵ Carine DURRIEU-DIEBLOT, « Le moment de la mort », in *Le traitement juridique de la mort*, A.J.Famille, n° 4/2004-p. 121.

⁷⁶ Y.H. LELEU, G. GENICOT, *Le droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Larcier 2001. V. loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. L'objet des soins palliatifs au sens de cette loi c'est de soulager la douleur, d'apaiser la souffrance psychique, de sauvegarder la dignité de la personne malade et de soutenir son entourage. Quant aux cas dans lesquels il faut appliquer les soins palliatifs : actes inutiles, disproportionnés, ayant pour seul effet de maintenir artificiellement la vie. Il faut voir également la loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.

⁷⁷ Article 286 du code pénal.

⁷⁸ L.152-2 du code de la santé publique.

⁷⁹ L.152-2 code de la santé publique.

⁸⁰ L.152-10 code de la santé publique.

⁸¹ Jean ROSTAND, *Maternité et biologie*, Gallimard, 1975, p. 28.

en permanence avec force pour faire échec et contrecarrer « le droit à l'enfant⁸² ».

Ce point de vue de M. Raynaud mérite notre aval car nous vivons dans un monde où la tendance est de ne rien se refuser tant qu'on le peut, parfois même quand c'est impossible. L'article L152-1 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal⁸³ définit la PMA comme un ensemble de « pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons, et l'insémination artificielle ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel⁸⁴ ». Il s'agit donc d'une procréation artificielle.

Au-delà de la condition de la PMA relative au but recherché, il y a celle afférente au couple. En effet, l'on s'est depuis longtemps posé la question de savoir qui peut bénéficier de la P.M.A : est-ce le couple hétérosexuel, homosexuel, la femme qui ne veut pas de père pour son enfant⁸⁵ ? A cette interrogation, le législateur français a répondu en disant qu'il doit s'agir d'un couple hétérosexuel c'est-à-dire homme et femme, que le couple doit être en mesure de procréer, qu'il doit justifier de deux ans de vie commune s'il n'est pas marié. On remarque donc que n'a pas droit à la PMA, le couple homosexuel, la femme ménopausée, de même que le célibataire. Cela est dû au fait que la PMA est une technique médicale et pas une technique de convenance.⁸⁶

⁸² Pierre RAYNAUD, « L'enfant peut-il être l'objet de droit ? », *D/S* 1988 chron, p. 9.

⁸³ *J.O.* du 30 juillet 1994, p. 11060.

⁸⁴ Cette définition a été complétée comme suit « dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine » par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique (*J.O.* 7 août 2004, p. 14040). Cette loi interdit le clonage reproductif qu'elle criminalise au même titre que la pratique eugénique.

⁸⁵ *Procréation artificielle- Où en sont l'éthique et le droit ?* Paris, Masson, 1989 (diffusion), Collection de la médecine légale et de toxicologie médicale, n° 143, Edition Alexandre Lacassagne-Lyon. La question concerne aujourd'hui en France la femme dont le mari est décédé.

⁸⁶ G. LAZORTHES, *Sciences humaines et sociales L'homme, la société et la médecine*, 6^e édition, Paris, Masson, 2000. Ce point de vue mérite d'être relativisé car dans le rapport de l'OPECST du 19 novembre 2008, on a proposé l'ouverture de la PMA aux femmes célibataires infertiles V. Daniel VIGNEAU, « La révision des lois de bioéthique », in *Les enjeux éthiques de l'actualité juridique*, sous la direction de Joël-Benoît D'ONORIO, Actes du XXIII^e colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France (Paris, 22-23 novembre 2008) p. 103.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

Quant à la condition relative à la volonté, il va de soi qu'il ne peut y avoir PMA sans consentement. Celui-ci porte sur le transfert des embryons ou l'insémination⁸⁷. La PMA met en exergue la question de l'établissement de la filiation : le donneur de sperme doit-il revendiquer sa paternité⁸⁸ ? L'homme stérile qui a donné son consentement à la PMA doit-il être dépossédé de ses fonctions paternelles s'il souhaite les assumer ? Peut-il désavouer l'enfant né de la PMA ? Doit-il y avoir une action en recherche de paternité⁸⁹ ? Doit-on révéler l'identité du donneur ?

En France, l'action en recherche de paternité est possible. Elle peut être exercée aussi bien par la mère que par l'enfant sauf s'il s'agit là d'une procréation biologique et non artificielle⁹⁰. Aux termes de l'article 311-19 du code civil, en cas de PMA exogène c'est-à-dire avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Ainsi, aucun donneur de sperme ne peut revendiquer sa paternité. Cette disposition s'inscrit dans la même logique que l'article 16-8 du code civil qui précise qu'aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait un don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. On a posé comme règle, au travers de cette disposition l'anonymisation des relations entre l'enfant et le donneur, et entre celui-ci et le bénéficiaire du don. En effet, l'impossibilité d'établir la filiation à l'égard du donneur se heurte à l'article 7 de la convention de New York du 26 novembre 1990 relative aux droits de l'enfant qui dispose que l'enfant a « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ». C'est la consécration du droit de connaître ses origines. On se rend compte qu'une grande partie de la doctrine y est largement favorable⁹¹ ; et même la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Gaskin c/ Royaume uni*⁹². A notre avis, si tout est fait pour que l'enfant ne connaisse pas ses

⁸⁷ Article 311-10 du code civil.

⁸⁸ On se trouve dans le cadre de la maternité de substitution où une femme est inséminée avec le sperme du mari de la femme stérile ou de l'insémination artificielle avec donneur (I.A.D).

⁸⁹ Au Sénégal, nous savons qu'un enfant qui n'est pas présumé issu du mariage de sa mère ou qui n'a pas été volontairement reconnu par son père ne peut intenter une action en recherche de paternité sauf si le prétendu père a procédé ou fait procéder à son baptême ou lui a donné un prénom (article 196 et 211 du code de la famille).

⁹⁰ V. article 311-19 du code civil selon lequel l'action en recherche de paternité ne peut être dirigée contre le prétendu donneur.

⁹¹ Nicolas MAGUIN « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois de la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, Chron. 75.

⁹² Dans cette affaire, un citoyen britannique reprochait aux autorités anglaises de lui refuser la communication complète du dossier constitué par l'administration de l'aide

origines, c'est peut-être pour lui éviter un éventuel traumatisme s'il sait qu'il n'est pas né comme les autres enfants. Mais cette motivation paraît quelque peu légère car l'enfant peut connaître ses origines par d'autres voies (indiscrétions des sachant, médias etc.).

Le droit de l'enfant de connaître ses origines se pose également en cas d'accouchement sous X. En la matière, il existe en France depuis la loi du 16 janvier 2009, une évolution. Cette loi a supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité existant à l'encontre d'une femme ayant demandé, comme le lui permet l'article 326 du code civil, que le secret de son admission et de son identité soit préservé. Ainsi, dans le cas où la mère laisse des renseignements à l'intention de l'enfant ou grâce aux indications fournies par le père, l'action peut aboutir. Au Sénégal, il semble que l'accouchement sous X n'est pas admis et ce, au regard de l'article 52 du code de la famille et 7 de la convention de New York précitée.

En effet, c'est l'article 40 alinéa 8 du code de la famille qui pose le principe : « tout acte de l'état civil, quel qu'en soit l'objet, énonce (...) les prénoms, nom, professions et domicile de tous ceux qui y sont dénommés ». Ainsi, parmi ces personnes qui peuvent y être dénommées, figurent les père et mère de l'enfant. La logique de cette disposition est poursuivie à l'article 52 qui précise le contenu de l'acte de naissance à savoir les prénoms, nom, âge, profession et domicile des père et mère et s'il y a lieu, ceux du déclarant ou des témoins.

Quant à l'article 7 de la convention de New York de 1990, il faut faire remarquer que la loi n° 90-21 du 26 janvier 1990 a autorisé le président de la République à la ratifier. De plus, elle fait partie des conventions internationales « constitutionnalisées » puisque citées dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001. Elle peut donc servir de fondement à un recours devant le Conseil constitutionnel contre une loi⁹³.

sociale à l'enfance pendant la période de sa prime jeunesse. Il faisait valoir qu'il contenait des renseignements qui constituaient l'unique trace cohérente de sa petite enfance et de ses années de formation. Le gouvernement britannique faisait valoir que le refus d'une communication intégrale était fondé sur le respect de l'anonymat des informateurs qui permettait de garantir la bonne marche du service et était donc justifié par la protection de l'intérêt général. Cet argument n'a pas convaincu la Cour européenne des droits de l'homme qui soutient que « le respect de la vie privée impose à chacun d'établir les détails de son identité d'être humain et qu'en principe s'interdire l'accès à de telles informations sans justification précise constitue une violation de l'article 8 de la convention ». Les informations sur cette décision peuvent être obtenues à D. 1995, p.75.

⁹³ V. Sénégal, *Le secteur de la Justice et de l'Etat de droit*, www.afrimap.org/english/images/.../AfriMAP-Senegal-Justice.pdf, p. 20, date de dernière consultation, le 2 octobre 2012.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

L'homme stérile qui a donné son consentement à la PMA ne peut être dépossédé de ses fonctions paternelles qu'il s'agisse d'une filiation légitime ou naturelle. Les exceptions prévues par la loi à l'interdiction de toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état en cas de PMA exogène dans un couple marié c'est d'une part la preuve que l'enfant n'est pas issu de la PMA, et d'autre part l'absence d'effet du consentement⁹⁴. Dans l'hypothèse où une personne aurait consenti à la PMA sans reconnaître l'enfant qui en est issu, il engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. De plus, est judiciairement déclaré la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'AMP, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. Ces cas renvoient à la PMA exogène dans un couple non marié. Tout est fait en tout cas pour protéger l'enfant issu de la PMA car on peut affirmer que la responsabilité de celui qui a consenti à la PMA est automatique. Si l'impossibilité pour l'homme stérile qui a donné son consentement prévue par les lois bioéthiques de 1994 est en phase avec une certaine jurisprudence⁹⁵, tel n'a pas toujours été le cas. C'est ainsi que la Cour d'appel de Toulouse, première chambre civile a condamné l'insémination artificielle avec donneur (I.A.D) au motif que « le corps humain ne peut faire l'objet d'actes d'appropriation ou de disposition ; il fait en effet partie du domaine de l'être et non pas de l'avoir ; à la différence du don d'organe, le don de sperme aboutit à faire de la personne humaine une chose ; pareil don heurte, en outre, de front le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes... » Ainsi, le fait pour un concubin d'avoir consenti à cette insémination artificielle (la concubine s'est faite inséminer par un donneur anonyme) ne peut être considéré comme emportant renonciation à contester par la suite sa paternité, en vertu des dispositions de l'article 311-9 du code civil qui édicte que les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation⁹⁶.

Une autre question, et non des moindres, posée par le biodroit, c'est la cession d'éléments ou produits du corps humain. Une précision s'impose

⁹⁴ Le consentement est privé d'effet dans les cas prévus par l'article 311-20 du code civil. Il s'agit entre autres du décès, de la rupture de la communauté de vie, du dépôt d'une requête en divorce ou de séparation de corps, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée.

⁹⁵ Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 1991, 1^e chambre civile (*D.* 1991, p. 562). Pour les juges d'appel, le mari stérile, ayant accepté l'insémination artificielle avec donneur de son épouse, est recevable à apporter la preuve que l'enfant n'est pas né de l'insémination artificielle, sans qu'il soit autant admis à apporter la preuve qu'il ne peut être le père biologique de l'enfant en raison d'un état de stérilité médicalement avéré, le désaveu étant soumis à la preuve que l'enfant n'a pas la paternité indéterminée voulue par les époux.

⁹⁶ *V. D.* 1988, p. 184, note Danièle HUET-WEILLER.

d'emblée : il s'agit d'une cession à titre gratuit car l'article 16-6 du code civil précise qu'aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête (...) au prélèvement d'éléments de son corps. En outre, l'opération doit s'inscrire dans un cadre scientifique ou thérapeutique. C'est parce que le corps humain ne peut faire l'objet d'une patrimonialité comme le prévoit l'article 16-1 du code civil. Dans cette occurrence, la cession d'éléments ou produits du corps humain se justifie par les besoins d'avancées de la science ou pour sauver une vie humaine. Dans un arrêt du 13 décembre 1989⁹⁷, la Cour de cassation française estime que les conventions de « mère-porteuse » « contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'un renoncement et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ». En la matière, il semble qu'il y ait une évolution en France car il est maintenant question de légaliser le recours à des mères porteuses. C'est ce qui résulte des conclusions d'un rapport rendu le 25 juin 2008 au nom de la commission des lois du Sénat.

La cession d'éléments ou produits du corps humain entre vifs ou *post mortem* est confrontée au principe de l'indisponibilité du corps humain qui signifie que la personne humaine ne peut être vendue, donnée ou cédée à autrui. C'est tout le sens de l'article 74 COCC : « la prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce ». Ce texte, symétrique de l'article 1128 du code civil traduit le caractère extrapatrimonial reconnu au corps humain. Or, les lois bioéthiques françaises permettent toute cession mais seulement à titre gratuit et à des fins thérapeutique ou scientifique⁹⁸. Les autres principes régissant l'opération de

⁹⁷ Cass. Civ 1^{ère}, 13 décembre 1989 ; Association *Alma Mater* c. Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Une association baptisée « Alma Mater », créée à Marseille sur l'initiative d'un médecin, avait pour objet de faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples dont la femme est stérile. A cette fin, elle tâchait de mettre en contact des femmes désireuses d'avoir une descendance et d'autres femmes qui acceptaient, moyennant « une indemnisation » (60 000 F, en 1987), d'être inséminées avec le sperme du mari ou du concubin des premières, puis de porter et mettre au monde l'enfant ainsi conçu. Celui-ci était alors inscrit à l'état civil sans indication du nom de la mère, reconnu par le père et accueilli au foyer de ce dernier en vue de son adoption par l'épouse ou la compagne. L'Association intervenait à tous les stades du processus : vérification de la stérilité du couple demandeur et des facultés de fécondation de la « mère porteuse », réalisation de l'insémination, surveillance de la grossesse et de l'accouchement, prise en charge de la procédure d'adoption.

⁹⁸ Depuis 1976, il existe en France une loi sur le prélèvement d'organes que ce soit du vivant de la personne comme lorsqu'elle est décédée. V. J.B. GRENOUILLEAU,

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

cession sont le libre consentement et l'anonymat. Il en est de même du principe de l'inviolabilité du corps humain prévu à l'article 7 de la constitution du 22 janvier 2001. En effet, c'est après avoir déclaré que la personne humaine est sacrée que le constituant sénégalais a prévu ce principe. C'est donc en vertu de ce caractère sacré que toute dignité doit être accordée au corps humain. Au-delà des prescriptions lacunaires, il y a celles qui sont contraires à la sécurité juridique.

B - Des prescriptions contraires à la sécurité juridique

Les règles juridiques mises en place par le législateur sénégalais, bien qu'utiles, n'en sont pas moins problématiques. Cela tient à leur ambiguïté d'une part, et d'autre part à un problème d'articulation voire de cohérence entre elles. Cette situation crée une insécurité juridique, principe qui prône la clarté, lisibilité et la cohérence de textes entre autres. En effet, force est de constater qu'en droit interne, les règles qui protègent la vie sont nombreuses. On aurait pu se satisfaire de cette situation si on n'avait pas fait une analyse approfondie des textes.

Dans un premier temps, faisons remarquer que lorsque le législateur précise que l'IVG est interdite sauf dans les cas prévus par la loi, il est légitime de se poser la question suivante : en n'interdisant pas de façon absolue l'IVG, le législateur sénégalais a-t-il voulu suivre son homologue

« Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », *D.* 1977, p. 213 et s. Pour cet auteur, l'objet de la loi porte sur les greffes de reins. V. également la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (*J.O.* du 30 juillet 1994, p. 11056) et la loi n° 94-654 du même jour relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal qui abroge d'ailleurs la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976. Dans la loi n° 2009-17 du 9 mars 2009 portant code d'éthique pour la recherche en santé, seul l'article 13 fait allusion au prélèvement d'organes en ces termes : « l'utilisation du corps d'une personne décédée à des fins de recherche ne peut se faire qu'avec le consentement préalablement exprimé par le sujet de son vivant ou par celui de ses ayant droits ». Le législateur sénégalais ne consacre que le prélèvement *post mortem* sans pour autant en préciser le régime juridique.

français de 1975⁹⁹ ? Sur quels critères le législateur va se baser pour autoriser l'IVG¹⁰⁰ ?

Concernant la première interrogation, rien en tout cas ne le laisse penser au regard de l'exposé des motifs de la loi de 2005 relative à la santé de la reproduction. Le choix du législateur sénégalais est clair : c'est de se conformer aux règles fixées par la conférence internationale sur la population et le développement (CIPD)¹⁰¹. Que le législateur sénégalais dise qu'il se conforme à la conférence précitée est compréhensible parce que cet instrument prétend respecter toutes les religions. Or au Sénégal, aucune religion ne tolère qu'une personne puisse disposer de la vie d'autrui. Mais là encore, nous ne sommes pas au bout de notre étonnement car on peut lire au paragraphe 7.24 de la CIPD : « Les gouvernements devraient prendre les mesures appropriées pour aider les femmes à éviter l'avortement qui ne devrait en aucun cas être encouragé comme méthode contraceptive et dans tous les cas, veiller à ce que les femmes qui ont recours à l'avortement soient traitées avec humanité et bénéficient de conseils ». Comment le législateur sénégalais va-t-il allier la répression de l'avortement avec un traitement humain et magnanime à l'égard des femmes avorteuses ? Quelles doivent être de façon concrète ces mesures ?

⁹⁹ Il s'agit de la loi Veil où on distingue l'IVG de moins de dix semaines et l'IVG thérapeutique. Lors de la présentation de la loi sur l'IVG à l'Assemblée nationale, Mme Veil, ministre de la Santé d'alors déclare : « Je le dis avec toute ma conviction, l'avortement doit rester l'exception ; l'ultime recours pour des situations sans issue. Mais comment le tolérer sans qu'il perde ce caractère d'exception, sans que la société paraisse l'encourager (J.O. A.N., 1974, p. 6999).

¹⁰⁰ Doit-on réglementer la question de l'embryon par *l'infans conceptus* ? Certains auteurs pensent le contraire. C'est le cas de Catherine LABRUSSE-RIOU et Florence BELLIVIER selon qui nombre de problèmes que posent aujourd'hui les droits de l'embryon et du fœtus humain ne peuvent être résolus au moyen de cette fiction traditionnelle (« Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *RIDC* 2.2002, p. 579 et s.). Cette analyse mérite d'être cautionnée car l'adage *infans conceptus* a pour objet d'accorder la personnalité juridique de façon rétroactive à un enfant, pourvu qu'il naisse vivant. C'est généralement le cas d'un père qui décède en laissant comme unique héritier un enfant à naître. En revanche, la question du statut de l'embryon met en évidence celle de la détermination du pouvoir de l'homme sur une vie en deux.

¹⁰¹ Si les principes édictés lors de cette conférence peuvent être considérés comme de la *soft law*, il n'en demeure pas moins qu'ils ont inspiré le législateur sénégalais.

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

L'article 14 du protocole¹⁰² à la charte africaine relatif aux droits de la femme en Afrique autorise l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus¹⁰³. Ce constat renvoie à la deuxième question que nous nous sommes posée pour dire que peut-être c'est dans ces cas que le législateur sénégalais va admettre l'IVG. Même l'article 35 du décret n° 67-147 du 10 février 1967 sur le code de la déontologie médicale qui autorise l'avortement thérapeutique suscite quelques réserves. Aux termes de cette disposition, les conditions de l'avortement thérapeutique sont la sauvegarde de la vie menacée de la mère. Pour ce faire, le médecin traitant doit prendre l'avis de deux médecins consultants¹⁰⁴. On pourrait se poser la question de savoir quand est-ce que nous sommes en présence d'une vie menacée¹⁰⁵ ? Est-ce aux seuls médecins de décider de l'existence de la menace¹⁰⁶ ? N'y a-t-il pas un risque de mauvaise appréciation d'une « vie menacée » de la mère ?

Dans un second temps, il se pose comme précisé ci-dessus, un problème d'articulation entre les diverses normes internationales d'une part, et entre celles-ci et les normes internes. Comment allier la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant de 1989 et le protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme ? En cas de conflit entre le protocole précité et l'article 7 de la déclaration des droits de l'homme en Islam, qui doit l'emporter ? Comment articuler ledit protocole et l'article 7 de la constitution du 22 janvier 2001 ? Comment articuler l'article 305 du code pénal et

¹⁰² Le protocole est défini dans le traité révisé de la CEDEAO comme « un instrument d'application du traité ayant la même force juridique que ce dernier ». Les protocoles ont, selon l'article 66 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples pour objet de compléter la charte.

¹⁰³ Ce protocole a été adopté en juillet 2003. Il est entré en vigueur le 25 novembre 2005 et le 30 novembre 2005 pour le Sénégal (www.wildaf-ao.org/ft/IMG/pdf/version_francaise.pdf, date de dernière consultation le 21 janvier 2012).

¹⁰⁴ Cette disposition est à rapprocher de la loi en vigueur au Burkina avant 1996. Voir à ce propos F.M. SAWADO, *L'avortement : éthique et droit*, Congrès national de Bioéthique tenu au Burkina du 4 au 7 octobre 1999, p. 6.

¹⁰⁵ Peut-être qu'il s'agit d'une santé en péril ? En tout cas en Belgique (V.Y.H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical, Aspects juridique de la relation médecin-patient*, op. cit., p. 172), la santé s'entend au sens physique et mental du terme, à l'exclusion par exemple d'un état de « détresse sociale ».

¹⁰⁶ Cette question n'est pas dénuée d'intérêt en ce sens que s'il est vrai que la femme peut s'opposer à une décision des médecins d'interrompre sa grossesse, cela ne s'envisage que lorsqu'il n'y a pas extrême urgence ou si le malade peut donner son consentement.

l'article 14 du protocole ? Étant donné que le protocole a la même valeur que la charte, il va sans dire que c'est lui qui va prévaloir sur le code pénal en cas d'interférence. Seulement dans un procès pour avortement, si l'avocat de la personne mise en cause peut invoquer la supériorité du protocole sur les articles 305 et 305bis du code pénal, le ministère public par exemple peut invoquer les dispositions constitutionnelles ou ayant cette valeur.

L'article 305 du code pénal entre également en contradiction avec l'article 15 de la loi de 2005 sur la santé de la reproduction. Au regard de ces précédents développements, on se rend compte de l'existence d'un conflit de normes vertical et horizontal. Si le conflit vertical peut être résolu facilement à cause de l'option moniste¹⁰⁷, tel n'est pas le cas du second. Il y a conflit de normes horizontal « lorsque le juge est amené à l'occasion d'un litige donné qui implique deux ou plusieurs normes de même valeur, à prendre position pour l'une ou l'autre, sans qu'il ne statue sur leur validité¹⁰⁸ ».

On pourrait certainement essayer de résoudre ce conflit en se référant à deux adages bien connus en droit : *lex posterior derogat priori et lex specialis generalis derogant* ; c'est-à-dire respectivement qu'une loi postérieure déroge à une précédente et les lois spéciales dérogent à lois générales. En France, l'IVG répond à des conditions de délai, de lieu et de qualité¹⁰⁹. Ainsi, l'interruption doit avoir lieu avant la fin de la douzième semaine¹¹⁰, elle doit être réalisée par un médecin et avoir lieu dans un établissement public ou privé agréé. Il s'agit des conditions de fond, au delà de celles de forme à savoir des entretiens avec le médecin, la consultation psychosociale et le délai de réflexion.

Le législateur sénégalais protège certes l'embryon, mais du fait de l'existence de certaines questions non encore élucidées nous pouvons dire que cette protection s'avère insuffisante¹¹¹. Cela est peut-être dû au fait que

¹⁰⁷ Le monisme est la situation dans laquelle un ordre juridique global auquel tous les autres sont subordonnés.

¹⁰⁸ V. Rapport de Fabienne PERALDI-LENEUF, Sophie SCHILLER sur « Les conflits de normes. Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes », <http://www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article847>, date de dernière consultation, le 13 octobre 2012.

¹⁰⁹ V. DEPADT-SEBAG, « L'embryon *in utero* », *Les Etudes Hospitalières, Revue général de droit médical*, n° 27, 2008, p. 20.

¹¹⁰ Le délai de dix semaines institué en 1975 par la loi Veil a été porté à douze par la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Le Conseil constitutionnel français a admis la constitutionnalité de cette loi du 4 juillet, Loi Aubry, dans sa décision du 27 juin 2001 (n° 2001-446 DC, IVG II, Dall., 2001, p. 2533 et s.).

¹¹¹ Parmi ces questions non élucidées figurent la définition même de l'embryon. En effet, ni au Sénégal, ni en France, ce concept n'a fait l'objet d'une définition. Tout au

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

lorsqu'on examine les législations relatives à l'IVG, on observe que même les moins permissives à son égard ne font pas du droit à la vie un principe absolu, à protéger coûte que coûte.¹¹² En outre, on note une difficile coordination des normes posées, ce qui contribue au flou du droit¹¹³. La loi de 2005 sur la santé de la reproduction est la traduction de l'avènement en droit sénégalais d'un « droit doux » que P. Amselek¹¹⁴ constatait en France en 1982 et J.B. Auby, quelques années plus tard¹¹⁵. Et pourtant, le législateur sénégalais aurait dû éviter le débat sur la question de savoir si l'embryon est une personne ou une chose¹¹⁶. Il n'est pas inutile de rappeler les termes de cette polémique.

Répondre à cette question en optant pour l'une ou l'autre position est lourd de conséquences. Si l'on considère que l'embryon est une chose cela signifie que l'embryon peut être vendu car l'article 1128 du code civil précise qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions. Prétendre en revanche que l'embryon est une personne signifie qu'il a droit à la vie. Or, en France depuis 1975,

plus, dans ce dernier pays, il y a une circulaire datant du 19 janvier 1995 (*Bulletin officiel du Ministère de la justice*, n° 57 du 31 mars 1995) selon laquelle « il est généralement admis que la période embryonnaire concerne les huit (8) semaines à compter de l'implantation de l'œuf fécondé ». Autre concept flou c'est « l'état de mort cérébrale » prévu à l'article 12 de la loi n° 2009-17 du 9 mars 2009 portant code d'éthique pour la recherche en santé. Comment le profane en recherche biomédicale peut savoir à quoi renvoie cette expression. Pour PROTHAIS (« Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique médicale », *JCP* 1999, I, 129, p. 723) : « le législateur utilise des termes techniques et savants sans même les définir ou des termes très peu précis qui ne peuvent que mettre le pénaliste chargé de leur application dans le plus grand embarras ».

¹¹² F.M. SAWADOGO, *L'avortement : éthique et droit*, op. cit., p. 7.

¹¹³ M.D. MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986, ouvrage actualisé en 2004.

¹¹⁴ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 273. Selon cet auteur, la recommandation est venue se substituer au commandement.

¹¹⁵ J.B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 673. M. Auby observait le reflux des prescriptions juridiques dans la production juridique en expliquant que, dans les textes juridiques de toutes sortes, les commandements assortis d'une menace de sanction, les prescriptions, donc, tendent à céder la place de plus en plus fréquemment à des déclarations d'objectifs, des normes d'orientation, des programmes d'action, soit à un ensemble varié de normes non prescriptives.

¹¹⁶ Le législateur n'a pas non plus précisé ce qu'il fallait entendre par *personne*, *corps humain*, *dignité*. Toutes ces notions s'emploient mais sans pour autant qu'on sache à quoi elles renvoient à défaut de ne pas faire l'unanimité relativement à leur contenu.

l'interruption volontaire de grossesse a été légalisée (loi Simone Veil)¹¹⁷. L'IVG est un avortement provoqué qui n'est pas motivé par des raisons thérapeutiques contrairement à l'interruption médicale de grossesse due à une grossesse mettant en danger la vie de la mère ou à un fœtus atteint d'une maladie grave et incurable.

Toujours en droit français, il faut préciser que la question était de savoir si le fœtus est pénalement protégé au titre des infractions contre les personnes. La Cour de cassation a répondu par la négative et a considéré que l'infraction d'homicide involontaire n'était pas applicable à l'être humain conçu et non encore né au moment des faits, sans distinguer selon le stade de développement du fœtus.¹¹⁸ La juridiction française, en l'espèce, s'est fondée sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Pour le juge de Cassation, on ne parle d'homicide involontaire que lorsque l'être humain est né.

Une question nous taraude l'esprit : le juge suprême français considère-t-il l'embryon comme une chose ou une personne ? Y a-t-il une différence entre être humain et personne ? Il semble qu'il faille répondre par l'affirmative étant entendu que la protection d'un être humain n'est pas un critère suffisant pour faire de lui une personne. On peut citer à titre d'exemple les esclaves dans l'ancienne Grèce qui étaient considérés comme des choses, mais leur maître ne pouvait les tuer impunément.

Au-delà du juge français, le comité consultatif national d'éthique a, dans son avis de 1984, qualifié l'embryon et le fœtus humain de « personne potentielle ». Cette notion a été jugée ambiguë. Par cet avis, le comité cherchait à éviter que les fœtus morts ne soient pas traités comme des déchets opératoires mais autant que possible comme des cadavres¹¹⁹. Malgré cette noble intention, la déclaration du comité a été jugée insuffisante car l'expression « potentiel » est définie dans le *Littré* comme « en puissance,

¹¹⁷ Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 15 janvier 1975 (n° 74-54 DC, Interruption volontaire de grossesse, GDCC, n° 23) consacre la conformité à la constitution, notamment à l'alinéa 11 du préambule de la constitution de 1946 de la loi Veil instaurant l'IVG de détresse dans les 10 semaines de la grossesse. Quant au Conseil d'Etat français, il a estimé (CE, Ass., 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, *Rec.*, 369, *RFDA*, 1990, p. 1065), il prétend que si l'article 2 CEDH intéresse l'enfant à naître, la législation permettant l'IVG de détresse n'était pas incompatible avec ses dispositions. La Cour de cassation abonde dans le même sens à propos de délits d'entrave à l'IVG (Crim., 27 nov. 1996, Dubreuil et a., *Bull. crim.*, 1996, n° 431). Pour de plus amples informations, Voir Michel LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 2006, Collection Droit et justice, n° 68, p. 115.

¹¹⁸ Cour de cassation Chambre criminelle, 30 juin 1999, *Bull.* n° 174, p. 511.

¹¹⁹ Catherine LABRUSSE-RIOU et Florence BELLIVIER, *op. cit.*

Le législateur sénégalais face à la bioéthique

virtuel, par opposition à effectif ». L'enfant conçu serait entre le néant et la personne humaine.¹²⁰ La situation décrite ci-dessus est la manifestation d'un conflit des droits de la personnalité avec d'autres. La résolution de ce conflit consistera « à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un *critérium* social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable¹²¹ ».

*

* *

Au regard des développements qui précèdent, on se rend compte que les lois bioéthiques mettent en exergue des questions fondamentales qui concernent tout un chacun. De même, elles relancent le débat sur le rôle du juge constitutionnel en matière de droits fondamentaux¹²². Malheureusement, le législateur sénégalais tarde à mettre en place une véritable législation adaptée aux questions de l'heure.

Ministre français de la Santé d'alors, Mme Veil disait : « En préparant le projet qu'il vous soumet aujourd'hui, le Gouvernement s'est fixé un triple objectif : faire une loi réellement applicable, faire une loi dissuasive, faire une loi protectrice¹²³ ». Les lois prises par le législateur sénégalais obéissent-elles à ces objectifs ? Il est vrai que quand on voit des personnes incarcérées pour avortement, on peut dire que la loi est applicable, voire dissuasive. En revanche, le nombre de femmes qui avortent clandestinement est important et il n'est point besoin de statistiques pour le savoir. Cela nous pousse à être réservé quant à l'application de la loi. De même, vu le flou qui entoure les prescriptions du législateur sénégalais, on peut dire que la loi apporte une protection insuffisante à la femme et à l'embryon.

¹²⁰ Gérard MEMETEAU, « Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique (prélèvements sur embryons et fœtus) », *JCP* 1985 I 3191. M. Mémeteau cite le professeur Jordens : « de quelles étranges espèces animales serait ce nouvel être pourtant nanti de caryotype propre à l'espèce humaine ? A quel moment aurait lieu le passage d'une espèce à l'autre ? »

¹²¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd, 1932, Sirey, t. II, p. 167, n° 178.

¹²² N. LENOIR, « Eléments de réflexion sur le droit comparé : les juges constitutionnels et la bioéthique, entre audace et prudence », *op. cit.*, p. 365.

¹²³ « Simon Veil, citée par Monique Drapier, La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dix ans après : histoire d'un compromis », *RDP* 1985, p. 444.

A notre avis, le débat sur les questions bioéthiques doit s'étaler dans le temps et dans l'espace¹²⁴. Il prendra certes le temps qu'il faudra ; mais il s'impose tout de même. D'ailleurs, ce ne sera pas la première fois puisque l'adoption du code de la famille s'est faite sur une période de douze ans et des commissions chargées de réfléchir sur la question ont été instituées. Rien n'empêche donc de reproduire le même *scénario*. Ce débat est celui des juristes, des sociologues, des religieux, des médecins ; en somme de tout citoyen. Et pour lui donner une ampleur considérable, toutes les voies de communication doivent en être le relais.

Il convient de retenir que le développement des techniques donne au médecin une puissance merveilleuse et salvatrice, mais puissance qui va doubler chaque problème technique d'un problème moral et contraindre à repenser chacun des nouveaux gestes d'audace¹²⁵. Le législateur est en tout cas interpellé mais saura-t-il méditer sur cette assertion de Portalis : « il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce, s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir¹²⁶ » ?

¹²⁴ M. GOBERT, « Biologie et Droit », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, *op. cit.*, p. 143. En France, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal devrait être examinée à nouveau par le Parlement dans un délai maximum de 5 ans après son entrée en vigueur, par suite d'une évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Finalement, cette révision est intervenue en 2004, avec la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique.

¹²⁵ Jean Hamburger cité à la page 81 des Travaux de l'ASTS, *op. cit.*

¹²⁶ PORTALIS, *Discours préliminaire*, FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. I, p. 465.

DIRE LE DROIT OU LA RE CRÉATION DE LA PAIX EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE

**par Séraphin Néné Bi Boti,
enseignant-chercheur, Université de Bouaké**

La re-crédation de la paix en Afrique noire traditionnelle

Ce sujet, malgré les apparences, révèle la profondeur des sociétés traditionnelles, regorge de ressources pour la stabilité des sociétés contemporaines dont le droit positif ne fonctionne hélas que comme une sorte de verni masquant l'essentiel de ces sociétés traditionnelles. L'avenir de l'Afrique dépend de sa capacité à prévenir, à gérer et à résoudre les conflits, à rétablir la paix sociale et à la maintenir. La présente étude, faut-il le préciser, n'a pas la prétention de montrer une initialité impensée, attendu que non seulement la paix mais aussi l'Afrique noire traditionnelle ont déjà fait l'objet d'une profusion d'essais.

Aussi, mon propos est-il de revenir à cette question, mais en l'abordant de biais, par le détour d'une grande tradition de paix qui s'est développée en dehors du cadre indo-européen : l'Afrique traditionnelle. Non pour chercher en Afrique noire traditionnelle une solution aux impasses qui seraient les nôtres ; mais plutôt pour désenliser la question, grâce au décalage opéré, simplement en le faisant changer de terrain : sous l'effet réactif de la confrontation, en l'exposant à d'autres configurations, je souhaite lui ouvrir de nouvelles possibilités et le remettre en mouvement. Et comme, sur ce point, on peut repérer d'emblée une communauté d'expérience et d'enjeu, la rencontre se noue directement, entre le présent et le passé... Le passé, ici, sert à rouvrir ; il sert à prendre du recul, à penser du dehors. Il n'est pas un grand tiroir de plus à inventorier mais devient un outil théorique. Il sert à reprendre pied dans la paix. Et si je pars délibérément de si loin, ce n'est pas par désir d'exotisme, ou pour le plaisir de la comparaison, mais pour retrouver une marge de manœuvre : me trouver dégagé, en bénéficiant d'un nouveau départ, de tout ce qui, à proximité, a fini par brouiller la question et la rend insaisissable » (JULIEN, 1995 : 7)

Elle a été conçue pour répondre à un certain nombre d'interrogations soulevées à travers le monde par le règlement des conflits en Afrique. Depuis des années, le continent est déchiré par des conflits inter-États, intra-État, ethniques, religieux et aussi par des conflits relatifs aux ressources. En effet,

l'Afrique, est ce continent meurtri, chosifié plusieurs siècles durant, dont les pays sont dominés et les peuples sont désespérés, en proie au doute et ayant souvent perdu confiance en eux-mêmes du fait d'un passé récent douloureux et d'un présent très sombre (ASSI, 1992 : 481) ? La réponse opère un certain recul historique en abordant l'épineuse question des origines des conflits mais aussi de leur règlement à partir des repères historiques car, « c'est dans le passé que l'on trouve sa force, sa cohésion présente, sa moralité présente ». Mais plus encore, l'on trouve dans le passé le stimulant à travailler pour l'avenir et à maintenir son intégrité.

Aussi est-il « urgent en Afrique de connaître l'ancien pour servir le nouveau, [...] de mettre en lumière certaines de ces matrices culturelles africaines, d'où peuvent sortir demain des façons de vivre, des intelligences du destin » (ZIEGLER, 1979 ; 23). L'Afrique, en effet, est un grand répertoire de formule sociale et culturelle, apte à nourrir la science sociale générale. Car « le passé du continent africain est riche en exemple prouvant l'aptitude de ses peuples à la création de civilisations très solidement structurées » (BACHELET, 1968 : 82) Ensuite, parce que « tout notre progrès découlera de la connaissance parfaite de notre propre histoire » (DADIE, 1979 : 58).

Notre étude se fera dans le cadre restreint des sociétés ivoiriennes. Car comme le dit le proverbe « Qui trop embrasse mal étreint ». L'Afrique ne forme pas en effet, un ensemble homogène. Elle est riche de ses diversités, celle que la géographie, de l'histoire et de l'étude des civilisations nègres (en particulier) manifestent : les populations africaines sont très variées. La diversité des populations africaines est le résultat de sa diversité géographique et de sa longue préhistoire. L'étude s'est construite autour de deux axes : Le premier se veut une brève présentation des moments et des acteurs de la résurrection de la paix (I) ; le second sera consacré à la continuation de la paix (II).

I – Le processus d'exhumation de la paix

Fonder la paix, ce n'est pas en fixer des principes, mais établir sa légitimité possible. Dire au nom de quoi elle est justifiée... Par processus d'exhumation de la paix, il faut entendre les actes et les procédures mis en branle pour faire cesser toutes hostilités et rétablir un climat de cohésion, de tranquillité, d'harmonie et de bien-être social individuel et collectif. Ces actes et procédures se réalisent par l'auto-saisine du sacré, des hommes de prestiges, des alliances et par le rituel judiciaire.

Dire le droit ou la re création de la paix

A – L'auto-saisine du sacré

Par auto-saisine du sacré, je voudrais indiquer tous les signes, toutes les manifestations de souffrance énigmatique circonstancielle ou prolongée que subit une personne après la commission d'une infraction, ou qui nourrit la volonté de la réaliser. Pour être considéré comme auto-saisine du sacré, cet ensemble d'expressions de la douleur doit toujours se manifester devant témoin ou donner lieu à une confession publique pour couvrir l'auteur d'opprobre ou pour que de forts pèsent sur lui (LEGRE, 2010). Il en découle que l'auto-saisine du sacré fonctionne comme une méta-sanction ou révélateur pour faciliter la collecte des faits répréhensibles contre un délinquant.

Enumérer toutes les manifestations de l'auto-saisine du sacré serait une véritable gageure. Car liées aux valeurs culturelles de chaque civilisation africaine ; elles varient selon la lecture des douleurs ressenties par le victime. Néanmoins quelques-unes servent de dénominateurs communs à plusieurs civilisations africaines. Le sacré ne sera dessaisi qu'après l'accomplissement de certains rituels. Les rites et rituels s'adressent en effet à la fois à la réparation des fautes connues ou inconnues et à la neutralisation de la sanction¹.

B – les pacificateurs

Qui sont-ils ? Quelles sont leurs méthodes ? Et quels sont leur champ d'action respectif ? Le principal attribut du pacificateur est le rejet de la violence comme moyen pour atteindre ses objectifs. La fonction de pacificateur dans la société traditionnelle nécessite des qualités particulières : âge, sagesse, connaissance des coutumes et de l'histoire des groupes vivant dans un territoire déterminé. Le pacificateur doit, par-dessus tout, faire preuve de neutralité et d'objectivité. Le pacificateur doit avoir l'entière confiance des protagonistes qui, par leur motivation à enterrer la hache de guerre, l'encouragent dans sa tâche délicate.

En tant que communicateur, le pacificateur doit être éloquent (maître de la parole), et avoir une connaissance parfaite des proverbes et adages qui sont

¹ Le rituel, aux yeux du négro-africain, est l'emploi de techniques pour utiliser certaines forces de l'univers et du monde physique afin de résoudre des problèmes de survivance : unir le groupe, résoudre les conflits, régénérer la collectivité, maîtriser les aléas du temps. Il juge ces moyens naturels, voire rationnels. Il admet que toutes les techniques reposent sur la causalité ; les effets obtenus lui apparaissent naturels, même s'il n'arrive pas à les expliquer.

des facteurs valorisants de son discours² et surtout les mythes fondateurs de la société³. Dans cet exercice trilatéral délicat, le pacificateur avisé opère de façon à la fois circulaire et cumulative. Avec pondération et discrétion, son objectif est d'offrir une alternative au conflit en trouvant un compromis honorable, préservant les intérêts majeurs et surtout l'honneur de chacune des deux parties. Ce qu'il importe de souligner également, c'est la diversité des stratégies utilisées.

1 - Le chef de terre

Le chef de terre est celui qui s'est installé le premier sur la terre et autour duquel les autres sont venus s'installer. Le chef de terre est avant tout, celui qui est partie au pacte avec le sol, c'est-à-dire l'homme de l'alliance primordiale avec les forces telluriques et les esprits fertilisateurs du sol. Le *chef de terre* (ou son descendant) sacrifie à la terre du village et invoque les ancêtres. Il est soumis à plusieurs obligations et protégé par de nombreux interdits. Homme d'autorité, homme de paix, le *chef de terre* veille à la concorde et à la justice dans la communauté : par sa présence, il fait cesser une querelle ; par sa parole, il réconcilie les adversaires ; par des sacrifices, il répare les fautes qui menacent la terre de stérilité.

Au total, le *chef de terre* n'a que des fonctions strictement cultuelles. Il convient de l'assimiler à un prêtre, un intercesseur, un médiateur entre les forces surnaturelles et la société des hommes, car « il est tout à la fois, le symbole vivant de l'alliance religieuse avec la terre comme entité spirituelle et de l'unité de la communauté territoriale dans sa triple dimension passée, présente et future. Il est celui en qui s'unissent solidairement communauté de

² Parler en proverbe relève par conséquent de la connaissance profonde de la culture globale de la société pour circuler intellectuellement dans tous les territoires du savoir, et y puiser l'expression idoine (NÉNÉ BI, 2005 : 139).

³ Le mythe est inséparable du langage et comme logos, mythos signifie à l'origine parole, discours. Mythos constitue le discours de la compréhension subjective singulière et concrète d'un esprit qui adhère au monde et le ressent de l'intérieur. Le mythe est « un mode de pensée sémantiquement autonome à quoi correspond son propre monde et sa propre sphère de vérité » (Cassirer, 1972). Mais quels sont cette pensée, ce monde, cette sphère de vérité ? Pour Cassirer, le mythe est une forme symbolique autonome. En fait, le discours-récit du mythe comporte des symboles, en produit, s'en nourrit. Le mythe porte en lui une forte présence singulière et concrète ; il exprime des relations analogiques et hologrammatiques ; il contient un *coagulum* de sens ; il peut contenir une vérité cachée, voire plusieurs niveaux de vérité, les plus profonds étant les plus occultes ; il résiste à la conceptualisation et aux catégories de la pensée rationnelle / empirique ; enfin comme le symbole, le mythe exerce une fonction communautaire, et, plus encore, on peut se demander si une communauté humaine est possible sans ciment mythologique (MORIN, 1986 : 158-159).

Dire le droit ou la re création de la paix

sang et communauté de sol ; en qui fusionnent les deux sources complémentaires de la vie, la parenté et la terre : en lui, la parenté se territorialise et la terre se parentalise ; médiatisant l'ici-bas et l'au-delà. Il représente à la fois l'ancêtre fondateur et le lien de fondation, ce nombril de la terre, qui donne naissance à une vie commune, partagée par des descendants et alliés, et unissant les compagnons d'âge et d'initiation, les proches, ceux qui portent les mêmes interdits » (NÉNÉ, 2005 : 152-154).

2 - Le neveu du village

Le neveu joue un rôle très important. Il est l'envoyé spécial, l'émissaire. Il est l'un des instruments essentiels, dans le rétablissement de la tranquillité, de la cohésion sociale, de la paix. Le neveu peut sans risque se rendre dans les villages de ses père et mère mêmes ennemis. Les neveux utérins étaient tous indiqués pour jouer le rôle d'émissaire, car de part et d'autres, ils jouissaient de privilèges importants ; et verser de son sang constituait en particulier un acte hautement grave susceptible d'entraîner des calamités. Son rôle est de faire régner la paix entre les villages de ses parents. Il ne peut prendre les armes contre l'un de ses parents. En particulier contre le village de sa mère. En dehors du neveu, d'autres émissaires existent : les esclaves émancipés, les fils, etc.

3 - Les détenteurs de culte

Ce sont les membres des sociétés secrètes et les masques. Les derniers, apparaissent souvent dans les cérémonies funéraires et autres adorations. Au cours de ces cérémonies, le masque réaffirme à intervalles réguliers, la vérité et la présence des mythes dans la vie quotidienne, rappelle les événements qui se sont produits à l'origine et qui ont abouti à l'organisation du monde et de la société. Il est donc éducateur, pédagogue. Il conjure également le sort, donc agit pour préserver la communauté des calamités, des malheurs ; il est également chargé de rétablir l'équilibre rompu. Ce rôle participe de la fonction politique qu'il remplit. C'est ainsi que le *dze*, masque gouro de Côte d'Ivoire, pour faire cesser des combats ou éviter la reprise de combats entre des protagonistes, allait s'asseoir en silence sur le lieu de combat. Dans d'autres cas, des cas particulièrement difficiles où les parties en conflit sont alliées et risquent de ne plus l'être, le masque devenait le juge suprême. Il prononce des jugements à cet effet.

C – les pactes d'alliance

Les conventions impliquent inévitablement la responsabilité de toute la collectivité. Chez les Akié, la convention s'appréhende encore comme « l'accord des bouches entre deux sociétés », c'est-à-dire l'expression de la

parole donnée non pas entre deux individus mais deux collectivités. Cela implique également le caractère solennel des conventions qui, au demeurant, se réalisent en un lieu dont la fonction se ramène à inclure tous les membres de la communauté dans la conclusion des contrats. Ce lieu peut être la cour du chef ou la place publique ; il fonctionnera comme une structure judiciaire en cas de conflits. (Legré 1996).

Les alliances à plaisanterie sont des institutions qui autorisent l'inversion sociale permanente pour prévenir la subversion au sein d'une communauté, et surtout contenir tous les facteurs conflictuels entre les différentes communautés à l'échelle d'une vaste aire culturelle. Elles fonctionnent à partir de la plaisanterie, la dérision, les moqueries. D'où l'appellation « alliance à plaisanterie » qui caractérise les relations intercommunautaires des sociétés négro-africaines. Comment s'établissent-elles ? Quels sont les moyens qu'elles impliquent dans le dénuement des conflits intercommunautaires ?

- L'établissement des alliances à plaisanterie

Les alliances à plaisanterie s'établissent soit à partir d'un pacte de sang entre deux ou plusieurs communautés, soit par un sacrifice rituel à la frontière de deux communautés auparavant en relation conflictuelle. De ce qui précède, l'institution des alliances à plaisanterie implique un espace déterminé (une frontière ou souvent un carrefour). Elle renvoie à la symbolique de la métamorphose à travers l'autre, c'est-à-dire de l'interconnexion où s'opèrent des articulations sociales. L'alliance est par conséquent adjonction obligée pour la re-crédation, la re-naissance par/dans l'autre. Cette récréation élargit l'espace des alliés qui, au demeurant, enrichissent leur champ d'action. Ils n'ont plus une voie, un espace, mais autant de voies, de territoires relevant de leurs patrimoines réciproques. De là, suit la dimension ontologique de l'alliance qui dans sa finalité se ramène à la parenté, à la famille.

Certaines alliances à plaisanterie attribuées à des forces surnaturelles se passent de l'intervention des hommes, ce qui ne leur confère pas moins une puissance redoutée par les communautés qui s'y impliquent. Dans tous les cas, cette institution fonctionnera à la fois comme le *Molimo* des Pygmées, un tribunal intercommunautaire en cas de contestation d'une convention, un pouvoir religieux pour rechercher des criminels. Autrement dit, l'alliance à plaisanterie résume les multiples fonctions que voient ses moyens d'action finalisés dans le rire, la détente, dans une situation sociale tendue.

Dire le droit ou la re création de la paix

- Les moyens d'action des alliances à plaisanterie

Les alliances à plaisanterie utilisent deux types de moyens : la parole cathartique et les représailles économiques.

La parole cathartique : la parole cathartique des alliances à plaisanterie se ramenait aux insultes adressées aux belligérants. Il s'agissait de nier leur personnalité, les ravalier au rang d'esclaves ou d'animaux pour que se produise l'effet inverse escompté par la plaisanterie, à savoir rétablir l'ordre, c'est-à-dire ramener à l'état positif les rapports de personne à personne et de groupe à groupe... « En d'autres circonstances, une semblable guerre de mots, un même désordre de la parole servent de substituts (ou simulacres) apaisants aux affrontements et aux désordres réels, ils contribuent à les contenir en les relâchant fictivement ».

Les représailles économiques : les représailles économiques étaient de deux ordres. L'arrêt de toutes les activités économiques en empêchant tous les membres de la communauté d'entreprendre des travaux champêtres et le massacre des animaux domestiques pour appauvrir les belligérants.

Dans les deux cas, les représailles économiques visent essentiellement à détruire le nerf des guerres, et surtout les moyens d'interventions rituelles dans toutes les cérémonies traditionnelles. Il s'agit d'établir indirectement un rapport entre les pertes occasionnées par les représailles économiques et la dette que refuse de payer la communauté. Car cette action n'intervenait souvent que dans le cas du refus d'exonérer ses obligations.

Phénomènes sporadiques mais en veilleuse, les alliances à plaisanterie constituaient des relations inextricables liant doublement les individus : à leur communauté d'origine et à tous les alliés appartenant à d'autres aires culturelles. Ainsi un allié refuserait de verser le sang d'un autre, de tirer sur lui, de témoigner contre lui. Ce qui signifie qu'à l'échelle de plusieurs aires culturelles existaient des réseaux de solidarité. Ces vastes réseaux d'interaction géraient les conflits, absorbaient l'individu.

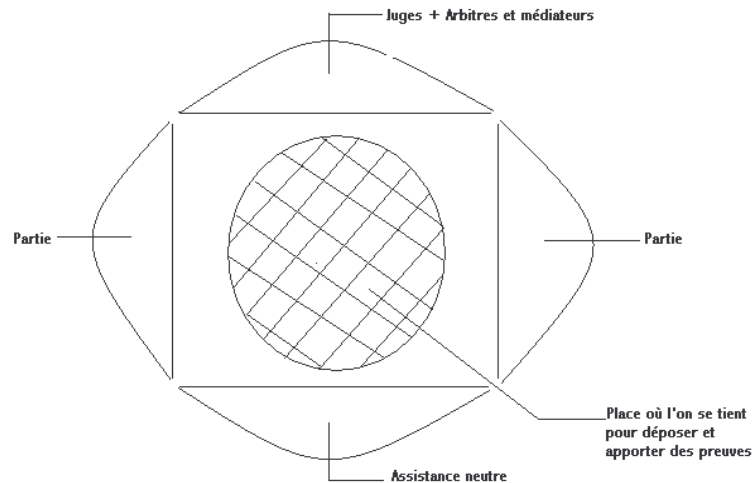
Notons qu'il y a plusieurs types d'alliances : d'une part les alliances de paix faibles (on nomme « alliances » de paix faibles les traités fondés soit sur le sacrifice et l'inhumation d'un animal, soit fondés sur le sacrifice et la consommation de l'animal), d'autre part les alliances de paix fortes (la différence entre les alliances de paix faible et les alliances de paix fortes réside dans le fait qu'en lieu et place de l'animal, c'est une *personne* qui est sacrifiée (comme chez les Noyo, les Adjukru, les Alladjan, les Abidji). En général les victimes sont des esclaves), enfin les alliances de guerre (l'alliance de guerre est celle qui rapproche des villages ou des peuples aussi bien pour la normalisation des relations conflictuelles, que pour la procédure conciliatoire, elle rapproche aussi pour la défense contre les ennemis extérieurs. Ce sont des alliances de paix et de non-agression).

D – Le rituel judiciaire

Puisque la vie s'exprime à la fois par le dynamisme et l'équilibre des forces, le juge intervient chaque fois qu'il y a désordre ou menace de désordre.

1 - Les autorités judiciaires

Les tribunaux d'autrefois correspondaient à chacun des groupements institués. Ainsi, à la famille correspondait le conseil de famille, au village et à la tribu, respectivement le conseil de village et le conseil de la tribu.



Configuration d'un tribunal traditionnel

On retranspose l'autre. Clan face à l'autre clan, quartier face au quartier adverse, village à l'opposé du village ennemi. La présence de l'assistance neutre s'explique par le fait qu'aucune affaire concernant une partie du corps social ne laisse indifférent les autres parties du corps. La place des preuves autour de laquelle est disposé tout le monde se présente comme un exutoire des conflits, et le ciment de l'unité de la communauté. Car là, sera dénouée l'affaire et vaincu le mal, les forces de la division.

Chacune des parties est en communication permanente avec les juges par le biais de son porte-parole. Mais les parties ne se communiquent jamais au cours du procès. Le plaignant et l'accusé ne parlent pas directement aux

Dire le droit ou la re création de la paix

juges sauf s'ils y ont été autorisés. Ils s'adressent donc à ces derniers par le biais de leurs représentants respectifs.

2 - La procédure judiciaire

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

- En ce qui concerne le consanguin
- . La saisine et la convocation des parties

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

Lorsque l'affaire intéresse deux *familles restreintes* (*foyers*), mettant à mal l'unité du lignage, le *sui juris* s'auto saisit et convoque toutes les *familles restreintes* pour régler l'affaire. La comparution volontaire des parties sur convocation est la seule règle valable. L'unité de la famille est le premier bien. Une famille divisée va nécessairement à sa perte. De là, la nécessaire réconciliation des membres de la famille quand, pour une raison ou une autre, il leur est arrivé de s'opposer.

En faisant entrer les justiciables dans le cercle judiciaire familiale, le juge remplit sa fonction de dissolvant des tensions, de mise à l'épreuve physique et spirituelle des justiciables. Puisque la famille fonctionne comme un organisme soudé par l'origine, source de l'énergie vitale que porte chaque membre de la famille. Ainsi, verser le sang d'un membre de la famille revient à verser le sang de toute la famille. Car « le crime de sang, se définit comme une malédiction de la société et une perte de son propre sang. Ce n'est pas seulement la victime qui perd son sang mais également le criminel et toute la famille. En effet, selon la tradition, tous les membres de la même famille portent dans leurs veines le sang primordial qui circule harmonieusement dans leur corps » (LEGRÉ, 2010).

Lorsque c'est un membre d'un lignage qui a à se plaindre d'un membre d'un autre lignage du village, il saisit le *sui juris*. Si c'est une femme, elle saisit son mari qui à son tour saisit le *sui juris*. C'est seulement ce dernier qui saisit le *chef du village* qui par le *crieur public* fait convoquer l'autre partie et selon la gravité de l'affaire, tout le village ou non est invité à assister aux débats.

Lorsque l'affaire intéresse deux ou plusieurs villages, c'est par le « tambour parleur » que les villages environnants sont informés de la tenue de la palabre. Des émissaires sont envoyés dans les autres contrées plus éloignées. La palabre se tient toujours en un lieu chargé de symbole : sous un préau consacré à cet effet, sous un arbre, à la place publique, près d'une colline, d'une grotte. Tous ces endroits sont marqués par le sceau de la sacralité. La date de la palabre n'est pas laissée au hasard ; elle doit correspondre à un moment propice déterminé par les devins.

En principe, la palabre, l'audience sont ouvertes à tous ; ce qui fait d'elles un cadre d'expression sociale et politique de grande liberté. Parfois, pour des raisons de confidentialité, ou pour préserver l'honneur de l'accusé, ce dernier est convoqué discrètement pour être entendu. S'il avoue ses transgressions, l'accusateur est informé en vue de trouver un point d'accord. S'il nie tout, alors l'audience devient publique. D'autres fois, ce sont les jeunes gens et les femmes qui sont exclus de la palabre. Et les débats ont lieu entre hommes.

. Les débats et l'administration des preuves

Dans le schéma précédent, nous avons montré la disposition du tribunal. C'est au centre du cercle que se déroulent les débats et que sont administrées les preuves. Au cours de la palabre, le silence est ordonné et les « faiseurs de paix » présentent les parties en conflit, les amènent à s'expliquer. La parole commence à être distribuée selon un protocole établi. On observe en effet une hiérarchie et un protocole dans l'intervention des principaux acteurs. Le pas est cédé aux personnalités reconnues pour leur expertise dans le domaine des traditions historiques, du droit, de l'ésotérisme. Dans la palabre, les vieillards, symbole de sagesse jouent un rôle privilégié. Leur éthique et divers tabous liés à leur âge, leur interdisent des positions partisans, et les invitent plutôt à la pondération et au compromis.

La parole dépensée au cours de l'audience n'est pas ordinaire ; elle est riche, puissante, fondée sur la somme d'expériences vécues et conceptualisées par la société : proverbes, paraboles, contes, généalogies, mythes d'où se dégagent des leçons, des mises en gardes et des recommandations prônant la pondération, le compromis et la concorde. C'est pourquoi, le meneur de débat doit être éloquent et d'une grande érudition dans le domaine de l'histoire et du droit coutumier. Sa parole est souvent

Dire le droit ou la re création de la paix

ésotérique et sous forme de paraboles ; elle revêt des allures à la fois symbolique et rythmique.

La palabre est une affaire de longue durée et le circuit toujours compliqué des débats invite à la patience. Outre la parole, il y a toute une symbolique de gestes ritualisés⁴, des silences lourds de signification, tout cela étant l'expression d'une éducation et d'une culture fort élaborées. En effet, la parole n'est efficace et ne se valorise pleinement qu'à condition d'être enveloppée d'ombre. La palabre n'a pas pour finalité d'établir les torts respectifs des parties en conflit et de promouvoir des sentences qui conduisent à l'exclusion et au rejet. Elle apparaît plutôt comme une logothérapie qui a pour but de briser le cercle infernal de la violence et de la contre violence afin de rétablir l'harmonie et la paix.

Après la déposition des parties, l'affaire est mise en délibérée ; les juges se retirent dans un endroit (une case), un lieu consacré pour repenser en secret les déclarations, apprécier les torts, arrêter un verdict qu'ils prononcent, l'assortissant de déclarations morales et politiques. Mais, si les juges estiment (ou si l'une des parties estime) que la confrontation n'a pas éclairée leur lanterne, ils peuvent en appeler au tribunal spécial des masques où le secret des plantes et l'ordalie sont les principaux modes de preuves.

- En ce qui concerne l'extraconsanguin

Les infractions commises par les allogènes mettent souvent en péril la coexistence des deux communautés, surtout si elles se caractérisent par des crimes de sang. Mais, l'intensité des conflits est plus liée aux tentatives de ruptures du pacte d'intégration. L'intentionnalité des allogènes se traduit par l'occupation illicite des terres et la transgression des croyances des autochtones. Les autochtones menacés dans leur existence naturelle et leurs croyances auront pour défense, le rituel judiciaire axé sur l'expression symbolique de leur antériorité historique. Car de telles infractions

⁴ Au cours d'un procès en pays gouro et agni, il est interdit aux porte-paroles des parties de parler avec la main gauche même s'ils sont gauchers. Car le faire c'est manquer de respect. Seules les personnes éminentes parmi les *juges* peuvent le faire : c'est un signe d'autorité. Cependant ceux-ci s'abstiennent de le faire le plus souvent. Il est également interdit sauf pour les juges de croiser les pieds ou de porter un chapeau. A côté de ces gestes interdits, il existe des gestes pour exprimer ou accompagner le pardon, la réconciliation des parties. Ainsi la gèneuflexion ou la main droite dans la paume gauche qui symbolisent le pardon sont utilisés pour renforcer le discours de conciliation, pour épauler la bouche dans la quête de l'obtention du pardon. Lorsque le pardon est accepté, les deux parties sont invitées à s'étreindre devant l'auditoire signe que l'affaire est réglée. En ce qui concerne les affaires d'adultère, le mari et l'amant boivent dans la même coupe et mangent dans le même plat pour montrer aux yeux de tous que l'affaire est réglée.

disqualifient les mythes et légendes de fondement. Les infractions, sus indiquées, provoquent donc le dysfonctionnement global de la société en déstructurant son essence et son existence. La remise en cause des supports identitaires du groupe implique la quête d'unité non plus seulement dans la consanguinité mais dans l'histoire.

. La saisine du conseil et la convocation des parties

La citation directe faite à l'accusé (ou prévenu) émane du crieur public

. L'audience et les débats

L'audience est publique. Le conflit avec les allogènes devient prétexte pour replonger l'assistance dans les fondements, réintroduire dans l'espace réduit du procès l'immensité du passé. Les fondements surévaluent par conséquent le prix des alliances d'établissement, de conquête des terres. Le juge s'implique dans l'histoire pour mettre en parallèle les fondements et le conflit ; il exhume discursivement les souffrances des autochtones pour minimiser les prétentions des allogènes. Les moments mythiques invoqués par le juge renouent la communauté avec les divinités telluriques. Il ressoude discursivement les brèches provoquées par le conflit.

Ainsi, le ciment mythique non seulement renforce l'unité du groupe, mais réhabilite le sacré disqualifié par la partie adverse. La lumière lointaine des mythes est destinée à l'éclairage des allogènes aveuglés par le conflit. L'histoire anthropomorphisée se substitue au juge pour interpeller les allogènes dont l'histoire se subordonne à celle des autochtones. Le challenger des allogènes n'est plus le collège des juges des autochtones, mais le sacré, l'histoire anthropomorphisée. Or le support matériel et l'habitable de ce sacré est la terre dont l'invocation permanente joue sur les croyances, ébranle psychologiquement les allogènes qui vivent également de cette terre et peut-être aussi dans cette terre après la mort. Toutes les structures socio religieuses se mettent ainsi en mouvement pour aboutir à la finalité d'une sentence par l'intermédiaire des nombreux réseaux du circuit juridique et para juridique.

3 - Les sentences

« La sanction, telle que nous la définissons, est liée à la nécessité de subordonner les comportements individuels aux normes sociales dans les sociétés où ces deux dimensions sont considérés comme distincts et particulièrement antagonistes (ITEANU, 1986 : 159). En droit traditionnel, elle est plurielle. En effet, la répression n'est pas envisagée seulement sous l'angle de la protection sociale. Il s'agit aussi avant tout de se protéger contre la colère des dieux, un crime non sanctionné devant entraîner nécessairement

Dire le droit ou la re création de la paix

maladies, épizooties ou sécheresses. La réparation du préjudice subi par la victime apparaît alors comme un problème nettement secondaire.

La sanction se subdivise en différentes catégories. Dans la société traditionnelle, il y a des rapports de consanguinité et d'extra-consanguinité. La sentence varie pour le même délit selon qu'on est esclave, allié, étranger ou membre du groupe. Lorsque le délinquant est membre du groupe : les rites et rituels de supplices tendent à « re-hominisé » le délinquant non encore absorbé entièrement par le mal anthropomorphisé c'est-à-dire qui n'a pas atteint le seuil de non-retour.

Dans le cas de l'étranger, de l'« extra-consanguin » : premièrement, la société procède à un rituel identitaire avec ses fondements. Le crime de l'étranger, revêtant une double figure monstrueuse, provoque une réaction de cruauté qui s'accroît avec des précédents, des conflits historiques antérieurs à l'infraction. En second lieu, le « victimaire » ne symbolise pas que le mal, mais l'expression réduite de sa communauté. Son crime est le crime de sa communauté. La gravité de la peine dans ce cas se justifie par la dualité ontologique du délinquant qui, à travers son origine, véhicule une double infraction, le mal qu'il incarne et son transfert dans une communauté étrangère à la sienne.

Les fonctions des sentences : la sanction que prend le juge des conflits de famille au terme de débats contradictoires, ne disloque pas, ne dissocie pas la société mais relie, réunit, ressoude la famille, la réconcilie avec ses fondements. Bien sûr, les crimes de sang répétés traduisent l'impuissance de la famille à déloger le crime du corps du criminel, ils entraîneront son exclusion. Même dans ce cas d'espèce, la famille vit cette exclusion, ce bannissement comme une amputation, une mort partielle de l'organisme familial. Les sévices corporels ont pour finalité d'extraire du corps du délinquant le mal. Car pour le Gouro, le victimaire est agi, il n'agit pas. Il est instrumentalisé par des forces qui transcendent son corps. Par le supplice, l'on procède à une « vaccine » pour vaincre le mal supposé anthropomorphisé qui se sert du délinquant comme médium pour s'établir dans la communauté. Ainsi, le supplice est, semble-t-il, une institution d'auto épuration. La peine de mort et le bannissement éliminent définitivement le délinquant et protège la société contre ses agissements. Lorsque quelqu'un était banni, l'on effaçait sur le sol ses empreintes afin que la terre ne le reconnaisse plus comme un des siens.

La sanction permet également l'amendement du délinquant, sa conversion, donc la transformation de sa conduite. En outre, elle dissuade d'autres personnes. En effet, l'exemple d'un délinquant puni décourage les éventuels candidats à la délinquance. L'assainissement de la société par la sanction à travers certaines prescriptions telle la torture, pour la société

négro-africaine dont le centre de gravité, nous l'avons montré, repose sur le sacré, consiste à mettre à contribution pour purifier, semble-t-il, le corps social. Voilà pourquoi torturer, quand se produit un acte antisocial, se ramène à la prise d'un bain rituel collectif nécessaire pour guérir la société de sa torpeur. Ce qui explique que le tortionnaire ne peut que jouer sa partition en reproduisant un art tel que transmis de génération en génération pour accorder la société avec son centre de gravité perturbé par l'acte antisocial.

La torture doit donc rapprocher l'univers immatériel de la société matérielle dans laquelle elle est jouée, afin de réduire, sinon effacer à terme la distance sacrale introduite par l'acte antisocial ou pour diffuser l'énergie de renouvellement de la société, procéder à la transmutation ontologique. Toutes ces peines et sanctions ont pour finalité ultime de réparer la faute, de tranquilliser la conscience populaire et de venger les esprits protecteurs de la communauté, de purifier la terre ainsi souillée.

L'exécution des sentences : en ce qui concerne la torture physique, elle s'inflige publiquement selon les prescriptions coutumières. Elle s'opère sous le sceau de la légalité traditionnelle en mettant en mouvement tous les moyens de publicité, tant pour l'exemple que pour répondre aux exigences de l'ochlophilie indispensable en pareilles circonstances. La foule ou le cercle restreint doit être là où il faut pour vivre le temps traditionnellement reconnu de la torture qui, pour se diffuser dans le corps social et être efficace dans sa finalité, a besoin de faire foule. Chaque spectateur absorbant l'acte tortionnaire n'est plus que témoin, mais « psychologiquement torturé » qui, au demeurant inhibé, s'interdira de commettre l'acte antisocial réprimé. À cela, il faudrait ajouter qu'il existe également des moments spéciaux de re-création de la paix (que nous n'allons pas développer). Ce sont : les funérailles (la mort qui entre en relations avec les vivants), les naissances (le moment de l'accouchement. Moment clé de l'existence de la femme : moment de confessions et de « ressoudement » du lien familial), les mariages.

La paix retrouvée, il faut l'entretenir

II – La continuation de la paix

Nous nous bornerons dans cette section à énumérer trois institutions qui continuent la paix et l'entretiennent.

A – les croyances

Le sacré apporte au droit le besoin de sens qui imprime toutes les démarches humaines. Le sacré est donc expressément impliqué dans l'organisation des rapports sociaux et dans le règlement des conflits. « Les

Dire le droit ou la re création de la paix

ancêtres règlent les relations entre les membres du groupe. Tous reconnaissent ces règles. [...] La cohésion, le bon ordre, la participation à la vie de la communauté et à ces cérémonies, une certaine égalité des conditions matérielles, le respect de chacun sont assurés sans difficulté par les puissances supérieures toujours attentives et dont la sagesse exprime la conformité de l'homme à l'ordre même des choses. L'isolement de l'individu est inconcevable. Sa force vitale est en relation constante avec celle des ancêtres et celle des autres membres du groupe. La plus grande calamité consiste à en être retranché et réduit ainsi à une existence déficiente, sans protection, voué au néant » (KOUASSIGAN, 1966 : 140). Les règles établies par les ancêtres doivent être impérativement respectées. Ces règles ne peuvent être violées par une quelconque coutume. Autrement dit, ces ancêtres qui veillent sur le monde des vivants seraient amenés à punir les fautifs en amenant sur la communauté des calamités.

B – les fêtes

La mort et la souffrance de l'homme introduites dans la création constituent à la fois le signe et la conséquence d'un déséquilibre rythmique. D'où la puissance incantatoire de la danse, du chant et du langage tambouriné qui établissent une harmonie compromise, car ils sont ordonnés dans leur déroulement et le message qu'ils communiquent est intemporel et essentiel, étant celui de toute l'ascendance de la communauté. La fête relève à la fois de la spontanéité et de l'institution. En tant que phénomène social, elle possède des règles et une logique propre. En effet, la fête remplit des fonctions essentielles pour la communauté.

D'abord, la fête a pour fonction de favoriser la cohésion et l'homogénéité du corps social. La fête renforce symboliquement le sentiment d'appartenance à un groupe. Elle a aussi une fonction de conservation en transmettant de génération en génération un ordre qui peut remonter aux origines. En effet, elle renouvelle périodiquement les croyances et les mythes fondateurs du groupe, permettant ainsi de relier le présent au passé et d'inscrire les membres de la communauté dans une histoire qui les dépasse en tant qu'individus.

On remarquera aussi que, parce que la fête est une solennité religieuse, un événement sacré vécu par la communauté comme un moment de vie intense en rupture complète avec la vie quotidienne, elle interrompt le cours de la vie quotidienne, qui s'oppose à l'effervescence de la fête au cours laquelle l'individu se sent soutenu et transformé par des forces qui le dépassent. La spécificité de la fête n'apparaît que si l'on l'analyse par opposition avec la vie quotidienne. Les ruptures avec la vie quotidienne s'effectuent à différents niveaux :

- Rupture au niveau du temps : la fête marque un retour au temps originel, mythique et, par-là, la reprise du passé dans le présent. Le moment de la fête est vécu comme sacré et hors du temps. Les jours de fête n'en sont pas moins placés à certains moments précis de l'année : nouvelle lune, commémoration d'évènements. La fête est à la fois l'abolition et la commémoration du temps.

- Rupture au niveau de l'espace : la fête permet une ouverture entre les espaces habituellement séparés : entre l'intérieur et l'extérieur de la communauté (la fête atteste de l'unité de la communauté, qui admet ainsi par-là de nouveaux membres); entre le monde divin et le monde humain (la fête favorise l'immersion de l'âme humaine dans une réalité qui la transcende) ; entre le monde des vivants et celui des morts. Ainsi, elle traduit une recherche par la communauté d'un équilibre entre ses membres.

- Rupture au niveau des normes du groupe : il aurait deux types de fête. Les premiers sont de l'ordre, qui suivent un double conformisme : répétition dans le temps et rigidité du déroulement de la fête. Les seconds sont les fêtes du désordre. Dans ce cas, la fête est un véritable renversement des mœurs et des règles en vigueur dans la communauté. Elle a une dimension transgressive. C'est le cas de la fête de la nouvelle lune à Koblata dans la région de Sinfra. Au moment de la fête, l'ordre premier de la communauté est remplacé par un ordre inverse et temporaire qui, loin de remettre en question la réalité de l'organisation sociale antérieure, tend à la consolider. Ainsi, le chaos apparent est en réalité très strictement réglementé. De même, le retour à l'ordre antérieur est prévu et préparé. Le groupe mobilise ces forces pour assurer son avenir. La fête ici donc a une fonction purificatrice et sert à régénérer périodiquement la société.

C – L'éducation

« L'éducation est l'ensemble des processus par lesquels les structures sociales et économiques donc les mythologies se maintiennent et se transmettent. Ce sont aussi les processus par lesquels les structures sociales se généralisent à l'intérieur d'une société, d'une structure sociale étant un agrégat des comportements qui vont de soi » LYCOPS, 1975 : 111) afin d'améliorer la capacité d'agir promptement et de coordonner toute action nécessaire en vue de la prévention, de la gestion et de la résolution des conflits, y compris le renforcement des capacités nécessaires aux opérations de soutien à la paix ; car, la personne en Afrique n'est pas une entité indifférenciée, close sur elle-même et sur son unicité. La personne est un faisceau de relations. Elle apparaît non comme un individu mais comme un faisceau de relations vitales : elle est toujours une foule.

Dire le droit ou la re création de la paix

Aussi, en matière éducationnelle, la leçon n'est-elle jamais achevée et jusqu'à la mort, le négro-africain ne cessera de parcourir avec ses compagnons les différentes étapes de la connaissance et du service. Les degrés de l'initiation sont autant de paliers qui marquent l'accès du néophyte aux secrets métaphysiques et rituels. Ils ne font que codifier les formes d'appartenance de l'homme à la vie profonde et ne s'intéressent que médiocrement aux conceptions théoriques.

Le but principal de l'éducation et surtout de l'initiation n'est pas seulement de provoquer l'habileté manuelle, mais surtout d'apprendre les paroles rituelles, de recréer une chaîne gestuelle ou verbale efficace, c'est-à-dire qui sache provoquer la résonance des forces adéquates.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

- AMON D'ABY (F.-J.), *Le problème des chefferies traditionnelles en Côte d'Ivoire*, Abidjan Dakar Lomé, NEA, 1988, 64 p.
- ASSI (A.M.) « Enseignement de l'histoire et développement » in *La natte des autres pour un développement endogène en Afrique*, Paris-Dakar, Karthala, Codesria, 1992.
- BERLIOZ (J.), *Le commentaire de documents en Histoire médiévale*, Paris, Seuil 94 p.
- CAMARA (F. K.), *Pouvoir et Justice dans la tradition des peuples noirs. Philosophie et pratique*. Paris, l'Harmattan, 2004, 246 p.
- COTTIAS (M.), STELLA (A.) et VINCENT (B.) (sous la dir. de), *Esclavage et dépendance serviles. Histoire comparée*. Postface de C. Meillassoux, Paris, L'Harmattan, 2006, 406 p.
- DURAND (B.), *Histoire comparative des Institutions*, Dakar Abidjan Lomé, NEA, 1983, 402 p.
- ELLUL (J.), *Histoire des Institutions, Le Moyen- Age*, Paris QUADRIGE /PUF, 1962, 394 p.
- GNONSOA (A.), *Le masque au cœur de la société Wê*, Abidjan, Fraternité Matin Editions, 2007, 135 p.
- HOLAS (B.), *Les Senoufo (y compris les Minianka)*, Paris, PUF, 1957, 183 p.
- JULIEN (F.), *Dialogue sur la morale*, Paris, éditions Grasset et Fasquelle, 1995.
- KIPRE (P.), *Côte d'Ivoire. La formation d'un peuple*. Bayeux, presse de l'Imprimerie Moderne, 2005, 292 p.
- KI-ZEBRO (F.), *Les Sources du droit chez les Diola du Sénégal*, Paris, KARTHALA, 1997, 217 p.
- KOUAKOU (N.F), « l'éducation initiatique dans la formation de la personnalité sociale en pays senoufo », in *Revue des Lettres et des Sciences sociales de l'Université de l'Atlantique Abidjan, Côte d'Ivoire*, n° 1, 2007, EDUCI, p. 72-82.
- LEGRÉ (O. H.), *les conventions indigènes et la législation coloniale (1893-1946)*, Abidjan, éd. Neter, 1996.
- LEGRÉ (O. H.), *Cours d'Histoire comparative des Institutions*, Université de Cocody Abidjan, UFR SJAP, 1^{ère} année Licence, 2010.
- LEVY (J.P.), *Cours d'Histoire des Institutions privées. La propriété. Les biens*, 3^{ème} année Licence. 1972-1973, Paris V^e.
- MATANGILA (M.L.) *La catégorie de la faute chez les M'bala (Bantous). Paul Ricœur en question*. Préface de G. N GAL, Paris, l'Harmattan, 2000, 384 p.

Dire le droit ou la re création de la paix

- MÉMEL-FÔTÊ (H.), *Les Représentations de la santé et de la maladie chez les Ivoiriens*. Paris, l'Harmattan, 1998, 209 p.
- MÉMEL-FÔTÊ (H.), *Esclavage, traité et droits de l'Homme en Côte d'Ivoire. De l'époque précoloniale à nos jours*, Abidjan, CERAP, 2006, 269 p.
- MÉNU (B.), *Egypte pharaonique Nouvelles recherches sur l'histoire juridique, économique et sociale de l'ancienne Egypte*. Préface de C. le LESPINAY et R. VERDIER, Paris, l'Harmattan, 2004, 389 p.
- NÉNÉ (B.B.S.), *La Terre et les Institutions traditionnelles Africaines. Le cas des Gouro le Côte d'Ivoire*. thèse pour le doctorat, Université de Cocody Abidjan, UFR SJAP, 2005, 708 p.
- OUATTARA (T.), « Femmes et Poro senoufo » in *Revue des Lettres et des Sciences sociales de l'Université de l'Atlantique Abidjan, Côte d'Ivoire*, n° 1, 2007 EDUCI, p. 124-139.
- THOMPSON (F.C), *La Bible Thompson*, Miami, Vida, 2007, 2046 p.
- UNIVERSITÉ LES TEMPS LIBRES, *Actes sur les colloque international sur royauté, chefferies traditionnelles et nouvelles gouvernances : problématique d'une « philosophie pour l'Afrique politique »*. Tiassalé juillet 2003 édition DAGEKOF, 231 p.
- ZAKPA (K.T.R), *Cours d'Histoire du Droit et des Institutions négro-africaines*, Université de Cocody -Abidjan, UFR SJAP, 1^{ère} année de Licence, 2006-2007.
- ZIEGLER (J.), *Le pouvoir africain*, Paris, éd. du Seuil, Collection « Points », 1979.

DIRE LE DROIT CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE FRANCOPHONE

**par André Cabanis,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)
et Babacar Gueye,
professeur à la Faculté des sciences juridiques et politiques
de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Au cours des décennies 1990 et 2000, l'Afrique francophone a été le théâtre d'un travail très intensif de réécriture de ses textes constitutionnels. Il n'est guère que l'Europe centrale et le Sud-Est asiatique pour avoir connu un phénomène de création juridique aussi important, à peu près à la même époque et pour des motifs comparables : la disparition du bloc communiste, l'effondrement des régimes qui bénéficiaient jusqu'alors de son appui au nom d'une solidarité puisée dans le marxisme, et simultanément la chute des dictatures que protégeait le camp occidental pour se conserver des alliés, fût-ce les moins recommandables. Pour autant, la transition démocratique ne s'est pas déroulée partout dans les mêmes conditions. Elle a pris en Afrique des formes spécifiques qui ont eu des conséquences sur les lois fondamentales dont ces pays se sont dotés.

Si l'on excepte le Maroc et la Tunisie, ils avaient accédé à l'indépendance à peu près en même temps, au début des années 1960. Les textes organisant le fonctionnement des jeunes institutions en charge de construire ces nouvelles nations¹ ont été l'œuvre d'un nombre de juristes limité, formés dans des Universités européennes, la plupart relevant de l'ancienne puissance coloniale mais certaines aussi situées en Union soviétique et dans les démocraties populaires. Plusieurs des personnalités ayant alors accédé aux plus hautes responsabilités après avoir conduit le combat pour l'indépendance, avaient fait leurs classes politiques sur le vieux continent, membres de ses assemblées, parfois ministres. Si l'on y ajoute l'influence des juristes occidentaux utilisés à titre d'experts, on comprend que les constitutions des lendemains de l'indépendance ne brillent guère par leur originalité. La plupart ne s'appliquent d'ailleurs que peu de temps. Sauf

¹ Dmitri Georges LAVROFF et Gustave PEISER, *Les constitutions africaines*, Pedone, Paris 1961 ; Dmitri Georges LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les Etats francophones*, Pédone, Paris 1976.

exception, elles sont promptement suspendues par des régimes prétoriens qui se prétendent plus adaptés à des pays dont les ressortissants ont récemment accédé à la citoyenneté et sont encore peu habitués aux équilibres compliqués de la démocratie pluraliste.

