

Il était logique qu'après deux livraisons consacrées respectivement au droit du mariage et à la propriété foncière, la revue *Droit béninois* élargisse son champ d'investigation avec un colloque portant sur les sources du droit. Le défi était d'importance. Il touche à toutes les époques et à toutes les branches de la science juridique et c'est bien ainsi que les organisateurs l'ont conçu.

Pour ce qui est des périodes scrutées, elles couvrent, en effet, un spectre très large, remontant à un passé fort éloigné, celui des Empires africains de la période pré coloniale. Pour ce qui est de la colonisation, on en mesure les méfaits à travers le traumatisme qu'elle a causé au sein des populations. Les premières années de l'indépendance sont celles d'une réappropriation du droit avec le lancement d'un programme ambitieux de codification qui vise à adapter la législation à la fois aux traditions africaines et aux exigences d'une modernité dont l'occident croit avoir le monopole.

Cet ouvrage collectif traite également des grandes branches du droit, avec le souci d'en repérer les origines, diversifiées pour certaines, communes pour d'autres. Des études portant notamment sur le droit constitutionnel, le droit des successions, le droit foncier, le droit financier, le droit maritime... permettent d'analyser les particularités de chacun. En même temps, nombre d'aspects identiques, par delà les spécialités, se retrouvent dans les diverses contributions et leur rapprochement est des plus révélateurs.



Copy right et diffusion : 2015
Presses de l'Université
Toulouse 1 Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex

ISBN : 978-2-36170-112-3



Prix : 10 €

DROIT BENINOIS n° 4 2015

Faculté de droit et des sciences politiques

Université d'Abomey-Calavi

Centre toulousain d'histoire du droit

et des idées politiques

Université Toulouse 1 Capitole

DROIT BENINOIS

n° 4 – 2015

Les sources du droit

sous la direction de
Barnabé Georges Gbago
et Olivier Devaux

Presses de l'Université
Toulouse 1 Capitole



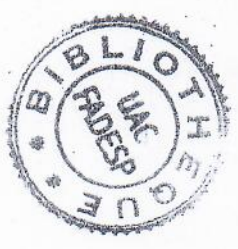
2810

Faculté de droit et des sciences politiques
Université d'Abomey-Calavi
Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques
Université Toulouse I Capitole

DROIT BENINOIS
n° 4 - 2015

LES SOURCES DU DROIT

sous la direction de
Barnabé Georges Gbago
et Olivier Devaux



Copyright et diffusion : 2015

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

ISBN : 978-2-36170-112-3

Directeur de publication : M. le doyen de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi

Comité scientifique

- Président d'honneur : Glélé-Ahanhanzo, professeur, directeur de l'Institut des droits de l'homme de Cotonou
- Mamadou Badij, professeur à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, doyen
- Olivier Devaux, professeur à l'Université Toulouse I Capitole, chargé de mission pour les partenariats avec l'Afrique
- Eloi Diarra, professeur à l'Université de Rouen
- Seydou Diouf, professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Cheikh Anta Diop, chef du département d'histoire du droit
- Jean-Pierre Duprat, professeur émérite à l'Université Bordeaux IV Montesquieu
- Camille Kuyuu, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
- Fidèle Mengou Me Engouang, professeur à la Faculté de droit de l'Université Omar Bongo de Libreville
- Ibrahim Salami, professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi, vice-doyen
- Samba Traoré, professeur à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis
- Auguste René Ali Yerima, directeur de la Caisse nationale de sécurité sociale à Cotonou

Comité de lecture

- Barnabé Georges Gbago, doyen de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi
- Mamadou Badij, professeur à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop à Dakar, doyen
- André Cabanis, professeur à l'Université Toulouse I Capitole
- Nicaise Mede, professeur de droit public, directeur l'Ecole nationale d'administration et de magistrature de Cotonou
- Ibrahim Salami, vice-doyen la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi

TABLE DES MATIERES

PREFACE par Bruno Sire et Barnabé Georges Gbago.....	11
PREMIERE PARTIE : LES SOURCES TRADITIONNELLES	
LA FABRICATION DU DROIT COUTUMIER AFRICAIN par Barnabé Georges Gbago	17
LES DETERMINANTS SOCIOCULTURELS DE L'HERITAGE CHEZ LES ADJA-FON AU SUD-BENIN. ESSAI D'UNE SOCIO-ANTHROPOLOGIE DU DROIT DES SUCCESIONS par Laurent Adjahouhoué et Z. Yves Magnon.....	43
LES CODIFICATIONS AFRICAINES : MOTIVATIONS ET DEFIS par André Cabanis	57
L'ART ROYAL D'ABOMEY : UNE SOURCE DU DROIT BENINOIS ? par Dr Mathieu Dehounon	75
LE DIALOGUE DES SOURCES DU DROIT par Léon Josse.....	95
DEUXIEME PARTIE : LES SOURCES MODERNES	
LES SOURCES DU DROIT MARITIME DANS LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES : CAS DU BENIN ET DU TOGO par Hospice Ahouandjinou Djossinou.....	125

LE DIALOGUE DES SOURCES DU DROIT

par Léon Josse,

docteur en théorie du droit à l'Université de Gand (Belgique),

chercheur invité à Paris I Panthéon-Sorbonne (France)

et enseignant chercheur à la Faculté de droit et de sciences politiques

Est-il nécessaire d'examiner la problématique des sources du droit ? La question ne peut être dénuée de sens car l'appréhension des sources du droit paraît évidente et explicite. Par définition, les sources du droit désignent les voies par lesquelles naît le droit dans une société, voies qui dépendent de l'environnement socioculturel de chaque société. En d'autres termes, elles correspondent semble-t-il, aux foyers de création du droit liés aux composantes de chaque société.

D'un contenu variable en fonction du schéma socioculturel, les sources du droit apparaissent propres à chaque société, à chaque communauté. Si, dans les sociétés précoloniales en Afrique, le droit dispose comme sources des rites, des croyances, des divinités et des consultations divinatoires, la situation des sociétés occidentales apparaît différente. Dans les sociétés précoloniales, les sources du droit sont distinctes les unes des autres, car existent les lois familiale, clanique, ethnique, lignagère, royale, ainsi que la jurisprudence, la doctrine et les principes généraux de droit, tous au même niveau. En revanche, dans les sociétés occidentales imprégnées de libéralisme¹ au lendemain de la codification, les sources du droit se réduisent à la loi, expression de la volonté du peuple, aux usages et coutumes présentes dans le Code civil de 1804, à la jurisprudence, décisions émanant des juridictions, à la doctrine comme opinions émises par les juristes sur une question de droit, et aux principes généraux du droit. La distinction entre les sources du droit en fonction des ensembles culturels qu'il régit, indique la spécificité de chaque droit par rapport à chaque société.

S'il est évident que les sources du droit relèvent des règles de conduite d'un peuple, il n'en demeure pas moins vrai qu'elles connaissent de véritables mutations lorsqu'elles sont confrontées à d'importants événements historiques. L'on ne saurait soutenir la notion d'intangibilité des sources du droit. Ainsi, l'avènement de la traite négrière et de la colonisation a profondément modifié la nature des sources de droit en Afrique précoloniale,

¹ Dmitri Georges LAVROFF, *Histoire des idées politiques depuis le XIX^e siècle*, Paris, Dalloz 5^{ème} édition, 2007, p. 15-53.

pour tendre vers une identité des sources ou vers une aire ayant une allure magico-religieuse. Malgré les tentatives d'assimilation des sources du droit entre la métropole et les colonies françaises, des résistances non négligeables s'observent dans la conduite des colonisés en terme de rejet des sources du droit imposées par la métropole. Le refus des Africains de se conformer aux sources du droit imposées par la métropole fait subsister à côté du droit du colonisateur, un droit précolonial et un droit islamique pratiqués par les Africains : il n'y a pas de doute sur l'effectivité d'un pluralisme juridique en Afrique.

Le pluralisme juridique, lié au pluralisme des sources du droit, affecte la vie du droit car il met aux prises plusieurs sources du droit notamment un droit d'inspiration magico-religieuse avec un droit d'obédience hiérarchique, générale et impersonnelle. Il bouleverse la hiérarchie et la cohésion internes des sources du droit au point de provoquer des conflits de norme apparemment insolubles. Si par consensus la voie de la solution est trouvée, il reste que l'autorité qui s'attache à chaque source du droit en sort affaiblie. Le pluralisme juridique enfermé dans le pluralisme des sources paraît susciter du fait de la collusion de ces sources une ineffektivité normative. Tirailles entre plusieurs sources du droit, les Africains vivent dans une hybridité inconfortable² des sources qui perturbe leur intégrité culturelle : identification des Africains aux citoyens de la métropole, conformité à la nature de la dot, du mariage et de la polygynie.

Le pluralisme juridique bouleverse l'intégrité des sources en Afrique précoloniale car dès l'époque coloniale, au cours de laquelle l'on observe une importation des sources du droit occidentale. La colonisation, avec son cortège d'innovations imposera de nouvelles sources pour en faire des sources supérieures aux sources de l'Afrique précoloniale. Il s'en suit que les sources de l'Afrique précoloniale apparaissent antinomiques par rapport à celles relevant de la période coloniale. Autrement dit, les sources en vigueur pendant la période coloniale étaient les sources du droit colonial et les sources du droit précolonial compatibles avec celles-ci. Un rapport interne-externe réside au niveau des sources du droit.

Les sources du droit peuvent être circonscrites à l'intérieur d'une colonie ou d'un territoire sous protectorat. Elles peuvent aussi exister dans les rapports entre la colonie et la métropole en termes de mandat ou de protectorat. Les sources du droit au plan international sont constituées par les traités de protectorat signés entre la métropole et la colonie.

Au-delà de la classification interne et internationale des sources du droit, on pourrait s'interroger sur l'origine des sources du droit. L'opération risquerait de conduire à une régression à l'infini à l'instar de l'énigme de la poule et de

l'œuf. La doctrine interne ou internationale fait remonter l'origine des sources du droit au niveau de deux théories fondamentales : la première d'obédience kelsenienne³, prétend que le droit vient du droit lui-même ou de ses sources respectives et la seconde ripertienne⁴, affirme que le droit vient des forces sociales.

En dépit de leurs variations en fonction de l'environnement socioculturel et des périodes qu'elles traversent, les sources du droit développent entre elles une véritable harmonie qui fait que l'une complète l'autre, assurant ainsi la cohésion de l'ensemble de l'ordre juridique ou du système juridique. En Afrique précoloniale, les règles du clan, de la famille, de l'ethnie, du lignage et du royaume sont complétées par la jurisprudence, par la doctrine et par les principes généraux du droit. Il en est de même en Occident de la loi, de la coutume, de la jurisprudence, de la doctrine et des principes généraux du droit.

L'idée de secours d'une source du droit par une autre source est caractéristique de l'harmonie et du dialogue interne entre les sources du droit. La loi ne saurait assurer à elle seule le système juridique, encore moins la coutume, la jurisprudence et la doctrine prises chacune isolément. La contribution de chaque source au fonctionnement holistique du système juridique participe du dialogue des sources et de la complétude du système juridique au moyen de l'aide apportée par chacune des sources du droit.

S'il est clair que les sources du droit, en dépit de leurs différences, peuvent entretenir un dialogue pour un fonctionnement effectif de l'ordre juridique, il paraît évident que la loi s'affirme comme une norme générale et impersonnelle dont la mise en pratique relève de l'autorité de la jurisprudence. De même, la loi renvoie ou supplée à la coutume et la doctrine analyse et systématise de manière scientifique les explications législatives ou de la jurisprudence. Le dialogue des sources du droit apparaît dans ce va et vient qu'entretiennent les sources entre elles, même si des conflits ne sont pas à dissimuler. Il y a lieu de relever la complétude de l'ordre juridique à travers la contribution de chacune des sources du droit. La question essentielle est de savoir si les sources du droit selon les époques se confondent, se complètent ou apparaissent incompatibles entre elles.

La méthodologie qui fait l'objet de cette étude est en premier lieu celle des sciences juridiques appuyée dans une approche interdisciplinaire par des approches historique, sociologique anthropologique et théorique. Il s'agit d'une approche de Hart qualifiée d'externe modérée qui met le droit au centre et autour duquel gravitent les autres sciences. La démarche est

³ Kelsen HANS, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Traduit par Charles EISENMANNN, Bruylant, L.G.D.J., 1962, p. 117-173.

⁴ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 71-74.

² Mathieu 6 : 24 : « Nul ne peut servir deux maîtres ».

historique car il serait question de développer d'abord la nature des sources précoloniales (I) avant de s'épancher ensuite sur leur devenir lors et après la colonisation (II).

I - Des sources du droit précolonial

Les sources du droit en Afrique précoloniale se distinguent des sources du droit occidental (A) et connaissent une évolution dans le temps à mesure que des fusions exogamiques entre communautés s'opèrent (B).

A - Des sources originales

L'originalité des sources du droit précolonial est en rapport avec l'environnement magico-religieux, avec les mythes fondateurs etc. (1). Mais les sources du droit peuvent revêtir le statut de loi clanique, ethnique, lignagère ou royale sous la norme législative (2).

1 - Des sources singulières

Les sources du droit en Afrique précoloniale sont constituées par des schèmes directeurs dont les contenus apparaissent différents de ceux de l'ordonnement juridique occidental car elles relèvent à la fois de psychologie communautaire et de la cosmogonie africaine. Comme sources du droit, il convient d'analyser les mythes fondateurs de la famille, du village, du royaume et de l'empire, les règles au sein de la famille, les rites, les divinités, la géomancie etc.

Les mythes fondateurs, les récits historiques⁵ de la famille, du village, du royaume, de l'empire sont les sources du droit en Afrique précoloniale car les normes de conduite en société s'inspirent de ceux-ci. Bien que le mythe soit un récit imaginaire à fonction pédagogique dont les références peuvent être difficilement prouvées, les mythes fondateurs représentent, dans une certaine mesure, l'explication de l'avènement d'une communauté, d'un clan, d'une ethnie, d'un lignage, d'un village dans un espace donné ou d'un phénomène historique précis. Le mythe de la descendance du royaume d'Adja-Tado (actuellement territoire togolais), qui résulte d'une relation intime entre la princesse et une panthère, apparaît comme un cas éditant. Ainsi, les descendants du royaume sont assujettis à la vénération de cet animal vital et protecteur. D'un animal qui donne la vie, on pourrait passer à animal totem qui protège une famille, un clan ou une ethnie. L'histoire de la Rome antique nous enseigne dans une perspective presque identique le récit de deux frères

jumeaux Remus et Romulus, élevés par une louve sur les bords des eaux du Tibre au pied du mont Palatin.

Les règles appartenant à chaque famille, à chaque clan, à chaque royaume, à chaque empire, représentent des sources du droit en Afrique coloniale. Bien qu'elles varient en fonction des mythes fondateurs de chaque famille, l'interprétation des règles en termes d'exogamie permet d'assurer l'équilibre au sein de l'espace qu'elles régissent. Au-delà des règles liées à la survie de chaque communauté, les rites pratiqués par chaque famille de manière individuelle ou collective, sont de véritables sources du droit dans l'Afrique d'antan. Elles permettent d'assurer l'équilibre surtout psychosocial des membres de la communauté. Le défaut de l'accomplissement d'un rite, par exemple dans le cadre des cérémonies de sortie du nouveau-né ou des cérémonies funéraires dans une communauté, pourrait bouleverser l'équilibre de celle-ci, ce qui exige donc leur respect inconditionnel.

Les différents bracelets et colliers portés par les membres d'une communauté constituent des sources du droit car ils désignent l'échelon auquel appartient celui qui le porte au sein d'une famille, d'un clan, d'une ethnie ou d'un royaume. En outre, les divinités adorées par chaque communauté en Afrique traditionnelle et représentées par des statues en bois ou des objets de la nature ne sont pas en marge des sources du droit. Elles favorisent par leur force relevant du surnaturel, la protection de la famille, du clan, de l'ethnie, du royaume ou de l'empire. La stabilité d'une communauté, d'un royaume, d'un empire dépend de la protection de ses dieux, dont le rôle est de constituer une sorte de bouclier protecteur à l'invasion de l'ennemi. La fermeture des deux portes magiques d'entrée dans le royaume de Kéou au Sud Bénin du XV^e siècle à nos jours indique un danger imminent et des cérémonies imposées par les divinités. Malgré leur diversité, ces dernières coexistent au sein de chaque royaume car chacun de leurs adeptes se conduit avec un respect mutuel à l'égard des autres divinités. Les adeptes de la divinité des Egungun observent un respect mutuel à l'égard de ceux qui vouent leur salut à la divinité Tchango. Par la géomancie, les divinités révèlent leur intention.

La géomancie, une science de divinisation par la terre, constitue une des sources véritables du droit en Afrique précoloniale car elle révèle aux vivants, le passé, le présent et l'avenir. En se conformant à ses prescriptions, la géomancie atteint une révélation de la vérité, surtout de l'avenir grâce à l'interprétation du signe apparu lors de la consultation au devin. Elle constitue aussi le canal par lequel les morts, les divinités et les forces de la nature communiquent avec les vivants. La géomancie permet aussi de savoir l'appartenance ou non d'un enfant à la famille ou si les actes étranges de celui-ci exigent des cérémonies particulières.