On attendait beaucoup des constitutions adoptées près de trente ans plus tard. Leurs rédacteurs pouvaient désormais s'appuyer sur les fruits de l'expérience, celle tirée du constat des inconvénients des systèmes de parti unique, des dangers liés aux dictatures militaires et des défauts d'un débat politique fonctionnant sans règle du jeu officielle fixée dans des lois fondamentales situées au sommet de l'ordre juridique. Ces dernières devaient en outre bénéficier de l'expertise d'une classe importante et expérimentée de juristes authentiquement africains. Ils sont désormais opérationnels, sortant de Facultés de droit dont le nombre s'est multiplié, d'abord par pays, puis plusieurs pour assurer un maillage correspondant aux dimensions de chaque territoire. Ces jeunes compétences garantissaient que les nouvelles tendances apparues parmi les spécialistes de droit public, en faveur de la bonne gouvernance, de la transparence dans la prise de décision, de l'appel à la concertation et à l'expertise citoyenne... figurent dans ces premières constitutions de la transition démocratique. De fait, elles se situent dans une perspective résolument pluraliste, placée sous le signe du respect des libertés publiques et tenant compte des plus récents mécanismes imaginés par les experts en ce domaine, un peu partout dans le monde.

Pour autant, les textes adoptés au début des années 1990 ne pouvaient faire l'unanimité. Sans doute avaient-ils suscité trop d'espoir pour que les nations qu'elles entendaient régir se considèrent comme pleinement satisfaites. La rupture n'était pas assez forte avec les modèles occidentaux pour que les partisans d'un droit véritable africain puissent s'en accommoder. En même temps, la différence apparaît trop flagrante avec les vieilles démocraties occidentales pour que beaucoup ne considèrent pas les nouveaux équilibres politiques comme en retrait par rapport à des promesses imprudentes. Les révisions vont se succéder à un rythme très rapide. C'est dire qu'une réflexion sur les modalités d'un « dire le droit constitutionnel en Afrique francophone »² paraît légitime. A partir d'un constat de départ, celui d'une

² Cette réflexion prolonge une étude conduite en 2010 sur « Aux origines du constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique : la fabrication des lois fondamentales » (publier dans *Ecrire la constitution*, PUAM, Aix-en-Provence 2011, p. 161-169). Nous y renvoyons ceux qu'intéresserait l'évolution de l'analyse. A défaut, nous en donnons les articulations : I. Les sources ; II. La tension entre politiques et experts ; III. Le rôle de l'opinion publique ; IV. La nature des attentes de la société ; V. Le poids des contraintes externes ; VI. La séduction des droits étrangers ; VII. Les premières rédactions, les lissages et les révisions.

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

convergence de sources d'inspiration diversifiées (I) et afin de faire progresser un projet fondé sur la recherche d'une meilleure prise en compte des traditions africaines spécifiques (II), cette réflexion s'appuie sur des leçons tirées d'une expérience, celles de l'appel aux conférences nationales (III) et constate une réalité : la communauté des constitutionnalistes francophones (IV).

I - Le constat : la convergence de sources d'inspiration diversifiées

L'accusation de mimétisme parfois proférée à l'encontre des lois fondamentales en vigueur sur le continent africain³ s'appuie sur le constat de la ressemblance de ces textes, dans nombre de leurs aspects, notamment avec la constitution française de 1958, comme si les pays désormais indépendants n'avaient pas su ici se libérer totalement de l'influence de l'ancienne métropole. Les similitudes ne doivent pas tromper : ce n'est pas que les juristes africains aient copié leurs homologues français, c'est que tous ont puisé dans un fonds commun aux origines très variées et dont on décèle des traces dans à peu près tous les pays du monde. C'est ce qui explique que l'on retrouve approximativement les mêmes formules et des architectures comparables dans des textes régissant la vie politique sur les cinq continents. Cela peut inciter à chercher à reconstituer la succession des influences, presque des généalogies constitutionnelles, en scrutant notamment les déclarations de droits, l'équilibre entre les pouvoirs exécutif et législatif, enfin les institutions de contrôle.

Les droits de l'homme tels que les formulent les grands textes fondateurs et comme on les conçoit de nos jours comme obstacles au pouvoir politique, naissent en Angleterre avec la *Magna Carta* de 1215 et le *Bill of Rights* de 1689 ; ils prennent la forme d'une revendication démocratique aux Etats-Unis avec la déclaration de Philadelphie de 1776 ; ils connaissent leur proclamation solennelle dans une perspective qui se veut universelle grâce à la France et à la déclaration révolutionnaire de 1789 ; ils font enfin l'objet d'une formalisation dans un cadre mondial et sous la responsabilité de l'ONU en 1948⁴... Sur cette base, ce sont presque chaque région du monde

³ Yves MENY (dir.), *Les politiques du mimétisme juridique. La greffe et le rejet*, L'Harmattan, Paris 1993 et not. Dominique DARBON, « A qui profite le mime ? », p. 113-137 ; Jean du BOIS de GAUDUSSON, « Le mimétisme post colonial, et après ? », dans *Pouvoirs* 2009/2, p. 45-55.

⁴ Certains apports survivent à la logique qui a présidé à leur affirmation, ainsi et notamment dans la déclaration de 1948, des influences soviétiques avec une forte prise en compte de ce qu'il est convenu alors d'appeler les *libertés réelles* par opposition aux *libertés formelles* auxquelles sont censés se limiter les pays occidentaux. Il en est résulté des formulations spécifiques en matière de droits

et chaque grand ensemble idéologique, culturel ou religieux qui décline le document onusien et qui se dote de son propre texte. Il en va ainsi et pour ce qui est des pays que nous étudions, de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981⁵ et de la déclaration sur les droits de l'homme en islam de 1990. La charte africaine des droits et des peuples notamment, constitue à cet égard un incontestable apport à la fois à la théorie des droits de l'homme et au développement du droit africain. Tout en rappelant l'universalité des droits de l'homme, elle n'en met pas moins en exergue les spécificités et particularités du continent africain. Son préambule affirme en effet la nécessité de tenir compte « des traditions historiques et des valeurs de la civilisation africaine ». Le texte insiste sur les droits et devoirs en distinguant les droits individuels des droits collectifs. Quant aux devoirs, ils sont mentionnés dans les articles 27, 28 et 29, lesquels insistent au nom des nécessités du développement, « sur les devoirs à l'égard de l'Etat, de la communauté internationale et de la famille ».

Les constitutions de l'Afrique francophone font de plus en plus souvent référence à ces trois derniers documents et, symétriquement, ne mentionnent que de plus en plus rarement la déclaration française de 1789⁶. Si l'on veut, à partir des formulations actuelles, débusquer l'origine de chaque article, il faut y ajouter une série d'apports récents liés à de nouvelles valeurs affirmées plus récemment et que l'Afrique s'est parfois appropriée avant la France⁷.

sociaux qui ont survécu à l'effondrement de l'URSS et qui constituent un élément d'héritage actuellement présent notamment dans les constitutions de l'Afrique francophone.

⁵ Jean-François FLAUSS et Elizabeth LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'application nationale de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruylant, Bruxelles 2004.

⁶ La référence à la déclaration de 1789 est d'autant plus présente dans les constitutions africaines nées de l'indépendance qu'elle a fourni des arguments en faveur de la décolonisation et à l'intention de l'opinion publique française. Déconsidérée par les régimes militaires à prétention marxiste, le texte français considéré comme d'origine bourgeoise, ne fait qu'une timide réapparition dans les lois fondamentales de la transition démocratique au cours de la décennie 1990 (les constitutions gabonaise, ivoirienne et sénégalaise à la fin de la décennie : A. CABANIS et M. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, L'Harmattan, Paris 1999), encore plus limitée en ce début du XXI^e millénaire (il n'y a plus que le Gabon et le Sénégal : A. CABANIS et O. DEVAUX, « L'influence de la déclaration de 1789 sur les constitutions de l'Afrique francophone », dans *Politeia*, n° 18, automne 2010, p. 387 à 404).

⁷ Poussant la réflexion plus loin sur la compatibilité entre « Universalité des droits de l'homme et pluralité juridique en Afrique », Alioune B. FALL conclut, de façon très équilibrée, à une contradiction congénitale mais aussi à une contradiction non rédibitoire entre l'universalité des droits de l'homme et la diversité des droits

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

Deux exemples illustrent ce constat. Ainsi et pour ce qui est des formules venues d'ailleurs, de l'affirmation que certains croient empruntée à l'article 2 du texte français de 1958 selon lequel le principe sur lequel est fondé la République est « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » : on la doit au président américain Lincoln pendant la guerre de Sécession⁸. De même et s'agissant des valeurs proclamées tardivement par la V^e République française : les mentions sur le droit à un environnement sain, ont été prises en compte dans les constitutions africaines dès les années 1990, bien avant la France où elles ne sont introduites, sous la forme d'une charte de l'environnement, qu'en 2005.⁹

Le parlementarisme, fondé sur un *équilibre entre l'exécutif et le législatif* tel qu'il est organisé dans la plupart des constitutions du monde et sans que cela soit nécessairement incompatible avec une certaine présidentialisation, résulte également d'apports multiples. Ici, l'influence britannique est non seulement première mais décisive puisque les deux procédures symétriques les plus caractéristiques de ce système politique -la motion de censure et la dissolution- ont été expérimentalement inventées outre Manche avant le XIX^e siècle. C'est plus de cent ans plus tard que l'instabilité ministérielle dont souffrent certains pays conduit les juristes à imaginer des techniques destinées à assurer au gouvernement un minimum de durée en limitant l'utilisation par le Parlement de moyens dilatoires ou d'obstruction qui contraignent les ministres à la démission sans qu'il y ait une solution claire de remplacement. Ici c'est plutôt l'école allemande qui joue le rôle le plus important pour imaginer et expérimenter les procédures du parlementarisme rationalisé les plus capables de garantir la continuité de l'action gouvernementale. Elles sont donc d'abord appliquées dans l'Europe centrale née du traité de Versailles, ce qui ne constituait pas le champ d'expérimentation le plus favorable, puis dans le monde entier. L'influence anglaise ne se limite d'ailleurs pas à organiser les rapports entre le gouvernement et le Parlement. Elle fournit le modèle bicaméral qui sera récupéré par les Etats-Unis pour assurer une représentation spécifiques aux Etats fédéraux puis en France pour améliorer la prise en compte des vœux des collectivités locales...

Les constitutionnalistes africains vont puiser dans cet ensemble de règles selon des dosages extrêmement variables. Les équilibres sont compliqués au point de rendre difficile la tentative d'établir une typologie des lois

traditionnels africains (*Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris 2005, p. 559-380).

⁸ Extrait d'un discours très bref prononcé par le président Lincoln sur le champ de bataille de Gettysburg en 1863.

⁹ Texte voté par le congrès le 28 février 2005.

fondamentales sur ce continent, selon qu'elles privilégient tantôt l'affirmation du rôle exclusif du président de la République, tantôt la fonction du premier ministre conçu comme un fusible chargé de protéger le chef de l'Etat, tantôt la marge de manœuvre des assemblés ou leur composition, en général toutes ces variables simultanément. Il n'est pas deux constitutions semblables dans le dosage de ces équilibres. Il en est même qui ont choisi le modèle nord-américain en ne prévoyant pas de premier ministre¹⁰. Si l'on cherche, ici aussi, à décourager l'accusation de mimétisme, les dispositions présentes depuis longtemps dans les constitutions africaines et ultérieurement introduites en France, l'on mentionnera notamment l'élargissement du champ du référendum¹¹, la réduction du mandat du président à cinq ans¹², des précisions sur le déclenchement de la responsabilité politique du chef de l'Etat¹³ l'interdiction d'un troisième mandat consécutif¹⁴...

Cette recherche sur les phénomènes de sédimentation institutionnelle qui peuvent constituer le fondement et la source d'inspiration pour les constitutions en Afrique conduit à évoquer la multiplication des *institutions de contrôle*. Il serait artificiel de rappeler la théorie des contre pouvoirs et des contre poids développée au temps des monarchies d'Ancien Régime. A l'inverse, la généalogie des procédures de contrôle de constitutionnalité peut être aisément reconstituée à travers la jurisprudence de la Cour suprême américaine et les analyses des juristes européens, surtout allemands, autrichiens et italiens. La France n'y apparaît que tardivement et n'introduit la question prioritaire de constitutionnalité que très récemment, alors qu'elle existe depuis longtemps dans la quasi-totalité des pays de l'Afrique subsaharienne. S'y ajoutent, s'agissant des contre poids, les autorités indépendantes, d'abord dans le domaine de l'audio visuel¹⁵, puis sur des

¹⁰ Il en va ainsi du Bénin, du Burundi, du Congo-Brazzaville et de la Guinée où il n'y a en principe pas de premier ministre ; en fait, il en fut nommé à l'occasion.

¹¹ Révision du 4 août 1995.

¹² Révision du 2 octobre 2000,

¹³ Révision du 23 février 2007

¹⁴ Révision du 4 février 2008. La liste n'est d'ailleurs pas close puisqu'il est périodiquement question de rectifier les articles 5 (sur la fonction d'*arbitrage* du président) et 20 (sur le gouvernement qui « détermine et conduit la politique de la nation ») pour les mettre en coïncidence avec les réalités des choses, ce que les constitutions africaines ont fait depuis longtemps pour la plupart.

¹⁵ Haute autorité de l'audiovisuel et de la communication au Bénin, Conseil national de la communication au Burundi, Conseil supérieur de la liberté de communication au Congo Brazzaville, Haute autorité de la communication audiovisuelle au Maroc, Conseil supérieur de la communication chargé de veiller à la liberté et à l'indépendance « des moyens de communication audiovisuelle et de la presse écrite

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

terrains variés, telles les questions économiques, sociales¹⁶, écologiques, religieuses¹⁷... Ici aussi, les sources d'inspirations sont diverses : nord américaines à l'origine, européennes ensuite et même liées à l'Union européenne elle-même, africaines parfois¹⁸.

II - Un projet : la prise en compte de traditions africaines spécifiques

La recherche de modes de gouvernance adaptés à l'Afrique, spécifiques à la nature de ce continent et correspondant aux attentes des populations, suppose en préalable la connaissance des coutumes et des pratiques en honneur avant la colonisation, avant que des influences extérieures soient venues polluer les catégories juridiques originaires. On sait les difficultés de l'exercice¹⁹. Il se heurte aux limites de la documentation d'origine authentiquement africaine, aux approximations des témoignages des voyageurs, navigateurs et commerçants en provenance d'Europe, à la tendance des colonisateurs de décrire en fonction de leurs intérêts et de leurs concepts, les institutions des peuples qu'ils avaient soumises. Les objectifs poursuivis plus ou moins consciemment consistaient à les dénigrer en insistant sur les aspects de primitivité, à les utiliser en s'appuyant sur les autorités traditionnelles, enfin à se complaire dans des comparaisons approximatives avec les institutions européennes anciennes, notamment

dans le respect de la loi » au Niger, Haut conseil de la communication en République centrafricaine, Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication en République démocratique du Congo, Conseil national de la communication au Gabon, Haut conseil de la communication au Tchad, Haute autorité de la communication et de l'audiovisuel au Togo, Haut conseil de l'audiovisuel au Sénégal. Sur la question générale de l'audiovisuel : Tidiane DIOH, *Histoire de la télévision en Afrique noire francophone des origines à nos jours*, Khartala, Paris 2009.

¹⁶ A peu près toutes les constitutions de l'Afrique francophone prévoient un Conseil économique et social auquel est parfois confiée une compétence culturelle.

¹⁷ En matière religieuse : Haut conseil islamique en Algérie et en Mauritanie, Conseil supérieur des Oulémas au Maroc et Conseil des ulémas en Union des Comores.

¹⁸ Présentant ses « Réflexions sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs », Alioune Badara FALL conclut que, si le recours administratif a surtout un caractère préventif des litiges, si les médiateurs ne peuvent se substituer aux juridictions, il faut « trouver un subtil équilibre entre ces modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs, indispensables mais, pour l'heure, utilisés peut-être de manière un peu trop informelle, et un contrôle juridictionnel plus que nécessaire dans des pays où l'administration est de plus en plus appelée à respecter la règle de droit » (*La création du droit en Afrique*, p. 441).

¹⁹ Cf. « Le droit traditionnel en Afrique », dans Rodolfo SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Dalloz, Paris 2009, p. 73 à 91

médiévales, à base de domination de type seigneurial, de recherche d'autonomie des villes et de généralisation des guerres intestines.

Dans tout cela, peu d'éléments apparaissent facilement utilisables dans des textes constitutionnels se voulant d'une facture moderne. Parmi les éléments les plus évidents figurent, encore de nos jours, les techniques d'auto administration en honneur dans les villes et les villages, à base, selon des dosages très variables, de coexistence de chefs traditionnels et d'assemblées approximativement représentatives. Si le système donne l'impression d'un fonctionnement plutôt harmonieux, il est avéré qu'il est fondé sur les règles fort diverses selon les territoires et qu'il faut éviter de tomber dans les mêmes erreurs que le colonisateur qui a eu tendance à généraliser partout où il le pouvait, les procédures qui lui paraissaient les plus commodes, imposant par exemple des chefs dans des sociétés jusque là dites *acéphales*. Il faut connaître et reconnaître les modes compliqués de désignation des chefs traditionnels²⁰ et parfois leur pluralité dans le même espace, selon qu'il s'agit du règlement des conflits, de l'affectation des terres, des pratiques religieuses²¹...

On doit aussi prendre en compte les coutumes variables qui légitiment la composition des assemblées populaires, qu'il s'agisse de démocratie directe ou représentative pour utiliser des termes occidentaux avec une participation qui dépend de l'âge, de la situation de famille, des origines... ce qui renvoie au problème de la participation des habitants récemment arrivés, de leur intégration dans la société, de leur admission au sein des structures traditionnelles. Il n'est jusqu'à la technique de la palabre, si importante comme mode de prise de décision, avec ce qu'elle suppose de recherche du consensus²², qui ne puisse inspirer ceux qui recherchent des procédures répondant au génie propre à ce continent. Enfin, on notera que les solidarités villageoises, familiales, claniques et ethniques doivent impérativement être

²⁰ Sur « La transmission du pouvoir en Afrique précoloniale et l'inversion sociale », Samba THIAM, *Introduction historique au droit en Afrique*, L'Harmattan, Paris 2011, p. 139 à 146

²¹ Sur la nécessité « d'analyser plutôt la relation système politique-société, au demeurant fort peu discutée en histoire des institutions et des idées politiques », voir Mamadou BADJI, « Le marabout et le prince. Une coexistence institutionnelle chaotique », dans *Droit, politique et religion, Droit sénégalais* n° 8, 2009, p. 113-142. Du même auteur, une comparaison des institutions traditionnelles au Burkina Faso et au Sénégal : « Gouverner des sociétés traditionnelles ou les Ouolofs et les Mossis entre légitimité et exigence de rationalité », dans *L'administration d'hier à demain en Afrique francophone, Droit sénégalais* n° 6, 2007, p. 15 à 40.

²² Sur « l'appel au dialogue politique et au consensus », voir Fara MBODJ, « Représentation politique et légitimité des institutions », dans *Droit, politique et religion*, ouvr. cit., p. 180-181.

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

prises en compte pour donner une image réaliste des modes de protection sociale et d'aide aux personnes en difficultés. L'exclusion n'est pas dans la tradition africaine, sauf décision collective, solennelle et argumentée. Tout ceci non plus n'est pas très facile à constitutionnaliser.

La tendance récente chez les constitutionalistes africains est pourtant d'intégrer progressivement certaines de ces considérations. Il en va d'abord ainsi de l'affirmation du rôle des collectivités locales. Si cette préoccupation qui remonte à une quinzaine d'années s'explique par des causes multiples, les raisons qu'il y avait à s'en méfier sont plus simples à démêler, aux lendemains des indépendances puis sous les régimes prétoriens qui se sont ensuite installés. L'ambiance était à la construction d'Etats-nations. Tout ce qui pouvait distraire de cette grande ambition était suspect et d'abord de faire une place aux tendances centrifuges qui risquaient de menacer l'unité du pays. Ce souci impliquait également de lutter contre les langues locales et contre toutes les spécificités ethniques considérées comme contraires au projet d'édification d'une nation homogène, rassemblée autour de valeurs communes et d'un fort sentiment d'adhésion patriotique. Ce furent ensuite les objectifs de mobilisation révolutionnaire qui prirent le relais, avec les régimes militaires se réclamant du marxisme.

Les temps ont changé²³. Les collectivités locales se voient désormais reconnues et organisées dans les constitutions non seulement par un certain nombre d'articles mais même et généralement par tout un titre ou une partie de la loi fondamentale²⁴. Des motivations rassurantes comme celles reposant sur le constat que l'unité nationale n'est plus guère menacée ou sur la conviction qu'il faut rapprocher l'administration des administrés, voisinent avec des considérations moins avouables, ainsi de la tendance à renvoyer sur les collectivités locales des missions et des responsabilités que les pouvoirs centraux ne se sentent plus capables d'assurer. Au surplus, si ces dispositions

²³ Cf. dans l'ouvrage de Rodolfo SACCO, *Le droit africain...*, et dans les analyses consacrées au « nouveau constitutionalisme africain », deux développements qui se répondent : « Le droit contre la tradition » (p. 233 à 237) et « Résistance de la tradition » (p. 237 à 244).

²⁴ Rappelons le souhait exprimé par Jean du Bois de Gaudusson au début des années 1990 dans son analyse des premières constitutions de la transition démocratique : « Enfin, les collectivités locales sont généralement absentes des constitutions, sauf à leur consacrer un article ou deux et à renvoyer à la loi. Pourtant les défis en ce domaine ne manquent pas comme en témoigne, pour ne prendre qu'un exemple, le Mali, avec la revendication touareg ; ne faudrait-il pas faire preuve ici d'innovation, par exemple en imaginant des collectivités autres que territoriales, adaptées aux peuples nomades ? » (*Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, Toulouse 1995 (2^e édition), p. 196). Les évolutions ultérieures donnent à ce propos un caractère prophétique.

valorisent les collectivités locales en leur accordant une reconnaissance constitutionnelle, le détail des règles qui les régissent portent sur les modalités et l'étendue de la tutelle qui pèse sur eux plutôt que sur la garantie de leur autonomie²⁵. Les vieilles réactions de méfiance sont loin d'avoir disparues²⁶.

L'autre tendance perceptible au fil des révisions constitutionnelles intervenues depuis une dizaine d'années tient à la place désormais accordée aux autorités traditionnelles, c'est-à-dire essentiellement aux chefferies locales. Là aussi la situation actuelle diffère profondément de celle des lendemains de l'indépendance. La modernité était alors à la mode : de jeunes cadres issus des Universités européennes ou, parfois, nord-américaines, voulaient faire progresser le pays à marche forcée vers une réforme profonde de ses structures économiques et politiques, pour le mettre au diapason des nations les plus avancées. Dans cette perspective, les pouvoirs anciens faisaient plutôt figure d'obstacle à lever que d'allié à mobiliser. Au surplus, l'utilisation qu'en avait fait le colonisateur comme relais de son pouvoir conduisait à les accuser de collaboration avec l'ancien occupant. C'était une autre raison de les dénigrer et cet ostracisme allait de pair avec la méfiance vis-à-vis de toute forme de délégation de pouvoirs du centre vers la périphérie.

Sur ce plan aussi, les temps ont changé. Les chefs traditionnels ont montré leur capacité à résister aux entreprises de déstabilisation dont ils faisaient l'objet d'autant que la classe politique a déçu par ses promesses non tenues et du fait d'un soupçon de corruption. Les autorités officielles se sont convaincues qu'aucun renfort ne devait être négligé lorsqu'il s'agit de mobiliser le pays autour de grands projets. Il n'est jusqu'au processus de transition démocratique qui ne tende à favoriser ces relais d'influences que constituent, dans les villages et les quartiers, ces personnalités qui puisent leur autorité dans un passé immémorial. Elles constituent une force qui peut se révéler décisive pour rassembler les électeurs²⁷. Désormais les chefferies

²⁵ Charles Nach MBACK, *Démocratisation et décentralisation. Genèse et dynamiques comparées des processus de décentralisation en Afrique noire*, Karthala, Paris 2003.

²⁶ Si l'on veut, ici aussi, évoquer les dispositions du même type introduites plus tardivement dans la constitution française, il faut mentionner un mouvement timidement esquissé avec les révisions de 1992 et 1998 concernant les territoires d'outre-mer, puis massivement engagé avec la révision de 2003 sur l'organisation décentralisée de la République, l'ensemble étant couronné par quelques modifications introduites, là comme ailleurs, par la révision de 2008.

²⁷ On mettra au rang de ces pouvoirs traditionnels certaines institutions religieuses, la césure étant parfois difficile à faire mais leur influence se révélant en tous cas réelle ce dont témoignent par exemple les opérations de séduction engagées par les

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

vont l'objet de tentatives de séduction plus que de critiques. Les constitutions reflètent cette tendance depuis une dizaine d'années. Elles sont désormais mentionnées et se voient reconnaître une responsabilité officielle dans la gouvernance locale. Il est vrai que, là aussi, les textes sont prudents et les traitent davantage en auxiliaires des agents d'autorité de l'administration d'Etat²⁸ dans les provinces que comme des institutions autonomes disposant d'une large marge d'initiatives. Cela rappelle, dans des conditions heureusement fort différentes, certaines techniques mises en place par les commandants de cercle de l'époque coloniale. Pour s'en tenir à l'aspect constitutionnel, il faut noter que les lois fondamentales rendent un hommage de plus en plus appuyé aux valeurs traditionnelles, aux manifestations artistiques héritées des ancêtres qui sont qualifiées d'éléments du patrimoine national²⁹, aux coutumes et aux valeurs respectées depuis les temps les plus anciens dont la légitimité est reconnue, enfin aux langues vernaculaires que l'Etat s'engage à protéger³⁰. Ainsi par exemple en vertu de l'article 53 de la constitution béninoise le président de la République prête serment entre autres devant « les mânes des ancêtres ». Tout ceci ne modifie évidemment pas profondément l'équilibre des pouvoirs.

candidats aux présidentielles sénégalaises auprès des confréries (Babacar GUEYE et Moussa NDIOR, « Politique et religion au Sénégal : le Ndiguël de vote », *Droit, politique et religion, Droit sénégalais* n° 8, 2009, p. 183 à 202).

²⁸ Au-delà de ce qu'indiquent explicitement les constitutions, il n'y a pas que les agents locaux à s'appuyer sur les autorités traditionnelles : « On observe donc que le chef de l'Etat semble moins utiliser la chefferie traditionnelle en tant qu'instrument de propagation de la politique de l'Etat que pour affermir son pouvoir en puisant dans les structures traditionnelles les moyens d'accroître sa légitimité [...] De plus, si ces structures [traditionnelles] n'ont pas entièrement disparu, elles ont été inféodées à l'Etat et c'est une entreprise de réformation à laquelle les chefs d'Etat ont largement contribué, en prenant appui sur des structures désormais utilisées comme auxiliaires du pouvoir d'Etat » (Mamadou BADJI, « Le chef d'Etat dans les régimes politiques africains : miroir des modes traditionnels d'exercice du pouvoir politique », dans *Pouvoirs et Etats en Afrique francophone, Droit sénégalais* n° 9, 2010, p. 65).

²⁹ Paterné Yapi MAMBO, « La protection juridique du patrimoine culturel en Afrique de l'Ouest : réalités et perspectives », dans *Revue ivoirienne de droit*, n° 42 2011, p. 83 à 126.

³⁰ Là encore la constitution française est à la traîne : alors que la révision de 1992 s'était appliquée à défendre l'identité nationale en affirmant hautement que « La langue de la République est le français » (art. 2), la révision de 2008 introduit un article 75.1 : « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » ce qui ne peut être considéré comme la manifestation d'une grande confiance ni d'un vœu ardent en faveur de leur vitalité.

III - Une expérience : l'appel aux conférences nationales

Certains constitutionnalistes africains ont pourtant cru tenir l'instrument d'une écriture complètement renouée des lois fondamentales de ces pays. Il s'agit des conférences nationales qui, sous des noms divers, ont accompagné la transition démocratique du début des années 1990. Maurice Kamto les présente opportunément comme l'« une des plus grandes trouvailles politiques de l'Afrique postcoloniale »³¹. Leur mise en place s'explique par les nécessités du moment tout autant que par la volonté d'imaginer un système résolument nouveau en matière de procédure d'élaboration du texte destiné à dominer l'ordre juridique national. Si l'on décrit à gros traits l'évolution des régimes politiques dans l'Afrique francophone depuis son indépendance, l'on soulignera que les décennies 1970 et 1980 ont été souvent marquées par la mise en place de régimes militaires qui ont éliminé toutes les formes de représentation démocratique telles qu'elles avaient été instaurées au lendemain de l'accès à la pleine souveraineté. Les premiers prétorianismes se présentaient comme les garants d'un système plus simple, plus efficace et plus honnête ; les seconds se réclamaient d'un socialisme africain emprunté pêle-mêle à des modèles cubain, chinois ou coréen du nord... Tous se retrouvaient dans la volonté de mettre sur la touche les élites anciennes, qu'elles soient traditionnelles ou occidentalisées. L'effondrement du bloc communiste qui servait de référence même si l'Union soviétique suscitait des réserves ainsi que le retour aux principes des démocraties classiques par opposition à ceux liées aux démocraties populaires, convainquent les dirigeants en place qu'il est nécessaire de s'accommoder d'une transition vers des formes politiques répondant aux nouvelles valeurs prônées par la société internationale.

L'élimination de la classe politique ancienne et la médiocre représentativité des structures populaires mises en place pour la remplacer conduisent à imaginer des formes nouvelles de prises en compte des attentes de la population en réunissant des conférences nationales censées permettre à chacun de s'exprimer ou, en tous cas, de voir son point de vue affirmé. La composition de ces vastes rassemblements traduit la volonté de permettre à toutes les sensibilités de s'exprimer³². Puisque les institutions officielles ne se

³¹ Maurice KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », dans *La création du droit en Afrique* (dir. Dominique DARBON et Jean du BOIS de GAUDUSSON), Karthala, Paris 1997, p. 178.

³² Décivant la première de ces conférences, en tous cas celle qui a servi de modèle à nombre d'autres conférences, Daniel BOURMAUD et Patrick QUANTIN (« Le modèle et ses doubles : les conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », dans *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, L'Harmattan,

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

sentent plus à même d'exprimer les attentes des populations, il s'agit de faire en sorte que la société civile soit représentée dans toute sa diversité. Une place particulière est accordée à ceux que le régime jusque là en place avait souvent tendance à ostraciser, telles les autorités traditionnelles et religieuses. Ces dernières et notamment les prélats de l'Eglise catholique jouent souvent, au sein de ces instances difficiles à maîtriser, un rôle important pour favoriser l'émergence d'une forme de consensus³³. Après des années de dictatures militaires qui avaient souvent instauré des modes très efficaces de contrôle des populations, à base de comités et de conseils de défense de la Révolution, ces réunions fournissent l'occasion d'une forme de catharsis. C'est l'occasion de rappeler les silences imposés et les persécutions subies. Si ces vastes rassemblements ne sont évidemment pas très propices à l'élaboration de textes juridiques sophistiqués, du moins permettent-ils de valider le travail de commissions, notamment pour ce qui est des nouvelles constitutions.

Il y a un fort contraste entre la véhémence des propos tenus dans le cadre de ces conférences nationales, le caractère très ouvert des débats, l'audace des propositions... et le caractère finalement fort classique des lois fondamentales qui en résultent. On renoue souvent avec les textes adoptés aux lendemains des indépendances. Les critiques dont ils ont fait l'objet pendant la vingtaine d'années de régimes militaires, les accusations proférées à leur encontre et qui avaient conduit à les présenter comme des mécanismes politiques imposés par l'ancien colonisateur, comme des systèmes de valeurs marqués par des influences occidentales inadaptées ou par des références bourgeoises réactionnaires sont oubliées, à moins qu'elles ne prennent parfois un caractère valorisant à la mesure du discrédit qui frappe leurs auteurs³⁴. La distinction entre les rôles respectifs du chef de l'Etat et du chef du gouvernement retrouve toute sa validité comme moyen pour le premier de se décharger d'une partie de ses responsabilités devant l'opinion publique.

Paris 1993, p. 176) distinguent quatre caractéristiques centrales : une représentation « improvisée » de la nation, un déplacement de la violence dans l'ordre du discours, le recours à un personnage symbole qui, es-qualité, garantit l'intégrité du processus institutionnel, enfin la volonté plus ou moins consciente chez les acteurs de ne pas faire du pouvoir en place un vaincu absolu.

³³ OIF, *Bilan des conférences nationales et autres processus de transition démocratique*, Pédone, Paris 2000.

³⁴ Les conférences nationales souveraines (CNS) refusent de se situer dans la continuité des régimes précédents : « L'étude du pouvoir constituant originaire avait perdu de l'intérêt en doctrine puisqu'opéraient normalement des pouvoirs constituants dérivés dans le cadre d'ordres constitutionnels existant. Les CNS les remettent à l'honneur à travers leur mode révolutionnaire de création des constitutions » (Maurice KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », p. 183-185).

L'utilisation croisée de la motion de censure et de la dissolution est évoquée comme relevant d'un équilibre de la menace propre à éviter les crises et, lorsqu'elles éclatent, à les résoudre. Il n'est jusqu'au bicamérisme, longtemps présenté au mieux comme inutilement coûteux, au pire comme une offense à la représentativité des élus du peuple qui ne retrouve grâce aux yeux de beaucoup³⁵.

Il ne s'agit pas pour autant de reprendre servilement les articles des années soixante³⁶. Les dirigeants des régimes précédents s'emploient de façon prioritaire et très logiquement à garder quelques postes de responsabilité qui sont aussi une protection contre les tentatives de revanche de ceux qu'ils ont persécutés mais ils s'efforcent aussi de préserver quelques unes des valeurs, notamment marxistes, auxquelles ils étaient attachés. Ces constitutions des débuts de la transition démocratiques comportent donc, de-ci de-là, des références aux forces populaires ou même au combat révolutionnaire qui contrastent avec le reste des dispositions, plutôt favorables à une démocratie apaisée et pluraliste. Ces allusions au système antérieur vont disparaître assez vite, faute de personnalités pour les défendre. En revanche les abondantes déclarations de droits qui fleurissent dès le début des années 1990 ne vont faire que croître et embellir au fil des révisions. Les premières versions privilégient des protections assez précises contre la surveillance des correspondances privées, contre les emprisonnements arbitraires, contre la torture policière, bref contre tout ce dont les opposants avaient souffert sous les régimes dictatoriaux précédents. Par la suite, la panoplie des droits proclamés va s'élargir encore avec la prise en compte des thèmes à la mode, en faveur du sport, de la culture, de l'environnement... C'est une forme d'inflation à laquelle on assiste, sympathique par la masse des prérogatives en principe garanties aux citoyens, inquiétante par le risque que l'Etat ne soit pas à même de tenir tous les engagements ce qui affaiblirait l'ensemble du dispositif. De toute façon, un élément reste stable : la place prépondérante reconnue au chef de l'Etat³⁷.

³⁵ Pour une analyse générale, comparer Yves WEBER, « La crise du bicaméralisme », dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 1972, n° 2, p. 573-606 et Marcel SOUSSE, « Le bicamérisme : bilan et perspective », dans *RDP* 1997, n° 5, p. 1323-1350. Cf. aussi *Les secondes chambres parlementaires*, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit comparé, Tunis 2003.

³⁶ Jean-Jacques RAYNAL porte un jugement réservé sur les conférences nationales : « Conférence nationale, Etat de droit et démocratie. Quelques réflexions à propos d'une occasion manquée » : il parle de l'introuvable Etat de droit et de la démocratie improbable (*La création du droit en Afrique*, p. 159-172).

³⁷ Sur le caractère rémanent du présidentielisme dans les constitutions africaines et, en l'occurrence au Sénégal, cf. le constat de Seydou Madani SY à propos de l'alternance de 2000 : « si on examine les textes et la réalité depuis l'alternance politique, on

IV - Une réalité : la communauté des constitutionnalistes francophones

On peut rêver d'un monde où la loi fondamentale serait l'œuvre du peuple, écrite quasi sous sa dictée et exprimant ses attentes profondes. On sait bien, quitte à le regretter, qu'il en va rarement ainsi et qu'en fin de compte, lorsqu'il faut passer à l'écriture, le plus habituel est de s'en remettre à un comité restreint composé d'experts. Les envolés à la tribune pèsent finalement moins que leurs auteurs ne le souhaiteraient. En même temps, un document aussi important qu'une constitution ne peut résulter du seul travail d'une poignée de spécialistes. La discussion doit demeurer la plus ouverte possible. En Afrique notamment, la communauté des juristes francophones exerce une influence réelle, placée sous le signe de l'échange et de l'imagination. Les Facultés de droit se croiraient volontiers bénéficiaires d'une forme de légitimité exclusive pour jouer un rôle moteur dans cette réflexion en matière de création du droit, notamment dans le champ constitutionnel³⁸. En fait, ils doivent partager cette fonction avec les autres membres du monde juridique qui s'est constitué au fil des décennies et même si beaucoup ont été leurs élèves : magistrats en premier lieu, mais aussi avocats, hauts fonctionnaires et hommes politiques. Si les Facultés de droit occupent, par rapport à tous les autres, une place spécifique c'est parce qu'elles ont souvent servi d'espace où sont nées des solidarités de génération qui ont généralement survécu aux aléas et parfois aux oppositions nées de carrières professionnelles parallèles.

Ces communautés de juristes existent à peu près partout, dans tous les pays du monde. Elles présentent en Afrique une double spécificité. La première tient à leur forte implantation dans la vie politique de leur pays, fournissant des cadres à la plupart des partis politiques et fortement implantés dans les institutions qui structurent la société civile. La seconde peut être cherchée dans le souci de placer cette réflexion sous le signe de la coopération internationale³⁹. Si chaque pays entend défendre sa spécificité, surtout pour

constate que le régime parlementaire annoncé n'en est qu'à des balbutiements. Quelques traits du régime parlementaire apparaissent dans le texte de la Constitution nouvelle, mais si on examine de près les pouvoirs dévolus au président de la République, on s'aperçoit que le présidentielisme de l'ancien régime n'est pas loin » (« L'alternance politique au Sénégal en mars 2000 et la constitution du 22 janvier 2001 », dans *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, p. 594).

³⁸ Cf. un ouvrage collectif publié à Toulouse : Maryvonne HECQUARD-THERON (dir.), *Les Facultés de droit, inspiratrices du droit ?*, 2005.

³⁹ Traitant du sujet « Les pèlerins constitutionnels. Eléments pour une sociologie des influences juridiques », Renaud DORANDEU énumère les trois conseils

l'élaboration d'un texte qui va régir sa vie politique, les échanges intellectuels demeurent la règle lorsqu'il s'agit d'explorer de nouvelles orientations. Pour se convaincre du caractère fructueux de ces contacts, à base de colloques, d'ouvrages collectifs, de revues spécialisées⁴⁰, il suffit d'évoquer les courants qui se développent de façon parallèle dans les divers pays et qui se traduisent par des propositions convergentes et des révisions décalées dans le temps mais poursuivant des objectifs communs et prévoyant des mécanismes proches. C'est ainsi que s'élabore le droit constitutionnel en Afrique.

Pour technique qu'il soit, ce travail de spécialistes ne se développe pas en rupture avec les opinions publiques. C'est une des surprises qui attendent celui qui étudie pour la première fois, sur le terrain, la vie politique dans les pays africains se réclamant de valeurs démocratiques. Les médias, surtout la presse écrite rapportent avec une passion inconnue en Europe les polémiques, les discussions qui accompagnent les projets de modification constitutionnelle. Ce que l'on aurait volontiers tendance à considérer comme un signe de fragilité des lois fondamentales africaines, c'est-à-dire le nombre et la fréquence des révisions, est généralement vécu comme une marque de vitalité, la preuve d'une volonté de s'adapter⁴¹, de tenir compte de l'expérience, de renégocier la règle du jeu en fonction d'objectifs que l'on souhaite consensuels. La classe politique, mais également les élites se passionnent sur des questions comme la modification du système électoral, la création d'une seconde chambre, l'obligation pour les élus de déclarer leur patrimoine... Naturellement, c'est le souhait fréquemment exprimé par le président en place, en vue d'être autorisé à briguer un mandat supplémentaire, qui suscite les discussions les plus vives. En même temps, ce genre de disposition s'accompagne de toute une série d'autres propositions de réformes dont chacun comprend qu'elles sont formulées pour tenter de

fondamentaux adressés par le président Badinter au juriste désireux de jouer un rôle d'expert en matière constitutionnelle : rester modeste, formuler des avis « négatifs » plutôt que de grands développements systématiques, accepter le secret et la confidentialité pour demeurer dans l'ombre de ceux sollicitent son savoir (dans *Les politiques du mimétisme juridique. La greffe et le rejet*, p. 85).

⁴⁰ Le CAMES joue un rôle décisif pour encourager ces supports de la recherche juridique en leur reconnaissant une place privilégiée dans les procédures de recrutement et d'avancement au sein des Universités de l'Afrique francophone.

⁴¹ Il convient cependant de souligner la fierté des juristes béninois à rappeler que leur constitution n'a jamais été modifiée depuis son adoption en 1990 : « Vingt ans après, la longévité de cette constitution, vierge de toute révision, contraste avec la précarité des anciennes Républiques » (Frédéric Joël AÏVO, *Constitution de la République du Bénin. La constitution de tous les recours en Afrique*, Cotonou 2010, p. 242).

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

détourner l'attention de ce qui constitue l'enjeu principal. Elles éveillent cependant un intérêt dans l'opinion publique.

Il est révélateur que chaque événement majeur, porteur d'espoir et parfois d'illusion, s'accompagne d'un vaste programme de réformes constitutionnelles, comme si un tel processus était parmi les plus susceptibles de changer la vie. En Europe, le débat sur la loi fondamentale éveille beaucoup moins d'intérêt et donc de polémiques dans la mesure où les électeurs attendent plutôt des solutions concrètes à leurs problèmes quotidiens. Les révisions sont généralement vécues comme des ajustements techniques qui intéressent prioritairement la classe politique et leur permettent de reconfigurer leurs affrontements. En Afrique, les discussions sur les modifications à introduire dans la constitution réveillent des passions autrement vives. Sans doute cet intérêt peut-il être mis en relation avec le mouvement de transition démocratique engagé au début des années 1990. Il a créé de grands espoirs portant, au-delà d'une plus grande participation populaire à la prise de décision ou d'une plus efficace protection des droits fondamentaux, sur une meilleure gestion des affaires du pays à base de transparence dans la prise de décision et de lutte contre la corruption. Le développement économique est considéré comme la conséquence normale de cet effort dans la gestion des affaires du pays. Sans doute y a-t-il du danger pour la démocratie elle-même, à faire naître trop d'espoir, y compris sur des terrains où l'influence du politique n'est toujours décisive puisque la croissance ne se décreète pas. Finalement, l'enjeu du débat constitutionnel, telle que les opinions publiques le ressentent, c'est rien moins que la bonne gouvernance pour employer un terme encore à la mode sans doute pour quelque temps mais qui exprime une attente durable des populations africaines. Sur ce point, les juristes, et d'abord les constitutionnalistes, se mobilisent de façon réaliste, en évitant les illusions génératrices de déceptions qui bénéficieraient au retour des régimes autoritaires⁴². Il n'en demeure pas moins révélateur qu'une des premières mesures prises au lendemain des révolutions qui ont marqué le printemps arabe en 2011 ait été d'ouvrir un débat sur une révision en profondeur des textes organisant les plus hautes autorités de l'Etat⁴³.

⁴² Alioune Badara DIOP, « Société civile et gouvernance démocratique : enjeux de pouvoir et pouvoirs en jeu », dans *Nouvelles Annales africaines*, n° 2 2011, p. 37 à 88.

⁴³ Didier BAISET (dir.), *Les enjeux de la transition démocratique et les acquis de la coopération internationale*, *Revue franco-maghrébine de droit*, n° 19, 2012 ; Serge REGOURD et Saïd HAMDOUNI, *Les régimes arabes dans la tourmente*, Publisud, Paris 2012.

Le fait que la quasi totalité des constitutions africaines aient été adoptées par référendum, souvent après de larges discussions avec différents segments de la population souligne au fond l'importance que les Africains attachent au débat constitutionnel. La détermination avec laquelle les Sénégalais se sont opposés le 23 juin 2012 à la tentative de révision constitutionnelle visant à instaurer un ticket pour l'élection présidentielle et à faire élire le président de la République avec une majorité pouvant être inférieure à 30 % des suffrages exprimés est une autre illustration des rapports passionnels qu'entretient un nombre significatif de citoyens africains avec leur constitution, une sorte de « patriotisme constitutionnel » selon l'expression d'Ismâïla M Fall.

*
* *

Nul ne peut désormais nier la modernité du droit constitutionnel africain, ni sa vigueur. On sait bien que, si le changement ne se décrète pas, du moins la modification des normes peut-elle l'accompagner. Il ne fait pas de doute que les peuples d'Afrique aspirent à de profondes transformations. La démocratie libérale y est implantée depuis trop peu de temps pour que les électeurs en soient déjà lassés. Ils en attribuent les défauts moins au système lui-même qu'à des imperfections dans l'un ou l'autre des mécanismes prévus. Dans ces conditions les réponses et les suggestions des constitutionnalistes font l'objet d'une réelle attention⁴⁴. On en attend beaucoup, peut-être au-delà de ce qu'une simple révision peut apporter. Avec la fin des idéologies qui, annoncée depuis longtemps, commence à se faire sentir, il paraît de plus en plus acceptable qu'au-delà de la distinction marxiste entre infrastructures et superstructures, le droit fournisse des instruments entre lesquels chacun peut choisir en fonction de ses objectifs, de ses projets, des groupes et des autorités qu'il entend favoriser selon des jeux de pouvoirs variables dans le temps⁴⁵. La notion de « boîte à outils » si souvent utilisée et avec des significations si diverses, prend ici tout son sens.

⁴⁴ Jean du BOIS de GAUDUSSON, « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones », dans *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Paris 1999, p. 341-354.

⁴⁵ Dans sa conclusion de « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », (*Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002, p. 721 à 748) A. BOURGI insiste sur l'importance du contentieux électoral : « Une observation attentive de la scène politique africaine montre que la plupart des conflits qui s'y déroulent trouvent leur origine dans les contestations post-électorales. Poussées jusqu'à leur paroxysme, elles créent toutes sortes de frustrations, et provoquent des replis communautaires lourds de menaces pour l'unité nationale. On mesure ainsi la responsabilité qui pèse sur les juges chargés du contentieux électoral

Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone

Objets de tant d'espairs, les constitutionnalistes africains évoluent dans un monde des plus contraints. Ils font l'objet de multiples pressions dont les moins légitimes mais pas les plus faciles à contrôler cherchent à s'exercer de l'extérieur des sociétés et les nations qu'il s'agit de régir dans leur dimension politique. Les organisations internationales ne sont pas les dernières à peser sur les assemblées et sur les gouvernements pour imposer leurs schémas et leurs hiérarchies de valeurs, avec d'autant plus d'efficacité qu'un certain nombre de financements sont, au moins implicitement conditionnés par l'alignement sur des normes définies au niveau mondial ou, à tout le moins, régional. Se développe une forme de « constitutionnellement correct » dont nul pays ne saurait s'écarter sans risquer d'être ostracisé. Tout un monde d'experts étrangers, notamment anglo-saxons, prétend conseiller les nouveaux venus sur le terrain de la démocratie libérale. Ils ont surtout investis les Etats d'Europe centrale qui paraissaient les plus sensibles à leurs préconisations et les plus solvables pour rémunérer un tel type de prestations. Ils évoluent aussi sur le continent africain et font concurrence aux soi-disant spécialistes venus des anciennes puissances colonisatrices. Il n'est jusqu'à ces dernières qui ne soient tentées d'intervenir, au moins en cas de tensions internes paraissant justifier des arbitrages ou des missions de bons offices.

Mais ce sont surtout les opinions publiques dont il faut tenir compte. Le témoignage le plus convaincant des attentes de ces dernières peut être cherché dans la tendance à introduire dans la constitution toutes sortes de valeurs et d'institutions que l'on tend, en quelque sorte, à « sanctuariser ». On peut classer dans cet ensemble de normes à enchâsser dans la constitution pour les protéger, notamment les libertés classiques dont on a pu constater la vulnérabilité en périodes de dictature, également ces traditions anciennes que l'on a remises en honneur mais dont on peut craindre qu'elles ne retombent en disgrâce, ou encore ces nouvelles autorités indépendantes dont on souhaite garantir la pérennité. La confiance placée dans le document le plus élevé de l'ordre juridique interne paraît parfois un peu exagérée dans la mesure où les révisions constitutionnelles ne sont pas si difficiles à conduire que l'on puisse en croire les dispositions complètement à l'abri de toute remise en cause. Il est d'ailleurs des degrés de protection plus ou moins élevés comme on le voit, souvent en fin de texte, avec quelques règles plus particulièrement protégées, ainsi de la forme démocratique du régime, de la référence à l'islam ou, plus prosaïquement, du non renouvellement du mandat présidentiel au-delà de certaines limites... Même dans ces cas là, on a peine à croire que la sécurité puisse jamais être absolue. Du moins cette croyance en des obstacles juridiques pour arrêter les tendances autoritaires,

et l'importance primordiale que revêt aujourd'hui une stricte application du Droit et de la Constitution ».

André Cabanis et Babacar Gueye

les ambitions périlleuses et les confiscations de la souveraineté populaire
marquent-ils les progrès de l'Etat de droit.

DIRE LES DROITS EN AFRIQUE. LES PARAJURISTES ET LES DEFIS LINGUISTIQUES

par Riccardo Cappelletti,
chercheur postdoctoral auprès du CERHDI (Centre d'étude
et recherche sur l'histoire du droit et des institutions)
de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

*« La communication prolonge le droit
de la manière la plus simple lorsqu'elle
se limite à en transmettre le contenu,
en l'expliquant à ceux qui l'ignoraient
ou ne pouvaient le comprendre.
Malgré la présomption de science
infuse qu'il a été obligé de poser –«nul
n'est censé ignorer la loi»– le droit est
conscient d'avoir en lui un certain
ésotérisme et sait que son idiome
technique peut appeler souvent une
traduction en français courant ».*

J. Carbonnier

I - Introduction

« Dire le droit ». Face à cette locution, la pensée vagabonde souvent chez les individus et au sein des organismes préposés à faire « parler la loi » : juges, magistrats, avocats, bref chez tous les opérateurs juridiques susceptibles d'être intéressés. Elle nous renvoie aussi aux lieux où cette voix résonne et se fait entendre : cours, tribunaux, assises. Ou, encore, aux espaces, aux procédures et aux règles d'énonciation de la loi.

Ces réactions presque instinctives semblent nous inciter à la recherche du « qui » et, dans une moindre mesure, du « où » et du « comment ». Il s'agit d'un travail d'enquêtes fort intéressant parce que strictement lié à la construction/constitution de l'Etat et de sa souveraineté. On pense ici, spontanément, au concept de juridiction. *Juris dictio* : l'acte de prononcer la parole qui tranche, qui oblige, qui dispose etc., comme acte fondateur,

constitutif et limitatif du pouvoir (pas seulement) étatique¹. Face à cette sorte de monopole de la parole, jalousement revendiqué –et, parfois, théorisé–, les questions que l’on vient d’esquisser demeurent incontournables pour toute analyse critique des mécanismes d’administration de la justice ainsi que des politiques juridiques². Pour autant, il ne faudrait pas oublier que chaque communication présuppose des destinataires. Il convient de s’éloigner des descriptions « passivisantes » s’adressant à de simples récepteurs, pour leur préférer des *interlocuteurs* qui co-participent à ces échanges.

Dans le domaine spécifique qui retient, ici, notre attention, l’action de communication suppose l’existence d’une catégorie bien précise de partenaires : les sujets de droit, les justiciables. Il nous semble alors utile de compléter les questions évoquées plus haut : « pour qui » on parle, « à qui » on s’adresse quand on dit le droit ? Cette mise au point répond à la nécessité d’une prise en charge et d’une reconnaissance des points de vue des titulaires, élément fondamental pour une reconstruction dynamique de la « vie sociale des droits »³.

A l’origine d’un tel recadrage, il y a eu une série de rencontres qui, de façon inattendue, nous ont permis de découvrir la figure et l’œuvre des parajuristes. Bien avant de devenir un véritable projet d’investigation, le sujet s’est imposé à nous comme un défi empirique, résultant des réalités socioculturelles auxquelles nous étions confrontés. Pour aborder les points importants de notre démonstration, il est bon de réserver quelques lignes à l’éclaircissement de ces circonstances. Cela nous permettra aussi de justifier

¹ Au point que l’on pourrait paraphraser le beau sous-titre de Jean-Godefroy Bidima pour le généraliser à toutes les formes de conception, de gestion et de manifestation de la juridiction en tant que « juridiction de la parole ». Cf. J.-G. BIDIMA, *La palabre : une juridiction de la parole*, Editions Michalon, Paris 1997.

² Parmi la vaste littérature dédiée à la consolidation ou à la contestation de cette attitude « monopoliste » de l’apparat étatique, nous nous bornerons à signaler une contribution qui a le mérite, tout à fait original, de mettre en relation la volonté monopolisante et la contrainte de « donner une réponse » en tant qu’attributs jumeaux de l’« ordre juridique officiel » Cf. P. MOOR, « Dire le droit », dans *Revue européenne des sciences sociales*, 35, 1997, n° 107, p. 33-55.

³ Nous empruntons cette expression de Richard Wilson qui, en l’appliquant à l’analyse des droits humains, s’interroge sur les processus et les phénomènes qui « s’interposent » entre la lettre des textes et/ou des instruments juridiques et leur traduction dans la vie quotidienne des groupes et des individus. En soulignant le rôle décisif joué par l’appropriation créative à laquelle se livrent les populations concernées, cette perspective vise à saisir les effets et les transformations des dispositions normatives après leur conception et leur mise en œuvre. Cf. R WILSON, « Afterword to “Anthropology and Human Rights in a New Key” : The Social Life of Human Rights », dans *American Anthropologist*, 2006, n° 108-1, p. 77-83.

le caractère « ébauché » des arguments proposés, beaucoup plus proches d'un débroussaillage préalable des pistes à explorer que d'une restitution de résultats incontestables.

Notre prise de contact avec la galaxie parajuridique remonte à 2009, année où nous avons pu faire la connaissance d'une ONG œuvrant dans la banlieue dakaroise : l'Union des groupements partenaires du Radi de Dakar (UGPRD). Lors de ce premier échange, nous avons commencé à nous familiariser avec certains enjeux et certaines problématiques liés à l'action parajuridique sans pourtant, pouvoir aller trop loin. En raison des spécificités de l'UGPRD et de ses activités croisées avec les domaines de la micro finance et du microcrédit, nous n'en avons retenu qu'un portrait assez vague mais, quand même, aux traits séduisants. A partir de ces données initiales, il nous a fallu multiplier les interviews pour délimiter les sphères réservées à l'intervention des parajuristes. Nous avons élargi progressivement le champ d'investigation pour donner une dimension (plus) comparative à notre démarche. Dans cette optique, les relations tissées avec le WILDAF-Sénégal depuis l'année 2010 se sont révélées fondamentales pour nous faire découvrir d'autres dimensions ainsi que des projets parajuridiques, parfois à portée continentale⁴.

Afin de proposer des analyses pertinentes et des indicateurs fiables de suivi/évaluation, nous avons intensifié les échanges qui se sont poursuivis en 2010, 2011 et 2012. Malgré la volonté de collaboration, la collecte des

⁴ « Les origines du *Women in Law and Development in Africa/Femmes, Droit et Développement en Afrique* remontent au Forum des ONG à Nairobi au Kenya en 1985 pour marquer la fin de la décennie des Nations unies pour les femmes. Les femmes activistes qui participaient au forum s'étaient réunies et avaient pris l'engagement de créer un réseau pour les droits des femmes africaines. Le réseau a été officiellement établi en 1990 à Harare au Zimbabwe après un long processus d'analyse contextuelle, d'identification des besoins, de formation et de planification des membres en vue de renforcer les programmes locaux et la coordination. WILDAF/FEDDAF s'est investi dans l'élaboration des programmes de mobilisation de groupes de plaidoyer pour les droits des femmes aux niveaux national, sous-régional et panafricain lors de divers forums. Il a centralisé et mis à la disposition des organisations et individus membres, des informations sur les évolutions et stratégies dans le domaine des droits des femmes en Afrique et ailleurs. Il a fait acquérir aux membres des compétences variées nécessaires pour accroître l'efficacité de leurs programmes [...]. Le WILDAF/FEDDAF Afrique de l'Ouest a été créé en avril 1997 et est basé à Lomé au Togo. Il a pour mandat de dynamiser le réseau dans la sous-région. Il fonctionne de façon autonome mais en conformité avec les dispositions statutaires du réseau. Le réseau couvre actuellement huit pays de la sous-région ouest-africaine : le Bénin, le Burkina Faso, le Ghana, la Guinée-Conakry, le Mali, le Nigeria, le Sénégal, le Togo et la Côte d'Ivoire. » Passages tirés du site web <http://www.wildaf-ao.org/> (page consultée le 30/09/2012).

données et des entretiens n'ont pas connu, jusqu'à présent, un développement appréciable bien que le cadre soit déjà plus détaillé. En dépit de ces obstacles d'ordre logistique *lato sensu*, et en dépit de certaines dissymétries dans l'action et dans la conception de ces deux réalités, nous avons pu retenir un certain nombre d'éléments en commun pour aboutir à une première délimitation de notre terrain d'enquête. La dimension linguistique a gagné bientôt une place d'excellence en raison de l'urgence et de la dynamique qu'elle a toujours revêtues dans toutes les occasions de confrontation. Il n'est trop hasardeux d'affirmer que l'existence des parajuristes peut s'expliquer, sans pourtant s'y réduire, par les innombrables défis que la langue pose sur la route d'une connaissance et d'une jouissance effectives des droits.

Malgré les insuffisances signalées, nous avons donc voulu jeter des jalons pour l'étude d'une problématique qui demeure fondamentale si l'on veut que le droit soit un véritable outil d'émancipation sociale plutôt qu'une entrave à l'épanouissement des peuples et des individus.

Une dernière digression concerne le pluriel choisi pour notre intitulé : nous y reviendrons tout au long de notre contribution, pour essayer d'en résumer les différents aspects détectés au fil des analyses. Il suffit pour le moment de noter qu'il s'agit d'un choix « dicté » par les contextes observés et qui trouve des correspondances dans certains acquis de la sociologie et de l'anthropologie du droit. Quant à ces dernières, la pluralité à laquelle nous faisons allusion tient à tous les phénomènes que l'on nomme, d'habitude, « pluralisme juridique ». Ce n'est pas le lieu ici de retracer les débats qui ont longtemps opposé les partisans d'une soi-disant « version forte » à la « version faible »⁵ ni, pareillement, de s'attarder sur les nuances qui différencieraient le « pluralisme juridique » du « pluralisme normatif ».⁶ Par

⁵ Nous nous référons, ici, à la célèbre partition proposée par Jaques Vanderlinden et par John Griffiths dans les premiers essais de systématisation théorique de la notion. Cf. J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », in J. GILISSEN (éd.) *Le pluralisme juridique*, Université de Bruxelles, Bruxelles 1971, p. 19-56, et J. GRIFFITHS, « What is legal pluralism ? », dans *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 1-55. Pour un état des lieux sur les dernières mises à jour dans ce débat, on lira avec profit l'excellent dossier (de) synthèse proposé dans J. VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », dans E. RUDE ANTOINE et G. CHRETIEN-VERNICOS (éds), *Anthropologies et droits. Etat des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, Paris 2009, p. 25-76.

⁶ Nous renvoyons, pour un premier aperçu de/sur cette dichotomie, à la lecture de J. GRIFFITHS, « The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology », in M. FREEMAN (ed.) *Law and Sociology. Current Legal Issues*. vol. 8, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 49-68, et de W. TWINING, « Normative and Legal Pluralism : a Global Perspective », dans *Duke Journal of comparative & international law*, 20, 2010 p. 473-517.

rapport aux objectifs de cet article, nous emploierons la notion pour désigner la *coexistence d'horizons normatifs différents à la disposition des acteurs sociaux* (tant individuels que collectifs), qui caractérise tout contexte socioculturel observé/observable.⁷ Une cohabitation qui, sans se limiter à la constatation d'une coprésence et d'une contemporanéité, veut embrasser le spectre allant de la coopération/collaboration au conflit et à la contestation mutuelle. Là où une représentation en termes de pluralité ne détecterait que les « pions » en jeu, le regard pluraliste vise à décrypter les logiques, les modalités et les rapports de force qui orientent ce « voisinage » parmi plusieurs *foyers de normativité*, sans s'arrêter à une classification compartimentée.

A la lumière de ces remarques rapides, nous allons suivre les traces des parajuristes aux prises avec une multiplicité d'acteurs et de cadres de régulation, ce qui rend leur dire le(s) droit(s) une tâche complexe et qui exige un apprentissage continu.

II - Le prisme de la langue

Pourquoi la langue ? Et pourquoi l'urgence de sa prise en charge, évoquée lors du rappel des interrogations soulevées par nos ONG de référence ? La première réponse que l'on pourrait avancer c'est que, bien évidemment, tout dire implique un idiome et le « dire du/le droit » ne saurait pas faire exception. Toutefois, cela n'expliquerait pas l'allure d'émergence que nous venons de souligner.

⁷ Sans les fausses dichotomies entre sociétés traditionnelles/sociétés modernes, sociétés développées/sociétés sous-développées etc. Les phénomènes dont nous parlons caractérisent n'importe quelle société de n'importe quelle époque : la composition plurielle de la matrice normative, dans laquelle le droit positif doit toujours lutter pour trouver sa localisation, constitue la règle, non pas l'exception. Sur l'ubiquité d'un tel cadre hétéroclite de régulation sociale, on lira avec profit, entre autres, les réflexions contenues dans E. LE ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (éds.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant/Thémis, Bruxelles 1998, p. 29-43, et E. LE ROY, *Les jeux des lois. Une anthropologie dynamique du droit*, LGDJ, Paris, 1999. Cette nature ubiquitaire n'empêche pas de produire des analyses spécifiques qui tiennent compte des indéniables spécificités socioculturelles. Pour l'Afrique nous renvoyons, à simple titre d'exemple, à la lecture de J. VANDERLINDEN, « Villes africaines et pluralisme juridique », dans *Journal of Legal Pluralism*, n° 42, 1998, p. 245-274, et J.-P. CHAUVEAU, M. LE PAPE et J.-P. Olivier de SARDAN, « La pluralité des normes et leurs dynamiques en Afrique. Implications pour les politiques publiques », dans G. WINTER (éd.), *Inégalités et politiques publiques en Afrique : pluralité des normes et jeux d'acteurs*, Karthala, Paris 2001, p. 145-162.

Les citations du doyen Carbonnier figurant en ouverture de notre voyage, tracent la route puisqu'elles incitent à réfléchir sur l'« ésotérisme » qui fait souvent, de la connaissance universelle de la loi, une chimère. Soit que l'on choisisse d'aborder la question en termes de dédoublement langue/langage⁸, soit que l'on préfère appliquer une grille de lecture plus spécialisée axée sur le couple langue générale/langue de spécialité⁹, le nœud reste celui des contenus, de leurs sens et, finalement, de la compréhension réciproque des sujets cherchant à communiquer. C'est à partir de cette technicité d'exclusion, avec son corollaire d'« ésotérisme des contenus », que l'on commence à apercevoir les défis qui attendent les parajuristes. Si, avec Carbonnier, l'on souhaite ce qu'il appelle une simplification en « français courant » pour le profane (qui, néanmoins partage avec les spécialistes une bonne partie de leur langue maternelle) que faut-il imaginer comme incompréhension pour des interlocuteurs qui ne disposent pas d'un socle linguistique en commun ?

La cause de la « spécificité africaine », avec les urgences particulières qui en dérivent, réside dans un phénomène que l'on désignera sous le terme de *fiction linguistique* par analogie avec son célèbre homologue juridique. Nous faisons ainsi allusion au fossé, parfois très large et profond, qui, presque partout en Afrique, sépare la soi-disant langue officielle des langues nationales. La langue de l'Etat, de l'administration, de la justice, diffère des langues les plus employées par les citoyens supposés pourtant connaître –et se reconnaître dans– l'idiome institutionnel. Ce décalage multiplie ses effets néfastes en amplifiant des fractures bien connues comme celle qui divise les couches alphabétisées de la population, toujours minoritaires, des couches analphabètes. L'on voit aisément comment la disjonction « habituelle » entre

⁸ La réflexion sur les particularités du droit en tant que langage spécifique avec ses propres règles, ses propres modalités de communication et sa propre forme de performativité, a nourri une prolifération de branches d'investigations. Il suffira ici de rappeler la tradition de la philosophie analytique du droit, inauguré par John Austin et engagée jusqu'à nos jours dans un dialogue constant avec la philosophie du langage ; les études de sémiotique juridique, surgies du croisement de la sémiotique classique, de la linguistique et de la théorie du droit ; le filon sociologique d'inspiration systémique/autocinétique, axé sur l'étude du droit en tant que sous-système social doté d'un code spécifique de sélection et de traitement des informations.

⁹ Sur ce sujet très technique, nous renvoyons, pour une première orientation, aux considérations exposées dans J.-C. GEMAR, « Terminologie, langue et discours juridiques. Sens et signification du langage du droit », dans *Meta : journal des traducteurs/ Meta : Translator's Journal*, vol. 36 n° 1, 1991, p. 275-283 et J.-C. GEMAR, « Le plus et le moins-disant culturel du texte juridique. Langue, culture et équivalence », dans *Meta : journal des traducteurs/ Meta : Translator's Journal*, vol. 47 n° 2, 2002, p. 163-176.

Dire le droit en Afrique. Les parajuristes

spécialistes –les « opérateurs juridiques »– et profanes, entre le jargon des premiers et le registre des seconds montre ici un durcissement qui disqualifie toute hypothèse de bonne communication. En effet, au-delà à l'analphabétisme « technique » qui stigmatise partout les non initiés, on est confronté en Afrique à un analphabétisme de base qui éloigne ultérieurement les masses des organismes créés pour les représenter. La fracture/fiction linguistique des contextes africains interpose, alors, des barrières supplémentaires entre les systèmes juridiques, les groupes et les individus dont ils devraient régler l'existence.

C'est principalement par rapport à ces déphasages que la figure, les actions et les buts des parajuristes acquièrent leurs contours. En ce qui concerne le Sénégal, qui représente notre terrain d'élection, il suffit de parcourir les deux tableaux suivants¹⁰ pour comprendre l'ampleur des obstacles signalés.

Tableau 7-1 : Taux d'alphabétisation selon le sexe, le milieu de résidence, la région et le groupe d'âge

	Masculin	Féminin	Total
Urbain	80,6	64,7	72,6
Rural	59,2	40,1	49,4
Ensemble	68,4	50,4	59,2
Dakar	82,4	67,6	75,0
Diourbel	59,4	31,9	44,6
Fatick	63,7	49,8	56,7
Kaolack	73,7	59,2	66,2
Kolda	63,1	43,9	53,5
Louga	54,4	35,3	44,5
Matam	43,9	28,2	35,6
Saint Louis	67,5	54,6	60,9
Tambacounda	55,0	38,5	46,7
Thiès	68,3	49,0	58,6
Ziguinchor	81,2	60,5	70,9
Sénégal	68,4	50,4	59,2

¹⁰ Extraits du *Troisième recensement général de la population et de l'habitat, RGPH III*, Rapport national de présentation, juin 2008, Agence nationale de la statistique et de la démographie (ANSD), p. 82-83.

Tableau 7.2: Pourcentage de la population alphabétisée dans les différentes langues nationales par région de résidence.

Langues Alphabétisation	Dakar	Diourbel	Fatick	Kaolack	Kolda	Louga	Matam	Saint Louis	Fatick	Thiès	Ziguinchor	Total
Analphabète	25,0	55,4	43,3	33,8	46,5	55,5	64,4	39,1	53,3	41,4	29,1	40,8
Français	62,7	17,2	36,3	24,8	30,6	20,3	17,0	36,4	24,7	40,3	63,9	37,8
Arabe	22,3	28,3	21,3	43,5	23,9	25,5	18,0	38,3	23,5	21,8	10,5	25,9
Wolof	1,3	2,3	1,3	2,8	0,3	3,1	0,1	1,5	0,6	1,8	0,2	1,5
Pulaar	0,4	0,1	0,2	0,6	3,8	1,1	4,9	3,5	2,9	0,2	0,2	1,2
Sereer	0,1	0,6	2,1	0,2	0,1	0,1	0,1	0,1	0,2	0,3	0,0	0,3
Mandingue	0,1	0,0	0,1	0,0	0,6	0,0	0,0	0,0	1,0	0,0	0,3	0,2
Diola	0,1	0,0	0,0	0,0	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,0	0,1
Soninke	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,1	0,0	0,2	0,0	0,0	0,0
Autres langues	2,0	0,4	0,5	0,3	0,5	0,2	0,2	1,1	0,2	0,7	1,9	0,9
Total	2125271	894404	517167	908647	696009	583827	356488	678788	519880	1163906	371327	8814714

Au-delà de l'évidence des pourcentages, indispensables pour un état des lieux rigoureux et ponctuel, il ne faut pas oublier ni sous-estimer le poids d'une série de choix de *politique juridico-linguistique*¹¹. Loin d'être le seul résultat d'une causalité historique, la fragmentation et –surtout– la hiérarchisation esquissées par les schémas ci-dessus sont aussi les conséquences des décisions assumées par les colonisateurs et confirmées par les élites post indépendance. Pour s'en tenir au contexte sénégalais, l'on a aussi montré comment la promotion ou la dévaluation de certains idiomes a suivi une stigmatisation ou une élévation des modèles de conduite et de comportement en fonction du traitement du support langagier qui en transmettait les contenus¹².

A la lumière de ce que nous venons d'écrire, il est indispensable d'enrichir les données décrites ci-dessus avec un autre élément tout à fait décisif : celui du plurilinguisme. Le pluralisme juridique trouve effectivement un prolongement/complément idéal dans le pluralisme linguistique. L'on pourrait même aller plus loin : compte tenu de la

¹¹ Sur ce point on lira avec profit M. CISSE, « Langues, Etat et société au Sénégal », dans *Sudlangues. Revue électronique internationale de sciences du langage*, 5, 2005, p. 99-133. Les numéros de la revue sont disponibles sur le site www.sudlangues.sn (page visitée le 18/09/2012)

¹² Cf. F.K. CAMARA, « Droit et langues au Sénégal. Les mythes fondateurs de l'unilinguisme d'Etat à l'épreuve des faits et des exigences de l'Etat de droit », dans *Droit Sénégalais*, n° 9, 2010, p. 185-239. On peut lire aussi, du même auteur, « Le Code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre », dans *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2008, p. 11-47, qui contient des données sociolinguistiques précieuses ainsi qu'un portrait exhaustif du croisement des sphères normatives dans la réalité actuelle du pays.

dépendance à l'égard de la langue pour toute articulation et diffusion des messages à caractère normatif, le pluralisme linguistique est utile en tant qu'agent multiplicateur du pluralisme juridique, en lui fournissant les moyens indispensables à sa prolifération et à sa (re)production. Le tableau qui en résulte nous offre un aperçu (encore) plus détaillé de la complexité multidimensionnelle qui entoure tant les parajuristes que les gens qui leur demandent des prestations.

III - Les parajuristes : statut, rôle(s), fonctions

En ligne avec nos préoccupations linguistiques, nous allons commencer par l'étude des mots. Qu'est-ce qu'il faut entendre par *parajuriste* ? Qui sont les gens que l'on désigne avec cette locution ? D'où viennent ils/elles ? Quelles sont les charges dont ils sont investis ? Plus spécifiquement, qu'est-ce que le préfixe *para* ajoute et/ou modifie à la sémantique (du) juridique ?

Jusqu'à présent il n'y a pas, à notre connaissance, une définition univoque qui assure une convergence absolue des différents acteurs impliqués. Néanmoins, des propos herméneutiques ont été avancés et ont fait l'objet d'une confrontation entre les sphères socioprofessionnelles les plus concernées. Selon une version assez partagée, l'origine de la locution pourrait être trouvée dans un emprunt à l'environnement médical/hospitalier. En analogie avec le corps paramédical, censé agir comme une courroie de transmission entre les rouages sanitaires institutionnels et les besoins des patients, les parajuristes devraient assurer la communication –et la rencontre– entre la machine que constitue l'administration de la justice et les instances en provenance des justiciables¹³. Au titre de (partielle) confirmation de cette « filiation », l'on peut rappeler l'utilisation du terme « clinique » pour

¹³ Voilà comment Ibrahima Koreissi, coordinateur du *cadre national de pilotage du curriculum national du parajuriste au Mali*, reconstruit l'origine de l'emprunt : « Nous savions déjà que, dans un hôpital, il y a différentes personnes, différents personnels. Et différents échelons. Il y a les professeurs, les docteurs, les médecins, il y a des paramédicaux qui sont là. Donc c'est ce mot-là que l'on a emprunté pour l'amener aux juristes. On sait qu'il y a les juristes, il y a les avocats. On s'est dit donc qu'il faudrait bien qu'il y ait un intermédiaire. D'où le terme parajuriste. » Propos contenus dans L. VARISON, « Des droits au cœur du « village ». Le travail des parajuristes au Mali », dans E. LE ROY et autres (dir.), *Pratiques citoyennes de droit*, Karthala, Paris 2011, p. 89-106 (96). Pour une présentation similaire en termes de « consonances » avec l'ambiance médicale voir aussi V. MARU, « Between Law and Society : Paralegals and the Provision of Justice Services in Sierra Leone and Worldwide », dans *The Yale Law Journal of International Law*, vol. 31, 2006, p. 427-476.

designer les organismes mis en place dans certains pays pour assister les citoyens dans leurs démarches *lato sensu* juridiques¹⁴.

En ce qui nous concerne, nous préférons une description plus neutre, qui puisse se soustraire au halo encombrant de la maladie et à la vision « pathologique » qu'il risque d'engendrer¹⁵. Fidèles à ses racines étymologiques, nous entendrons alors le « para » comme une marque synchronique d'affinité et de différence, de proximité et de distanciation, de partage dans la diversité. Nous essayerons de signaler les points de contact et les prises de distance que l'on peut détecter, puisque la lecture proposée en démontre le bien fondée.

Cette clé de lecture présente, en outre, deux avantages supplémentaires. En premier lieu, elle permet de mieux rendre compte des va-et-vient continus qui se développent entre la soi-disant sphère officiel, avec ses techniciens et ses praticiens, et la nébuleuse « laïque » qui l'entoure (et qui s'en sert), en privilégiant une vision d'interface à la place d'une conception « pure » et séparatiste des deux pôles de la relation. Une approche « mélangée » ainsi conçue, sauvegarde la qualification de facilitateurs de (la) communication, de relais, en potentialisant la fonction d'intermédiation toujours invoquée pour qualifier les tâches propres aux parajuristes. Ne se contentant pas de faire figure de « simples » intermédiaires, ils s'efforcent d'œuvrer dans les deux directions selon une logique bi univoque qui aspire à agir sur les champs qui se confrontent. Grâce à l'œuvre diffusée et différenciée de ces « passeurs des normes »¹⁶, l'interface parajuridique viserait, alors, à produire des adaptations mutuelles durables. Ce qui reste à démontrer, ce sont les impacts

¹⁴ Comme, entre autres, le Mali, le Malawi et la Sierra Léone. Ce qui reste à déterminer c'est si le choix de l'appellation clinique n'a pas été une conséquence de la « conformité » imposée par la perspective « hospitalière », donc une sorte de prolongation automatique de celle-ci.

¹⁵ Il suffit de lire le passage suivant, toujours pris dans l'interview précédemment cité, pour s'apercevoir du potentiel d'erreurs résultant d'une assimilation médicale trop poussée : « Dans notre idée le Mali était malade. Les Maliens étaient malades du fait juridique, du droit. Il fallait une politique sanitaire du droit au Mali. » *Ibidem*. Sans vouloir à notre tour nous prononcer sur l'état « de santé » du système juridique malien, il nous semble plus prudent de s'abstenir de tout jugement de valeur pour réserver notre attention à l'analyse des pratiques déployées par les parajuristes, tout en sachant qu'elles s'expliquent par des vides à combler et des obstacles à (essayer de) dépasser sans que l'on soit toujours en présence de dégénérescences morbides.

¹⁶ Nous nous référons à la qualification employée par Guy Rocher dans son étude sur l'internormativité en milieu hospitalier. Cf. G. ROCHER, « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », dans J.-G. BELLEY (éd.), *Droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris 1996, p. 25-42.

réels de ces transformations ainsi que l'effective viabilité des mutations déclenchées.

En deuxième lieu, cette vision hybride nous permet de théoriser une localisation de « seuil » en tant que *contresigne distinctif* du parajuridisme. Dans la littérature anthropologique sur le thème des droits humains, un des courants émergents s'est focalisé sur la « pratique des droits de l'homme » en tant qu'objet privilégié de recherche. En choisissant d'analyser les conditions d'affleurement des idées humanitaires dans les pratiques de la vie quotidienne, ce gisement d'investigations étudie en priorité les cadres sociaux de cette émergence, avec leurs contraintes et leurs antagonismes. Les auteurs qui promeuvent une telle démarche prônent pour la mise en place d'acteurs –tant individuels que collectifs– qui vont/sont sur le terrain pour encourager le renforcement du discours transnational des/sur les droits de l'homme. L'analyse de leurs stratégies et de leurs tactiques devrait garantir un accès privilégié aux dynamiques de rapprochement entre les réalités véhiculées par les textes (et les institutions) porteurs de cette normativité transnationale et les réalités socioculturelles qu'elle ambitionne de réglementer. Ce qui retient ici notre attention, c'est justement la caractérisation « suspendue » attribuée à ces sujets. Selon Mark Goodale, un des porte-drapeaux de la formulation, ils seraient obligés d'implémenter une logique opérationnelle qu'il qualifie de *l'entre-deux (betweenness)* pour jongler entre les lois à vocation globale/universelle et les formes locales de « normativités situées », parfois à la limite de l'idiosyncrasie¹⁷. Tout au long de ces tentatives de syntonisation, ils seraient exposés à une « liminalité éthique et juridique »¹⁸ qui présente des risques –une sorte de perte des repères avec un affaiblissement des défenses cognitives et culturelles, une exposition presque totale aux pouvoirs– ainsi que des opportunités –la chance d'expérimenter des parcours inédits, d'intervenir efficacement sur son propre cadre de vie–. Sally Engle Merry, qui partage ce point de vue, y ajoute une attention particulière pour la dimension culturelle des « systèmes de signification » mobilisés à la suite d'une interconnexion des différents lieux utilisés par cette mise en relation¹⁹. En dénommant ces acteurs-relais, des « gens au milieu », elle exalte l'idée d'un positionnement glissant et d'une appartenance multiple qui favorise la *transmission* des contenus et des

¹⁷ M. GOODALE, "Locating rights, envisioning Law between the Global and the Local", dans M. GOODALE, S.E. MERRY (eds), *The practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 1-38.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ S.E. MERRY, "Transnational Human Rights and local activism. Mapping the middle", dans *American Anthropologist*, vol. 108, n° 1, 2006, p. 38-51.

représentations/visions du monde, même si elle aussi ne manque pas de contrebalancer cette fluidité apparente par l'évocation de contraintes et de lourdeurs qui demeurent bien présentes.²⁰

La définition « liminaire » que nous allons retenir ici sera donc une définition dépassant le seul cadre spatial²¹. Bien qu'attentive aux lieux et aux contextes physiques, elle mettra davantage l'accent sur les passages et les intersections entre les composantes symboliques et relationnelles –les « cercles sociaux »– qui interviennent dans toute confrontation linguistique. Par conséquent, le potentiel transformatif de la liminalité, bien connu et étudié par l'anthropologie, se révèle un angle essentiel pour observer le parajuridisme, même dans sa version réduite au seul volet langue(s)/droit(s).

Pour évaluer la pertinence des qualifications jusqu'à ici énumérées, ainsi que leur transposabilité effective à l'activité parajuridique, nous commençons par les définitions contenues dans un texte conçu pour (tenter d') harmoniser les politiques de formation des parajuristes. Il s'agit du *statut du parajuriste*, signé à Bamako le 28 mai 1998 par plusieurs ONG et associations formatrices de parajuristes du Mali, du Sénégal, du Burkina Faso, du Niger et de la Guinée Conakry²².

« Article 1 : Est parajuriste, la personne (homme ou femme) connaissant les réalités sociologiques de son milieu d'intervention, jouissant d'une notoriété certaine et qui contribue à rendre le droit accessible aux populations.

Article 2 : Le ou la parajuriste n'est pas un ou une professionnel(le) du droit.

²⁰ « Les intermédiaires ou les traducteurs travaillent à différents niveaux pour négocier entre systèmes des significations locaux, régionaux, nationaux et globaux. [...] Ce travail est fait par des acteurs qui se meuvent entre les localités avec lesquels ils travaillent, en prenant des idées d'une place spécifique et en les redéfinissant ou en les adaptant à une autre. [...] La traduction a lieu entre des champs à pouvoir inégal. Le travail des traducteurs est influencé par les bailleurs de fonds ; par leurs engagements ethniques, de genre ou d'autre nature sociale ; et par les cadres institutionnels qui créent des opportunités de richesse et de pouvoir. [...] De plus, les traducteurs travaillent à l'intérieur d'espaces discursifs préétablis qui limitent le répertoire d'idées et des pratiques disponibles pour eux ». *Ibidem*, p. 39-40.

²¹ Vivek Maru développe une logique de l'entre-deux tout à fait similaire : « Si les programmes parajuridiques sont bien adaptés aux contextes dans lesquels ils travaillent, ils ont le potentiel pour synthétiser les approches à la justice modernes et traditionnelles et pour jeter un pont sur l'abîme souvent ouvert entre droit et société ». Cf. V. MARU, *op. cit.*, p. 476.

²² Le texte intégral du statut est disponible pour le téléchargement à l'adresse http://www.cnpcpmali.org/pdf/statut_definitif.doc (page contrôlée le 13 septembre 2012).

Selon les intentions des rédacteurs, la « connaissance sociologique » du milieu d'intervention, le « non-professionnalisme » et la « parité de genre » représentent des conditions fondamentales pour orienter le choix et l'entraînement des sujets destinés à devenir parajuristes. A cette liste minimale, il faut ajouter certaines caractéristiques sur lesquelles on reviendra par la suite.

En ce qui concerne le triptyque en question, nous n'insisterons trop sur la variable « genre » sinon pour préciser qu'en vertu des circonstances spécifiques à nos enquêtes, la majorité des personnes que nous avons rencontrées sont des femmes. Au-delà du cas d'espèce, l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe demeure une condition fondamentale pour l'existence d'une organisation parajuridique, bien que l'on enregistre une variation des taux de féminisation et de masculinisation selon les campagnes menées et les domaines ciblés. C'est-à-dire que, face à des thématiques réputées très sensibles, l'affinité de genre semble garantir une amélioration de performances attendues.

Le thème de la professionnalité mérite, quant à lui, quelques remarques supplémentaires car il nous ramène directement au cœur du rapport de dépendance/indépendance qui s'instaure entre les parajuristes et le système juridique officiel. Un constat préalable s'impose : l'affirmation péremptoire de non appartenance aux « professions légales » apparaît dans tous les textes qui traitent du profil et des missions du/de la parajuriste.²³ Il s'agit donc d'un attribut identitaire non négociable et irremplaçable. Pourtant, il ne faudrait pas se tromper en interprétant cette condition comme une sorte d'éloge du débrouillard car, comme l'on verra tout de suite, il y a nombre d'obligations « pédagogiques » à respecter pour acquérir le savoir-faire nécessaire pour l'obtention du titre en question. L'on cherche plutôt, avec cette double démarcation des compétences finalisée, à éviter des incompréhensions dangereuses en termes d'abus de confiance ou de « détournement » des attentes des justiciables. Etant donné, par exemple, que les parajuristes ne sont pas habilités à plaider ni outillés pour assister directement quelqu'un qui veut aller en justice, il serait contreproductif de laisser entendre le contraire. Le risque serait, entre autres, d'amplifier la méfiance à l'égard de l'apparat étatique et, par conséquent, d'affecter les chances de se prévaloir des tutelles assurées par ce dernier.

²³ Voir, par exemple, A. S. TSANGA et O. IGE, *Manuel de formation de parajuristes pour l'Afrique*, Commission internationale de juristes, Genève 1999, et le *Curriculum National de Formation du Para juriste au Mali. Cadre de concertation Mali-Centre International de Coopération Juridique – Pays-Bas (CILC)*, 2006, texte téléchargeable à l'adresse http://www.cnpcpmali.org/pdf/curriculum_national.pdf (page visitée le 24/09/2012).

Cette revendication d'une non appartenance au corps administratif et législatif largement entendu, avec une mise en valeur apparente de la « prise de distance », n'acquiert son sens profond qu'une fois qu'elle a été associée aux prévisions qui, de leur côté, valorisent la « prise de contact ». Nous pouvons en résumer l'essentiel dans l'obligation, qui incombe à tout aspirant potentiel, d'acquérir une connaissance minimale du cadre juridique officiel. En fait, pour devenir parajuriste, le statut prévoit que les candidat(e)s aient réussi une formation portant sur ces que le *statut* nomme « thèmes juridiques de base » : a) l'accès à la justice et à l'administration ; b) les droits de la femme ; c) les droits de l'enfant ; d) le droit foncier ; e) l'état civil ; f) la décentralisation ; g) la prévention et le règlement des conflits ; h) la démocratie et l'état de droit ; i) les droits de l'homme²⁴.

L'on voit bien comment toutes les « spécialités » énumérées renvoient à la fois à l'horizon étatique –avec ses dispositifs et ses institutions– et à l'horizon inter et transnational –les instruments normatifs à connotation humanitaire–. Du reste, pour pouvoir jouer le rôle de relais et de facilitateurs que nous avons attribué aux parajuristes, l'obligation d'une connaissance juridique de base paraît incontournable.

Au-delà de l'énumération de ces compétences juridiques, il y a une autre dimension qui corrobore l'idée d'une collaboration *dans* la sauvegarde d'une autonomie (mutuelle) entre juristes et parajuristes : il s'agit du constat que la formation habilitante doit être assurée par des avocats, par des universitaires, par d'autres opérateurs juridiques²⁵ etc. Loin de créer des zones grises ou des espaces ambigus, le recours à l'expertise des professionnels du droit vise à fournir aux futurs intervenants sur le terrain, les repères de base nécessaires pour s'orienter et orienter les autres. Il en va de même, bien qu'avec des aspects légèrement divergents, pour ce qui concerne l'autre volet du *know-how* indispensable à l'obtention de la qualification de parajuriste : nous pensons ici aux capacités en matière de communication. Leur apprentissage passe également par le recrutement de techniciens et de théoriciens²⁶. Pour conclure sur la question de la professionnalisation, l'on pourrait dire que, bien que l'activité du/de la parajuriste ne soit pas une profession²⁷, elle

²⁴ Article 8, alinéa 1.

²⁵ Nous remercions le professeur Demba Sy qui, lors du colloque, a bien voulu partager avec nous certains aspects de son expérience en tant que formateur de parajuristes.

²⁶ Article 7 du statut : « Le ou la para juriste reçoit une formation théorique et pratique essentiellement dans le domaine du droit et des techniques des communications, par des spécialistes en la matière, au cours de séminaires ou stages ».

²⁷ Il faut aussi ajouter que, dans la plupart de cas, les parajuristes ne perçoivent pas de salaires ou de rémunérations pour les services rendus, bien qu'en raison de la

requiert quand-même un « métier » qui impose une rigueur et une méthode à intérioriser.

Tout ce que nous venons d'écrire, doit aussi se comprendre par rapport à l'origine sociale des sujets destiné(e)s à être formé(e)s. D'une manière générale, il s'agit de personnes dépourvues d'une éducation scolaire formelle, souvent à la limite de l'analphabétisme souligné *a priori* comme une des raisons d'être du parajuridisme. Cela explique pourquoi, avant toute formation spécifique dans les domaines ci-dessus mentionnés, les obligations pédagogiques qui les concernent visent à la consolidation d'un niveau linguistique acceptable, sans lequel tout effort pour franchir les barrières « juslinguistiques » serait condamné à l'échec. En outre, dans la plupart des cas, les futurs « assistants juridiques » sont désignés par leur propre communauté, au sein de laquelle ils sont censés retourner pour dispenser le savoir et le savoir-faire acquis²⁸.

Ce dernier critère *lato sensu* géographique nous amène directement au troisième trait distinctif impliqué par le *statut* : la maîtrise de l'environnement socioculturel, dans laquelle la connaissance des langues (localement) majoritaires joue sans doute un rôle prééminent.

La valorisation de ce que nous pourrions appeler, en paraphrasant Clifford Geertz, la « connaissance locale », ajoute sa contribution à l'œuvre de rapprochement entre les populations et les institutions²⁹. Il s'agit d'une condition importante, si l'on considère la valeur stratégique d'une bonne acceptation « par le bas » en termes de *légitimation* des actions des parajuristes. Cette forme de proximité *résidentielle*, facette complémentaire et/ou assurance d'une proximité *culturelle*, vise à atténuer l'impression d'éloignement par rapport au référent étatique et à ses incarnations, rappelé

collaboration avec les ONG ou avec d'autres organismes similaires, ils puissent arriver à obtenir une forme de traitement. Pour un tour d'horizon sur les différentes options jusqu'à ici parcourues voir V. MARU, « Between Law and Society », *op. cit.*

²⁸ Il est intéressant de rappeler que, parmi les premières désignations des parajuristes, l'appellation anglaise « community based paralegals » est la plus retenue jusqu'à présent. Sur ce sujet on peut lire, avec profit, le manuel *Community-based Paralegals. A Practitioner's Guide*, rédigé par la *Open Society Justice Initiative* et téléchargeable à l'adresse <http://www.soros.org/sites/default/files/paralegal-guide-20101208.pdf> (page consultée le 30/09/2012) mais aussi la tout récente –11 juillet 2012– *déclaration de Kampala sur les parajuristes communautaires* consultable à l'adresse <http://www.namati.org/wp-content/uploads/2012/08/D%C3%A9claration-de-Kampala-sur-les-parajuristes-communautaires-Final-8.1.pdf> (page visitée le 30/09/2012).

²⁹ Cf. C. GEERTZ, « Local Knowledge. Fact and Law in Comparative Perspective », dans *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, New York 2000³, p. 167-234.

fréquemment lors de nos interviews, surtout au sein du milieu rural où, à cause aussi d'une « distance logistique », le sentiment d'une justice et d'un droit éloignés, étrangers, demeure enraciné. L'ascendant communautaire partagé, quelle que soit la « taille » de l'agglomération de provenance – quartier, village, communauté rurale etc.– semblerait affaiblir les soupçons d'une loyauté exogène, qui jouerait en défaveur des soucis endogènes. La proximité des orientations et des valeurs fournirait une sorte de garantie : les parajuristes seraient les porte-paroles des instances autochtones, en étant suffisamment ancrés dans les réalités locales et en connaissant les besoins les plus pressants.

La référence à une « notoriété certaine » va dans la même direction : il s'agit de favoriser l'acceptation des propos et des initiatives avancés par les opérateurs, grâce à une influence capable d'amoindrir les risques de méfiance. En outre, si l'on examine la question du point de vue de la réputation personnelle, on verra dans cette recommandation une sorte d'injonction à garder une conduite exemplaire, apte à renforcer la crédibilité des activités mises en place. Il en va de même pour le rapport de confiance qui lie le parajuriste à l'institution qui a assuré sa formation. Loin d'être une relation de dépendance ou de simple subordination, l'obligation d'agir d'une façon concertée tend à éviter tant les abus de confiance que les manifestations de pouvoir et/ou d'autorité afin de consolider le crédit auprès des populations³⁰. Cet engagement mutuel doit assurer le suivi et l'évaluation des campagnes menées par les opérateurs, en garantissant, en même temps, un renforcement des capacités et une mise à niveau constante des sujets formés. En plus, ils sont appelés, à leur tour, à devenir des formateurs, selon une logique de transfert de compétences à « coût zéro ».

IV - Les parajuristes et la langue : questions spécifiques

Jusqu'à ici, nous avons fourni un aperçu général des parajuristes. Il est temps, maintenant, de se concentrer sur leur relation avec la langue qui représente le cœur de notre intervention. Il y a un concept qui en cristallise le sens le plus intime : l'idée –et l'œuvre– de *vulgarisation*. Encore une fois, on

³⁰ Art. 4 du statut : « Le ou la parajuriste est sélectionné(e) de concert avec les communautés à la base, en fonction de critères rigoureux définis par l'ONG ou l'association formatrice. » Art. 6 : « Le ou la parajuriste ne peut exercer ses fonctions que s'il ou elle est rattaché(e) à une association, une ONG ou un réseau, actif dans le domaine des services juridiques. » Art. 10 : « L'ONG ou l'association doit garantir la formation, le suivi, le recyclage, la couverture juridique en cas de besoins légitimes, les documents d'identification ainsi que les moyens nécessaires à l'accomplissement de la mission du/de la parajuriste. »

partira du *statut* pour en tirer des orientations préliminaires. Au début du chapitre 3, dédié à l'exposé de la « mission du parajuriste », on retrouve l'article 5 qui contient les spécifications suivantes : « Le ou la para juriste a pour fonction de : a) rendre dans une langue et un langage accessibles le sens des textes législatifs et réglementaires, b) assurer aux populations un appui et un conseil juridique, c) formuler des suggestions permettant de mieux adapter les textes à la réalité, d) encadrer les groupements et les associations de base, e) mobiliser les ressources humaines, f) prévenir et participer à la gestion des conflits, e) conduire des programmes d'éducation ».

Parmi les différentes entrées de ce catalogue, le point a) représente sans doute la meilleure mise au point de la problématique. Dans cette alinéa, nous retrouvons le « découpage » qui, quelques lignes au-dessus, nous a permis de parler d'une double forme d'analphabétisme en raison de la technicité du jargon juridique qui se superpose aux obstacles de l'idiome « fictivement » officiel. Les rédacteurs ont montré une conscience de la spécificité du droit en tant que langage, sans se borner à recommander une « simple » traduction qui laisserait intactes certaines barrières conceptuelles. Néanmoins, cette focalisation indiscutablement opportune nécessite un recadrage ultérieur.

Au-delà d'une première clarification consistant, par exemple, dans la transposition en langues nationales, est-ce que l'on pourra trouver des équivalents qui soient à même de rendre vraiment compréhensible l'univers des significations déployées par les textes juridiques ? Apparemment, si l'on s'en tient à la lettre du document, les deux processus de translation linguistique sembleraient être conçus comme des étapes nécessaires tandis que, comme il est signalé plus haut, les différents répertoires normatifs reposent sur des fondements et sur des représentations culturels parfois fort distants, à la limite de l'incommunicabilité.

Toutefois, si on lit cette disposition en la rapprochant du point c), l'on aperçoit, en filigrane, une prise en compte plus attentive des possibles dissonances cognitives susceptibles d'apparaître lors de l'adaptation des textes aux contextes, et vice-versa. D'un côté, l'« acclimatation » des premières dépend forcément d'une adéquation et d'une simplification linguistiques ; d'un autre côté, bien que la « variable langagière » demeure primordiale, l'idée d'une harmonisation avec les réalités socioculturelles implique un dialogue en profondeur pour découvrir les mondes derrière/en dessous des mots. C'est dans ce sens qu'à notre avis, il faut entendre la mobilisation des ressources humaines (point e) et la promotion d'initiatives éducatives (point g) qui dépassent l'acquisition du lexique et de la sémantique juridiques pour aborder les territoires des croyances et des systèmes de pensée. Du reste, la notion de *vernacularisation* renvoie à des

pratiques –et des poétiques/politiques– articulées qui rendent le processus tout à fait multidimensionnel³¹.

Pour mieux apprécier les différentes dimensions impliquées, il convient de présenter un bref inventaire des outils et des techniques qui composent la méthodologie parajuridique. Sans aucune prétention d'exhaustivité, l'on peut résumer ce répertoire de la façon suivante :

1) *Traduction des textes* : il s'agit, sans doute, de l'opération la plus ambitieuse parmi celles envisagées par les ONG et les autres organisations actives dans ce domaine. Il suffit de revenir brièvement sur les dyscrasies cognitives et normatives existant entre les différentes cultures juridiques qui doivent dialoguer, pour comprendre l'énormité de la tâche³². Au-delà des difficultés liées à la recherche des équivalents, il faut ajouter que chaque exercice de traduction s'accompagne d'un effort de simplification. En substance, les efforts des traducteurs doivent se déployer dans deux directions pour poursuivre des adaptations qui soient, à la fois, une conversion lexicale et un éclaircissement des contenus. Pour donner un exemple de cette double tâche, nous avons choisi l'extrait suivant :

« Article 3 : Droit à la dignité. Il faut respecter et faire respecter la personne de la femme.

1. Toute femme a le droit d'être respectée et protégée comme un être humain.

2. La femme a également le droit au respect de sa personne et de tout ce qui fait partie de sa personnalité. *Ce qui veut dire que personne ne peut exercer des violences sur son corps ; ainsi par exemple elle ne doit pas être battue même par son mari ; on ne doit pas l'exciser c'est-à-dire lui enlever certaines parties de son organe génital.*

³¹ Pour les buts de cet article, nous employons les deux notions (vulgarisation et vernacularisation) comme de parfaits synonymes, même si, en syntonie avec les études déjà citées sur le thème des pratiques des droits de l'homme, notre prédilection irait à la deuxième en raison de l'interdisciplinarité majeure qui la caractérise. Pour une excellente exposition des similarités avec le processus historique d'affirmation des langues vernaculaires, accompagnée par les indispensables mises au point de teneur juridique, on lira avec profit P. LEVIT et S.E. MERRY, « Vernacularization on the ground : Local uses of global women's rights in Peru, China, India and the United States », dans *Global Networks*, vol. 9 n° 4, 2009, p. 441-461.

³² Pour un tout premier aperçu de la portée –et des résultats partiels– de ce défi au niveau continental nous renvoyons au portal web du projet *KYR-Know your rights* consultable à l'adresse : <http://alma.matrix.msu.edu/Know-your-rights> (page visitée le 28/09/2012).

3. Les femmes ne doivent pas être utilisées pour le commerce du sexe. *C'est-à-dire qu'on ne doit pas employer des femmes comme des objets à vendre pour permettre à d'autres personnes de satisfaire leurs besoins sexuels.*

Les femmes ne doivent pas non plus être obligées de faire des travaux ou toute chose qui les humilient ou qui ne permettront pas de les respecter comme une personne.

4. Les femmes doivent être protégées contre toutes les formes de violences *c'est-à-dire tout ce qui peut faire mal à une personne surtout les violences sexuelles telles que le viol qui est le fait d'avoir des rapports sexuels avec une femme contre sa volonté ou le harcèlement qui est le fait pour un patron ou un camarade de service ou toute autre personne de déranger régulièrement une femme dans le but d'avoir des rapports sexuels avec elle ou les violences verbales telles les injures.* »

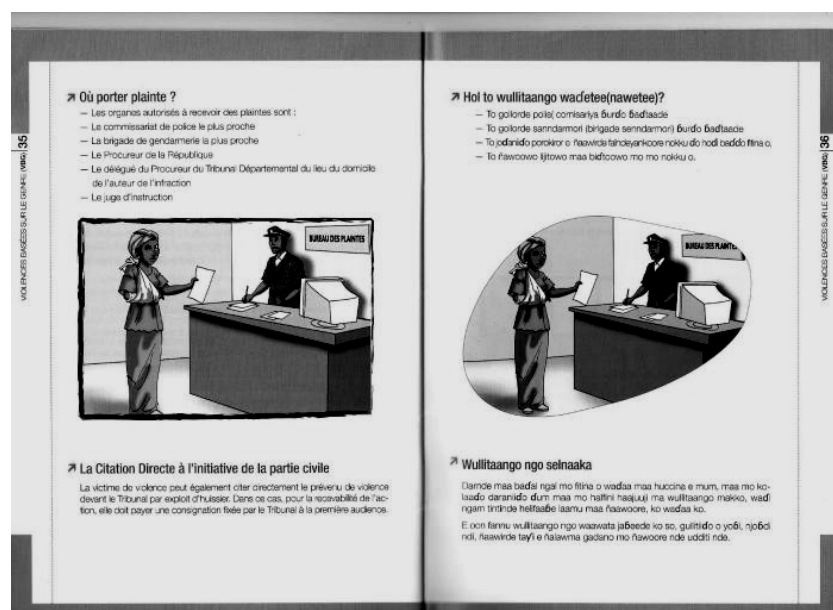
Cet échantillon, tiré de la version simplifiée du *protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme –protocole de Maputo* réalisée sur initiative du WILDAF-Afrique de l'Ouest, donne un exemple des traductions que l'on vient de traiter. Bien qu'il ne présente pas le volet en langue nationale, il prouve l'enrichissement du texte par des commentaires –en italique– plus proches de l'expérience quotidienne, dans le but de « convertir » les dispositions « générales et abstraits » en cas d'espèce fort concrets et identifiables.³³

2) *Causerie* : comme le mot le laisse bien paraître, il est question de mettre en place des séances conviviales de discussion autour d'un sujet préétabli. Le cadre « informel », dans lequel le para juriste joue un rôle de « simple » modérateur pour assurer un certain équilibre dans la prise de parole, facilite l'échange des opinions et des points de vue. D'habitude, on accorde une préférence à la langue locale la plus généralement parlée pour faciliter le débat autour d'un concept « extrait » de son milieu –pas seulement juridique– d'origine. Les participants sont encouragés à fournir leur propre version et à poser des questions pour arriver à une appropriation commune

³³ Version simplifiée par Koffi Kounté (par compte du WILDAF-Afrique de l'Ouest), grâce à l'appui financier fourni par la *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit* (GTZ). L'esprit de l'initiative est bien condensé dans les mots suivants de la coordonnatrice du bureau sous-régional WILDAF Afrique de l'Ouest Kafui Adjamagbo-Johnson, contenues dans la préface dudit texte : « C'est justement dans le but de faciliter la mise en œuvre du protocole que le bureau sous régional du WILDAF en Afrique de l'Ouest a pris l'initiative de produire la présente version simplifiée qui pourra être utilisée pour informer et sensibiliser les organisations des droits des femmes en milieu rural comme urbain y compris les femmes à la base et la population tout entière sur les droits reconnus par cet instrument ».

des notions convoquées. Il se peut que, s'agissant de questions plus techniques, les parajuristes soient accompagnés par des avocats ou d'autres professionnels de façon à pouvoir fournir des informations fiables et vérifiées.

3) *Bandes dessinées* : à la lumière des remarques soulevées en matière d'analphabétisme, l'utilisation des supports graphiques alternatifs –ou en appui– à la seule « parole écrite » résulte d'un choix particulièrement efficace. L'impact immédiat, la facilité de circulation et de reproduction, la capacité de synthèse font de ces supports un des outils les plus employés pour mener des campagnes de conscientisation juridique. Elles se montrent aussi indiquées pour « franchir » les barrières générationnelles en raison d'une accessibilité auprès des enfants qui n'a pas d'égal parmi les instruments pédagogiques à la disposition des parajuristes.



Pages extraites de la brochure *Les violences physiques et sexuelles, et les sanctions prévues par les lois*, réalisée et distribuée par l'Association des juristes sénégalaises. Le côté gauche présente toujours la version en française tandis que le côté droit présente la transposition en wolof. L'intégration des bandes dessinées complète l'œuvre de translation.

Dire le droit en Afrique. Les parajuristes

4) *Théâtre* : un discours semblable peut être tenue avec des pièces de théâtre concernant des aspects de la vie quotidienne dans leurs nuances juridiques *lato sensu*. Réalisées d'habitude dans les langues nationales, elles permettent d'aborder des sujets épineux qui, en raison des contraintes culturelles ou d'une distance entre leur représentation juridique et la perception de la majorité de la population, risqueraient d'être passés sous silence ou de se perpétuer en dehors de toute réglementation officielle.

5) *Supports audiovisuels* : dans le cadre des campagnes de sensibilisation, l'utilisation de l'audiovisuel occupe une place importante du fait de la diffusion croissante des technologies de l'information et de la communication qui simplifient les besoins infrastructurels et logistiques pour leur propagation. L'on peut regrouper ces outils sous deux rubriques, à savoir d'une part les produits réalisés pour des événements et des problématiques contingents et d'autre part les réalisations portant sur des macro-thèmes généraux. Naturellement, les logiques et les modalités d'emploi diffèrent, en fonction aussi de la couverture « médiatique » disponible et de l'engagement des partenaires.

Article 4

Droit à la vie, à l'intégrité et à la sécurité

1. On doit protéger la vie, la personne physique de la femme et être sûr que la femme est protégée à la maison, dans sa famille, au sein de la société et dans tout le pays.



10

Image prise de la version simplifiée du *protocole de Maputo* réalisée par le WILDAF-Afrique de l'Ouest

6) *Ateliers de formation thématique* : il s'agit de séances de (in)formation à caractère intensif –souvent on concentre les activités dans

deux ou trois jours, pour éviter de trop interférer sur les rythmes de travail des sujets ciblés– et itinérant. Un premier aspect concerne la spécificité des matières abordées : afin de maximiser le bref arc temporel à la disposition, ces ateliers sont d'habitude axés autour d'une problématique bien délimitée. Quant à la nature itinérante, elle renvoie au fait que le choix pour la tenue des séminaires peut dépendre de la volonté des parajuristes qui établissent, eux-mêmes, l'endroit d'intervention –en fonction, par exemple, de leur connaissance du milieu et de ses urgences– ou du fait qu'ils/elles soient appelé(e)s par les populations concernées pour traiter des sujets définis au préalable.

La classification que nous venons d'esquisser doit être lue comme un simple prétexte pour présenter, en gros, l'éventail des ressources et des moyens à la disposition des parajuristes. En réalité, une fois que l'on regarde de plus près le déroulement de leurs activités, l'on aperçoit des chevauchements très fréquents et des stratégies hybrides. L'on peut citer, à titre d'exemple, la « superposition » des différents supports lors de la tenue des ateliers, la combinaison des séances de projection, de musique et de théâtre, l'insertion des bandes dessinées dans les textes « amendées » etc.

En dehors des choix contingents, co-dictés aussi par les instances et les sollicitations locales, l'élément à retenir c'est que la logique de fond reste celle d'améliorer le potentiel d'adaptation des outils créés ainsi que de maximiser le nombre des sujets joignables par les opérations de conscientisation.

La mention des hybridations nous offre aussi la chance de signaler un dernier entremêlement. Compte tenu de son énormité, nous ne pourrions pas l'aborder ici mais il mérite, quand même, de paraître parmi les voies à explorer dans le futur. Il s'agit d'un couple qui nous ramène au cœur du « dire », à la faculté éminemment humaine de la (production de la) parole, en résumant la polyvalence et la puissance de tout acte locutoire. Nous pensons aux va-et-vient entre l'*oralité* et l'*écriture* qui marquent, d'une façon très profonde, l'action parajuridique³⁴. Encore mieux, aux spécificités d'une déclinaison *juridique* de cette spirale qui dépassent/déplacent ultérieurement

³⁴ En matière d'oralité juridique dans les contextes africains la référence presque obligée est aux travaux d'Etienne LE ROY qui, à partir de son article « Justice africaine et oralité juridique. Une réinterprétation de l'organisation judiciaire (traditionnelle) à la lumière d'une théorie générale du droit oral d'Afrique Noire », dans *Bulletin de l'IFAN* série B sciences humaines, vol. 36 n° 3, 1974, p. 559-591, n'a pas cessé de s'interroger sur la notion avec une prédilection pour le côté éminemment judiciaire de son applicabilité. Cf. E. LE ROY, *Les Africains et l'Institution de la Justice : entre mimétismes et métissages*, Dalloz, Paris 2004.

les confins du « para » pour en rechercher les échos à n'importe quelle latitude³⁵. Il n'est pas question de plaider pour l'énième version d'une (fausse) opposition qui a fait couler des fleuves d'encre. Il vaudrait mieux, plutôt, éviter toute forme de modélisation binaire, pour réfléchir sur les métissages et sur les zones de compénétrations en termes de rechutes, d'effets perçus et de mutations dans la quête de la légitimité et de l'effectivité des différents ordonnancements normatifs.

Dans notre cas d'espèce, la capacité de « bricoler » avec/entre ces deux registres d'expression paraîtrait être le passepartout pour contourner les difficultés liées à l'analphabétisme, pour « exploiter » la familiarité des gens avec la dimension orale (et avec les formes de sociabilité liées à la valorisation de celle-ci) et pour poursuivre le rapprochement entre citoyens et institutions, en donnant une « voix » mieux audible dans la langue de ces dernières. Mais ce sera seulement sur la base de recherches plus articulées que nous pourrons avancer dans la compréhension de la portée et de l'importance réelle d'une telle imbrication.

V - En guise de conclusion : une carte des chantiers

Il est temps, finalement, de rassembler les diramations évoquées jusqu'à ici. Plus qu'un véritable exercice de synthèse, il s'agira, comme prévenu, de réorienter certaines pistes en vue de tracer un chemin qui reste, pour la majeure partie, à parcourir.

Une tout première voie concerne un aspect qui n'a pas trouvé sa place dans cette contribution sinon d'une façon marginale : la question de l'origine historique. Quand est-ce que la figure du/de la parajuriste a concrètement émergé ? Pourquoi dans certains contextes plutôt qu'ailleurs ? Etant donné qu'on a affaire à une figure qui n'est pas seulement africaine, quelles sont les différences remarquables avec les autres localisations géographiques ?³⁶ Si

³⁵ Elle nous semble très prometteuse l'idée de réévaluer le rôle de l'oralité juridique dans des contextes où, comme dans les pays de tradition civiliste/romano-germanique, l'apparente primauté du texte n'arrive pas à cacher une « facette orale » indispensable pour la « tenue » de l'ensemble. Il suffirait de penser à la place de la dimension orale dans le procès, « scène » par excellence du *jus dicere*. Sur ce point on lira avec profit C. BESNIER, « La cour d'assises : Approche ethnologique du judiciaire », dans *Droit et Cultures*, n° 54, 2007, p. 179-202 et, du même auteur, *La fabrique de la vérité. Une ethnographie de la cour d'assise* (à paraître).

³⁶ On retrouve les parajuristes dans certains pays de l'Amérique centrale et méridionale, dans plusieurs pays asiatiques et aussi en Amérique du Nord et en Europe, bien que dans ces deux dernières aires géographiques, la locution désigne de véritables professionnels du droit, avec un curriculum d'études universitaires spécifiques qui en font une figure tout à fait différente, aux prises avec des fonctions

L'on revient à l'Afrique et à ses spécificités, il serait aussi opportun de mettre en relief les variations, parfois étonnantes, que l'on trouve en changeant de pays de référence. Loin d'être une simple fascination passéiste, la reconstruction du passé et des mutations du parajuridisme jetterait certainement une lumière précieuse sur ce que l'on voit aujourd'hui. Une mise en perspective tant généalogique que comparative, nous semble un préalable inévitable pour une enquête sérieuse qui veuille aller au-delà de l'enregistrement de l'existant. Bien que cette dernière demeure encore une tâche largement inachevée, elle ne pourrait épuiser tout seule l'originalité des phénomènes en question.

La question chrono-topologique affichée, nous allons retrouver tout de suite la thématique « du pluriel », fil rouge de notre voyage. A la lumière de tout ce que nous avons écrit jusqu'à ici, il est possible d'isoler deux gisements principaux.

Le premier est axé autour du différend juridique et linguistique sur lequel nous avons insisté à maintes reprises. En présentant le rôle et l'action d'interface des parajuristes, nous avons pu apprécier leur apport dans la « gestion » de la coexistence des divers horizons normatifs. Mais ils/elles doivent aussi jouer, comme l'on a vu, avec des appartenances multiples -à leur communauté, à leur confession religieuse, à leur organisation d'encadrement etc.-, ainsi qu'entre des idiomes diversifiés, en essayant de créer des effets de « résonance culturelle » favorables à une meilleure entente réciproque. Par conséquent, ils/elles font aussi « dialoguer » différents *cadres normatifs* et différentes *cultures juridiques*, au-delà des interférences enregistrées et sanctionnés par la prise en compte officielle de certains croisements. Cette acception du « dire les droits » correspond, alors, à un processus d'*individuation* et d'*identification* : la « détection » des sources des normativités actives et mobilisables, dans un contexte déterminé, en fonction des exigences spécifiques à ce contexte. En fournissant un répertoire des instances de régulation sociale, avec leurs zones de compétence et leurs points de friction, les parajuristes cherchent à fournir aux populations une « cartographie » accessible, à la portée de leurs besoins et de leurs connaissances. Une fois qu'elles sont (mieux) informées, l'hypothèse qu'elles effectuent un choix conscient devient plus plausible.

complètement absorbées dans le (seul) « système officiel ». Pour un exemple centre/sud américain, on lira D. VILLEGAS SANTIAGO, « A la recherche d'un autre droit. L'exercice alternatif du droit par la Red de Appoyo », dans J. FAGET, *op. cit.* p. 107-131 tandis que pour l'Inde -et ses *barefoot counsellor*- nous renvoie au portrait passionné présenté dans S. PAT et A. BERTHOD (co-auteur), *Moi, Sampal Pat, chef de gang en sari rose*, Oh ! Editions, Paris 2008.

La deuxième déclinaison de la pluralité débouche sur la différence entre *droits objectifs/droits subjectifs*. Les parajuristes ne se limitent pas à « faire parler la loi ». Ils s'efforcent de convertir les dispositions juridiques en attributions concrètes, afin d'inciter les gens à devenir titulaires de droits à part entière. Ce faisant, l'action parajuridique n'incite pas seulement les personnes et les groupes à connaître leurs droits, mais aussi à *se reconnaître* en tant que *sujets de droits*. A l'inverse de l'adage jusnaturaliste, il faut devenir justiciable parce qu'on ne le naît pas. On vient de parler d'une opération d'identification par rapport aux instances régulatrices : ici nous sommes en présence d'une opération d'auto identification qui l'intègre et la complète. Nous sommes confrontés à une logique *de transformation* qui doit essayer de changer les représentations et les perceptions culturelles pour produire une amélioration des cadres de vie. Dans un article devenu célèbre William Felstiner, Richard Abel et Austin Sarat ont jeté les jalons d'une vision « transformationnelle » portant sur l'émergence des litiges, vision qui se prêterait, à notre avis, à être appliquée à nos études de cas³⁷. Elle reconstitue un mouvement en trois temps qui part de la reconnaissance d'une violation subie pour arriver à la réclamation de la réparation du tort vécu. En la transposant aux pratiques parajuridiques, l'on voit comment, dans la plupart des cas, les parajuristes apprennent à convertir les « faits » en « droits » pour être en mesure, le cas échéant, d'identifier les responsables et de réclamer des réparations. Leur deuxième modalité du « dire le(s) droit(s) » renforce l'idée d'une communication bidirectionnelle entre le système juridique et les justiciables, bien identifiée dans ce passage du préambule du *statut* : « faire descendre le droit auprès de tous ses destinataires et/ou faire monter le droit des couches défavorisées auprès des institution étatiques, en informant les premières de leurs droits et en leur montrant comment les revendiquer et les faire prévaloir. »

Un dernier mot, enfin, pour compléter nos réflexions sur la *logique d'interface*. Si l'interface linguistique constitue le rouage indispensable pour poursuivre la mise en phase de(s) droit(s) avec la société, il faudra insister davantage sur le binôme créativité/contrainte(s). En particulier, il s'agit de « contrebalancer » l'ouverture des espaces liminaires, soulignée auparavant, par une évaluation ponctuelle des contraintes qui caractérisent tout système linguistique. Nous ne pensons seulement aux « cages » *lato sensu* grammaticales mais aussi, plus radicalement, aux « pesanteurs » sémantiques qui témoignent d'une résilience encore importante. Si la langue doit changer de statut, en passant de la situation de barrière/obstacle à celle

³⁷ W.L.F. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, "The emergence and transformation of disputes : naming, blaming, claiming", dans *Law and Society Review*, n° 15, vol. 3/4, 1980/81, p. 631-654.

d'appui/ressource, quelles sont toutes les variables à maîtriser pour que cette transformation puisse s'accomplir ? Pour le moment, nous ne disposons pas d'un nombre suffisant de données pour avancer des réponses fiables.

Toujours en matière de créativité/contrainte(s), il y a un autre chantier de recherche qui apparaît et qui nécessitera des analyses plus approfondies : les liaisons entre le parajuridisme et sa réglementation étatique. Face à un éventail d'options très varié, qui vont de l'encadrement –presque– complet à la simple tolérance en passant par des formes « voilées » de reconnaissance³⁸, il serait intéressant d'en étudier les effets en termes de marges de manœuvre à la disposition des parajuristes³⁹ ainsi que du degré d'efficacité des actions conduites. Est-ce que, par exemple, la promotion/protection des droits s'améliore (ou pas) en fonction du degré d'intégration/cooptation par l'Etat de son droit « officiel » ? A ce niveau aussi, il faudra progresser dans les enquêtes pour se prononcer.

En conclusion, en l'état actuel des nos études, nous pouvons affirmer que le « dire le(s) droit(s) » dans la perspective des parajuristes et des gens qui leur demandent leurs services, c'est d'abord traduire le(s) droit(s), avec toutes les inconnues et les « pièges » que les opérations de traduction cachent⁴⁰. Comme l'on a vu, il ne s'agit pas seulement de faire passer dans un autre idiome, mais il faut aussi –et surtout– mobiliser des concepts et des

³⁸ Comme pôle de la pleine synergie l'on peut citer le cas du Mali où, en 2006, a vu le jour le cadre national de pilotage du curriculum de la formation du parajuriste (CNPCP) qui a enregistré l'engagement du ministère de la Justice impliqué à travers l'INFJ (Institut national de formation judiciaire) et, ensuite, des autres ministères concernés par l'action des parajuristes. L'Etat malien a donc reconnu officiellement la figure et l'œuvre des para juriste, en participant à la rédaction du curriculum et en sanctionnant, par une attestation, l'obtention de l'habilitation parajuridique. « En conclusion, on peut dire que le rapport entre le CNPCP et l'Etat peut être décrit comme une coopération permanente et étroite pour promouvoir le parajuridisme au Mali. », propos extrait de la présentation du site web du CNCP, joignable à l'adresse <http://www.cnpcpmali.org/> (page visitée le 01/10/2012). Le Sénégal, de son côté, nous semble osciller entre la simple prise d'acte de l'existence de ces « assistant(e)s » juridiques et un appui occasionnel par rapport à des campagnes très spécifiques.

³⁹ Il faut citer, à ce propos, le cas du Malawi où l'Etat a autorisé les parajuristes du *Paralegal Advice Service* (PAS) à travailler dans les prisons pour aider les détenus dans les procédures de révision des arrêts et d'appel, mais, en même, temps il leur interdit tout commentaire public sur les conditions des prisonniers et sur le cadre de vie dans les structures de détention. Cf. V. MARU, *Between Law and Society*, op. cit.

⁴⁰ Le dicton italien « traduttore/traditore » (traducteur/traitre) exprime bien les ambivalences de la traduction en tant qu'entreprise plus-que-linguistique. On renvoie aussi, pour rester dans la même « aire culturelle », à U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, Milano 2003 (version française U. ECO, *Dire presque la même chose. Expériences de traduction*, Grasset, Paris 2006).

représentations qui, parfois, sont assez éloignés les uns des autres. Tout compte fait, les défis ne sont pas seulement linguistiques, mais aussi, et en même temps, cognitifs et normatifs.

Cette coalescence simultanée nous inspire une tout dernière interrogation qui, vu son importance, pourrait s'ériger en méta interrogation : quel droit, au final ? Au-delà de l'action indiscutablement méritoire des parajuristes, est-ce que leur « dire le(s) droit(s) » est effectivement capable d'assurer un rapprochement entre le « droit en vigueur » et les « droit(s) vivant(s) », pour éviter la sclérose du premier et la marginalisation des seconds ? Au cas contraire, le *dire* qui en résulterait ressemblerait à un dialogue de sourds ou, encore pire, à un monologue « autistique ». Comme on l'a vu, en tant que relais, ils/elles jonglent entre différents registres d'expression, et entre diverses manifestations de normativité – sous étatiques, étatiques, supra étatiques, transnationales, coutumières, religieuses et ainsi de suite. Est-ce que la voix des justiciables trouve effectivement sa place dans cette polyphonie digne de la tour de Babel ? Ou bien : les vulgarisations que l'on propose sont-elles encore l'écho d'un discours éloigné malgré les apparences de leurs attentes ? Chaque étude de cas, avec ses spécificités, pourra servir à élargir la comparaison, afin de confronter des expériences entamées et d'améliorer la connaissance du parajuridisme.

En ce qui nous concerne, les phénomènes parajuridiques constituent un passionnant sujet de recherche sur l'interdépendance entre droit/société/culture. Ce sujet nous renforce dans la conviction qu'adopter un « regard oblique »⁴¹ sur le premier élément du triptyque conduit à un réalisme et à une sobriété législative qui feraient du « dire le(s) droit(s) » une entreprise moins compliquée. Et pas seulement en Afrique. Ici, nous retrouvons l'« esprit » de Carbonnier : il se pourrait que, pour mieux dire le droit, il faudrait écouter de temps en temps les paroles du non-droit.

⁴¹ G. ROCHER, « Le regard oblique du sociologue sur le droit », dans P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Thémis, Montreal 2007, p. 57-74.

BIBLIOGRAPHIE

- Besnier, C., « La cour d'assises : Approche ethnologique du judiciaire », dans *Droit et Cultures*, n° 54, 2007, p. 179-202.
- Bidima, J.-G., *La palabre : une juridiction de la parole*, Editions Michalon, Paris, 1997.
- Camara, F.K., « Le Code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre », dans *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2008, p. 11-47.
- « Droit et langues au Sénégal. Les mythes fondateurs de l'unilinguisme d'Etat à l'épreuve des faits et des exigences de l'Etat de droit », dans *Droit Sénégalais*, n° 9, 2010, p. 185-239.
- Chauveau, J.-P., Le Pape, M. et Olivier de Sardan, J.-P., « La pluralité des normes et leurs dynamiques en Afrique. Implications pour les politiques publiques », dans G. Winter (éd.), *Inégalités et politiques publiques en Afrique: pluralité des normes et jeux d'acteurs*, Karthala, Paris, 2001, p. 145-162.
- Cissé, M., « Langues, Etat et société au Sénégal », dans *Sudlangues. Revue électronique internationale de sciences du langage*, n° 5, 2005, p. 99-133.
- Eco, U., *Dire presque la même chose. Expériences de traduction*, Grasset, Paris 2006.
- Felstiner, W.L.F., Abel, R.L., Sarat, A., "The emergence and transformation of disputes : naming, blaming, claiming", dans *Law and Society Review*, n° 15, vol. 3/4, 1980, p. 631-654.
- Geertz, C., "Local Knowledge. Fact and Law in Comparative Perspective", dans *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, New York 2000³, p. 167-234.
- Gémar, J.-C., « Terminologie, langue et discours juridiques. Sens et signification du langage du droit », dans *Meta : journal des traducteurs/ Meta : Translator's Journal*, vol. 36, n° 1, 1991, p. 275-283.
- « Le plus et le moins-disant culturel du texte juridique. Langue, culture et équivalence », dans *Meta : journal des traducteurs/ Meta : Translator's Journal*, vol. 47 n° 2, 2002, p. 163-176.
- Goodale, M., "Locating rights, envisioning Law between the Global and the Local", dans M. Goodale, S.E. Merry (eds), *The practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 1-38.
- Griffiths, J., "What is legal pluralism ?", dans *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 1-55.
- "The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology", in Freeman M. (ed.) *Law and Sociology. Current Legal Issues*. vol. 8, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 49-68.

Le Roy, E., « Justice africaine et oralité juridique. Une réinterprétation de l'organisation judiciaire (traditionnelle) à la lumière d'une théorie générale du droit oral d'Afrique Noire », dans *Bulletin de l'IFAN*, Série B Sciences Humaines, vol. 36 n° 3, 1974, p. 559-591.

« L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans A. Lajoie, R. A. Macdonald, R. Janda, G. Rocher (éds.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant/Thémis, Bruxelles, 1998, p. 29-43.

Les jeux des lois. Une anthropologie dynamique du droit, LGDJ, Paris 1999.

Les Africains et l'Institution de la Justice : entre mimétismes et métissages, Dalloz, Paris 2004.

Levit, P., Merry, S.E., "Vernacularization on the ground : Local uses of global women's rights in Peru, China, India and the United States", dans « *Global Networks*, vol. 9 n° 4, 2009, p. 441-461.

Maru, V., "Between Law and Society : Paralegals and the Provision of Justice Services in Sierra Leone and Worldwide", dans *The Yale Law Journal of International Law*, vol. 31, 2006, p. 427-476.

Merry, S.E., "Transnational Human Rights and local activism. Mapping the middle", dans *American Anthropologist*, vol. 108 n° 1, 2006, p. 38-51.

Moor, P., « Dire le droit », dans *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 35, n° 107, 1997, p. 33-55.

Pat, S., A. Berthod (co-auteur), *Moi, Sampal Pat, chef de gang en sari rose*, Oh ! Editions, Paris 2008.

Rocher, G., « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », dans J.-G. Belley (éd.), *Droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, p. 25-42.

« Le regard oblique du sociologue sur le droit », dans P. Noreau (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Themis, Montreal, 2007, p. 57-74.

Twining, W., "Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective », dans *Duke Journal of comparative & international law*, n° 20, 2010, p. 473-517.

Vanderlinden, J., « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », dans J. Gilissen (éd.) *Le pluralisme juridique*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1971, p. 19-56.

« Villes africaines et pluralisme juridique », dans *Journal of Legal Pluralism*, n° 42, 1998, p. 245-274.

« Les pluralismes juridiques », dans E. Rude Antoine, G. Chrétien-Vernicos (éds), *Anthropologies et droits. Etat des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, Paris, 2009, p. 25-76.

Varison, L., « Des droits au cœur du « village ». Le travail des parajuristes au Mali », dans E. Le Roy et autres (dir.), *Pratiques citoyennes de droit*, Karthala, Paris 2011, p. 89-106.

Dire le droit en Afrique. Les parajuristes

Villegas Santiago, D., « A la recherche d'un autre droit. L'exercice alternatif du droit par la Red de Appoyo », dans E. Le Roy et autres (dir.), *Pratiques citoyennes de droit*, Karthala, Paris 2011, p. 107-131.

Wilson, R., "Afterword to "Anthropology and Human Rights in a New Key": The Social Life of Human Rights", dans *American Anthropologist*, 2006, n° 108-1, 2006, p. 77-83.

ETUDE CRITIQUE DE L'IMPOSSIBILITE MORALE DANS LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

par Abdoul Aziz Diouf,
docteur en droit à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

« (...) La vérité est-elle dans la réalité ou dans le discours ? Si la vérité est dans la réalité, la vérité est ce qui est. Si la vérité est dans le discours, la vérité devient la conformité de ce qui est dit à ce qui est ».
Gérard Cornu¹.

Le transport des propos du doyen Cornu dans le procès civil fait observer que le droit admet la vérité² comme le sous-produit d'un discours. Réalité ou vraisemblance ? En réponse à cette question, le droit de la preuve semble opter pour la vraisemblance³. C'est ce que semble reprendre parfaitement l'adage latin : *idem est non esse aut non probari*⁴. « Prouver un droit, c'est le faire apparaître comme vrai (car, dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité), du moins comme probable⁵ ».

Définie comme la « démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi⁶ », la preuve en matière d'actes juridiques parvient à la vraisemblance par le moyen d'*écrits*. Manifestation

¹ G. CORNU (dir. *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 211.

² P. LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », *Mélanges Savatier*, 1965, p. 583 et s. ; V. PONSARD, « Vérité et justice », in *La vérité et le droit*, Trav. H. Capitant, Journées canadiennes, t. 38, 1987, éd., 1989, p. 673 et s.

³ J.-M. LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société*, n° 38, 1998, p. 22 : « Ce n'est certes pas le lieu de s'appesantir sur ce qui est de toute éternité la source de digressions philosophiques. Il suffit simplement de retenir la définition aristotélicienne de la vérité, faisant résider celle-ci, non pas dans un objet ainsi que l'on s'y emploie le plus souvent, mais dans un rapport de causalité. Dans cette perspective, la notion repose entièrement sur un fondement logique, postulant la non-contradiction d'un système de jugements ». V. aussi, E. LANDOWSKI, « Vérité et vérité en droit », *Droit et société*, n° 38, 1998, p. 46.

⁴ C'est la même chose que de ne pas être ou de ne pas être prouvé.

⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, octobre 2004, p. 335.

⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, mars 2007, p. 716.

intentionnelle de volonté dans le but de réaliser certains effets de droit⁷, l'acte juridique comme droit subjectif lorsqu'il est source de contestation entre les sujets de droit, dans une perspective probatoire, ne peut être établi que par un écrit : acte authentique ou acte sous signature privée⁸.

Ce formalisme français⁹, en droit comparé, loin d'être un épiphénomène, est repris par les Etats d'Afrique noire anciennement colonisés par la France¹⁰. L'héritage de la *civil law* dans les pays d'Afrique noire francophone¹¹, en matière de preuve des actes juridiques, au-delà de son caractère formaliste, se poursuit aussi à l'endroit des tempéraments apportés au principe de la préconstitution de la preuve. Il en est ainsi, de la liberté de la preuve en matière commerciale¹², du commencement de preuve par écrit¹³, du caractère non obligatoire de l'écrit lorsque la valeur ou le montant du contrat est inférieur au taux fixé par le législateur pour se préconstituer une preuve écrite¹⁴, de l'impossibilité matérielle ou morale... L'absence de

⁷ Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, Armand Colin, 13^e éd., 2003, p. 73.

⁸ L'article 1341 du code civil dispose que : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre (...) ».

⁹ Inscrit dans l'article 1341 du code civil, le formalisme probatoire, en France, remonte ses origines à l'ordonnance de Moulins de 1566 et pérennisé par l'ordonnance de 1667 relative à la procédure civile. Antérieurement à ces textes, la preuve des actes juridiques, en France, avait plus de foi aux témoignages qu'aux écrits. Cette préférence des témoignages était incarnée par l'adage « témoins passent lettres ».

¹⁰ A titre illustratif, l'on peut relever l'article 267 du régime général des obligations du Mali, de l'article 14 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, de l'article 1341 du code civil français repris par les législateurs togolais, tchadien, nigérien, camerounais... de l'article 804 du code civil guinéen.

¹¹ V. *L'influence internationale du droit français*, in La documentation française, 2001 ; P. LAMPUE, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », in *Dynamiques et finalités des Droits africains*, G. CONAC (dir.), Economica, 1980, p. 14 et s.

¹² L'article 5 de l'acte uniforme (de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) portant sur le droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010, dispose que « Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants ». Ce texte, en matière commerciale, s'applique à tous les Etats d'Afrique noire francophone.

¹³ Article 1347 du code civil français.

¹⁴ Ce taux est de vingt-mille francs CFA au Sénégal (article 14 du code des obligations civiles et commerciales), cinquante mille francs CFA au Mali (article 267 du régime général des obligations), sept-mille cinq cents francs guinéens pour la Guinée (article 804 du code civil)...

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

preuves écrites dans ces domaines évoqués ci-dessus pourra être comblée par des témoignages ou présomptions du fait de l'homme.

S'il est aisé d'observer une correspondance entre le droit français et les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone dans les atténuations au formalisme probatoire relativement au commencement de preuve par écrit, aux actes de commerce, aux conventions dont l'objet n'excède pas le seuil posé par le législateur, il en va autrement avec l'impossibilité morale. En effet, si les trois premières exceptions au principe du formalisme de la preuve des actes juridiques renvoient à des catégories juridiques dont le contenu est souvent précisé ou défini par les législateurs¹⁵ ; l'impossibilité morale, quant à elle, renvoie l'analyste dans des catégories factuelles soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁶. Si la loi du 12 juillet 1980¹⁷ réécrivant l'article 1348¹⁸ du code civil français, pour la première fois, a inscrit l'impossibilité morale dans ledit texte, tout de même, elle se garde de la définir ou d'en proposer un contenu. Ce silence observé par le législateur français dans la conceptualisation de l'impossibilité morale, se constate également dans le droit positif des Etats d'Afrique noire francophone¹⁹.

¹⁵ Il en est ainsi, de l'article 3 de l'acte uniforme de l'OHADA portant sur le droit commercial général qui, après avoir défini l'acte de commerce par nature, donne une liste indicative de tels actes. Dans ce même ordre d'idées, l'article 4 dudit acte uniforme propose une liste d'actes de commerce par leur forme (lettre de change, billet à ordre et le warrant). Sous ce prisme, l'on peut aussi convoquer l'article 269 al. 2 du régime général des obligations du Mali qui, reprenant l'article 1347 du code civil français, définit le commencement de preuve par écrit comme « tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué et qui émane de celui auquel on l'oppose, de son auteur ou de son représentant ».

¹⁶ Cass. Req., 27 mars 1907, S., 1907, 1, note LYON-CAEN.

¹⁷ Avant la loi du 12 juillet 1980, l'article 1348 du code civil français ne faisait pas expressément mention de l'impossibilité morale. Il se résumait à fournir quelques exemples d'impossibilités qui, sensiblement, avaient une texture matérielle et non morale. A cet effet, il est revenu à la jurisprudence d'apporter quelques contenus devant fixer les contours de l'impossibilité morale.

¹⁸ L'article 1348 al 1^{er} du code civil dispose que « Les règles ci-dessus (formalisme probatoire) reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique (...) ».

¹⁹ En effet, un parcours des différentes législations des Etats d'Afrique noire francophone laisse observer le même mutisme entretenu par le code civil français dans le traitement de l'impossibilité morale. A titre d'exemple, l'on peut relever l'article 15 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal qui dispose que « La règle ci-dessus (formalisme probatoire) reçoit exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer ou de produire une preuve écrite de la

Que renferme l'impossibilité morale ? Selon le professeur Christian Laroumet, l'impossibilité morale renvoie essentiellement aux « situations dans lesquelles il résultait des relations de grande confiance existant entre deux personnes qu'elles ne songeaient pas, le plus souvent, à se ménager une preuve écrite de l'opération qu'elles concluaient²⁰ ». A reprendre cette proposition, une observation s'impose : l'impossibilité morale fondée sur des relations de grande confiance²¹, est une question de fait.

Catégorie factuelle, l'impossibilité morale faisant l'objet d'une rédaction uniforme tant dans le code civil français que dans les systèmes juridiques des Etats d'Afrique noire francophone, mène-t-elle aussi à une signification monosémique à travers ces différents législateurs ?

Face à cette interrogation, nous sommes tentés de répondre par la négative. Notion, par essence, subjective, la confiance comme support de l'impossibilité morale ne peut se confiner dans un traitement uniforme à travers les différents systèmes juridiques qui l'accueillent. Ce constat nous prolonge vers une autre question relative au contenu de l'impossibilité morale dans les Etats d'Afrique noire francophone. Autrement dit, quelle est le domaine de l'impossibilité morale dans ces dits pays ? Quelle est la sphère de la confiance –fondement de l'impossibilité morale– en Afrique noire francophone ?

Seul le juge y répondra ! Le système de la preuve légale voulant restreindre l'œuvre du magistrat aux seuls écrits produits par les parties, restituée à l'autorité judiciaire son entière « liberté » lorsque la preuve d'un acte juridique est affectée d'une situation d'impossibilité morale. Interprète de l'impossibilité morale, le juge, toutefois, ne dispose pas d'un blanc-seing. Loin de mener le juge dans un *no man's land* juridique, l'impossibilité

convention » ou encore l'article 820 du code civil guinéen qui dispose que : « Elles reçoivent également exception (les règles du formalisme probatoire) lorsqu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée par lui (...) ». Dans cet inventaire, l'on peut aussi y associer les Etats d'Afrique noire francophone qui, tout bonnement, appliquent le code civil français dans leur droit positif : Togo, Tchad, Niger, Cameroun...

²⁰ Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, t. 1, Economica, 4^e éd., août 2004, p. 354. V. aussi, B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2^e éd., 1988, p. 594 et s. ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Lexis Nexis Litec, 10^e éd., juillet 2004, p. 413 et s. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 12^e éd., octobre 2000, p. 566 et s. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., p. 564 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Dalloz, 16^e éd., 2009.

²¹ La confiance peut être définie comme un sentiment de sécurité d'une personne qui se fie à quelqu'un ou à quelque chose, *Le Petit Larousse*, 1998, p. 247.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

morale invite l'autorité judiciaire à investir le contenu d'une telle notion à partir des réalités sociologiques qui l'entourent²². Tributaire de son environnement juridique, l'impossibilité morale, dans une perspective de droit comparé, se présenterait ainsi comme une notion aux contours relatifs. Ce relativisme de l'impossibilité morale prend en partie appui sur les différences socioculturelles existant entre la France et les Etats d'Afrique noire héritiers de la *civil law*²³ ; différences moins importantes entre les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone, en vertu d'une identité culturelle les fédérant²⁴.

Décryptée à partir du milieu juridique qui localise les parties en conflit, l'impossibilité morale, en Afrique noire francophone, renfermerait toutes les ressources susceptibles de remettre en cause le paradigme de l'écrit dans la preuve des actes juridiques. En effet, l'observation de certains particularismes socioculturels en Afrique subsaharienne semble étendre les champs d'expression de l'impossibilité morale comme exception au formalisme probatoire.

En somme, si l'impossibilité morale est une notion aux contours relatifs (I), cette relativité en Afrique noire francophone est susceptible de mener au recul du paradigme de l'écrit dans la preuve des actes juridiques (II).

I - L'impossibilité morale, une notion aux contours relatifs

La découverte d'une situation d'impossibilité morale dans un litige relatif à un acte juridique semble avoir comme prologue l'interprétation du juge (A) qui, en principe, devra le mener au cœur de la morale (B).

²² Ch. PERELMAN, *La preuve en droit : essai de synthèse*, « La preuve et la vérité ne sont que des moyens de réaliser la justice, telle qu'elle est conçue dans une société donnée », in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 364.

²³ M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *RIDC*, 2-2005, p. 345 et s. ; G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Pédone éd., coll. CREDILA, 1974 ; R. DECOTTIGNIES, « Prière à Thémis pour l'Afrique », *Rev. Sén. Dr.*, 1967, p. 5 et s. ; J. VANDERLINDEN, « Ex Africa semper », *RIDC*, 4-2006, p. 1187 et s. ; *Les systèmes juridiques africains*, coll. « Que sais-je », PUF, 1983. ; P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Evolution et sources*, LGDJ, Bibl. afr. et mal., vol. 1, 1968, p. 5 et s. ; O. ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, Ed. Présence Africaine, 1998.

²⁴ C. A. DIOP, « L'unité culturelle de l'Afrique noire. Domaines du patriarcat et du matriarcat dans l'antiquité classique », *Présence Africaine*, 2^e éd., 1982 ; A. NDAW, *La pensée africaine. Recherches sur les fondements de la pensée négro-africaine*, Les Nouvelles Editions Africaines du Sénégal, 1997.

A - L'interprétation du juge, prologue de l'impossibilité morale

En vertu du principal dispositif²⁵ posé par l'article 7 du code de procédure civile français²⁶, l'impossibilité morale ne peut provenir de l'office du juge. Réalité factuelle, l'impossibilité morale, en amont, s'invite au procès civil par le biais d'une partie qui se trouverait dans l'incapacité de produire une preuve écrite. Saisi par les parties de cette question de fait, le juge peut, pour la première fois, s'ouvrir à cette exception au formalisme probatoire. Comment procédera-t-il ? Dans une telle perspective, il convient de revisiter structurellement l'impossibilité morale (1), objet des recherches du juge, pour ensuite finir avec une interprétation de sens autour de cette notion (2).

1 - Etude structurale de l'impossibilité morale

Un essai sur une approche structurale de l'impossibilité morale passe, nécessairement, par une redéfinition de la sémantique²⁷ d'une telle notion. Composée de deux vocables à savoir : « impossibilité » et « morale », l'impossibilité morale à travers la familiarité des deux substantifs qui l'entourent, à première vue, semble simple à saisir. En effet, si l'« impossibilité » à travers son radical « impossible » peut être définie comme « ce qui ne peut pas être, qui ne peut pas se faire²⁸ », la « morale²⁹ » quant à elle, avec simplisme, peut être comprise comme l'« ensemble des règles d'action et des valeurs qui fonctionnent comme normes dans une société³⁰ ». Une association de ces deux définitions peut nous faire dire que tout ce qui n'est pas admis ou validé par les normes relatives au bon fonctionnement d'un groupe humain donné, renverrait à l'impossibilité morale.

²⁵ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd., 2010, p. 758 et s. ; M.-A. FRISON ROCHE, « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463 et s.

²⁶ L'article 7 du code de procédure civile français dispose que « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat (...) ».

²⁷ H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », « on aime à montrer que le terme interprétation reste lié à la recherche du sens des mots dans l'esprit de leurs auteurs (...) », *APD* (Archives de philosophie du droit), tome XVII, *l'interprétation dans le droit*, publié avec le concours du CNRS, Sirey, 1972, p. 18-19.

²⁸ *Le Petit Larousse Grand format*, 1992, p. 537.

²⁹ O. DESCAMPS, « Ancrages historiques », in *Droit et morale. Aspects contemporains*, (dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET), Dalloz, 2011, p. 115 : « Quant à l'étymologie du terme « morale », le constat qui s'impose est celui de l'antériorité de l'adjectif moral par rapport au substantif. *Moralis* traduit par le français « moral » existe en 1212. Il s'agit de ce qui est relatif aux mœurs, spécialisé en scolastique, ce qui vient de *mores*, pluriel de *mos* ».

³⁰ *Le Petit Larousse Grand format*, *op. cit.*, p. 673.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

Traduite dans un langage juridique, l'impossibilité morale ainsi définie, dans la preuve des actes juridiques, amène le magistrat à se poser la question suivante : dans quelles circonstances les valeurs sociétales rendent impossible, ou du moins intenable, la sollicitation d'un écrit comme mode de preuve ?

Pour répondre à cette interrogation, le professeur Philippe Malinvaud en prenant la confiance comme axe principal de l'impossibilité morale, propose deux pôles de raisonnement à travers une synthèse des décisions jurisprudentielles : la confiance fondée sur l'affection au sein d'une famille et la confiance découlant de l'honorabilité d'une personne³¹. Une lecture *a contrario* de ces propositions relatives aux contours de l'impossibilité morale nous ferait comprendre que, cette exception à la preuve légale refoulerait dans sa sphère tous les rapports extra-familiaux ou ceux non fondés sur l'honorabilité d'une personne. Cette délimitation du périmètre de l'impossibilité morale nous paraît tout de même sévère, si elle n'est pas excessive³². L'interprétation du juge, à notre sens, ne peut se satisfaire ou se suffire d'un domaine aussi étroit. La morale, objet de l'impossibilité morale, ne saurait se résumer aux seules relations de famille ou à la seule renommée d'une personne.

En marge de cette première observation, le caractère élastique que peut revêtir l'interprétation du juge avec l'impossibilité morale, se recueille autour du vocable « impossibilité ». En effet, si sur l'impossibilité matérielle l'on pouvait s'accorder, avec aisance, pour constater l'idée d'une force majeure dans la notion d'« impossibilité »³³, il en va autrement avec l'impossibilité morale qui, quant à elle, à travers le substantif « impossible » semble viser un obstacle de préconstitution de la preuve écrite tenant non plus à des réalités extérieures aux parties (impossibilité matérielle), mais plutôt internes à ces dernières³⁴. Sous ce prisme, l'impossibilité morale procédera plus d'une disposition d'ordre psychologique que d'une incommodité matérielle. L'écrit matériellement possible, demeure psychologiquement impossible. A cet effet,

³¹ Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *JCP*, 1972, I. Doctrine, 2468.

³² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, ouvr. préc., p. 567.

³³ Une observation de l'ancienne rédaction de l'article 1348 du code civil avant la réforme du 12 juillet 1980 laisse apparaître aisément que les différents exemples d'impossibilité matérielle que proposait cette disposition renvoyés implicitement à des situations de force majeure.

³⁴ Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *op. cit.*, n° 17 : « L'impossibilité morale résulte d'obstacles non plus externes, mais internes aux parties à l'acte. La rédaction d'un écrit, bien que facile à réaliser sur le plan matériel, va à l'encontre de réflexes psychologiques ».

si le terme « impossible » dans l'impossibilité morale, en partie, a pour siège l'imaginaire psychologique des parties, par voie de conséquence, l'interprétation du juge pénètre dans un domaine teinté de relativisme, voire de subjectivisme³⁵.

Toutefois, la crainte d'une appréciation subjective des prétentions des parties par le juge pourra être atténuée à partir d'une interprétation de l'impossibilité morale fondée sur le sens ou la signification de cette limite au formalisme probatoire.

2 - Interprétation du sens de l'impossibilité morale

Sans réfuter la pluralité de sens qu'un texte juridique est susceptible de revêtir³⁶, la variabilité des significations de l'impossibilité morale en droit comparé, déjà assumée dans nos propos introductifs, toutefois ne doit pas nous conduire à être oublieux du sens originel d'une telle notion³⁷. Au parcours des règles relatives à la preuve des actes juridiques dans le code civil³⁸, nul doute que le législateur français a entendu réserver un domaine dérogatoire à la liberté de la preuve en matière d'actes juridiques. L'impossibilité morale, en principe, ne saurait déroger à cette affirmation. L'interprétation de cette exception au système de la preuve légale, en France

³⁵ E. LANDOWSKI, « Vérité et véridiction en droit », *op. cit.*, p. 47, cet auteur relativise la liberté du juge même en dehors de la sphère de la preuve légale, en ces termes : « Mais le droit de la preuve admet aussi, dans de nombreux cas, notamment tous ceux qui relèvent de la présomption « simple » -c'est-à-dire en fait les plus nombreux- un tout autre régime d'établissement de la « vérité », fondé à l'opposé, sur la libre évaluation des preuves et sur « l'intime conviction » du juge. Etant entendu que la décision juridictionnelle prise dans ces conditions devra néanmoins (sauf exception) être motivée, et pourra le cas échéant faire l'objet de recours, il est clair que la marge de « liberté » du juge, qui était pratiquement nulle dans le cas précédent, ne devient pas illimitée dans le cas présent. Simplement, aux prescriptions formelles édictées sur le plan manifeste de la règle de droit se substitue, ou se superpose, un autre type de prescriptions, relevant d'un autre niveau de régulation : niveau second plus « profond » si l'on veut, où s'établissent ce qu'on peut appeler les méta-règles de la véridiction juridique ».

³⁶ J. CUETO-RUA, « Rapport général », in *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXIX, Paris, Economica, 1980, p. 9-23.

³⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 588 « L'établissement du sens d'un texte dans un contexte donné suppose nécessairement un processus d'interprétation critique, au cours duquel un choix s'opère en connaissance de cause entre les différentes significations possibles ».

³⁸ Articles 1315 à 1369 du code civil.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

ne saurait remettre en cause le caractère paradigmatique de l'écrit³⁹. L'interprétation ne doit pas être une trahison, nous rappelait le professeur Eisenmann⁴⁰. Notion certes factuelle, l'impossibilité morale en France vue sous un angle socioculturel ne saurait revendiquer une surface assez élaborée dans la preuve des actes juridiques⁴¹. En attestent les tendances actuelles de la jurisprudence⁴². Il en est ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon en date du 10 mars 2004⁴³ où les juges, suite à l'absence d'un écrit préconstitué et devant servir de preuve pour la rémunération d'un dépôt, rejetèrent l'impossibilité morale dans un litige opposant un gendre et son beau-père. Dans ce même ordre d'idées, l'on peut relever un autre arrêt rendu par la Cour de cassation française en date du 25 février 2010⁴⁴. En l'espèce, la Haute cour écarta l'impossibilité morale dans un rapport opposant un demandeur contre son frère et ses neveux, en ces termes : « la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui a constaté que ni les liens de parenté qui unissaient le demandeur à ses neveux, ni le degré d'estime, de confiance et d'intimité des relations ayant existé entre les parties ne pouvaient empêcher qu'il(le demandeur) leur demandât un écrit s'agissant de prêts de plus de 300 000 francs, a souverainement retenu qu'il ne démontrait pas avoir été dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit ».

Une relecture de cet arrêt, comme l'affirme Isabelle Alvarez⁴⁵, permet de comprendre que le montant prétendument élevé de l'objet du litige (300 000

³⁹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Précis Domat, Paris, 1990, p. 254 « Les actes écrits sont des actes-fondateurs, des actes-source : fondateurs et source du droit objectif (loi), fondateurs et source des droits privés (actes instrumentaires). Les écrits sont donc des pièces, des pierres de l'ordre juridique ».

⁴⁰ H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *op. cit.*, p. 22.

⁴¹ La généralisation de l'alphabétisation dans la société française fait de l'écrit un des supports principaux de communication et d'échange entre les membres d'une telle société. Marquée par une civilisation écrite, la France est aussi une société d'inspiration individualiste, ce qui, naturellement, contribue fortement à valider la sollicitation d'un écrit comme un mode normal de formation des actes juridiques.

⁴² Ph. STOFFEL-MUNCK, « Impossibilité morale de préconstituer la preuve », *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2004, n° 4, p. 942 : « l'impossibilité morale de préconstituer est souvent invoquée dans le cadre des relations familiales, mais cet arrêt de la Cour de Besançon (Cour d'appel de Besançon 10 mars 2004), qu'il suffit de brièvement signaler, vient à juste titre rappeler qu'une telle dispense de l'exigence de la preuve littérale n'a rien de systématique ».

⁴³ CA de Besançon, 10 mars 2004, Juris-Data n° 2004-237167.

⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2010, pourvoi n° 09-10428.

⁴⁵ I. ALVAREZ, « Février 2010 ou l'impossibilité morale de prouver par écrit dans tous ses états », en ligne sur : <http://www.cdcm-montpellier.fr> consulté le 13 octobre 2011.

francs) semble être le critère déterminant du refus de l'impossibilité morale. En d'autres termes, une analyse *a contrario* de cette jurisprudence révèle que ce n'est pas la nature familiale de la relation conflictuelle qui pourrait permettre de suspendre le jeu de l'article 1341 du code civil mais plutôt le caractère insignifiant ou dérisoire de la somme source du litige. Pour les Hauts magistrats, le caractère « élevé » du prêt rendait moralement possible la sollicitation d'un écrit.

En effet, une synthèse de la jurisprudence actuelle en France amène à comprendre que, la famille⁴⁶ qui était un des derniers bastions de l'impossibilité morale⁴⁷, commence à être menacée par le « dogme » de l'écrit⁴⁸ dans la preuve des actes juridiques. Sans verser dans une analyse subjective, cette nouvelle trajectoire entreprise par le droit prétorien en France dans la restriction du domaine de l'impossibilité morale, en somme, nous semble cohérente lorsque l'on observe les transformations et les mutations de la société occidentale contemporaine marquée par une certaine « désincarnation » ou « distanciation » des rapports sociaux⁴⁹, par un retrait de la morale chrétienne⁵⁰ dans les sphères juridiques. En effet, si la morale modestement est comprise comme l'ensemble des valeurs validées comme normes dans une société donnée, il ne serait pas impossible de voir l'écrit être sollicité dans la société occidentale à titre probatoire, y compris dans des

⁴⁶ Il en est ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux en date du 26 janvier 2004 où les juges dans un litige entre une mère et sa fille rejetèrent l'impossibilité morale. En l'espèce, la mère réclamait à sa fille le paiement d'une somme d'argent que cette dernière qualifiait de simple donation. Pour ce faire, les juges d'appel tenant compte de l'importance des sommes prétendues par la mère, estimèrent qu'elle ne saurait se suffire d'une impossibilité morale pour établir la preuve de l'existence de ce contrat de prêt. V. *Les Echos Judiciaires Girondins – Journal* n° 5063 du 16 juillet 2004.

⁴⁷ B. ANNICK, « L'impossibilité morale de se produire un écrit dans les rapports familiaux : la jurisprudence actuelle est sans surprise », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 10 avril 2010, n° 4, p. 1.

⁴⁸ M. K. CHARFEDDINE, « L'écrit, une preuve à l'épreuve », *Mélanges Ghestin*, p. 218 « (...) c'est, qu'au fond, notre système juridique relève de la « civilisation de l'écriture » et ses fondations tiennent à la prééminence de l'écrit qui gouverne sa science et ses techniques ».

⁴⁹ S. HESSEL, *Indignez-vous !* Indigène éditions, octobre 2010. Cet ouvrage est assez édifiant sur l'individualisme voire l'égoïsme qui traverse la société occidentale contemporaine.

⁵⁰ D. FENOUILLET, « Propos introductifs », in *Droit et morale. Aspects contemporains*, (dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET), Dalloz, 2011, p. 14 : « Le bilan doctrinal semble donc assez juste, qui évoque le déclin de la morale en droit. Plus précisément, n'est-ce pas le déclin des valeurs chrétiennes que l'on constate, ici ou là ».

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

rapports familiaux. S'épargnant tout contenu subjectif ou idéaliste pour ne devenir qu'une simple norme née de la *repetitio*, la morale, sous ce prisme, cautionne l'exigence d'écrit dans la preuve des actes juridiques, et, par voie de conséquence, limite le périmètre de l'impossibilité morale.

Cet essoufflement de l'impossibilité morale en France est-il transposable en Afrique noire francophone ? La réponse à cette question passera nécessairement par une interprétation de l'impossibilité morale fondée essentiellement sur un substrat moral.

B - La morale, fondement de l'interprétation de l'impossibilité morale

Si la doctrine s'est toujours divisée entre des thèses séparatistes et unionistes dans les rapports existant entre le droit et la morale⁵¹, avec l'impossibilité morale on semble assister à une intégration de la morale dans le droit (*I*). Cette subordination du droit à la morale dans l'impossibilité morale nous invite, à cet effet, à rechercher les manifestations de la morale dans les systèmes juridiques des Etats d'Afrique Noire francophone (2).

1 - L'impossibilité morale, une intégration de la morale dans le droit

Combattue par des idées positivistes⁵², l'œuvre de Ronald Dworkin⁵³, avec aisance, reçoit un succès retentissant dans le domaine de l'impossibilité

⁵¹ W. MASTOR, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin, La force d'Hercule et le talon d'Achille », in *Le droit saisi par la morale*, Etudes réunies et présentées par J. Krynen, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 310 « Problème central de la philosophie du droit, les rapports entre le droit et la morale sont la plupart du temps présentés comme des rapports d'inclusion ou d'exclusion, même si des développements récents envisagent plus modérément la séparation entre les thèses unioniste et séparatiste » ; O. PFERSMANN, « La morale et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir. D. ALLAND et S. RIALS), Lamy, PUF, octobre 2003, p. 1040 et s.

⁵² Prenant appui sur les thèses de Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau, Hegel, Hans Kelsen... nombre d'auteurs (Ch. Perelman, Munzer, N. Mc Cormick, Soper...) contemporains réfutant les travaux de Ronald Dworkin, à travers des thèses séparatistes, tentent de dissocier le droit et la morale. V. A. CARTY, « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 9 et s. ; R. GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 20 et s. ; V. F. MICHAUT, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Dworkin », *Droits*, n° 11, 1990-2, p. 107 et s. ; C. SINTEZ et J.-A. DORATO, « La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme », *Arch. philo. Droit*, t. 51, 2008, p. 319 et s. ; O. BEAUD, « Pour une autre lecture de Ronald Dworkin », *Droits*, 1997, n° 25, p. 135 et s.

⁵³ R. DWORKIN, *L'empire du droit (Law's empire)*, 1986), PUF, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux (Taking rights seriously)*, 1977), PUF, 1995.

morale. En cas de lacunes⁵⁴, expliquant la complétude du système juridique à travers l'addition de principes moraux qui lui sont extérieurs, Dworkin fait du juge, non pas l'inventeur, mais plutôt l'interprète des principes moraux déjà disponibles dans son ordre juridique⁵⁵. En effet, si l'impossibilité morale peut être présentée comme une lacune juridique⁵⁶, cette indétermination du contenu juridique de cette exception à la preuve légale, tout de même, semble orienter les recherches du juge vers la morale. En d'autres mots, la littérature de l'article 1348 du code civil ou des dispositions relatives à l'impossibilité morale dans les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone subordonne la mise en veilleuse de l'écrit dans la preuve des actes juridiques à la présence d'un principe moral lors de la formation de l'acte litigieux entre les parties.

Indisponible dans les écrits (droit positif), la preuve de l'acte juridique à travers les témoignages et présomptions du fait de l'homme passera nécessairement par la découverte d'un rapport moral dans le procès. Par un aphorisme, l'on peut ainsi dire que dans l'impossibilité morale : le droit est dans la morale ! L'impossibilité morale renvoie inéluctablement à des méta-règles ne trouvant pas dans le droit positif un traitement détaillé⁵⁷. Cette herméneutique du juge dans l'univers des règles méta-juridiques, de la morale, aux fins d'éviter un confinement de l'impossibilité morale dans un

⁵⁴ U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », in *Le problème des lacunes en droit*, (dir. Ch. PERELMAN), Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 85 et s. ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, 1^{ère} éd., Dalloz, 2006, p. 26 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 8^e éd., 1995, p. 23 et s.

⁵⁵ W. MASTOR, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin, la force d'Hercule et le talon d'Achille », *op. cit.*, p. 314 « Selon Dworkin, la proposition selon laquelle en l'absence d'une règle claire, il faut user d'un pouvoir discrétionnaire, en ce sens qu'il faut utiliser son jugement, n'est qu'une tautologie. Pour le théoricien américain, le juge est toujours lié dans sa prise de décision, que ce soit par la norme explicite ou par les principes (moraux) qu'il a pour mission de découvrir ».

⁵⁶ O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 913 : « un système juridique lacunaire peut s'entendre soit comme un système ne comportant pas une norme qui devrait s'y trouver, soit comme un système comportant bien une norme mais indéterminée, accordant une marge d'appréciation à l'organe chargé de l'appliquer ».

⁵⁷ X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP, La semaine juridique*, éd., G., n° 17, 27 avril 2005, p. 771 : « Le fait est la limite du droit de sorte que la preuve du fait n'est *a priori* pas une question de droit ».

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

subjectivisme abandonné aux « caprices » des parties au procès, devra mettre en œuvre une conception objective⁵⁸ ou sociale⁵⁹ de la morale.

L'adoption d'une conception sociologique de la morale dans l'impossibilité morale, par voie de conséquence, amènerait le juge à se départir de toute idée religieuse ou kantienne⁶⁰ de la morale. Cette acception sociale présenterait ainsi la morale comme l'ensemble des mœurs en vigueur dans une société donnée⁶¹. Par cette construction objective ou sociale de la morale⁶², le juge prenant ses distances des propositions subjectives des parties, devra essayer de découvrir l'impossibilité morale à partir de principes moraux standards disponibles dans son ordre juridique. Oracle de la volonté du législateur, le juge même disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation, avec l'impossibilité morale devra prédéfinir les catégories de relations sociales à l'intérieur desquelles la sollicitation d'un écrit *ad probationem* est malséante.

Afin que l'impossibilité morale ne devienne une *boîte de pandore* entre ses mains, l'œuvre du juge, en l'espèce, est encadrée par une méta-règle découlant de la morale objective. Non créée ou inventée⁶³ par le juge⁶⁴, la

⁵⁸ Ph. LE TOURNEAU, « 'Bien faire l'homme', de la morale avant toute chose ! » in *Le droit saisi par la morale*, ouvr. préc., p. 35 : « La morale est objective, ce qui l'apparente à la raison. Elle n'est point la compassion, ni le sentimentalisme, ni la simple opinion ou impression », p. 37 : « (...) la vraie morale est : loin d'être téléologique elle est déontologique, c'est-à-dire qu'elle se fonde sur l'obligation d'une norme universelle ».

⁵⁹ E. DURKHEIM, *Sociologie et philosophie*, PUF, 1974 ; L. LEVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, 1903, rééd. PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1971 ; A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif* (1844), Vrin 1990.

⁶⁰ Pour Emmanuel Kant, la morale est consubstantielle à tout individu, et à ce titre, ne relèverait pas d'une création de l'homme car elle lui est inhérente. V. E. KANT, *Métaphysique des mœurs, doctrine de la vertu*, Vrin, 1980.

⁶¹ M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in *Droit et morale. Aspects contemporains*, (dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET), Dalloz, 2011, p. 46 : « La morale sociale est, tout d'abord, descriptive car elle raconte les mœurs de l'homme, ses habitudes, ses sentiments, ses idées, ses passions, ses préjugés, bref, tout cet ensemble des manifestations de l'activité humaine qu'elle englobe sous le terme général de faits sociaux, de réalités morales. La morale sociale est une science des mœurs ».

⁶² R. SAKRANI, « Codifier la morale ? La morale dans les codes civils français et tunisien », *RIDC* 2-2008, p. 467.

⁶³ M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », *op. cit.*, p. 42-43 : « Ainsi le juge est amené à découvrir des principes moraux préexistants mais ne les crée pas à proprement parler. Le juge interprète et le droit est un concept d'interprétation ».

norme morale participerait à cet effet à la régulation⁶⁵ de l'appareil judiciaire en matière d'impossibilité morale. Déduite de valeurs intangibles dans un groupe social donné, la morale objective, ce faisant, offre au juge les outils de mesure de l'impossibilité morale, nonobstant les prétentions des parties. Cette référence de l'impossibilité morale à une morale objective avec quelques reliefs étaient perceptibles dans le droit de la preuve des peuples négro-africains. En effet, lorsque les modes de preuve utilisés dans le procès (témoignages, présomptions, serment imprécatoire, ordalies...) ne permettaient pas aux « sages sous l'arbre à palabre » de se faire une conviction sur les prétentions des parties, ils recouraient *in fine* au *bonus vir*, le bon père de famille, le bon créancier... à des concepts standards prédéfinis et transcendant les parties⁶⁶.

Toutefois, le caractère changeant de la morale à travers l'espace nous amène à nous interroger sur son profil ou contenu dans les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone.