⁵ Hubert DESCHAMPS, *L'Afrique noire précoloniale*, Paris, P.U.F., 1969, p. 15-19.

Les mythes fondateurs, les règles, les rites, les bracelets et les colliers, les divinités, la géomancie, la généalogie coexistent dans un rapport de complémentarité au sein d'une famille, d'une communauté, d'un royaume ou d'un empire. Si les mythes fondateurs expliquent l'avènement d'une communauté dans un espace donné, les règles, les rites, les signes d'appartenance assurent son équilibre par le respect des prescriptions divinatoires et de la volonté des divinités. Il est évident que ce rapport de complémentarité souffre d'un défaut de scientificité selon la logique cartésienne, mais le déterminisme de la croyance des africains précoloniaux admet que ces éléments précisés soient de véritables sources du droit en Afrique précoloniale. L'analyse de la norme précoloniale présente un ordonnancement juridique ayant une variation de degré.

2 - De la norme législative précoloniale, une variation de degré

L'un des paradoxes des sources du droit largement embourbées dans l'oralité dans les sociétés précoloniales africaines se rapporte à la question de leur statut. Transmises de bouche à oreille, passant de la théorie à la pratique, les sources du droit de l'Afrique d'antan peuvent être remises en cause à cause du défaut d'écrits véritables et du fait de controverses historiques. Mais l'analyse du droit africain par les catégories juridiques inventées par l'Occident, ne saurait rendre compte de la nature intrinsèque des sources du droit en Afrique d'avant la colonisation qui sont affectées de logiques très particulières.

En analysant la spécificité des sociétés précoloniales en Afrique, on y trouve des normes générales et impersonnelles qui sont variables par échelon. Les règles régissant la famille, le clan, l'ethnie, le lignage peuvent être considérées comme des normes générales et impersonnelles selon l'assemblée de la famille, du clan, de l'ethnie et du lignage. Par exemple, les règles liées à la naissance, au mariage et à la dot de la famille Affolabi de Kétou ne sont pas identiques à celles de la famille Abimbola : si la famille Affolabi doit s'adonner à des rituels spécifiques le jour pour conjurer le mauvais sort, la famille Abimbola veille à inhumer ses morts la nuit.

La considération des règles comme des lois, malgré leur domaine d'application (famille du clan, de l'ethnie et du lignage et leur oralité) en Afrique précoloniale donne lieu à une variété de normes liées à la diversité des familles respectives. On peut aussi retrouver au sein de la même famille une variété de règles. Il en découle que la pluralité des normes législatives à l'échelle micro-sociétale pourrait présager d'un conflit de normes au niveau des familles. L'Afrique précoloniale n'a pas connu une vie toujours idyllique contrairement à la pensée de Césaire⁶ pour qui l'Afrique précoloniale était

soustraite des périodes de guerre ou de turbulences sociales à l'intérieur des royaumes et des empires. Puisque s'y développaient des guerres d'annexion, de razzia et d'invasion entre peuples de l'Afrique précoloniale, il n'est pas exclu qu'elles étaient liées à la pluralité des règles de conduite au niveau micro-sociétal. Mais contre toute attente, la pluralité des normes n'est pas incompatible en soi en Afrique traditionnelle puisque chaque famille reste guidée par le principe du respect mutuel des règles appartenant aux autres familles. Elle a pour effet de susciter un dialogue des sources à travers une coexistence harmonieuse entre les familles ayant des normes différentes.

La loi ethnique, clanique ou lignagère, circonscrite à l'échelle de son domaine de définition, assure sa validité au niveau de ses composantes. Elle se trouve privée d'effets juridiques à l'égard de ceux qui n'en sont pas membres. On ne pourra pas appliquer une obligation d'inhumation nocturne à une famille dépourvue de cette règle. Le caractère général et impersonnel de cette norme apparaît moindre que celle d'une loi relevant de l'ordonnancement juridique d'un Etat moderne. Malgré l'étroitesse de la validité de la loi ethnique, clanique ou lignagère, il n'est pas erroné de lui conférer un statut de loi sous réserve des nuances nécessaires : elle n'est pas cette et elle est valable à une échelle moindre. Ainsi donc, les différentes délégations occidentales concernant des lois familiale, semblent confirmer la méconnaissance par les occidentaux des règles de conduite en Afrique précoloniale. Il faut éviter un mimétisme juridique fondé sur la référence à l'Etat centralisateur moyenâgeux du règne Philippe le Bel ou à l'Etat jacobin. Dans cette optique, le caractère général et impersonnel d'une loi ne dépend pas de l'étendue de son domaine d'application ou de son caractère oral, mais d'une acceptation de la norme par la famille, le clan, l'ethnie ou le lignage. Même si le concept de loi clanique, ethnique ou lignagère reste à l'étape de conjecture théorique dans la science du droit contemporaine, la doctrine envisage cette hypothèse dans le dialogue des sources.

La loi précoloniale qu'elle soit clanique, ethnique ou lignagère⁷ demeure une norme législative orale dont la mise en œuvre relève de l'autorité des gardiens de la tradition. On pourrait craindre que le statut oral de cette règle puisse constituer un obstacle à son intégrité en vertu des limites inhérentes à la mémoire humaine et de l'érosion provoquée par l'évolution du temps. Cependant, les gardiens de la tradition, représentant les sources du droit, désignés par des procédés divinatoires, se contentent de sauvegarder l'intégrité des règles de conduite à travers une école africaine de l'initiation en brousse. La loi familiale, de même que la jurisprudence et la doctrine qui en résultent, s'appliquent dès la naissance à un membre de la communauté.

⁶ Aimé CÉSAIRE, *Discours sur le colonialisme*, Paris, 1956.

⁷ Philippe LABURTHE-TOLRA & René BUREAU, *Initiation africaine, supplément de philosophie et de sociologie à l'usage de l'Afrique noire*, Yaoundé, éd. Cite, 1971, p. 41-45.

Le nouveau-né est assujéti aux règles de conduite de sa famille biologique ou de sa famille d'adoption. Les cérémonies de sortie d'un nouveau-né, d'inhumation d'un membre de la communauté, l'option accordée à la future épouse d'intégrer totalement la famille de son mari ou de conserver les rites de sa famille d'origine, participent de la concrétisation de la norme législative. Par exemple, Adéfounkè adepte de la divinité « Tchango, dieu de la foudre » à Kétou dans le Sud-Bénin garde les rites de sa croyance au détriment de son mari adepte de la divinité Egungun, divinité des revenants. Le dialogue des sources du droit, au-delà de leur coexistence spatiale, s'inscrit dans une évolution temporelle.

B - De l'évolution des sources du droit

Les sources de droit en Afrique précoloniale évoluent dans le temps selon la dynamique sociale d'un petit groupement vers un ensemble plus grand. Elles obéissent à une progression qui généralise leur mise en œuvre au sein des communautés (1) sans dissimuler leur différence (2).

I - La courbe ascendante des sources du droit en Afrique précoloniale

Les sources du droit en Afrique précoloniale naissent en premier lieu, dans le giron d'une petite famille communautaire. La loi, la jurisprudence, la doctrine familiale, les révélations divinatoires, les cultes de divinités montent peu à peu à l'échelle du clan, de l'ethnie et du lignage à mesure que s'agrandit la communauté et que se développe l'exogamie par la dynamique de l'évolution que souligne la théorie du devenir chez Héraclite d'Éphèse⁸. Ainsi, les sources apparaissent en marge d'une stagnation sociale ; elles sont liées à une ascension évolutive dialectique et dialogique qui pourrait récuser leur intégrité car elles connaissent des mutations non négligeables. Grâce aux alliances entre les familles préparées par la consultation des oracles pour prédire la compatibilité entre les futurs époux, les règles d'une famille A fusionnent dans la mesure du possible avec celle d'une famille B. La même évolution s'observe au niveau de la jurisprudence et de la doctrine. La courbe ascendante des sources du droit, du clan au lignage en passant par l'ethnie fait l'objet d'échange entre les familles, échanges vains lorsque les familles s'attachent à l'intégrité de leurs règles de conduite, et échanges fructueux assortis de concessions en cas de séduction d'une règle de conduite par une famille qui en était dépourvue.

La norme législative débute dans le giron d'une famille ; elle monte au niveau du clan un échelon plus large, puis au niveau de l'ethnie et enfin au niveau du lignage pour une envergure plus étendue. Elle s'accompagne de la

jurisprudence, de la doctrine, des pratiques divinatoires et des cultes de divinités. Les cérémonies de naissance, de mariage et d'inhumation s'inspirent des règles familiales. Mais la particularité des règles de mariage a pour effet de provoquer une symbiose fédératrice des alliances entre les familles des futurs époux et plus loin au niveau des clans, ethnies et lignages. Les règles familiales préparent selon la dynamique sociale, une montée peu à peu vers de grands ensembles, tels le clan, l'ethnie et le lignage et plus tard vers le concept de loi. Si elles assurent la survie communautaire, elles sont renforcées par la jurisprudence de la divinité Osaryi à Kétou (décision imposée, décision négociée dénommée comme modes alternatifs de résolution des conflits), la doctrine des anciens et les diverses consultations divinatoires. La maxime latine « mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus » qui signifie que la coutume s'appuie sur le consentement tacite du peuple qui a été rendu durable par une longue habitude⁹, révèle le processus de la création normative. La méconnaissance des règles qui montent de la famille vers le lignage en passant par le clan conduit à une imposition de normes par la théorie du mimétisme des catégories juridiques, avec des difficultés de réception normative et avec des conflits entre les communautés.

La norme législative, décidée par l'assemblée de la famille, du clan, de l'ethnie ou du lignage ne saurait être imposée, puisqu'elle est vécue et partagée par les membres de la communauté qui lui vouent une légitimité et une légalité véritables. Il est vrai que la guerre permet au peuple vainqueur d'imposer ses pratiques sociales au peuple vaincu. Toutefois, il faut se garder d'imposer des normes législatives car bien que résigné aux injonctions du vainqueur, le peuple vaincu n'abandonne pas facilement l'identité au moyen duquel il s'exprime véritablement.

La jurisprudence de l'Afrique précoloniale incarnée par les décisions des juridictions des chefs de familles, des divinités, des village, du royaume selon la sociologie de l'histoire de la jurisprudence précoloniale, admet dans un premier temps, une rigidité dans la mesure où on note une conformité de la nouvelle décision par rapport aux décisions anciennes. Dans la sagesse populaire ou la mémoire collective, il est aisé d'entendre de la bouche des anciens « on a toujours fait comme cela, on ne peut pas changer ». Cependant, il existe des cas de revirement de décisions de justice qui s'opèrent en Afrique précoloniale ce qui évite que la rigueur de la loi puisse engendrer des solutions iniques. La combinaison de l'équité et de la mémoire des anciens, permet de produire une jurisprudence raisonnable qui survive au temps.

⁸ Pierre Dmity LAVROFF, *Histoire des idées politiques, de l'Antiquité à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2007, p. 12 et s.

⁹ P. COLLINET et A. GIFFARD, *Précis de droit romain*, t. 1^{er}, Paris, Librairie Dalloz, 1925, p. 10.

La doctrine en Afrique précoloniale, œuvre des dépositaires de la tradition, a pour rôle de sauvegarder la cohésion de la communauté grâce aux opinions émises par ses auteurs. La doctrine n'est pas l'opinion d'un quelconque membre de la société, au contraire, elle appartient à ceux que leur expérience et leur sagesse ont érigé au rang de détenteurs de la sagesse communautaire : voir pendant longtemps, être témoin assisté de plusieurs histoires de la famille, être âgé, avoir le sens du doigté ou disposer d'une dextérité aimable, pourrait conférer à un membre de la communauté son statut de doctrinaire. Faut-il sauvegarder une dialectique intégrité *versus* évolution ?

Les sources du droit dans leur développement se perpétuent dans la mesure du possible, dans leur intégrité car c'est la reproduction *in extenso*, d'une loi clanique, ethnique ou lignagère, d'une jurisprudence, d'une doctrine, d'un principe général tiré du droit naturel qui donne sens à la régulation sociale. La transgression des sources du droit au moyen de leur méconnaissance ou de leur mise en œuvre partielle provoque des sanctions qui mettent à mal la cohésion. Craignant les effets néfastes liés à la violation des sources du droit, les communautés recourent systématiquement à l'oracle pour conjurer les mauvais sorts et désigner les gardiens du temple. Mais au fur et à mesure que la question de l'intégrité des sources du droit se pose, il n'en est pas moins vrai que la fascination suscitée par les pratiques d'autres communautés puisse modifier indirectement les sources de droit relevant d'autres familles. Mieux : l'alliance entre les familles des futurs époux peut se traduire par une modification indirecte des sources du droit à travers la présentation que la jeune épouse donne des pratiques relevant de sa famille. Sous l'effet d'une jeune séductrice, les sources du droit que le chef de famille considère comme meilleures que les siennes peuvent entrer peu à peu dans la sphère de la communauté dont il a la charge. Les sources du droit dans leur ensemble sont distinctes les unes des autres.

2 - De la différence entre les sources du droit

Contrairement aux affirmations de la littérature juridique occidentale, les sources du droit en Afrique précoloniale ne sauraient être qualifiées d'ordre juridique primitif car elles ne conduisent pas à un ordre comportant une confusion de rôles au niveau des acteurs. Par définition, les ordres juridiques primitifs sont ceux dans lesquels tous les rôles peuvent être joués par un même individu. Autrement dit, l'auteur de la loi devient le juge des cas d'espèce et le producteur de la doctrine. Il en va autrement en Afrique précoloniale. En Afrique précoloniale, les auteurs de la production d'une loi familiale sont distincts de ceux qui rendent des décisions d'espèce dans les juridictions. La même distinction est étendue aux auteurs de la doctrine dont le rôle spécifique n'est pas moins négligeable.

La loi, norme législative selon le degré considéré, apparaît comme la volonté de la communauté s'imposant à tous ses membres. En dépit de son caractère oral et du défaut de sa matérialisation à l'instar des tablettes des XII tables dans la Rome antique la loi familiale, clanique, ethnique ou lignagère demeure une loi au sens véritable. Mais le caractère oral de la loi et son domaine d'application restreint ne peuvent pas lui ôter le statut de loi étant entendu qu'elle émane de la volonté générale et impersonnelle de la communauté considérée. S'il est clair que ces règles peuvent être considérées comme des lois, il devient illogique, de les déclarer comme des coutumes ou des usages. Même si l'on s'accorde à reconnaître que les sources du droit naissent par des faits ou par des exploits des membres de la communauté ou de la famille, il n'est pas facile d'identifier leur origine véritable.

L'étiologie de cette loi peut paraître confuse en fonction de sa justification : les lois résultent des combats humains à l'instar d'Oedipe dans l'*Antigone* de Sophocle, de l'imposition des règles du peuple vainqueur au peuple vaincu, et du croisement axiologique des valeurs communautaires. Il ne paraît pas douteux que les lois proviennent de faits anciens, réalisés par les membres influents de la communauté. Ces faits se perpétuent de génération en génération pour la cohésion de la famille. Par exemple, le fait pour un membre influent d'une communauté peut au Bénin de demander la main de sa future compagne par l'appropriation de son foulard impose, aux autres membres de faire de même avant de convoler en justes noces. Il s'agit d'une imposition de règles, d'une axiomatisation de pratiques matrimoniales ou d'une ingéniérie de règles de mariage que les membres de la communauté ont du mal à expliquer aux plus jeunes. Au-delà de l'aspect causal, les lois en Afrique précoloniale coexistent avec les autres sources du droit dans un dialogue fécond. Il appartient à la loi d'assurer sa complétude par la jurisprudence des juridictions (familiale, ethnique, clanique, lignagère ou royale) par la doctrine des gardiens du temple, par le culte des divinités, par les consultations divinatoires, tout en se distinguant de ces derniers.

La jurisprudence de son côté se retrouve dans les décisions rendues par les tribunaux en Afrique précoloniale : l'on pourrait citer à ce sujet des décisions des tribunaux de famille, d'ethnie, de lignage ou du royaume. Qu'il s'agisse d'une décision imposée par le collège des juges au moyen d'une correction dans la brosse, d'une peine infligée au coupable ou d'une application des modes alternatifs de résolution des conflits (arbitrage, conciliation, médiation etc.), la jurisprudence précoloniale est une des sources du droit dont la fonction essentielle est de sauvegarder la cohésion de la communauté par les sanctions qu'elle impose aux parties.

Quant à la doctrine, elle n'est pas oubliée dans la mesure où elle appartient à l'autorité de certains membres de la communauté dont les critères de désignation varient en fonction de l'âge, de l'expérience et du

pouvoir dans les limites du magico-religieux. Se référant à un ordre transcendantal, immuable, les principes généraux du droit en Afrique précoloniale s'inspirent du droit naturel et apparaissent vaguement indéterminés, évanescents, ascientifiques, lorsqu'on les examine sous l'angle du droit positif.