2 - La morale dans les systèmes juridiques d'Afrique Noire francophone

Pluriels dans leurs manifestations⁶⁷, les droits des Etats d'Afrique noire francophone à travers l'existence d'une communauté dans leurs fondations, structures ou valeurs peuvent constituer un système juridique identique⁶⁸.

⁶⁴ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, ouvr. préc., p. 80-81.

⁶⁵ Sur le concept de régulation : V. F. CHAZEL et J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, collection Droit et Société ; J. CLAM et G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998.

⁶⁶ R. VERDIER, « Ethnologies et droits africains », *Journal de la société des africanistes*, 1963, t. 33, fascicule 1, p. 114 : « (...) le juge va apprécier en son âme et conscience, selon son intime conviction, les mobiles, les faits et les actes litigieux et leurs conséquences normalement prévisibles. Se situant à la fois sur le plan moral et social, il se réfère à l'attitude en pareil cas du *bonus vir* (...), les valeurs éthiques non seulement influencent la décision du tribunal mais colorent en outre son interprétation des faits eux-mêmes ».

⁶⁷ R. VERDIER, *ibid*, p. 106 : « Il n'y a certes pas un Droit qui contient tous les systèmes africains – ce serait, par-delà les ressemblances méconnaître les différences - mais force est de constater qu'il existe un certain nombre de principes et de notions fondamentales, contenus en chacun » ; J. VANDERLINDEN, « Ex Africa semper... », *RIDC*, 4-2006, p. 1188.

⁶⁸ M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *op. cit.*, p. 350 : « Au-delà de la reconnaissance de l'existence de droits originellement négro-africains, on s'accorde aujourd'hui à admettre que, malgré leur grande diversité, ces droits peuvent tous être rangés dans un seul et même système ou famille juridique » ; P. LAMPUE, *Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone*, Penant 1979, p. 245 : « Leur histoire (Etats d'Afrique noire francophone), le fait qu'ils ont été compris pendant longtemps

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

Tributaires des mêmes sources, les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone, à travers l'appréhension de la morale, peuvent aussi renvoyer à un paradigme unique⁶⁹.

L'impossibilité morale subordonnant le droit positif à rechercher son contenu dans les règles morales, trouve un écho particulier dans les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone. A l'opposé de la modernité juridique occidentale qui, prenant appui sur des théories positivistes, opère un cloisonnement entre le droit et les autres normes sociales (droit, religion, morale, éthique, justice...), l'imaginaire juridique⁷⁰ en Afrique subsaharienne, quant à lui, procède à un remembrement des différentes normes sociales dans un même et unique ensemble⁷¹. Dans la tradition négro-africaine, droit et morale constituent deux faces d'une même pièce⁷². Cette fusion du droit et de la morale dans les peuples noirs d'Afrique emprunte la *coutume* comme support d'expression⁷³. Définie comme « une règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage⁷⁴ », la coutume comme source principale des systèmes juridiques traditionnels en Afrique noire⁷⁵ entretient

dans un même ensemble politique, la similitude de statut qui en résultait, expliquent que leurs systèmes juridiques, en dépit de leur diversité, aient présenté et présentent encore, dans une certaine mesure, des traits communs ».

⁶⁹ A. NDAW, *La pensée africaine. Recherches sur les fondements de la pensée négro-africaine*, ouvr. préc.

⁷⁰ Nous distinguons imaginaire juridique et droit positif dans les Etats d'Afrique noire francophone. En effet, c'est un truisme de rappeler le fossé existant les droits positifs des Etats africains et les valeurs et pratiques en cours dans le Continent noir. V. J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, 46 (200), p. 279 et s.

⁷¹ E. LE ROY, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in *Normes, normes juridiques, normes pénales - Pour une sociologie des frontières*, (dir. Ph. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE), t. I, CEE, L'Harmattan, Col. Logiques Sociales, Série Déviance /GERN, 1997, p. 123-138.

⁷² X. DIJON, « Les masques du droit en Afrique. Une lecture européenne des sources de la norme », *RIDC*, 2009, n° 4, p. 572 : « Or, dans la société traditionnelle dite holiste, cette source du droit ne semble pas connaître sa propre différence d'avec l'impératif moral ou l'oracle religieux, contrairement à l'expérience des sociétés sécularisées qui ont délimité, elles, un champ propre au droit ».

⁷³ R. VERDIER, *Ethnologies et droits africains*, op. cit., p. 109 : « Pour l'africain, il n'y a pas une pluralité de coutumes, la coutume religieuse, morale, juridique..., il y a la coutume, au sens plein du mot, règle de vie – ou pratique - obligatoire (...) ».

⁷⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18^e éd., 2011, p. 238.

⁷⁵ O. ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, ouvr. préc.

avec l'impossibilité morale des rapports assez étroits. Cette proximité, en partie, se justifie par l'inexistence d'un contenu précis de l'impossibilité morale dans les arcanes du droit écrit. Se laissant saisir à travers la morale, l'impossibilité morale dans la recherche de son domaine dans les systèmes juridiques d'Afrique noire francophone semble trouver dans la coutume le cadre de sa définition.

Intégrant en son sein tous les foyers normatifs (religion, morale, éthique, droit, politique...), la coutume⁷⁶ source sacrée⁷⁷ des valeurs négro-africaines absorberait à cet effet la morale. Quoique syncrétique du fait de la présence de la civilisation occidentale et de la religion musulmane dans ses différentes couches⁷⁸, la coutume dans les pays du sud du Sahara maintient une forte teneur de valeurs négro-africaines⁷⁹. Morale sociologique⁸⁰, l'impossibilité morale dans les Etats d'Afrique noire francophone mesurera son rayonnement à partir des mœurs en cours dans ledit espace juridique. Figure axiale de l'impossibilité morale, la morale des mœurs en Afrique subsaharienne, à l'aune des rapports sociaux⁸¹, manifeste son contenu. A

⁷⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, oct. 2004, p. 310 : « On a quelquefois parlé de coutume indistincte pour désigner cette nébuleuse normative d'où sortiront, dans la suite de l'évolution, des systèmes plus spécialisés, la religion, l'éthique, les mœurs, les manières de vivre et même le droit » ; M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », in *Dynamiques et finalités des Droits africains*, (dir. G. CONAC), Economica, 1980, p. 472-473.

⁷⁷ Sur les rapports entre le droit et le sacré : V. P. CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Dalloz, janv. 2006.

⁷⁸ S. B. DIAGNE, « L'avenir de la tradition », in *Sénégal. Trajectoires d'un Etat* (dir. M.-C. DIAGNE), Codesria, 1992, p. 279-298.

⁷⁹ A.-K. BOYE, « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au Sud du Sahara », *RCADI*, t. 238, 1993-1, p. 263-264 : « (...) Quoi qu'il en soit, l'expansion de l'islam en Afrique noire n'a pas eu pour conséquence la disparition des règles coutumières au profit exclusif du droit musulman. Les coutumes se sont islamisées maintenant leurs règles jugées fondamentales pour l'équilibre des sociétés concernées. Cela a été rendu possible grâce à des formes de spiritualité comparables dans les deux mondes musulman et négro-africain, et une tradition commune de tolérance et de pluralisme culturel. L'évangélisation des peuples d'Afrique noire n'est pas parvenue non plus à faire disparaître les coutumes (...) ».

⁸⁰ A.-G. SLAMA, « Le nouvel ordre juridique moral », in *Droit et mœurs*, Droits, 1994, p. 37 et s.

⁸¹ A. NDAW, *La pensée africaine. Recherches sur les fondements de la pensée négro-africaine*, op. cit., p. 175 : « L'individu (en Afrique noire) prend naissance au carrefour des multiples réseaux sociaux auxquels il appartient. Leur interférence le situe et, en le définissant comme dans la théorie mathématique, le fonde, de façon essentielle ; tandis que son appartenance vitale à chacun de ses groupements, le réalise concrètement, c'est-à-dire, le pose dans l'existence sociale ».

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

l'intérieur des relations sociales, les rapports familiaux, parentaux, d'alliance, d'amitié... peuvent servir de guidance pour l'identification des formes d'expression de la morale sociologique en Afrique noire.

Dans le cercle familial, le départ entre famille conjugale et famille lignagère effectué par tous les législateurs civils en Afrique noire francophone⁸² mérite d'être relativisé avec l'impossibilité morale. Vu sous le prisme de la famille conjugale, l'impossibilité morale crée une harmonie entre la *civil law* et les systèmes juridiques des Etats d'Afrique noire francophone. En atteste le droit des régimes matrimoniaux, où en tenant compte d'un idéal moral dans le couple, les constitutions familiales optent pour la liberté de la preuve dans les actes juridiques, en lieu et place du formalisme probatoire⁸³. Au-delà de ce cadre réduit de la famille conjugale, l'impossibilité morale peut-elle étendre ses tentacules à la famille lignagère ? Nous le pensons bien ! L'évocation de la famille dans l'imaginaire négro-africain, même dans cette époque contemporaine, renvoie à un cadre plus vaste que celui de la famille conjugale⁸⁴. L'espace familial, certes commence avec le père, la mère, les enfants, mais va au-delà, en intégrant d'autres catégories parentales telles que, l'oncle, la tante, les cousins, cousines, les neveux, les nièces... Sous ce rapport, l'impossibilité morale invite à une redéfinition du périmètre familial en Afrique noire francophone.

Le caractère élastique de la parenté en Afrique subsaharienne amène à s'interroger aussi sur la « parenté à plaisanterie⁸⁵ », instrument de

⁸² Au lendemain des indépendances, le discours dominant tendant à démontrer l'« inadaptation » entre la famille lignagère et les impératifs de développement, sur l'autel du « Droit du développement » a sacrifié la conception large (lignagère) de la famille validée par les coutumes négro-africaines. V. R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *op. cit.*, p. 251 ; S. GUINCHARD, *Droit patrimonial de la famille au Sénégal*, LGDJ, NEA, 1980, p. 372 et s.

⁸³ V. art. 1402 du code civil français, art. 381 du code de la famille au Sénégal, art. 77 de la loi n° 74-375 en Côte d'Ivoire, art. 370 du code civil gabonais, art. 226 du code de la famille du Congo Brazzaville, art. 186 du code des personnes et de la famille du Bénin...

⁸⁴ L.-V. THOMAS, « La parenté au Sénégal », in *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, (dir. K. MBAYE), éd., G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968, p. 39 et s. ; G. ARRIGHI, « Le droit de la famille au Sénégal », in *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, *op. cit.*, p. 83 et s.

⁸⁵ F. K. CAMARA et A. CISSE, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *Revue de l'arbitrage* 2009, n° 2, p. 293 : « A l'examen il apparaît que les groupes liés par la parenté à plaisanterie sont généralement ceux qui ont des causes structurelles de s'opposer ».

pacification entre groupes ethniques⁸⁶. Déjà utilisée dans la charte de Kurukan Fuga⁸⁷ pour apaiser les éventuelles tensions entre groupes ethniques composant la société Mandé, la « parenté à plaisanterie » conserve une actualité sociale surtout en milieu rural⁸⁸. Véritable morale sociale de la parenté, « la parenté à plaisanterie » peut-elle s'emparer de l'impossibilité morale pour contourner le principe formaliste de la preuve des actes juridiques ?

Toujours dans cette perspective d'inventaire des relations sociales empreintes de traits moraux en Afrique noire, l'on peut convoquer aussi l'amitié comme possible support de l'impossibilité morale. Définie comme un « sentiment réciproque d'affection ou de sympathie qui ne se fonde ni sur les liens du sang, ni sur l'attrait sexuel⁸⁹ », l'amitié peut-elle se conjuguer avec la sollicitation d'un écrit dans la constitution d'un acte juridique ? La morale des mœurs, même contemporaine, en Afrique subsaharienne l'admettrait difficilement. Une synthèse des textures de la morale sociale dans les systèmes juridiques des Etats d'Afrique noire francophone, à cet effet, semble promouvoir le recul du paradigme de l'écrit dans la preuve des actes juridiques.

II - L'impossibilité morale, un recul du paradigme de l'écrit

La démonstration du recul du paradigme de l'écrit passera par une réinterrogation de la dialectique existant entre l'impossibilité morale et le formalisme probatoire (A), avant de présenter la nature supplétive de la preuve légale comme une source d'extension de l'impossibilité morale (B).

⁸⁶ A. NDAW, *La pensée africaine. Recherches sur les fondements de la pensée négro-africaine*, op. cit., p. 183 « Dans la parenté à plaisanterie, les parties s'engagent à se servir mutuellement les prestations telles que l'entraide et l'échange de cadeaux (...). En fait, ce n'est pas proprement un groupement (la parenté à plaisanterie) qui se forme ici, mais plutôt un mécanisme de solution des conflits à l'intérieur même d'un groupe déjà existant ».

⁸⁷ L'article 7 de la charte de Kurukan Fuga en date de 1236 dispose : « Il est institué entre les mandenkas le sanankunya (parenté à plaisanterie) (...). En conséquence, aucun différend né entre ces groupes ne doit dégénérer, le respect de l'autre étant la règle ».

⁸⁸ G. COURADE et J.-C. DEVEZE, « Des agricultures africaines face à des difficiles transitions » : « L'Afrique sub-saharienne regroupe 750 millions d'habitants en 2005 dont les deux tiers sont des ruraux vivant dans des villages de moins de 2000 habitants », en _____ ligne sur : http://www.ruralfinance.org/fileadmin/templates/rflc/documents/1184338571980_transitions.pdf consulté le 24 octobre 2011.

⁸⁹ *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 1984, p. 60.

A - Formalisme probatoire et impossibilité morale : la réinterrogation d'une dialectique

La nature du lien unissant le formalisme probatoire à l'impossibilité morale nous semble être un rapport de type concurrentiel (1). La subordination du principe de la préconstitution de la preuve à un « ordre public moral », à cet effet, nous permet de remettre en cause le caractère sécuritaire de l'écrit dans les systèmes juridiques des Etats d'Afrique noire francophone (2).

1 - Formalisme probatoire et impossibilité morale : un rapport de type concurrentiel

Dans le droit de la preuve des actes juridiques, le formalisme probatoire quoique principal a son domaine. Il en est ainsi de la présence d'un « principe moral » dans les relations entre les parties au procès. De nature à suspendre l'impératif d'un écrit en matière de preuve d'un acte juridique, le « principe moral » est un standard social. Enième rappel ! C'est une morale durkheimienne, une morale « positive » qui se résume à faire un inventaire non apriorique ou subjectif des mœurs d'une société donnée⁹⁰. Toutefois, le « principe moral » susceptible de mettre en veilleuse le caractère obligatoire de l'*instrumentum*, devra revêtir une certaine « force normative⁹¹ » attestant de sa généralité ainsi que de sa sacralité. Sous ce rapport, le « principe moral », du fait de son aura dans le tissu social, se présenterait comme une coutume ou un usage⁹² dans ledit groupe.

La collecte de certaines décisions provenant de la jurisprudence française, illustre parfaitement l'immobilisation du formalisme probatoire par les mœurs sociales. Il en est ainsi, en matière de contrat ayant pour objet la vente de produits de luxe⁹³, de rapports entre propriétaires d'écuries de

⁹⁰ M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », *op. cit.*, p. 48-52.

⁹¹ C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009 ; « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles et de droit », *Arch. philo. droit*, t. 51, 2008, p. 341 et s. ; C. POMART, « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de continuum », *RRJ*, 2004, p. 1679 et s. ; G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.* 1988, chron. 267.

⁹² Il en est ainsi, en matière agricole en France, où les juges recherchent l'existence d'un usage professionnel validant la non-préconstitution d'un écrit dans les rapports contractuels. V. Cass. civ., 28 février 1995, *Rep. not.* 19-95. 1043, obs. MAZEAUD.

⁹³ TGI Saintes, 2 juillet 1991, *D.* 1992, 466, obs. B. BEIGNIER.

course⁹⁴, de rapports de subordination entre employeur et salarié⁹⁵, de rapports entre un médecin et son patient⁹⁶, de rapports entre instituteur et parent d'élève⁹⁷, de rapports entre concubins⁹⁸...

Une synthèse de ces jurisprudences ci-dessus relevées, fait observer que le domaine de l'impossibilité morale dans la preuve des actes juridiques est tributaire de la casuistique⁹⁹. Le champ d'expression de l'impossibilité morale ne peut être prédéfini. L'écrit même présumé paradigmatique dans le droit de la preuve achoppe devant l'« ordre public moral ». Le rapport de type concurrentiel entre le formalisme probatoire et l'impossibilité morale se transforme, à cet effet, en un lien de subordination au profit de cette dernière. Ce rapport hiérarchique se justifie par la présence d'un « principe moral » dans le procès¹⁰⁰. La réception du concubinage en France comme source d'impossibilité morale semble valider nos propos. En effet, bien avant le PACS¹⁰¹ (pacte civil de solidarité), la jurisprudence constatant l'élévation du concubinage¹⁰² au rang de mœurs sociales¹⁰³, en matière de responsabilité civile avait accepté l'indemnisation du concubin survivant, et ce, même dans

⁹⁴ Cass. civ., 15 janvier 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 1, 211.

⁹⁵ Cass. soc., 28 avril 1955, *D.* 1956, somm. 66.

⁹⁶ Cass. civ., 13 avril 1910, *D.* 1911, 1, 14.

⁹⁷ Cass. req. 26 juin 1929, *S.* 1930, 1, 32.

⁹⁸ Cass. civ., 10 octobre 1984, *Rep. not.* 1985, 322, obs. MASSIP; TGI Versailles, 22 octobre 1999, *D.* 2000, somm. 418, obs. LEMOULAND.

⁹⁹ Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *op. cit.*, n° 29 : « Il s'ensuit une conséquence fâcheuse pour qui veut définir les contours de la notion d'impossibilité : non seulement cette notion ne se ramène pas à la force majeure, mais elle se refuse à toute systématisation ».

¹⁰⁰ M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », *op. cit.*, p. 74-84.

¹⁰¹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 insérée dans l'article 515-1 et s. du code civil.

¹⁰² M. PICHARD, « Droit et morale en droit extrapatrimonial », in *Droit et morale. Aspects contemporains* (dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET), *op. cit.*, p. 142 : « La loi n'invite plus guère à se marier – puisqu'elle reconnaît voire institue dorénavant les relations sexuelles hors-mariage. Si, petit à petit, le droit civil extrapatrimonial, en particulier par égard pour le sort des enfants qui en étaient issus, avait fait une place au concubinage, la matière a connu, avec la loi du 15 novembre 1999, un bouleversement remarquable : non seulement le concubinage est désormais désigné comme une situation non connotée négativement dans le code civil, non seulement une autre institution de la vie de couple est instaurée avec le pacte civil de solidarité, mais ces unions sont parfois placées sur le même plan que le mariage par la législation récente, y compris civile ». V. aussi, D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

¹⁰³ En France actuellement un enfant sur deux est issu de couple non marié.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

un concubinage adultérin¹⁰⁴. Mœurs sociales, le concubinage, par le canal de l'impossibilité morale, à cet effet, dispense les concubins de la préconstitution d'un écrit¹⁰⁵. Le « principe moral » dans l'impossibilité morale désormais ne connote aucune idée religieuse ou transcendante, c'est une morale « pure¹⁰⁶ ».

La transposition de ces observations relatives à l'impossibilité morale dans les systèmes juridiques des Etats d'Afrique noire francophone, à notre sens, ne peut que procéder à un recul du paradigme de l'écrit dans la preuve des actes juridiques. Réduit en une simple norme sociale, le « principe moral » en Afrique subsaharienne invite le juge, aux fins de découvrir l'impossibilité morale, à explorer les relations sociales dans lesquelles la sollicitation d'un écrit n'est pas un usage. Dans une telle perspective, l'on constate un renversement des postures entre la civilisation occidentale marquée par une « sacralisation » de l'écrit¹⁰⁷ et la culture négro-africaine moins sécuritaire¹⁰⁸ et fondée sur la confiance entre les sujets de droit. Ces écarts de civilisation amènent à s'interroger sur les critères de délimitation des frontières respectives de l'impossibilité morale et du formalisme probatoire en Afrique noire francophone. Invariablement les relations de grande confiance qui servaient de point d'ancrage en droit français¹⁰⁹, peuvent être reprises en Afrique subsaharienne. Première difficulté ! Alors que le système de la preuve légale semblait lui attribuer une place marginale dans les actes juridiques, la grande confiance si elle n'essaime pas dans toutes les formes de relations sociales en Afrique noire, semble tout de même axiologique. La famille lignagère, la « parenté à plaisanterie », l'amitié...

¹⁰⁴ Cass. crim., 19 juin 1975, *D.* 1975, 679, note A. TUNC.

¹⁰⁵ Ce principe, récemment, a été réaffirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 12 janvier 2011 opposant l'écrivaine franco-camerounaise Calixte Belaya au présentateur Michel Drucker. En l'espèce, les magistrats de Paris s'appuyant sur une relation de concubinage entre ces deux personnes sus-évoquées, valide une impossibilité morale relative à la preuve d'une dette du présentateur à l'encontre de sa concubine découlant d'un contrat de rédaction d'un ouvrage commandé par les éditions Albin Michel. Pour ce faire, la Cour, en ces termes, rappelle « la relation de concubinage qu'elle (Calixte Belaya) entretenait à l'époque avec Michel Drucker la plaçant dans l'impossibilité morale d'exiger de lui qu'il formalise par écrit son engagement », in « La preuve par écrit entre concubins (l'exemple d'un animateur de télévision croqué par son 'nègre' », en ligne sur le blog du Professeur Patrick Morvan. Consulté le 23 septembre 2011.

¹⁰⁶ L'adjectif « pure » est une paraphrase de la « théorie pure du droit » de Hans KELSEN, Dalloz, 1962.

¹⁰⁷ G. CORNU, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 254 et s.

¹⁰⁸ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Thèses », t. 35, 2009.

¹⁰⁹ Ch. LAROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, ouvr. préc. p. 354.

morale sociale en Afrique noire francophone, à notre sens, peuvent quitter le « non-droit » et accéder à la vie juridique par le biais de l'impossibilité morale.

Toutefois, ces références ou normes sociales à elles seules ne sont pas créatrices de situations d'impossibilité morale en Afrique noire francophone. Faudrait-il encore, à l'image de la jurisprudence française, que celui qui invoque l'impossibilité morale puisse établir la preuve de l'existence de rapports contractuels fondés sur une grande confiance, rendant, à cet effet, la sollicitation d'un écrit moralement impossible. En d'autres mots, les relations sociales en elles-mêmes ne permettent pas de présumer l'impossibilité morale, même si elles constituent des standards à partir desquels le juge pourra mesurer le bien-fondé des prétentions des parties¹¹⁰. Il en est ainsi, de deux parents ou amis, habitués à préconstituer un écrit dans leurs rapports contractuels. Il va de soi que le juge ayant déjà constaté ce passé formaliste entre de telles parties, ne saurait recevoir l'argument de l'impossibilité morale brandi lors d'un nouveau contrat entre ces dites personnes, quelque soit la nature de la relation sociale les unissant : parents de lignage, de « plaisanterie », amis...

Eu égard à ces précisions, le foisonnement des « principes moraux » en Afrique noire francophone semble remettre en cause le caractère sécuritaire de l'écrit dans la preuve des actes juridiques.

2 - L'impossibilité morale, une remise en cause du caractère sécuritaire de l'écrit

« L'intimité des cœurs ne s'accommode, ni ne s'embarrasse de formalités de preuve ; elle conduit tout naturellement, elle oblige même, à faire confiance. Un père n'exige pas la signature de son fils, ni un mari celle de sa femme. L'inverse serait une marque de défiance incompatible avec la vie de famille¹¹¹ ».

Ces propos du professeur Malinvaud renferment une certaine « immoralité » de l'écrit lorsqu'il est sollicité dans le cadre de la famille conjugale. « Immoral » dans les rapports entre personnes relevant d'une

¹¹⁰ Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *op. cit.* n° 20 : « Cependant, le lien de parenté sans l'affection serait insuffisant pour créer l'impossibilité. On peut être proches parents, et se détester cordialement ; à l'inverse, de puissants liens d'affection peuvent se nouer entre parents éloignés, ou entre alliés. Il appartient aux juges du fond de vérifier, dans chaque cas, que les rapports familiaux étaient empreints de cette affection d'où naît la confiance. Et ceci explique les quelques décisions dissidentes qui ont dénié l'existence de l'impossibilité morale malgré la parenté ».

¹¹¹ Ph. MALINVAUD, *ibidem*.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

même famille, l'écrit décline aussi cette même « tare » dans tous les types de relations sociales marquées par une grande confiance. Quel est le fondement de cette « immoralité » de l'écrit ?

Préconstitué en vue de la preuve d'un acte juridique, l'*instrumentum* assume une fonction sécuritaire, de préservation d'un créancier en cas de survenance d'un litige relatif à l'existence d'un droit subjectif¹¹². Qui dit écrit, dit sécurité ! La constatation d'un rapport juridique dans un acte instrumentaire ne saurait concéder aucune place à l'impossibilité morale. Contre et outre le contenu d'un écrit on ne prouve que par écrit¹¹³. Cette ambition de sécurité juridique que recherche l'écrit, par la même occasion, fait planer entre les parties, aussi infime qu'il soit, un climat de méfiance, voire même de suspicion. Il en est ainsi, dans un jugement du TGI de Saintes¹¹⁴ où les magistrats font observer que : « les usages professionnels (...) peuvent exercer une contrainte morale sur les parties, car l'exigence d'une signature au bas d'un écrit apparaîtrait comme une marque de méfiance ou de suspicion face au poids traditionnellement reconnu à la parole donnée dans les milieux agricoles ; (...) exerce effectivement cette contrainte morale, dispensant du même coup les parties, en cas de litige, de prouver par écrit l'accord des volontés ».

Si dans le système juridique français d'inspiration individualiste, le caractère sécuritaire de l'écrit se comprend aisément, en ce que, les droits subjectifs dans leur quintessence font la promotion de l'individu, il en va autrement dans l'imaginaire juridique négro-africain où les instruments juridiques sont au service du groupe et non de l'individu¹¹⁵. Ce dernier, en Afrique subsaharienne, se définit à travers le groupe social qui l'ancre et lui donne une identité¹¹⁶. Notre propos, loin d'établir une hiérarchie¹¹⁷ entre

¹¹² F. TERRE, *Introduction générale au droit*, ouvr. préc., p. 544-545.

¹¹³ Art. 1341 du code civil français, art. 29 al. 2 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, art. 804 du code civil guinéen, art. 267 du régime général des obligations du Mali.

¹¹⁴ TGI de Saintes, 2 juillet 1991, préc.

¹¹⁵ M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », *op. cit.* p. 480 « Le projet des sociétés occidentales relève d'une analyse inverse de celle des sociétés primitives ou traditionnelles. Ce que les occidentaux veulent protéger, ce n'est pas la liberté de la société et de chacun des éléments qui la composent, c'est la liberté ou les libertés de l'individu ».

¹¹⁶ A. NDAW, *La pensée africaine. Recherches sur les fondements de la pensée négro-africaine*, ouvr. préc. p. 178.

¹¹⁷ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, p. 328 : « Si donc l'exigence de préconstitution s'efface pour laisser place à des mécanismes de légitimation étrangers à celui qui découle des actes instrumentaires, ce n'est pas parce que ces mécanismes doivent être tenus pour supérieurs à ce dernier. C'est

l'écrit et l'impossibilité morale, tente de réfléchir sur le devenir de la preuve des actes juridiques en l'absence d'un *instrumentum*. Faudrait-il en cas d'inexistence d'un écrit clore le procès du fait de l'impossibilité du demandeur à établir la preuve de ses allégations par des procédés formalistes ? Nous préférons que le juge y réponde par la casuistique¹¹⁸. Cette position s'explique par le fait que dans la conscience collective en Afrique noire, même dans cette époque contemporaine, la sollicitation d'un écrit dans la perspective de sécuriser un acte juridique est souvent assimilée à une forme de cupidité, d'immoralité¹¹⁹. La morale des mœurs, source de l'impossibilité morale, en Afrique noire présente l'écrit comme une absence de confiance dans les rapports sociaux, et par voie de conséquence, serait une source d'insécurité dans le tissu social. L'insuccès de l'écrit comme outil probatoire, toutefois, ne permet pas de conclure à l'inexistence d'un droit de la preuve des actes juridiques dans les systèmes juridiques négro-africains, mais plutôt invite à un changement de paradigme dans les fonctions de la preuve en Afrique subsaharienne. Entre la *civil law* et les systèmes juridiques négro-africains, il y a un écart anthropologique quant à l'appréhension du rôle de la preuve dans la constitution des droits subjectifs. Si dans le système juridique occidental, la preuve est une technique de garantie ou de sécurité contre une éventuelle mauvaise foi du débiteur d'une obligation, dans l'imaginaire juridique négro-africain, la preuve n'assume qu'une simple fonction de publicité, d'information du groupe quant à l'existence d'un rapport juridique entre deux personnes¹²⁰. Remplissant une fonction plus

simplement parce que leur application aboutit à une solution moins mauvaise que celle fondée exclusivement sur l'absence de préconstitution ».

¹¹⁸ *Ibid.*, « En conséquence, s'il n'y a pas d'acte instrumentaire dans le débat, le juge a tout intérêt à vérifier, avant de rejeter les prétentions du demandeur, qu'il n'y a aucun autre procédé de preuve permettant d'accueillir ces prétentions. Plus exactement, si le juge trouve dans le débat des procédés de preuve permettant d'imputer à l'une des parties une attitude plus significative qu'une simple négligence, il doit les utiliser de préférence à l'argument tiré de la violation de l'obligation de préconstituer une preuve ».

¹¹⁹ M.-B. NIANG, « Solidarités familiales et prise en charge des vulnérabilités économiques en droit sénégalais de la famille », *Nouvelles Annales Africaines* n° 2/2011, p. 262 : « Dans des sociétés où l'écrit occupe encore très peu de place, surtout dans les relations familiales, l'hypothèse d'une convention littérale n'est pas courante. Envisagée sous l'angle de la morale africaine, l'exigence d'un écrit par le bénéficiaire de l'obligation alimentaire serait perçue comme un manque de courtoisie et de politesse ».

¹²⁰ J. BINET, *Le système des preuves en droit coutumier africain, plus spécialement en Guinée et au Cameroun*, Les Editions de la Librairie Encyclopédique, SPRL, Bruxelles, 1964, p. 122 : « Pour l'Occidental, prouver, c'est montrer ce qui est, se garantir contre l'oubli et la mauvaise foi. Pour l'Africain, la preuve assure la publicité

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

symbolique qu'instrumentaire, la preuve dans le droit négro-africain souvent se réalisait à travers la remise par le débiteur au créancier d'un objet lui appartenant ; lequel objet parfois n'avait aucune valeur économique comparé à la chose source de son engagement¹²¹. L'écrit en s'éloignant de tout symbolisme, pour assumer un rôle de sécurisation des actes juridiques, ce faisant ainsi, difficilement rencontre l'assentiment de la morale sociale en Afrique noire francophone. Dans une telle perspective, le juge explorant l'impossibilité morale dans les mœurs sociales, se doit de comprendre les ressorts de cette marginalisation de l'écrit dans les systèmes juridiques des Etats d'Afrique noire francophone qui, à notre sens, s'abreuve d'une différence de perceptions dans les fonctions de la preuve à travers les cultures juridiques.

Les ressorts de la marginalisation de l'écrit semblent même plus lointains. En effet, d'Aristote à la Rome antique, la famille n'était point un objet de droit. La famille étant une communauté et non une société, le droit ne pouvait point y exister. La science juridique entamait son existence à travers les rapports bilatéraux, pluriels, relationnels... La famille étant non une réalité duale ou plurielle mais plutôt une entité unitaire, l'on ne pouvait y découvrir point de droit. « Le fils est quelque chose du père, il n'est pas autre que le père¹²² ». L'absence de droit dans les rapports familiaux des sociétés traditionnelles, en partie, explique le rejet de l'écrit comme mode de preuve des actes juridiques dans de telles relations. En effet, l'écrit dans la contemporanéité juridique où règne le positivisme non seulement est l'instrument par excellence du droit, mais aussi constitue le symbole qui dit le droit. L'écrit fonde le droit ! *Idem est esse aut non probari*.

Sous ce prisme, les conceptions des sociétés traditionnelles (Grèce, Rome antique, tradition négro-africaine...) marquées par l'absence de droit dans la famille, semblent expliquer l'impossibilité morale quant elle dispense de la préconstitution d'un écrit dans le cercle familial.

En marge de ces observations ci-dessus faites, l'impossibilité morale dans la preuve des actes juridiques peut voir son domaine s'étendre tenant compte de la nature supplétive du formalisme probatoire.

de l'acte en le faisant connaître à tous. En outre, elle a un rôle de contrainte : elle oblige les deux parties à s'exécuter. Il semble bien que l'opposition entre ces diverses notions ait amené une confusion dans les systèmes juridiques négro-africains ».

¹²¹ *Ibid.*, p. 115-116.

¹²² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2009, p. 83.

B - La nature supplétive du formalisme probatoire : une source d'extension de l'impossibilité morale

L'absence de caractère d'ordre public de la preuve des actes juridiques restreint le formalisme probatoire à une simple fonction directrice (1) susceptible, à cet effet, de s'effacer devant une coutume ou un usage *contra legem* (2).

1 - La fonction directrice du formalisme probatoire

C'est un truisme de rappeler que les règles gouvernant la preuve des actes juridiques ne sont pas d'ordre public¹²³. Principe posé par la jurisprudence française¹²⁴ et rappelé par certains législateurs africains¹²⁵, la nature supplétive du droit de la preuve renfermerait, à cet égard, la quête par le droit positif d'une certaine souplesse. En d'autres mots, le formalisme probatoire ne régit le litige des parties que lorsque ces dernières se sont dispensées de prévoir leurs propres modes de preuve. Règle supplétive, la preuve légale se présenterait comme un modèle¹²⁶ à partir duquel le législateur entend orienter les parties afin de résoudre les difficultés relatives à la réalité de leurs droits subjectifs. Sous ce rapport, le formalisme probatoire du fait de son absence de caractère d'ordre public s'assimilerait plus à une norme qu'à une loi prescriptive¹²⁷. Par sa fonction directrice, la préconstitution de la preuve n'ambitionne aucunement d'enfermer les parties dans une « religion de l'écrit ». A faire une synthèse des propositions doctrinales¹²⁸, le formalisme probatoire assumerait principalement deux fonctions. Il viserait d'abord à épargner les parties d'un éventuel litige devant le juge, en ce sens que, la clarté de l'*instrumentum* peut faire l'économie d'un

¹²³ R. LE BALLE, *Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, thèse Paris, 1923.

¹²⁴ Cass. civ. 11 avril 1886, *D.* 1886, 1, 93 ; Cass. soc. 19 juin 1947, *Gaz. Pal.* 1947, 2, 84 ; Cass. soc. 24 mars 1964, *JCP* 1965, II, 14415, note LAPP ; Cass. com. 8 nov 1989, *D.* 1990, 369, note, GAVALDA.

¹²⁵ Art. 37 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que « Les conventions sur la preuve sont valables dans la mesure où les parties règlent conventionnellement l'acquisition ou la perte d'un droit par la production d'un mode de preuve déterminé ».

¹²⁶ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 509 : « la règle supplétive aurait une fonction directrice combinant l'idée de modèle en tant que type idéal à reproduire et l'ordre, présentant ce modèle comme limite à la liberté individuelle ».

¹²⁷ Sur les différences entre norme et loi : V. P. AMSELEK, « Norme et loi », *Arch. Philo. Droit*, t. 25, La loi, Sirey, 1980, p. 89-90.

¹²⁸ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, ouvr. préc., p. 326-327.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

procès. Ensuite, il chercherait à contourner autant que possible l'invitation des témoignages dans le procès civil du fait du subjectivisme qui entoure ce mode de preuve.

Principe axiologique dans la preuve des actes juridiques, l'écrit, en vérité, ne s'impose comme paradigme que lorsqu'il est préconstitué par les parties. C'est parce qu'il ne s'apparente pas à une règle de recevabilité, du fait de son caractère de preuve parfaite, l'acte instrumentaire, par sa seule présence dans les débats, rend tout autre procédé probatoire sans effets juridiques. En sens inverse, le formalisme probatoire en tant que règle supplétive¹²⁹ ne saurait paralyser le procès du seul fait de l'inexistence d'un écrit préconstitué. L'article 1341 du code civil, à cet effet, s'illustre comme une règle d'efficacité¹³⁰ et non de validité visant simplement à offrir au juge les moyens de trancher les litiges en s'éloignant de tout subjectivisme. Dans cet ordre d'idées, la preuve des actes juridiques arrimée à une recherche d'efficacité, autorise ainsi l'autorité judiciaire à poursuivre le procès lorsque cet idéal d'efficacité peut être acquis en l'absence d'acte authentique ou sous signature privée. En atteste le commencement de preuve par écrit. Souvent présenté comme une forme d'« aveu extra-judiciaire¹³¹ », le commencement de preuve par écrit, parce qu'il permet au magistrat d'atteindre l'ambition de recherche d'efficacité par les jugements, autorise, à travers les témoignages et présomptions, à se dispenser de l'exigence d'un écrit.

Au même titre que le commencement de preuve par écrit ou encore la nature commerciale d'un litige, l'impossibilité morale relègue le formalisme probatoire au rang d'une simple règle de recevabilité¹³². La constatation d'une situation d'impossibilité morale dans un conflit permet au juge de contourner le « dogme de l'écrit¹³³ » en recourant aux procédés de preuve imparfaits, et ce, dans l'optique d'aboutir à une solution pourvue d'efficacité. En somme, la nature supplétive du formalisme probatoire emporte comme corollaire principal le rétrécissement du domaine de l'écrit dans la preuve des

¹²⁹ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, p. 412-423 : « La supériorité de la règle spontanée sur ces règles délibérées se justifie par l'essence même de la fonction supplétive : pourquoi, en l'absence d'intérêts supérieurs, empêcher la règle la plus conforme aux besoins de l'emporter (...). Le propre du supplétif est de s'appliquer à défaut de mieux »

¹³⁰ Sur l'efficacité comme critère du juridique : V. R. DRAGO, « Le droit de l'expérimentation », in *Mélanges en hommage à François Terré*, p. 229 et s.

¹³¹ H. MAZEAUD, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit et la théorie générale des preuves*, thèse, Lyon, 1921, spéc., p. 81.

¹³² X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, ouvr. préc., p. 302-304.

¹³³ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, thèse, Poitiers, 1954, p. 124 et s.

actes juridiques. Cette affirmation reçoit un écho particulier en Afrique noire subsaharienne où le champ très étendu de l'impossibilité morale nous prolonge vers une nouvelle question relative à la validation d'une coutume *contra legem* autour de cette exception au principe de la préconstitution de l'écrit.

2 - L'impossibilité morale ou la source d'une coutume *contra legem*

Si l'admission de la coutume *contra legem* devant une loi impérative semble être difficilement acceptable¹³⁴, il en va autrement lorsqu'elle est en concurrence avec une loi interprétative ou supplétive de volonté¹³⁵. A transposer ces propos ci-dessus dans le droit de la preuve, il ne souffre d'aucune difficulté à voir le formalisme probatoire –règle supplétive– être écarté par une coutume *contra legem*¹³⁶. Reste à démontrer l'existence d'une coutume *contra legem* dans la preuve des actes juridiques, et qui, en partie, prendrait appui sur l'impossibilité morale. Dans une telle perspective, il conviendra au préalable de préciser la nature ou les caractères de cette coutume *contra legem* qui environne le système de la preuve préconstituée dans les Etats d'Afrique noire francophone. Cette coutume *contra legem* se manifeste à travers la marginalisation de l'écrit comme support principal de réalisation des actes juridiques en Afrique au Sud du Sahara. En termes autres, le contrat source principale des actes juridiques en Afrique noire, quant à son existence, s'établit à travers des procédés souvent oraux, et par voie de conséquence, dépourvus de socles scripturaux. Cette généralisation du « non-écrit » serait, à cet effet, constitutive d'une coutume *contra legem* dans le droit de la preuve en Afrique subsaharienne.

Loin d'ancrer l'Afrique noire dans une civilisation absente d'écritures¹³⁷, c'est la relation que l'*homo africanus* entretient avec l'écrit qui est génératrice d'une coutume *contra legem*. La maigreur des actes instrumentaires dans les rapports juridiques en Afrique noire francophone

¹³⁴ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, ouvr. préc., p. 239-240.

¹³⁵ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, ouvr. préc., p. 409-437.

¹³⁶ P. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *op. cit.*, n° 29 : « Or, ce que deux volontés conjuguées peuvent faire, la volonté collective et générale représentée par l'usage peut *a fortiori* le réaliser. Aussi est-il admis qu'un usage peut s'établir *contra legem* lorsque la loi contredite n'est que supplétive. Cette idée explique en même temps qu'elle légitime la jurisprudence relative à l'impossibilité morale ».

¹³⁷ S. BATTESTINI, *Ecriture et texte. Contribution africaine*, éd. Les Presses de l'Université Laval Présence africaine, 1997, p. 63-105. Ce linguiste et sémioticien dans ce pénétrant ouvrage remet en cause l'idée selon laquelle l'Afrique serait une civilisation exclusivement orale et dépourvue de toute écriture. Dans une telle perspective, il invite à repenser les notions de texte et d'écriture.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

s'abreuverait dans la morale des mœurs qui voit dans l'écrit une source de méfiance ou même de suspicion.

Sous ce prisme, la validation du « non-écrit » comme une coutume *contra legem* passera nécessairement par la démonstration de sa généralité, de sa permanence ainsi que de sa force obligatoire ou plutôt psychologique¹³⁸.

S'agissant de la généralité des rapports juridiques en dehors de tout support écrit, pour s'en convaincre en Afrique noire francophone, une présentation des taux d'alphabétisation¹³⁹ dans lesdits Etats peut servir de caution à ce premier critère de cette coutume *contra legem* : « le non-écrit ». Estimé à 59,7 %, le taux d'alphabétisation en Afrique subsaharienne¹⁴⁰ se lit, toutefois, avec quelques reliefs. En effet, cette proportion « encourageante » du niveau d'alphabétisation est acquise, en partie, grâce aux Etats africains d'expression anglophone ou lusophone¹⁴¹. Ce faisant, une lecture nuancée des statistiques relatives à l'alphabétisation en Afrique subsaharienne autorise à comprendre qu'en Afrique noire francophone l'analphabétisme voire même l'illettrisme demeure la règle.

Fort de ces observations arithmétiques, avec aisance, l'on peut s'accorder pour constater qu'en Afrique noire francophone l'écrit comme fondement des actes juridiques n'est pas principal du fait de sa non-maîtrise par les segments les plus élaborés parmi les sujets de droit. Critère objectif pour l'établissement d'une coutume¹⁴², la généralité du caractère marginal de l'écrit, par voie de conséquence, s'observe aussi dans la preuve des actes

¹³⁸ Généralité, permanence et force obligatoire ou psychologique sont souvent présentées comme les trois critères qu'une pratique populaire se doit de remplir pour accéder au rang de coutume donc de règle juridique.

¹³⁹ Le taux d'alphabétisation au Burkina-Faso est de 12,8 % chez les adultes et 21 % chez les jeunes, au Niger 14,4 % chez les adultes et 22 % chez les jeunes, au Mali 19 % chez les adultes et 25 % chez les jeunes, au Tchad 25,5 % chez les adultes et 40 % chez les jeunes, au Bénin 33,6 % chez les adultes et 45 % chez les jeunes, au Sénégal 39,3 % chez les adultes et 52 % chez les jeunes, en Côte d'Ivoire 48,1 % chez les adultes et 63 % chez les jeunes, en Centrafrique 49 % chez les adultes et 61 % chez les jeunes... Source : UNESCO, Rapport mondial de suivi sur l'EPT (Education Pour Tous), L'alphabétisation, un enjeu vital, 2006, p. 177.

¹⁴⁰ Source : UNESCO, *Rapport mondial de suivi sur l'EPT, Aperçu régional, Afrique subsaharienne*, 2006, p. 6.

¹⁴¹ Le taux d'alphabétisation en Afrique du Sud est de 82,4 % chez les adultes, au Botswana 78,9 % chez les adultes, au Nigeria 66, 8 % chez les adultes, au Zimbabwe 90 % chez les adultes, au Cap-Vert 75,7 % chez les adultes, en Angola 66,8 % chez les adultes, en Guinée équatoriale 84,2 % chez les adultes... Source : UNESCO, Rapport préc., p. 6.

¹⁴² P. DEUMIER, *Le droit spontané*, ouvr. préc., p. 139-140.

juridiques, même si nombre de législations en Afrique noire francophone invitent les analphabètes, aux fins de préconstitution de la preuve, à se faire assister par quelques personnes lettrées¹⁴³. Un arrêt de la Cour de cassation du Sénégal en date du 20 février 2002¹⁴⁴ conforte cette protection des illettrés dans la preuve des actes juridiques. Dans cette espèce, la juridiction suprême casse un jugement du tribunal régional de Dakar en date du 16 octobre 1996, en ce que la présence de témoins lettrés dans un acte notarié à elle seule ne garantit pas la sincérité de l'engagement de l'analphabète ; mais faudrait-il encore que ces témoins lettrés « attestent que la nature et les effets de l'engagement de se porter caution soient précisés à la partie illettrée par eux-mêmes ou par un tiers (...) ».

Règle générale, le « non-écrit » est également une réalité permanente en Afrique noire francophone. En effet, plus d'un demi-siècle après l'accession à la souveraineté internationale par nombre d'Etats africains¹⁴⁵, la « coutume africaine » que les législateurs entendaient remplacer par un « droit écrit » demeure toujours vivace¹⁴⁶. Elle semble traverser les âges sans beaucoup vieillir, sans beaucoup prendre de rides. En atteste la négation de l'écrit comme outil probatoire dans les rapports juridiques qui, à cet effet, semble être ontologique en Afrique subsaharienne.

Règle générale et permanente, le caractère marginal de l'écrit en Afrique noire s'accompagne aussi d'une force psychologique. Troisième et dernier critère pour la formation d'une coutume ou d'un usage, l'*opinio necessitatis*, en vérité, peut se fonder dans le critère de la généralité¹⁴⁷. C'est parce qu'une règle est générale qu'elle profite d'une dose d'obligatorité dans le groupe social. Il en va de même pour l'acte instrumentaire en Afrique subsaharienne, son insuccès dans les rapports juridiques fait que sa sollicitation comme mode de preuve est malséante. Et c'est cette idée de

¹⁴³ L'article 274 du régime général des obligations du Mali dispose que : « la partie illettrée doit se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence ; ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ». V. aussi : art. 20 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal ; art. 811 du code civil guinéen...

¹⁴⁴ C. cass., 20 février 2002, Khady Dia Diallo c/ La Société sénégalaise de l'amiant Olment dite Senac – Falou Dieng, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, n° 36, p. 66.

¹⁴⁵ En Afrique, l'année 1960 est symbolique, en ce que, c'est à cette date que nombre d'Etats ont accédé à la souveraineté internationale.

¹⁴⁶ P. LAMPUE, *L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines*, *op. cit.*, p. 14 et s. ; M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique », *op. cit.*, p. 467 et s.

¹⁴⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, ouvr. préc., p. 107 et s.

Impossibilité morale et preuve des actes juridiques

malséance de l'*instrumentum* qui promeut le « non-écrit » comme une règle obligatoire, pourvue d'une force psychologique.

C'est dans cet ordre d'idées qu'en France, la jurisprudence ayant constaté l'existence de quelques usages *contra legem* en matière professionnelle, par le secours de l'article 1348 du code civil, a eu à contourner le formalisme probatoire¹⁴⁸.

Si en France le « non-écrit » ne peut emporter qu'une valeur d'usage *contra legem* du fait de sa présence dans quelques secteurs professionnels, en Afrique noire francophone nous sommes devant une véritable coutume du fait de sa généralisation et de sa permanence dans toutes les sphères sociales. Et cette coutume *contra legem* puisant ses fondements dans l'impossibilité morale, a pour conséquence, de convertir le « dogme de l'écrit » dans la preuve des actes juridiques en une simple pétition de principe.

¹⁴⁸ Cass. com., 22 mars 2011, pourvoi n° 9-72426, *BICC* n° 746 du 15 juillet 2011 ; Cass. civ., 28 février 1995, *Répertoire Défrénos* 1995, 1043, note MAZEAUD ; Pau, 12 novembre 1998, *JCP*, 1999, IV, 1638 ; Paris, 18 décembre 1998, *D.* 1999, IR, 48 ; Cass. civ., 18 juin 1963, *Bull. civ.*, I, n° 324, p. 274.

**DIRE LA COUTUME DANS L'ANCIENNE FRANCE ET EN
AFRIQUE COLONIALE : QUELQUES ELEMENTS COMPARATIFS
AU TRAVERS DE LA PROCEDURE DE REDACTION**

**par Béatrice Fourniel,
maître de conférences au Centre universitaire de formation
et de recherche Jean-François Champollion (CTHDIP)
et
Olivier Devaux,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

Au mépris de la plus élémentaire réalité historique -mais l'époque se prêtait à ce type d'analyse- René Maunier, professeur de législation, économie et sociologie coloniales à l'Université de Paris, regrettait cyniquement dans les propos introductifs à un ouvrage publié en 1943 que, mis en présence des Occidentaux, « les natifs » n'eurent pas partout « comme en Australie et en Tasmanie [...] la discrétion de disparaître et de s'éteindre entièrement »¹. En effet, trop nombreuses, les populations d'Afrique noire subjuguées par la France ne poussèrent pas aussi loin ce sens si délicat des parfaites convenances océaniques, ce qui conduisait d'ailleurs le professeur Maunier à envisager des solutions d'où le plus total arbitraire n'était pas exclu².

¹ R. MAUNIER (dir.), *Eléments d'économie coloniale*, p. 10 (Introduction). On sait que, joints aux maladies importées par les colons, « le pistolet et la lance » (G. BLAINEY, *A very short history of the world*, Penguin Books, 2004) décimèrent souvent la population aborigène. On estime en effet que, au début du XIX^e siècle, vivent en Tasmanie 5 000 à 10 000 aborigènes, le dernier représentant connu de cette population disparaissant de cette île à la fin du XIX^e siècle ou au début du XX^e siècle. L'exemple est loin d'être unique. Ainsi, le 2 octobre 1914, Lothar von Trotha, commandant des forces coloniales en Afrique de l'est allemande, signe un ordre d'extermination des Héréros de Namibie : « [...] Tous les Héréros doivent quitter leurs terres. S'ils n'acceptent pas, ils seront contraints par les armes. Tout Héréro aperçu à l'intérieur des frontières allemandes [namibiennes] avec ou sans armes, sera exécuté. Femmes et enfants seront reconduits hors d'ici ou fusillés. Aucun prisonnier mâle ne sera pris. Ils seront fusillés... ». L'action menée sous les ordres de von Trotha a été qualifiée de premier génocide du XX^e siècle.

² Là où les populations autochtones des colonies françaises sont nombreuses, R. MAUNIER, *ibid.*, p. 10, estime qu'« il faudra bien, bon gré mal gré, que soient

En toute hypothèse, convaincues de la supériorité de leur culture sur celle des « races [...] si éloignées de [leurs] mœurs »³ auxquelles elles s'étaient imposées, les puissances coloniales parmi lesquelles la France figurait en bonne place conçurent donc le droit et la justice -les leurs, au premier chef- comme un outil privilégié de progrès, « un instrument de civilisation dont nous pouvons attendre d'excellents résultats, si nous savons nous en servir ». Imputables au procureur général Flandin lors de son installation à la Cour d'appel d'Alger à la fin du XIX^e siècle⁴, ces propos valent évidemment, dans l'esprit du temps, pour les territoires d'Afrique noire sous domination française caractérisés par un « tourbillon de peuplades hétérogènes, parlant des langues différentes [...], séparées les unes des autres par une hérédité de caractères ethniques, d'habitudes matérielles et de préférences morales »⁵, obéissant « aveuglément à des traditions séculaires »⁶.

Un statut indigène ayant cependant été élaboré pour les populations autochtones⁷, coexistèrent de ce fait deux types de juridictions, l'un pour les Européens, l'autre pour les Africains « de statut local à l'exclusion de toute autre personne ayant la qualité de citoyen d'une nation civilisée »⁸. Les

repoussés tous ces habitants qui tiennent le sol, mais qui ne savent pas, par leurs pauvres moyens, en réaliser la mise en valeur ». On sait, par ailleurs, que la conquête française fut loin d'être exempte de violences à grande échelle. On ne citera ici, pour mémoire, que la « colonne infernale » Voulet-Chanoine qui, en 1899, s'illustra par ses multiples et féroces exactions lors de son expédition vers le lac Tchad. En 1896, ces deux officiers avaient déjà rasé Ouagadougou lors de la conquête du royaume mossi. De façon plus générale, les Français, confrontés à la résistance parfois farouche des populations locales puis, après la conquête, aux révoltes récurrentes, n'hésitèrent pas à utiliser la force brutale. Entre autres exemples, il faudra plus de vingt ans à la France pour « pacifier » sa colonie de Côte d'Ivoire créée par décret du 10 mars 1893.

³ L. CHARPENTIER, *Précis de législation algérienne*, Alger, 1899, p. VII.

⁴ Cité par L. CHARPENTIER, *ibid.*, p. 141.

⁵ G. HARDY, « L'histoire du Maroc » dans *1912-1922 La renaissance au Maroc. Dix ans de Protectorat*, Résidence générale de la République française au Maroc, Rabat-Paris, s.d. (1922), p. 6. L'auteur de ce tableau excepte le Maroc qui « lui, est vraiment un 'pays' fort analogue au cadre des nations européennes » (p. 5).

⁶ L. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 140.

⁷ Sur l'indigénat, I. MERLE, « De la 'législation' de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 17, n° 66, deuxième trimestre 2004, p. 137-162 (importante bibliographie).

⁸ *Le Sénégal*, Exposition internationale de 1931, Gouvernement général de l'Afrique occidentale française, Paris, Société d'éditions géographiques, maritimes et coloniales, 1931, p. 34. Les sujets français (indigènes), distincts des colons, citoyens français de souche métropolitaine, ne conservent au plan civil que leur statut personnel d'origine

Dire la coutume : la procédure de rédaction

tribunaux indigènes purent ainsi appliquer le droit coutumier cher, selon une formule où la condescendance n'est guère voilée, à des peuples « hâbleurs, procéduriers [...], palabr[ant] sans fin dans les villages et satur[ant] de leurs différends les audiences »⁹ dès lors qu'il n'allait pas à l'encontre des valeurs fondamentales de la culture occidentale¹⁰, la preuve de la coutume en justice posant cependant problème chaque fois qu'une partie invoquait une règle de droit coutumier dont l'adversaire contestait l'existence.

Ceci supposait donc que soit entrepris un processus de rédaction des coutumes¹¹ comparable à celui qu'avait connu la France à compter du milieu du XV^e siècle. Et, si l'on ne peut affirmer avec certitude que l'administration coloniale s'inspirât de la fort ancienne procédure autrefois initiée par le roi, aussi bien les méthodes (I) que l'esprit présidant à la fixation par écrit des règles coutumières africaines peuvent en être rapprochés tant les préoccupations demeurent les mêmes au-delà des générations et des continents : introduction de principes juridiques exogènes au nom de

religieuse ou coutumière. Ils sont soumis à la justice indigène présidée par les administrateurs français.

⁹ Ce poncif, concernant ici les Soussous et les Djallonkés de Guinée (*La Guinée*, Exposition coloniale internationale de 1931, Gouvernement de l'Afrique occidentale française, Paris, Société d'éditions géographiques, maritimes et coloniale, 1931, p. 6), se retrouve sous la plume d'une multitude d'auteurs occidentaux du temps.

¹⁰ Pour ce qui est de l'Algérie, L. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 141-142, considère que ni la dualité de juridiction, ni celle des systèmes juridiques ne constituent une garantie absolue de survie du droit local : « [...] la dualité de juridiction [...] qui a toutes les apparences d'un abandon de souveraineté, n'est pas une garantie forcée du maintien de la loi indigène [...]. Cela est si vrai qu'on est arrivé peu à peu à substituer le Juge français au Juge indigène ; et l'on a tout lieu d'espérer, en voyant la loi musulmane appliquée par des magistrats français, qu'une interprétation libérale des principes de cette loi aboutira à la formation d'une jurisprudence éclairée, préparant l'avancement d'une sorte de droit prétorien, comme on se plaît à le dire quelquefois ».

¹¹ J. POIRIER, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française » dans J. GILISSEN (dir.), *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, Université libre de Bruxelles, 1962, p. 275-336 ; du même auteur, « Le problème de la rédaction des droits coutumiers d'Afrique noire », V^e congrès international de Droit comparé, Bruxelles, 1958 dans *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, XII, Paris, Cujas, 1963, p. 111-123 ; M. BADJI, « L'idée de codification dans la construction du droit coutumier en Afrique occidentale française au XX^e siècle » dans M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *La codification juridique dans les pays francophone*, revue *Droit sénégalais* n° 7, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 103-118, notamment p. 109 et s. : « La rédaction des coutumes » ; R. SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009, p. 153 et s. : « IV- Le droit précolonial à l'époque coloniale ».

l'exclusion des « mauvaises coutumes » et, *a contrario*, confirmation de celles qui seront considérées comme bonnes, le tout au nom de l'intérêt général et particulier des administrés (II). Le *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya*¹², alors en Haute-Volta¹³, en atteste¹⁴.

I - La procédure de rédaction

Tout comme celles que rencontrera le colonisateur français en Afrique, les coutumes qui se forment en France au cours de la période médiévale sont orales. Il peut cependant paraître utile à une communauté de fixer dans un

¹² Fondée en 1757, Ouahigouya fût capitale du royaume mossi du sud, le Yatenga, le royaume du nord ayant Ouagadougou pour capitale. En mai 1895, est signé à Ouahigouya le traité de protectorat plaçant le Yatenga sous tutelle française (le texte du traité de protectorat est reproduit par M. OUEDRAOGO, *La dynamique des pouvoirs locaux au Yatenga (Burkina Faso). Formation et évolution de Améné*, Mémoire de maîtrise en sociologie du développement, Aix-en-Provence, juin 1990, p. 42-43). En mars 1897, le commandant de la région militaire de la Volta fixe sa résidence à Ouahigouya qui devient capitale unique du Yatenga et chef-lieu de la circonscription administrative correspondant à l'ancien royaume, le cercle de Ouahigouya. F. IZARD-HERITIER et M. IZARD, *Les Mossi du Yatenga*, Institut des sciences humaines appliquées de l'Université de Bordeaux, 1959 ; M. IZARD, « La formation de Ouahigouya », *Journal de la Société des Africanistes*, vol. 41-2, 1971, p. 155 ; D. ZAHAN, « Pour une histoire des Mossi du Yatenga », *L'Homme*, vol. 1, n° 2, 1961, p. 5-22. Sur les limites du cercle de Ouahigouya, A. MAHARAUX, *La Haute-Volta devient Burkina Faso : un territoire qui se crée, se défait et s'affirme au rythme des enjeux* (art. en ligne). Sur l'administration quotidienne du cercle de Ouahigouya, J.-Y. MARCHAL (texte présenté par), *Chronique d'un cercle de l'AOF. Ouahigouya (Haute-Volta) 1908-1941*. La ville de Ouahigouya, située à 200 kilomètres au nord-ouest de Ouagadougou, est aujourd'hui chef-lieu de la province du Yatenga au Burkina Faso.

¹³ Détachée du Haut-Sénégal-Niger, la colonie de Haute-Volta est créée par décret du 1^{er} mars 1919 puis supprimée par décret du 5 septembre 1932, ses territoires étant rattachés à la Côte d'Ivoire, au Soudan français (qui se voit attribuer le cercle de Ouahigouya augmenté du canton d'Aribinda) et au Niger. Le cercle de Ouahigouya revient à la colonie de Haute-Volta rétablie par la loi du 4 septembre 1947. République autonome au sein de la Communauté française le 11 décembre 1958, puis République de Haute-Volta par accession à l'indépendance le 5 août 1960, le pays est rebaptisé Burkina Faso le 4 août 1984.

¹⁴ *Gouvernement général de l'Afrique occidentale française - Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya - Règles coutumières fixées par la commission ayant siégé à Ouahigouya du 19 au 22 août 1950 - Reproduit d'après l'exemplaire en dépôt à la Cour Suprême de Haute Volta, pour l'usage exclusif des étudiants de l'Ecole supérieure de droit de Ouagadougou*. Anonyme, s.l. n.d., dactylographié, 19 p., côte B 12/5.

Dire la coutume : la procédure de rédaction

texte le droit qui la régit afin de le connaître avec certitude et de le protéger grâce à la confirmation du seigneur supérieur. Pourtant, et même si l'interventionnisme monarchique en la matière paraît plus important que ne l'a longtemps affirmé l'historiographie juridique française¹⁵, excepté le cas des villes, les rédactions sont rares durant une bonne part du Moyen-Age, le roi trop absorbé à d'autres besognes ne songeant guère à faire procéder à une rédaction générale des coutumes. Dès lors, se pose le problème de la preuve d'une coutume qui ne serait pas « notoire », c'est-à-dire connue du juge. La connaissance des coutumes par voie d'enquête par turbe¹⁶, *l'inquisitio per turbam* instaurée par Louis IX en 1270 pour les pays coutumiers, présentait de sérieux inconvénients¹⁷. Selon ce texte qui sera précisé par la jurisprudence postérieure et que certains ont d'ailleurs considéré comme un moyen de parvenir à la rédaction¹⁸, la procédure d'enquête connaît plusieurs phases : le plaideur faisant valoir une coutume qu'il faut prouver¹⁹ cite devant le juge un certain nombre de témoins auxquels on propose la règle supposée coutumière ; ces derniers délibèrent et rendent une sentence collective sur le point de savoir s'ils connaissent cette coutume et l'ont vu pratiquer. Le juge invite en outre chaque témoin, après cette réponse collective, à dire quand, où et comment il a vu appliquer cette solution. Pour qu'une coutume soit réputée prouvée, il faut que les témoins à l'unanimité la considèrent comme véritable. Le nombre des témoins doit être « suffisant », disent les premiers arrêts, sans mieux préciser ; il existe ainsi des turbes de quinze, vingt, trente individus. Leur nombre sera finalement fixé à dix pour chaque turbe. Le verdict de la turbe lie le juge quant à l'existence de la

¹⁵ En ce sens, J. KRYNEN, « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », *El dret comú i Catalunya*, Estudis 15, Actes du VII^e colloque international de Barcelone (23-24 mai 1997), Edicio d'Aquilino Iglesias Ferreiros, Barcelone, 1998, p. 59-89.

¹⁶ Sur cette question controversée, L. WAELKENS, « L'origine de l'enquête par turbe », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1985, p. 337-346.

¹⁷ Avant que ne soit instaurée l'enquête par turbe, les modes de preuve furent laissés à la discrétion du juge qui pouvait consulter ses assesseurs (hommes du pays), ou solliciter l'avis de praticiens et de bourgeois exprimant le sentiment de la collectivité (à Paris, le prévôt royal consultait sur les dispositions de la coutume de Paris le « parloir aux bourgeois » qui faisait office de juridiction municipale), ou encore inviter les parties à recourir aux modes de preuve habituels : témoignages, serments, enquête, peut-être même duel judiciaire.

¹⁸ ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 1, p. 358.

¹⁹ Si la coutume est « notoire », c'est-à-dire qu'elle est tellement constante que le juge la connaît pour vraie, point n'est besoin d'en faire la preuve. Par extension, est considérée comme notoire la coutume confirmée par des jugements clairs et bien connus.

coutume et sert de précédent pour des procès ultérieurs. Ce système qui, en principe, résolvait le problème de la preuve de manière assez satisfaisante, présentait en pratique de sérieux inconvénients, chacun des adversaires pouvant essayer d'amener sa propre turbe pour rapporter la preuve d'une coutume à lui favorable. Conséquence, au XV^e siècle, par application du principe de procédure selon lequel il faut au moins deux témoins (*testis unus, testis nullus*), deux turbes concordantes sont requises, soit vingt témoins²⁰. La procédure était ainsi lourde, longue et coûteuse, sans que les témoins soient forcément à l'abri de tout reproche ; on en voudra pour preuve l'ironique adage qui, en ce temps, courait au Palais : « Qui mieux abreuve, mieux preuve ». Cette procédure, qui ne sera abrogée que par l'ordonnance civile d'avril 1667²¹, perd cependant de son importance pratique du fait de la rédaction des coutumes, le texte rédigé faisant désormais foi, une meilleure administration de la justice supposant que les coutumes du royaume soient mises par écrit pour être mieux connues.

Aux termes de l'article 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours prise au mois d'avril 1454 par Charles VII dans le cadre de l'œuvre de réorganisation du royaume après la guerre de cent ans, « les coutumes, usages et style de tous les pays de notre royaume seront rédigés et mis par écrit »²². L'œuvre de rédaction n'avançant guère, Charles VIII, en septembre 1497, puis Louis XII, en mars 1498, précisent la marche à suivre. Dans un premier temps, un projet de coutume sera réalisé dans chaque bailliage par une commission de praticiens et de représentants des trois états. Le projet sera ensuite soumis à une commission composée de huit membres du Parlement du roi, chargés de relever les insuffisances et difficultés mises en lumière par cette ébauche. Deux d'entre eux, présidents ou conseillers du Parlement, se rendront ensuite au chef-lieu du pays régi par la coutume pour y convoquer une assemblée des représentants de la population : gens des trois ordres, juristes et officiers royaux. Ils essaieront d'aplanir les difficultés et de réaliser l'accord sur un texte. Ce dernier, une fois approuvé par les représentants des trois ordres et les gens du roi, prendra forme de lettres patentes enregistrées au Parlement et aura désormais force exécutoire devant les justices, nul ne pouvant être reçu à prouver l'existence de coutumes contraires au texte arrêté. Du fait même de la rédaction, la coutume se rapproche ainsi du type des lois écrites imposées par une autorité supérieure. Elle cesse d'être l'émanation directe de la conscience populaire, son texte ayant été arrêté par les assemblées où les gens du roi ont en général joué un rôle déterminant. Elle devient stable, ne pouvant être modifiée qu'en

²⁰ Principe établi par ordonnance de 1499. ISAMBERT, *op. cit.*, t. XI, p. 337-338.

²¹ *Ibid.*, t. XVIII, p. 123.

²² *Ibid.*, t. IX, p. 292.

Dire la coutume : la procédure de rédaction

recourant à la même procédure longue et complexe utilisée pour la rédaction. Celle-ci arrête donc l'évolution progressive du droit coutumier.

S'agissant de l'Afrique coloniale, et donc du travail sur lequel nous nous appuyerons, celui de la commission réunie du 19 au 22 août 1950 avec pour tâche de s'accorder sur le contenu des dispositions coutumières de droit privé du cercle de Ouahigouya²³ qui vont être fixées par écrit, elle se compose de R. Goutal, commandant de cercle qui assure la présidence, assisté du « Yatenga Naba, roi du Yatenga », en charge de la vice-présidence. Viennent après eux le « Baloum Naba », le « Togo Naba » et le « Rassam Naba », dignitaires proches du roi et « chefs de province »²⁴, les deux premiers représentant la « coutume mossi-musulmane », le troisième la « coutume mossi-fétichiste ». A ces « relais inconditionnels de l'autorité coloniale » à laquelle ils sont liés par des « réseaux de connivence [...] par le truchement de l'institutionnalisation d'un système de soldes accordées aux chefs »²⁵ créés « de toutes pièces par l'administration coloniale afin de contrer la vraie chefferie traditionnelle [et] qui furent considérés comme les 'sachants' lors des enquêtes coutumières »²⁶, s'adjoignent enfin quatre « notables » pour les autres coutumes en vigueur dans l'ancien royaume du Yatenga : Kirsi Maïga

²³ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 1 (I). Pour plus de commodités, les pages auxquelles nous renverrons seront accompagnées de (I) ou (II) selon la partie du document citée. Le coutumier se compose en effet de deux parties, la première étant paginée de 1 à 7, la seconde de 1 à 12.

²⁴ Sur les attributions coutumières du « Balûm naaba », particulièrement chargé de la maison du chef, du « Toogo naaba » dont le rôle consiste, lors des cérémonies officielles, à répéter à haute voix à l'assistance les paroles que le chef prononce à voix basse et qui assume également des fonctions liées au culte des ancêtres du chef et de la terre ancestrale, du « Rassam naaba » ou « chef des jeunes gens », M. IZARD, art. cit., p. 157-158.

²⁵ P. P. DRAME, *Impérialisme colonial français en Afrique et impacts de la défense de l'AOF (1918-1940)*, L'Harmattan, 2007, p. 279. Les sommes perçues sont d'ailleurs considérables : 60 000 francs en 1939 pour le Morho Naba, roi de Ouagadougou et « chef supérieur des provinces mossi de la colonie de Côte d'Ivoire » ; 15 000 francs pour le Baloum Naba. *Ibid.*, p. 280, tableau 17 : « Soldes des chefs supérieurs de provinces dans la colonie de Côte d'Ivoire » ; J.-Y. MARCHAL, *op. cit.*, p. 15 : « Des décrets de juin et novembre 1903 autorisent les chefs indigènes à percevoir les impôts et leur octroient une commission sur les recettes. S'y ajoutent des appointements annuels selon l'importance de leurs tâches... ».

²⁶ J.-P. MAGNANT, « Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine », *Droit et cultures* n° 48, L'Harmattan, 2004, p. 183.

pour la « coutume marenga »²⁷, Pissi Sanoga pour la « coutume yarga »²⁸, Mamadou Ouédraogo pour la « coutume forgeron-mossi »²⁹ et Hama Sankara pour la « coutume silmi-mossi »³⁰.

Le parallèle avec la procédure initiée par Charles VIII à la fin du XV^e siècle est assez aisé à effectuer, bien qu'elle ne soit pas exactement similaire : le texte de la coutume sera établi à l'issue d'une enquête, de débats entre le représentant du pouvoir souverain -ici la France- et les autorités traditionnelles, ces dernières faisant office à la fois de représentants des populations et de praticiens du droit local, le commandant de cercle, comme autrefois les « gens du roi » dans le royaume de France, jouant, on le verra, un rôle déterminant. Le parallèle peut être même poussé plus loin puisque, comme dans l'ancienne France, les points sur lesquels aucun accord ne pourra intervenir seront réservés pour une décision ultérieure³¹. Enfin, à la lecture du document, on discerne clairement deux étapes successives dans l'entreprise de rédaction. La première intervient au mois d'août 1950 et correspond au temps où la coutume a été dictée, discutée et amendée : en sept pages numérotées de un à sept, le coutumier, après avoir logiquement consacré un premier et rapide intitulé à la « Composition de la commission »³², se poursuit par un second intitulé : « Coutume mossi »³³ sous lequel sont successivement énumérées, ici et là émaillées de brefs commentaires, les dispositions relatives aux biens immeubles -et, dans cette

²⁷ Sur le lignage Marenga qui possède une langue différente du moré parlé par les Mossi, L. CALDEROLI, *Rite et technique des forgerons mossi du Burkina Faso : Forger, apaiser, soigner*, L'Harmattan, 2010, p. 118.

²⁸ Sur les Yarse qui sont des commerçants, A. KOUANDA, « La religion musulmane : facteur d'intégration ou identification ethnique. Le cas des Yarse du Burkina Faso » dans J.-P. CHRETIEN et G. PRUNIER (dir.), *Les ethnies ont une histoire*, éd. Karthala, 2003 (2^e éd.), p. 125 et s.

²⁹ Sur la caste des forgerons, D. ZAHAN, art. cit., p. 14-15 et 19 ; L. CALDEROLI, *op. cit.*

³⁰ Sur les Silmi-Mossi, issus d'unions entre Mossi et Foulbé, P. PAGEARD, « Contribution à l'étude de l'exogamie dans la société mossi traditionnelle », *Journal de la Société des Africanistes*, 1966, vol. 36, n° 361-1, p. 123 et 127-128. En cas de conflit de coutumes, celle de l'ethnie dominante l'emporte : en matière de régime foncier, « la seule coutume applicable est la coutume mossi, quelle que soit par ailleurs la coutume des parties ». D'une façon générale, y compris en droit de la famille, notamment en matière de succession, « en cas de doute, la coutume mossi, coutume générale du Yatenga, constitue la coutume de référence ». *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 7 (I).

³¹ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 4 (II) : « Articles 23 à 30 : réservés » ; p. 7 (II) : « Articles 50 à 60 : réservés ».

³² *Ibid.*, p. 1 (I).

³³ *Ibid.*

Dire la coutume : la procédure de rédaction

catégorie, exclusivement aux biens fonciers, « les seuls qui méritent d’être pris en considération »³⁴-, aux règles successorales³⁵, au mariage³⁶ et au divorce³⁷. La seconde phase est postérieure à septembre 1951³⁸. Les dispositions coutumières, de nouveau paginées de un à douze, sont désormais savamment agencées à la manière de la grande codification française qu’est le code civil, avec subdivisions en livres, parties, chapitres, sections, articles. Le livre I : « Des biens »³⁹, traite « Du régime foncier » dans une première partie, elle-même subdivisée en trois chapitres : « De la nature des droits fonciers »⁴⁰ ; « Des bénéficiaires des droits fonciers »⁴¹ ; « Des modes d’acquisition des droits fonciers »⁴². La seconde partie, intitulée « Des successions », compte deux chapitres : « De la succession du Zaka Naba » (chef de famille)⁴³ ; « Dévolution des biens personnels », avec une distinction entre « Dévolution des biens immeubles » (section 1)⁴⁴ et « Dévolution des meubles » (section 2)⁴⁵. Le livre II : « Des personnes »⁴⁶, compte également deux parties. La première, « Du mariage », est subdivisée en quatre chapitres : « Des empêchements à mariage »⁴⁷ ; « Du consentement au mariage »⁴⁸ ; « De la création du lien matrimonial »⁴⁹ ; « Des droits et obligations des époux »⁵⁰. La seconde : « Du divorce », s’articule également autour de deux chapitres : « Causes du divorce »⁵¹ et « Des effets du divorce »⁵². Le tout est réparti en 87 articles.

Et même si, bien évidemment, l’exemplaire écrit de la coutume désormais figée ne revêtira pas la forme de lettres patentes, il sera en

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. 2 (I).

³⁶ *Ibid.*, p. 4 (I) à 6 (I).

³⁷ *Ibid.*, p. 6 (I) à 7 (I).

³⁸ *Ibid.*, p. 8 (II). L’article 61 renvoie en effet au « décret Jacquinot » du 14 septembre 1951. Louis Jacquinot (16 sept. 1898-14 juin 1993) était alors ministre de la France d’Outre-mer dans le gouvernement Pléven.

³⁹ *Ibid.*, p. 1 (II).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 2 (II).

⁴² *Ibid.*, p. 3 (II).

⁴³ *Ibid.*, p. 5 (II) à 6 (II).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 6 (II).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 6 (II) à 7 (II).

⁴⁶ *Ibid.*, p. 8 (II).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 9 (II).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 10 (II).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, p. 11 (II).

⁵² *Ibid.*, p. 12 (II).

revanche déposé dans les archives de la Cour suprême de Haute-Volta⁵³ et servira désormais de référence en cas de litige, sans que l'on puisse être admis à en faire la preuve contraire.

II – Les conséquences de la rédaction : suppression des mauvaises coutumes et introduction d'un droit exogène

Le roi de France, sous l'influence des principes canoniques, considérait qu'il avait, au nom du « commun profit », pouvoir et mission de supprimer les mauvaises coutumes, les usages paraissant injustes. Ainsi, au XIII^e siècle, Louis IX n'hésita-t-il pas à substituer à des coutumes déraisonnables des règles plus équitables pour assurer le bien commun dont il était le défenseur⁵⁴. Le droit romain apportant le thème du *princeps* législateur joua dans le même sens. Le roi se jugera même en droit d'édicter des règles applicables à tout le royaume lorsque l'utilité générale sera en jeu alors que, selon le droit féodal, il ne pouvait, comme tout autre seigneur justicier, établir d'ordonnances, d'« établissements » que pour son domaine, n'ayant le loisir d'en imposer l'application sur les terres de ses vassaux que dans la mesure où ces derniers donnaient leur assentiment⁵⁵. Vers 1272, Philippe de Beaumanoir estimera ainsi, dans les *Coutumes de Beauvaisis*, que le roi pouvait faire « nouveaux établissements pour le commun profit du royaume »⁵⁶ à condition qu'ils soient raisonnables, n'aillent ni contre Dieu, ni contre les bonnes mœurs et qu'ils soient pris par « grand conseil »⁵⁷. Par ailleurs, la rédaction des coutumes fixa leur contenu d'une manière qui n'était pas toujours fidèle aux dispositions réelles des usages coutumiers, les commissaires royaux, dont le rôle fut décisif, étant nettement favorables à l'utilisation des principes du droit romain auxquels ils avaient été formés dans les Universités. Ce « réflexe » n'était d'ailleurs pas nouveau puisque

⁵³ Cf. *supra*, n. 14.

⁵⁴ J. KRYNEN, art. cit., p. 66-67.

⁵⁵ *Etablissements de saint Louis*, vers 1270 : « Baron a toute justice en sa terre [...] le roi ne peut mettre ban en la terre au baron sans son assentiment ». ISAMBERT, *op. cit.*, t. 2, p. 390.

⁵⁶ Ph. de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, édition critique par A. SALMON, Paris, éd. A et J. Picard, 1970, t. 2, p. 261.

⁵⁷ Sous le règne de Philippe le Bel, les ordonnances étaient encore réputées prises avec l'assentiment des barons. En fait, le roi ne consultait que les membres de son conseil et quelques seigneurs présents à sa cour. La mention « l'assentiment des barons » devint une clause de style et disparût au cours du XV^e siècle. On continua seulement à indiquer que le roi avait pris « avis de son conseil ». Il s'agit là des séquelles du principe féodal de gouvernement « à grand conseil ». Le conseil ne donnait qu'un avis, le roi demeurant maître de légiférer.

Dire la coutume : la procédure de rédaction

aisément décelable dès le temps de la rédaction, dans la seconde moitié du XII^e siècle, des « coutumiers », ces ouvrages juridiques privés composés en langue française et destinés à faire connaître aussi bien aux juges qu'aux justiciables les coutumes de telle ou telle région⁵⁸.

Au milieu du XX^e siècle, la commission réunie pour coucher par écrit le *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya* ne procède guère autrement, et peut-être même de manière bien plus abrupte, essentiellement à propos de l'institution traditionnelle du mariage mossi.

« C'est dans ce domaine », avoue en effet sans ambages le document, « que la commission a apporté les réformes les plus considérables »⁵⁹. La suite du développement introductif témoigne du rôle de tout premier plan joué par le commandant de cercle, voix du gouvernement français : « Le Président, avant de commencer la discussion sur ce sujet, prit la parole pour exposer aux membres de la commission les raisons qui, de son avis, devaient motiver les changements indispensables à apporter à la coutume »⁶⁰. Le ton est clairement et nettement donné ; la coutume est mauvaise qui considère le mariage « comme un contrat familial beaucoup plus qu'individuel » en ce que, jusqu'alors, « c'était le chef de famille seul qui avait le pouvoir et la possibilité de procurer des épouses aux mâles de la famille, et que les obligations nées de ce contrat engageaient les deux familles entières »⁶¹. A cette mauvaise coutume⁶², il s'agit d'en substituer une bonne. Et quelle meilleure « coutume » que celle procédant des principes du droit métropolitain ? Le président Goutal fait donc « tout d'abord état du décret du 15 juin 1939 qui exige, pour la validité du mariage, le consentement de

⁵⁸ Les auteurs ont eu connaissance des textes contenus dans le code Justinien et, avec plus ou moins d'habileté, ont ajouté aux dispositions de pur droit coutumier des règles décalquées des textes romains. Le *Livre de Jostice et Plet*, composé vers 1260 par un auteur demeuré anonyme, probablement un bailli juriste de l'entourage royal, est, de ce point de vue, tout à fait significatif. Le plan est celui du Digeste, il présente le droit coutumier de l'Orléanais additionné d'une masse considérable de passages extraits de traductions du Digeste et des décrétales. En vue de faire pénétrer ce droit romain dans la pratique française, l'auteur juge prudent de dissimuler ses emprunts par un curieux procédé consistant à placer sous le nom de l'un de ses contemporains chaque règle romaine, à présenter des rescripts impériaux comme étant des décisions des rois Philippe ou Louis et les réponses des jurisconsultes romains comme des jugements de baillis de son temps. P.-N. RAPETTI et P. CHABAILLE, *Li Livres de Jostice et de Plet*, Paris, Firmin Didot, 1850.

⁵⁹ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, « Coutume mossi », p. 4 (I).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.* Sur le rôle de la famille africaine et de son chef, B. DURAND, *Histoire comparative des institutions*, Dakar, NEA, 1983.

⁶² Sur le mariage traditionnel chez les Mossi, P. PAGEARD, art. cit., p. 109-140.

l'épouse »⁶³. La seconde partie du coutumier, celle qui revêt la forme d'une véritable codification inspirée des méthodes occidentales, n'omettra d'ailleurs pas de revenir sur la question en y consacrant l'article 61 introductif au livre II, « Des personnes » : « Les règles édictées dans le présent livre sont complétées par l'application des dispositions contenues dans [le] décret du 15 juin 1939 dit décret Mandel »⁶⁴. En effet, inspiré par le ministre des Colonies, Georges Mandel⁶⁵, ce texte, ultérieurement assorti de sanctions pénales destinées à réprimer l'esclavage⁶⁶, déclare nulle toute convention matrimoniale intervenue sans consentement de la fille ou de la femme ainsi que toute convention matrimoniale concernant la fille impubère et autorise la veuve à se remarier selon sa volonté⁶⁷. Bien des dispositions du code coutumier consacrées au consentement au mariage⁶⁸, en même temps qu'elles expriment le rejet des usages mossi, sont d'ailleurs directement dictées par le droit français : « Le consentement des futurs époux, notamment de la femme, est indispensable dans tous les cas » (article 67) ; « Est formellement prohibée la coutume des fiançailles anticipées par lesquelles un père de famille peut promettre en mariage une petite fille ou même un enfant à naître » (article 68) ; « Le consentement de la fille peut être exprimé explicitement devant témoins, notamment devant l'officier d'Etat civil » (article 73), étant entendu que le défaut de consentement dans les formes prévues constitue « un empêchement dirimant au mariage » (article 62). Même si, bien davantage que les hommes, il s'agit avant tout de protéger les femmes et, au premier chef, les toutes jeunes filles, s'impose donc nettement

⁶³ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 4 (I).

⁶⁴ *Ibid.*, p. 8 (II). L'article 62 renvoie au « Décret n° 51. 1100 du 14 septembre 1951 dit décret Jacquinot », *JORF* 18 septembre 1951, p. 8644-8645, texte qui régleme la dot et pose le principe de l'option de monogamie, les futurs époux de droit traditionnel pouvant ainsi renoncer à la polygamie.

⁶⁵ Concernant l'AOF et l'AEF, ce décret sera repris pour le Togo et le Cameroun alors sous mandat (décrets des 16 janvier 1942 et 13 novembre 1945). Sur la nature de ces textes, B. DURAND, « Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements ? Une controverse aux frontières du droit et de la politique », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 11-54.

⁶⁶ « Par extension des dispositions du décret du 12 décembre 1905 relatif à la répression de la traite en AOF et au Congo 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 ».

⁶⁷ Décret du 15 juin 1939, *JORF* 1939, p. 7606.

⁶⁸ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 8 (II) et 9 (II).

Dire la coutume : la procédure de rédaction

la conception occidentale traduite dans l'article 146 du code civil : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ».

Mais il ne s'agit pas d'affirmer purement et simplement que « le mariage tel qu'il était conçu auparavant ne se justifie donc plus »⁶⁹. Il faut aussi faire œuvre pédagogique, sinon en convaincant réellement du moins en justifiant rationnellement la nouvelle règle, conséquence logique et irréversible des apports jugés, *a priori* et avec beaucoup d'optimisme, bénéfiques de la puissance coloniale. « Désormais l'évolution récente et brutale des mœurs et des conditions économiques a profondément modifié la physionomie traditionnelle du mariage coutumier. L'individualisme se répand de plus en plus dans la société indigène ; il faut y voir une conséquence inéluctable de la civilisation occidentale, basée [...] sur le respect de l'intégrité de la personne humaine. Egalement a joué dans le même sens la libération économique des individus qui peuvent de plus en plus arriver à trouver des moyens d'existence en dehors du groupe familial »⁷⁰. L'affaire est entendue ; les stratégies lignagères, les mariages arrangés par les *patres familiae* n'ont plus de raison d'être car ils ne correspondent « plus à l'évolution des esprits ni de la structure sociale actuelle »⁷¹. Désuète, l'ancienne coutume contribuerait de plus, par ses effets pervers, à produire des conséquences radicalement opposées à celles recherchées par les clans familiaux puisque, en encourageant la multiplication des cas de violation des obligations nées du lien matrimonial, elle favoriserait non seulement d'irréremédiables ressentiments entre familles alliées par de tels mariages, mais aussi les cas de ruptures d'unions pourtant longuement et âprement négociées. En effet, « un des signes les plus sûrs de cette inadaptation est le nombre absolument effarant de femmes qui fuient le domicile conjugal, ou plutôt la présence d'un mari détesté, pour rejoindre un amant »⁷². Vouloir s'obstiner à maintenir cet état de choses serait le plus sûr moyen d'aider à la dissolution de la cellule »⁷³. Il faut donc, « dans l'intérêt bien compris de la société indigène »,

⁶⁹ *Ibid.*, p. 4 (I).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Ces considérations font écho à celles qui ont inspiré le « décret Mandel » qui constate l'évolution de la société africaine au contact de la civilisation française. Le décret Mandel a lui-même été inspiré par Sœur Marie-Andrée du Sacré-Cœur, *La femme noire en Afrique occidentale française*, Paris, Payot, 1939. Sur cette question, B. DOTI SANO, *L'émancipation de des femmes mariées. L'impact du projet administratif et missionnaire sur une société africaine, 1900-1960*, Leiden ; New York ; Köln, éd. J. Brill, 1994, p. 126-127.

⁷² Sur ce constat, O. GEORG, « Femmes adultères, hommes voleurs ? La justice indigène en Guinée » dans C. COQUERY-VIDROVITCH (dir.), *Les femmes, le droit et la justice*, Cahiers d'Etudes Africaines, n° 187-188, 2007, p. 459-522.

⁷³ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 4-5 (I).

pour son « commun profit » aurait déclaré le roi de France, « se décider à modifier la coutume [...] dans un sens libéral »⁷⁴. C'est en partant de cette nécessité « reconnue par tous les membres de la commission » -mais, hormis le commandant de cercle, ont-ils réellement eu voix au chapitre ? il est permis d'en douter puisque l'on sait que, dénuées d'autonomie, les chefferies traditionnelles sont réduites au rôle d'exécutantes de l'administration française⁷⁵ - que les dispositions « coutumières » consacrées à la « demande en mariage » sont adoptées « d'un commun accord »⁷⁶. Elles constituent en réalité une transaction déséquilibrée entre les conceptions indigène et française. Ménageant la première, la demande en mariage sera présentée « par un mandataire du prétendant » -il pourra donc s'agir de son père- après que le jeune homme « ait averti sa famille de son intention », l'accord du père de la future épouse étant « indispensable à la validité du mariage »⁷⁷. Faisant très largement droit à la seconde, « l'accord de la future épouse sera également indispensable dans tous les cas »⁷⁸. En conséquence, « est et demeure formellement prohibée la coutume des fiançailles anticipées par laquelle un père de famille pouvait promettre en mariage une fille de trois ou quatre ans ou parfois même un enfant encore à naître »⁷⁹. Pour plus de sécurité, « afin que le consentement des époux soit valablement exprimé, l'âge requis pour le mariage est fixé à dix sept ans pour les filles et vingt ans pour les garçons »⁸⁰. La mauvaise coutume est abolie.

Dans certains cas, sans qu'il s'agisse de remettre totalement en cause les usages ancestraux, le commandant de cercle, jugeant les pratiques locales à l'aune des mœurs françaises parfois moins rugueuses, cherche à les adoucir en se donnant alors toute latitude pour compléter la coutume. En effet, s'il est confirmé que le mari « a le droit de corriger l'épouse adultère ou qui se refuse au devoir conjugal » puisqu'elle lui doit « fidélité et obéissance »⁸¹, il convient cependant de limiter les violences conjugales. Aux causes

⁷⁴ *Ibid.*, p. 5 (I).

⁷⁵ J.-Y. MARCHAL, *op. cit.*, p. 15 : « L'institution des Conseils des Notables créée par décret de 1919 et appliquée en 1920 à Ouahigouya a pour but de donner à la chefferie un simple rôle consultatif pour les décisions prises par le commandant de cercle. Le Conseil des Notables est une chambre d'enregistrement... ».

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.* Cette disposition est reprise p. 9 (II), Chapitre III : « De la création du lien matrimonial », art. 75.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, p. 9 (II).

⁸¹ *Ibid.*, p. 6 (I).

Dire la coutume : la procédure de rédaction

traditionnelles de divorce⁸² que peut invoquer l'épouse et dont certains aspects irrationnels liés soit à la sorcellerie, soit au sacré ne sont d'ailleurs pas exclus⁸³, un « dernier motif » est donc « ajouté par la commission » ; les « mauvais traitements habituels et exagérés »⁸⁴.

En revanche, exemple de bonne coutume traduisant la solidarité familiale jusque dans la déviance, et donc confirmée par la commission en ce qu'elle sanctionne l'atteinte aux bonnes mœurs quand bien même la faute d'un individu rejaillit sur l'ensemble des membres de son groupe familial, « celui qui a eu des rapports sexuels avec une ânesse ou dans la famille duquel ont eu lieu de tels rapports ne peut se marier qu'avec une fille dont la famille est entachée de la même souillure »⁸⁵. De même, la coutume mossi

⁸² Dans la première version de la coutume, *ibid.*, p. 6 (I), s'agissant des causes que le mari peut invoquer à l'encontre de sa femme, la commission, après avoir signalé qu'« il est excessivement rare qu'un mari demande le divorce ; c'est qu'à ses yeux la femme représente surtout un précieux capital économique difficile à remplacer », procède à un commentaire en indiquant qu'il « s'agit plutôt de répudiation pure et simple que de divorce proprement dit ». L'article 81 de la version définitive, *ibid.*, p. 11 (II), prenant en compte cette réalité sociologique, fait disparaître toute référence au droit civil français en disposant : « Le mari peut répudier sa femme pour les raisons suivantes... ».

⁸³ Dans la première version de la coutume, *ibid.*, p. 7 (I). « a) Impuissance définitive du mari. L'impuissance momentanée de l'époux, analogue au nouage d'aiguillettes n'est pas un motif de divorce. b) Injures du mari adressées aux parents de la femme. c) Mariage du mari avec une parente de l'épouse. d) Le fait pour le mari de jeter au dehors les trois cailloux servant à poser les canaris sur le feu et le canari contenant l'eau de boisson. e) Le fait de coucher avec sa femme en brousse ou directement à même le sol, car elle risque d'en mourir. f) Si le mari est atteint de la lèpre, de trypanosomiase, de folie ou de tuberculose » (dans la version définitive, art. 82, *ibid.*, p. 11 (II) : « maladie du mari *telle que* lèpre », etc.). Dans la version définitive, *ibid.*, l'article 82 ne fait plus référence au « nouage des aiguillettes », maléfice incompatible avec l'esprit cartésien du commandant de cercle. La formulation est plus concise : « L'impuissance momentanée de l'époux ne peut être invoquée ». Il est à remarquer que la « maladie vénérienne incurable de la femme » figure parmi les causes de divorce que peut invoquer le mari, tandis que la femme ne peut faire valoir ce type d'affection pour obtenir la séparation d'avec son époux. *Ibid.*, p. 6 (I) et p. 11 (II).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 7 (I) et 11 (II). Dans la coutume mossi, les causes de « divorce » que peut invoquer le mari sont au nombre de six : « inconduite notoire de sa femme », « si elle est voleuse ou menteuse », « si elle fait preuve d'incontinence nocturne ou si elle fait ses besoins dans la cour de la concession », « si elle injurie grossièrement les parents de son époux », « si elle est atteinte d'une maladie vénérienne incurable ». La commission procède à une modification par soustraction en faisant disparaître « si elle fait ses besoins dans la cour de la concession ».

⁸⁵ *Ibid.*, p. 6 (I) et p. 8 (II), art. 66. Sur ces individus, les *yagalatyse*, P. PAGEARD, art. cit., p. 125. Selon le dictionnaire moré-français du R.P. Alexandre cité par P.

excluant l'endogamie, « le mariage est interdit entre parents »⁸⁶. On peut se risquer à imaginer la scène. Le commandant de cercle, après avoir remarqué que « cette notion de parenté est assez vague et fort étendue », demande des précisions aux autorités coutumières qui l'assistent dans sa tâche. Cette prohibition, lui est-il indiqué, « doit s'entendre entre personnes ayant connaissance d'un ancêtre commun aussi éloigné que soit la parenté qui en résulte. Toutefois un mariage contracté dans l'ignorance de ces liens n'est pas annulé si la parenté est assez éloignée »⁸⁷. Cette formulation, qui, notons-le, peut laisser place aux défaillances de la mémoire, voire au mensonge par omission, est ensuite reproduite à l'identique dans l'article 63⁸⁸ de la version définitive de la coutume qui reflète donc fidèlement l'état de l'antique droit coutumier en cette matière⁸⁹.

*
* *

Pageard, le terme *yaghlen-tiga* viendrait du verbe *yaghlé* (suspendre) et du nom *tiga* (arbre), *yaghlen-tiga* étant « le nom d'une famille formant le village de Nongféré [...] mise hors la loi à cause de la bestialité d'un ancêtre et obligée d'accrocher ses morts aux arbres ». Ce type de discrimination se retrouve en Europe occidentale. Ainsi en était-il des cagots, particulièrement nombreux dans les zones pyrénéennes et qui vivaient dans des villages et hameaux isolés ou dans des quartiers spéciaux des agglomérations. Ils étaient frappés de multiples interdits en raison d'une supposée transmission héréditaire de la lèpre (« lèpre blanche »), et notamment de celui de se marier hors de leur groupe. A leur mort, ils étaient enterrés dans une partie écartée du cimetière ou dans un cimetière spécial. Mentionnés tout au long du Moyen-Age, ils traversent l'histoire puisqu'au début du XX^e siècle un quartier de la ville d'Arizkun (Navarre) aurait encore été habité par leurs descendants. Sur les cagots, on pourra consulter O. RICAU, *Histoire des Cagots*, Pau, Princi Neguer, 1999.

⁸⁶ *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya...*, p. 5 (I).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 5 (I) et 6 (I).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 8 (II).

⁸⁹ On peut citer d'autres exemples de confirmation de la coutume, parfois avec des variantes dans la formulation. Ainsi en est-il de la prohibition du mariage « d'un ou d'une moaga avec un individu de la caste des forgerons et des laoubés (griots et étrangers qui ne peuvent se marier qu'à l'intérieur de leurs castes) », *ibid.*, p. 5 (I) et 6 (I) transcrit dans l'article 64 par : « Le mariage d'un moaga et d'un individu de la caste des *forgerons laoubé* est prohibé par la vieille coutume », *ibid.*, p. 8 (II) ; « Le mariage entre nakemsés (descendants des rois ayant effectivement régné sur le Yatenga) est interdit », *ibid.*, p. 6 (I) repris par l'article 65 en des termes plus concis : « Le mariage entre nakemse (sic) est interdit », *ibid.*, p. 8 (II).

Dire la coutume : la procédure de rédaction

Au lendemain des indépendances, les jeunes Etats africains prirent conscience du fait qu'ils vivaient depuis toujours sous l'empire du droit coutumier considéré comme un frein au développement. Ils estimèrent donc que le droit occidental était mieux adapté aux nécessités du monde moderne et, phénomène de mimétisme juridique, procédèrent à l'élaboration de codes civils largement influencés par celui de l'ancienne métropole. Bien que ces textes aient été adaptés pour tenir compte des réalités sociologiques locales, les coutumes furent bien souvent reléguées à un rang tout à fait secondaire⁹⁰, ce que certains n'hésitèrent pas à qualifier de « véritable déroute du droit traditionnel »⁹¹. Ce qu'avait très tôt amorcé le pouvoir royal en France⁹² et, plus tard en Afrique, l'administration coloniale, les gouvernants africains des années 1960 le confirmèrent comme l'avaient fait au début du XIX^e siècle les dirigeants français, héritiers de la Révolution et de ses idéaux.

Ce mouvement d'acculturation juridique, en principe très net, est cependant demeuré largement théorique au temps de la colonisation et les auteurs ont ainsi pu, par exemple, relever que le « décret Mandel » ne reçut pas une application systématique, que la résistance du droit coutumier ne fut pas même entamée par la menace de sanctions pénales⁹³. La situation n'a guère changé depuis les indépendances, l'appareil législatif « moderne » demeurant à bien des égards virtuel pour une large proportion des populations⁹⁴. « La décolonisation politique n'a pas emporté une

⁹⁰ Pour ce qui est du Sénégal, M. BADJI, « La diffusion du code civil au Sénégal (1830-1972). Genèse et confrontation de la règle de droit écrit et de la règle de droit d'origine coutumière dans un confetti de l'Empire français » dans M. BADJI et O. DEVAUX (dir.), *De la justice coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains*, revue *Droit sénégalais* n° 5, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 75-132 ; A. S. SIDIBE, « La codification du droit de la famille dans les Etats d'Afrique francophone : exemple du Sénégal » dans M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *La codification juridique dans les pays francophones*, revue *Droit sénégalais* n° 7, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 191-218.

⁹¹ Y. NDIAYE, « Le nouveau droit africain de la famille », *Ethiopes* n° 14, avril 1978 (article en ligne).

⁹² J. KRYNEN, art. cit., p. 63 : « La non intervention du pouvoir dans la sphère du droit privé relève du mythe ; [...] la maîtrise royale de la coutume a été originelle et constante ».

⁹³ M. BADJI, « La diffusion du code civil au Sénégal... », p. 98.

⁹⁴ J. HILAIRE, « Nos ancêtres les Gaulois », *Annales africaines*, 1964, p. 7-77 ; M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique francophone et à Madagascar », *Etudes de droit africain et malgache*, Paris, Cujas, 1965, p. 235-256.

décolonisation du droit »⁹⁵. Pour ce qui est de la Côte d'Ivoire, Marc Dumetz a pu écrire que la réforme du droit de la famille intervenue en 1964 avait « bouleversé les institutions familiales traditionnelles ». Mais, s'interrogeait-il sans délai, « est-elle parvenue à transformer les mentalités de la population au point que celle-ci s'apprête à vivre sous les nouvelles formes politiques ? » Et de répondre : « L'honnêteté la plus élémentaire nous oblige à répondre négativement à cette question »⁹⁶, cette opinion étant généralisable aux autres pays africains⁹⁷. Dans nombre d'entre eux, et au premier chef au Burkina Faso, terre par excellence des Mossi qui ont ici rapidement retenu notre attention, cette résistance que le capitaine Thomas Sankara tenta d'annihiler au profit d'idéaux d'inspiration marxiste se traduisit finalement, après la disparition de ce dernier, par une certaine consécration constitutionnelle⁹⁸, même si en droit de la famille point ne fut

⁹⁵ M. RAYNAL, *Justice traditionnelle-Justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 299.

⁹⁶ M. DUMETZ, *Le droit au mariage en Côte d'Ivoire*, Paris, LJDJ, 1975, cité par N. NDIAYE, art. cit.

⁹⁷ En ce sens, à propos de la République centrafricaine, M. RAYNAL, *op. cit.*, p. 15 : « La loi est encore un langage hermétique, accessible seulement à une infime partie de la population., totalement inadaptée aux réalités sociologiques et, de fait, ignorée sinon rejetée par la grande majorité [...]. Les sources orales révèlent donc un système de valeurs proprement africaines... » ; pour le Sénégal, M. BADJI, « La diffusion du code civil au Sénégal... », p. 98 : « L'acculturation se révèle ici un échec ; on assiste à tout le moins à une 'ineffectivité' de la loi » ; de manière plus générale, R. SACCO, *op. cit.*, p. 208 : « En Afrique, le droit traditionnel -armé d'une incroyable capacité de résistance passive- est habitué à traverser n'importe quelle transformation et n'importe quelle innovation dans les structures du pouvoir étatique et social... » ; J.-P. MAGNANT, art. cit., p. 183 : « L'introduction du Droit écrit a été un échec car, au mieux elle n'a servi à rien, au pire, elle a contribué à déstabiliser et à ruiner les sociétés paysannes. Les autorités locales, chefferies pré-coloniales, chefferies d'origine coloniale et administrations de l'Etat indépendant (Justice, Police, Gendarmerie, Préfectorale...) entrent de nos jours en concurrence pour appliquer des règles devenues concurrentes : normes étatiques (Droit 'moderne') impossibles à appliquer tant elles sont en dehors de la réalité, coutumes 'revues et corrigées' par la chefferie traditionnelle, élucubrations jurisprudentielles, voire décisions arbitraires de fonctionnaires despotiques... ».

⁹⁸ Jusqu'aux années 1980, la Haute-Volta reconnaissait officiellement un rôle au droit coutumier. Avec la « Révolution démocratique et populaire » (4 août 1983-15 octobre 1987) qui rebaptisa le pays, les juridictions coutumières furent supprimées tandis que le droit traditionnel fut attaqué par le biais d'une codification révolutionnaire du droit foncier et du droit de la famille. L'actuelle constitution du Burkina Faso garantit, dans son article 7, « la pratique libre de la coutume » mais « sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public, des bonnes mœurs et de la personne humaine ».

Dire la coutume : la procédure de rédaction

question de revenir aux usages ancestraux ou de continuer à les pratiquer⁹⁹. Officiellement du moins¹⁰⁰.

La procédure de rédaction des coutumes initiée par la France dans ses possessions coloniales comme autrefois par le roi médiéval en son royaume contribua donc certainement, en dépit des reproches parfois fort incisifs qui peuvent lui être adressés, à favoriser leur résistance face aux droits étatiques modernes¹⁰¹ en permettant leur meilleure connaissance par ceux qui les vivaient et les appliquaient, fut-ce au prix d'expurgations et de transplants d'éléments d'un droit exogène, pas toujours respecté d'ailleurs. Mais avec un bémol de taille relevé par Jean-Pierre Magnant pour ce qui est de l'Afrique¹⁰², par Jacques Krynen pour ce qui concerne l'ancienne France. Tous deux remettent en cause ce qui ne serait que la coutume fantasmée, c'est-à-dire issue de temps immémoriaux, de la révérence vis-à-vis de la sagesse des anciens. Dans les deux cas « c'est le pouvoir, lui seul, directement ou par ses agents qui censure, reconnaît, étend et même crée les coutumes. C'est donc finalement lui qui promeut les normes, selon sa

⁹⁹ Art. 126 de la constitution burkinabè : « [...] Ces juridictions [notamment « les cours et tribunaux institués par la loi » ainsi que la Cour de cassation] doivent appliquer la loi en vigueur ; art. 23 : « [...] Le mariage est fondé sur le libre consentement de l'homme et de la femme » ; art. 80 (loi n° 003-2000 du 11 avril 2000) : « [...] les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution ». Le code des personnes et de la famille (1989) dispose par ailleurs que les mariages coutumiers n'ont pas de valeur juridique, que les futurs époux doivent se présenter devant l'officier d'état civil pour les formalités préliminaires au mariage. Sur l'influence des principes libéraux du XVIII^e siècle sur les constituants africains, A. CABANIS et O. DEVAUX, « L'influence de la Déclaration de 1789 sur les Constitutions de l'Afrique francophone », *Politéia* n° 18, automne 2010, p. 387-404.

¹⁰⁰ M. OUEDRAOGO, *op. cit.*, p. 77 : « Le mariage n'est pas le problème de deux individus mais un problème de famille... » ; p. 78 : « Le Puugsuré [...], cérémonie pendant laquelle tous les membres d'un lignage se regroupent pour proposer aux autres lignages amis les filles de leurs lignages en âge de se marier... ».

¹⁰¹ En ce sens, M. ALLIOT, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003, p. 178.

¹⁰² J.-P. MAGNANT, *art. cit.*, p. 183 : « Des chefferies nouvelles furent confiées à des hommes de paille de l'occupant qui singèrent les anciennes chefferies, se comportèrent en despotes locaux et firent de la coutume un ensemble de règles arbitraires. Les occupants n'y virent que du feu [...]. De nos jours, ces chefs se voient reconnaître, dans l'organisation des Etats indépendants, un statut qui fait d'eux les représentants légitimes de la coutume et des traditions ; nombre de cadre africains, nés après l'indépendance, formés en Europe et peu au fait de l'histoire des institutions et de la coutume de leur pays, voient en eux les représentants authentiques du passé de l'Afrique... ».

conception de l'ordre et de la justice, sans se soucier de leur degré d'ancienneté. Puisqu'il en produit de toutes nouvelles »¹⁰³. La lecture du *Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya* permet pour une bonne part d'abonder dans ce sens

¹⁰³ J. KRYNEN, art. cit., p. 78.

DIRE LE DROIT DE LA SANTE EN AFRIQUE DE L'OUEST

**par le docteur Joseph Mendy,
neurochirurgien, juriste et bioéthicien,
membre du bureau du Conseil national de l'Ordre des médecins du
Sénégal**

Le droit de la santé est particulièrement marqué par la diversité de ses domaines. Il est composé entre autres du droit des malades, du droit hospitalier, du droit pharmaceutique, du droit de la responsabilité médicale, du droit de la recherche biomédicale, du droit international de la santé... Cette diversité rend compte des difficultés relatives à l'exercice de la médecine, renforcées par l'utilisation de nouvelles méthodes thérapeutiques et par l'exigence de la qualité et de la sécurité des soins. Ainsi la relation entre praticien et patient et celle entre pouvoirs publics et patient sont-elles sans cesse remises en cause. En effet, la mise en œuvre du droit en matière de santé n'est pas en soi une chose nouvelle. Elle est inhérente à l'organisation progressive des sociétés humaines.

La règle 218 du code d'Hammourabi avait posé le principe de la responsabilité médicale en ces termes : « si un médecin incisant un abcès perd son malade ou l'œil de son malade on lui coupera la main¹ ». Ce principe sera repris par les articles 1382 et 1383 du code civil². Ce n'est qu'en 1936, dans l'arrêt Mercier, que la Cour de cassation française a posé le principe selon lequel « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat et la violation même involontaire d'une obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature³ ». Pendant plusieurs

¹ Code d'Hammourabi, 1730 AC.

² Article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » ; article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

³ Arrêt Mercier C.C. chambre civile, 20 mai 1936 *J.C.P.* 1936, 1079.

siècles, médecine et droit ont coexisté et évolué de façon séparée. Mais en réalité cette séparation n'est qu'apparente au regard des similitudes relatives à la formation universitaire et à la démarche pratique. Au demeurant, le praticien du droit et celui de la médecine exercent leur art sur le même sujet, ce qui suppose une collaboration étroite et une adaptation des règles de droit à l'évolution des techniques de soins qui sont les témoins du progrès scientifiques et technologiques.

Le doyen Auby définissait le droit de la santé comme étant une discipline qui étudie la réglementation des actions humaines concernant l'objectif de santé, les règles qui régissent les services publics de santé et les relations entre les malades et les professionnels ou un ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé⁴. Sous réserve de ce qui précède, il est aisé de constater que la relation entre le personnel soignant et le patient est fondée sur la confiance du patient vis-à-vis des hommes de l'art à qui il se confie dans l'espoir de faire disparaître le mal qui le fragilise ou tout au moins d'être soigné. Mais lorsque l'usager des services de soins de santé subit un dommage il peut être amené à trainer le praticien devant les Cours et tribunaux pour obtenir réparation. Il recherche dans ce cas d'espèce soit la condamnation pénale du praticien à titre d'exemple protégeant ainsi les usagers potentiels de services de santé, soit le versement d'une indemnité pécuniaire en échange du dommage patrimonial et extra patrimonial.

Le contentieux médical peut être entendu comme un différend qui découle de relations conflictuelles entre un praticien médical et son patient et qui est soumis à l'arbitrage d'une juridiction compétente. Dès lors, il s'agit de mettre en place une interface médico-judiciaire permettant de trancher les litiges médicaux. Ceci signifie en d'autres termes qu'il s'agit de dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest. Mais on peut se poser la question de savoir quelles sont les conditions qui permettent de dire ce droit selon les règles qui prennent en compte l'intérêt général et les intérêts des usagers des services médicaux. En effet, l'évolution des mentalités en Afrique en général et en Afrique de l'Ouest en particulier est telle que le citoyen relègue au second plan la notion de fatalité pour verser dans la recherche du responsable du dommage subi, ce qui justifie l'augmentation du contentieux médical. Il est donc urgent d'initier une réflexion centrée sur ces règles de droit spécifiques, source de résolution des conflits médicaux.

Ce recentrage et cette réadaptation juridique ont débuté au lendemain de l'accession à l'indépendance des pays de l'espace UEMOA à la faveur d'une volonté politique affichée. C'est ainsi que certains pays occupant l'espace occidental du continent africain ont engagé un vaste mouvement de réforme

⁴ J.M. AUBY, *Le droit de la santé*, PUF, Paris 1981, p. 13 ; J.M. CLEMENT, *Les principes du droit de la santé*, Dalloz, Paris 2005.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

de la législation en vigueur. L'objectif était la mise en place d'un système juridique qui concilie la protection du praticien et celle du patient. Ce système repose en général sur un cadre organisationnel qui comprend deux composantes fonctionnelles distinctes mais non indépendantes l'une vis à vis de l'autre. Il s'agit d'une organisation administrative qui se subdivise en une administration centrale représentée par le ministère chargé de la santé et une administration territoriale représentée simultanément par la région médicale, le district et le poste de santé. Cette organisation entretient des relations avec une organisation médicale qui comprend le secteur public représenté par les hôpitaux, les centres de santé, les postes de santé et les cases de santé. Parallèlement existent des établissements spécialisés (Centre national de transfusion sanguine, Centre national d'appareillage et d'orthopédie, service d'accueil des urgences...).

Le secteur privé comprend d'une part le système privé lucratif composé de cliniques, de cabinets médicaux, de cabinets de soins, d'officines, de laboratoires d'analyses médicales et de centrales d'achats et de distribution de médicaments et d'autre part le système privé non lucratif représenté par les hôpitaux et les dispensaires de nature confessionnelle. L'hôpital Saint-Jean-de-Dieu et l'hôpital Batimée de Thiès en sont des exemples.

La dernière composante du système sanitaire est représentée par le secteur traditionnel qui constitue le domaine d'exercice des marabouts, des guérisseurs, des charlatans et des phytothérapeutes. Cette médecine est pratiquée dans certains centres créés et reconnus par les pouvoirs publics. Il existe au Burkina Faso un centre d'accréditation des *tradipraticiens* dans lequel siègent des représentants du ministère en charge de la santé et des membres des associations des *tradipraticiens*. Cette organisation est chargée de valider les pratiques traditionnelles permettant de reconnaître officiellement les rôles et compétences d'un candidat à l'exercice de la médecine traditionnelle. Le Centre expérimental de médecine traditionnelle de Malango dans la région de Fatick au Sénégal est également un établissement d'exercice de la médecine traditionnelle créé et reconnu officiellement par l'Etat sénégalais.

La pratique de la médecine traditionnelle fait l'objet de controverses relatives à son efficacité et à l'opportunité de la mise en place d'un cadre législatif et réglementaire. En effet, la véritable question que l'on peut se poser par rapport à cette médecine est de savoir comment délimiter son champ d'action et comment évaluer de façon pratique son utilité et son efficacité. Le code de déontologie des *tradipraticiens* congolais définit la médecine traditionnelle en ces termes : « un ensemble de connaissances et de pratiques explicables ou non, utilisées pour diagnostiquer, prévenir ou diminuer les maladies physiques, mentales ou sociales et qui peuvent se fonder exclusivement sur des expériences et ou des observations passées

transmises de génération en génération oralement ou par écrit⁵ ». En d'autres termes, il s'agit d'une méthodologie de soins de santé qui défie toute logique scientifique ou cartésienne, ce qui laisse prévoir des difficultés dans sa mise en œuvre juridiques.

Ses structures sont caractérisées par une incertitude relative à leur régime juridique. En effet elles ne sont pas des établissements publics, ni des établissements privés. Par conséquent, les règles de droit public et celles du droit du travail en matière de responsabilité ne sont pas applicables dans ce cas d'espèce, étant entendu que la mise en œuvre des règles de droit médical pour la résolution des conflits médicaux est nécessairement fondée sur une base juridique d'origine législative ou jurisprudentielle (**I**). Cependant, force est de constater qu'il existe un écart important entre les théories juridiques et la pratique de la médecine, écart qui constitue un véritable obstacle à l'efficacité de la mise en œuvre des règles qui régissent l'exercice des soins de santé (**II**).

I – Bases juridiques de l'exercice de la profession médicale

Le secteur de la santé constitue un domaine d'activité important eu égard à son apport au développement du pays. En effet, certains indicateurs de l'état de santé d'une collectivité ou d'un pays constituent également des indicateurs importants de leur niveau de développement. Il en va ainsi, par exemple, du taux de mortalité infantile. Lorsqu'il est analysé de façon isolé, il ne permet pas de classer un pays dans la catégorie des pays développés. En revanche il est révélateur du caractère sous-développé d'un pays lorsqu'il est très élevé.

En France, les comptes nationaux de la santé ont relevé en 2005 : 16 2381 médecins, biologistes, pharmaciens et internes et 965 000 agents non médecins, soit environ 4 % de la population active⁶. Ceci constitue une illustration de l'importance de ce secteur dont l'efficacité repose dans un premier temps sur le statut juridique des structures de soins (**A**) et dans un deuxième temps sur le régime juridique des agents de santé (**B**).

A – Le statut juridiques des structures de soins

Pour améliorer la qualité des services de soins de santé en rapport avec la demande d'une médecine de plus en plus efficace, les Etats d'expression française de l'espace UEMOA ont engagé une réforme de leur statut juridique. Celui-ci définit de façon claire les missions du service public

⁵ Code de déontologie des *tradipraticiens* congolais, OMS septembre 2006.

⁶ M. DUPONT, C. BERGOIGNAN-ESPER et C. PAIRE, *Droit hospitalier* 7^e édition Paris Dalloz, 2009 931 p.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

hospitalier ainsi que les droits et les devoirs des patients. L'article 8 de la loi sénégalaise n° 98-08 du 3 mars 1998 dispose : « le service public hospitalier garantit à tous un accès équitable aux soins. Il est tenu d'accueillir toute personne de jour comme de nuit en urgence si l'état du malade ou du blessé le justifie⁷ ».

En pratique les établissements publics de santé ainsi que les établissements privés qui effectuent une mission de service public assurent le diagnostic, le traitement curatif et préventif, la surveillance et la réadaptation fonctionnelle. Ils doivent mettre en place un système d'information sanitaire dans le respect scrupuleux du secret médical. Autrement dit, les informations obtenues à la suite de l'activité médicale dans une structure de soins doivent être protégées contre toute indiscretion par l'administration de la structure après usage des documents médicaux par tous les praticiens sans qu'il soit utile de rappeler que ceux-ci sont également astreints au secret médical.

La protection de l'information médicale à caractère secret apparaît à travers diverses dispositions par exemple de l'article 575 de la loi n° 2009-007 de la république du Togo qui dispose que « les établissements sont tenus de protéger la confidentialité des informations qu'ils détiennent sur les personnes qu'ils accueillent⁸ ». Toutes ces informations constituent le système d'information sanitaire de l'établissement qui est le point de départ du système national d'information sanitaire dont dépendent la qualité et l'efficacité de la lutte contre toutes les maladies. Selon les termes de l'article 579 de la même loi, ces établissements garantissent « l'égal accès à tous aux soins qu'ils dispensent ». Il s'agit là d'un principe d'équité et de justice qui est loin d'être effectif. En effet, devant l'absence d'un système de couverture médicale universelle, l'accès aux soins de santé dépend du statut social et des conditions financières de l'usager des services de soins.

En tout état de cause, les établissements de soins doivent prévoir dans leur mode de fonctionnement la protection des droits des malades, notamment le droit de choisir l'établissement de soins, le droit de choisir son médecin, le consentement révocable aux soins et l'information des personnes soignées en tenant compte de leur niveau de compréhension. Cette mission est accomplie par un personnel réparti entre différents statuts. Il s'agit du personnel régi par le statut général des fonctionnaires, des agents de l'Etat non fonctionnaires, des agents relevant du statut des forces armées, du personnel hospitalo-universitaire, du personnel contractuel des établissements de santé et des collectivités locales, enfin des agents relevant de l'assistance technique dans le cadre de la coopération internationale. Tout ce personnel participe de façon variable à l'enseignement universitaire et

⁷ Loi n° 98-08 du 3 mars 1998 relative à la réforme hospitalière du Sénégal.

⁸ Loi n° 2009-007 portant code de la santé publique de la République du Togo.

poste universitaire, à la formation continue des agents de santé et à la recherche médicale, odonto-stomatologique, pharmaceutique et psychologique.

La création, l'extension, l'exploitation, la conversion partielle ou totale d'un établissement hospitalier privé sont soumises à l'autorisation préalable du ministre chargé de la santé. Celle-ci est donnée après la constatation des conclusions positives d'une visite de conformité précédée d'un avis consultatif obligatoire de l'ordre médical concerné. Lorsque l'autorisation est donnée à une personne physique ou morale de droit privé, elle ne peut être cédée et devient caduque à l'expiration d'un délai de trois ans si l'opération concernée n'a pas été réalisée. Ces dispositions d'ordre général se retrouvent dans toutes les législations des pays de l'espace UEMOA.

Cependant, il existe des particularités dans certaines législations. Il en va ainsi du Burkina Faso. En effet l'article 2 de l'arrêté n° 2006-061 du ministre de la Santé dispose que « la création et l'ouverture d'un établissement sanitaire privé de soins se font à titre personnel et exclusif et ne peuvent se faire sous un pseudonyme. Seuls les professionnels de la santé, les associations des professionnels de la santé, les associations à base communautaire, les ONG et les confessions religieuses peuvent postuler à une autorisation de création et d'ouverture d'un établissement sanitaire privé de soins⁹ ». L'ouverture d'une structure privée de soins est une prérogative exclusive des agents de santé qui sont responsables de la qualité des soins administrés par l'établissement et de l'encadrement technique de son personnel. Il est également tenu d'afficher les tarifs en tout lieu accessible au public.

L'article 5 du décret n° 98-329 du président de la République du Niger est encore beaucoup plus restrictif lorsqu'il dispose « nul ne peut postuler à la création, à l'achat, à l'extension, ou au transfert d'un établissement privé de santé s'il n'est détenteur d'un diplôme national de santé ou équivalent¹⁰ ». En cas de décès de l'exploitant le conjoint ou ses ayant-droits peuvent maintenir l'ouverture de l'établissement pendant une période n'excédant pas deux ans. Dans ce cas d'espèce, un agent remplissant les conditions d'exercice de la profession médicale peut se substituer à l'agent décédé. Ce délai peut être prorogé à trois ans si les enfants sont mineurs et à six ans si l'un des ayant-droits est en formation dans une Faculté de médecine ou d'odonto-stomatologie.

⁹ Arrêté n° 2006 061/MS/CAB/portant conditions de création et d'ouverture des établissements sanitaires privés de soins.

¹⁰ Décret n° 98-329/PRN/MSP du 9 novembre 1998 fixant les modalités d'application de la loi n° 98-016 du 15 juin 1998 portant autorisation de l'exercice privée des professions de la santé du Niger.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

Les établissements privés de soins peuvent être admis à assurer l'exécution du service public lorsqu'ils remplissent les conditions exigées par les pouvoirs publics. Ils peuvent à cet effet recevoir les agents relevant du ministère de la Fonction publique. Cependant la loi ne précise pas la nature de la responsabilité à laquelle ils sont soumis. Ils peuvent également bénéficier des subventions de l'Etat.

Lorsqu'une irrégularité est constatée dans la mise en place d'un établissement de santé, le ou les déclarants peuvent faire l'objet d'une sanction. C'est ainsi que l'article 38 de la loi n° 98-08 du 3 mars 1998 du Sénégal dispose que « toute personne qui ouvre ou gère sans autorisation un établissement hospitalier est passible d'une amende de cinq millions à cinquante millions de francs CFA¹¹ ». Selon les dispositions de l'article 4 du décret n° 2000-449 du 11 septembre 2000 de la République du Bénin fixant les conditions d'ouverture des établissements sanitaires privés, « la vente de médicaments dans un cabinet ou une clinique, l'administration des soins médicaux et ou paramédicaux par un pharmacien, la remise de tout médicament inscrit au tableau par un pharmacien sans ordonnance, l'exploitation à titre commercial d'un laboratoire d'analyses biomédicales par un cabinet de soins non habilité sont considérées comme une situation d'exercice illégale de la médecine et doivent être sanctionnées par les dispositions pénales en vigueur¹² ».

Tous les établissements sanitaires publics ou privés sont sous la tutelle technique du ministère de la Santé qui fait effectuer un contrôle technique au moins une fois par an par ses services compétents. Cette règle de bonne gouvernance est en fait difficilement applicable, voire impossible, car le service de contrôle du ministère chargé de la santé est quasi inexistant. Il est composé de deux ou trois inspecteurs qui n'exercent leur pouvoir que lorsqu'il y a un conflit dans le fonctionnement de la structure. Cette situation explique en partie l'état de délabrement avancé des établissements de soins. C'est d'autant plus grave que le contrôle s'étend aux conditions légales d'exercice de la médecine fondées sur le statut juridique des agents de santé.

B – Le régime juridique des agents de santé

Le régime juridique des agents de la santé dans l'espace UEMOA est d'origine législative ou réglementaire. En tout état de cause, trois conditions fondamentales sont exigées pour exercer les professions de santé. Il s'agit

¹¹ Loi n° 98-08 du 3 mars 1998 relative à la réforme hospitalière du Sénégal.

¹² Décret n° 2000-449 du 11 septembre 2000 fixant les conditions d'exercice en clientèle privée des professions médicales et paramédicales et relatif aux modalités d'exercice privée et d'ouverture des établissements privés dans la République du Bénin.

dans un premier temps d'une condition de technicité. Autrement dit, l'agent doit être titulaire d'un diplôme d'études sanitaires de l'Etat où il aspire à exercer ou un diplôme admis en équivalence. Mais il doit également être de la nationalité du pays où il exerce. A défaut, il doit être ressortissant d'un pays qui a passé avec le pays d'exercice un accord de réciprocité relatif à l'installation des praticiens de santé. Cependant, la directive n° 06/CM/UEMOA du 3 décembre 2005 a rendu flexible la condition de nationalité en prévoyant la libre circulation et l'installation de tout ressortissant de l'union dans un pays de son choix et la possibilité d'y exercer librement son art¹³.

La dernière condition exigée est l'inscription au tableau de l'ordre national de la profession concernée. Ces conditions sont applicables à tous les praticiens habilités à exercer les professions de santé. Cependant, pour exercer en clientèle privée, une autorisation préalable du ministre chargé de la santé est obligatoire. Les agents de la fonction publique ne peuvent bénéficier de cette autorisation sauf s'il est constaté un manque de personnel technique dans une localité donnée et lorsque les nécessités du service public l'exigent. La liberté d'exercice du corps médical est consacrée par toutes les lois et tous les règlements des pays de l'UEMOA. Autrement dit les membres du corps médical jouissent de l'indépendance d'exercice.

Cependant leurs actes sont susceptibles d'engager leur responsabilité disciplinaire (ordinaire) pénale, civile et administrative. Le tribunal disciplinaire relève de la compétence des ordres lorsque l'agent incriminé est un médecin, un chirurgien-dentiste ou un pharmacien. Ils se substituent à la commission de discipline de la fonction publique chargée d'apprécier et de proposer les sanctions disciplinaires. Il en va ainsi pour les agents appartenant au cadre actif des forces armées. L'hôpital ou le centre de santé public est responsable de toute l'activité qui s'y déroule. Il est donc civilement responsable de tous les agissements négatifs des agents. Cependant il dispose de l'action récursoire pour sanctionner l'agent fautif. La sanction des agents de l'assistance technique est une prérogative de l'administration du pays d'origine. Lorsque la faute commise est grave, le ministre chargé de la santé saisit le conseil national de l'ordre concerné pour apprécier la gravité de la faute et proposer à ce titre une sanction qui ne fait pas obstacle à la sanction de l'administration du pays d'origine.

L'article 9 du décret n° 78-693 du 13 juillet 1978 du Sénégal dispose que « les personnels visés à l'article premier ayant la qualité de médecins, chirurgiens, spécialistes biologistes ou odontologistes chefs de service ou non ou de médecins adjoints, biologistes adjoints, odontologistes adjoints des

¹³ Directive n° 06/CM/UEMOA/ relative à la libre circulation et à l'établissement des médecins ressortissants de l'Union au sein de l'espace UEMOA.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

services universitaires des hôpitaux de Dakar peuvent, sans que l'exercice de cette faculté modifie les conditions de leur titularisation, de leur avancement ou de leur rémunération : - recevoir à l'hôpital en consultation privée les malades personnels deux fois par semaine, - répondre exceptionnellement en dehors du temps dû au service, sauf urgence, à l'appel d'un praticien pour se rendre auprès d'un malade¹⁴ ». Les dispositions du présent article introduisent une exception au régime de la responsabilité du service public pour les dommages causés par ses préposés dans l'exercice de leur fonction. Désormais, le praticien universitaire est couvert par ce régime lorsqu'il exerce sa mission pour le compte de l'établissement. En revanche, le régime de la responsabilité contractuelle lui est applicable lorsqu'il exerce son activité privée.

Le contentieux opposant les agents aux structures peut être de deux ordres. Il peut s'agir soit d'un contentieux d'annulation à la suite d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'un agent de l'Etat fonctionnaire ou non fonctionnaire est frappé d'une sanction par l'administration, soit d'un contentieux relevant du droit du travail lorsque l'agent est un contractuel de l'établissement. L'analyse de la législation du Togo en la matière permet de remarquer que ce principe est partiellement remis en cause par les dispositions de l'article 161 de la loi portant code de la santé publique de ce pays qui dispose que « les domaines de compétence des médecins, des chirurgiens-dentistes et des paramédicaux sont déterminés par arrêté du ministre chargé de la santé¹⁵ ».

Pour protéger les patients contre les agissements négatifs et non conforme au bon usage des règles de la médecine, la loi a prévu la sanction de l'exercice illégal des professions de santé. En effet l'article 4 de la loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre national des médecins du Sénégal définit l'exercice illégal de la médecine en ces termes : « toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou d'un traitement de maladies ou d'affections chirurgicales congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultation verbale ou écrite ou par tout autre procédé qui soit ou pratique d'un des actes professionnels prévus par une nomenclature fixée par décret pris après avis du conseil national de l'ordre des médecins sans être titulaire de l'un des diplômes exigés ou bénéficier de l'autorisation d'exercer la médecine

¹⁴ Décret n° 78-693 13 juillet 1978 modifiant le décret n° 65-61 du 4 février 1965 relatif au personnel enseignant et hospitalier du Centre hospitalier universitaire de Dakar.

¹⁵ Loi n° 2009-007 portant code de la santé publique de la République du Bénin.

privée... exerce illégalement la médecine¹⁶ ». Le défaut d'inscription au tableau de l'ordre et de nationalité constitue également l'exercice illégal de la médecine. L'exercice illégal de la médecine est un délit pénal sanctionné par une peine d'emprisonnement de un à six mois.

Toutes les professions médicales sont régies par un code de déontologie qui constitue un ensemble de règles de conduite et de bonne pratique. La violation de certains principes expose l'auteur des faits à des sanctions civiles, disciplinaires et pénales. La violation du secret médical ou l'avortement illicite en sont des illustrations. Le second usage de ces règles constitue à tous égards une protection du patient et lui ouvre en même temps le prétoire pour tout procès médical. L'objectif d'un tel procès est la sanction du comportement indélicat et négligent du praticien. La lecture attentive de ces codes de déontologie permet de remarquer que certaines règles constituent justement une transformation des droits des patients en devoirs des médecins.

Il reste que le statut des agents dans le secteur privé n'est pas superposable à celui des agents du secteur public. En effet, les établissements privés de soins sont responsables des fautes dans l'exécution du contrat d'hôtellerie. Ils peuvent également être responsables des fautes des agents lorsque ceux-ci sont salariés. Ce principe n'est pas applicable de façon intégrale aux membres du corps médical. C'est-à-dire aux médecins, chirurgiens-dentistes et pharmaciens. Ceux-ci sont couverts par le régime de responsabilité de la clinique. Mais lorsque l'un d'eux exerce dans un établissement privé au moyen d'un contrat de prestation, sa relation avec le patient est de nature contractuelle. Par conséquent, le régime de responsabilité qui en découle est de nature contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. Le praticien supporte à titre personnel la réparation du dommage.

La détermination de la faute médicale et son imputabilité ne sont pas toujours aisées. Elle peut relever à la fois d'un manquement dans la mise en œuvre du contrat de soins et du contrat d'hôtellerie. L'établissement et le praticien sont solidairement responsables et devront par conséquent supporter la réparation du dommage. Sous réserve de ce qui précède, il y a lieu de constater que les établissements de santé sont régis par des lois et des règlements distincts de ceux qui constituent le statut juridique du personnel. Ainsi la résolution du contentieux médical devient une opération juridique qui devrait nécessairement concilier l'intérêt général et celui des particuliers, c'est-à-dire des usagers et des praticiens de l'art médical. En effet, dans une étude réalisée à Dakar portant sur treize jugements rendus sur le contentieux médical, les médecins étaient poursuivis dans 53 % des cas, 29 % des cas

¹⁶ Loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et l'ordre des médecins.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

étaient des infirmiers et 18 % concernaient les équipes de garde. Les hôpitaux faisaient l'objet de poursuite dans 33 % des cas, 27 % étaient des cliniques et les autres cas 40 % (domicile privés, cabinets médicaux et cabinets de soins).

Il reste que l'activité des *tradipraticiens* susceptible de faire l'objet d'une poursuite judiciaire ne fait pas partie de cette étude. En effet, le contentieux opposant les usagers de la médecine traditionnelle et les praticiens de cette activité médicale relève du droit commun. L'abus de confiance est le motif le plus souvent évoqué. Ce procès est d'ailleurs très rare. Le citoyen africain victime des agissements négatifs d'un praticien de la médecine traditionnelle préfère se résigner et s'en remettre à Dieu en lieu et place de l'action judiciaire. L'analyse de la définition de la médecine traditionnelle présume de la difficulté de trancher les litiges qui en découlent. Puisque l'appréciation de son efficacité est factuelle. Les opérations de la médecine traditionnelle peuvent être fondées sur la logique scientifique ou non. Dès lors que ces faits sont transmis de génération en génération, ils restent administrativement, socialement et juridiquement valables.

Dire le droit médical en Afrique au sud du Sahara est donc une opération juridique qui se caractérise par la difficulté de la preuve dans l'exercice de la médecine conventionnelle et par l'obscurantisme de la médecine traditionnelle. Cet état de fait se traduit par des obstacles susceptibles de remettre en cause l'efficacité du droit de la santé dans l'espace de l'UEMOA.

II – Les obstacles à la mise en œuvre du droit médical

Au lendemain des indépendances, dans le cadre de la succession d'Etat, les pays de l'espace UEMOA ont élaboré entre autres un ensemble de textes législatifs et réglementaires relatifs à la santé. C'est-à-dire un dispositif juridique qui devrait permettre à tout citoyen d'accéder au meilleur état de santé possible. La source de la mise en place de cet ensemble juridique était essentiellement constituée par le droit de la puissance coloniale. Le législateur n'avait choisi que quelques textes pour constituer une base juridique du droit de la santé. Par conséquent, celle-ci a connu des insuffisances qui seraient à l'origine des difficultés de la mise en œuvre de ce droit.

A – La transposition inachevée des règles du droit de la santé de l'AOF

Dire le droit en Afrique suppose la mise en place d'un arsenal juridique indépendant qui permet d'éviter les manipulations des pouvoirs politiques et l'action des puissances corruptrices. C'est pour cette raison que l'élaboration des règles de droit médical doit être exhaustive et tenir compte des réalités socioculturelles. Les principaux textes mis en place sont constitués du code

de déontologie des professions médicales et de la loi portant condition d'exercice de la médecine. Cette activité constitue un effort louable des autorités administratives et politiques. Mais force est de constater que cet arsenal ne protège pas, ou du moins protège faiblement l'utilisateur des services de santé. L'analyse du contentieux médical permet de constater qu'il existe des vides juridiques qui rendent difficile la résolution des conflits d'ordre médical.

Ainsi pour trancher les litiges, le juge africain est dans l'obligation d'évoquer soit la jurisprudence française, soit un texte de loi émanant de la puissance coloniale nonobstant, les particularités et les réalités des jeunes Etats africains. Il en a été décidé ainsi dans l'affaire demoiselle Diop contre Etat du Sénégal. Dans cette affaire, la demoiselle Diop est une jeune fille de vingt ans admise à l'hôpital Aristide le Dantec de Dakar pour subir une intervention chirurgicale à la suite d'une sinusite (infection d'une cavité du visage). Elle a été opérée par l'interne Gassama (étudiant en formation). Elle perd l'usage de son œil droit à la suite de l'intervention chirurgicale. L'expert médical signale dans son expertise qu'une maladresse est à l'origine de la cécité droite¹⁷. En espèce, le juge a engagé la responsabilité de l'hôpital pour fonctionnement défectueux du service public. Aucun reproche personnel n'a été fait à l'interne puisque son niveau de responsabilité n'a pas été prévu par les lois et règlements. Il en est de même pour les étudiants en médecine dans le processus d'exécution des soins de santé.

L'article 5 du décret n° 55-1122 du 16 août 1955 dispose : « les professions médicales visées à l'article 549 du code de la santé sont celles de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme¹⁸ ». La question qui se pose ici est de savoir quelles sont les compétences de la sage femme en matière d'exécution des soins. Du point de vue pratique, la sage femme n'est autorisée qu'à prescrire les médicaments et les produits nécessaires au suivi des grossesses ou des accouchements normaux. Or l'analyse juridique rapportée aux textes législatifs en vigueur permet d'attribuer à la sage-femme une indépendance d'exercice à l'image des autres membres des professions médicales. L'article premier de la loi n° 66-069 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins dispose, en son premier alinéa, que « nul ne peut exercer la profession de médecin s'il n'est titulaire soit du diplôme d'Etat de docteur en médecine soit d'un diplôme étranger

¹⁷ CA Dakar n° 501 du 27 juillet 1984 demoiselle Diop contre Etat de Sénégal. Décret n° 55-1122 du 16 août 1955 fixant les modalités d'application de la loi n° 54-418 du 15 avril 1954 de l'AOF.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

reconnu équivalent en application des dispositions en vigueur en matière d'enseignement supérieur¹⁹ ».

Ces dispositions ne peuvent pas s'appliquer à l'activité de la sage-femme du fait qu'elle est titulaire du diplôme d'Etat de sage-femme non équivalent au diplôme de docteur d'Etat en médecine. Par conséquent, elle ne devrait pas prescrire des ordonnances de soins médicaux, du moins de façon officielle. Mais dans la pratique la prescription de la sage-femme est admise. Cette situation est similaire à celle d'un infirmier exerçant dans un poste de santé ou dans un centre de santé en zone rurale. Les nécessités du service au profit des populations justifient l'activité des agents non titulaire de diplôme de docteur d'Etat en médecine. Il s'agit d'une délégation des pouvoirs du médecin qui n'a pas été prévue par les lois et règlements. Ainsi la mise en œuvre du droit médical ne peut atteindre son objectif par défaut de base légale.

Cette même difficulté apparaît à travers l'analyse de l'article 305 du code pénal sénégalais qui dispose : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences, ou par tout autre moyen aura procuré ou tenter de procurer l'avortement d'une femme enceinte qu'elle ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans²⁰ ». Cette disposition est en conflit avec l'article 35 du décret n° 67-147 de février 1967 instituant le code de déontologie médicale qui dispose : « il ne peut être procédé à un avortement thérapeutique que si cette intervention est susceptible de sauvegarder la vie de la mère²² ». Selon les termes de l'article 294 du code pénal sénégalais : « tout individu qui volontairement aura fait des blessures ou porté des coups ou commis toute autre violence ou voie de fait, s'il est résulté de ces sortes de violence une maladie ou incapacité totale de travail personnel pendant plus de vingt jours sera punie d'un emprisonnement d'un à cinq ans ». Cet article laisse apparaître une interprétation confuse de la notion de l'incapacité totale de travail. En effet, il est important d'opérer une distinction entre l'incapacité de travail et l'incapacité totale de travail, faute de quoi nombreux citoyens ont été ou seront condamnés à des peines indues.

B – Obstacles socio-culturels

Les sociétés africaines restent encore marquées par des valeurs traditionnelles qui gouvernent leurs attitudes, leurs agissements ou leurs

¹⁹ Loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et l'ordre des médecins.

²⁰ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal du Sénégal.

interprétations des faits naturels. Dès lors la mise en œuvre des règles juridiques se heurte à la résistance des savoirs traditionnels. La notion de la maladie est quelquefois éloignée d'une interprétation scientifique et rationnelle. Au demeurant la recherche d'une explication à la maladie est une condition de la guérison. Dans ce contexte, il est extrêmement difficile de dire le droit de façon équitable et juste en Afrique. A travers mon activité professionnelle j'ai pu mettre en évidence cet obstacle à l'action du droit. Il s'agissait d'un enfant de douze ans victime d'un accident ludique à la suite duquel il présentait un traumatisme du rachis cervical avec une légère paralysie des membres. Après une première consultation, une ordonnance lui a été prescrite après la réalisation des examens radiologiques qui avaient montré une légère souffrance de la moelle épinière cervicale. Une amélioration de la symptomatologie avait été constatée. Non satisfait de ce traitement, ses parents l'amènent consulter chez un tradipraticien. Celui-ci procède à des manipulations du rachis cervical à l'origine de la paralysie totale de tous les membres, ce qui entraîne le décès de l'enfant. Cet enfant innocent était manifestement en danger mais le médecin ne pouvait le protéger en vertu du principe du consentement aux soins qui relève de l'autorité parentale ou du tuteur légal.

Pouvait-il évoquer l'article 5 du décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale qui dispose : «quelle que soit sa fonction ou sa spécialité, hors le seul cas de force majeure, tout médecin doit porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat, si d'autres soins médicaux ne peuvent pas lui être assurés²³ ». Au Sénégal et dans les pays de l'UEMOA, l'usage de telles dispositions peut avoir un effet positif du point de vue de la protection de l'enfant. Mais la question de la légitimité de cette pratique demeure un recours pour les parents puisqu'elle n'a été l'objet d'aucune récrimination de la part des autorités administratives et politiques. Ce qui ne serait certainement pas le cas dans les pays où la médecine traditionnelle est officiellement reconnue. La question qui se pose est de savoir qui est susceptible d'être tenu pour responsable ? S'agit-il du médecin, des parents ou du marabout ?

En tout état de cause, il s'agit ici d'une rencontre conflictuelle entre deux systèmes de soins : le système de la médecine conventionnelle et le système traditionnel. Au demeurant, leur objectif et leur sujet sont communs, c'est-à-dire le patient et la recherche de son bien-être. Le droit de la santé en Afrique se trouve à la croisée de deux chemins. Le premier est celui de la médecine conventionnelle qui mène vers un raisonnement scientifique, cartésien qui expliquerait la quasi-totalité des processus pathologiques et le second (la

²³ Décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale de Sénégal.

Dire le droit de la santé en Afrique de l'Ouest

médecine traditionnelle) qui conduit vers un champ d'action particulièrement caractérisé par la culture de l'énigme, l'obscurantisme et la transmission familiale du savoir.

L'interprétation religieuse et socioculturelle d'une maladie est différente selon les ethnies et les origines géographiques. Dès lors l'élaboration et la mise en œuvre des règles du droit de la santé deviennent une opération juridique extrêmement difficile. Certains pays comme le Togo et le Burkina Faso ont mis en place un cadre juridique et réglementaire relatif à la médecine traditionnelle. Celle-ci est une émanation du savoir traditionnel en matière de santé. Mais la problématique reste insoluble eu égard à la mise en jeu de la responsabilité médicale. Selon les dispositions de l'article 245 du code de la santé publique du Togo, « la médecine traditionnelle est l'ensemble de toutes les connaissances techniques de préparation et d'utilisation de substances, mesures et pratiques en usage explicables ou non en l'état actuel de la science qui sont basées sur les fondements socioculturels et religieux des collectivités qui s'appuient sur les expériences vécues et les observations transmises de génération en génération²⁴ ». Le contenu de cet article apporte un appui subséquent à l'affirmation selon laquelle la problématique posée par la médecine traditionnelle reste insoluble, ou, tout au moins, est difficilement soluble quel que soit le pays dans lequel elle est exercée. On peut se poser maintenant la question de savoir comment résoudre juridiquement un contentieux médical qui découle de la pratique de la médecine traditionnelle. Une réflexion pluridisciplinaire est alors nécessaire pour élaborer un cadre juridique de cette pratique utile et accessible aux populations.

²⁴ Loi n° 2009-007 portant code de la santé publique de la République togolaise.

LA REPRESSION DU DELIT D'ESCLAVAGE AU SENEGAL PAR LE JUGE COLONIAL FRANCAIS

**par C.A.T. Ndiaye, docteur en droit,
Faculté des sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

L'esclavage était une pratique assez constante à l'époque coloniale ; il existait le système des captifs dont le sort était relativement acceptable (**I**) et qui a pu durer pendant longtemps. Les juges avaient été obligés d'intervenir pour dégager des solutions originales relatives à cette question (**II**).

I - La situation juridique des captifs du Sénégal

La question de l'esclavage résultait d'une pratique rétrograde et qui a bouleversé les rapports au sein de l'espace sénégal-mauritanien. On peut en cerner les aspects à Saint-Louis et à Gorée d'une part (**A**), à Rufisque et Dakar d'autre part (**B**).

A - Dans les îles de Saint-Louis et de Gorée

L'île de Saint-Louis est située à quatre lieues environ au dessus de l'embouchure du fleuve Sénégal. Elle a cinq mille mètres de circonférence et 34 hectares de superficie et est occupée en majeure partie par une ville dont la population était répartie comme suit en 1838 : effectifs des Européens (non compris la garnison et les fonctionnaires non propriétaires) : 122 ; indigènes libres : (dont 9/10^{es} sont noirs) : 4 010 ; engagés à temps : 1 630 ; captifs : 6 137 ; total : 11 909.

Le nombre des captifs allait augmenter d'une manière considérable d'année en année. C'est ainsi qu'un procès verbal de la séance du conseil d'administration de Saint-Louis, en date du 20 mai 1842 montrait « qu'un quart environ des indigènes libres et un dixième des captifs professent la religion catholique. Le reste étant mahométan »¹. En outre, en face de l'île, entre la rive droite du fleuve et de la mer, il existait un village de noirs, appelé Guet Ndar. Leurs habitants vivaient sous la protection de l'autorité

¹ Archives d'Aix-en-Provence, Sénégal XIV, dossier N° 13. Annexe au p.-v. de la séance du 20 mai sur l'abolition de l'esclavage dans les établissements de la côte occidentale d'Afrique.

française et étaient en communication constante avec la population de Saint-Louis, mais sans être soumis aux lois de la France².

En 1847, toujours à Saint-Louis, sur une population de 18 864 habitants, la moitié était des esclaves et des engagés à temps. Ce dernier régime fut institué pour les travaux de la culture du coton et de l'indigo par le baron Roger, gouverneur de la colonie en date du 28 juillet 1823. Il permettait de racheter sur les bords du Sénégal des captifs qu'on introduisait à Saint-Louis en les déclarant libres ; ils étaient inscrits sur un registre spécial d'état civil et on leur imposait un engagement de quatorze années au service de celui qui avait acquitté le prix du rachat³.

Dans tous les cas, le sort qui était réservé à la population captive était déplorable. Noirs libres, blancs, officiers ou fonctionnaires, soldats ou matelots, infligeaient des peines corporelles aux captifs et aux engagés à temps. Cette rigueur à l'égard de ces malheureux avait suscité une réaction ferme et sévère du ministre des Colonies de l'époque qui adressa des directives au gouverneur du Sénégal : « ... cet abus, rédigeait-il, indigne du caractère français, était devenu tel que votre prédécesseur s'est vu obligé de le blâmer publiquement dans un ordre du jour. Je ne saurais vous recommander trop vivement de diriger toute la sévérité des magistrats contre quiconque exercerait à l'avenir de semblables traitements sur les indigènes. Toutes les classes de la population doivent être traitées de la même manière, sans aucune espèce de distinction. L'un des dogmes sacrés de la République est l'Egalité »⁴.

Cette situation dans laquelle se trouvaient ces esclaves et engagés à temps avait entraîné un grand nombre de réclamations de liberté de leur part devant les tribunaux de Saint-Louis. Le gouverneur A.B. Duchateau remarqua alors que les propriétaires de ces esclaves nourrissaient « des projets les plus insensés pour s'opposer à l'action de la justice »⁵. C'est la

² Selon le p.-v., ce village était peuplé par 790 indigènes libres, possédant 249 captifs. Archives d'Aix, *ibid*.

³ A Saint-Louis, ils étaient principalement utilisés comme ouvriers, maçons, briquetiers ou charpentiers. Les nègres captifs étaient généralement employés comme laptots (mariniers de rivière) pendant la saison de la traite des gommés et du mil. Une possibilité de rachat avait été admise parfois par les juridictions indigènes, ce dont nous parlerons dans notre deuxième partie.

⁴ Instruction du ministre de la Marine et des Colonies, Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier 15A.

⁵ Correspondance générale du gouverneur sur la question de l'abolition de l'esclavage au Sénégal, Saint-Louis le 18 septembre 1847. Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier N° 13. Mamadou BADJI écrit qu'« en 1842, une dépêche ministérielle, ayant demandé à l'administration de recenser toute la population servile, certains propriétaires qui y voyaient l'intention de prohiber l'esclavage, s'étaient retirés au

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

raison pour laquelle, il demanda au ministre de bien vouloir autoriser une campagne militaire contre les actes réitérés d'hostilité flagrante commis deux ans de suite par les Peuhls, les gens du bas Fouta et du Toro⁶. Cela permettrait, selon lui, de restaurer la tranquillité sur tout le cours du fleuve et le développement des spéculations commerciales. Ainsi, les traitants pourraient supporter plus patiemment les énormes préjudices qu'entraînerait incontestablement l'émancipation de leurs esclaves⁷.

Parlant des trafics d'êtres humains qui sont restés impunis dans la majeure partie des cas, Daha Chérif Ba écrit : « A Saint-Louis, les chiffres sont en deçà de la réalité (huit cas seulement pour toute la ville) : les trafiquants font entrer dans la ville des captifs venus des territoires maures, des royaumes Wolof et du Haut-Sénégal pendant la nuit et les débarquent discrètement sur les quais où les attendent des intermédiaires qui se chargent de conduire et de faire disparaître les cargaisons dans les grandes cours des privés fortunés et des riches familles saint-louisiennes ».

« Ces nombreuses et inestimables transactions sont inconnues de la Cour d'appel ; nous soupçonnons aussi certaines passerelles que cette Cour entretient avec les milieux huppés du commerce, de la finance, de la politique et des militaires donnant lieu aux acquittements, aux règlements à l'amiable dans une arrière cour d'un magasin, d'un cabinet, d'une demeure et loin des clameurs de la salle d'audiences. La ville héberge un nombre incalculable de personnes ainsi illégalement introduites et vendues aux particuliers »⁸.

On peut se poser des questions sur l'existence de certaines complicités relatives au phénomène de la traite dans un milieu aussi élevé que celui des

Walo, avec leurs esclaves, pour s'y consacrer à l'élevage et à l'agriculture ». Cf. M. BADJI, « L'abolition de l'esclavage dans les colonies ou le mythe du « SOL LIBERATEUR ». Analyse historique d'une théorie de l'ineffectivité de l'article 7 du décret du 27 avril 1848 au Sénégal ».

⁶ Auparavant, il avait pourtant entendu appliquer avec souplesse l'article 7 du décret du 27 avril 1848 qui proclamait le « principe que le sol de France affranchit l'esclave qui le touche ». Il s'en suit le refus des Maures Trarza de se rendre aux escales du fleuve pour le commerce de la gomme à cause de la libération des captifs réfugiés à Saint-Louis. Ces Maures, comme l'a écrit M. BADJI « pose comme condition au rétablissement des relations normales, la restitution des captifs fugitifs, la suspension du décret du 27 avril 1848 ». M. BADJI, *op. cit.* p. 7.

⁷ « Dans le cas contraire, soulignait le gouverneur, je ne crois pas devoir vous taire qu'il faudra des moyens d'action beaucoup plus puissants que ceux dont la colonie peut disposer en ce moment. L'état d'exaspération dans lequel se trouvent tous les habitants ne me permet pas d'en douter ». Archives d'Aix, *ibid.*

⁸ Daha Chérif BA, *Marginalité et exclusion au Sénégal. Les comportements délictuels et criminels dans la vallée du Fleuve Sénégal (1810-1970)*, thèse de doctorat de 3^{ème} cycle, F.L.S.H., département d'histoire, 2001-2002.

magistrats de la Cour d'appel. En effet, beaucoup d'entre eux étaient envoyés aux colonies après une sélection très rigoureuse. Cependant, il pouvait arriver qu'un nombre limité de juges soient attirés par l'appât du gain plutôt que par les services rendus à la justice.

Dans tous les cas, cette absence de volonté des autorités coloniales vis-à-vis de la préservation des intérêts des esclaves, était due à la conception que l'on avait de l'esclavage considéré comme normal. Parlant des esclaves dans les îles françaises d'Amérique, P. Hesse a tenté de décrire l'ambiguïté de leur statut. Il écrivait ce qui suit : « Etre humain ou pas être humain ? Si on prend le code noir et si on prend l'ensemble du système juridique du XVII^e et du XVIII^e siècle, on s'aperçoit que l'esclave a ces deux aspects. Il est certes un être humain par certains côtés, mais il est en même temps une chose au sens juridique du terme, placée en dehors de tout droit de la personnalité »⁹.

Lorsque l'on envisage son aspect humain, le droit le considérait comme responsable pénalement. C'est ainsi que le code noir¹⁰ prévoyait un certain nombre d'infractions susceptibles d'être commises par les esclaves et qui faisaient l'objet de punitions assez sévères. P. Hesse nous décrit les infractions et les peines qui leur étaient applicables de la manière suivante : « Lorsqu'un crime est commis, lorsqu'un vol est commis, lorsqu'une série de délits sont le fait d'un esclave, il y aura une punition ; une punition qui sera sévère, peut-être plus sévère que pour les hommes libres, mais à la fin du XVII^e, au début du XVIII^e siècle, tout criminel, quel que soit son statut juridique, tout voleur, quelle que soit sa qualité, est soumis à des peines extrêmement dures, donc on ne peut pas tirer de ce qu'il y a une peine un peu plus lourde d'élément pour refuser la qualité humaine aux esclaves »¹¹.

On voit par là que l'esclave était assimilé à une personne humaine malgré le fait que des sanctions beaucoup plus sévères lui étaient appliquées à l'occasion de la commission de quelques infractions. Cependant, on comprenait davantage la compassion que l'on pouvait avoir pour la personne de l'esclave s'agissant du pouvoir du maître à son égard. C'est ainsi que « les châtiments corporels trop graves, la mise à mort d'un esclave, sont

⁹ P. HESSE, « Le code noir : de l'homme et de l'esclave », in *De la traite à l'esclavage*, Actes du Colloque international sur la traite des Noirs, Nantes 1985, édités par Serge DAGET, t. II : *XVIII^e-XIX^e siècles*, Publication conjointe du Centre de recherche sur l'histoire du monde Atlantique, Université de Nantes, Bibliothèque d'histoire d'outre-mer, Nouvelle série, Etudes 7-8 et de la Société française d'histoire d'outre-mer, 1988, p. 185.

¹⁰ Le code noir était un petit texte qui ne comportait qu'une soixantaine d'articles ne réglant pas totalement la situation des esclaves.

¹¹ P. HESSE, *op. cit.*, p. 18.

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

considérés comme des crimes parce qu'il s'agit d'une punition sur un être humain, d'un homicide lorsque la mort survient¹².

Quid alors lorsque cet esclave était considéré comme une chose et non comme une personne ? Dans ce cas, l'article 44 du code noir en faisait un meuble qui, comme tel, pouvait être vendu¹³ et transmis par héritage comme n'importe quel bien. Il ne pouvait dès lors, ester en justice s'il était offensé. Dans le cas où il portait atteinte à l'intégrité de son maître ou à l'un de ses proches, les tribunaux intervenaient énergiquement pour les sanctionner. C'est ainsi que celui qui frappait son maître ou un proche parent de celui-ci, sa femme, le mari de sa maîtresse, les enfants de ses maîtres et maîtresses, subissait la peine minimale du fouet et la marque au fer rouge d'une fleur de lys permettant de le reconnaître¹⁴. La peine pouvait aller aussi jusqu'à la mort de l'esclave ; mais curieusement, ce châtiment ne faisait pas l'affaire du maître parce que selon Hesse, « l'investissement que représentait l'achat de l'esclave a été perdu »¹⁵.

¹² P. HESSE, *op. cit.* : « Seuls sont autorisés, poursuit-il, des types de châtiments limités, ce qui ne veut pas dire qu'ils soient à nos yeux acceptables ; c'est-à-dire d'une part l'enchaînement et d'autre part les verges ou les coups de cordes, mais là encore, ce n'est pas une spécificité, je dirai, du Noir esclave ».

¹³ C'est ce que nous dit encore HESSE lorsqu'il écrit : « C'est la base du système puisque s'il y a traite, c'est parce que le marchand négrier a acheté l'esclave sur les côtes africaines et qu'ensuite il va le revendre sur les côtes américaines ou antillaises ou ailleurs dans d'autres régions si l'on pense à la traite orientale. Il est donc achetable, il est donc vendable, il a un prix, et comme tout contrat de vente il est soumis bien entendu à l'ensemble des règles qui pèsent sur le contrat de vente, règles de solennité, règles fiscales... », HESSE, *op. cit.* p. 188.

¹⁴ Le même auteur nous relate à ce propos que lorsqu'il y avait fuite de l'esclave, le droit était « sévère puisque la première fuite entraîne le marquage sur l'épaule au fer rouge et l'essorillement, on se méfie d'un esclave essorillé. La deuxième fois, le traitement est aggravé, le marquage sur l'autre épaule avec ce traitement inhumain économiquement assez désavantageux pour le maître, qui est le fait de couper le jarret. Il est prévu une troisième tentative et à ce moment-là c'est la peine de mort », HESSE, *ibid.*, p. 190.

¹⁵ Dans ce cas, souligne l'auteur : « ... le Code noir comporte une mesure assez étonnante ; lorsqu'un maître dénonce un de ses esclaves soit pour des fuites répétées, soit pour d'autres crimes et que sur dénonciation de ce maître l'esclave est condamné à mort, il est prévu que le Trésor public lui rembourse la valeur de l'esclave : le maître a perdu une partie de ses biens en participant à l'ordre public, il est normal que la société l'indemnise, aux dires de deux experts, pour ce qu'il a ainsi perdu... », HESSE, *op. cit.*, p. 190.

Concernant la situation des esclaves dans l'île de Gorée¹⁶, la population était répartie ainsi qu'il suit : effectifs des Européens (non compris la garnison et les fonctionnaires non propriétaires) : 21 ; indigènes libres : 1 010 ; engagés à temps : 108 ; captifs : 3 873 ; total : 5 012

L'état de ces captifs de Gorée avait été vivement critiqué par la presse de l'époque. C'est ainsi qu'un journal publié en 1846, *Démocratie Pacifique*, relata les réactions indignées d'un Français par ces mots : « Mais il appartenait à la France de donner à Gorée le spectacle honteux d'une réunion de 5 à 6 mille esclaves entassés sur un rocher d'un dixième de lieue carrée, où l'on ne trouve pas un pouce de terre, et dont toute la végétation se réduit à un palmier et à un baobab. Ici, les esclaves ne servent à rien, et seraient même à charge à leurs maîtres, si les vices et l'immoralité de ceux-ci ne parvenaient encore à en tirer parti »¹⁷.

Généralement, les maîtres laissaient aux esclaves le soin de s'habiller et de se nourrir comme ils pouvaient. C'est la raison pour laquelle, ces malheureux subvenaient à leurs besoins en travaillant ou en volant. Les femmes elles, s'adonnaient à la prostitution et faisaient profiter leurs propriétaires de la part du lion de leurs revenus¹⁸.

Une affaire dramatique qui s'était passée en 1871 fut relatée par le journal *La France*. Il s'agissait d'une esclave de Gandiole qui s'était enfuie avec son enfant âgé de deux ans et réfugiée à Gorée. Son maître vint l'y chercher. Le procureur de la République ayant défendu au commissaire de police de la livrer, un ordre du commandant supérieur obligea ce procureur à remettre cette femme à son propriétaire. Elle fut embarquée dans un canot et conduite à Dakar, où son maître la prit. Cette histoire s'était mal terminée. En effet, la presse mentionna ainsi la suite : « La malheureuse pleurait et chantait sur un ton plaintif : « Je vais à la mort ». Elle disait vrai. A peine sorti de la ville, son maître la tue d'un coup de fusil et emporte l'enfant. Le meurtrier n'a pas été poursuivi »¹⁹.

¹⁶ Gorée située près de la côte d'Afrique, sous le Cap-Vert, était à 40 lieues de Saint-Louis, en un rocher fortifié dont la circonférence était de 2 250 mètres et la superficie de 17 hectares. Cf. Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier n° 13.

¹⁷ *Démocratie Pacifique*, 15 et 16 juin 1846 : « Esclavage au Sénégal », t. VI, N° 156, lettre adressée par un Français, M. FERGUSON, au gouverneur de Freetown de Sierra Leone, Archives d'Aix, *ibid*.

¹⁸ « On ne saurait s'imaginer, écrit l'auteur de la lettre, jusqu'où peut aller la froide cruauté d'un maître, pour qui l'esclave est, de la naissance à la mort une chose dont il dispose et use à son gré. Pourvu qu'il ne le tue point de mort violente et trop prompte, tout le reste est à son caprice : la loi le punirait s'il le tuait en une heure, mais elle se tait s'il le tue en un mois ». Archives d'Aix, *ibid*.

¹⁹ Article de Ch. LAURENT dans le journal *La France* du 3 octobre 1879. Archives d'Aix, *ibid*. L'auteur avait déjà publié dans le même journal le 5 août, ces passages

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

Cet article entraîna une réaction indignée du gouverneur. En effet, pour se justifier, il adressa au ministre ces remarques : « ... M. le Commandant Boilere, quoique commandant temporaire du 2^{ème} arrondissement, était à même de pouvoir donner des éclaircissements sur cette affaire, si elle eut jamais existé, puisque le journaliste a fixé aux actes monstrueux qu'il rapporte une date à laquelle cet officier supérieur était précisément chargé du bureau politique à Gorée. Le caractère de M. le chef de bataillon Boilere et les sentiments d'humanité dont il a toujours fait preuve en la matière, depuis plus de trois ans qu'il sert sous mes ordres, sont pour moi des garanties suffisantes de la sincérité de sa déclaration »²⁰.

On aurait pensé que le tribunal de Gorée pouvait s'occuper du redressement des multiples abus perpétrés sur les captifs par leurs maîtres. Il n'en a rien été. Cela s'explique parce que cette juridiction, d'après un rapport du service judiciaire en date du 1^{er} janvier 1842, connaissait des difficultés de fonctionnement. En effet, malgré les nombreuses affaires pendantes devant elle, il n'y avait eu que trois jugements durant cette année²¹.

Selon le chef du service judiciaire, cet état des affaires ne reflétait pas de manière tout-à-fait fidèle la situation dans l'île. A cet effet, il écrivait : « Ce petit nombre de jugements correctionnels est loin de représenter la somme des délits, en l'absence d'un magistrat du ministère public ; les poursuites d'office sont, comme la surveillance, à peu près nulles. Les habitants dans la vue de soustraire leurs captifs à l'action du tribunal de répression, et afin aussi d'échapper aux conséquences de la responsabilité civile entrent avec les maîtres des coupables dans la voie des transactions, sans respect pour la vindicte publique »²².

qui condamnaient l'attitude de la métropole vis-à-vis des propriétaires d'esclaves. En effet, il écrivait : « ce nègre fugitif, que notre administration rend à son maître, et que son maître, après lui avoir infligé cent cinquante coups de corde, fait mourir lentement, dans d'horribles douleurs, en saupoudrant de sel les plaies de son dos, ce nègre aurait pu se sauver : il aurait suffi qu'il s'engageât dans les tirailleurs sénégalais. Oui, c'est ainsi ! la France propose aux esclaves en fuite ce honteux marché, ou plutôt elle ne leur laisse que cette alternative : la servir ou mourir ».

²⁰ Correspondance du gouverneur Brière de l'Île au ministre, Saint-Louis le 23 novembre 1879. Archives d'Aix, *ibid*. On a l'impression que c'était une vaste conspiration du silence qui avait été organisée autour de cette affaire si grave.

²¹ Le premier relaxait par défaut de preuves le nègre Malick, prévenu de tentative de vol ; le second condamnait la nommée Céline à trois mois de prison pour propos calomnieux et le troisième concernait le nègre nommé Seliman. Ces derniers avaient tous la condition d'esclaves.

²² Extrait d'un rapport du chef du service judiciaire du Sénégal, 1^{er} janvier 1842, Archives d'Aix, Sénégal VIII, dossier 6bis.

Ce fut surtout l'affaire Mallard contre Steffan et autres qui contribua à révéler les défaillances du tribunal de Gorée. A la suite d'une plainte de la dame Esther Mallard pour coups et blessures, le tribunal de Gorée n'avait pu statuer sur cette question ; il n'avait pu se constituer parce que les habitants notables se refusaient à connaître, comme juges, de ce procès, à cause de leurs alliances ou relations d'amitié avec les parties.