La distinction des sources du droit en Afrique précoloniale ne préjuge pas d'un fonctionnement cloisonné de ces derniers. Tirées d'un univers magico-religieux et de natures diverses, les sources du droit collaboraient entre elles dans un dialogue de complément. Lorsqu'un membre de la communauté viole une telle loi, il appartient à la jurisprudence de proposer la sanction, à la doctrine de formuler les multiples solutions et de commenter la jurisprudence. Les sources du droit en Afrique précoloniale ne sont pas demeurées inchangées au contact de l'occident.

II - Des sources du droit après la colonisation

L'avènement de la colonisation bouleverse la nature intrinsèque des sources du droit en Afrique précoloniale en imposant aux peuples colonisés des sources du droit venant de la métropole. Malgré la tentative de la *tabula rasa* que développe le système colonial dans les colonies (A), les peuples colonisés n'hésitent pas à exprimer leur désapprobation au sujet des normes coloniales métropolitaines (B).

A - Des sources du droit pendant la période coloniale

Les premières tentatives du colonisateur en Afrique s'identifiaient à une politique de remise en cause totale ou de suppression des normes de conduite de l'Afrique précoloniale (1), une politique qui se heurte à une farouche résistance de la part des colonisés (2).

1 - De la tentative de la *tabula rasa*

L'exploration d'autres contrées du monde pour des raisons de curiosité scientifique (anthropologie, botanique, ethnologie, géographie, zoologie) par les Espagnols (Luis del Marmol), les Portugais, les Hollandais (Olivier Dapper), les Allemands (Gerhard Rohlfs, Dr. Nachtigal, Valentin Femande), les Anglais (Mungo-Park, Livingstone, T. E. Bowdich, Stanley), les Français (Louis Léon Faïherbe, Pierre Savorgnan de Brazza, René Caillé), ou encore des Belges¹⁰ etc. à travers les voyages, la mise en valeur des territoires occupés et la recherche d'une main-d'œuvre de remplacement des

populations pré-colombiennes vulnérables au climat, justifient entre autres la ruée des Européens vers l'Afrique. Le mandat offert exclusivement par chaque puissance colonisatrice à ses représentants dans les territoires à l'insu des autres puissances ne manque pas de provoquer une rivalité entre elles et favorise le fait que chaque puissance engrange plus de territoires au moyen de divers accords avec les chefs locaux¹¹. Pousée à son paroxysme, la guerre de possession des territoires par les puissances connaît son épilogue par la conférence de Berlin dont le but principal était d'aplanir les rivalités entre puissances. Les objectifs assignés à de cette conférence se présente comme suite : la notification aux puissances signataires de toute prise de possession de territoire ; la validité de la possession par les rapports entre puissances colonisatrices et territoires occupés (la possession d'un territoire s'étend de la côte à l'arrière du pays jusqu'au niveau d'une autre zone d'influence) et la liberté de la navigation sur les Fleuves du Niger et du Congo¹². En deuxième lieu, chaque système d'administration impose un statut aux populations.

Le colonisateur français a opté dans un premier temps pour une tentative de *tabula rasa* des sources du droit en Afrique précoloniale en adoptant un statut des territoires et des indigènes. L'administration directe plaçant la colonie directement sous l'administration de la métropole, représentée par des fonctionnaires européens très puissants avec pour conséquence une assimilation de l'indigène au citoyen de la métropole. C'est le cas des colonies françaises. L'administration indirecte, pratiquée principalement par les Anglais, encadrait les pouvoirs locaux en leur accordant une liberté limitée ayant pour effet de privilégier une politique d'association comme dans les colonies hollandaises et allemandes. Il peut aussi y avoir des mixages selon les circonstances. Le terme de colonie désigne des territoires entièrement placés sous la souveraineté d'un Etat étranger alors que le protectorat caractérise des territoires dépendant de la métropole.

Confrontées aux rivalités qui existaient entre les peuples indigènes de l'Afrique précoloniale et à la diversité des pratiques qui les régissaient, les puissances coloniales, du moins françaises, ont mis en œuvre une politique d'assimilation de l'indigène au citoyen de la métropole¹³ rejetant ainsi catégoriquement les sources du droit de l'Afrique précoloniale. Des rapports d'archives coloniales attestent que les puissances colonisatrices ne sauraient remplir leur mission et atteindre leurs objectifs en s'appuyant sur la diversité des coutumes africaines. Tirant la leçon des soubresauts de la rédaction des coutumes en France et de la rivalité entre Robespierre et Portalis sur la rédaction du Code civil français de 1804, les colonisateurs français ne

¹⁰ Anne STAMM, L'Afrique de la colonisation à l'indépendance, Paris, P.U.F., 1988, p. 6-16 ;

Bernard PHAN, *Colonisation et décolonisation*, Paris, P.U.F., 2009, p. 19-58 ; Philippe MOREAU DEFARGES, *La géopolitique pour les nuls*, Paris, First Editions, p. 129-132.

¹¹ Anne STAMM, *op. cit.*, p. 13.

¹² Anne STAMM, *op. cit.*, p. 19.

¹³ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est la loi, tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, éditions A. Pedone, 1974, p. 25-85.

pouvaient que privilégier la politique de la *tabula rasa* de l'histoire des peuples noirs au détriment d'une prise en compte de l'histoire des peuples noirs à laquelle ils n'y comprendraient rien du tout. Ainsi, les sources du droit au cours de la période coloniale s'identifient à celles que l'on retrouve dans la métropole : la loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine et les principes généraux du droit. La politique d'assimilation mise en œuvre par la métropole est illustrée par les propos de Lanessan qui affirme que « 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, sans nous demander si les indigènes au profit desquels nous affectons de travailler ne trouveront pas dans cet appareil de simples instruments de compression et d'exploitation¹⁴ ». Mais à quel prix ?

La loi, expression de la volonté générale, devient une norme générale et impersonnelle applicable à tous les ressortissants de la colonie ou du territoire sous protectorat. Elle est une norme supérieure aux autres sources du droit¹⁵ bien qu'elle soit produite par la métropole en marge des règles de conduite des peuples africains. Dès lors, elle n'est pas une loi clanique ; elle n'est pas non plus ethnique ou lignagère ; elle est une règle de droit dont l'étendue et la validité apparaissent au-delà de la micro-société (clan, ethnie, lignage). En dépit de son extranéité et de son incompréhension immense par rapport à ceux auxquels elle est appliquée, elle témoigne d'une rigueur implacable de la métropole par les actions de ses administrateurs formés dans les centres de gestion des colonies. L'application de la loi concoctée par la métropole pour la colonie apparaît comme un instrument de la politique d'assimilation des indigènes aux citoyens de la métropole. La loi imposée par la métropole aux colonies n'est ni une déduction des lois émanant de l'ethnie, du clan ou du royaume en fonction de l'Idée, ni une lecture des normes de conduite par la lumière de la raison législative ayant une vocation à l'universel selon la philosophie platonicienne¹⁶. Elle oblige tous les hommes, « mais comme chacun ne parvient pas directement à saisir cette évidence, la loi sera le moyen d'élever les esprits vers celle-ci, de sorte que son but sera essentiellement éducatif. Elle développera en chacun l'ordre des éléments de l'âme, formant dans le citoyen un homme véritable »¹⁷. La loi coloniale n'est pas le fruit d'une prudence législative où s'enchevêtrent le parfait et

l'imparfait, le déterminé et l'indéterminé, le fini et l'infini¹⁸ mais une obligation¹⁹ ou un assujettissement inconditionnel des indigènes aux normes métropolitaines. Le décret du 24 mai 1938 ayant pour objet de réprimer les atteintes à l'intégrité du territoire national et à l'autorité de la France sur les territoires où s'exerce cette autorité²⁰, le décret du 7 janvier 1939 relatif aux prohibitions du mariage²¹ et le décret du 13 juin 1939 portant modification de la réglementation ministère en Afrique²² constituent des illustrations. A défaut d'être écrites, générales et impersonnelles, les règles africaines sont considérées pendant la période coloniale comme des coutumes et des usages.