Pour mettre un terme à ces circonstances fâcheuses, la réaction du gouverneur du Sénégal ne se fit pas attendre : « Considérant, affirmait-il, qu'il est de notre devoir d'empêcher que le cours de la justice ne soit interrompu, et d'assurer à tout citoyen les moyens d'obtenir par les voies légales, les réparations qui lui sont dues ; Vu l'article 34 de l'ordonnance du 7 septembre 1840 portant : « Le gouvernement veille à la libre et prompt instruction de la justice ». Sur la proposition du chef du service judiciaire p.i, Avons arrêté et arrêtons ce qui suit : Article 1er : « L'affaire MALLARD contre STEFFAN et autres, sera portée devant le tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement de Saint-Louis. Les parties et les témoins dont l'assignation à eux donnée à la requête du procureur du Roi, comparaitront devant le tribunal au jour indiqué, pour qu'il soit statué sur les faits qui ont motivé la plainte »²³.

On comprend ici que le gouverneur avait été obligé de faire intervenir le tribunal de Saint-Louis pour trancher cette affaire correctionnelle. Cependant, en procédant ainsi, il faisait une entorse à l'ordre des juridictions. Pouvait-on à chaque fois qu'il y avait des défaillances du tribunal de Gorée, faire juger les affaires par celui de Saint-Louis ? Cette manière de faire n'avait pas réglé pour autant tous les problèmes. Le commandant de Gorée écrivait à cet effet : « Le service judiciaire à Gorée ne s'est point amélioré. Ces maux que je signalais, l'an dernier, subsistent toujours dans toute leur étendue »²⁴. Il faut encore attendre un peu plus longtemps pour l'amélioration de la condition des esclaves. En était-il de même pour les captifs de Rufisque et de Dakar ?

²³ Affaire MALLARD, 12 août 1842, Archives d'Aix, Sénégal VIII, dossier 6bis.

²⁴ C'est ainsi qu'il signalait qu'« en matière criminelle, les choses sont aussi mauvaises. Le juge d'instruction de Saint-Louis ne peut venir à Gorée. Les instructions se font à Saint-Louis ; accusés, témoins, tout est forcé de s'y rendre ; et deux affaires graves, en instruction depuis plus de six mois, sont encore pendantes, tant à cause de ces longs retards que par suite probablement des mutations survenues dans le personnel judiciaire de la colonie. Tout cela demande un prompt remède, et la nomination d'un magistrat gradué au siège de Gorée est un besoin de première urgence », Rapport général du commandant de Gorée Dagorne, 12 février 1843, Archives d'Aix, *ibid.*

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

B - La question de l'émancipation des esclaves à Dakar et à Rufisque

Malgré la suppression de l'esclavage en 1848, le gouverneur du Sénégal ne s'était pas privé de demander des instructions au ministre des Colonies sur le point de savoir si les esclaves de la presqu'île de Dakar devaient être compris dans la mesure d'émancipation : « Devons-nous, écrivait-il, considérer les habitants comme français et décréter l'émancipation en même temps à Gorée ? Ou, devons-nous les considérer comme n'ayant point été préparés à cette mesure et attendre ?... »²⁵.

C'était à l'occasion d'une demande de déclaration de liberté en faveur de deux femmes habitant Rufisque depuis neuf ans que la question avait été posée²⁶. Le chef du service judiciaire refusa d'accorder la demande au motif que Rufisque et Dakar n'étaient pas comprises dans les villes auxquelles la circulaire confidentielle du 15 novembre 1862 appliquait le décret d'émancipation de 1848.

Cette réponse négative du chef du service judiciaire poussa le commandant supérieur de Gorée Canard à demander au gouverneur de bien vouloir décider qu'à l'avenir Rufisque et Dakar jouissent, pour l'émancipation des esclaves, des mêmes privilèges que les villes et comptoirs compris dans le deuxième paragraphe de l'article premier de la circulaire de 1862²⁷.

Le gouverneur Valiere, par sa lettre en date du 4 février 1874, allait désavouer cette position du commandant par les remarques suivantes : « ... Mais, il serait préjudiciable aux intérêts des habitants d'appliquer cette mesure du jour au lendemain à Rufisque et à Dakar ; ce serait les frustrer de leurs biens, d'autant plus que la mesure dont il s'agit n'ayant pas été étendue jusqu'ici à ces deux localités, leurs habitants étaient en droit de penser que nous consentions à ce qu'ils conservassent leurs captifs. Il me paraît donc de toute justice de laisser aux habitants un délai raisonnable pour qu'elles

²⁵ Gouverneur général A. BAUDIN, 21 avril 1848, Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier 15A.

²⁶ C'était à propos de 2 femmes esclaves, Bigue Diop et Tako Ka, originaires du Fouta, amenées à Rufisque par leur maître Demba N'Diaye qui était mort peu de temps après son arrivée. Un nommé Amady Ba vint les réclamer comme des captives disant qu'il les avait payées 200 francs. Archives d'Aix, *ibid*.

²⁷ Le commandant particulier de Gorée faisait remarquer que dans la circulaire confidentielle du 15 novembre 1862 qui était la dernière régissant la matière, il n'était pas dit que le décret d'émancipation du 27 avril 1848 s'appliquait à Rufisque parce qu'à cette époque, la ville n'existait pas ; mais depuis cette époque, le village de Rufisque était devenu une véritable ville qui devait avoir, pour rendre la liberté à un esclave, les mêmes privilèges que Sédhiou et Carabane. Arrondissement de Gorée, cabinet du commandant, 23 janvier 1874, archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier 15C.

arrivent à se défaire sans trop de perte de leurs captifs, soit en se les attachant volontairement comme domestiques, soit en allant s'en débarrasser à l'extérieur »²⁸.

Il faut dire que ces mesures d'émancipation ne pouvaient être mises en vigueur que dans la partie française de la ville de Rufisque ; il n'était pas possible de les appliquer dans les quatre grands villages qui entouraient cette petite ville²⁹. Cette situation marquait l'embarras dans lequel se trouvaient les autorités coloniales de l'époque qui voulaient ménager les intérêts de leurs administrés possédant plusieurs esclaves dont ils ne pouvaient se débarrasser facilement³⁰.

Après plusieurs atermoiements, le ministre de la Marine et des Colonies, Hamelin, suivit les suggestions du gouverneur de « faire disparaître l'esclavage dans une ville qui, se trouvant désormais en relations directes et suivies avec la France, va prendre une importance plus grande et devenir réellement française »³¹. Le décret du 27 avril 1848 fut donc appliqué à Dakar. Voyons maintenant le rôle joué par les juges pour lutter contre ce fléau.

²⁸ Le commandant supérieur de Gorée allait relancer la question en ces termes : « Je crois Mr le Gouverneur, que sans effrayer les gens par la perspective d'une mesure radicale, une décision prise par vous dans le sens que j'indique ci-après ne rencontrerait aucune difficulté dans son exécution : « à compter de ce jour, les captifs appartenant aux habitants de Dakar et de Rufisque pourront se libérer moyennant une somme de 250 francs qu'ils paieront à leurs maîtres. » C'est dans ce sens que j'ai résolu jusqu'ici toutes les questions de ce genre qui se sont présentées et je n'ai pas rencontré la moindre difficulté. Le 5 de ce mois encore toute une famille de Dakar (la mère et ses 5 enfants) s'est rendue libre moyennant une somme de 1 500 f.- 250 par tête... ». Gorée le 16 février 1874, Archives d'Aix, *ibid*.

²⁹ Canard pensait que pour éradiquer la captivité dans les villages qui formaient la partie indigène de Rufisque, il faudrait appliquer la loi française dans tout le Diander. Il concluait en ces termes : « ce serait difficile mais si j'avais 50 spahis, j'y arriverais en 2 ans... ». Archives d'Aix, *ibid*.

³⁰ Cela n'empêche que le gouverneur termina une correspondance adressée au ministre des Colonies par ces mots : « Je crois pouvoir assurer cependant que dans le cas où vous décideriez qu'il ne peut plus y avoir d'esclaves sur la presqu'île, nous sommes assez forts pour exiger l'exécution de vos ordres. Cela pourra causer quelques troubles momentanés, mais, j'ai la conviction que les affranchis soutenus par les autorités de Gorée, arriveront à rétablir l'ordre. ». Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier 15A.

³¹ Ministre au gouverneur de l'AOF, 30 avril 1865, Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier 15A.

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

II - Les solutions apportées par les autorités judiciaires dans la lutte contre l'esclavage

Pour mettre un terme à la traite des noirs, les juges avaient dû déployer beaucoup d'imagination pour combler les silences de la législation dans ce domaine (A) ; il en avait été ainsi s'agissant de l'interprétation qu'il fallait donner au décret de 1848 relatif à l'abolition du système (B).

A - Une jurisprudence contrainte de rechercher des éléments de décision dans d'autres colonies

Les juridictions sénégalaises n'avaient pas au départ, une position bien claire concernant la situation des esclaves. Cela était dû en grande partie aux lacunes de la législation métropolitaine sur ce plan (1) ; difficultés surmontées par la suite avec l'intervention du roi de France pour élargir un certain nombre de détenus esclaves dont le comportement était jugé irréprochable (2).

1 - Les conséquences du défaut de promulgation au Sénégal de l'édit de 1685

La législation en matière d'esclavage n'était pas uniforme dans toutes les colonies de la France. On peut dire que les dispositions de l'édit de 1685 avaient été reprises dans diverses ordonnances pour les Iles du vent et la Martinique. Cependant aucune de ces dispositions particulières ne fut promulguée en Sénégal³².

Au Sénégal, le défaut d'application de cet édit avait posé des difficultés pour les autorités coloniales³³. En effet, la question s'était posée pour la Cour d'appel du Sénégal, de savoir le sort qu'il fallait réserver à une négresse âgée de trois ans devant être séparée de sa mère captive. Les tribunaux de Saint-Louis s'étaient formés à la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait solennellement décidé que l'affranchissement d'une mère esclave entraînait de droit ceux de ses enfants impubères.

Cette expression vague d'« enfants impubères » avait été utilisée par l'article 47 de l'édit de 1685³⁴ qui n'était pas promulgué au Sénégal.

³² Cf. M. BADJI, *Droits naturels, droits de l'Homme et esclavage : L'exemple du Sénégal (XVII^e siècle-1960)*, thèse droit, Grenoble, 1998, note n° 581, p. 182.

³³ L'édit de 1685 ne s'appliquant pas à la colonie du Sénégal, la personnalité de l'esclave sera dévalorisée jusqu'en 1848, date de la suppression de l'esclavage.

³⁴ L'article 48 prévoyait : « Ne pourront être saisis et vendus séparément le mari de la femme et leurs enfants impubères, s'ils sont tous sous la puissance du même maître... ». Cf. code noir ou édit du roi servant de règlement pour le gouvernement et

Pourtant, la jurisprudence n'avait pas hésité à faire appel aux solutions dégagées ailleurs. C'est ainsi qu'elle chercha à comprendre s'il fallait appliquer l'âge de la puberté tel qu'il avait été défini par le code civil³⁵, ou devait-on l'entendre, en matière d'affranchissement, de cette époque où l'enfant cessait d'avoir besoin des soins matériels de sa mère et commençait à être en état de rendre des services ? Les juges optèrent pour cette seconde alternative.

En Côte d'Ivoire, selon M. Landraud, des décisions de justice étaient intervenues en ce qui concernait le « divorce » entre « un maître et une captive, ou l'attribution des enfants nés de l'union d'un maître et d'une captive »³⁶. L'auteur évoquait « l'union de deux captifs » qui, « du temps de leur captivité, était en général considérée comme un mariage valable³⁷, alors que l'union d'une captive et de son maître était une simple situation de fait, ce qui permet le plus souvent, en cas de séparation, d'attribuer, les enfants à la mère selon la coutume la plus répandue »³⁸.

D'une manière générale, cela ne faisait que traduire encore une fois de plus l'attitude négative des juges contre la population captive. Une affaire, parmi tant d'autres, qui s'était déroulée à Saint-Louis, va nous permettre de saisir le désarroi de certains de ces esclaves et même de leurs maîtres en face de cette nouvelle justice des blancs incomprise par eux³⁹.

L'affaire dont il est question s'était déroulée en 1836. Le Conseil d'appel tenant les assises de Saint-Louis présidé par M. Pujol ancien gouverneur, avait connu cette affaire de vol dont les circonstances traduisaient une anecdote à la fois triste et amusante. L'accusé était un

l'administration de la justice, police, discipline, et le commerce des esclaves nègres dans la province et colonie de la Louisiane, A.N. Col., A22 F° 119, mars 1724.

³⁵ L'article 488 du code civil fixe la majorité à dix-huit ans accomplis. A cet âge, la loi présume qu'on est capable de tous les actes de la vie civile.

³⁶ M. LANDRAUD, « Justice indigène et politique coloniale. Le cas de la Côte d'Ivoire » dans *Recueil Penand*, 1978, p. 213.

³⁷ Jugement du 23 mai 1918 du tribunal de cercle du N'Zi Comoé, cité par M. LANDRAUD, p. 213, note n° 166.

³⁸ Jugement du tribunal de cercle du Nzi Comoé du 16 novembre 1917, *ibid*.

³⁹ M. M'BAYE GUEYE écrit ces lignes à ce propos : « Les indigènes des territoires annexés étaient surtout irrités par l'intervention de la justice dans les affaires relatives à l'esclavage et à la propriété. Dans ces domaines, les décisions du service judiciaire étaient en porte à faux avec la conception que les indigènes avaient de leur droit de propriété. Sur plainte d'esclaves, les maîtres étaient traînés devant les tribunaux et condamnés. Ils ne comprenaient rien dans les formulaires inintelligibles qu'on leur présentait, étaient terrorisés par son appareil bizarre « sa procédure lente et formaliste, sa lenteur et ses frais, et qui leur appliquait des textes qu'ils (ignoraient) qu'ils ne pouvaient ni apprendre ni comprendre ». GUEYE, *op. cit.*, p. 850-851.

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

pauvre esclave nègre et comme il ne savait pas parler la langue des Foralabs, on lui avait donné un interprète choisi par les noirs affranchis.

Après la lecture des pièces, le président interrogea ainsi l'accusé que nous reproduisons ci-après in extenso : « - Comment vous nommez-vous? - L'accusé : Moi, me nommer Golo, dit Nolo, né dans le Bambara, pauvre esclave de M. Maissa, à Saint-Louis. - Le président : Vous êtes accusé de vol de fer, commis la nuit, à l'aide d'escalade, dans les chantiers de l'artillerie ? - Golo : C'est vrai, c'être moi qui avoir volé ces barres de fer. - Le président : Pourquoi l'avez-vous volé ? - Golo : Le grand Esprit que moi avoir appelé ainsi quand moi adorais les fétiches, mais que blancs appeler le Bon dieu, m'avoir apparû. « Pauvre Golo, m'avoir dit le bon dieu, pauvre esclave, maître à toi ne pas te donner toutes tes aises; la vie être dure ; toi ne faire mal à personne si toi aller dans les chantiers là-bas prendre un peu de fer que toi vendre ensuite pour ta subsistance ». Alors moi me jeter à la nage dans le fleuve, marée être basse ; elle laisser passage à moi large comme la longueur de cette table (8 à 10 pieds). Moi pas vouloir entrer, mais le grand Esprit ou le bon dieu me dire à l'oreille : Toi être tranquille, toi pas faire mal à personne, toi prendre quelque vieux fer qui n'être bon à rien, mais sera bon pour toi ». - Le président cherche en vain à faire sentir à l'accusé l'absurdité de ce système de défense. - Golo : Moi être pas coupable ; le grand Esprit m'a tout ordonné. Moi voir et entendre Dieu comme moi entendre et voir vous à présent. Plusieurs témoins donnèrent une nouvelle force aux aveux de l'accusé. C'est ainsi que Samson, remplissant les fonctions de ministre public, requiert la condamnation du nègre à vingt ans de travaux forcés. Paulinier, alors directeur de l'école d'enseignement mutuel du gouvernement, nommé d'office pour la défense, s'était empressé de reconnaître l'existence du vol, sans cependant adopter l'étrange excuse de l'accusé ; puis il avait tâché d'écarter les circonstances aggravantes de maison habitée et d'escalade. La cour condamna le prévenu à cinq ans de travaux forcés. Le condamné, averti par l'interprète du prononcé de l'arrêt, s'était écrié : « C'être cependant Dieu qui m'avoir ordonné cela ! »⁴⁰.

Cette affaire montre combien la mentalité de la population servile de la ville de Saint-Louis était restée des plus rudimentaires⁴¹. Un effort considérable devait être engagé par les autorités coloniales en vue d'amener

⁴⁰ Conseil d'appel tenant les assises de Saint-Louis, correspondance particulière, audience du 11 mars 1836, Archives d'Aix, Sénégal VIII, dossier 5 A.

⁴¹ Il faut cependant retenir que cet indigène était loin de saisir correctement les règles très subtiles du système pénal métropolitain, mais, même les plus évolués d'entre les citoyens français nés dans les communes de plein exercice éprouvaient eux aussi des difficultés de compréhension de ce droit. Golo dit Nolo allait plus tard bénéficier de l'indulgence du roi.

les indigènes à respecter les biens d'autrui. Cependant, il fallait apporter quelques atténuations à cette situation difficile des esclaves condamnés malgré leur état d'infériorité totale en attendant de pouvoir légiférer de manière plus satisfaisante pour eux.

2 - Les mesures d'indulgence du Roi en faveur des condamnés esclaves

Sensible aux conditions difficiles des captifs, les autorités judiciaires introduisirent un certain nombre de demandes de grâce auprès du roi des Français, en faveur de quelques détenus qui, dans la plupart des cas, avaient la condition d'esclaves.

En 1838, le premier procès verbal d'entérinement de lettres de grâce⁴² fut pris en faveur des nommés : 1°) Maan, captive du sieur Descemet habitant Saint-Louis, condamnée pour recel d'un fusil volé par un des tambours de la compagnie noire, à cinq ans d'emprisonnement et à 150 francs d'amende par jugement du Tribunal de Saint-Louis en date du 25 avril 1836⁴³ ; 2°) Malale, captif du sieur Moriac, habitant à Saint-Louis, condamné pour soustraction d'effets à usage, par jugement du même Tribunal en date du 12 août 1837, à 2 ans d'emprisonnement⁴⁴ ; 3°) Sadio, captive de la dame Catty Valantin, propriétaire à Saint-Louis, par jugement du 6 mars 1837, pour soustraction d'argent à trois ans d'emprisonnement⁴⁵.

Le président du Conseil d'Appel de Saint-Louis, après ces mesures de bienveillance, s'adressa aux condamnés et à leurs maîtres en les désignant chacun par leur nom pour les exhorter à bénir le nom du roi ; il engagea ensuite « les maîtres à une surveillance véritablement paternelle pour que leurs captifs par une conduite meilleure, puissent se rendre toujours dignes du précieux bienfait de la clémence royale dont ils sont l'objet »⁴⁶.

En 1842, une autre mesure d'entérinement d'une ordonnance de grâce fut prise en faveur du noir Giavar, nègre captif, condamné correctionnellement pour vol, le 23 janvier 1838 à cinq ans de prison par le

⁴² Ce droit de demander à la clémence royale la grâce des coupables, était une prérogative accordée au gouverneur par l'article 3 de l'ordonnance du 4 juillet 1834.

⁴³ La coupable obtint la remise de la peine et de l'amende. Elle avait cependant déjà purgé 2 ans. Cette sévérité excessive de la part des juges était due peut-être au fait qu'il s'agissait d'une affaire militaire. Archives d'Aix, Sénégal VIII, dossier 10 G, extrait des minutes du greffe de l'Ile de Saint-Louis, audience solennelle de la Cour d'appel du 27 juillet 1838.

⁴⁴ Le condamné eut la remise de la dernière année de sa peine. Archives d'Aix, *ibid*.

⁴⁵ Elle eut remise de la dernière année de sa peine. Archives d'Aix, *ibid*. Tous ces condamnés étaient de condition non libre. Cela justifiait-il l'indulgence du roi à leur égard ? On sait par ailleurs qu'ils appartenaient à la race européenne ou assimilée.

⁴⁶ Le condamné eut la remise de la dernière année de sa peine. Archives d'Aix, *ibid*.

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

Tribunal correctionnel de Saint-Louis⁴⁷. Des lettres de grâce furent aussi demandées en faveur de condamnés de condition libre le 3 juillet 1839. Il s'agissait de : 1°) BrahimaRAHIMA, soldat appartenant à la compagnie noire en garnison à Saint-Louis, condamné pour complicité de vol à quatre ans de travaux publics, par jugement du Tribunal correctionnel du 9 mai 1836 ; 2°) Mambaye, noir libre, condamné pour vol simple à un an d'emprisonnement par jugement du 7 août 1838. Tous deux étaient détenus dans les prisons de Saint-Louis⁴⁸.

Une autre notification d'une ordonnance de grâce interviendra en 1841 en faveur de deux condamnés : François Blondin, mulâtre libre, condamné par jugement du 16 décembre 1841 du tribunal correctionnel de Saint-Louis, à quinze mois de prison pour abus de confiance ; Léonard Lamotte, lui aussi mulâtre libre, condamné par le même tribunal par jugement du 15 décembre 1841 à deux ans d'emprisonnement pour escroquerie⁴⁹.

L'affaire Baka Sarr, nègre libre de Saint-Louis, condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, par un arrêt du Conseil d'Appel en date du 31 août 1829, souleva elle aussi l'émotion aussi bien des populations que des autorités coloniales. C'est la raison pour laquelle, on demanda pour lui la grâce du roi. De quoi s'agissait-il ? Le 23 août 1829, une rixe s'éleva entre Baka Sarr et Daour, son plus intime ami, tous les deux étant ivres. Daour l'avait fortement saisi à la gorge pour l'étouffer et il ne put se dégager qu'en

⁴⁷ D'autres détenus captifs bénéficièrent des mêmes avantages ; il s'agissait de Golo dit Nolo, condamné le 23 septembre 1838 à 7 ans de prison pour vol de guinée ; Mantala, condamné le 22 août 1839 à 5 ans de prison et à l'exposition publique pour vol de fusils. Pourtant, ce dernier se verra refuser la grâce royale par le conseil d'administration de Saint-Louis, dans sa séance du 16 décembre 1842. Nous parlerons un peu plus loin des arguments avancés pour le refus.

⁴⁸ Conseil d'appel du Sénégal, 3 juillet 1839. Archives d'Aix, *ibid.* BRAHIMA avait été condamné pour soustraction et complicité avec des individus non militaires du fusil qui lui avait été confié par l'Etat. MAMBAYE quant à lui, était un laptot se rendant dans les escales françaises et à Galam ; il était condamné pour le vol d'un pagne sans aucune circonstance aggravante.

⁴⁹ Le gouverneur plaida en faveur de ces deux condamnés en ces termes : « ... J'ai reconnu avec le conseil que la conduite des jeunes gens (LAMOTTE et BLONDIN) dans la prison et le repentir qu'ils témoignent d'une première faute les rendaient dignes d'indulgence. En conséquence, j'ai l'honneur de vous prier, Monsieur le Ministre, de bien vouloir appeler sur eux la clémence Royale pour que remise leur soit faite du restant de la peine encourue. Cette grâce aura pour effet de leur offrir les moyens de se rendre à Galam à l'époque où s'ouvre le commerce des échanges dans le haut fleuve et de profiter des avantages qui y sont attachés ». Gouverneur MONTAGNIES DE LA ROQUE au Ministre, 13 mai 1842. Archives d'Aix, Sénégal VIII, dossier 10 G.

saisissant le poignard de son adversaire et en l'en frappant ; le coup était mortel. La famille de la victime poursuivait le coupable qui fut condamné le 29 du même mois aux travaux forcés à perpétuité. Cette même famille et les notabilités de Saint-Louis, jugeant la peine très sévère, unirent leurs efforts pour obtenir du gouverneur, la clémence du roi⁵⁰.

Comme l'écrivait le gouverneur, lui même reprenant un rapport du chef du service judiciaire, c'était le jour de la Tabaski, que les notables de la population noire ayant à leur tête les chefs du nord et du sud, vinrent le prier de solliciter de la clémence royale, la grâce de ce condamné⁵¹. Après plusieurs tentatives, un procès verbal d'entérinement de l'ordonnance de grâce fut enfin pris par le Conseil d'appel de Saint-Louis⁵² malgré l'époque tardive de la demande⁵³.

⁵⁰ Leurs démarches devaient demeurer sans succès parce que Baka Sarr s'était enfui suite à la négligence d'un concierge qui avait laissé ouverte la porte de sa prison ; cette fuite n'avait été accompagnée d'aucune infraction, ni escalade. Il ne sera repris que plus tard parce qu'il rencontrait partout de la sympathie.

⁵¹ « Baka Sar, me dirent-ils, écrivait le gouverneur, n'avait pas médité le crime, il a été malheureux. On est porté à le croire lorsqu'on voit tant de braves gens parmi lesquels étaient des parents de la victime, s'intéresser au meurtrier. Il y a plus de onze ans que le crime a été commis ; la demande que j'adresse aujourd'hui à votre Excellence, aurait été faite par mes prédécesseurs, si Baka Sar ne s'était soustrait par la fuite à sa condamnation. Mais il ne s'était pas affranchi de leur châtiment ; l'exil auquel il avait du se condamner, en est un grand bien pour un habitant de Saint-Louis. Les laptots de Saint-Louis sont des hommes dévoués. Ils en ont donné des preuves dans les guerres que le Sénégal a eues avec les Maures. Ils méritent qu'on leur donne un témoignage d'estime, lorsqu'on en trouve l'occasion et je ne crois pas qu'il puisse s'en présenter de meilleure. Une simple commutation de peine ne produirait aucun effet ; les noirs ne voient que le présent, et la position de Baka Sar serait pour eux la même, si les portes de la prison ne lui étaient pas ouvertes. J'ai cru pouvoir me permettre ces réflexions qui pourront éclairer votre Excellence sur la décision qu'elle aura à prendre ». Gouverneur Charmasson au Ministre, 19 février 1841, Archives d'Aix, *ibid*.

⁵² Pour souligner la haute portée de ce geste, le gouverneur adressa ces mots au ministre : « Cet acte de la clémence Royale a été accueilli avec joie par toutes les classes de la population noire et leurs sentiments de reconnaissance envers sa Majesté se sont manifestés à l'issue de l'audience, par les cris répétés de vive le Roi des français. Je suis heureux, Monsieur le Ministre, d'avoir à vous transmettre l'assurance que jamais grâce n'a été, dans ce pays ni mieux appliquée ni mieux sentie ». Gouverneur au Ministre, 28 juillet 1841, Archives d'Aix, *ibid*.

⁵³ C'est ce qu'on relève dans le rapport du chef du service judiciaire Larcher ainsi rédigé : « Je n'avais point eu à vous offrir, au mois de novembre dernier, l'occasion d'en faire usage en faveur d'aucun des condamnés qui subissent leurs peines dans les prisons de la colonie ; mais aujourd'hui que les laptots de Saint-Louis, conduits par leurs chefs, viennent par une démarche qui honore leurs sentiments de solliciter votre

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

Ces mesures de grâce émanant des autorités politiques étant jugées parfois trop indulgentes, entraînèrent la réaction du chef du service judiciaire lui-même. C'est ainsi que dans l'année 1842, une proposition de grâce fut refusée à des condamnés subissant leurs peines dans les prisons de la colonie. Il en était ainsi des nommés : 1°) Bogue-Foul, condamné le 19 août 1841, à cinq ans de prison pour vol, en état de récidive ; 2°) Thiecouta, condamnée le 11 novembre 1841, à deux ans de prison pour avoir porté un coup de marteau à un nègre ; 3°) Siraba, condamnée à trois ans de prison le 26 août 1841, ainsi que Lamine, pour vol et complicité ; 4°) MantalaA, dont la conduite n'était pas entièrement irréprochable⁵⁴.

On voit par là que les autorités judiciaires avaient généralement pour souci, de tenir compte de la condition des captifs qu'elles voulurent adoucir, s'ils ne présentaient pas un trop grand danger pour les populations. Autre difficulté non moins importante était l'interprétation que ces juges devaient donner du délit de traite.

B - Les controverses relatives à la répression de la traite

Le décret du 27 avril 1848 avait aboli l'esclavage dans les colonies françaises. Malgré tout, des doutes s'étaient élevés quant à son application. Nous étudierons les difficultés de mise en œuvre de la loi de 1831 sur la traite (1) avant d'en venir à la question de l'application des dispositions de l'article 341 du code pénal (2).

1 - Les difficultés d'interprétation de la loi du 4 mars 1831

Une question ardue s'était posée pour les juridictions pénales de l'époque, dans l'affaire Gora-Gasconi. S'agissait-il d'appliquer aux coupables d'achat et de recel d'une captive noire, les dispositions de

intérêt pour le nègre Bakar Sar ; je pense qu'il est temps encore de l'accueillir bien que l'époque assignée pour la présentation des recours en grâce soit écoulée depuis trois mois ; les bonnes œuvres ne se prescrivent pas ». Chef du service judiciaire à gouverneur, 17 février 1841, Archives d'Aix, *ibid*.

⁵⁴ Ce refus de grâce était dû en raison de la dangerosité de plusieurs condamnés subissant leurs peines dans les prisons de la colonie. En effet, le chef du service judiciaire avait éclairé le conseil d'appel sur la conduite de ces condamnés qui avaient été éliminés de plein droit, « à cause de leur conduite incorrigible, de leurs évasions réitérées, de leur paresse et de leur insubordination ». Malgré le fait que « les nommés Bogue-Foul, Thiecouta, Sibara (femme), Lamine et Mantala ont tenu une conduite bonne ou passable... Mr le chef du service judiciaire avait cru devoir proposer à M. le Gouverneur ainsi qu'à son conseil, de décider que, pour cette année, il n'y a pas lieu de solliciter la clémence royale en faveur des condamnés détenus dans les prisons de Saint-Louis ».

l'article 9 de la loi du 4 mars 1831, ou alors l'article 8 du décret du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage ? Le défenseur de Gasconu était plutôt favorable à la législation de 1848 et il demandait pour son client, l'indulgence de la Cour. Ce que la juridiction, sous la présidence du juge Darragrand, avait suivi en prononçant l'acquittement des accusés et en ordonnant qu'ils soient mis en liberté sur le champ, s'ils n'étaient retenus pour autre cause.

Le procureur de la République de Saint-Louis, Fernand DELORES, s'était étonné d'une telle indulgence des juges de la Cour d'assises : « Il me semble, écrivait-il, que pour être allée jusqu'à déclarer comme n'existant pas, des faits prouvés jusqu'à l'évidence, par l'instruction et les débats, établis catégoriquement par les affirmations de nombreux témoins, mais, surtout, avoués et reconnus constants par les accusés eux-mêmes, il faut (et c'est une supposition bien difficile à faire) que la majorité des membres de la cour, n'ait pas compris le mandat dont elle était investie ; ou bien, et c'est avec le plus grand regret que nous osons le dire, il faut que cette majorité se soit rendue à l'audience avec des idées préconçues, avec un système de parti pris ».

Dans cette affaire, le procureur avait raison de s'offusquer de la décision de la cour parce ce que les questions posées aux juges et aux assesseurs l'étaient de manière très simple :

1°) l'accusé Gora, est-il coupable le 21 mars 1875, à Saint-Louis, sciemment acheté, la noire Kounady, introduite dans la colonie pour y être vendue, et d'avoir, la nuit suivante, remis la dite Kounady au nommé Gasconi, avec mission de la vendre au prix minimum de 400 francs ?...

2°) l'accusé Gasconi, est-il coupable d'avoir sciemment recelé, après qu'elle eût été achetée par Gora, la jeune Kounady, introduite dans la colonie pour y être vendue, (en la conduisant nuitamment de Saint-Louis à Gandiole, et en la retenant plusieurs jours dans cette dernière localité, pour tâcher de l'y revendre ?...

A la suite de ces deux questions, les membres de la Cour devaient, sans avoir à se préoccuper ni de la législation à appliquer, ni des peines à infliger, confirmer purement et simplement, par une déclaration affirmative, les dires des témoins et les aveux des accusés⁵⁵.

⁵⁵ Et le procureur de la République d'afficher son désaccord par ces termes : « Sous l'empire de je ne sais quelles considérations, ils ont préféré résoudre négativement les questions qui leur étaient soumises. C'est pour eux une question de conscience, question que je n'ai pas le droit de scruter, ni de juger. Toutefois, j'ai cru qu'il était de mon devoir, de vous signaler la manière dont ceux des membres de la cour d'assises, qui par leur vote négatif ont déterminé l'acquittement des accusés, ont compris et rempli la mission qui leur était dévolue. J'ajoute, qu'à mon sens, la décision du 28 avril dernier, est regrettable à tous les points de vue, et qu'elle est de nature à affaiblir dans l'esprit de la population indigène, l'autorité de la Justice, et le respect dû aux

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

Dans la même année, une nouvelle infraction à la loi du 4 mars 1831 fut encore commise. Il s'agissait de l'affaire Samba Touté, citoyen de Saint-Louis, prévenu d'avoir acheté dans cette ville, depuis moins d'un an, une captive noire nommée Diamo Thiam pour le prix de 75 francs d'un nommé Abdou Niang ; ce dernier l'avait eue lui-même d'un Toucouleur en échange d'un cheval : « Déjà vous vous rappelez, constatait le procureur de Saint-Louis, la cour a été saisie d'une affaire de cette nature, où le trafic illicite résultait de l'achat d'une esclave, immédiatement suivi de sa revente avec bénéfices ; un acquittement a eu lieu. J'ai tout lieu de croire, les questions qui furent alors soumises à l'assessorat spécial portant sur des faits d'achat et de revente reconnus et avoués par le prévenu lui-même, que cet acquittement n'est intervenu que parce que la loi visée du 4 mars 1831 a paru inapplicable dans l'espèce »⁵⁶.

Une seconde affaire Madiaw Joumpa Mbaye, posant toujours l'applicabilité de cette loi de 1831 revint à nouveau devant la Cour d'appel de Saint-Louis en 1876⁵⁷. Le procureur de la République tendait à l'application de l'article 9 de la loi du 4 mars 1831. La défense quant à elle, avait contesté la légalité dudit texte. En effet, selon elle : 1) cette loi, étant antérieure à l'abolition de l'esclavage datant de 1848, n'avait pu avoir en vue la vente et l'achat des captifs dans la colonie qui avait continué à être licites après la promulgation de ladite loi ; 2) la peine prononcée par le décret du 27 avril 1848, portant abolition complète de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises, contre les acheteurs ou vendeurs d'esclaves, était

lois », Aix-en-Provence, SEN. XIV, dossier n° 16, Rapport du procureur au ministre du 3 mai 1875, session extraordinaire d'assises du 28 avril 1875.

⁵⁶ « Je n'ose donc, affirmait-il, dans la crainte d'un nouvel échec pour les poursuites, renvoyer le prévenu Samba Touté devant la cour d'assises conformément à l'avis de Mr. le juge d'instruction sans vous avoir préalablement rappelé une situation qui n'est pas exempte d'embarras. La loi de 1831 est-elle applicable ? Le ministère public persiste-t-il dans l'interprétation qu'il en a faite dans la dépêche du 18 janvier 1864 ? Une réponse catégorique à ces questions me paraît de nature à assurer l'exercice régulier et constant de l'action publique en cette matière ; je vous serais reconnaissant, Monsieur le Chef du service judiciaire de vouloir bien la solliciter », Archives d'Aix-en-Provence, *ibid.*, procureur de la République de Saint-Louis, 3 août 1875. Signalons que nous n'avons pas retrouvé dans les archives les suites de l'affaire. La Cour d'assises s'était-elle enfin rangée aux vues du procureur ?

⁵⁷ Dans cette affaire, la Cour d'assises de Saint-Louis avait déclaré que l'accusé Madiaw Joumpa Mbaye était coupable d'avoir 1°) à Thiov-or, près de Gandiole (territoire français), sciemment acquis, soit par voie d'échange, soit par tout autre moyen, le jeune captif noir Malick Tine, introduit par le trafic dans la colonie ; 2°) à Saint-Louis, sciemment recelé, pendant un certain temps, le même captif, ainsi introduit ; 3°) à Matam (escale et poste français), sciemment vendu ledit captif, ainsi introduit.

seule applicable à l'accusé, qui n'avait fait qu'acheter et vendre un captif dans la colonie du Sénégal.

La Cour allait réfuter les arguments de la défense en condamnant finalement l'accusé : « Considérant, affirme-t-elle, que la loi de 1831, tout en laissant subsister l'esclavage a voulu en arrêter les progrès en interdisant le recrutement des captifs par le moyen de l'odieux trafic connu sous le nom de traite; que l'article 9 de cette loi punit le recel, la vente ou l'achat des noirs introduits par la traite dans une colonie⁵⁸; que, durant la période qui s'est écoulée entre la loi précitée et la loi du 27 avril 1848, l'achat et la vente de noirs n'étaient permis au Sénégal qu'à l'égard des captifs introduits dans cette colonie antérieurement à la loi »⁵⁹.

Selon toujours la Cour, il n'y avait pas lieu d'établir une distinction entre l'introduction des noirs effectués par navires et celle qui avait lieu par terre, entre la traite maritime et la traite intérieure. En outre, le législateur n'ayant pas défini le mot traite, il semblait naturel de lui maintenir le sens qu'il avait dans le langage ordinaire, où il signifiait simplement trafic, commerce⁶⁰.

En outre, la Cour affirmait que la loi du 4 mars 1831 était toujours en vigueur et si, de fait, elle était devenue sans application dans presque toutes les colonies françaises, il n'en était pas de même au Sénégal⁶¹. Même en admettant l'applicabilité de la loi du 27 avril 1848, l'article 8 de cet acte laissait en dehors de toute atteinte les délinquants étrangers fixés ou circulant (comme le faisait l'accusé) dans les établissements français, et il ne

⁵⁸ L'article 9 de la loi du 4 mars 1831 était ainsi conçu : « Quiconque aura sciemment recelé, vendu ou acheté un ou plusieurs noirs introduits par la traite dans une colonie depuis la promulgation de la présente loi, sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins à cinq ans au plus ».

⁵⁹ La Cour constatait que l'on retrouvait dans certains documents officiels, notamment dans l'arrêté du 5 mars 1840, article 10 (*Bulletin administratif du Sénégal*, volume 1^{er}, p. 550), la trace de mesures prescrites pour empêcher l'introduction des captifs nouveaux dans l'Ile de Saint-Louis.

⁶⁰ « Etant donnée l'hypothèse, soulignait la Cour, d'un convoi d'esclaves formé sur un point quelconque de la côte d'Afrique et transporté à Saint-Louis, moitié par caravane, moitié par mer, pour y être vendu, le bon sens répugne à admettre que l'acheteur d'un noir introduit à l'aide du premier moyen soit moins répréhensible que son voisin qui aura fait l'acquisition d'un individu du même convoi, arrivé sur un trois-mâts ou sur un cotre ».

⁶¹ En effet, comme le disait la Cour : « ... Des habitudes invétérées, dont les victimes subissent passivement l'influence, et la facilité de l'introduction des captifs forcent parfois de recourir à des dispositions répressives sans lesquelles un trafic définitivement condamné par la civilisation moderne pourrait être impunément exercé dans les possessions françaises sur la côte occidentale d'Afrique ».

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

permettait de frapper que d'une manière presque toujours illusoire les infracteurs jouissant de la qualité de citoyens français⁶².

C'était par ces motifs, sans s'arrêter aux conclusions du défenseur de Madiaw Joumpa Mbaye déclarées nulles et faisant droit aux réquisitions du ministère public, que la Cour considéra que le fait dont le sus-nommé s'était rendu coupable, constituait le délit prévu et réprimé par l'article 9 de la loi du 4 mars 1831. Elle condamna donc le prévenu à trois ans d'emprisonnement et déclara libre, en tant que de besoin, l'ancien captif Malick Tine ; ordonna qu'acte authentique de sa libération, sera dressé et transcrit sur un registre du greffe, et qu'il en sera remis à l'intéressé expédition en forme, sans frais⁶³.

Une autre affaire permit encore l'application de la loi de 1831. Il s'agissait de l'affaire Ndiack Ndiaye contre Marabat Gueye, jugée par la Cour d'assises de Saint-Louis en 1878. Le premier cité était l'un des cultivateurs les plus aisés du pays⁶⁴. Après avoir longtemps vécu en bonne intelligence avec Marabat Gueye, chef du village de Guet N'dar (faubourg de Saint-Louis), il s'était brouillé avec lui⁶⁵. Les choses en étaient arrivées à tel point, que le 10 juillet 1877, ayant eu une violente dispute, les deux protagonistes se rendirent sur le bord de la mer pour vider leur querelle à coups de poing.

De cette altercation, Marabat sortit légèrement blessé et porta plainte contre Ndiack. Il en profita pour le dénoncer comme possédant à Bajoum (petit village voisin de N'diogo) un certain nombre de captifs. Dans une

⁶² L'article 8 de la loi du 27 avril 1848 concernait spécialement les Français qui possédaient, achetaient ou vendaient des esclaves dans un pays étranger où l'esclavage existait encore ; cet acte punissait de la perte de la qualité de citoyen français ceux qui enfreindraient ses prescriptions et accordait un délai de trois ans pour s'y conformer. L'article 1^{er} quant à lui, disposait que la mesure recevra son entière exécution deux mois après la promulgation du décret rendant toute vente de personnes non libres absolument interdite.

⁶³ La Cour ordonna encore l'insertion par extrait du présent arrêt dans le *Moniteur* et dans le *Bulletin officiel* de la colonie ; le tout conformément aux articles 10 et 17 de la loi du 4 mars 1831. Cour d'appel du Sénégal, affaire Madiaw Joumpa Mbaye, audience du 16 décembre 1876, archives d'Aix-en-Provence, Sénégal VIII, dossier 23 D.

⁶⁴ Cette affaire révéla de manière incidente un grand scandale concernant la condition des esclaves au Sénégal.

⁶⁵ Les causes de cette brouille étaient relatés ainsi dans le rapport du président de la Cour d'assises de Saint-Louis : « N'Diack n'avait pu se défendre d'un sentiment de jalousie en voyant son camarade d'enfance devenir chef de village en 1876. De son côté, Marabat ne voyait pas sans envie son ancien ami N'Diack améliorer graduellement sa position par un labeur opiniâtre et accroître chaque jour son influence à Guet-N'dar », Rapport du président de la Cour d'assises Darrigrand au gouverneur, 19 novembre 1878, Archives d'Aix, Sénégal XIV, dossier 15 C.

information sommaire faite au parquet par le procureur de la République, Ndiack reconnu l'exactitude de l'imputation, mais il déclara à son tour, que Marabat lui avait lui-même vendu trois captifs, quatre ou cinq ans auparavant⁶⁶.

L'interrogatoire de Ndiack avait permis de montrer qu'il possédait sur sa propriété quinze captifs des deux sexes, achetés à bas prix (deux cents francs en moyenne), sans compter un enfant de deux ans, nés postérieurement à la venue de sa mère à Bajoum. L'un de ces captifs, Barka Sanjare, avait été acheté dans le fleuve pour un quart de sel, valant environ trois francs à Saint-Louis⁶⁷. L'accusé avait été condamné à six mois d'emprisonnement par application de l'article 9, paragraphe 1 de la loi du 4 mars 1831.

S'agissant toujours des difficultés d'application de cette loi, on peut encore citer l'affaire Thiéyacine Diop et autres dans une question de traite. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son audience du 5 janvier 1905, rejeta le pourvoi formé par le procureur général ; elle déclara qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre les inculpés, à raison des faits de traite poursuivis par application de la loi du 4 mars 1831⁶⁸.

Un incident judiciaire mérite encore d'être signalé en 1904. Il s'agissait de trois Sénégalais, nommés Massamba Diop, Methabene Diop et Aly Matar Ndiaye, arrêtés et écroués à la prison de Saint-Louis, sous l'inculpation d'avoir « acheté ou vendu plusieurs captifs arrivés par caravane des régions limitrophes de la colonie ».

L'enquête du juge d'instruction saisi de l'affaire ayant permis d'établir nettement la culpabilité des trois indigènes, leur dossier fut transmis à la Chambre des mises en accusation. Cette dernière rendit une ordonnance de non-lieu en faveur des inculpés, parce ce qu'elle ne se croyait pas autorisée à élargir le sens de la loi de 1831, qui ne visait en effet que la traite par mer. La chambre ne pouvait davantage faire application de la loi ou décret du 27 août 1848, laquelle interdisait la possession des esclaves sous peine de perdre la qualité de Français.

Il ressortait donc de cet arrêt que les seules dispositions législatives anti-esclavagistes, contenues dans le code français, étaient impuissantes à réprimer la traite par terre, par caravanes, qui était la plus pratiquée au

⁶⁶ Le fait paraissait exact, mais il n'avait pas fait l'objet de poursuites, la prescription étant depuis longtemps acquise.

⁶⁷ Le président de la Cour d'assises utilisa l'expression : « historique succinct du troupeau humain qui était parqué sur l'établissement de culture de N'Diack ».

⁶⁸ A ce propos, le procureur général adressait ces mots au gouverneur : « Je n'ai pas d'autres détails sur l'arrêt de la Cour suprême, dont je n'ai jusqu'à présent connaissance que par une mention sommaire dans la *Gazette des tribunaux* ». ANS, M 16, Justice européenne, Cour de cassation (1903-1910), Correspondance Procureur général Cnapelynck au Gouverneur, Saint-Louis, 27 janvier 1905.

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

Sénégal. Le procureur général n'accepta pas cette interprétation de la loi et il adressa en juin 1904, un pourvoi à la Cour de cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour de Saint-Louis. La chambre criminelle de la Cour de cassation, après avoir largement étudié le cas qui lui était soumis, rendit le 6 avril 1905 l'arrêt suivant :

« Sur le moyen pris de la violation par refus d'application de l'article 9 de la loi du 4 mars 1831 ; Attendu que l'une des conditions essentielles pour que ledit article soit applicable est que le noir ait été introduit dans la colonie par la voie de la traite ; Que l'ensemble de la législation antérieure sur la répression de la traite des noirs et des dispositions même des articles 1, 2, 3, 4, 5, 14, 17, de la loi du 4 mars 1831, il résulte que cette loi n'a pas entendu réprimer que les expéditions par navires organisées pour le trafic des noirs arrachés à leur pays et transportés au loin et punir ceux qui introduisent ces nègres dans les colonies françaises, achètent et revendent ces esclaves qu'ils savent être le produit récent de ces expéditions maritimes ;

« Attendu qu'il est constaté en fait par l'arrêt attaqué que les noirs qui ont donné lieu aux transactions incriminées n'ont point été introduits dans la colonie par la voie de la traite maritime et que, par suite, il n'y a lieu à suivre contre les inculpés, en vertu de l'article 9 de la loi du 4 mars 1831 ; Qu'en décidant que les faits ainsi relevés ne pouvaient, par le motif qu'il a donné, permettre l'application dudit article, l'arrêt attaqué, loin de violer ce texte de loi, en a fait une saine et exacte interprétation. Rejette le pourvoi du procureur général, etc. ».

En 1904 toujours, l'affaire Prom posa encore la question de l'inapplicabilité de la loi de 1831. En effet, par ordonnance du 5 juillet 1904, le juge d'instruction de Saint-Louis avait renvoyé les nommés Amadou Fall, Assa Koyo et Victor Prom devant la chambre des mises en accusation à raison des charges et présomptions de culpabilité existant contre eux, d'avoir en juillet 1903, en tout cas depuis moins d'un an, recelé, vendu ou acheté à Podor et à Saint-Louis un ou plusieurs noirs introduits par la traite dans la colonie.

Les réquisitoires du procureur général en date du 24 août 1904 portaient sur le fait qu'il résultait des pièces de l'information et qui n'étaient pas contestées par les inculpés, que Prom avait, dans les circonstances de temps et de lieu, acheté à un Maure, demeuré inconnu, la nommée Oumoune Barka, jeune fille noire, introduite par la traite dans la colonie, pour le compte des conjoints Amadou Fall et Assa Koyo qui l'avaient chargé de cet achat. Ces derniers avaient sciemment recelé dans leur habitation la dite mineure et Oumar Ly l'avait conduite de Podor à Saint-Louis et l'avait remise à Amadou Fall.

Cependant, contre ce dernier, le ministère public requérait un non-lieu parce que « les faits relevés contre lui ne réunissant pas les éléments légaux

nécessaires pour qu'il puisse être considéré comme complice des infractions ci-dessus spécifiés »⁶⁹. Face à cette attitude de la plus haute juridiction, il n'y aura que les dispositions très claires du code pénal pour sévir contre les personnes coupables de ce genre de trafic d'êtres humains.

2 - Les difficultés d'application des dispositions de l'article 341 du code pénal

L'article 341 du code pénal disposait : « Seront punis de la peine des travaux forcés à temps, ceux qui, sans ordre des autorités constituées, et hors les cas où la loi ordonne de saisir des prévenus, auront arrêté, détenu ou séquestré des personnes quelconques. Quiconque aura prêté un lieu pour exécuter la détention ou séquestration subira la même peine »⁷⁰.

Ce sera à l'occasion du pourvoi en cassation des nommés Saïdo, Samba Seye et Demba Seye, que l'application de cet article allait poser quelques divergences d'appréciation par les plus hautes autorités judiciaires de l'époque. En effet, pour le premier cité, il s'agissait d'un habitant du WWalo, se disant fils du *Brack* (Roi), prévenu d'avoir successivement enlevé de Babagnié deux négresses vendues ensuite comme esclaves ; acquitté sur un chef, il a été condamné pour l'autre à vingt ans de travaux forcés, par application de l'article 341 du code pénal. Les deux autres étaient prévenus d'avoir, au moyen de manœuvres frauduleuses, fait sortir un jeune noir du territoire français et de l'avoir vendu et livré à un maure qui l'a retenu plus de dix jours en esclavage; ils furent condamnés chacun, à quinze ans de travaux forcés en application toujours du même article⁷¹.

⁶⁹ ANS, M76, Ministère public / Amadou Fall, Assa Koyo, Victor Prom, Oumar Ly, Chambre des mises en accusation, Audience du 27 août 1904. Ce jugement avait été signé par Barzilay, président p.i. de la Cour.

⁷⁰ On trouvait cet article dans la section V du code pénal français relatif aux arrestations illégales et séquestrations de personnes. Cf. G.-J. BOUVENET et P. HUTIN, *op. cit.* 1955, p. 58. Ce code pénal comportait toutes les modifications postérieures à 1877.

⁷¹ Ces affaires avaient été relatées dans un compte rendu de la dernière session de la Cour d'assises du Sénégal, qui s'était déroulée du 14 au 26 août 1854. Onze affaires avaient été soumises à la Cour par le ministère public à savoir : 1°) Fistel, noir, de vol, étant homme de service à gages ; il a été condamné à deux ans de prison ; 2°) Anna Simon, femme Rivalin, mulâtresse, d'avoir fait enlever de Saint-Louis en 1848, une négresse libre ; elle a été acquittée ; Mercure et Alain, noirs, sous la même prévention, également acquittés ; 4°) Saïdo ; 5°) Samba Seye et Demba Seye ; 6°) Gnagna Ndoye, négresse, de vol qualifié ; condamnée à deux ans de prison ; 7°) Jean Pierre, noir, vol qualifié ; condamné à cinq ans de réclusion ; 8°) Daro Daly Gueye, de trafic d'esclaves, en pays étranger (en fuite) ; la procédure de contumace se poursuit ; 9°) Biraïma, noir, de vente d'un homme libre ; condamné à cinq ans de

Répression de l'esclavage au Sénégal par le juge colonial

Selon le gouverneur de Saint-Louis, la question soulevée par ces pourvois était grave au point de vue de la sécurité des habitants de la colonie du Sénégal. Ainsi, il s'agissait de savoir si le fait d'enlever du territoire français, une personne, la conduire à l'étranger où elle sera réduite en esclavage, constituait le crime ou le délit prévu et puni par l'article 341 du code pénal.

Carrère, procureur général impérial, n'avait jamais hésité à soutenir l'affirmative ; il avait, à plusieurs reprises, fait prévaloir son opinion devant les diverses juridictions de la colonie. La Cour d'assises était elle-même favorable aux vues du ministère public et l'élévation des peines, montrait qu'elle avait entendu donner « satisfaction à un besoin de sécurité qui se manifestait avec énergie »⁷².

Par la suite, d'autres dispositions complèteront l'arsenal juridique ; c'est d'abord le décret du 19 novembre 1947 complétant l'article 341 du code pénal en punissant également de la même peine ceux qui auront conclu une convention ayant pour objet d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la liberté d'une tierce personne. En outre, la confiscation de l'argent, des objets ou valeurs reçus en exécution de ladite convention sera toujours prononcée et le maximum de la peine toujours prononcé si la personne faisant l'objet de la convention est âgée de moins de quinze ans.

En outre, quiconque aura mis ou reçu une personne en gage, quel qu'en soit le motif, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 2 400 à 24 000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. La peine d'emprisonnement pourra être portée à cinq ans si la personne mise ou reçue en gage est âgée de moins de quinze ans ; les coupables pourront, en

travaux forcés conformément à l'article 341 du code pénal ; 10°) Macagny, noir, de viol ; 11°) Demba, noir, de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner. L'indisposition d'un défenseur avait forcé de renvoyer ces deux dernières affaires à une session ultérieure. Deux pourvois avaient été formés contre l'arrêt qui les avait frappés par Saïdo, Demba Seye et Samba Seye. Pour l'étude de ces affaires, Cf., Archives d'Aix, Sénégal VIII 6 bis, 7 (Pourvois en cassation : 1832-1854), Correspondance Gouverneur au Ministre, Saint-Louis, 27 septembre 1854.

⁷² A ce propos, le gouverneur général Verand concluait ainsi : « Si la Cour de Cassation venait à déclarer que l'article 341 du code pénal n'était pas applicable aux faits relevés contre les accusés, je prierais Votre Excellence de vouloir bien porter son attention sur la lacune qui se manifesterait dans la loi pénale, du moins en ce qui concerne cette colonie; les attentats à la liberté sont ici d'une exécution tellement facile qu'il y aurait un péril véritable pour la sûreté publique, si le législateur n'intervenait pour réprimer énergiquement des faits aussi odieux ». Gouverneur général au Ministre, Archives d'Aix, *ibid.* Nous n'avons pas retrouvé dans les archives la réponse du ministre aux sollicitations du gouverneur.

outré, dans tous les cas, être privés des droits mentionnés à l'article 42 du présent code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

L'article 342 prévoit aussi que si la détention ou séquestration a duré plus d'un mois, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité. Pour l'article 343, la peine sera réduite à l'emprisonnement de deux ans à cinq ans, si les coupables des délits mentionnés en l'article 341, non encore poursuivis de fait, avaient rendu la liberté à la personne arrêtée, séquestrée ou détenue, avant le dixième jour accompli, depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration. Ils pourront néanmoins être renvoyés sous la surveillance de la haute police, depuis cinq ans jusqu'à dix ans.

Enfin, l'article 344 disposait : « Dans chacun des deux cas suivants : 1°) si l'arrestation a été exécutée avec le faux costume, sous un faux nom, ou sous un faux ordre de l'autorité publique ; 2°) si l'individu arrêté, détenu ou séquestré, a été menacé de la mort, les coupables seront punis des travaux forcés à perpétuité. Mais la peine sera celle de la mort, si les personnes arrêtées, détenues ou séquestrées, ont été soumises à des tortures corporelles ».

Pour éradiquer définitivement la question de la traite, un arrêt de principe du tribunal de Saint-Louis en date du 14 novembre 1905, stipulait que : « ...tout indigène a sa liberté garantie par les pouvoirs publics. En conséquence, tous les indigènes de nos colonies sont libres et égaux, et un tribunal reconnaissant à un titre quelconque, le droit de propriété sur une catégorie de serviteurs, commet une violation expresse de la loi... »⁷³.

Malgré tout, aujourd'hui la question de la répression du délit d'esclavage, reste encore une des préoccupations majeure de l'humanité quand on sait que, des pays comme la Mauritanie, continuent de bafouer l'interdiction de cette pratique inhumaine refusant ainsi de respecter la déclaration universelle des droits de l'homme.

⁷³ Affaire Boubou SIDIBE et FISSA, Jugement cité par M. NGAÏDE, L'unité nationale dans l'évolution politique et constitutionnelle de la Mauritanie (1960 - 1978), Mémoire de DEA en Droit public, Faculté des Sciences Juridiques et Economiques de Dakar, avril 1989, pp. 22-23.

PROLEGOMENES POUR UNE EPISTEMOLOGIE DU DROIT EN AFRIQUE

par Aboudramane Ouattara,
agrégé des Facultés de droit, Université de Cocody-Abidjan (Côte
d'Ivoire), chercheur associé au Centre de droit économique (Aix-
Marseille) et à la chaire en droit de la sécurité et des affaires
électroniques (Montréal), expert-arbitre CCJA, avocat

« Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,
Et les mots pour le dire arrivent aisément »
Nicolas Boileau, *De L'Art poétique* (1674), *Chant I*

Dire le droit en Afrique énonce une thématique qui ne saurait laisser indifférent. En effet, ce continent n'a-t-il pas été, particulièrement en cette dernière décennie, le théâtre de soubresauts politiques, voire de véritables *tsunamis* sociaux ? Hélas, les juristes ont été, bien souvent, mis en première ligne dans l'énumération des causes génératrices de ces fléaux. Les récents événements pré et post électoraux survenus au Sénégal et en Côte d'Ivoire en témoignent éloquemment. Une telle perception pourrait sembler excessive, à bien des égards. Mais certainement, de manière sous-jacente, la fronde collective contre les juristes couve une crise du droit, typiquement une *crise du dire le droit* en Afrique.

Le droit est à la société ce que le souffle est à la vie¹. Aussi longtemps que Robinson Crusoë vit en solitaire sur son île, il n'a que faire du droit. Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'un vivre collectif, d'une cellule sociale, un minimum de régence s'impose. Le droit aurait, donc, une triple fonction à remplir : fonction d'organisation, fonction de stabilité, fonction de régulation sociale. Cependant, tant que le droit n'est pas mis en mouvement, il est comme en sommeil, à l'état de virtualité. Ainsi, à l'instar de la lave du volcan en ébullition qui lui donne vie, c'est la mise en mouvement du droit qui le sort de sa torpeur et lui permet d'imprégner, de manière concrète, le

¹ Aussi longtemps que l'on puisse remonter dans l'étude des sociétés primitives, à l'existence de sociétés primitives, il existe un droit. Au demeurant, si l'on remonte aux origines du fait religieux, n'est-ce pas la violation du droit qui bannirent Adam et Eve du Paradis céleste et les confinèrent à vivre l'existence misérable de la terre ? Cf. *La Bible, Genèse*, chap. III.

quotidien des citoyens. Seulement, du magma bouillonnant du droit, s'il peut en sortir du bon, il s'en extrait aussi, trop souvent hélas, du moins bon.

Dire le droit, c'est également exercer la *juridictio* ou, mettre en œuvre le *juris dictum* en tant que *pouvoir*, mais aussi en tant que *devoir* de rendre la justice par application du droit, donc en disant le droit. Cette perception se réfère avant tout à la fonction contentieuse dévolue généralement aux juridictions étatiques. Toutefois, il n'est pas erroné d'avancer qu'elle couvre aussi les missions de judicature des organes non étatiques. On convoquerait ici, volontiers, tous les modes subsidiaires de règlement des litiges, notamment l'arbitrage, la médiation, la conciliation, les bons offices...

Par ailleurs, loin de se confiner et de s'épuiser dans la seule sphère du règlement litigieux, la *juridictio* engloberait aussi l'activité non contentieuse de tous les organes chargés de dire le droit : la fonction gracieuse² de ces « juridictions » en constitue un exemple prégnant. Outre les missions des autorités publiques³ ou privés⁴, pourrait par ailleurs assimiler à la *juridictio* les activités des organes de production par excellence de la *soft law* et, plus généralement, celles de la pratique (avocats, notaires, huissiers...).

Cependant, il apparaît que le point d'ancrage de toutes ces manifestations de la *juridictio* est la mise en mouvement, en principe, des moyens spécifiques qui président à l'agencement et à la réalisation du droit (procédés ou opérations intellectuels, techniques de raisonnement, présomption, fiction, assimilation, qualification...). Dire le droit serait alors, sommes toutes, rendre la justice ou, plus simplement, faire œuvre de justice.

De façon fâcheuse, sur le continent africain, dire le droit rime, à tort ou à raison, avec un sentiment d'injustice, lit du désordre. De ce point de vue, la formule bien à propos d'un auteur⁵ spécialiste de l'épistémologie des probabilités et mathématicien financier sonne comme une boutade. Selon son affirmation, « le mathématicien part d'un problème et propose une solution ; le consultant [juriste] commence par proposer une solution, puis crée le problème ». L'on aboutit alors à un paradoxe singulier : dire le droit en

² La fonction gracieuse consiste pour le juge, à statuer (en général par voie d'*ordonnance*) sur la demande d'une partie présentée en la forme d'une requête et sans qu'aucune autre partie soit appelée pour y contredire éventuellement.

³ Les juges, les organismes publics disciplinaires ou consultatifs les autorités de concurrence...

⁴ On réfère ici à des organisations comme la Chambre de commerce internationale (CCI), les cours privées d'arbitrages, de médiation et de conciliation.

⁵ Nassim Nicholas TALEB est un écrivain libano-américain, philosophe, spécialiste de l'épistémologie des probabilités et mathématicien financier et professeur de l'ingénierie du risque à l'Institut polytechnique de la New York University. Une biographie sommaire de l'auteur est consultable à l'adresse : http://fr.wikipedia.org/wiki/Nassim_Nicholas_Taleb.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

Afrique crée, bien souvent, une perception de non-droit ou, à tout le moins, de mal-droit : *justicia mala dictum (dicta)*, *justicia denegata*⁶ (justice mal rendue, justice déniée).

De nombreuses contributions et *fora* ont été consacrées à la crise du dire le droit en Afrique. Une constatation s'impose, toutefois : l'approche jusqu'alors adoptée insistait sur une perception sociologique des raisons apparentes du phénomène, sur les causes exogènes, c'est-à-dire les facteurs ostensibles.

Qu'il soit permis, alors, d'imaginer un monde dépouillé de toute corruption judiciaire, du trafic d'influence, de la concussion, des contraintes, des instructions douteuses, des injonctions et autres interventions discutables des pouvoirs publics dans l'œuvre des acteurs de la *juridictio*, de l'engorgement des organismes chargés de rendre la justice. La crise du dire le droit en serait-elle, pour autant, résolue ? Il est permis d'en douter fortement. D'où la proposition d'une autre perception de la difficulté du dire le droit, en saisissant, en amont, le droit en lui-même, comme objet d'analyse, c'est-à-dire, tel qu'il se décline dans ses manifestations. Cet écueil peut être surmonté, si l'on adopte une perspective épistémologique du droit en Afrique.

Dans la perception de la tradition philosophique francophone, l'épistémologie serait une discipline de la philosophie des sciences. Selon une acception, elle serait la « branche de la philosophie des sciences qui étudie de manière critique la méthode scientifique, les formes logiques et modes d'inférence utilisés en science, de même que les principes, concepts fondamentaux, théories et résultats des diverses sciences, et ce, afin de déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée objective⁷ ». Une

⁶ Dans l'absolu, cette défiance sociale liée au sentiment de non droit ou de mal droit n'est pas spécifique à l'Afrique ; en atteste l'épisode de l'affaire *Perruche* en France, du jugement du TGI de Cologne relatif à la circoncision, et de la peine de 162 ans de prison infligée dans l'Etat américain de Floride au jeune Quartavious Davis, alors même qu'il s'agissait de sa première condamnation (<http://news.yahoo.com/insight-florida-man-sees-cruel-face-u-justice-050157061.html>; http://www.lexpress.fr/actualite/monde/amerique/etats-unis-162-ans-de-prison-pour-son-premier-delit_1134734.html#xtor=AL-447) ou encore de ce jeune sauveteur licencié pour avoir osé porter secours, hors de sa zone de surveillance, à un nageur en détresse (Tomas Lopez, âgé de 21 ans, est un sauveteur d'une plage de Floride aux Etats-Unis. Ce dernier a été licencié pour avoir sauvé un homme de la noyade hors de la portion de plage surveillée. Son employeur a jugé cet acte comme un manque de responsabilité (consultable à l'adresse : http://www.gentside.com/insolite/licencie-pour-avoir-sauve-une-vie_art42409.html).

⁷ Robert NADEAU, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, coll. Premier Cycle, 1999, p. 209.

autre conception l'appréhende « en première approximation, comme l'étude de la constitution des connaissances valables⁸ ». En regard de ces définitions, l'on peut retenir que l'épistémologie se donne comme la science des savoirs, de l'approfondissement des connaissances⁹. Plus largement, elle serait un système savant, une doctrine de méthodes ou procédés de perception, de compréhension et de représentation des savoirs¹⁰.

L'épistémologie juridique serait alors « l'étude de la formation et du développement du savoir juridique¹¹ ». Plus concrètement, elle s'éprouverait dans le procédé analytique des « modalités selon lesquelles les assertions portant sur le droit sont fondées et produites¹² ». Adopter l'approche épistémologique du droit, c'est faire le départ entre le droit et le savoir juridique. Cette démarche permettrait de mieux saisir les manifestations du premier, de les analyser et, au besoin, d'y apporter les aménagements nécessaires.

La problématique du sujet pourrait alors s'orienter dans une vision transversale des modalités par lesquelles devrait être envisagé le droit ou, à tout le moins, tel qu'il devrait être dit en Afrique. Formulé autrement : comment pourrait-on, dans l'idéal, dire le droit en Afrique sans risquer le chaos ? Le secours d'une épistémologie du droit en Afrique pourrait s'avérer une panacée idoine. Cependant, cette lecture continentale du droit sous le prisme de l'épistémologie présuppose l'énoncé de postulats de travail. La démarche, qui expose à la critique de quelque arbitraire, n'en demeure pas moins objective dans l'option du procédé. En effet, à l'instar de toute

⁸ Jean PIAGET, *Logique et connaissance scientifique*, Encyclopédie de la Pléiade, éd. Gallimard, 1967. Selon Jean-Louis LE MOIGNE (in *Les épistémologies constructivistes*, 3^e éd., Paris, PUF, 2007, coll. « Que sais-je ? », l'approche définitionnelle retenue par J. Piaget permet d'aborder les trois questions fondatrices de l'épistémologie : 1- *Qu'est-ce que la connaissance ?* (c'est la question gnoséologique) ; 2- *Comment est-elle constituée ou engendrée ?* (c'est la question méthodologique) ; 3- *Comment apprécier sa valeur ou sa validité ?*

⁹ L'épistémologie est loin d'être qu'une abstraction, une simple démarche intellectuelle insaisissable pour le commun des mortels. L'exemple suivant permet de l'illustrer : un juriste s'interroge-t-il sur l'opportunité d'une nouvelle invention, l'utilité de ses applications au quotidien, sa compatibilité au plan éthique ? Il fait de l'épistémologie !

¹⁰ Cette définition ambitionne le rapprochement de la perception francophone d'avec la conception anglo-saxonne selon laquelle l'épistémologie, loin de se cantonner au seul domaine des sciences (sciences dites "dures" ou sciences sociales) serait, plus prosaïquement, la *doctrine* ou *théorie de la connaissance*. De ce fait, elle ne se cantonnerait pas à la seule connaissance scientifique.

¹¹ Cf. C. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM, 1993, 3^e éd., p. 33.

¹² Cf. C. ATIAS, *Epistémologie du droit*, éd. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1994, p. 4.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

hypothèse de travail, elle permet d'en vérifier les résultats. Ainsi se justifie l'esquisse de présupposés et leur confrontation à la réalité. Autrement dit, l'épistémologie du droit en Afrique sera menée au double plan de l'identification des raisons endogènes qui président au mal dire le droit, d'une part, et des méthodes envisageables pour surmonter cet écueil.

Deux grandes figures du droit contemporain pourraient servir de paradigme dans la démarche. On pourrait alors, dans une première articulation, emboucher le doux calumet du *Huron au Palais Royal*, du nom de cet article fameux du regretté Jean Rivero¹³. Certes, il ne s'agira guère d'esquisser des réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, mais de s'employer plutôt, avec la candeur nécessaire qui permet un certain détachement de l'objet d'étude, à l'exploration des raisons qui fondent le *mal dire le droit* en Afrique. En seconde articulation, en référant à la pensée analytique du doyen Jean Carbonnier¹⁴, l'on pourrait risquer un essai sur ce qui pourrait être le *bien dire le droit* en Afrique ou, à tout le moins, présider à cet objectif.

Deux perspectives seront alors mises en mouvement : aux postulats diagnostiques de la crise du dire le droit en Afrique (I), l'on opposera, comme pendant, les postulats prophylactiques (II).

I - Les postulats diagnostiques

Les propositions diagnostiques permettent de jeter les bases de la réflexion. Celle-ci peut être menée à partir de l'observation du phénomène juridique tel qu'il se déploie en Afrique. Ces hypothèses de travail se fondent sur deux constatations *a priori* : de première part, l'on assiste à une véritable ruée vers la production normative. En effet, les codifications *ad hoc* sont légion. Celles-ci sont entreprises plus souvent et bien davantage pour le simple plaisir de légiférer, mais aussi pour des motifs moins avouables¹⁵, que pour répondre à une impérieuse nécessité. A cela, il s'arrime un malaise dans la conduite de l'office des organes investis de la mission de *juridictio*. Il se révèle, en effet, que ces acteurs du droit, bien des fois, s'affranchissent trop aisément des termes ou limites fixées par la Loi¹⁶. Aussi, deux prémisses

¹³ J. RIVERO, « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, *chron.*, p. 37 et s.

¹⁴ Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., DEFRENOIS, 1995 ; *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris : LGDJ, 2001.

¹⁵ Par exemple, pour contenter ou attirer ponctuellement un électorat potentiel.

¹⁶ On retiendra, dans le cadre la présente, l'acception de la Loi en tant que désignant « toute norme ou système de normes d'ordre juridique ou extrajuridique », cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 8^e éd., *Quadrige/PUF*, 2007, p. 560, v^o Loi.

peuvent-elles être dégagées : l'une, médiate, tirée de l'inflation normative (A) et, l'autre, immédiate, tenant à la transgression judiciaire (B).

A - La prémisse médiate : l'inflation normative

Nul juriste attentif n'a pu se soustraire à l'observation de l'accroissement des foyers normatifs, laquelle se le dispute à la sécrétion quasi pathologique des règles juridiques. Cette expérimentation permet de dégager trois strates de l'inflation normative : au niveau moindre, le pluralisme juridique (1); au niveau médian, l'inflation législative (2) et, au niveau culminant, la surdétermination législative (3).

1 - Le niveau inférieur de l'inflation normative : le pluralisme juridique

Le pluralisme juridique apparaît comme l'une des composantes de l'inflation normative. Cette notion, mise en exergue, notamment par Santi Romano¹⁷, s'est imposée comme une réalité juridique universelle et incontournable. Dans une première appréhension, le pluralisme juridique serait « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques¹⁸ ».

Cependant, il a été objecté, avec raison, que cette perception définitionnelle mettait l'accent davantage sur l'appartenance à la cellule sociale que sur l'individu susceptible de se voir appliquer ces règles. Par ailleurs, elle ne stigmatisait pas suffisamment l'éventualité, pour le sujet, de subir non seulement le concours de règles juridiques typiquement internes à son environnement sociétal, mais, aussi, de se voir appliquer des normes extérieures au milieu social immédiat dans lequel il est localisé. C'est pour toutes ces raisons que l'on a pu, opportunément, en revisiter la définition : le pluralisme juridique serait alors la « situation, pour un individu, dans laquelle

¹⁷ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française par L. FRANÇOIS et P. GOTHOT de la 2^e éd. de l'*Ordinamento giuridico*, Paris, 1^{ère} éd., 1975, réédition 2002, av. propos de Ph. FRANCESKAKIS, préface P. MAYER ; v. aussi P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, Cours général (2003), RCADI, t. 327, 2007 ; P. PICONE, *Les Méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, Cours général, RCADI, t. 276, 1999.

¹⁸ Cf. G.-J. BELLEY in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, coll. « Droit et société », LGDJ, 2^e éd., 1993, v^o *Pluralisme juridique* ; N. ROULAND in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, coll. « Droit et société », LGDJ, 2^e éd., 1993, v^o *Pluralisme juridique en anthropologie juridique*.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancement différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation¹⁹ ».

En Afrique, plus qu'ailleurs, le pluralisme juridique est une réalité omniprésente et ce, quelle que soit la structure, unitaire ou fédérale, de l'Etat. Dans la plupart des pays ayant accédé à la souveraineté internationale, la coexistence de règles coutumières ou particulières et d'un *corpus* législatif était inévitable. L'on assiste alors à un conflit de règles, voire à une véritable concurrence normative entre les coutumes locales, d'une part, et entre lesdites coutumes et les règles du droit positif, d'autre part. Cette cohabitation normative rend difficile, à maints égards, la détermination de la loi applicable à une situation juridique.

Un autre facteur exacerbant du pluralisme juridique en Afrique est la continuité législative²⁰. Ce principe constitutionnel permet à l'Etat nouvellement indépendant de maintenir la législation en vigueur sous l'empire de la colonisation²¹ et de se l'approprier entièrement, sauf à le modifier ou à l'abroger par des textes ultérieurs. Trois raisons essentielles pourraient justifier cet héritage législatif. En premier lieu, il s'agissait d'éviter une discontinuité normative trop brutale avec les pratiques juridiques déjà en vigueur. En second lieu, les pouvoirs publics des nouveaux Etats n'étaient pas encore suffisamment outillés à la légistique ; en légiférant systématiquement, il y avait, en conséquence, un risque d'instabilité du nouvel l'Etat à bouleverser totalement l'arsenal juridique existant. En

¹⁹ Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », in *Revue de la Recherche juridique, droit prospectif (RRJ)*, 1993, n° 2, p. 573 & s. Sur le pluralisme juridique en Afrique, v. Bachir I. TALFI, « Quel droit applicable à la famille au Niger ? Le pluralisme juridique en question », in *The Danish Institute for Human Rights, Research Partnership*, n° 4/2008. Cette contribution est aussi consultable en ligne : http://www.humanrights.dk/files/doc/forskning/Research%20partnership%20programme%20publications/B.T._Idrissa.pdf.

²⁰ La continuité législative consiste, pour le nouvel Etat indépendant, à maintenir l'application dans son for de la législation coloniale jusqu'alors en vigueur. Celle-ci sera modifiée ou complétée progressivement, au fur et à mesure de l'évolution du nouvel Etat.

²¹ La législation métropolitaine était transposée dans les colonies selon deux modalités : soit le *régime législatif d'application de plein droit ordinaire* : dans cette configuration, tous les actes juridiques adoptés par la métropole s'applique automatiquement aux colonies. Toutefois, ce procédé n'exclut pas d'éventuelles adaptations, compte tenu des spécificités de chaque territoire colonial ; soit le *régime de la spécialité législative* : les normes juridiques secrétées par la métropole ne sont transposées aux colonies que sur la mention expresse de leur applicabilité à ces territoires. Aussi, faute de mention expresse de l'extension du texte aux colonies ou à telle colonie, celui-ci ne sera pas transposable.

troisième lieu, le modèle juridique transposé par la métropole était largement éprouvé, donc immédiatement fonctionnel et opérationnel ; par souci de réalisme, il devait être maintenu subséquemment, étant un gage sérieux pour le nouvel Etat d'atteindre son ambition de modernisation.

Cependant, la continuité législative adoptée par la plupart des Etats²² africains et cristallisée dans leurs textes fondamentaux²³ participe de l'incertitude normative, en qu'elle ne permet pas toujours de percevoir la portée réelle et le contenu de la réception normative opérée²⁴. En outre, il se pose la question du contenu, de la signification que recouvre la notion d'héritage législatif. S'agit-il, simplement, de la réception, dans l'ordre juridique du nouvel Etat, des textes métropolitains applicables sous l'empire de la colonisation ou alors, d'une notion au contenu plus vaste ?

On pourrait convenir que le concept d'héritage législatif, se réfère autant à la réception des textes législatifs et réglementaires métropolitains (y compris les travaux préparatoires et les interprétations gouvernementales de ces textes), qu'à la jurisprudence, la coutume, les usages et la doctrine qui y sont relatives. Cette réalité est plus prégnante, s'agissant notamment du droit administratif où, faute de textes, l'on recourt le plus souvent à une création normative largement prétorienne. Dans cette œuvre, les solutions du juge métropolitain apparaissent comme des paradigmes privilégiés et ce, qu'elles soient antérieures voire postérieures à l'indépendance.

Ainsi, analysant le cas spécifique de cette transposition prétorienne postérieure en droit administratif, une partie de la doctrine ivoirienne a pu avancer « [que] une certaine logique aurait voulu que ces règles [jurisprudentielles] postérieures fussent également introduites dans l'ordre juridique de la Côte d'Ivoire et appliquées [à l'Administration]. A l'appui de cette thèse, on peut invoquer deux raisons bien simples. La première, c'est que le juge français ne fait qu'interpréter, c'est-à-dire donner le sens et la portée d'un texte déjà transmis ou constater, par exemple, l'existence d'un nouveau principe général du droit, induit du système des valeurs de la

²² V., par exemple, la formulation ivoirienne, article 133 de la constitution, « la législation actuellement en vigueur en Côte d'Ivoire reste applicable, sauf l'intervention de textes nouveaux, en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente constitution ».

²³ Constitution du Bénin, article 158 ; constitution du Burkina Faso, article 173 ; constitution du Burundi, article 176 ; constitution du Cameroun, article 68 ; constitution du Congo, article 188 ; constitution du Niger, article 140 al. 1^{er} ; constitution de la République démocratique du Congo, article 221 ; constitution du Rwanda, article 202 al. 2 ; constitution du Togo, article 155.

²⁴ En effet, la question se pose de savoir s'il s'agit de la réception de l'ensemble des textes de la métropole, ou seulement de ceux qu'elle aurait expressément déclaré applicable aux colonies. *cf. supra*, note 26.

démocratie occidentale. La seconde raison, c'est que le juge français, qui appartient au milieu sociologique pour lequel ces textes ont été faits, est mieux à même de les interpréter et, au besoin, de dégager des principes nouveaux reflétant les aspirations de la société occidentale²⁵ ».

En regard de cette opinion, il serait tout à fait raisonnable, s'agissant de la réception explicite (de droit) ou implicite (de fait) des normes d'un ordre juridique donné, d'en bonifier l'application par l'assimilation de son interprétation postérieure. *Mutatis mutandis*, cette perception vaudrait également pour les autres branches du droit, notamment le droit civil, par la référence aux acquis doctrinaux et jurisprudentiels métropolitains, et se constituer, ainsi, un vivier consistant et éprouvée d'inspiration normative.

Cependant, si l'opinion ci-avant révèle une part de vérité, elle trouve ses limites dans son caractère excessif. On pourrait même y déceler un culte exacerbé du droit métropolitain. L'objection majeure à cette thèse tient en cela que l'assimilation ne saurait aller de soi : il s'agit pour le juge, à l'aune de la réalité contingente, de s'imprégner, non pas de la source originelle de la norme et de ses manifestations dans ce for, mais, plutôt, de son propre espace territorial dans lequel il fait son office d'appliquer de la règle de droit.

Ainsi, dans son ministère, le juge devrait-il se référer exclusivement, à tout le moins principalement, à son environnement social. Or, celui-ci obéit, nécessairement, à des contingences locales variables d'un milieu social à un autre. Il doit, en conséquence et sans pour autant la remettre en cause, accommoder la norme à cet environnement, au risque de la détourner de sa finalité, en rendant des décisions inadaptées, inappropriées et incompréhensibles. Or, c'est la transposition de tout cet ensemble, *a priori* hétéroclite, mais réellement homogène qui, agrégé aux textes ultérieurement édictés par l'Etat, constitue l'identité de son arsenal normatif et, subséquemment, de son ordre juridique considéré.

Cette identité normative subsisterait et ce, même lorsque l'Etat a adhéré, en vertu d'une convention²⁶ internationale, à une communauté juridique

²⁵ R. DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, éd. 1990, p. 31.

²⁶ L'on peut rappeler à ce propos l'affaire *Hocke* rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation française le 4 mars 1963 (*JCP* 1963. II. 13376, note LESCOT, *Rev. Crit.* 1964. 264 et la chronique de P. LAGARDE, *Rev. Crit.* 1964. 235; *JDI* 1964. 806, obs. GOLDMAN). En l'espèce, une lettre de change ayant été émise en Allemagne, le bénéficiaire en sollicitait le paiement en France. La traite était garantie par une caution cambiaire exprimée par un aval donné en blanc. Selon la convention de Genève de 1930 relative à la lettre de change (et à laquelle sont parties l'Allemagne et la France), l'aval donnée en blanc est réputé garantir le tireur. Aussi, aucune difficulté ne semblait se poser. Cependant le tireur de la traite cherchait à faire tomber la présomption de garantie du tireur en démontrant qu'en l'espèce, l'aval était donné au profit du tiré. Or, sur ce point les jurisprudences allemande et française

harmonisée, voire unifiée, comme cela est le cas de l'OHADA²⁷ instituée en Afrique de l'ouest. On pourrait en conclure que l'harmonisation ou l'unification législative n'implique pas forcément l'unité des solutions. En effet, si les règles sont communes au plan purement formel, elles peuvent être fondamentalement différentes en ce qui concerne leur interprétation et application²⁸ dans chaque Etat. Autrement dit, la communauté de sources ne recouvre pas nécessairement la similitude des solutions. En définitive, le mélange de droit métropolitain et de textes spécifiques au nouvel Etat peut être source d'insécurité juridique, en raison de la difficulté potentielle à déterminer, dans cet amas normatif, quelle est la règle applicable à telle situation. Cet état d'insécurité juridique se consolide lorsqu'on y adjoint le facteur du foisonnement législatif (2).

divergent sur le caractère de la présomption : pour la Cour de cassation française, la présomption est irréfragable, donc insusceptible de preuve contraire ; à l'inverse, pour la Cour fédérale allemande, la présomption est simple, donc susceptible de la preuve contraire. Certes, la Cour de cassation, appliquant la règle de conflit de loi, a retenu l'interprétation allemande. Mais cet exemple révèle que l'application d'une norme internationale commune à deux ou plusieurs Etats peut aboutir à des solutions jurisprudentielles hétéroclites.