Du latin *longa consuetudo*, les coutumes sont des règles par lesquelles la plupart se conforme, une manière d'agir, de parler, un droit non écrit par opposition au droit écrit. Elles apparaissent comme une source du droit malgré leur oralité²³ et leur diversité. La coutume est censée égarer la loi par son aptitude à produire des normes générales et donc à être sources du droit. Elle passe même pour avoir précédé la loi²⁴. Considérées comme de purs faits, les coutumes africaines apparaissent dépourvues du statut juridique de normes législatives en raison de l'étroitesse de leur domaine d'application. Constituant des handicaps majeurs à la réussite de la mission colonisatrice du fait de leur extrême diversité et de leurs différences, les administrateurs coloniaux préférèrent combattre les coutumes africaines au point de les interdire ou de les tolérer lorsqu'elles sont compatibles aux normes occidentales. Des coutumes, comme la demande de la future épouse auprès du chef de famille, le consentement du chef de famille pour une noce, la réputation de la femme, étaient prohibées sous peine de sanctions très lourdes de la part du colonisateur au moyen de la délation ou de l'accusation. Bannies de l'arsenal juridique lorsqu'elles soulèvent des contradictions, les coutumes ne sont tolérées que dans les domaines qui échappent à l'emprise législative. Des coutumiers rédigés dans les colonies, par le biais

¹⁴ J. DE LANESSAN, *Principes de colonisation*, Paris, 1897 cité par Guy A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵ F. LUCHAIRE, *Manuel de droit d'Ouvre-mer*, p. 416 et s. cité par Guy A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶ PLATON, *République* VII.

¹⁷ Michel BASTIT, « La loi » in *Vocabulaire fondamental du droit*, *Archive de philosophie de droit*, t. 35, Paris, Sirey, 1990, p. 212.

¹⁸ Michel BASTIT, *op. cit.*, pp. 219-220.

¹⁹ Michel BASTIT, *op. cit.*, p. 217.

²⁰ Décret du 24 mai 1938, in PENANT, *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes*, anciennement *La Tribune des colonies et des protectorats* (articles 5857 et s.) Volume XLVIII, sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Jurisprudence, Paris, année 1939 p. 10-14.

²¹ Décret du 7 janvier 1939, in PENANT, *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes*, Volume XLIX, sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Jurisprudence, Paris, année 1940 p. 21.

²² Décret du 13 juin 1939 AOF, in PENANT, *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes*, Volume XLIX, sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Jurisprudence, Paris, année 1940 p. 109.

²³ Hubert DESCHAMPS, *L'Afrique noire précoloniale*, Paris, P.U.F., col. Que sais-je ?, 1969, p. 7 et s.

²⁴ Peter HAGGENMACHER, « Coutume », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *Archive de philosophie de droit*, t. 35, Paris, Sirey, 1990, p. 28.

de traducteurs intéressés (dissimulation du contenu véritable des coutumes africaines) et au mépris des règles de codification, ne pouvaient que présager d'une ineffectivité normative. Mais la codification d'une norme, pour ne pas verser dans le byzantisme, requiert une méthode et des capacités de synthèse inouïes pour opérer dans le flot du répertoire empirique, l'arrimage cohérent et nécessaire permettant de s'élever vers une intelligibilité normative. La codification romaine et celle française en sont des référents.

Les coutumes africaines relevant du fait et compatibles avec les valeurs de la civilisation occidentale disposent d'un statut *infra légal*. Elles résultent du fait des membres de la communauté (membres influents ou simples fidèles) et d'une double confrontation avec la loi. Dans la confrontation des sources formelles du droit, la coutume se voit dénier le statut de source formelle en vertu du défaut d'une élaboration par une procédure formelle. Au niveau de la confrontation matérielle, la difficulté réside dans l'idée que l'on n'arrive pas à expliquer la mutation d'une règle spontanée et factuelle en règle de conduite obligatoire.²⁵ La coutume peut être perçue comme « cette métamorphose d'un *Sein* en un *Sollen* qui passe pour le mystère central du droit coutumier ».²⁶

D'un contenu tripartite, la coutume produit « une règle coutumière à partir de la rencontre d'un élément objectif ou matériel (observance régulière) et d'un élément subjectif ou intellectuel (la conviction des intéressés d'agir par leur conduite selon le droit ou d'obéir à un devoir juridique (*opinio iuris sive necessitatis*)²⁷ ». Comme les sources du droit précédentes, la jurisprudence coloniale évolue à l'image de celle de la métropole. Il ne s'agit que d'interpréter les lois coloniales par rapport aux espèces en cause ou de déterminer leur signification en fonction des coutumes africaines compatibles avec les valeurs civilisatrices de la métropole. La jurisprudence, science de la pratique dévolue aux juges, permet la concrétisation de la norme dont le caractère paraît abstrait. De par son application au cas concret, elle poursuit ainsi l'efficacité persuasive et l'effectivité d'une règle de droit.²⁸ Mais si elle doit être opérationnelle, son efficacité pourrait l'engager dans une œuvre de créativité lorsqu'on sait que la *mens legislatoris* ne peut à elle seule, tout prévoir.

La jurisprudence coloniale s'engage timidement dans la voie de la création de normes particulières applicables aux cas d'espèces²⁹ qu'elle n'arrive même pas à appréhender. Elle n'a pas pour vocation de créer des

normes générales et impersonnelles car celles-ci dépendent de l'activité du législateur. Mais, la jurisprudence coloniale ne semble pas faire montre de créativité car elle craint qu'une flexibilité dans l'interprétation de la loi suscite l'ouverture de la boîte de Pandore, par conséquent l'échec de la mission colonisatrice. Dès lors, elle s'attache à une interprétation à la lettre des normes législatives imposées par la métropole au mépris d'une effectivité normative. La rigidité de la jurisprudence réside dans la décision de la Cour d'appel de l'Afrique occidentale française du 7 janvier 1938 dans laquelle le défaut de livraison conformément à l'article 1965 du Code civil français de 1958, des tonnes d'arachides restants dues par le vendeur désigné par Henneyni Frères à l'acheteur Maurel et Frères, fait prononcer une condamnation par le tribunal aux torts du vendeur.³⁰ La même rigidité est constatée dans la décision de la même Cour d'appel à propos de la validité et de la licéité de la clause prévoyant la renonciation d'une partie des biens légués de l'épouse Madame Veuve Chavanel au profit de l'enfant à naître en cas de la dissolution de la société par décès à laquelle appartenait son mari.³¹

La doctrine coloniale est tributaire des objectifs de la colonisation car elle est l'œuvre des colonisateurs eux-mêmes dans l'esprit du libéralisme et d'autres valeurs de la civilisation occidentale. Elle se situe en marge de la doctrine africaine caractérisée par la diversité et par un attachement aux valeurs communautaires. La clause d'interdiction générale contraire aux principes de liberté de travail et de commerce posés par la loi des 2 et 17 mars 1791 fait l'objet de deux décisions de justice diamétralement opposées dans les colonies comme article de doctrine : pour la Cour d'appel d'Hanoi, en sa décision du 20 septembre 1929, la clause d'interdiction générale de travail suivie d'une clause pénale peut engendrer des effets juridiques, contrairement à la position défendue par le Tribunal de Dakar en son jugement du 27 janvier 1934.³² L'article de doctrine sur la manière de légiférer dans les territoires d'outre-mer³³ illustre la colonisation par les sources de droit, colonisation qui se heurte à de véritables résistances de la part des Africains. L'échec de la politique coloniale ou de la tentative de *tabula rasa* souligne la résistance au droit imposé.

²⁵ Peter HAAGENMACHNER, *op. cit.*, p. 28.

²⁶ Peter HAAGENMACHNER, *id.*, *ibid.*

²⁷ Peter HAAGENMACHNER, *op. cit.*, p. 29.

²⁸ Luigi LOMBARDI VALLAURI, « Jurisprudence » in *Vocabulaire fondamental du droit. Archives de philosophie de droit*, t. 35, Paris, Sirey, 1990, p. 191.

²⁹ Luigi LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 191-204.

³⁰ Cour d'appel de Dakar de l'Afrique Occidentale française, audience du 7 janvier 1938 in PENANT, *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes*, Volume XLVIII, sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Jurisprudence, Paris, année 1939 p. 124-129.

³¹ Cour d'appel de Dakar de l'Afrique Occidentale française, audience du 9 janvier 1937 in PENANT, *id.*, p. 239-243.

³² X. PAOLI, « La clause d'interdiction de travail », in PENANT, *id.*, p. 25-29.

³³ R.-E. CHARLIER, « Comment on légifère pour les territoires d'outre-mer », in PENANT, *id.*, p. 91-114.