²⁷ L'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) a été instituée par le traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 (Ile Maurice), pour assurer une uniformisation du droit des affaires en vigueur dans ses Etats membres. À ce jour, les États suivants sont parties au traité de l'OHADA : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo, République démocratique du Congo. L'adhésion à l'Organisation reste ouverte à tout État, membre ou non membre de l'Union africaine (UA).

²⁸ S'agissant de l'OHADA, cette possible divergence de solutions est atténuée par l'existence d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Cette juridiction suprême de l'Organisation est chargée d'assurer dans les Etats membres l'unité d'interprétation des actes uniformes pris en application du traité constitutif. A ce titre, la CCJA est compétente pour connaître, en dernier ressort, des recours formés contre des décisions des juridictions nationales, dans des affaires soulevant l'application du traité ou des actes uniformes. L'institution de cette juridiction supranationale rend difficile, du moins au stade du recours en cassation, la divergence des solutions possibles révélée et stigmatisée dans l'arrêt *Hocke* (cf. *supra*, note 34).

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

2 - Le niveau médian de l'inflation normative : le foisonnement législatif

A un niveau médian, la «logorrhée législative et réglementaire»²⁹ des pouvoirs publics apparaît comme un autre facteur explicatif de l'inflation normative. S'il est, en effet, un fait notable auquel l'on assiste en cette fin de XXI^e siècle, c'est bien à un véritable enthousiasme, voire à une frénésie pour la création de règles juridiques. Il ne serait pas exagéré d'avancer même qu'il y a une sorte production pathologique et effrénée des normes en Afrique. C'est qu'il semble, désormais, qu'il existerait au sein des pouvoirs publics africains la conviction que chaque crise sociale pût être dénouée par l'édiction de nouvelles règles juridiques. A cet effet, aucun pan du *corpus* normatif n'est épargné, qu'il s'agisse de création, d'adjonction ou de modification des règles constitutionnelles³⁰, législatives ou réglementaires³¹.

²⁹ L'expression est tirée du *Rapport public 2006* du Conseil d'Etat français (cf. *Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006, in Etudes et documents du Conseil d'Etat, La documentation française, 2006*, consultable à l'adresse <http://www.conseil-etat.fr/media/document//rapportpublic2006.pdf>).

³⁰ L'on en veut pour preuve les nombreuses révisions du texte fondamental faites « à la carte » (en Afrique de l'Ouest, notamment, avec la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Togo. L'on craint une révision constitutionnelle au Burkina Faso qui permettrait au président actuel de briguer un nouveau mandat présidentiel). Ces réformes, entreprises bien souvent dans le but inavoué de se maintenir au pouvoir ou d'éliminer de la course au pouvoir un adversaire gênant ont été plus souvent génératrices de crise que source d'apaisement social (cas de la Côte d'Ivoire, du Sénégal).

³¹ Un exemple saisissant de cet empressement à la production normative est la situation qui a prévalu en Côte d'Ivoire, relativement à la procédure de désignation des présidents des universités nationales. Jusqu'en 2001, cette désignation était faite sous l'empire de la loi n° 95-696 du 7 septembre 1995 relative à l'enseignement. Aux termes de l'article 63 de ladite loi, « le président d'Université est nommé par décret parmi les professeurs titulaires en exercice ». Suite aux élections de l'an 2000, le président de la république élu, soucieux de satisfaire une promesse qu'il avait faite lors de la campagne présidentielle, édicta le décret n° 2001-321 du 7 juin 2001 relative à la désignation des présidents d'université. Ce décret prévoit, en son article 11, que le président d'université est élu, pour une période de quatre ans renouvelable une fois, parmi les professeurs titulaires ou les directeurs de recherche permanents en activité et de nationalité ivoirienne. Il précise que, suite à cette élection, le président élu est nommé par décret pris en conseil des ministres. Assurément, ce décret est en nette contravention avec la loi précitée de 1996, dès lors qu'il institue une compétence liée à la charge de l'exécutif (l'obligation de nommer en qualité de président d'Université le candidat vainqueur de l'élection), et alors même que l'économie de la loi de 1996 résidait dans le pouvoir discrétionnaire de nommer en qualité de président d'Université telle personne qu'il lui plairait. Pour contourner la difficulté et instaurer une démocratie participative dans le choix des dirigeants d'université tout en respectant la légalité, il aurait fallu simplement

Cette production normative abondante s'accompagne, corrélativement d'une légistique formelle lacunaire, donc d'une diminution sensible de la qualité rédactionnelle de la loi. La norme est de plus en plus inutilement complexe, partiellement, voire totalement absconse ou inintelligible³² dans son contenu.

Par ailleurs, la prolifération des règles juridiques influe négativement sur leur stabilité et entraîne, inopportunément, la déliquescence de la norme³³. La règle « nul n'est censé ignorer la loi » serait, dès lors vidée de son contenu : comment pourrait-on, en effet, prétendre à la connaissance de la norme par un individu³⁴ ? Cette expérimentation relève désormais d'un véritable aléa auquel sont confrontés autant le citoyen ordinaire que le juriste le plus averti. L'on en arrive alors à une situation paradoxale : la loi, au lieu d'être un facteur d'évolution, devient une cause de stagnation sociale. Le président du Conseil constitutionnel français, en juriste avisé, décrit avec lucidité cette

modifier la loi, processus relativement aisée dès lors que le président de la république d'alors disposait d'une confortable majorité parlementaire. Ce décret, illégal à tous points de vue, n'en a pas moins été appliqué, jusqu'au changement de régime intervenu en 2011, où le pouvoir a décidé de rendre force à la loi de 1996.

³² Un exemple de sanction de cette inintelligibilité de la loi est donné en droit communautaire européen. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt de principe du 26 avril 1979 (*aff. Sunday Times c. Royaume-Uni, série A, n°30, § 47*). La Cour y estime, en effet, que les normes législatives doivent être « énoncées avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, être à même de prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé [...] ; [elles] n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; et le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la nature des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique ».

³³ « La multiplication des normes, leurs raffinements byzantins, l'impossibilité où l'on se trouve de pénétrer leurs couches de sédiments successifs, engendrent un sentiment d'angoisse diffuse ; le droit n'apparaît plus comme une protection mais comme une menace : “quel supplice”, s'exclamait déjà l'un des personnages de Kafka, “que d'être gouverné par des lois qu'on ne connaît pas !” », in *Conseil d'État, Rapport public 1991, Considérations générales : « De la sécurité juridique »*, rapport de Françoise Chandernagor.

³⁴ « Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite », in *Conseil d'État, Rapport public 1991, ibid.*

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

situation de la norme juridique qui, désormais, « tâtonne, hésite, bafouille, et revient sur ses pas³⁵ ».

Au final, la confiance légitime que les citoyens doivent avoir en la stabilité et la prévisibilité³⁶ de la norme étant compromise, l'insécurité juridique³⁷ qui en découle est susceptible de menacer les fondements même de l'Etat de droit³⁸. L'aphorisme de Montesquieu selon lequel « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires³⁹ » révèle alors toute son acuité.

Certes, il est aisé de constater que la surenchère dans la production normative n'est pas l'apanage du continent africain. Cependant, en net contre-courant par rapport à l'attitude statique des Etats africains, l'on s'attelle ailleurs à la recherche de solutions idoines au rétablissement de la sécurité juridique. L'on pourrait, de ce point de vue, convoquer utilement l'exemple européen, spécifiquement celui de la France. En effet, en réaction à l'expansion à la création normative⁴⁰, la France a mis en œuvre des mesures palliatives⁴¹. Celles-ci se sont illustrées, en premier lieu, par l'œuvre

³⁵ Allocution de Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel, *Vœux au Président de la République pour 2005*, discours tenu le 03 janvier 2005, consultable à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/relations-externes/agenda/le-conseil-en-2004/voeux-a-l-elysee.5147.html#ccpr>.

³⁶ V. en droit communautaire européen, CEDH, 22 sept 1994, *aff. Mme Henrich c. France*, in *JCP*, 1995, n° 22374, note J.-P. LE GALL & L. GERARD.

³⁷ La *sécurité juridique* a été érigée, de longue date, au rang de principe général du droit communautaire européen, depuis la jurisprudence *Bosch* de la Cour de justice des Communautés européennes (cf. CJCE, 6 avril 1962, *aff. 13/61, Rec. CJCE*, 1962, p. 89). Ce principe a été conforté, dans l'arrêt *Durbeck* rendu par ladite cour (cf. CJCE, 5 mai 1981, *aff. 112/80, Rec. CJCE*, p. 1095), par celui de *confiance légitime* que l'on estime assimilable, à tout le moins proche de celui de la sécurité juridique.

³⁸ Pour une étude détaillée sur la question, v. à ce propos en France *Conseil d'Etat, Rapport public 1991*, « De la sécurité juridique », in *Etudes et document du conseil d'Etat, La documentation française*, 1991, spéc. n° 43 et s.

³⁹ Cf. Charles LOUIS DE SECONDAT, baron de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, consultable in *Œuvres complètes de Montesquieu*, éd. Firmin-Didot frères, Paris, *Livre XXIX, Chap. XVI*, p. 476.

⁴⁰ Selon des études menées par le Sénat français, plus 10 % des articles d'un code sont modifiés chaque année ; 15 719 modifications des textes (lois, décrets, arrêtés) ont été réalisées en 1993 ; ce chiffre est passé à 23 000 modifications en 2005. En 2006, le corpus normatif français excédait 10 500 lois et 120 000 décrets. Par ailleurs, la France était partie à plus de 7 400 conventions internationales. Ces informations sont consultables à l'adresse : http://simplifionslalois.assemblee-nationale.fr/Simplifions_la_loi_dossier_presse.pdf.

⁴¹ En témoigne les nombreuses réflexions et travaux menés sur la question : v. par exemple Elise BESSON, « *Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle*

prétorienne du conseil constitutionnel français. La haute juridiction a, d'abord, rappelé, dans une décision du 16 décembre 1999, qu'il incombait au législateur, à l'occasion de son œuvre de production normative, de poursuivre un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴² ». Elle a, ensuite affirmé et affiné sa doctrine dans une décision du 27 juillet 2006⁴³ rendue à l'occasion de l'examen de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Le Conseil constitutionnel y relève opportunément « qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'*objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*⁴⁴, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la constitution qu'à la loi ».

En second lieu, la France a procédé à l'élaboration de textes ayant vocation à la simplification et clarification du droit⁴⁵. Plus clairement, ces nouveaux instruments législatifs ont vocation à abroger les pans « inutiles » de la législation en vigueur, d'en clarifier d'autres et, enfin, d'apurer et d'alléger certaines procédures (notamment administratives) de l'Etat.

d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », consultable sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BESSON.pdf> ; Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », in *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 114, 2005, p. 131-137, consultable en ligne à l'adresse : <http://www.revue-pouvoirs.fr/L-intelligibilite-des-lois.html> ; Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat, La documentation française*, 2006, consultable à l'adresse <http://www.conseil-etat.fr/media/document/rapportpublic2006.pdf>.

⁴² Consultable à l'adresse : http://www.lexinter.net/JPTXT/decision_du_16_decembre_1999.htm.

⁴³ V° http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/decision_du_27_juillet_2006_loi_sur_l_e_droit_d_auteur_et_les_droits_voisins_dans_la_societe_de_l_information.htm.

⁴⁴ C'est nous qui mettons en italiques.

⁴⁵ V. par exemple *Loi de simplification du droit n° 2004-1343 du 9 décembre 2004*, *JORF* du 10 décembre 2004, p. 20857 ; *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, *JORF* du 13 mai 2009 (consultable également sur le site *Légifrance*).

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

A contre courant de ce mouvement et en lieu et place d'une réaction appropriée, la tendance est plutôt à la complaisance dans une certaine inertie de mauvais aloi en Afrique. Il est vrai que les Etats africains, dans le contexte de l'internationalisation, sont confrontés à de nouveaux champs législatifs dont la complexité le dispute à l'encadrement normatif⁴⁶. Et, lorsque le législateur se révèle sensible à la critique de la léthargie, son réveil couve des excès de surdétermination législative (3).

3 - Le niveau supérieur de l'inflation normative : la surdétermination législative

La surdétermination législative se réfère à la tendance constante du législateur à instituer ou à entretenir un hiatus flagrant entre le contenu normatif, ses finalités ou les objectifs poursuivis et les attentes véritables des populations. Bien souvent, dans les Etats africains, l'élaboration de la norme s'opèrerait dans une véritable tour d'ivoire, avec un certain détachement du législateur à l'égard du citoyen dont il est supposé, pourtant, traduire les aspirations⁴⁷ et à l'effet que celle-ci soient concrétisées, notamment, par l'exécutif.

Il s'en infère une antinomie, à tout le moins une incompatibilité congénitale entre la norme et les réalités sociales. Certes, il rentre dans les prérogatives du législateur d'opter pour une politique législative directive, et celle-ci s'avère, quelquefois, nécessaire. Mais ce choix politique doit être mené avec tact, sauf à se faire aux risques et périls d'une mauvaise réception

⁴⁶ De nouvelles réalités juridiques (l'émergence de l'économie numérique, la protection de l'environnement, l'importance accrue de la propriété intellectuelle et des télécommunications, du droit de la concurrence et de la consommation, du droit monétaire et financier dans un contexte ouvert, la prise en compte des biotechnologies) induisent, dans un système d'économie libérale, donc de compétitivité exacerbée, une production et une réadaptation constante des normes.

⁴⁷ L'une des raisons de cette désinvolture du législateur (entendu *stricto sensu*) à l'égard du citoyen pourrait s'expliquer par la nature du mandat parlementaire dont il est investi. Sans vouloir discuter, dans le cadre de cette étude, il est toutefois utile de relever que la plupart des Etats africains ont opté pour le système parlementaire du *mandat représentatif* (v., par exemple, art. 66, constitution de la République de Côte d'Ivoire du 23 juillet 2000 : « chaque député est le représentant de la Nation entière. Tout mandat impératif est nul »). Dans cette posture, le parlementaire élu n'a aucune obligation, ni de traduire à l'hémicycle les aspirations la communauté qui l'a désigné, ni de leur rendre compte. La seule sanction à laquelle il s'expose est de se voir retirer leur confiance lors de l'élection législative suivante. Si l'institution d'un système de *mandat impératif* aurait l'effet inverse, toutefois, il comporterait le risque que le député soit plus préoccupé à traduire les besoins de sa communauté locale que de concourir à la politique générale de l'Etat.

ou perception de la loi. Autrement dit, la marche à pas forcée n'est pas toujours la panacée. Le risque d'un tel procédé peut être de deux ordres.

Premièrement, l'on peut être confronté au refus d'application ou à l'ineffectivité de fait de la norme par les citoyens. L'illustration peut en être donnée en droit ivoirien par la loi du 7 octobre 1964 relative au mariage⁴⁸. Cette loi qui se voulait progressiste, entendait épouser les valeurs de l'ancienne métropole, en imposant la monogamie comme seule union valable, et en pénalisant toute autre composition conjugale. Ce faisant, elle déclinait une vision des pouvoirs publics en rupture totale avec les usages et coutumes en vigueur qui consacraient largement la pratique de la polygamie et des unions coutumières. Ladite loi, en supprimant et prohibant les unions plures, entendait, par ailleurs, conférer des effets légaux aux seules noces célébrées devant un officier de l'état civil.

Plus d'un demi-siècle se sont écoulées après l'adoption de cette loi, mais les pratiques n'ont guère varié : d'une part, en dépit de la menace de sanction pénale⁴⁹ on constate, dans les faits, un regain de ferveur des Ivoiriens pour l'union polygamique et ce, peu important l'appartenance socio-ethnique⁵⁰, voire dans les plus hautes sphères du pouvoir⁵¹. Elle est donc le principe qui a cours. D'autre part, les unions coutumières sont adoptées et célébrées publiquement, par préférence à la cérémonie civile et en contravention de la loi⁵².

Secondement, la surdétermination de la loi est susceptible d'emporter, de manière plus pathologique, le rejet brutal de celle-ci, voire la désobéissance civile. Une fois de plus, on pourrait convoquer utilement le droit ivoirien. Au prétexte de lutter contre la luxure, une tentative de réforme des conditions

⁴⁸ Loi n° 375 du 7 octobre 1964 relative au mariage, *JORCI* 1964, p. 1440 et s.

⁴⁹ Au demeurant, il est peu probable qu'une poursuite pénale soit engagée de ce chef, *a fortiori* qu'une condamnation intervienne. Comment pourrait-il au demeurant, en être autrement, quand dans les plus hautes sphères du pouvoir, cette pratique est légion ?

⁵⁰ L'on a pu croire, faussement, que cette pratique était confinée chez les peuples de tradition musulmane, et dans les couches sociales analphabètes. A l'épreuve, non seulement, la pratique serait généralisée, mais encore, désormais, c'est plutôt dans les milieux intellectuels et nantis que le phénomène connaîtrait un engouement.

⁵¹ A titre anecdotique, le président de la république en fonction durant la période de l'an 2000 à l'an 2010 revendiquait, officiellement, son union à deux épouses : Mmes Simone EHIVET et Nadiana BAMBA.

⁵² En vertu des articles 19 et 20 de la loi n° 375 du 7 octobre 1964 relative au mariage : article 19 : « Seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux » ; article 20 : « Aucun ministre du culte ne peut procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il ait été justifié par la présentation du certificat prévue à l'article 28 [certificat de mariage civil], de la célébration civile ».

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

d'incrimination de l'adultère fut initiée. Aux termes des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 391 de la loi ivoirienne n° 81-640 du 31 juillet 1981 instituant le code pénal, alors en vigueur, « sont punis d'un emprisonnement de deux mois à un an la femme convaincue d'adultère ainsi que son complice. Est puni de la même peine le mari qui, dans la maison conjugale, commet un adultère, ou qui, hors de la maison conjugale, a des relations sexuelles habituelles avec une femme autre que son épouse ».

A l'évidence, le caractère ségrégationniste de cette disposition ne fait pas l'ombre d'un doute (sanction du seul complice de la femme adultère, à l'exception de l'acolyte de l'époux ; indifférence du lieu de commission de l'infraction à l'égard de la conjointe fautive *versus* exigence de la réitération de la relation adultère hors domicile pour le mari...).

Cependant, jugeant sans doute cette discrimination insuffisante, dans les années 1990, un ministre de la Justice soumit au Parlement ivoirien un projet de loi portant réforme du code pénal. L'un des points d'orgue de la réforme était la redéfinition des conditions de l'adultère : si pour l'épouse, les conditions en restaient inchangées (un seul commerce infidèle suffit, peu important le lieu de commission, son complice étant passible de la même sanction), *a contrario*, le mari ne pourrait désormais être convaincu d'une telle infraction que si son infidélité était commise, soit *avec une femme autre que son épouse et avec laquelle il avait des relations sexuelles habituelles*, soit *lorsque la relation sexuelle fautive était commise dans le lit conjugal*. La loi ne vit jamais le jour⁵³ car lors de son adoption, une association pour la défense des droits des femmes investit le Parlement ivoirien et fit tant de tumulte que le vote fut ajourné *sine die*.

Par ailleurs, dans un cadre spécifiquement sous-régional ou régional et, globalement au niveau international, l'autre raison de la défiance à l'égard de la norme peut être recherchée dans la nouvelle tendance à la « technophilie » dans l'énoncé de la norme. En effet, l'on assiste à l'intervention de plus en plus sollicitée de technocrates dans l'œuvre codificatrice. Une telle ingérence est quelquefois délicate car, parfois, sous le couvert de « raffinements byzantins⁵⁴ », elle peut manifester soit une incohérence dans la codification⁵⁵,

⁵³ Si l'histoire renseigne que ce projet de loi n'aboutit pas, elle révèle en outre que ce ministre ne fut pas reconduit à l'occasion du remaniement ministériel qui s'ensuivit. Faudrait-il y voir la sanction de l'échec de ce projet de loi ?

⁵⁴ Expression tirée du *Rapport public 2006* du Conseil d'Etat français (cf. *Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006, in Etudes et documents du Conseil d'Etat, La documentation française*, 2006, consultable à l'adresse <http://www.conseil-etat.fr/media/document/rapportpublic2006.pdf>).

⁵⁵ Cette « technophilie » soulève également des inquiétudes liées à la référence et à la cohérence dans la codification. L'exemple peut être donné à travers les actes uniformes de l'OHADA. Il est indéniable que tout système juridique possède un style

soit être sans aucune prise avec la réalité ambiante, l'œuvre du technocrate servant surtout à légitimer des réformes à marche forcée⁵⁶. La conséquence immédiate est la nécessité de faire suivre la norme d'un guide explicatif. Mais comme ce guide est élaboré selon le même schéma, il s'avère lacunaire à l'épreuve et appelle, de nouveau, un guide explicatif du guide explicatif. On se retrouve alors confronté à un cercle vicieux.

L'accroissement du recours à la soft law est aussi prégnante : ce « droit mou » sécrété par les organismes privés⁵⁷ prennent une importance accrue et accèdent au droit positif⁵⁸ concurremment avec l'œuvre législative.

légistique qui lui est particulier. Le prototype rédactionnel en usage dans les droits d'essence latine est de tradition en Afrique. C'est au demeurant, le modèle qui a été retenu dans la quasi-totalité des actes uniformes, à l'exception de celui relatif au contrat de transport de marchandises par route. Elaboré par un expert nord américain, cet acte uniforme en épouse naturellement les paradigmes légistiques. Outre l'incohérence formelle que ce texte induit en regard des autres instruments, il se caractérise aussi par le souci de la définition exhaustive des termes employés. On peut se féliciter de ce souci de clarté et de précision. Néanmoins, on ne saurait éluder le risque d'être confronté à des définitions figées et inaptées à évoluer et s'adapter à des contextes et réalités sociales nouvelles d'un monde et d'un droit en constante évolution. Sauf à entreprendre une nouvelle réforme, laquelle, vu le temps de gestation des projets de texte, est souvent difficile à mettre en œuvre. Quel serait, alors, le sort d'une réforme conventionnelle à l'échelon, régional, voire universel ? Il semble, au demeurant, que l'échec de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA relatif au droit des contrats soit lié à ces préoccupations de cohérence et de référence légistiques.

⁵⁶ V. à ce propos l'article-pamphlet de V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile - Essai d'explication du droit commun européen de la vente » in *JCP*, éd. G, n° 25, 18 juin 2012, 750. Pour un aperçu général de la *Proposition de règlement « relatif à un droit commun européen de la vente »*, de la Commission européenne (COM, 2011, 635 final), v. C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », in *JCP*, éd. G, 2011, act., 1376 ; J. GHESTIN, « Chronique de droit des contrats », *JCP*, éd. G, 2012, doctr., 63, n° 1 à 5 ; G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », in *JCP*, éd. G 2012, doctr., 560.

⁵⁷ Ce droit est élaboré, la plupart du temps, par des groupes d'experts (*UNIDROIT*, *Commission LANDO*, *Commission FONTAINE*...) et autres organismes juridictionnels privés (*Chambre de commerce internationale*, *Cour d'arbitrage*...) désireux, au premier chef, de répondre aux attentes normatives des milieux d'affaires et financiers. Ces milieux appliquent, en général, systématiquement les règles ainsi dégagées, par préférence à la production législative étatique, voire internationale.

⁵⁸ V. par exemple les *Règles usances relatives aux garanties sur demande (RUDG)* élaborées par la Chambre de commerce internationale (CCI/ICC en anglais), considérées comme la norme par excellence dans les milieux financiers et d'affaires. Signe de son succès, l'ONU, à travers la Commission des Nations unies pour le droit

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

Tous les maux ci-avant du débordement législatif se traduisent négativement, au plan de l'intervention concrète de la règle sur les situations juridiques. Ainsi, par une mauvaise perception et application des acteurs chargés, institutionnellement ou conventionnellement, d'exercer la *juridictio*, l'on aboutit à la transgression judiciaire de la norme (**B**).

B - La prémisse immédiate : la transgression judiciaire

La transgression judiciaire se réfère à toutes les hypothèses où les acteurs chargés de dire le droit se méprennent, délibérément ou involontairement, dans leur ministère. Ces situations malencontreuses pour la bonne fortune du droit peuvent être logées soit dans une application inappropriée de la norme (1), soit dans une violation flagrante de la loi (2), soit, enfin, dans le déni de justice (3).

1 - La transgression par une application malencontreuse de la loi

L'application inadaptée de la règle aux faits recouvre deux figures habituelles. La première expression en est la *fausse application ou mauvaise interprétation* de la règle. Cette situation intervient lorsque *l'autorité investie de la mission de juger applique l'hypothèse prévue par le texte à une situation de fait qui n'entre nullement dans cette prévision*. Une espèce récente⁵⁹ rendue par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA) en matière de voies d'exécution est assez topique à cet égard : un jugement est rendu le 18 décembre 2002 par un tribunal du Cameroun et au préjudice d'une Banque. La décision n'étant pas susceptible d'appel, c'est tout naturellement que la banque forme un pourvoi en cassation devant la CCJA, en vertu de la compétence d'attribution que lui confèrent les actes uniforme. Lors de l'instruction du dossier, la juridiction supranationale constate le décès, depuis le 2 décembre 1998, du bénéficiaire de la décision attaquée, défendeur dans le cadre de l'instance en cassation. La Cour en tire alors motifs suffisants pour conclure à l'irrecevabilité du pourvoi de la banque. Le caractère concis de la motivation autorise qu'on la reproduise in extenso. Selon la CCJA, « attendu que *le recours en cassation constitue une instance nouvelle qui ne peut être introduite contre une personne n'existant plus*⁶⁰ ; attendu que la BICEC s'est pourvue en cassation le 25 janvier 2005 contre le jugement n° 06/Civ. rendu le 18 décembre 2002 par le Tribunal du

commercial international (CNUDCI/UNCITRAL en anglais) vient d'adopter, lors de sa 44^e session annuelle tenue à Vienne (Autriche), les règles révisées de la CCI (RUDG 758) relatives aux garanties internationales à première demande.

⁵⁹ cf. arrêt CCJA N° 011/2010 du 18 février 2010 in *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 15 (janv.-juin 2010), p. 5 & s.

⁶⁰ C'est nous qui soulignons.

Haut-Nkam à Bafang dont le dispositif est ci-dessus reproduit ; attendu cependant qu'il est justifié par l'acte d'état civil n° 405/98 dressé le 03 décembre 1998 par le Centre d'état civil de Yaoundé que Monsieur Ngaleu Ndjende Douglas-Ismaël, prit en qualité de défendeur au présent pourvoi est décédé le 02 décembre 1998 ; d'où il suit que le pourvoi doit être déclaré irrecevable⁶¹... ». Il est manifeste que la Cour fait de l'existence du défendeur une condition de recevabilité du pourvoi, de sorte que son décès ne saurait permettre d'accueillir le recours formé par la banque.

Toutefois, on pourrait reprocher à cette motivation le fait de méconnaître que la procédure en première instance ayant été initiée du vivant du défendeur en cassation, rien n'empêcherait, en principe, de la poursuivre devant la juridiction supranationale. L'une des conditions essentielles à la mise en mouvement de l'action est que le droit existât au préalable, ce qui était le cas, en l'espèce. Par ailleurs, Il est un principe bien établi en droit judiciaire privé que, par le recours à la fiction juridique, le pourvoi en cassation est dirigé, en premier chef, contre la décision attaquée.

Enfin, plus fort, il est admis, en vertu d'une jurisprudence stable, que « le pourvoi ainsi formé contre une personne décédée doit être réputé dirigé contre sa succession, dès lors qu'il n'est pas établi que le demandeur avait connaissance de ce décès⁶² ». L'instance peut se poursuivre, en effet, avec les héritiers continuaturs de la personnalité juridique du défunt. Pour toutes ces raisons, la CCJA aurait pu, en conséquence, connaître du fond du litige. Sauf à considérer que le dossier ne fût pas en état d'être jugé. Dans cette éventualité, la cause aurait dû, alors, faire l'objet d'un classement provisoire au greffe de la cour, en attendant la reprise de l'instance, notamment par les

⁶¹ Cette motivation était celle adoptée par la Cour de cassation française jusqu'en 1980 (cf. civ., 1^{ère}, 10 nov. 1965, *Bull. civ. 1*, n° 600, p. 455 ; civ., 1^{ère}, 23 juill. 1979, *Bull. civ. 1*, n° 222, p. 177 ; Civ. 2^e, 19 mai 1980, *Bull. civ. 2*, n° 114. On relèvera avec intérêt que le raisonnement adopté par la CCJA est identique à la motivation de la Cour de cassation française dans son arrêt du 19 mai 1980 sus-cité :

« Sur l'irrecevabilité du pourvoi : *Attendu que le recours en cassation constitue une instance nouvelle qui ne peut être introduite contre une personne n'existant plus ; Attendu que BRZUCH s'est pourvu en cassation, le 10 octobre 1978 contre un arrêt rendu le 9 décembre 1977 au profit d'EDMOND X... ; Attendu cependant que celui-ci, pris en qualité de défendeur au pourvoi, était décédé depuis le 18 novembre 1977 ; d'où il suit que le pourvoi doit être déclaré irrecevable ; Par ces motifs : Déclare irrecevable le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 9 décembre 1977 par la cour d'appel de Bourges ».*

⁶² Cf. civ. 2^e, 10 mars 2004, *Bull. civ. 2*, n° 106, p. 89. V. aussi : civ., 1^{ère}, 16 octobre 1990, *Bull. civ. 1*, n° 215 p. 154 ; Soc., 18 mars 1992, *Bull. civ. 5*, n° 200, p. 124. Toutes ces décisions sont consultables en ligne à l'adresse : <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20040310-0018976>.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

ayants-droit du *de cujus*. En conséquence, en lieu et place de l'irrecevabilité du pourvoi en raison du décès du défendeur, il semble que la juridiction supranationale aurait dû conclure à une interruption de l'instance.

La fausse application ou mauvaise interprétation de la règle peut consister, aussi, à ajouter à la loi une condition qu'elle ne pose pas. On pourrait y inclure aussi, *a contrario*, le fait d'exclure dans l'application de la loi une condition nécessaire qu'elle pose pourtant. Une espèce, inédite, tranchée par une juridiction ivoirienne (le tribunal d'Adzopé) dans les années 1970, est saisissante à cet égard : un préposé des pompes funèbres, conducteur de corbillard, avait une libido nécrophile. Aussi, en profitait-il, lors du transport de dépouilles féminines, pour assouvir ses pulsions sexuelles. Mal lui en prit car il fut démasqué et poursuivi pour viol. À l'évidence, cette qualification pouvait être difficilement retenue, ladite infraction supposant un acte de pénétration sur une personne susceptible d'exprimer son consentement. C'est dire que l'hypothèse légale du viol supposait, pour sa vérification, l'existence d'une personne vivante. Or, il n'est pas douteux qu'un cadavre ne saurait manifester aucune volonté. En réalité, un écueil se dressait devant les juges dans la poursuite de cet acte contre-nature : sous l'empire de la législation criminelle ivoirienne antérieure à la loi du 31 juillet 1981 instituant le code pénal⁶³, aucune disposition ne permettait de sanctionner les atteintes faites à un défunt⁶⁴. Néanmoins, la difficulté ne fut pas jugée insurmontable pour le tribunal d'Adzopé, qui, sans doute influencé par l'émoi que ces agissements avaient suscité dans la population, conclut à la condamnation du préposé nécrophile, du chef de viol sur un cadavre. Un tel cas de condamnation par assimilation heurte, à l'évidence, les principes élémentaires de légalité des incriminations et des peines et d'interprétation stricte de la loi pénale. Une autre forme de contravention dans la *juridictio* peut être stigmatisée : celle qui relève de l'*outrage évident à la norme juridique* (2).

⁶³ Cette lacune a, depuis, été corrigée à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi ivoirienne n° 81-640 du 31 juillet 1981 instituant le code pénal. En effet, aux termes de son article 198, « est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50.000 à 500.000 francs, quiconque : 1° trouble une cérémonie ou un convoi funéraire ; 2° viole ou profane le lieu où repose un mort ; 3° dégrade ou souille un monument funéraire ; 4° profane ou mutilé tout ou partie d'un cadavre inhumé ou non ; 5° outrage ou frappe publiquement un cadavre ; 6° fait disparaître ou soustrait tout ou partie d'un cadavre ».

⁶⁴ Comp. en Europe, l'article L 225-17 du code pénal français qui punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit. Pareillement, par l'institution de la *Sexual Offenses Act* en 2003, la pénétration sexuelle d'un cadavre est incriminée au Royaume-Uni et passible d'une peine d'emprisonnement de deux ans.

2 - La transgression par une violation flagrante de la loi

Le manquement manifeste dans la mise en œuvre de la loi constitue l'une des expressions les plus caractéristiques de la transgression judiciaire en Afrique. La violation flagrante de la loi peut se constater lorsque les acteurs investis de la mission de *juridictio* dévoient la norme par simple *ignorance* ou *méconnaissance de la loi applicable*. Le terreau privilégié de cette transgression est le droit international privé, discipline réputée complexe et où se mêlent notamment conflits de lois, conflits de juridictions ou d'autorités, condition des étrangers et détermination de la nationalité⁶⁵. En effet, l'absence, quelquefois, de « points de repères législatifs précis⁶⁶ » donnent, plus qu'ailleurs, un large champ à la doctrine et à la création prétorienne, mais aussi à des errements parfois malencontreux dans la mise en œuvre des principes de la discipline. Aussi, tirant inexactement motifs de ce qu'en matière de célébration du mariage en Côte d'Ivoire, la règle *locus regit actum* ne serait point une règle facultative, mais bien plutôt « une prescription d'ordre public qui s'impose aux étrangers quelle que soit leur nationalité⁶⁷ », les tribunaux ivoiriens ont-ils privé de toute efficacité juridique des noces coutumières valablement contractées par des ressortissants sénégalais, sur le territoire du Sénégal. Les juges avaient retenu que « seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux⁶⁸ ». A l'évidence, il s'agit d'une acception excessive du caractère impératif de la règle *locus regit actum*. En effet, ce principe n'est pas absolu et peut tolérer

⁶⁵ A l'inverse du droit français et des systèmes juridiques qui en sont inspirés, seuls les conflits de lois et conflits de juridiction constituent la matière du droit international privé, dans les systèmes juridiques de tradition anglo-américaine ; la condition des étrangers et la détermination de la nationalité n'en relèvent, donc, pas (V. DICEY & MORRIS, *The conflict of law*, 1^{ère} éd., 1896, 14^e éd., 2010 (par Lawrence COLLINS, Adrian BRIGGS, Jonathan HARRIS, J.D. McCLEAN, Campbell McLACHLAN, C.G.J. MORSE) ; v. aussi : CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, OXFORD, 14^e éd., 2008 (par James FAWCETT & Janeen M. CARRUTHERS). De même, certains Etats, à l'exemple de l'Allemagne et de l'Italie retiennent seul les conflits de lois comme substance du droit international privé, le conflit de juridiction relevant, selon ces systèmes juridiques, de la procédure civile.

⁶⁶ Cf. P. MEYER, *Précis de droit international privé burkinabé*, coll. *Précis de droit burkinabé*, Imprimerie presses africaines, 2006, p.7.

⁶⁷ Cf. Cour d'appel d'Abidjan, 25 janv. 1974, cité par P. MEYER, *Précis de droit international privé burkinabé*, Coll. *Précis de droit burkinabé*, Imprimerie presses africaines, 2006, note 2, p. 281.

⁶⁸ *Ibid.*

des aménagements à la discrétion des parties, en modifiant, par exemple, le rattachement spatial de leur union⁶⁹, sauf le cas d'une fraude à la loi.

Mais en outre, cette jurisprudence opère une extension inopportune du mécanisme d'exception d'ordre public en droit international privé ivoirien⁷⁰, par une perception malheureuse et contraire à ses propres fondements internationalistes. En effet, il n'est pas sérieusement discutable que, dans l'espèce jugée, la *lex loci celebrationis* était, non pas la loi ivoirienne, mais, bien plutôt, la législation sénégalaise. Or, celle-ci valide de telles unions. Certes, le rejet d'une telle célébration nuptiale opérée dans le for ivoirien serait admissible. En revanche, la récusation de tout mariage entre étrangers, passé en la forme coutumière et réputé valable selon la législation du for étranger où il a été célébré, est difficilement compréhensible.

La violation flagrante de la norme peut dissimuler une posture plus impertinente lorsqu'elle résulte d'une volonté consciente de s'affranchir de la norme : c'est le *manquement délibéré à la loi*. Dans cette hypothèse, ni la connaissance ou détermination de la norme ne sont problématiques, ni même l'interprétation de la règle applicable ne semble aléatoire : le juge prendrait le parti, intentionnellement, d'ignorer la norme, en s'enveloppant soit de considérations d'équité⁷¹, soit dans le simple but d'assurer le triomphe

⁶⁹ En regard de cela, les futurs époux auraient pu convoler en justes noces, même sur le territoire ivoirien, dans tel ambassade qu'il leur plairait, à la seule condition que ce choix ne soit pas frauduleux.

⁷⁰ L'on pourrait, par ailleurs, expliquer les raisons d'une telle motivation par la tendance « systématique des magistrats ivoiriens à recourir à la notion d'ordre public en matière de statut personnel », cf. L. IDOT, « Chronique de jurisprudence de Côte d'Ivoire », in *JDI*, 1991, p. 1015.

⁷¹ L'arrêt *PERRUCHE* rendu par la Cour de cassation française paraît constituer l'une des illustrations les plus éloquentes de cette violation délibérée de la loi (cf. c. cass., ass. plén., 17 nov. 2000). Ladite juridiction y avait admis, *en dépit de l'absence de tout lien de causalité*, le droit à réparation d'un enfant, du seul fait de sa naissance handicapé. L'abondante bibliographie qu'a suscitée cette décision est impossible à énumérer dans le cadre de cet article. On référera, donc, à titre indicatif, à quelques publications : *Bull. civ., ass. plén.*, n° 9 ; *DALLOZ* 2001, *jur.*, p. 332, note D. MAZEAUD et note P. JOURDAIN ; *JCP* 2000, *éd. G*, II, 10438, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE ROSE, note F. CHABAS, *RTD civ.*, 2001, p. 103, note J. HAUSER, p. 149, note P. JOURDAIN, p. 226, note R. LIBCHABER). En dépit du tollé que cet arrêt a soulevé, la Cour de cassation a maintenu sa position et a récidivé, dans une décision du 13 juillet 2001 (cf. c. cass., ass. plén., 13 juill. 2001, *Bull. civ., ass. plén.*, n° 10). Curieusement, cette position de défiance vis-à-vis de la loi semblait partagée par les autres hautes juridictions françaises (cf. Conseil d'Etat, 14 fév. 1997, *QUAREZ*, *RFD adm.*, p. 374, concl. V. PÉCRESSE, note B. MATHIEU. Dans cette décision, le Conseil d'Etat avait intégré l'indemnisation du préjudice de l'enfant dans celui de ses parents). En réaction à cette décision, l'Assemblée nationale française a

d'intérêts personnels. Dans les milieux judiciaires, on qualifie, pudiquement, de telles prouesses juridiques et procédurières de *décisions d'opportunités*.

Hors les hypothèses de transgression judiciaires ci-relevées, un autre manquement semble tout aussi digne d'intérêt : celui consistant dans le *déni de justice* (3).

3 - La transgression par le déni de justice

Le déni de justice ou *déni de droit* est une expression polysémique. Elle se réfère, dans une première acception, à la circonstance liée à l'incapacité (et pas nécessairement l'impossibilité) alléguée par le juge à trancher une question de droit qui lui est soumise. Ce prétexte est souvent invoqué par l'acteur judiciaire lorsqu'il est saisi d'un litige dont la solution n'est pas expressément prévue par les textes⁷². La tentation est alors grande de se déclarer incompétent. La jurisprudence ivoirienne fournit une illustration assez édifiante de cette situation. Dans l'affaire *Omais c/ Tallal*⁷³, une convention de cession de parts sociales avait été convenu entre deux

adopté la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite *loi anti Perruche* (pour une étude sur cette loi, v. Y. LAMBERT-FAIVRE, « La loi n° 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *Dalloz* 2002, *chron.*, p. 1217). En vertu de l'article 1^{er} de ladite loi, « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Cependant, résistant à cette censure expresse du législateur, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, esquivant habilement l'injonction faite, ont maintenu leur jurisprudence des arrêts *PERRUCHE* et *QUAREZ*, en appliquant ces solutions aux *instances en cours*, et ce, en dépit de l'article 1^{er}-I, al. 4 de la loi anti Perruche qui prescrivait que ses dispositions étaient applicables, même aux instances en cours, au 4 mars 2002 (cf. c. cass., 1^{ère}, 24 janv. 2006, pourvois n° 02-13.775, n° 02-12.260, n° 01-16.684 ; CE, 24 fév. 2006, n° 250704, *JCP* 2006, II, 10062, note A. GOUTTENOIRE et S. PORCHY-SIMON). Cette posture a, semble-t-il, été confortée par le Conseil constitutionnel français (cf. cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *JORF* 12 juin 2010, p. 10847, *Petites Affiches*, 29 juill. 2010, p. 4, note F. HAMON), puis par la cour européenne des droits de l'homme (cf. CEDH, 06 oct. 2005, *Draon c. France*, req. n° 1513/03 et CEDH, 06 oct. 2005, *Maurice c. France*, req. n° 11810/03, *JCP*, 2006, I, 109, n° 16, note F. SUDRE, *JCP*, 2006, II, 1006, note A. ZOLLINGER, *RTD civ.*, 2005, p. 743, note J.-P. MARGENAUD, p. 798, note Th. REVET).

⁷² Cette abstention du juge à dire le droit est sanctionnée. Ainsi, en vertu de l'article 4 du code civil ivoirien (la disposition est quasi identique pour tous les droits d'inspiration française) « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁷³ Cour sup. de Côte d'Ivoire, ch. jud., 26 av. 1986. Pour l'ensemble des faits et de la procédure suivie dans ce feuilleton judiciaire, tant devant la Cour d'appel que devant l'instance de cassation, voir *Rev. arb.*, 1989, p. 531 à 536.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

opérateurs économiques. Le protocole contenait, outre une stipulation de non concurrence à la charge du cédant, une clause compromissoire. Alléguant une violation de l'interdiction de concurrence, le cessionnaire invoqua le jeu de la clause d'arbitrage et obtint une sentence du tribunal d'Abidjan. Le cédant résista à cette sentence et demanda avec succès sa rétractation. Saisie en second ressort du litige, la Cour d'appel d'Abidjan rendit le 17 mai 1985 un arrêt⁷⁴ infirmant le jugement de rétractation. Sur le pourvoi du cédant, la chambre judiciaire de la Cour suprême conclut, le 26 avril 1986, à la cassation de l'arrêt au motif que le législateur ivoirien n'avait pas organisé l'arbitrage et qu'il n'était plus possible de recourir à la législation française à l'effet de suppléer à cette absence.

Le déni de droit renvoie aussi, dans une seconde acception, à l'attribution ou la lenteur fautive et inadmissible dans le cours des procès. Trop souvent en Afrique, l'incapacité de la justice à trancher un litige dans un délai raisonnable est fortement décriée⁷⁵. A la lenteur judiciaire, l'on peut assimiler une autre forme de déni de justice plus radicale, celle de l'impossibilité du droit au juge, plus spécifiquement, du droit à l'accès au juge⁷⁶. Il est certain qu'en Afrique plus qu'ailleurs, l'accès au juge est souvent fermé, faute de proximité entre le service public de la justice et les populations, mais aussi et surtout en raison du fort taux de cas d'impunité, qui laissent de nombreuses atteintes aux droits (notamment les droits humains⁷⁷) sans aucune sanction.

⁷⁴ La décision des juges d'appel se fondait sur les termes de l'article 631 alinéa 2 du code de commerce ivoirien (alors applicable avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme OHADA portant sur le droit commercial général) en vertu duquel « les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations de nature commerciale ».

⁷⁵ En Côte d'Ivoire, il a été créé le Tribunal du commerce, par décision présidentielle. Cette juridiction est compétente en premier et dernier ressort pour tous litiges commerciaux (y compris les procédures collectives) n'excédant pas 10 000 000 FCFA. En outre, elle est tenue de rendre une décision dans les trois mois à compter de sa saisine par le justiciable. Il est à espérer que cette juridiction gagne son pari, en respectant les délais de procédure institutionnels qu'on lui a impartis. C'est à cette seule condition qu'elle ne sera pas perçue ni comme un simple appel du pied aux investisseurs potentiels, ni encore moins comme une simple mesure politique destinée à rassurer les opérateurs économiques.

⁷⁶ V., par exemple, Louis FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, préface Marcel WALINE, Paris, LGDJ, 1964.

⁷⁷ La négation du droit à l'accès au juge est surtout prégnante dans les Etats en situation de conflit ou post-conflit (Côte d'Ivoire, Mali, Soudan, Somalie, Lybie, République démocratique du Congo. Sur cet Etat voir : <http://french.kinshasa.usembassy.gov/media/pdf/congo-democraticrepublicofeng.pdf>.

Au regard de tous les obstacles qui s'interposent dans l'expression du droit en Afrique et ce, tant au niveau de l'élaboration de la norme que, dans sa mise en œuvre, il paraît, à première vue, à la fois aléatoire et périlleux de proposer une panacée. La difficulté n'en rend que plus stimulante l'exploration de modalités susceptibles d'assurer une meilleure expression du droit en Afrique. En lieu et place d'opérer une interaction sur les conséquences tangibles du dire le droit en Afrique, donc en aval du phénomène, on pourrait proposer, plus en amont, une approche fondée sur l'élaboration de divers mécanismes méthodologiques permettant de les d'anticiper. C'est ce qui justifie l'exposé de propositions préventives de ces effets corrompus de l'expression du droit en Afrique (II).

II - Les postulats prophylactiques

Aux grands maux, les grands remèdes, a-t-on coutume de dire. Cependant, la démarche scientifique propose deux voies alternatives. Soit il s'agit de s'investir dans la recherche de solutions susceptibles d'influer sur les conséquences du phénomène. Si la méthode peut s'avérer satisfaisante à certains égards, elle présente l'inconvénient d'être sans efficacité sur les origines du mal. La pérennité de la solution n'est donc pas certaine. Soit, plus concrètement, il faut s'attacher à cerner les « racines du mal » dans la mise en œuvre du droit, donc à influencer sur ses fondements méthodologiques dévoyés.

Quoiqu'elle paraisse arbitraire, le choix d'une méthode palliative axée sur la prévention et l'anticipation des formes non souhaitables de l'expression du droit en Afrique, donc sur les axiomes méthodologiques de la mise en œuvre du droit paraît le plus approprié. Pour une meilleure mise en œuvre du droit en Afrique, deux postulats pourraient alors être proposés : d'une part, la prise en compte de la pluralité normative et disciplinaire (A), à laquelle ferait pendant l'adoption d'une approche dite *systémale* du droit par les acteurs (B), d'autre part.

A - La prise en compte de la pluralité normative et disciplinaire

Aborder la question de la pluralité des règles induit d'identifier le basculement, d'un modèle éprouvé et classique d'ordonnancement des règles, à un maillage de la normativité. Par ailleurs, la prise en compte de paramètres sociaux et de compétences inhérents à l'élaboration de la norme, voire même à sa perception par les acteurs du droit, nécessite une redéfinition des modes d'action sur la mise en œuvre du droit. Les possibilités qui pourraient s'en dégager seraient, alors, considérables. Dès lors, la prise en compte de la pluralité normative *stricto sensu* (I) appelle, également,

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

l'incursion de cette diversité disciplinaire dans la formation des acteurs juridiques (2) et dans l'accompagnement du législateur (3).

1 - Le nécessaire égard à la pluralité normative

La structuration du normativisme était, jusqu'alors, conçue autour du paradigme de la pyramide kelsénienne⁷⁸. Cette hiérarchisation du *corpus* normatif, considérée comme fondamentale dans la doctrine de Kelsen, mettait en œuvre une perception essentiellement verticale. Ainsi entendu, un système juridique « [ne serait] pas un complexe de normes en vigueur, les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures⁷⁹ ».

La construction pyramidale des règles juridiques déclinait alors, de manière décroissante, la constitution, les traités internationaux, la loi et les règlements. Cette vision moniste qui a donné ses lettres de noblesse au positivisme juridique⁸⁰ était et demeure encore aujourd'hui, à divers égards, une conception largement admise⁸¹.

⁷⁸ Néologisme dérivée du nom de H. Kelsen, lequel a élaboré cette théorie fondée sur une structure verticale de l'ordonnement normatif.

⁷⁹ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., (trad. par Ch. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, p. 266.

⁸⁰ Le positivisme juridique est une école de pensée de la théorie du droit fondée sur la conviction que seul le droit positif sécrété par les pouvoirs publics (la Loi, entendue *lato sensu*, et la jurisprudence) a une valeur juridique et constitue, en conséquence, la seule référence normative à respecter. De nombreux auteurs, plus ou moins affichés, ont contribué au succès de cette école : John AUSTIN, Norberto BOBBIO, Hans KELSEN, Jeremy BENTHAM, H. L. A. HART, Joseph RAZ, Alf ROSS, Raymond CARRÉ DE MALBERG ou Georges VEDEL.

⁸¹ Cette théorie a encore la préférence d'une partie de la doctrine : v., par exemple, D. DE BECHILLON, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », in *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif (RRJ)*, 1994, n° 1, spéc. p. 252 : « La hiérarchie [des normes] que nous nous figurons demeure cette propriété transcendante et autoritaire dite habituellement classique [la pyramide kelsénienne]; archaïque peut-être, ou académique si l'on veut. Conforme aux apparences en tout cas, et au jeu de l'édiction des normes » ; R. LIBCHABER et N. MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne », in *RTD civ.*, janv.-mars 1999, spéc. p. 232 : « La représentation pyramidale des sources du droit... continue à orienter la plupart des réflexions sur l'ordonnement juridique » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil, Introduction générale*, Paris, Cujas, 1994, spéc. p. 178 : « La hiérarchie des normes s'exprime sous la forme d'une pyramide. En partant de la règle la plus élevée, il y a la constitution, la jurisprudence constitutionnelle, la loi, la coutume et la jurisprudence, les règlements administratifs ».

Cependant, l'émergence de nouvelles variables contemporaines ont sérieusement écorné le modèle largement éprouvé de l'édifice pyramidal⁸². De fait, cette perception subit aujourd'hui une certaine déconstruction. La dynamique se perçoit d'abord, au plan international où, en raison de la souveraineté des Etats, plusieurs ordres juridiques se télescopent, se concurrencent⁸³, se neutralisent, interagissent⁸⁴, en raison de la souveraineté des Etats⁸⁵. *A contrario*, parfois, tendant vers une agglomération, elles se rejoignent, s'allient et se fondent dans une dynamique commune, entraînant une « interpénétration⁸⁶ » des systèmes ou des ordres juridiques. L'écheveau, loin d'être l'apanage de l'ordre international, se transpose au plan interne, où l'on note également un enchevêtrement normatif. Cet emmêlement se réalise d'abord entre les règles juridiques élaborées par les pouvoirs publics. Il se produit, ensuite, entre celles-ci et les productions normatives de divers organes privés, dont les illustrations contemporaines les plus topiques se déclinent dans la *lex mercatoria*. Plus récemment, la *lex electronica*, fondatrice de la *cybernativité*, permet de prolonger l'excroissance de ce mouvement largement dominé par la pratique des acteurs du cyberspace, en dépit de nombreuses tentatives, peu ou prou fructueuses, de codification aux plans interne et international.

Ainsi entendu, sans égard à l'ordre juridique considéré et indifféremment de l'environnement spatial interne ou international, l'on est passé du modèle conceptuel originaire⁸⁷ de l'ordre juridique exclusivement

⁸² De longue date, la conception radicale de la représentation pyramidale de l'édifice normatif avait suscité des réserves. A ce propos, v., par exemple, F. OST, M. Van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987 (spéc. Chapitre IV : *Création et application du droit. Structure linéaire ou circulaire du système juridique ?*, p. 183 et s.).

⁸³ H. MUIR WATT, « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris, Dalloz, 2004.

⁸⁴ Selon DELMAS-MARTY, « comme on le voit pour les organismes vivants, séparation et intégration des tâches sont coordonnées » dans l'ordre juridique, cf. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, éd. du Seuil, 2006, p. 29.

⁸⁵ Une partie de la doctrine contemporaine a pu faire valoir utilement que l'ordre juridique international, loin d'être un ordre d'intégration, conservait encore essentiellement des caractères « d'un ordre de coordination », cf. Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 209.

⁸⁶ L'expression est de Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pédone, 1964, p. 491.

⁸⁷ V. les conclusions Monsieur le commissaire du gouvernement Mattias GUYOMAR sur CE, Sect., 10 avr. 2008, Conseil national des barreaux et autres : « La pyramide

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

construit autour d'une vision pyramidale, à un ordonnancement normatif fondé sur le paradigme du réseau⁸⁸. Abordé sous cet angle, et au risque de compromettre leur raisonnement juridique, les acteurs du droit ne sauraient ignorer, dans la mise en œuvre de celui-ci, les réalités contemporaines induites par les formes contemporaines de *conflits d'ordres juridiques*⁸⁹, de *conflits de systèmes*⁹⁰, de *conflits inter normatifs*⁹¹, de *conflits*

kelsénienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques : les droits nationaux, le droit communautaire et celui de la Convention européenne. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d'être ordonné », in *RFDA*, 2008 p. 575.

⁸⁸ V. François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002.

⁸⁹ Le conflit d'ordres juridiques serait celui qui se produirait en cas de revendication de compétence de deux ou plusieurs ordres juridiques –entendus au sens d'un *corpus* normatifs généré par les pouvoirs institutionnels de l'Etat– ayant une vocation concurrente à régir une situation juridique.

⁹⁰ Le conflit de systèmes juridiques serait à rapprocher de la définition du conflit d'ordres juridiques, avec cette différence notable que les normes juridiques susceptibles d'être sollicitées à l'effet de régir la situation juridique seraient, non pas seulement par les seuls pouvoirs institutionnels de l'Etat, mais, plus largement, engloberaient un complexe de règles plus et autonome, le cas échéant, de toute assise étatique. Sur la distinction entre les conflits d'ordres juridiques et les conflits de systèmes juridiques, v. David SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 503, 2008.

⁹¹ Le conflit inter normatif est celui qui est susceptible de naître du fait de la coexistence de deux normes. Cette concurrence est susceptible de naître et ce, même matière contractuelle (cf. Lionel CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : Contribution à l'analyse normativiste du contrat*, thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, consultable en ligne à l'adresse : [http://hal-univ-avignon.archives-](http://hal-univ-avignon.archives-ouvertes.fr/docs/00/58/38/42/PDF/These_LionelCharbonnel.pdf)

[ouvertes.fr/docs/00/58/38/42/PDF/These_LionelCharbonnel.pdf](http://hal-univ-avignon.archives-ouvertes.fr/docs/00/58/38/42/PDF/These_LionelCharbonnel.pdf)). En réalité, un tel antagonisme ne serait ouvert qu'en présence de deux normes d'égale valeur, secrété par des sources différentes, mais de niveau équivalent. Tel est le cas de certaines normes secrétées par l'UEMOA et l'OHADA et qui interfèrent et se contredisent, parfois, dans le même domaine d'application (par ex., l'immunité des Etats, la règle dite du « 0 heure » en matière de point de départ de l'ordonnance de suspension des poursuites à l'égard du débiteur dans les procédures collectives d'apurement du passif), chacune des juridictions instituées par ces organisation sous-régionales (CJUEMOA, CCJA) accordant la primauté aux normes de son organisation, on aboutit, parfois, à de véritables conflits positifs ou négatifs. En raison de nombreuses critiques tant des milieux universitaires, de la pratique, que du monde politique, la tendance est au rapprochement et à la concertation de ces juridictions et ce, dans le cadre d'un *dialogue de juges*.

*interpersonnels*⁹². Cependant, cette dynamique ne pourrait être efficiente que si elle s'accompagne, dans la formation des juristes africains, d'une réelle prise en compte, voire d'une réelle conscience de la diversité disciplinaire dont se nourrit le droit (2).

2 - *L'importance de la pluralité disciplinaire dans la formation des acteurs judiciaires*

L'on observe, de plus en plus précocement, une grande importance accordée à la spécialisation dans le cursus formatif. *A priori*, l'on pourrait se féliciter de cette volonté d'assurer une parfaite maîtrise des matières dispensées. Toutefois, la viabilité et la pertinence d'une telle ambition appellent, en amont du processus, une formation de base consistante et ce, dans une configuration des disciplines juridiques la plus large possible. A tout le moins, la spécialisation ne serait envisageable qu'à l'issue d'une solide formation dans les disciplines fondamentales du droit privé et du droit public. Faute de cela, un savoir aigu du juriste dans un domaine spécifique ne serait qu'un leurre, les figures juridiques communes n'ayant pas été assimilées en connaissance initiale. La sagesse populaire renseigne qu'il vaut mieux savoir un peu de toutes les choses que tout d'une même chose.

Un autre effet pervers de cette option est son inadéquation au système juridictionnel institutionnel. En effet, la plupart des Etats africains, plus par souci de simplicité, mais aussi de réalisme et d'efficacité, ont opté pour le système d'unité juridictionnelle. Cela signifie qu'en premier ressort et au second degré, les mêmes juridictions sont compétentes pour connaître de toutes les affaires pénales, civiles, commerciales, administratives, comptables et fiscales. Or, d'une part, la spécialisation précoce dans la formation (en général, dès la troisième année de licence) ne permet pas, toujours, d'aborder toutes ces disciplines fondamentales. A cela, il s'ajoute, d'autre part, les aléas du recrutement dans les fonctions juridiques et judiciaires, lesquelles sont largement à l'avantage des profils de formation universitaire issus des filières juridiques dites des *professions des affaires*⁹³ ou des *professions*

⁹² Le conflit interpersonnel est celui qui naît du seul fait de l'existence, au sein d'une même organisation étatique (Etat unitaire, Etat fédéral), de mécanismes ou règles juridiques différentes applicables ou susceptibles de s'appliquer à des individus (du seul fait de leur ethnie, de leur condition, de leur origine ou de leur lieu de situation dans le territoire), et alors même qu'il sont confrontés à la même situation juridique.

⁹³ La filière dite des *professions des affaires* est sensée dispenser un programme de formation devant orienter l'insertion de l'étudiant, par préférence, dans le monde de l'entreprise.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

*judiciaires*⁹⁴. La conséquence immédiate de cette approche pédagogique est celle du délaissement de certaines matières, considérées comme résiduelles.

Dans cette configuration, la tentation est grande, lorsque le juge est saisi d'une cause, d'appliquer des règles juridiques qui lui sont les plus familières, principalement le fonds commun civiliste. A ce jeu, le droit public, notamment, occupe un véritable strapontin⁹⁵, en pure négation de l'existence de contentieux publics impliquant la mise en œuvre des spécificités normatives inhérentes à cette branche du droit.

C'est ainsi que, dans une espèce célèbre en jurisprudence ivoirien, le doyen Francis Wodié, critiquant l'orientation du juge ivoirien à appliquer les règles de droit commun à la responsabilité administrative, observait, avec raison, « [que] habituées à juger selon le droit civil, les juridictions de droit commun continueront, dans la facilité et leur spécialité, à soumettre la responsabilité des personnes publiques aux règles régissant les particuliers entre eux [le droit civil]⁹⁶ ».

La prise en compte des bouleversements normatifs et des nouveaux concepts et paradigmes juridiques est donc nécessaire dans l'œuvre de justice. Elle suppose, pour cela, un renforcement des capacités des acteurs chargés de dire le droit. En effet, une idoine compréhension, interprétation et application de la norme présuppose une maîtrise des différentes figures juridiques (théorie générale, concept, notions, fictions, méthodes et outils du raisonnement juridique) et des disciplines fondamentales du droit. Une bonne administration de la justice semble être à ce prix. Cette exhortation, loin de référer aux seuls individus investis des fonctions de judicature s'adresse aussi, en premier chef aux organes chargés de l'élaboration de la norme (3).

3 - *L'institution d'un accompagnement adéquat des organes d'élaboration normative*

La prise en charge des acteurs chargés des missions de *juridictio* est, certes, importante. Toutefois, elle ne pourrait être véritablement efficiente

⁹⁴ La filière dite des *professions judiciaires* a vocation à dispenser un programme de formation devant orienter l'insertion de l'étudiant, par préférence, dans le monde des activités juridiques ou judiciaires (magistrats, avocats, notaires, huissiers de justice...).

⁹⁵ C'est qu'en général, l'on se fait à l'idée que les filières privilégiant la formation juridique axée sur le droit public destinent, exclusivement, à tout le moins essentiellement, à des fonctions dans l'administration (administration publique proprement dite, douanes, impôts, trésor, diplomatie...).

⁹⁶ Cf. F. WODIÉ, « Commentaire sur l'arrêt du 10 avril 1968 de la Cour suprême, affaire Etat de Côte d'Ivoire c/ Groupement français d'assurances », in *Bulletin de la Cour suprême de Côte d'Ivoire*, numéro spécial, Imprimerie nationale, Abidjan, 1969, p. 17).

que si elle est menée en synergie avec la formation concomitante des autorités consacrées dans l'élaboration du droit (l'exécutif, mais aussi et surtout le législatif). Certes, dans la plupart des systèmes juridiques des Etats africains, l'initiative et l'élaboration des lois appartiennent concurremment aux pouvoirs exécutif et législatif. Cependant, il n'est pas certain que la maîtrise des outils fondamentaux de la légistique⁹⁷ (entendue dans ses composantes de légistique formelle⁹⁸ et de légistique substantielle⁹⁹) soit un acquis.

De fait, l'on aboutit, bien souvent, à des offres normatives floues, inintelligibles, défailtantes en concision, précision et clarté, voire parfois contradictoires dans leurs contenus et en regard de règles juridiques préexistantes. Cette lacune dans l'énoncé de la loi s'expliquerait, aussi, par le profil du parlementaire africain, plus volontiers désigné par la souveraineté populaire sur des critères partisans de popularité ou d'appartenance politique que sur des pré requis intellectuels en matière d'analyse d'un texte de loi.

Bien évidemment, il n'est guère sujet de bouleverser les conditions devant présider au choix des représentants du peuple. Mais, plus simplement, il s'agit de proposer une voie alternative à leurs carences réelles ou supposées et ce, tant dans la conception que dans l'élaboration ou l'adoption des règles juridiques. Une voie palliative pourrait être recherchée dans l'effectivité de la prise en compte des outils de la légistique. Plus concrètement, elle pourrait consister à affecter des assistants-juristes au législateur. Afin d'assurer la viabilité du système, le statut (attribution, rémunération) de ces personnes ressources auxiliaires dans l'œuvre normative devrait être institutionnel, c'est-à-dire faire l'objet d'un cadre juridique défini par les autorités publiques. Ces assistants-juristes parlementaires auraient pour mission principale, mais non exclusive, d'expliquer aux parlementaires auxquels ils seraient rattachés les enjeux des

⁹⁷ La légistique pourrait être qualifiée de science appliquée mettant en œuvre l'ensemble de la démarche intellectuelle devant présider à l'élaboration de la loi (entendue *lato sensu* : loi, règlement). Elle poursuit la recherche des meilleures méthodes de conception, de rédaction, de publication et d'effectivité de la norme. Sur cette vaste question, v. *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, in *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, numéro spécial, juin 2008, n° 10 ; *Guide de légistique*, consultable en ligne à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>.

⁹⁸ La légistique formelle devrait répondre à la préoccupation que la *norme envisagée* soit *bien faite*, c'est-à-dire qu'elle réponde à des critères de rédaction clairs, simples, précis, concis, intelligibles et corrects du point de vue de la syntaxe.

⁹⁹ La légistique substantielle devrait résoudre la préoccupation que la *norme envisagée* soit *nécessaire*, c'est-à-dire qu'elle réponde à un vrai besoin et qu'elle soit adaptée, en regard du contexte social et du vide normatif préexistant.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

codifications envisagées, et de préparer les textes, en respectant les standards minimaux de légistique.

Au regard de ce qui précède, la prise en compte de la pluralité normative et disciplinaire serait un atout certain dans l'expression qualitative du droit. La mise en œuvre efficiente du droit devrait, également, s'appliquer à définir une nouvelle approche méthodologique dans l'analyse juridique. La méthode dite de *l'analyse systématique* pourrait être une voie féconde d'exploration (**B**).

B - L'adoption d'une approche analytique dite « systématique »

L'analyse « systématique »¹⁰⁰ du droit est un néologisme qui réfère à concept encore en gestation, mais résolument novateur et digne d'intérêt quand aux enjeux qu'il est susceptible d'apporter et ce, tant dans la production que dans la compréhension du droit et, plus généralement, des phénomènes juridiques. L'analyse systématique résulte de la symbiose de deux méthodes prospectives classiques : l'analyse structurale¹⁰¹ et l'analyse systémique¹⁰². Le procédé a, donc, vocation à intégrer, fusionner ces deux

¹⁰⁰ L'analyse systématique postule donc une synergie des méthodes de l'analyse structurale et de l'analyse systémique. Pour des applications en droit, v. not. M. Delmas-Marty, « L'analyse systématique et la politique criminelle », in *APC*, 1985, n° 8 ; Andrée LAJOIE, *Dans l'angle mort de l'analyse systématique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004 ; Pierre NOREAU, Louise ROLLAND (dir.) *Mélanges André LAJOIE*, éd. *Thémis*, 2008, spéc. PART II-B (*La détermination du sens : l'herméneutique, la rhétorique et l'analyse systématique*), p. 333 et s. ; Gérard TIMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans A. LAJOIE et alii (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruylant, 1998, p. 100 et s. ; G. VANIER, *Argumentation et droit : Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001.

¹⁰¹ L'analyse structurale est l'examen d'un phénomène selon les principes de la systémique, c'est-à-dire l'étude de la donnée envisagée isolément, en regard de sa seule structure et de son contenu, et abstraction faite de toute interférence ou interaction extérieure. Pour des applications en sciences humaines, v. Alexis FERRAND, *Confidents. Une analyse structurale de réseaux sociaux*, éd. L'Harmattan, coll. *Logiques sociales*, 2007 ; Vincent LEMIEUX, Mathieu OUMET, *L'analyse structurale des réseaux sociaux*, Presses de l'Université de Laval, coll. *Méthodes des sciences humaines*, 2004 ; Anne PIRET, Jean NIZET, E. BOURGEOIS, *L'analyse structurale. Une méthode d'analyse de contenu pour les sciences humaines*, éd. De Boeck, coll. *Méthodes en sciences humaines*, Bruxelles, 1996 ; Pierre LANNOY, *L'analyse structurale*, consultable en ligne à l'adresse http://homepages.ulb.ac.be/~pilannoy/SOCA-D-467_Analyse-structurale-theorie.pdf.

¹⁰² L'analyse systémique est l'examen des phénomènes juridiques selon les principes de la systémique, c'est-à-dire l'étude d'un phénomène en prenant en compte non le fait en soi, mais plutôt son environnement, ses interactions possibles, voire son fonctionnement d'ensemble et ses finalités. Elle invite, donc, à l'interdisciplinarité.

méthodes de recherches, afin de les mutualiser, et pour dégager une voie innovante d'exploration juridique fondée sur un schéma de type circulaire. Dans cette configuration, il serait aisé de partir d'une approche du général au particulier et vice versa, dans une sorte de mouvement ininterrompu. La seule limite à cette méthode d'analyse serait l'exigence d'un ordonnancement des prémisses fondée sur la cohérence¹⁰³ d'ensemble et non sur de simples lois logiques¹⁰⁴.

Sur la question, v. Dominique BERIOT, *Manager par l'approche systémique*, éd. Organisation, 2006 ; Daniel DURAND, *La systémique*, Paris, PUF, 1979 ; Antoine GAUTIER, *Un guide de mise en œuvre de l'approche systémique, un exemple d'application en histoire*, 6^e Congrès européen de sciences des systèmes, Paris, 19-22 septembre 2005 ; Jean-Pierre MEUNIER, *Approches systémiques de la communication : systémisme, mimétisme, cognition*, éd. De Boeck Université, Bruxelles, 2003 ; Jean-Louis LE MOIGNE, *La théorie du système général Théorie de la modélisation*, Paris, PUF, 1977 ; Jean-Louis LE MOIGNE, *La modélisation des systèmes complexes*, Bordas (Dunod), 1990 ; Jacques PLUYMAEKERS (dir.), *Familles, institution et approche systémique*, éd. ESF, coll. Sciences humaines appliquées, Paris, 1989.

¹⁰³ La cohérence serait une « harmonie logique entre les divers éléments d'un ensemble d'idées ou de faits » (cf. le *Petit Larousse Compact*, éd. 2000, p. 231, v^o *cohérence*) et postule à la réalité de l'ensemble.

¹⁰⁴ La *logique* serait « la science du raisonnement en lui-même, abstraction faite du de la matière à laquelle il s'applique et de tout processus psychologique » (cf. le *Petit Larousse Compact*, éd. 2000, p. 603, v^o *logique*). Les lois logiques seraient, quant à elles, un « ensemble de formules représentant un enchaînement de propositions dans un discours vrai en tout état de cause, c'est-à-dire indépendamment de la vérité ou de la des propositions quoi y figurent psychologique » (cf. le *Petit Larousse Compact*, éd. 2000, p. 603, v^o *logique*, 2^e sens). La logique en tant que méthode explorant le raisonnement juste et méthodique a été mise en exergue par Aristote (logique aristotélicienne), notamment à travers le *syllogisme*. L'un des plus célèbres syllogismes d'Aristote a été formulé au sujet de Socrate : « tous les hommes sont mortels ; or, Socrate est un homme ; donc Socrate est mortel ». Mais, de manière générale, l'on pourrait dégager deux types de logiques. Il s'agit d'abord de la *logique formelle* : elle s'attache au seul ordonnancement des lois logiques, indépendamment de l'exactitude ou de la fausseté des propositions qui y figurent. La principale critique à cette perception de la logique (articulée notamment par les sophistes) est qu'elle peut parvenir à des résultats en apparence logiques, mais réellement absurdes et ce, simplement en bouleversant l'ordre des prémisses ou postulats. Un exemple : « tout ce qui est rare est cher ; or, un cheval bon marché est rare ; donc un cheval bon marché est cher » ! A l'évidence, ce syllogisme, logique en apparence, est, cependant, absurde dans sa déduction. Il s'agit par ailleurs la *logique substantielle* : au-delà de l'agencement des lois logiques, cette méthode privilégie la cohérence et la vérité des propositions.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

L'analyse systémale pourrait être proposée comme méthode prophylactique à la qualité de l'expression du droit en Afrique, au triple plan de sa perception en tant qu'outil d'interprétation du droit (1), de mode de création normative (2) et de perspective de sociologie du droit (3).

1 - L'analyse systémale comme méthode alternative d'interprétation du droit

La mission la plus exaltante mais aussi la plus redoutable dans l'œuvre de *juridictio* est l'*interprétation normative*¹⁰⁵. L'interprétation peut être entendue en tant qu'une démarche intellectuelle, une « opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur¹⁰⁶ ». Interpréter, c'est, donc, donner un sens à la règle, une signification, un contenu. En théorie, en vertu de l'adage « *interpretatio cessat in claris* », le juge devrait s'abstenir de procéder à toute glose de la règle juridique claire et précise. Toutefois, en pratique, il est difficile d'être confronté à la « norme juridique parfaite », c'est-à-dire non susceptible d'ambiguïté dans sa signification. En effet, tant de situations aiguïssent la tentation du juge à modeler la règle : définition et signification des termes employés, ponctuation, grammaire et autres syntaxes de la règle juridique.

A cela, il s'ajoute le fait qu'il ne soit pas toujours possible de déterminer ni l'intention, ni le sens, ni encore moins la portée que l'organe ayant édicté la norme aurait voulu lui donner¹⁰⁷. La tentation est alors grande, pour le juge, de s'affranchir de l'adoration béate de la loi pour lui donner la quintessence qu'elle lui inspire. A propos de cette défiance au fétichisme de la loi, Carbonnier observait, déjà, que « l'interprétation est la forme

¹⁰⁵ De nombreuses études ont été consacrées à l'interprétation de la norme juridique : v. not. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1919 ; E.-P. HARA, *Langage juridique et interprétation littérale envisagée sous l'angle de la possibilité d'une méthodologie pour l'interprétation des lois*, thèse, Paris, 1977 ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Lyon, 1947 ; Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse, Paris II, 1988 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation du droit*, éd. Bruylant, 1989 ; A. RAYNOUARD, *Cent ans de méthodes d'interprétation du droit privé positif*, Dalloz, 2000, n° 1, p. 5 à 7 ; J. STAROBINSKI, *Sur l'histoire de l'herméneutique, le temps de la réflexion*, 1980.

¹⁰⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., Quadrige/PUF, 2007, p. 510, v° interprétation.

¹⁰⁷ A cela, l'on pourrait stigmatiser, chez les pouvoirs publics africains, l'absence « pathologique », à tout le moins l'inaccessibilité des travaux préparatoires ayant présidé à l'élaboration des textes. Cette carence rend vaine toute tentative de recherche de l'intention et des finalités qui ont guidé l'organe d'édiction de la norme.

intellectuelle de la désobéissance ». De fait, si l'application de la loi demeure l'office principal du juge, celle de l'interprétation en constitue l'accessoire indispensable.

Dans cette perspective, l'analyse systématique ne serait point une énième méthode d'interprétation dans l'inventaire des procédés de glose normative¹⁰⁸ existantes. Plus concrètement, elle transcenderait la libre recherche scientifique¹⁰⁹ fondée sur l'exploration paroxystique de « l'au-delà du code », avec une valeur et portée normatives aléatoires¹¹⁰, et dont les possibles excès sont évidents. De même, elle surclasserait la méthode dite *métatextuelle* dont l'économie réside dans l'observation suivante de Saleilles : « au-delà du code, mais par le code... Ce à quoi nous tenons le plus, c'est l'au-delà. Il sera difficile, désormais, que cet au-delà ne devienne le mot d'ordre de tous les juristes¹¹¹ ». Il ne s'agit pas en effet, en analyse systématique, de donner libre cours aux humeurs des acteurs chargés d'exprimer le droit, mais plutôt

¹⁰⁸ Il existe, en effet, plusieurs méthodes d'interprétation : *littérale*, elle s'attache à la lettre du texte ; *exégétique*, elle s'efforce à dégager l'intention de l'auteur du texte ; *téléologique*, elle poursuit la détermination de la finalité de la règle (cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., *Quadrige/PUF*, 2007, p. 510, v^o *interprétation*, 2^e sens). A cela, l'on ajoutera utilement la *libre recherche scientifique* proposée par GÉNY (le juge pourrait s'affranchir de toute norme pour rechercher, guidé par son bon sens et l'équité, la meilleure solution à donner au litige) et la *méthode métatextuelle* mise en exergue, notamment, par SALEILLES et qui semble avoir la faveur du droit positif actuel (l'interprétation aurait pour point de départ, certes, la norme elle-même, mais avec une vocation à s'en affranchir et à privilégier l'analyse personnelle).

¹⁰⁹ Cf. François GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1919. La thèse défendue par GÉNY a été reprise, en grande partie, dans son ouvrage *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1914 à 1924 (4 tomes).

¹¹⁰ L'un des points culminants dans la théorie de GÉNY (que Philippe JESTAZ a qualifié de « compromis Gény ») consistait à soutenir que l'œuvre de libre recherche scientifique était conférée tant à la doctrine qu'à la jurisprudence, leur permettant, ainsi, d'exercer un pouvoir social considérable. Cependant, ni l'une ni l'autre de ces autorités ne sauraient être considérées comme sources du droit : pour cet auteur, autant la production doctrinale que l'œuvre prétorienne demeurent extrinsèques aux sources formelles du droit. De fait, doctrine et jurisprudence n'auraient qu'un rôle tertiaire, à tout le moins secondaire, voire dans la nomenclature des sources du droit. On voit, là encore, ressurgir le fétichisme de la loi.

¹¹¹ Raymond SALEILLES, préface de l'ouvrage de F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique* (v^o in fine de la préface) ; v. aussi Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Lyon, 1947.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

d'orienter leurs décisions, au terme d'une démarche prospective rigoureuse et en regard à l'environnement juridique préexistant.

Une illustration pourrait être donnée de la mise en œuvre du système : le code de procédure civile ivoirien¹¹² prescrit l'intervention obligatoire du ministère public, dans certains litiges déferés aux juridictions (notamment, celles mettant en cause l'ordre public, les collectivités publiques, le droit foncier, l'état des personnes où la nationalité). Or l'institution de cette formalité s'est révélée, à la pratique¹¹³ source de lenteur et d'engorgement inutiles¹¹⁴ des tribunaux et a fait le lit d'une administration plus que discutable de la justice.

En pratique, devant l'inertie du parquet, la poursuite normale de la procédure se trouve paralysée, sans autre possibilité pour le juge que d'attirer aimablement l'attention des « magistrats debout » sur l'urgence de l'affaire. C'est que l'obligation pour le tribunal de communiquer la procédure et l'absence de conclusions écrites du ministère public sont sanctionnées par la nullité de toutes décisions rendues au mépris de ces prescriptions.

Cependant, dans une perspective systémale, on pourrait envisager que cette lenteur injustifiée viole le principe constitutionnel¹¹⁵ du *droit à un procès équitable*¹¹⁶, notamment dans sa déclinaison du *droit de voir sa cause*

¹¹² Il s'agit de l'article 106 nouveau du code de procédure civile, commerciale, administrative et fiscale.

¹¹³ A l'origine, cette prescription semblait avoir été dictée par le choix du législateur de permettre un meilleur éclairage des juridictions par une partie autre que les plaideurs intéressés au premier chef par la procédure.

¹¹⁴ En effet, bien souvent et ce, à l'issue d'une longue attente, les conclusions écrites du ministère public se résument par la formule aussi lacunaire : « le ministère public s'en rapporte » ! Autrement dit, le juge, pour lequel la communication du litige au parquet était sensé apporter un éclairage nouveau et indépendant des parties sur l'affaire, était renvoyé à la sagesse de ses seules lumières pour nourrir les motifs de son délibéré.

¹¹⁵ Le préambule de la constitution ivoirienne, lequel a valeur égale et fait corps avec ses dispositions, « proclame son adhésion aux droits et libertés tels que définis dans la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ; Exprime son attachement aux valeurs démocratiques reconnues à tous, les peuples libres... ». L'article du texte fondamental réaffirme implicitement ces exigences du procès équitable : « toute personne a droit à un libre et égal accès à la Justice ». Par ailleurs, et ce, de manière surabondante, la Côte d'Ivoire est partie à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (l'art. 7-1.d/ inscrit le droit à un procès équitable au rang de ses priorités) et à la déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU (cf. art. 10 relatif au droit à un procès équitable).

¹¹⁶ Il est unanimement admis et ce, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que le droit à un procès équitable implique nécessairement les trois volets suivants : le droit d'accès

entendue et être jugée dans un délai raisonnable. Vu sous cet angle, la sanction de nullité qui frapperait une décision rendue sans le secours du parquet serait privée d'efficacité et ce, en raison de sa paralysie par un principe supérieur. En effet, en raison de la prééminence incontestable des normes constitutionnelles sur les lois ordinaires, le juge serait fondé, juridiquement, à passer outre l'inertie du parquet et à rendre une décision nécessairement valable et en temps opportun.

A l'interprétation proprement dite, on pourrait assimiler l'adaptation du texte. En effet, pour tenir compte du contexte spatiotemporel d'application de la norme, il s'avère souvent nécessaire à la société de les approprier concrètement. Ainsi, s'agissant par exemple des textes métropolitains réceptionnés lors de l'accession des colonies à la souveraineté internationale (en vertu de l'application de plein droit ordinaire ou de la spécialité législative), il est évident que le juge, dans la mise en œuvre desdits textes, devrait les « tropicaliser », c'est-à-dire les accommoder aux contingences de son environnement. C'est ce que rappelle, avec force, la Cour d'appel de Libreville, dans un arrêt en date du 8 janvier 1963. La juridiction observe, opportunément, que « l'indépendance du Gabon n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française, mais de les nationaliser au sens gabonais¹¹⁷ ».

A l'identique de l'interprétation normative, la méthode systémale pourrait être également convoquée, pour suppléer la carence normative auquel pourrait être confronté le juge (2).