2 - Le rejet des sources contraignantes

Les sources du droit imposées par la métropole aux sociétés africaines ont suscité de vives résistances chez les colonisés étant donné qu'elles ne s'inspirent pas de leurs règles de conduite. Bien qu'elles aient été imposées par la contrainte, les peuples africains font montre d'une désobéissance manifeste à l'égard des sources du droit utilisées par le colonisateur en s'accrochant à leurs règles de conduite. Le refus délibéré des *patrifamilias* africain de se conformer aux sources de droit en provenance de la métropole traduit le niveau d'indignation des Africains : la privation de liberté aux africains retors, les corrections à la lanterne au point de donner la mort par voie de conséquence, le travail forcé, les impôts divers, n'ont pas pu persuader les sociétés africaines d'adhérer aux sources du droit métropolitain. Trois catégories d'individus se dégagent des sociétés africaines coloniales.

Le premier groupe d'individus que l'on retrouve dans les sociétés africaines coloniales est celui qui adhère sans réserve aux sources du droit en provenance de la métropole. Il s'agit de l'indigène qui, fasciné par la nomenclature des sources du droit de la métropole, passe de son statut d'indigène au statut de citoyen français. Il paraît s'identifier au colonisateur dans le dialogue des sources à travers la loi, norme générale supérieure à la coutume, à travers la jurisprudence rendue par les tribunaux même assistés des accesseurs indigènes, à travers une doctrine développée depuis la métropole. A l'opposé de ce groupe apparaît celui des indigènes qui, convaincus de leur identité, s'opposent à l'infériorisation de leurs coutumes par rapport à la loi en fonction de comparaisons qui ne sont que des variations de degré. Alors que la loi imposée par la métropole est générale et impersonnelle, l'on peut aussi considérer cette loi comme une loi générale et impersonnelle.

Ainsi, les sources du droit exogènes font l'objet d'un rejet systématique par les Africains car ces derniers d'obédience traditionaliste se positionnent comme les conservateurs des sources du droit en Afrique dans une opposition frontale avec la philosophie libérale dont l'objectif essentiel est de célébrer le culte de l'individu. Le dialogue des sources au niveau du second groupe s'observe dans la valorisation des sources de droit relevant de l'ordonnement juridique précolonial (de la loi clanique, ethnique, lignagère aux principes généraux de droit en passant par la coutume, la jurisprudence et la doctrine) au détriment de ceux imposées par la métropole.

Le troisième groupe d'individus constitue les hybrides africains qui sont partagés entre les sources du droit venant de la métropole et l'attachement aux valeurs appartenant aux sociétés africaines. Il y a là une position inconfortable qui conduit à des situations presque antinomiques comme le prétendait la conception biblique selon laquelle on ne saurait aimer à la fois

Dieu et l'argent. L'hybridité des sources du droit apparaît comme une contradiction lorsque l'on sait qu'elles sont incompatibles : la forme du consentement dans le mariage au cours de la période précoloniale en Afrique n'est pas identique à celle de l'époque coloniale ; il en est de même du rôle de la royauté dans la résolution des conflits. Il n'est pas exclu que les individus hybrides rejoignent en fonction de leur délibération les deux premiers groupes situés aux extrêmes de l'analyse sur les sources du droit : la législation coloniale et les règles de l'Afrique précoloniale.

Le rejet des sources du droit en provenance de la métropole par les colonisés ne laisse pas indifférent le colonisateur qui, en dépit des politiques diligentes pour atteindre les objectifs de la mission colonisatrice, s'est rendu compte de l'échec de l'entreprise. Colmater les brèches, recadrer la mission colonisatrice au point de la réorienter vers une effectivité des sources du droit, reste le leitmotiv du colonisateur convaincu après expérience, qu'il ne sert à rien de procéder par contrainte. L'ineffectivité des sources du droit imposées par la métropole, oblige le gouverneur général Brévié, à procéder à la rédaction des coutumes africaines sur la base d'un questionnaire, rédaction qualifiée à tort de codification³⁴. Elle permet au colonisateur de recenser les coutumes africaines auprès des notables africains dont les comportements varient de la séduction à la dissimulation réelle du contenu des us et coutumes africaines en passant par la timide révélation et par le caractère inadmissible de certains comportements.

Des coutumiers³⁵ ont été rédigés dans les colonies africaines, surtout d'expression française pour permettre une interprétation précise des coutumes africaines. L'idée de revalorisation des coutumes africaines préparée par les rapports des administrateurs coloniaux et les différentes positions des gouverneurs Eboué³⁶ et Laurentie³⁷, permet de rédiger un texte précis sur les coutumes africaines. La question qui mérite de se poser est de savoir si on a rédigé véritablement les coutumes africaines. Les coutumiers ainsi rédigés ne sont-ils pas des textes symboliques destinés à sauver de l'oralité les coutumes africaines et à satisfaire aux *desiderata* du colonisateur ? Evoluant avec une allure casuistique par groupe linguistique, le *Coutumier du Dahomey* met en exergue une description littéraire et superficielle des us et coutumes africaines au sujet de la notion de chef de famille et de ses attributions aux points 1 et 5, des pouvoirs du roi au

³⁴ Gérard CONAC, « Introduction » in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. XII.

³⁵ *Coutumier du Dahomey*.

³⁶ Félix EBOUE, « Coutume familiale et sociale », in PENANT, *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes*, Volume L sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Jurisprudence, Paris, année 1945 p. 11-14.

³⁷ H. LAURENTIE, « La coutume familiale et sociale », in PENANT, *id.*, p. 21.

point 29, de la question du mariage et de la dot, respectivement aux points 33 et 107, de la propriété au point 221.

Il ne s'agit pas d'une véritable œuvre de codification car celle-ci essaie, après le repérage écrit du droit existant de le « refondre, de le réformer en ordonnant³⁸ ». Il semble être faux d'évoquer une codification des coutumes africaines. Il s'agit plutôt d'une compilation car l'entreprise de rédaction des coutumes africaines repose sur l'idée de « recueillir le droit existant pour le rassembler et l'ordonner, en faciliter la consultation et l'application » pour des critères de commodité, d'efficacité ou de but pratique³⁹. Que retenir de la période postcoloniale ?

B - Les sources du droit postcoloniales

Au lendemain des indépendances africaines, il était attendu des Africains un développement de leur continent par l'intermédiaire d'un essor reposant sur les pratiques auxquelles ils ont été accoutumés. Faute de références techniques et de vision ancrée dans la culture, les politiques africaines se sont penchées sur la nationalisation du droit colonial créant à l'intérieur un pluralisme juridique souvent contesté par les colonisés (1) et un dialogue au plan international partagé entre monisme et dualisme (2).

1 - La polémique interne

Loin de transcender la diversité des coutumes africaines en construisant un système spécifique de droit africain, les dirigeants politiques de ce continent ont opté pour la réception des normes coloniales. Les politiques africains au lendemain des indépendances des années 1960 croyaient que l'adoption du droit colonial pouvait les sortir des rivalités internes et des problèmes de sous-développement. Alors, fascinés par les actions positives liées à la colonisation notamment les découvertes scientifiques, les écoles, les hôpitaux, la sécurité sociale, le travail, etc., ils ignoraient que ces actions sont au préalable, les fruits d'un travail très acharné ou d'un dur labeur.

En nationalisant le droit colonial dans l'esprit de l'Etat jacobin⁴⁰, les politiques africaines ont choisi à partir de leur rapport avec le colonisateur, la direction qu'ils estimaient la plus simple au détriment d'une œuvre qu'il fallait concevoir en se référant à la micro-normativité (clan, ethnie, lignage) et à la macro-normativité (loi, coutumes jurisprudence, doctrine et principes généraux). Il y a là une amorce de mimétisme juridique ou d'isomorphisme des catégories juridiques selon laquelle les concepts de l'ordonnement

³⁸ Jean HILAIRE, *Histoire du droit*, Paris, Dalloz, 12^{ème} édition, p. 55.

³⁹ Jean HILAIRE, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, *L'Etat*, coll. Que sais-je ? Paris, P.U.F, 4^{ème} édition, 2004.

juridique colonial sont directement appliqués dans les colonies ou territoire d'outre-mer.

La nationalisation du droit colonial malgré les mutations qu'elle a provoquées en Afrique, n'a pas réussi à supprimer totalement les droits préexistants. Le droit traditionnel de l'Afrique précoloniale, le droit islamique introduit depuis le VII^{ème} siècle préexistant en Afrique et le droit colonial coexistent sous forme de pluralisme juridique⁴¹ dans un même espace.

D'une distinction nette qui va au-delà de la confusion, les sources du droit au lendemain des indépendances des années 1960 se conçoivent dans la même optique que celles de la métropole. On y découvre la loi, norme générale et impersonnelle, la coutume comme un ensemble de pratiques répétées et collectives, la jurisprudence, ensemble des décisions rendues par les tribunaux, la doctrine, opinion des auteurs sur une question de droit précis, et les principes généraux relevant d'un droit naturel positif en référence à la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen et à la Constitution du 4 octobre 1958.