2 - L'analyse systémale comme méthode de création prétorienne

Certes, le législateur (entendu au sens large) s'emploie, à l'énergie, à dégager des règles pour régir chaque circonstance factuelle. Cependant, il est un truisme que la prolifération des situations constitue un handicap sérieux pour lui et ce, en regard de sa capacité à anticiper les phénomènes susceptibles de faire l'objet d'un encadrement normatif. Ramenées à l'échelle du législateur africain, ces contingences sont plus prégnantes, car le contexte de mondialisation des échanges induit de nouveaux paradigmes et besoins de

à un tribunal ; le droit à une bonne justice, c'est-à-dire une bonne organisation du service de la justice, et le droit de voir sa cause entendue dans un délai raisonnable et ce, dans le respect des principes de publicité, d'indépendance, d'impartialité et de célérité ; et enfin le droit à l'exécution de la décision, prérogative sans laquelle le droit d'accès au tribunal et le droit à une bonne justice ne seraient d'aucune utilité. Sur la question, v. aussi Y. DELICOSTOPOULOS, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, thèse, Paris-II ; S. GUINCHARD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », in *Petites affiches*, 1999, n° 72, p. 4 et s.

¹¹⁷ Cour d'appel de Libreville, 08 janv. 1963, in *Penant*, 1963, p. 548 et s.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

régulation dont les enjeux lui étaient jusqu'alors inconnus ou, à tout le moins, difficilement perceptibles. Ces nécessités sont, avant tout, d'ordre purement sociale (nouvelles formes de vie familiale tels Pacs, mariage gay, adoption d'enfants par ces formes d'union, problèmes des mères porteuses, de procréation médicalement assistée, euthanasie, de clonage humain, de dons d'organe, de bioéthique...). Mais elles sont, aussi et surtout, d'ordre économique (biotechnologie, concurrence, économie numérique, finance et monétique, environnement, transports multimodaux, propriété intellectuelle, télécommunication...).

Engorgé dans cette spirale, l'appareil législatif, en raison de sa lourdeur, ne permet pas un temps de réaction toujours approprié. Cependant, cette carence, source de *vacuum juris*, ne saurait tolérer une éventuelle esquive du juge, qui s'expose à la sanction du déni de justice. Aussi, par la force des occurrences, le juge est-il amené, bien des fois, à se convertir en *jurislateur*. Une doctrine autorisée¹¹⁸, s'inquiétant des excès potentiels du système, a critiqué, avec raison, les inconvénients qu'un tel pouvoir normatif soit à la portée du prétoire. Cependant, l'inquiétude suscitée par l'exercice dévoyé d'une prérogative ne saurait suffire, à elle seule, à remettre en cause son utilité pratique. Ainsi, dans une perspective systémale, la référence à des modèles pertinents, peu ou prou lointains, pourrait nourrir la religion du juge. L'excès tant redouté pourrait être contenu, dès lors que la solution prétorienne, inspirée et retenue, pourrait servir de base d'expérimentation à un éventuel revirement jurisprudentiel, voire à une inspiration législative.

La jurisprudence ivoirienne nous offre, à cet effet, un exemple de cette application, dans la seconde espèce de l'affaire *Omais c/ Tallal*¹¹⁹. Il convient

¹¹⁸ Jean RIVERO. Selon l'auteur, « le droit [...] a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi il a, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des temples la règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimal de tous les arbitraires : l'imprévisibilité », in « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Dalloz*, 1951, *chron.*, p. 3 et s.

¹¹⁹ Cour suprême de Côte d'Ivoire, formation plénière et solennelle, 4 avril 1989, in *Revue ivoirienne de droit économique et comptable (RIDEC)*, n° 7, juillet 1989 (v. les notes de J.C. BEAUJOUR, « La renaissance de l'arbitrage commercial en Côte d'Ivoire. Réflexions sur l'arrêt de principe rendu le 4 avril 1989 dans l'affaire Omais c/ Talal », in *Revue ivoirienne de droit économique et comptable (RIDEC)*, n° 7, juillet 1989, p. 5 et s. ; et de L. IDOT, « La Cour suprême et la réglementation de l'arbitrage en Côte d'Ivoire: à propos de l'arrêt du 04 avril 1989 », in *RIDEC*, n° 7,

de rappeler que dans ce litige relatif à la mise en œuvre d'une clause compromissoire convenue entre deux commerçants, la législation ivoirienne n'avait pas encore organisé l'arbitrage. Cependant, l'assemblée plénière de la Cour suprême ivoirienne, conjurant le déni de justice, a pu estimer que « [...] s'il est constant que le code de procédure civile, commerciale et administrative n'a ni prévu, ni organisé l'arbitrage, il est non moins constant que pour l'application dudit texte, les juridictions ivoiriennes ont recours soit aux principes généraux du droit, soit aux dispositions du livre III du code de procédure civile français à titre de raison écrite [...] ». En dépit des quelques critiques¹²⁰ suscitées par cette décision emprunte de pragmatisme, la haute juridiction ivoirienne a eu le mérite de mettre en exergue l'interaction et l'influence respectives¹²¹ des ordres et systèmes juridiques contemporains. *Last but not least*, les applications de la méthode systémale pourraient être éprouvées, en tant que ferment de la science du droit (3).

juillet 1989, p. 11 et s. ; *Rev. arb.*, 1989, p. 530, note L. IDOT ; *Rec. PENANT*, 1990, p. 142 et s., note L. IDOT ; *JDI*, 1991, 1038.

¹²⁰ Selon un auteur, « [...] cette décision, qui ne fournit aucune précision sur la notion de raison écrite, paraît pour le moins surprenante. Elle méconnaît, à n'en pas douter, l'indépendance de la Côte d'Ivoire et son corollaire obligée, la souveraineté qui fait obstacle à l'applicabilité du droit français [...] » in R. DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, éd. 1990, p. 31

¹²¹ C'est ainsi que, après plusieurs hésitations, l'*estoppel* (principe général de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui), d'essence anglo-américaine, a été favorablement reçu outre-manche et est, depuis lors, fréquemment invoqué par les juridictions françaises : cf. V. par ex : com., 11 mars 1997, pourvoi n° 95-16.853, inédit, (cité par H. AUBRY, in « L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, 2005, p. 627, note 46 ; com., 17 juill. 2002, *RTD civ.*, 2002, 93, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; cass. com., 8 mars 2005, *Dalloz*, 2005, panor., 2843, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC*, 2005, 1015, obs. D. MAZEAUD ; *Rev. Lamy Droit civil*, juill.- août 2005, p. 5, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.*, 2005, 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; ass. plén., 27 fév. 2009, pourvoi n° 07-18841, *Légifrance* ; cass. com., 20 sept 2011, pourvoi n° 10-22.888, *Bull* n° 753, p. 32. Sur l'abondante bibliographie consacrée à l'*estoppel*, on citera, notamment : O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse, Lyon, 1990 ; H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit français », *Mél. Y. Loussouarn*, *Dalloz*, 1994, p. 303 et s. ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en droit privé*, *PUAM*, 2001 ; M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, éd. *Economica*, 2001 ; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, éd. Société de législation comparée, 2007.

Prolégomènes pour une épistémologie du droit

3 - *L'analyse systémale comme mode d'impulsion de la science du droit*

La régulation des comportements humains est de plus en plus tributaire de plusieurs variables intrinsèques à l'Etat, mais exacerbées par l'interconnexion des sociétés humaines. Dans cet écheveau, l'Etat doit affirmer son autorité, en contrôlant l'existant. Cependant, concomitamment, il doit aussi anticiper les évolutions et les divers changements inéluctables dans son organisation. La vocation et l'enjeu d'un arsenal juridique de qualité et de sa mise en œuvre opportune prennent alors tout leur relief. L'approche systémale permettrait d'intégrer une nouvelle dynamique juridique. Ainsi, loin de se cantonner à la perception première du phénomène juridique, elle revendiquerait une prospective fondée sur l'institution d'une véritable science du droit. Dans cette configuration, l'on partirait du présupposé que la perception d'un droit dogmatique est inapte, à elle seule, à affranchir l'Etat d'un *hiatus* entre son mode de régulation et de régence et la réaction sociale.

La science du droit incorporerait, alors, à la fois des éléments de droit pur, mais aussi de sociologie et de philosophie du droit, dans une interdisciplinarité de la matière. Le droit ne se résumerait plus à une préhension dogmatique, mais à un œcuménisme des valeurs, sociales, économiques, éthiques, philosophique, et à une influence potentielle des valeurs autres que celles du for.

Ainsi conçue, l'approche qualitative de l'expression du droit serait fondée sur une double représentation en amont et en aval.

L'amont du processus référerait à la conception de la norme. Cette phase du processus serait fondée sur la nécessité de la loi, c'est-à-dire sur l'impératif qu'elle réponde à un besoin effectif de régence et non à la tentation d'un effet de mode, laquelle envie non seulement serait le motif, mais aussi la conséquence de l'exubérance législative et réglementaire. Autrement dit, il serait interdit d'interdire quand cela n'est pas vraiment indispensable.

A ce stade de la conception normative, l'implication des acteurs sociaux (singulièrement, la « société civile ») dans le processus de prise de décision pourrait être un atout, notamment, afin de juger de l'impact potentiel de la loi et d'éviter le rejet d'une norme surannée à peine conçue. Telle semble être l'une des conditions de la stabilité de la loi. En tous les cas, elle s'inscrit dans les critères des sociétés dites démocratiques.

L'aval du processus renverrait à l'élaboration normative proprement dite et à ses suites. L'édiction normative devrait être guidée par les impératifs de normativité réelle. La règle juridique élaborée devrait, effectivement, ordonner, interdire et sanctionner. A défaut de prescriptions assorties de châtiments, la norme secrétée, sorte de « droit mou », n'aurait aucune vocation de régence. En outre, la règle élaborée devrait se distinguer par sa

cohérence interne et externe, mais aussi par sa lisibilité, c'est-à-dire par sa clarté, la précision de ses termes, la concision des formulations et la correction de la syntaxe. Sommes toutes, l'objectif d'intelligibilité de la loi devrait gouverner son édicition.

De la même manière, les suites de l'élaboration de la norme juridique devraient être évaluées à l'aune de la stabilité de la règle. Cette exigence induit l'acceptation de la norme par le corps social. Mais cela suppose son information sur l'existence de la règle et sur les raisons et les finalités poursuivies par sa mise en œuvre. L'accessibilité de la norme, qui implique une communication des pouvoirs publics sur la Loi, est donc un enjeu majeur. La capacité des populations à s'informer, à comprendre et éventuellement à contester la norme doivent être assurées. De ce point de vue, en Afrique plus qu'ailleurs, l'intervention des *parajuristes* pourrait être un atout considérable dans l'édification des populations. Les supports audio, écrits et oraux et numériques d'explication, de diffusion et vulgarisation de la loi devraient être disponibles. Ce faisant, l'accès au droit, tant pour les acteurs de sa mise en œuvre que pour ses destinataires, de même que son respect devraient s'en trouver facilités.

*

* *

Le point de chute de cette contribution se passerait, volontiers, de longs développements. Le frontispice de Boileau récapitule éloquemment les exigences à satisfaire pour la bonne expression du droit en Afrique. Il reste à souhaiter que les pouvoirs publics africains s'imprègnent davantage des standards normatifs consacrés tant dans la définition de la règle juridique que dans sa mise en œuvre.

De plus en plus, il est acquis que les qualités de la loi et de sa mise en œuvre sont filles de sa simplification et facteurs de son respect et de son efficacité. Ainsi, à l'opportunité et l'intelligibilité de la norme devraient faire pendant son accessibilité et son ouverture aux influences exotiques. On pourrait, ainsi, se prémunir contre un droit vaporeux dans son élaboration et problématique dans son application.

C'est en concédant ces exigences minimales que l'on pourrait prétendre à la sécurité juridique en Afrique. De ce point de vue, l'épistémologie juridique, dans sa perception analytique systémale, pourrait largement y contribuer. Telle est la conviction de l'auteur de ces lignes. Puisse-t-elle être partagée.

**ECRIRE, DIRE ET COMPRENDRE LE DROIT ADMINISTRATIF
EN AFRIQUE. UNE APPROCHE JURIDIQUE
ET SOCIOLOGIQUE**

**par Demba Sy,
maître de conférences agrégé à la Faculté des science
juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Le droit administratif est un héritage de la colonisation. A l'indépendance, les Etats africains francophones ont mis en place des systèmes nationaux de droit administratif en reprenant les éléments de base du droit administratif français. Il s'agit d'abord des concepts fondamentaux. Il en est ainsi de la notion de service public, de la notion de personne publique, de la spécificité du droit administratif etc. De même on y retrouve les théories fondamentales du droit français : théorie du contrat, de la responsabilité, de l'acte unilatéral, des principes généraux du droit, du recours pour excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation etc. Il s'agit ensuite des techniques et procédés juridiques : acte individuel, règlement, pouvoir hiérarchique, tutelle, recours contentieux, retrait des actes administratifs, annulation etc. On est là en présence d'un macro-mimétisme en ce sens que c'est tout le système de droit administratif français, y compris la philosophie libérale et la culture juridique et administrative française qui le sous-tendent.

Ce droit est repris dans un contexte national différent aussi bien au plan économique, socioculturel, politique qu'institutionnel et dans un contexte international en pleine mutation. Le droit administratif étant un droit étatique, son évolution et son développement sont liés à ceux de l'Etat. En Afrique, ce droit administratif qui est né dans un contexte particulier marqué par l'interventionnisme économique et social et l'existence de régimes présidentiels et dictatoriaux, avait du mal à se développer. L'Etat a subi des transformations à partir des années 1990 avec la démocratisation des systèmes politiques, l'instauration de l'Etat de droit, la protection des droits et libertés et l'avènement d'un régime économique libéral. Le contexte a changé ; le droit a évolué avec le contexte. On assiste à une réhabilitation, voire à une renaissance du droit administratif en Afrique.

On peut alors se demander ce que dire, écrire et comprendre le droit administratif veut dire. A première vue, dire le droit renvoie à l'office du

juge, c'est rendre la justice. Cependant, l'expression aura un sens différent lorsqu'elle est associée à d'autres substantifs comme écrire et comprendre.

En effet, le droit, en tant que langage, est essentiellement un univers de significations et de messages. Lorsque le législateur adopte un texte de loi, il c'est un message à la population. Il en est de même du juge quand il interprète un texte législatif ou réglementaire et quand il tranche un litige en rendant une décision. Ce message doit être entendu et compris. C'est de cette nature communicationnelle du droit dont il sera question. C'est ainsi que dire et écrire le droit administratif renvoie au message, à la production du droit par le législateur et le juge (I). Comprendre le droit administratif renvoie au message à la réception du message, à sa connaissance et à sa compréhension par les citoyens (II).

I – Dire et écrire : le problème de la production du droit administratif

La production du droit administratif renvoie aux conditions de sa formation, c'est-à-dire aux sources du droit. Les sources peuvent être écrites lorsqu'elles proviennent du législateur ou non écrites, lorsqu'elles proviennent du juge.

A - Par le législateur : droit écrit

Le législateur au sens large incluant le pouvoir exécutif a tout d'abord joué un rôle essentiel dans l'élaboration du droit administratif aussi bien d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif. Le droit écrit possède des vertus et subit des contraintes.

1 - Vertus du droit écrit

Le droit hérité de la colonisation a été nationalisé puis rationalisé par le procédé de la codification. Cet apport est notable aussi bien d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif. La codification comporte, selon la doctrine, trois vertus : elle permet de faciliter l'office du juge du fait de la non-spécialisation des juges en droit administratif dans le système sénégalais d'unité de juridiction ; elle aiderait l'administration dans sa tâche dans la mesure où elle ne se référerait qu'à un seul texte et pourrait s'appuyer sur des règles précises posées par le législateur ; enfin elle apporterait un élément de sécurisation pour les administrés.

Selon la doctrine, le mode de formation du droit qui aboutit au droit écrit se caractérise par son caractère autoritaire et centralisé car édicté par l'administration ou le législateur. Il peut arriver que le processus de création du droit écrit résulte d'une négociation (agrément). Le droit écrit se caractérise par sa certitude plus grande mais il a un inconvénient : la rigidité. Mais quelquefois il peut subir de nombreuses modifications (lois sur les

Ecire, dire et comprendre le droit administratif

entreprises publiques, lois sur la fonction publique, code des impôts) et présenter une certaine souplesse.

Le droit écrit a une double fonction pédagogique et normative. D'abord, une fonction pédagogique car quand une loi est adoptée, elle est publiée. Cela va donner lieu à des explications. Sa publication au *Journal Officiel* permet une information du public. Le droit écrit peut aussi lutter contre les comportements déviants notamment la lutte contre la corruption (code des marchés publics). Ensuite une fonction normative au sens sociologique car le droit écrit va fournir aux fonctionnaires et au public une norme de référence sociale et en même temps juridique (hiérarchie des normes). Cette fonction vise l'édification de l'Etat et l'unification de la société.

2 - Contraintes du droit écrit

Le législateur est confronté à des difficultés. Il ne dispose pas assez de marge pour produire un droit administratif adapté.

Il y a d'abord des contraintes liées à la réception du droit français. Le législateur a repris les textes et même quelquefois la jurisprudence française. Il est remarquable de constater que le droit de la fonction publique, le droit domanial public, le droit de l'organisation administrative, le droit des collectivités territoriales ainsi que le droit des entreprises publiques sont d'origine législative. On peut y ajouter le droit des obligations de l'administration (contrat et responsabilité) avec l'existence d'un code des obligations de l'administration, mais aussi l'organisation juridictionnelle en matière administrative ainsi que la procédure administrative contentieuse.

Il est vrai que les pays africains ont reproduit dans une large mesure les éléments institutionnels et normatifs du droit français. Mais la problématique de la succession a posé la question de la réception critique du droit français. On peut citer les exemples du droit administratif du développement ou particulièrement droit foncier. Il y a aussi des contraintes liées au nouveau contexte économique : le législateur est intervenu pour adopter des lois sur la privatisation, sur la concurrence et les prix, sur la libéralisation économique. Il s'agit de lois qui réduisent le champ d'intervention des autorités administratives.

Il y a également des contraintes liées à l'émergence du droit communautaire africain Avec le développement de l'intégration économique en Afrique, un droit communautaire africain est en voie de formation. Les Etats africains francophones sont membres d'organisations d'intégration économique comme la Communauté économique africaine (C.E.A.) de l'Union économique et monétaire ouest africaine (U.E.M.O.A.), de la Communauté économique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest (C.E.D.E.A.O.) ou la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale. Les traités créant ces organisations reposent sur la supranationalité et à l'instar de

L'Europe prévoient la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux et l'application directe et immédiate des actes de leurs organes délibérants sur le territoire des Etats membres. Ce droit comprend des actes comme les règlements qui sont obligatoires et directement applicables, les directives qui sont obligatoires quant aux objectifs à atteindre mais qui laissent le choix des moyens à l'Etat. On peut citer par exemple les directives de l'UEMOA relative aux marchés publics qui est prise en compte par le droit positif des Etats de l'Afrique de l'Ouest des contrats (délégation de service publics, contrat de partenariat). Ainsi, le droit administratif national risque à plus ou moins long terme d'être concurrencé par le droit communautaire à l'instar de l'Europe. Il y a enfin des contraintes liées au contexte international et aux engagements internationaux des Etats africains : le législateur est intervenu pour prendre des mesures dans le cadre des programmes d'ajustement structurel, des mesures liées à la bonne gouvernance et à la transparence.

B - Par le juge : jurisprudence

En disant le droit, le juge tranche les litiges, en profite pour contrôler l'action de l'administration ou pour créer des règles du droit administratif. C'est ainsi qu'en France, la source principale du droit administratif -même si elle est quantitativement moins importante, même s'il y a de moins en moins d'arrêts de principe– reste la jurisprudence. En Afrique, il y a des obstacles à la production du droit administratif par le juge qui entraînent des conséquences sur le rôle du juge.

1 - Obstacles à l'office du juge

D'un point de vue quantitatif, on constate que le nombre de décisions rendues par an est encore relativement peu important. En effet, le juge est peu saisi. Il a donc peu d'occasion de se prononcer. Il est aussi souvent mal saisi si bien qu'il rejette de nombreuses requêtes pour non-respect des conditions d'introduction des recours. D'un point de vue qualitatif, on constate que la jurisprudence ne permet pas le développement du droit administratif de la légalité et de la responsabilité. On reproche au juge de ne pas avoir fait un travail d'orthopédie juridique, de ne pas avoir une attitude pédagogique. Il fait montre d'une grande sévérité en ce qui concerne les formalités d'introduction du recours et les conditions de recevabilité. Le juge manque ainsi l'occasion de dire le droit.

Du point de vue de la communication, il faut faire remarquer que la rédaction des décisions n'est pas des meilleures. De même, le juge ne maîtrise pas toujours certaines notions de droit administratif du fait de sa formation essentiellement de droit privé et de sa non spécialisation. La

faiblesse du contentieux administratif est un signe révélateur de l'équilibre fragile du droit administratif or comme le dit Bockel, « c'est le juge, en effet, qui interprète, comble les lacunes, donne un contenu aux procédures et aux règles, c'est à son niveau que le droit se forme dans les profondeurs et notamment le droit administratif ».

Cette situation s'explique par des raisons liées aux textes d'une part et au contexte d'autre part. Dans les textes se dressent des obstacles juridiques et institutionnels qui tiennent à la difficulté d'accès au prétoire et à l'organisation du contentieux. Pour les difficultés d'accès au prétoire, il faut retenir la lourdeur et la complexité de la procédure d'introduction du recours, les conditions de recevabilité du recours, le coût relativement élevé de l'action contentieuse (amende, frais de signification, frais de déplacement et d'envoi et éventuellement honoraires d'avocat) et éloignement de la juridiction. Pour l'organisation du contentieux, on a noté que l'absence de juge spécialisé a conduit à des décisions contestables. Il faut ajouter à cela le problème de l'exécution des décisions de justice par l'administration. Le juge ne dispose d'aucun moyen pour obliger l'administration à exécuter les décisions de justice. Il n'y a ni injonction, ni voie d'exécution forcée.

2 - Conséquences

Une première conséquence de tout ceci est que le juge a joué un rôle moins important dans la création du droit administratif. Il n'a pas toujours utilisé son pouvoir d'interprétation. Il a rarement recherché la volonté du législateur ni directement dans les termes de la loi (interprétation littérale), ni indirectement en cherchant le but poursuivi par l'administration ou en s'appuyant sur les travaux préparatoires. Il a aussi peu utilisé les principes généraux du droit ou concrétisé les règles générales. Cependant, il prend en compte de la hiérarchie des normes : conformité à la constitution, conformité à la convention. Sa jurisprudence s'est révélée bien faible et d'une grande pauvreté en raison essentiellement de l'absence de politique juridictionnelle et d'arrêts de principe. Le juge a semblé manquer d'audace. Il s'est contenté soit d'appliquer strictement les textes qui codifient le droit français soit de reprendre purement et simplement la jurisprudence française : le droit écrit étant la source principale, la jurisprudence une source secondaire.

Une deuxième conséquence est la faiblesse du contrôle juridictionnel qui constitue un aspect important de l'Etat de droit. En effet, le juge, à travers son office, sanctionne le respect des règles en exerçant un contrôle de l'action administrative : le juge de l'administration est en effet appelé à censurer toute violation du droit par l'administration. Ce droit du regard par le juge sur la légalité de l'action administrative est évidemment une pièce centrale du dispositif d'encadrement de l'activité administrative par le droit : d'une part parce qu'il en garantit l'effectivité ; d'autre part parce que le juge,

on le sait, ne se borne pas à censurer les actes administratifs faits en violation des textes existants mais n'hésite pas à fixer de son propre chef les règles dont il impose le respect à l'administration. En cela, l'existence du juge, censeur de l'administration, est l'expression par excellence de l'aspect contraignant que revêt pour celle-ci la règle de droit administratif.

Lorsque la légalité existe, elle introduit la sécurité juridique dans les rapports sociaux. Et cette sécurité est évidemment fondamentale dans la mesure où elle constitue une garantie pour les citoyens et pour l'administration. D'une façon générale si la règle de droit est respectée, chaque individu peut la considérer sans imprudence, comme une des données sûres à partir desquelles il peut prendre ses décisions. S'il n'y avait pas de hiérarchie des règles de droit et si n'importe quelle autorité pouvait édicter le contraire de ce qui a été juridiquement fait par une autre, la règle de droit n'aurait pas dans l'action des hommes une valeur de donnée sûre. Cette fonction de protection existe, bien que de façon variable et à des degrés divers dans des systèmes juridiques différents.

Le juge est aussi chargé de protéger les droits des citoyens en engageant la responsabilité de l'administration en cas de dommage causé de son fait. La responsabilité est un moyen de réparation d'un préjudice. Cela est constant dans tous les systèmes de responsabilité. La responsabilité a été d'abord et avant tout et en tous temps, une procédure organisée certes très diversement mais ayant toujours pour finalité première la compensation d'une perte subie par un individu du fait d'un dommage lui ayant été indûment causé. Mais en Afrique, la portée des contentieux administratifs de la légalité et de pleine juridiction dépend aussi bien du contexte politique que du dispositif de contrôle. Le juge semble mal armé, à travers son contrôle d'assurer le respect de la légalité et de l'Etat de droit, de garantir les droits et libertés des administrés.

Le contrôle de la légalité s'est révélé globalement insuffisant. Certes le juge contrôle le respect par l'administration de la légalité externe (compétence et vice s de forme) mais aussi la légalité interne (motifs de faits, motifs de droit, détournement de pouvoir, violation de la loi, des traités internationaux et de la Constitution, des principes généraux du droit). Si pendant longtemps, le juge refusait de contrôler de façon efficace l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut noter que, depuis quelques années, il a introduit l'erreur manifeste d'appréciation dans sa jurisprudence. Il va même jusqu'à exercer un contrôle de proportionnalité. Mais le juge demeure globalement timide.

Le contrôle demeure relativement inefficace. Or lorsque la légalité existe, elle introduit la sécurité juridique dans les rapports sociaux. Et cette sécurité est évidemment fondamentale dans la mesure où elle constitue une garantie pour les citoyens et pour l'administration. Cette fonction de

Ecire, dire et comprendre le droit administratif

protection n'est pas toujours assurée. Par ailleurs sa contribution à la consolidation de l'Etat de droit est encore limitée.

Pour le plein contentieux, on a noté que le contrôle n'était pas à l'avantage à l'avantage du requérant. Par exemple en matière de responsabilité extracontractuelle, le juge privilégie la recherche de la faute au détriment de la responsabilité sans faute. De manière générale les décisions de justice étaient peu satisfaisantes du fait de la consécration d'une conception étroite de la matière administrative et du fait d'une reprise maladroite et trop rigide de certains principes du droit français. Ce qui a conduit à des erreurs regrettables et même si on n'y prend garde au déclin du droit de la responsabilité et de celui des contrats qui manquent d'originalité par rapport au droit français et qui sont influencés par le droit privé. Récemment, avec la démocratisation des systèmes politiques, on a noté un certain progrès du contrôle juridictionnel. Mais c'est encore insuffisant. Les conditions de la production ont des incidences sur sa diffusion dans la société. Le droit administratif doit être connu pour être compris et partant être effectif.

II – Connaître et comprendre : la question de la diffusion du droit administratif

La manière d'informer et d'éduquer le citoyen sur le droit afin de réduire dans la pratique la distance temporelle et spatiale entre les règles juridiques et les citoyens au moment où la circulation de l'information et le développement de ses supports connaissent un essor considérable

A - Faible appropriation par les populations

La question est de savoir si les acteurs se retrouvent dans le droit administratif en général et dans les solutions rendues par le juge en particulier. La condition de l'effectivité de la soumission de l'administration au droit, c'est la plus ou moins grande acceptation des solutions du juge. Or il y a une grande méfiance à l'égard du juge africain.

1 - Un droit peu connu

Un aspect de la socialisation juridique passe donc par l'accès au droit entendu c'est-à-dire la connaissance des règles et celle des voies de droit c'est-à-dire les différents recours contentieux. Le droit écrit pose problème. Il est mal connu et relativement inaccessible. Aussi, l'inflation législative ou normative pose le problème de la connaissance du droit. Il y a certes une publication au *Journal Officiel* qui est de plus en plus mis souvent en ligne mais le droit n'est connu que par un petit nombre de personnes en raison

d'un fort taux d'analphabétisme, des difficultés d'accès au *Journal Officiel* et de sa parution irrégulière.

Au surplus, la langue du droit est le français or il est inconnu d'un grand nombre de personnes. Les textes et la jurisprudence ne font pas encore l'objet d'une traduction dans les langues africaines. De même le langage juridique n'est pas accessible même aux lettrés. Lorsque le droit est trop technique, il est alors satisfaisant du point de vue juridique mais l'administré ne le comprend pas. Ce droit s'insère mal à la réalité et il forme un système de plus en plus hermétique. Si l'homme considère le droit comme une affaire de spécialistes, il s'exclue et subit le droit comme une nécessité.

L'inflation des textes juridiques remet en cause la stabilité, la généralité et l'impersonnalité de la règle de droit. Or le principe de légalité suppose l'existence d'un système de normes générales, impersonnelles, cohérentes, stables et aisément accessibles. Ce qui conduit à la dépréciation du droit, à la dégradation et à l'altération de l'ordonnement juridique rendant sa connaissance et sa compréhension plus difficiles. Certes, les grands textes et les décisions de justice font l'objet d'une diffusion numérique. Mais cette diffusion ne concerne qu'un nombre peu élevé de la population. Au total, on peut dire que le droit administratif reste largement inaccessible et inintelligible.

2 - Un droit peu adapté

En principe, le système de droit administratif est orienté vers la recherche d'un équilibre entre l'efficacité que requiert l'action de l'administration et la protection des administrés contre l'arbitraire qui est la finalité propre de tout Etat de droit. Le juge à travers son contrôle tente de concilier la protection des particuliers et les exigences de l'action de l'administration. Cela entraîne une certaine sécurité juridique. Mais depuis quelques années, on note un certain sentiment d'insécurité juridique. Ce sentiment est celui des praticiens, des particuliers, des requérants. Généralement, on reproche au juge le manque de lisibilité des règles posées et la non prévisibilité des solutions. On se plaint également de la complexité des procédures entraînant de nombreuses décisions d'irrecevabilité ou de déchéance. On lui reproche aussi de rendre des décisions longtemps après les faits. Ce qui donne une impression d'insécurité juridique.

En tant que droit de compromis entre des intérêts différents, le droit administratif ne peut satisfaire pleinement aucune de ces exigences. La balance peut pencher du côté de l'Administration ou du côté des administrés. De plus le droit est peu compris comme le montre l'exemple du droit foncier. Ce droit n'est pas toujours adapté aux réalités, ainsi du droit de la fonction publique ou du droit domanial et foncier. Enfin, le droit écrit est concurrencé

Ecire, dire et comprendre le droit administratif

par la coutume et les usages locaux qui viennent quelques fois le contredire. C'est le cas par exemple du droit foncier.

Tout ceci entraîne une certaine désaffection à l'égard du juge. Non seulement l'administration saisit de moins en moins le juge même pour lui demander des avis, mais surtout les administrés se détournent du juge. D'abord on note une faible appropriation du droit administratif et de la jurisprudence administrative par les administrés. Ceux-ci obtiennent très peu satisfaction des décisions rendues : les annulations sont peu nombreuses, les décisions de rejet pour irrecevabilité sont quantitativement très importantes. L'administration ne respecte pas toujours les décisions de justice. Le nombre de décisions rendues par an est relativement peu important. Le juge est peu saisi, il a ainsi peu d'occasion de se prononcer. Il est aussi souvent mal saisi. D'ailleurs les populations préfèrent se tourner vers d'autres modes de règlement des conflits.

B - Faible impact dans la société

Le droit administratif peut avoir des fonctions médiate, non prévues mais apparaissent dans la pratique. Il peut s'agir de fonctions sociales, de fonctions politiques ou de fonctions idéologiques. La question est de savoir si ces fonctions sont effectivement exercées

1 - Une fonction sociale limitée

Dans sa fonction sociale, le juge peut jouer un rôle de régulation sociale et un rôle d'intégration sociale. Certes le droit administratif et la jurisprudence jouent un rôle de régulation interne par rapport à l'administration. Mais l'existence de ce rôle de régulation dans les rapports entre l'administration et les administrés est contestable lorsqu'on se place sur le plan politique. Il n'est pas évident que le droit administratif et le juge jouent un rôle de régulation politique et protègent l'individu contre l'Etat. Les populations ont même l'impression que le juge rend des décisions favorables au pouvoir. Ce rôle peut cependant se concevoir sur le plan social dans la mesure où le juge et le droit administratif jouent un rôle de régulation, en évitant que le fonctionnement et le développement de l'administration n'entame la paix sociale.

Ainsi, le contentieux administratif a-t-il longtemps été conçu comme un moyen de maintenir la paix civile et la paix sociale. Mais on constate que le juge n'a pas joué un rôle protecteur à l'égard de certains groupes sociaux. Les principales personnes concernées sont les fonctionnaires et de manière générale, les élites urbaines. Les paysans sont peu concernés.

Le juge et le droit administratif jouent aussi un rôle d'intégration sociale en invitant les administrés à participer au fonctionnement de l'administration

et donc à la puissance étatique. L'intégration est réalisée d'abord par la participation au contrôle de l'administration. Dès la constitution du droit administratif moderne, les administrés sont associés à la formation même du droit d'initiative qui leur est donné pour la mise en œuvre du contrôle juridictionnel de l'administration.

Une marque distinctive du droit administratif français repris par les pays africains, est la conception du recours pour excès de pouvoir, qui fait de celui-ci un recours objectif. En principe la conception large de l'intérêt à agir ouvre la voie du recours aux individus mais aussi aux groupes. Ainsi le droit administratif fait une part non seulement au sujet titulaire de droits individuels, mais au citoyen qu'il intéresse au bon fonctionnement légal de l'administration. Et l'annulation d'une décision administrative obtenue à la suite d'un recours individuel vaut *erga omnes*.

La participation de groupes sociaux qui défendent leurs intérêts rejoint l'intérêt de l'Etat. Dès lors que les individus ou groupes peuvent participer au fonctionnement de l'administration, une fonction d'intégration, d'apaisement des conflits éventuels entre la sphère publique et la sphère privée est assurée. Y contribuent aussi les recours collectifs et ceux des groupements. D'une manière générale, la jurisprudence joue encore, malgré les nombreux progrès constatés, un rôle insuffisant aussi bien d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif.

L'intégration sociale passe aussi par la participation au fonctionnement de l'administration à travers ses prérogatives. Autrement dit, l'octroi de prérogatives de puissance publique à des personnes privées conduit à les intégrer dans l'administration. L'intégration sociale est également réalisée par la participation des administrés à l'élaboration des décisions. Très tôt, au milieu des années 1960, les autorités administratives africaines ont élaboré une politique de contractualisation et de concertation. Ainsi progressivement, le contrat prend une place de plus en plus grande dans l'action de l'administration. Mis à part les vieux procédés de gestion des services publics utilisés notamment dans les secteurs de l'eau et de l'électricité (concession, affermage), et dans la gestion courante (marchés publics), des techniques contractuelles sont utilisées dans le cadre des modes de privatisation des entreprises publiques (affermage, contrat de gestion etc.), dans les rapports avec les entreprises privées (contrats de programme), avec les entreprises publiques et les collectivités locales (contrats de plan). La contractualisation a même gagné la fonction publique. En effet, les autorités ont décidé de signer des contrats avec certaines catégories de personnel enseignant dits volontaires ou contractuels. Cette tendance s'est poursuivie avec la politique de désengagement et de modernisation de l'Etat. L'intégration sociale se réalise également par l'instauration d'un partenariat public-privé.

Dans le même sens, l'utilisation des techniques du management dans les administrations et les entreprises publiques a introduit de nouvelles valeurs comme la concertation, la transparence et a entraîné une nouvelle attitude dans les relations entre l'administration avec les usagers, avec son propre personnel et avec le secteur privé. Dans un premier temps, il s'est agi de moderniser les relations avec les usagers. Plusieurs mécanismes furent mis en œuvre dont des enquêtes d'opinion pour mesurer le taux de satisfaction des usagers du service public et l'institution d'un médiateur de la République. Il s'est agi ensuite de moderniser les relations avec le personnel grâce l'introduction de techniques du management et enfin de moderniser et simplifier les procédures administratives et raccourcir les délais de traitement des dossiers des promoteurs privés. C'est le même souci qui a conduit l'administration à mettre en avant la transparence dans la gestion des affaires publiques et dans la passation des marchés publics. Mais malgré tout, les grandes masses ne sont pas concernés par ces différents procédés.

2 - Une fonction politique confinée

Le juge de l'administration dans son office peut être confronté à des questions politiques. Il peut être amené quelquefois malgré lui à exercer une fonction politique. La question de la politisation de la justice se pose dès lors que le pouvoir exécutif est tenté de contrôler l'activité de la justice. L'annulation d'une décision administrative peut entraver un programme de développement tout comme la condamnation fréquente à payer des dommages et intérêts peut grever le budget des Etats africains. Les juges eux-mêmes sont susceptibles avoir des positions politiques sur certaines questions. C'est pourquoi certains textes interdisent aux magistrats toute activité politique. On craint des compromissions, des abus d'influence ou la perte de la sérénité indispensable au bon exercice de la fonction juridictionnelle.

Mais dans les faits, le juge a une fonction politique en tant que juge de l'administration, donc du pouvoir exécutif. Ses décisions ont naturellement une certaine portée politique. Le juge est en mesure d'exercer une influence politique, jouer un rôle politique même si ses décisions sont dissimulées derrière des notions techniques étroitement liées à l'existence de l'Etat comme l'intérêt général, l'ordre public, etc. C'est surtout en cas de conflit politique que le juge joue un rôle d'arbitre, de modération ou de régulation. Quelquefois, il intervient dans la vie politique pour assurer la défense du pouvoir politique ou protéger le pouvoir exécutif lorsque la situation est délicate.

Par ailleurs, ces décisions peuvent avoir un retentissement politique. C'est le cas en matière électorale, en matière de libertés publiques ou encore en matière de libertés locales. Les acteurs politiques ont tendance à prolonger

le combat politique devant le juge. Cette fonction politique est à l'origine d'une méfiance des administrés à l'égard des décisions de justice car le juge rend souvent des décisions favorables au gouvernement et parce que l'exécution des décisions du juge par l'administration est souvent ineffective.

3 -Une fonction idéologique peu effective

Aussi, le juge en principe remplit une fonction idéologique en diffusant des valeurs (idéologie de l'intérêt général, idéologie de l'efficacité managériale), et en faisant du droit administratif un vecteur d'inculcation de croyances. Or le droit africain baigne dans un contexte où règnent d'autres valeurs, d'autres conceptions du monde. La différence de contexte entre la France et les pays africains, constitue un obstacle à l'élaboration et au développement rapide et exhaustif d'un droit administratif en Afrique. En effet, l'administration en Afrique, objet du droit administratif, est plongée dans un environnement économique, socioculturel et politico-institutionnel particulier. C'est ce qui a des répercussions sur les caractéristiques de l'administration et de son droit. En particulier, le contexte est caractérisé par la coexistence de structures sociales traditionnelles et de structures sociales modernes et induit un conflit de rationalités. Dans ces conditions, Le droit administratif aura du mal à s'acclimater. Le droit administratif participe aussi à la construction d'un ordre libéral (conciliation entre autorité et liberté, difficile maintien d'un équilibre).

Il faut cependant faire remarquer que les sociétés africaines sont en train de subir de profonds changements au plan économique et social et au plan politique. Depuis les transitions démocratiques et la libéralisation économique, l'activité juridictionnelle s'est intensifiée. Le juge de plus en plus tend à protéger davantage les libertés des citoyens que les prérogatives de l'administration, davantage l'Etat de droit que le pouvoir politique. Il y a une ligne d'évolution, de nouvelles tendances qui demandent à être confirmées.

RAPPORT DE SYNTHESE

**par André Cabanis,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

Tout rapport de synthèse doit affronter deux périls opposés. Un premier risque tient à la tentation, pour celui qui tient la plume, de proposer sa propre théorie, ses analyses personnelles et sa doctrine. Une telle démarche revient à ajouter un article de plus à ceux qui ont été publiés auparavant. Un deuxième écueil consisterait à se contenter d'une plate énumération des communications présentées, sans véritable comparaison, sans référence aux interactions et aux débats qui font la justification de telles rencontres. Nous nous efforcerons, dans les lignes qui suivent, de nous tenir à mi-chemin de ces deux périls. Nous reprendrons toutes les interventions, en en proposant une présentation réorganisée et une vision personnelle. Il n'est pas exclu qu'il en résulte une impression un peu différente de celle se dégageant de la lecture de certains des articles figurant dans ce livre, ce qui peut s'expliquer par une évolution de l'analyse effectuée par les participants, ou par notre perception subjective –mais peut-être partagée par d'autres- des intentions de l'auteur. Du moins, notre propos s'efforcera-t-il de donner une image fidèle du colloque tel qu'il s'est déroulé.

Ce dernier a réuni plusieurs dizaines d'universitaires les 10 et 11 juillet 2012 à Dakar, grâce à une organisation sans faille. Y faire allusion fournit l'occasion d'évoquer les acteurs qui ont contribué à la réussite de cette réunion. Acteurs institutionnels d'abord avec, en priorité, la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop, organisatrice de cette manifestation scientifique, mais aussi la Fondation Ebert qui nous a accueillis dans ses locaux. Personnalités ayant joué un rôle décisif, tel, au premier chef et dans tous les sens de ce terme, le professeur Mamadou Badji dont chacun sait qu'il est l'auteur de nos rencontres, toujours efficace pour mettre en place ces échanges pluridisciplinaires depuis près de dix ans, avec une régularité parfaite. Ce n'est pas lui faire un mince compliment que de souligner sa remarquable capacité à mobiliser autour de lui une équipe ardente dont on ne peut citer ici tous les membres sauf à donner à ce texte une allure d'annuaire.

Comme à l'accoutumée, donc depuis près d'une décennie, les communications présentées –dix-sept cette année- sont placées sous le signe de la pluridisciplinarité puisqu'aux côtés des juristes privatistes et publicistes

figurent également des historiens du droit en nombre important, mais aussi des universitaires issus des Facultés des lettres, comme d'habitude puisque le professeur Badji pratique généreusement l'hospitalité universitaire. Il a également accueilli un certain nombre de collègues étrangers, deux professeurs ivoiriens qui sont issus de l'Université de Cocody-Abidjan et deux Français qui sont venus de l'Université Toulouse 1 Capitole, cette dernière associée à ces manifestations scientifiques depuis l'origine. Un docteur en droit d'origine italienne s'est joint à nous et a également présenté une communication. Une partie notable de l'intérêt de ces rencontres tient sans doute à cette volonté de s'ouvrir à d'autres disciplines allant cette année jusqu'à la médecine, et à d'autres nationalités.

Puisque nous avons exclu de nous borner à citer les titres des interventions et les noms des divers participants, dans l'ordre où ils se sont succédé, notre synthèse sera fondée sur une réorganisation de l'ordre des communications afin de faciliter les rapprochements et les comparaisons. Il s'agit de reconstituer la façon dont le thème central –dire le droit en Afrique- a été traité par les divers auteurs, chacun privilégiant un aspect particulier ce qui ne fait pas obstacle à la reconstitution d'une image unifiée, faute de quoi cette énumération ferait figure de vision kaléidoscopique. Dans cette perspective, nous distinguerons quatre aspects, d'abord les éléments méthodologiques (I), puis les considérations historiques (II), puis encore les études conduites à partir du souci de tenir compte de la distinction entre les grandes branches du droit (III), enfin les questions comportant une dimension transversale (IV).

I – Aspects méthodologiques

Puisqu'« A tout seigneur, tout honneur », il est légitime de démarrer avec l'*allocution d'ouverture* prononcée par Madame *Amsatou Sow Sidibé*, ministre conseiller au sein de l'actuel gouvernement sénégalais. Ainsi qu'elle l'a à juste titre indiqué, en début de propos, elle est venue en sa double qualité d'universitaire puisqu'elle appartient à la Faculté organisatrice de ce colloque et de représentante de l'exécutif, donc du chef de l'Etat. Son intervention se veut à la fois d'un niveau académique élevé comme il se doit en ouverture de telles rencontres et, par les propositions présentées, relevant d'une forme de programme ministériel, ce que légitiment ses nouvelles fonctions. Correspondent à la première démarche, le constat que « dire le droit » ne se limite pas à une activité d'écriture et de publication de textes : il s'agit aussi d'appliquer les règles de droit en les interprétant. La légistique constitue une science nouvelle dont on ne saurait trop souligner l'importance. Elle s'applique à rechercher la meilleure méthodologie pour se doter des normes correspondant aux besoins et aux attentes des citoyens. Cela implique

Rapport de synthèse

de suivre le processus d'élaboration des textes, depuis le début, depuis la rédaction des projets ou des propositions de lois, jusqu'à la fin, jusqu'à la publication des décrets d'application, en analysant chaque étape. Madame Amsatou Sow Sidibé introduit ici une exigence qui réapparaîtra à de très nombreuses reprises dans nos travaux : l'élaboration de la règle de droit doit prendre en compte un souci de lutte contre l'inflation législative qui frappe à peu près tous les pays du monde... Il est encourageant qu'un tel propos soit tenu par un responsable gouvernemental.

Dans un second temps, son propos va évoquer une forme de programme d'actions de niveau ministériel, avec une série de propositions commençant toutes par l'expression « il faut ». *Il faut* rénover et remplacer les vieilles règles du passé et dépassées. *Il faut* au Sénégal un système cohérent de normes adaptées aux populations, alliant tradition et modernité. *Il faut* dépasser la distinction droit public-droit privé, en tenant compte des équilibres du système anglo-saxon et en associant aux juristes notamment le personnel politique et les syndicalistes. *Il faut* simplifier le droit en éliminant les éléments de flou juridique, exigence que Madame Amsatou Sow Sidibé illustre en prenant un exemple qui ne doit rien au hasard : l'article 571 du code de la famille sur l'application du droit musulman aux successions lorsque le défunt en a manifesté la volonté. *Il faut* s'approprier les nouvelles techniques de diffusion du droit, au premier rang desquelles l'informatique qui doit servir non seulement à la connaissance des lois mais aussi à celle de la jurisprudence qui est actuellement insuffisamment publiée... L'on songe à ce que disait Clemenceau des discours de Jaurès, affirmant qu'on les reconnaissait à ce que tous les verbes étaient au futur. Compte tenu de la personnalité de Jaurès, Madame le ministre conseiller ne se formalisera sans doute pas de cette comparaison.

Au titre des *propos introductifs* figure également l'allocution du professeur *Saïdou Nourou Tall*, vice-doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar. Il faut souligner tout ce que lui doit la tenue de ces colloques et sa fidélité à y assister, à les ouvrir au nom du doyen Diouf, empêché, et à les honorer d'une contribution qui fait l'objet d'une publication comme en témoigne le dernier numéro de la revue *Droit sénégalais*. Cette participation méritoire à nos successives rencontres lui permet de constater, en connaissance de cause, l'ancienneté de notre coopération mais aussi les liens entre l'actualité parfois la plus brûlante et les thèmes choisis. Il se félicite du fait que la problématique retenue cette année corresponde à des questions très présentes, quoique scrutées depuis longtemps. C'est l'occasion pour lui de rappeler l'écart entre le « droit dit », le *jus dicere*, et le « droit fait », le *jus facere*. Il souhaite une réflexion sur le rôle du législateur, sur celui de la jurisprudence ainsi que de la codification.

De façon symétrique, dans sa *réponse*, le professeur **Olivier Devaux**, chargé de mission aux relations avec les Universités africaines, répond au nom du professeur Bruno Sire, président de l'Université Toulouse 1 Capitole. Les relations entre les établissements d'enseignement supérieur de Dakar et de Toulouse sont anciennes et régulières. Si le nombre des colloques tenus et des publications réalisées est important, si les rapports institutionnels et personnels se situent résolument sur le terrain scientifique, ils se développent aussi sur un plan amical et même sous le signe de l'affection. Les travaux conduits en commun grâce au professeur Badji sont vus avec faveur par le Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques et ont été appréciés, y compris par l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES).

Egalement au titre de la méthodologie, **Aboudramane Ouattara**, maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université d'Abidjan- Cocody, traite le thème suivant : « *Avant-dire droit : prolégomènes pour une épistémologie du droit en Afrique* ». L'exposé se situe à un haut niveau philosophique. Il rappelle que l'expression « Dire le droit » renvoie à la formule latine sur le *jurisdictio*, donc finit par se référer à la fonction contentieuse. Certains accusent les juristes de proposer des solutions avant d'avoir repéré les problèmes, ce qui explique que leurs suggestions soient parfois inadaptées. C'est ce genre d'accusation qu'il convient de dissiper. Le souci de dire le droit, notamment par un certain nombre de mises en cause et de réformes, ne doit pas déboucher sur le chaos. Il est dans la vocation des juristes de savoir contester les valeurs apparemment les mieux établies, comme en témoignent par exemple en droit privé l'ouvrage de Jean Carbonnier créant la notion de *Flexible droit* (1969), ou encore en droit public l'article de Jean Rivero à propos du recours pour excès de pouvoir et censé exprimer l'opinion du « Huron au Palais royal » (*Dalloz* 1951).

Dans une première partie, Aboudramane Ouattara commence par dénoncer lui aussi l'inflation normative, et la contestation n'en a que plus de force. Son diagnostic est imparable avec l'évocation d'une forme de « production pathologique et effrénée » des normes. Il en résulte une application parfois approximative de la législation dans la mesure où la hiérarchie des textes est mal respectée. On peut en trouver une application dans le décret pris par le président Gbagbo en faveur de l'élection des présidents d'Université en Côte d'Ivoire, mesure contraire à la loi qui prévoyait une procédure de nomination mais sans que personne juge utile de faire voter une modification de la législation. Il faut aussi dénoncer les textes obscurs. Ici, l'exemple cité est celui de certains actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation du droit en Afrique, rédigés par des fonctionnaires internationaux et, à ce titre sans doute, difficilement compréhensibles.

Rapport de synthèse

Dans une seconde partie, il est traité de ce qui est présenté comme une forme de « postulat prophylactique ». Le professeur Ouattara propose une politique de prévention. Il préconise une prise en compte de la pluralité normative, en substituant à l'idée de hiérarchie des normes, celle d'une organisation en réseau. La montée en force des textes internationaux ne doit pas dissuader de se livrer à une prise en compte attentive des droits internes. Du point de vue méthodologique qui est le nôtre ici, c'est une analyse « systémale » qui est proposée.

C'est en tant que philosophe, que le professeur **Ousmane Gueye**, professeur de philosophie à la Faculté des lettres et sciences humaines de Dakar, adopte la problématique suivante : « **Dire le droit en Afrique, changer de métaphysique, changer de paradigme** ». Son propos est à la fois très impressionnant et très foisonnant. Il constate la méfiance de nombre d'étudiants à l'égard de la philosophie du droit, pour des raisons tenant sans doute au manque de débouchés professionnels. Plusieurs auteurs et personnalités politiques, parmi les plus notables, sont convoqués pour illustrer le propos du professeur Gueye : il s'agit notamment d'Aristote avec ses réflexions sur ce qui fait les rois mais aussi de Grotius et de Descartes. L'état de guerre paraît inséparable de l'état de nature. Il n'est jusqu'à Behanzin, roi d'Abomey qui osa en 1894 s'opposer à l'arrivée du corps expéditionnaire français, auquel il est fait allusion... Mais c'est surtout John Locke sur lequel le propos entend s'appuyer, surtout son *Essai sur l'entendement humain* (1690) et son *Deuxième traité sur le gouvernement civil* (1690). Il annonce la séparation des pouvoirs selon Montesquieu en distinguant les pouvoirs exécutif, législatif et fédératif. L'affirmation des droits tels qu'ils ont été formulés au siècle des lumières se retrouve dans les constitutions actuelles.

II - Les aspects historiques

Dans cette deuxième partie, plusieurs considérations incitent à situer en premier l'intervention du professeur **Henri Okou Legré**, directeur du Centre ivoirien de recherches et d'études juridiques. Il y a d'abord la notoriété d'un universitaire de grande qualité, connue et appréciée notamment dans le milieu de l'histoire du droit africain, plusieurs fois président du jury d'agrégation. Il y a également le titre de son propos, « **Dire le droit en Afrique** », qui justifie de lui reconnaître un caractère général et donc introductif. Il faut enfin constater une logique tenant à la chronologie puisque, parmi les communications historiques successivement présentées, son propos remontant la période précoloniale se situe très normalement en tête. Sa démarche consiste à se fonder sur deux contes traditionnels pour traiter de l'apparition de deux notions importantes du point de vue du droit

pénal. La méthode consistant à rechercher dans la littérature ancienne et populaire les prémices et la justification de concepts utilisés par le droit moderne est originale, convaincante et un peu décalée comme il sied à cet universitaire de haut niveau. Il a impressionné chacun de nous par la pertinence de son propos, également par ses tenues pittoresques.

Le premier conte illustre l'apparition de la notion de sanction. Il précède la notion romaine de *nota censoria* et, avec le récit du lièvre qui tombe amoureux de sa fille de cinq ans, il annonce la répression de l'inceste : le lièvre imagine de se faire passer pour mort, de disparaître pendant dix ans, puis de revenir, mûri et changé ; sa fille a grandi et on ne le reconnaît pas, ce qui pourrait lui permettre de la séduire jusqu'à ce qu'une vieille femme le dénonce et l'oblige à disparaître... Quant au second récit, il témoigne de l'apparition de l'idée selon laquelle l'application de la sanction est parfois inopportune. En l'occurrence, il s'agit de l'histoire de la gazelle qui a trompé le lion. Ce dernier obtient son aveu mais renonce au châtiment pour ne pas perturber l'ordre social... Cette reconstitution de notions actuelles puisant leurs origines dans un passé immémorial renouvelle notre réflexion sur les bases historiques du droit pénal en les déplaçant sur un terrain qui relève à la fois de la sagesse populaire, du respect de la tradition et d'une forme anthropomorphique de la vie animale.

Avec le professeur **Olivier Devaux**, chargé de mission auprès du président de l'Université Toulouse 1 Capitole qui s'exprime aussi au nom de Béatrice Fourniel, maître de conférences au Centre de Formation et de recherche Jean-François Champollion, le propos franchit une étape dans l'histoire du droit africain et adopte, en outre, une perspective comparative qui est bien dans l'esprit de ce colloque : « **Dire la coutume dans l'ancienne France et en Afrique au temps de la colonisation** ». L'analyse est donc fondée sur une comparaison des procédures de rédaction des coutumes telles qu'elles ont été fixées en France en application de l'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454 et dans les colonies d'Afrique subsaharienne au début du XX^e siècle, en l'occurrence à travers l'exemple de la coutume de Ouahigouya, actuellement au Burkina Faso. La confrontation des deux méthodes est à la fois judicieuse et révélatrice, avec des éléments de convergence imputables d'une part à des problèmes comparables résolus de façon identique, d'autre part à la recherche par les administrateurs coloniaux d'une source d'inspiration dans les techniques utilisées quelques siècles plus tôt sur le territoire métropolitain.

Les ordres donnés par le roi à la fin du Moyen Age conduisent à mettre en place tout un système de navette entre les niveaux central et local, officiellement afin de rendre les coutumes certaines, en fait pour les moderniser avec l'accord plus ou moins spontané des populations. A Ouahigouya, une commission *ad hoc* rassemble le représentant de l'autorité

coloniale, les chefs coutumiers, des notables représentant les diverses coutumes. Le parallèle est facile entre les procédures en honneur dans la France d'Ancien Régime et celles pratiquées dans les territoires colonisés. Les unes et les autres sont marquées par l'importance de l'autorité centrale, qu'elle soit monarchique ou métropolitaine, par l'utilisation du procédé consistant à « réserver » les questions en cas de désaccord, par la recherche des occasions permettant d'introduire les innovations se voulant modernes, enfin par l'adoption d'une présentation de type européen avec une division des normes en livres, parties et chapitres. La rédaction définitive constate la prédominance du commandant de cercle, avec la suppression des mauvaises coutumes et l'introduction de mécanismes inspirés du code civil. Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'exigence d'un consentement au mariage donné par les deux futurs époux. De même sont interdits les mauvais traitements « habituels et exagérés » à l'encontre des épouses, de la part des maris. Les populations auxquelles sont imposées des obligations qui ne correspondent pas à leurs habitudes, prennent leur revanche en n'appliquant pas toujours les nouvelles règles.

Avec *Cheikh Ahmet Tidiane Ndiaye*, assistant d'histoire du droit à la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar, l'étude portant sur « **la répression du délit d'esclavage** » permet de franchir le passage de l'Ancien Régime à la période contemporaine. On est bien dans la logique de notre colloque par la démonstration, ici encore, du fossé pouvant exister entre la lettre de la loi et son application sur le terrain, notamment par les tribunaux. Ainsi le principe selon lequel les esclaves installés sur le territoire des quatre communes sont automatiquement libérés n'est pas toujours rigoureusement appliqué par le juge. De même la norme sur les engagés à temps à Gorée, et prévoyant de faire accepter quatorze ans de travail aux captifs rachetés, fait-elle l'objet de quelques transgressions. Le constat se vérifie encore au XIX^e siècle : alors que, à partir de 1848, la législation prévoit des peines pénales contre ceux qui continuent à pratiquer l'esclavage, la Cour d'assises répugne à les sanctionner lorsque certains sont traduits devant elles.

Pour conclure cette évocation historique, le professeur *Mamadou Badji* qu'il n'est pas nécessaire de présenter, a choisi de traiter : « **Dire le droit, faire la justice en AOF aux XIX^e et XX^e siècles** ». Il souligne que le XIX^e siècle fut important tant pour le statut des possessions françaises que pour l'organisation de la justice, d'autant que c'est l'époque où apparaissent les premiers grands textes au sujet de cette dernière. C'est aussi le moment de la création du corps des administrateurs des colonies auxquels cette justice est confiée. Le législateur poursuit des objectifs partiellement contradictoires puisqu'il s'agit à la fois d'améliorer l'offre de justice mais, en même temps, de ne pas affaiblir l'autorité coloniale, tout cela devant être réalisé avec un minimum de moyens. Les colonies font figure de lieu d'expérimentation pour

les autorités françaises qui mettent en œuvre, loin des blocages existant en métropole, les réformes utiles qu'ils espèrent plus tard imposer sur le territoire national. De toute façon, et même si les tribunaux coloniaux bénéficient d'une certaine indépendance, l'unité de jurisprudence demeure assurée depuis Paris par la Cour de cassation dont ils continuent de relever.

Une des techniques instaurées par le colonisateur consiste à opposer les juridictions modernes et traditionnelles pour les contrôler toutes deux. S'agissant des secondes, le professeur Badji constate que la justice qu'elles imposent demeure liée à la société à laquelle elles s'appliquent. Il s'emploie à les faire bénéficier d'une sorte de travail de réhabilitation, indiquant que c'est une justice de conciliation. Le chef de village se comporte en chef de famille, un peu comme un miroir de la société. Avec la colonisation, on assiste à une transmutation du juge traditionnel qui fait l'objet d'une adaptation prudente... Ici le professeur Badji souligne que, dans une perspective historique, la justice n'est pas séparable de la religion, partout dans le monde. Légitimer cette dernière affirmation est l'occasion pour lui de convoquer une série d'auteurs aussi divers que Grégoire le Grand, Jonas d'Orléans, Joinville dans sa *Vie de saint Louis* et Montesquieu affirmant que « le juge est la bouche de la loi ». Par rapport aux analyses de l'auteur de *L'Esprit des lois*, le problème tient à ce que l'indépendance du juge est difficile à intégrer dans une perspective coloniale et que les administrateurs envoyés par la métropole ont de la peine à accepter un tel principe.

Le point d'aboutissement de cette évolution doit être recherché dans une reconfiguration de la justice. Dans le cadre du système colonial, se pose le problème de la légitimité et de la compétence du juge. La présence d'assesseurs indigènes sert moins à faire entendre la voix des populations qu'à justifier la décision du président du tribunal qui est Français d'origine. Le décret du 10 novembre 1903 aboutit à la mise en place de juridictions durables, en principe placées sous le signe de la neutralité et de l'impartialité. La réalité est évidemment différente. L'évolution se précipite à partir de 1946, avec le discours de Brazzaville et la volonté affichée d'accélérer le processus vers une identité du statut des diverses populations. L'inamovibilité doit être reconnue. Le juge doit être à même d'échapper à toutes les pressions mais c'est souvent une question de mentalité plus que de textes juridiques qui ne sauraient y suffire... Au cours de la discussion qui suit cette communication, c'est une formule qui revient à plusieurs reprises dans la bouche du professeur Badji : *il faut que le juge soit indépendant*.

III – Etudes par grandes branches du droit

Deux interventions traitent du droit constitutionnel. Il s'agit d'abord de celle que j'ai eu l'honneur de présenter en collaboration avec le professeur

Babacar Gueye, de la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar, sur « *Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone* », avec des développements distinguant le constat (la convergence de sources d'inspiration diversifiées), le projet (la prise en compte de traditions africaines spécifiques), une expérience (l'appel aux conférences nationales) et une réalité (la communauté des constitutionnalistes francophones). Il s'agit ensuite de celle que développe le professeur **Abdoulaye Dieye**, de la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar, sur « *Dire le droit sur autorisation : la problématique des lois d'habilitation en droit comparé* ». Il s'agit pour lui d'évoquer cette procédure considérée longtemps avec beaucoup de méfiance par les juristes, consistant de la part des Assemblées à confier à l'exécutif leur pouvoir d'élaborer des textes à valeur législative. Cette faculté paraissait à beaucoup médiocrement conforme aux valeurs démocratiques dans la mesure où elle était interprétée comme un abandon de souveraineté par l'organe qui en est normalement titulaire. D'un autre côté, il est parfois nécessaire d'y faire appel comme en témoigne le fait qu'elle figure dans les lois fondamentales française et sénégalaise notamment, ce qui permet une authentique étude de droit comparé.

Dans un premier développement, ce sont les techniques de délégation qui sont scrutées. Les limites opposées par les textes à une délégation illimitée au profit de l'exécutif ne semblent pas toujours très efficaces, ainsi du principe selon lequel l'objectif doit être de permettre au gouvernement d'exécuter son programme (art. 38 français), ou encore des délais imposés soit pour promulguer les ordonnances, soit pour déposer les textes sur le bureau des assemblées. Du moins les textes les plus importants, telles les lois organiques et les lois de finances, sont-ils exclus du champ de la délégation... Le second développement est consacré aux effets de la délégation ce qui conduit à constater le rôle plus important du chef de l'Etat au Sénégal par rapport à la France. Deux contrôles sont possibles : d'abord celui du Parlement qui doit ratifier les ordonnances pour leur donner force législative, ensuite celui du Conseil constitutionnel.

Autre branche du droit : le droit administratif. C'est le champ auquel se consacre le professeur **Demba Sy**, de la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar, avec « *Ecrire, dire et comprendre le droit administratif en Afrique* ». Sa communication s'ouvre par une belle, pénétrante et éclairante introduction sur un thème stimulant : le droit est un univers de significations et de messages. Le législateur comme le juge adressent un message à la population. Or, le droit n'est pas immédiatement compréhensible, surtout dans nos sociétés pluralistes et notamment en ce qui concerne le droit administratif fondé sur la recherche d'un équilibre entre les exigences de l'activité administrative et le souci de protection des citoyens. Analysant les symptômes qui tendent en France à conclure à un sentiment

d'insécurité, s'agissant du droit administratif, le professeur Demba Sy dresse un diagnostic sévère : les particuliers et les professionnels dénoncent la complexité des procédures ; les justiciables ne comprennent pas des décisions fondées sur des questions de forme ; l'administration elle-même ne reconnaît plus son droit, marqué par des confusions entre droit public et droit privé. Le problème existe également en Afrique.

Une première partie porte sur les problèmes d'élaboration du droit administratif, même s'il y a de plus en plus d'études, y compris nombre de thèses, portant sur les rapports juridiques entre l'Etat et les citoyens. Le législateur africain est soumis à toutes sortes de contraintes : il souffre des phénomènes de mimétisme par rapport au droit de l'ancienne métropole, ce que l'on retrouve par exemple dans le statut de la fonction publique ou dans le code des collectivités locales ; il doit également se plier aux exigences du droit communautaire, émanant notamment de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ou de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) ; enfin, il est tenu de respecter certaines contraintes internes, ainsi liées au statut spécifique de la propriété. Quant au juge, il doit surmonter divers types de problèmes portant sur ses modalités de saisine, sur la procédure à mettre en œuvre, sur les délais à respecter, sur l'effectivité des décisions, sur l'interprétation et la hiérarchie des normes. Le verdict tombe, sévère : le juge africain manque d'audace.

La seconde partie traite des obstacles qui s'opposent à la bonne diffusion du droit administratif. Le *Journal officiel* n'est pas suffisamment consulté, ce qui tient entre autres au fait qu'il est rédigé en français ainsi qu'au caractère trop technique de nombre de dispositions. Comme d'autres orateurs avant lui, le professeur Demba Sy dénonce l'inflation législative. L'articulation avec le droit foncier n'est pas aisée. La dimension politique du droit administratif n'est pas toujours suffisamment prise en compte, avec le souci de défendre les libertés mais aussi de protéger les fonctionnaires contre les pressions de toutes sortes. Finalement, il apparaît que, s'il est vrai que le droit administratif ne peut être neutre mais qu'il vise partout et toujours à construire un ordre politique, il faut avoir conscience qu'actuellement il est au service d'un ordre libéral.

C'est en spécialiste doublement compétent, à la fois médecin et juriste, que le docteur **Joseph Mendy**, neurologue et titulaire d'un master en droit de la santé traite de « *Dire le droit médical au Sénégal* ». Il souligne l'ancienneté des rapports entre la science de guérir et celle du droit, surtout à cause des problèmes de responsabilité : on en trouve des traces dès le code d'Hammourabi qui prévoit les sanctions qu'encourt le praticien maladroit ou malintentionné. En fait, compte tenu d'un certain fatalisme face à la maladie et du prestige du corps médical, cette responsabilité a longtemps été peu invoquée. Dans les sociétés traditionnelles, les victimes et leurs familles

Rapport de synthèse

avaient plutôt tendance à dénoncer la fatalité, un acte de sorcellerie, voire la punition d'une faute. Il n'y avait guère que la responsabilité délictuelle qui était parfois à l'origine de procédures judiciaires lorsqu'était soupçonnée une faute volontaire et délibérée. La situation est en train de changer, en commençant par des pays comme les Etats-Unis où les patients adoptent de plus en plus une attitude consumériste. Les procès se multiplient et le mouvement touche désormais l'Europe. Consécutivement, les médecins sont de plus en plus méfiants à l'égard du droit. Ces tendances récentes sont en train d'atteindre l'Afrique. Le droit médical doit s'y adapter, ainsi qu'à certaines spécificités comme la coexistence à côté de la science médicale considérée comme moderne, des traitements mis en œuvre par la médecine qualifiée de traditionnelle et mobilisant des personnes telles que les marabouts, les charlatans, les psychothérapeutes... énumération fort disparate, on en conviendra.

La première partie de cette communication porte sur la description des bases juridiques du contentieux médical au Sénégal. Si les règles y sont souvent exigeantes, plus ou moins influencées par les normes en honneur en Europe, leur application n'est pas toujours suffisamment rigoureuse, comme on le voit à propos des conditions d'ouverture des établissements de santé ou encore en cas d'enquêtes après un décès dans ce type d'établissement. La seconde partie propose une énumération des obstacles qui limitent le contentieux médical. Les statistiques sur les poursuites et les condamnations montrent que ce sont surtout les services de garde qui sont incriminés et que les lieux où se déroulent les pratiques jugées condamnables sont le plus souvent des locaux privés. C'est dire que le contentieux demeure encore limité à des circonstances exceptionnelles et à des actes qui se sont déroulés hors des espaces médicaux habituels. En conclusion, le docteur Mendy appelle de ses vœux une réglementation arrêtée en concertation avec les milieux professionnels et pas seulement de façon unilatérale par les pouvoirs publics.

Le dernier espace juridique exploré –espace dans les deux sens du terme puisqu'il est fondé sur un critère géographique- fait l'objet des investigations de M. **Mamadou Aliou Diallo**, chargé de cours à la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar, sous le titre « **Dire le droit du littoral au Sénégal** ». Comme pour toutes les communications présentées dans le cadre de ce colloque, il débute sa démonstration par un travail de définitions strictes, particulièrement utiles en l'occurrence puisque le concept de littoral est difficile à cerner, distinct de notions voisines, tels le rivage, l'espace côtier ou le domaine public maritime. Quelle que soit l'étendue de l'espace déterminé par le législateur, il faut le protéger, l'aménager et l'utiliser au mieux, en tenant compte de sa fragilité. Le constat est ici aussi empreint de lucidité, conduisant à constater les insuffisances de la loi puisque, si le

domaine public maritime est imprescriptible, il suffit de le faire sortir de cette catégorie par décret pour que cette protection disparaisse. Ce qui fait défaut, ce sont des critères incontestés pour déterminer la domanialité publique maritime. Sur une question si délicate, le législateur a besoin de l'aide du juge et la loi doit être complétée par la jurisprudence. C'est à ce prix que l'on évitera des constructions doctrinales approximatives. Ici aussi, une conclusion éclaire et couronne le propos, sous la forme d'un appel aux pouvoirs publics et aux structures publiques et privées à être plus vigilants dans leurs politiques de protection du littoral.

IV – Aspects transversaux

C'est bien dans cette perspective transversale, donc fondée sur le mélange des disciplines, des méthodes et des projets, que se situe le docteur **Riccardo Cappelletti**, de nationalité italienne, chercheur postdoctoral auprès du CERHDI (Centre d'étude et recherche sur l'histoire du droit et des institutions) de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, sur le thème « **Dire les droits en Afrique : les para juristes et les défis linguistiques** ». A la suite d'un universitaire canadien, il appelle à « un regard oblique sur le droit » et cela sonne agréablement à l'oreille d'un Toulousain comme l'auteur de ces lignes puisque la formule a été utilisée pour le doyen Hauriou (« Hauriou ou le regard oblique », article de Jean-Arnaud Mazères dans *Mélanges Sfez*, 2006). Chacun est d'accord avec l'idée que la langue constitue une dimension fondamentale du « dire le droit ». C'est vrai partout et particulièrement en Afrique, marquée par le décalage, dans la plupart des pays de ce continent, entre la langue officielle et les langues locales. De ce dernier point de vue, le regard du justiciable est important et il faut le prendre en compte pour savoir comment il ressent le déroulement d'un procès où il est partie à un titre ou à un autre. C'est une première question à laquelle le para juriste peut contribuer à répondre, facilitant la coexistence d'horizons normatifs différents.

Dans la mesure où le terme de para juriste n'est pas familier à tous et puisque la définition est difficile, le docteur Cappelletti fait une comparaison éclairante avec les para médicaux : ils n'ont pas atteint le niveau de formation le plus élevé au cœur de la spécialité mais ils jouent un rôle utile. Il appartient aux para juristes de faire le lien entre les citoyens et les professionnels du droit. De ce point de vue, la métaphore médicale se comprend mieux en France qu'au Sénégal dans la mesure où l'on parle, dans le premier pays, de « clinique du droit ». M. Cappelletti préfère mettre l'accent sur l'idée de « partage » qui peut constituer une des origines étymologiques du terme « para juriste ». Son rôle doit évidemment tenir compte des différences entre systèmes juridiques : il n'interviendra pas de la

Rapport de synthèse

même façon en pays de droit anglo-saxon et de tradition romano-germanique. Il s'agit de rendre le droit accessible aux populations, notamment en passant de l'écrit à l'oral. Les para juristes ne sont pas nécessairement des professionnels du droit. Ils doivent d'abord connaître la société où s'exerce leur autorité. En Afrique, il est nécessaire de savoir les langues locales. Parfois ce sont les populations elles-mêmes qui choisiront leurs para juristes. Ayant décidé de privilégier une présentation très concrète de cette profession, Monsieur Cappelletti en décrit les diverses formes d'interventions : les causeries, les échanges et -bien sûr- la traduction, ce dernier aspect fournissant, compte tenu de la nationalité italienne de l'orateur, l'occasion de rappeler la formule « traduttore, traditore ».

Le docteur **Patrice Samuel Badji** réintroduit la préoccupation déontologique en nous entretenant du « **droit saisi par la morale ou droit et bioéthique au Sénégal** ». Il souligne que les valeurs humaines sont inséparables de la science médicale. C'est une raison pour s'en préoccuper partout dans le monde, mais spécialement en Afrique dans la mesure où certains soupçonnent les grands laboratoires pharmaceutiques d'utiliser ce continent pour y recruter des cobayes pour leurs expérimentations. Il convient donc de compléter la réglementation pour protéger les populations. Dans le même sens, le législateur sénégalais s'efforce de prendre en compte les réalités biologiques. Il a notamment mis en place divers textes destinés à protéger la vie, par exemple tendant à interdire, sauf exceptions, l'interruption volontaire de grossesse, ou encore visant à protéger les personnes disposées à accepter de se soumettre à des expériences.

Pour autant, la réglementation demeure lacunaire. Ainsi en va-t-il en matière de procréation médicalement assistée : faute de textes capables de répondre à toutes les questions, il faut se référer aux principes généraux posés par la loi ; on peut ainsi s'appuyer sur les prescriptions tendant à garantir l'inviolabilité et l'incessibilité du corps humain, tout en tenant compte des exceptions prévues en ce domaine en vue de rendre possible la transplantation d'organes. Sur d'autres points, le droit sénégalais se montre peu clair et médiocrement apte à résoudre certains conflits de normes : c'est le cas par exemple avec le droit à la vie, proclamé par la constitution mais qui se heurte à la législation sur l'interdiction de l'interruption volontaire de grossesse sauf dans les cas prévus par la loi et sans que ceux-ci soient précisés ; s'y ajoutent les traités internationaux régulièrement ratifiés par le Sénégal et qui tentent d'imposer leurs propres équilibres ; une telle imprécision est évidemment inadmissible et contraire au principe de légalité. Sans doute peut-on également trouver une illustration des problèmes de ce type dans les textes tendant à définir le statut de l'embryon... Pour terminer le débat sans le clore, Samuel Badji cite la formule de Portalis, l'un des

auteurs du code civil français, soutenant qu'en matière juridique, « il faut être sobre de nouveautés ».

La communication du professeur *Saïdou Nourou Tall*, vice-doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar, peut fournir une forme de conclusion à ce colloque en proposant d'élargir nos travaux sur une dimension résolument internationale. Comme chaque fois qu'il participe à nos rencontres, sa contribution suscite la réflexion et la discussion en se confrontant à des problèmes d'une actualité brûlante : « *La migration et l'Afrique noire francophone entre conventions internationales et droit communautaire* ». Le point de départ de sa réflexion sur ces questions migratoires douloureuses, tient au constat que le droit de la migration relève de deux systèmes juridiques d'un certain point de vue rivaux, applicables aux niveaux international et régional. L'enjeu est d'autant plus important que l'on assiste actuellement à une accélération des mouvements de populations, qu'ils soient volontaires ou involontaires, liés à la recherche d'un mieux vivre ou qu'il s'agisse de victimes de conflits armés. Il faut aussi faire la distinction entre Etats fournisseurs et Etats d'accueil, même si la différence est de moins en moins claire dans la mesure où certains espaces jouent ces deux rôles simultanément. Les statistiques sur les populations affectées par ces phénomènes montrent une double tendance : vers la féminisation et vers la « juvénisation ». Parmi les motivations figurent également les facilités offertes aux détenteurs de certaines compétences professionnelles, mais aussi des informations erronées résultant des vantardises de ceux qui reviennent provisoirement ou définitivement au pays et qui embellissent le récit de leur séjour à l'étranger. Autre aspect de ces mouvements : d'importants transferts financiers depuis les pays d'accueils vers les pays fournisseurs avec, parfois, des conséquences non négligeables sur la balance des invisibles.

Les conséquences de l'intégration régionale et internationale sur les migrations sont multiples. La première tendance est naturellement de faciliter la libre circulation des frontières dans le cadre communautaire : il s'agit d'une politique à laquelle les organisations régionales ont consacré des efforts soutenus et qu'apprécient les populations des pays concernés par les facilités qu'elle procure, au point que certains appellent de leurs vœux l'institution d'une forme de « citoyenneté communautaire ». Simultanément, les Etats s'appliquent à préserver leur souveraineté pour intervenir en cas d'afflux non désirés, par la mise en application de clauses de sauvegarde : cette préoccupation débouche sur la notion de « migrants inadmissibles », catégorie difficile à cerner tant elle fait l'objet de polémiques et selon que l'on souhaite y intégrer les terroristes, les criminels, voire les victimes de certaines maladies épidémiques... Au-delà du cadre régional, les conventions se multiplient en ce domaine avec l'Europe. Enfin, les organisations internationales se sont saisies du problème, surtout l'ONU et l'OIT. Toutes

Rapport de synthèse

concourent à améliorer les liens entre migration et développement. Une convention de 1990 tend à protéger les travailleurs migrants mais il est révélateur de constater qu'elle n'a été ratifiée que par des Etats fournisseurs de main-d'œuvre mais pas par les Etats d'accueil.

*

* *

Au moment de clore ce rapport de synthèse, il nous apparaît qu'une dimension est présente dans toutes les communications mais que nous n'avons guère évoqué jusqu'à présent : le souci de réalisme et le refus de la langue de bois. Ce n'est certes pas le seul élément repris par la plupart des orateurs. Nous avons cité, chaque fois que cela nous a paru judicieux, l'opportune objurgation à combattre l'inflation législative. Très nombreux sont ceux qui s'en sont réclamés. De même la formule de Montesquieu sur « le juge, bouche de la loi » a-t-elle été très souvent citée, chacun s'employant à distinguer l'interprétation qu'en font habituellement les juges, s'arrogeant la prérogative de dire le droit, et le rôle dans lequel Montesquieu entendait les contenir, des subordonnés soumis aux textes émanant du pouvoir législatif, chargés de les appliquer *mécaniquement*. De même encore, avons-nous toujours constaté et plusieurs fois souligné la rigueur méthodologique dont personne ne s'est départi, avec un méritoire effort de définition au début de quasi toutes les communications.

C'est donc cette dimension de réalisme que nous souhaitons mettre en exergue en conclusion, faute peut-être d'y avoir assez insisté jusqu'à présent. Cette préoccupation n'est passée ni par ces vaines autocritiques dans lesquels certains universitaires se complaisent, ni par cette propension à se défausser de ses fautes en se battant la coulpe sur la poitrine du voisin mais par une volonté délibérée de ne se soumettre à aucun « juridiquement correct », à aucun préjugé, pas plus qu'à aucune mode. Un présupposé si exigeant n'exclut pas des erreurs et des approximations. Du moins doit-il mettre à l'abri du conformisme. Aucune législation et aucune réglementation, qu'elle soit sénégalaise, ivoirienne ou française n'a été épargnée, ni dans ses spécificités, ni dans les jeux d'influence qui peuvent jouer entre elles.

C'était indispensable pour renouveler la matière, s'agissant d'un *dire le droit* qui a déjà fait l'objet de bien des études. Il n'a pas échappé aux participants qu'avec cette formule qui privilégie la parole sur l'écrit, la tradition du droit romain le plus ancien, fondé sur la *jurisdictio*, rejoint les caractéristiques des sociétés traditionnelles, celles qui continuent d'appliquer des normes orales et où le droit moderne doit être traduit dans un langage parlé. Nul n'a pour autant oublié que le processus de codification est longtemps apparu comme une forme de progrès en matière juridique. Dire le

droit –ou le rédiger– implique à la fois des aspects techniques avec la recherche de la clarté, de la simplicité et de l'équité mais aussi avec une dimension idéologique. L'on est passé, au cours du siècle précédent d'une tendance à privilégier la neutralité du droit, sa capacité à constituer un système pur, autonome, au seul service de la justice, à la conviction de plus en plus déterminée qu'il faut débusquer les influences politiques et le jeu des intérêts de classe.

Ce serait sans doute faire preuve de trop d'optimisme que de soutenir que notre époque a trouvé le bon équilibre entre la naïveté des grands ancêtres imaginant construire un édifice répondant à la seule logique des normes s'emboîtant les unes dans les autres, et le cynisme des néo-marxistes qui réduisent la législation à une superstructure au service des classes dominantes, tout en admettant que l'instrument peut parfois échapper à ses auteurs. Du moins la tendance est-elle désormais et de plus en plus de privilégier la recherche des solutions à la fois les plus adaptées et les plus simples, en comparant les systèmes juridiques dans une démarche relevant du *law shopping*. S'y ajoute la conviction que si les lois nationales et les conventions internationales ne donnent pas satisfaction, les parties sont fondées à se constituer contractuellement leur propre droit, avec des obligations qu'elles se définissent elles-mêmes, avec des niveaux de responsabilité qu'elles fixent en fonction du degré de sécurité souhaité, avec la détermination de la composition des instances d'arbitrage auxquelles elles pourront faire appel en cas de litiges, écartant les tribunaux officiels. Même dans des domaines où l'autorité souveraine de l'Etat est censée s'imposer sans partage, la négociation prend une place de plus en plus importante, ainsi en droit fiscal ou en droit pénal où la transaction est de plus en plus souvent recherchée. Chacun se considère comme légitime à dire son propre droit, sur une base contractuelle.