Le principe de la spécialité législative selon lequel les normes de la métropole exigent l'édiction d'une loi avant leur application dans les colonies permet la mise en vigueur des lois coloniales dans ses aires protégées. La loi, imposée dans l'espace et le temps avec son principe d'application immédiate faisait exception aux situations juridiques en cours (survie de la loi ancienne et de ses effets immédiats) auxquelles s'ajoutent

⁴¹ Le pluralisme juridique suppose « le fait que plusieurs systèmes juridiques coexistent au même moment » François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F, 1988, p. 189. Dans une acception large, le pluralisme désigne « a) l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques ; b) la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui s'établissent ou non entre eux des rapports de droit », André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition entièrement refondue corrigée et augmentée sous la direction de André-Jean ARNAUD, Paris, L.G.D.J., p. 446. La thèse du pluralisme juridique en Afrique, cas du droit successoral sénégalais est illustrée par l'œuvre de Amadou Sow SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 25-37. Le pluralisme ne signifie pas « le fait que plusieurs normes juridiques équivalentes impliquant l'usage de la contrainte coexistent sur un même territoire » (L. INGBER, « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes de droit, Essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique*, études publiées sous la direction de John Gilissen, Bruxelles, 1972, p. 83. Pour Bellely, le pluralisme juridique équivaut à « l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques ou une coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établit ou non entre eux des rapports de droit » (BELLELY, 1988, *Le pluralisme peut être judiciaire ? Bonafité-Schmitt*, 1987, p. 272). Jacques VANDERLINDEN, « A propos de la création du droit en Afrique regard d'un absent », in *La création du droit en Afrique*, Paris, Editions Karthala, 1997, p. 31-34.

des exceptions à la non rétroactivité de la loi⁴². Le dialogue des sources réside dans la primauté de la loi et dans l'infériorisation des autres sources. Cette primauté est tancée ou secouée par les décrets, normes générales et impersonnelles prises par les autorités compétentes et par la théorie de la raison d'Etat et de celle des actes de gouvernement.

La coutume, pratique répétée et collective, bénéficie d'un statut infra-légal puisqu'elle complète l'absence ou les défauts de la loi. Dans cette optique, la coutume selon la loi (*secundum legem*) renvoie expressément à la coutume⁴³, la coutume dans le silence de la loi (*praeter legem*) supplée au silence de la loi surtout dans l'usage des grands principes généraux de droit notamment *fraus omnia corrumpit* et la coutume qui est contraire à la loi (*contra legem*) se heurte à la loi (cas de la polygamie). Le paradoxe de la coutume au Bénin est qu'elle n'a jamais été écrite comme en France avant d'être privée d'effet⁴⁴.

La jurisprudence joue plusieurs rôles : elle interprète une loi obscure ; elle adapte une loi à des situations précises (sanction d'une infraction prévue par le législateur) ; elle supplée la loi compte tenu de l'évolution de la société ou comble un vide juridique (article 1382 du Code civil) ; elle pousse le législateur à la création des lois nouvelles ; elle crée des théories notamment celle de l'abus de droit. La jurisprudence dispose d'une autorité notamment L'autorité de la jurisprudence s'observe plus dans le système anglo-saxon avec la règle du précédent obligatoire qui s'énonce comme suit « toute Cour doit statuer conformément à la solution donnée dans un cas similaire par une cour supérieure ou par elle-même »⁴⁵. Incarnée par les travaux et réflexions des juristes sur les problèmes de droit, la doctrine analyse et commente les textes de loi et les décisions de justice. Elle met en évidence les lignes directrices des tribunaux ; elle propose des interprétations ; elle dégage les lacunes et les imperfections du droit subjectif et systématise le droit⁴⁶.

Au-delà de la distinction entre les sources du droit à l'époque postcoloniale, il subsiste la question de l'étiologie de celles-ci. Pour les auteurs du normativisme aigu dont Kelsen est le chantre, les sources du droit

procèdent d'elles-mêmes. La loi résulte de la loi, la coutume de son engendrement, la jurisprudence de sa précédente ou de sa créativité, la doctrine, des doctrines antérieures ou nouvelles, et de même pour les principes généraux⁴⁷. Les auteurs du positivisme normatif identifient la production de sources du droit à partir des sources précédentes ou dans une habilitation qui rappelle le système statique et dynamique de Kelsen⁴⁸ : du genre on passe à l'espèce. La position normative des sources du droit est récusée manifestement par une autre doctrine portée par le doyen Ripert qui situe l'origine des sources du droit dans les forces sociales⁴⁹. Les faits sociaux illustrant les règles de conduite dans une société, préparent à la conceptualisation intelligible des sources du droit et de leurs catégories juridiques.

Les positions presque inconciliables sur l'étiologie des sources du droit rappellent le vieux débat moyenâgeux sur la querelle des universaux opposant les réalistes aux nominalistes. Pour les réalistes⁵⁰, les sources du droit ont des réalités ou des propriétés spécifiques qui permettent de leur consacrer le titre de sources. La loi a la propriété d'être générale et impersonnelle ; la coutume : une règle répétée et collective ; la jurisprudence : un règlement casuistique ; la doctrine : une opinion scientifiquement indicative et les principes généraux de droit : un caractère de droit inaliénable. Pour les nominalistes⁵¹, représentés par Guillaume d'Ockham, les sources du droit n'ont en elles-mêmes, aucune propriété en soi, c'est par convention qu'on désigne par loi, une volonté générale, par coutume une pratique répétée et collective, par jurisprudence, l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux, par doctrine, une opinion des auteurs sur une question de droit déterminée.

2 - Le rapport interne-externe

Le dialogue des sources du droit au plan interne et au niveau international s'inscrit dans les relations entre les sources internes et les sources de droit international dénommées sources conventionnelles (les traités) et sources non conventionnelles (la coutume, les actes unilatéraux, les principes généraux de

⁴² Patrick COURBE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2009, 11^{ème} édition, p. 60.

⁴³ Article 1135 du Code civil français qui dispose que « les conventions obligent non seulement à l'obligation... »

⁴⁴ Article 1029 du Code des personnes et de la famille.

⁴⁵ Philippe NOUDJENOUME, *Grands systèmes de droits contemporains*, Cotonou, p. 92 ; René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1982, 8^{ème} édition, p. 386-387 ; Roland SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, p. 42-43 ; Eric AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, P.U.F., 1988, p. 196-197 ; René RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, 2000.

⁴⁶ François OST & Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988.

⁴⁷ David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XV^e-XX^e siècles)*, Paris, ellipses, 2010, p. 22.

⁴⁸ Kelsen HANS, *op. cit.*, p. 117-273.

⁴⁹ Georges RIPERT, *op. cit.*, p. 71-74.

⁵⁰ PLATON, *La République*, V, 475-476 ; *Théétète*, 185-186 ; ARISTOTE *Topiques* I, 4 (les 4 ou 5 prédicables, universaux : définition, propre, genre avec différence spécifique, accident) ; *Catégories*, 2 (les genres, pas dans les choses) ; De l'interprétation, 7 (l'universel) ; *Méaphysique*, Z (anti-platonisme).

⁵¹ Dans SCOT, *Le principe d'individuation* (vers 1300), traduit du latin par G. SONDAÏG, Vrin, 2005. Extrait de l'*Ordinatio* (Ordennancement) (II, dist 3, partie 1, qu. 1-7 ; Guillaume d'Ockham, *Somme de logique* (1323), 1^{ère} partie, trad. J. BIARD, Mauvezin, TER, 1988 ; David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XV^e-XX^e siècles)*, Paris, Ellipses, 2010, p. 27 et s.

droit, et l'équité⁵². Il apparaît dans un rapport diversifié selon la doctrine entre la thèse moniste et celle dualiste. Le postulat moniste admet soit la primauté du droit international sur le droit interne (c'est le cas le plus souvent du droit international sur le droit interne ou l'inverse invoquent la hiérarchie entre normes internationales et normes internes. Sont développées par la doctrine, la thèse de la supériorité absolue des sources du droit international sur le droit interne (les traités étant supérieurs à toute loi interne y compris la constitution) et la thèse de la supériorité relative qui admet que les traités ait une valeur supra législative mais *infra* constitutionnelle. La doctrine béninoise en la matière développe ces deux tendances dans l'interprétation de l'article 145 de la Constitution béninoise⁵³.

La thèse de la primauté absolue des sources du droit international sur le droit interne est loin de faire l'unanimité au cœur de la doctrine puisqu'elle est remise en cause par celle de la supériorité relative. Elle l'est encore davantage par l'émergence en France de la doctrine de la compatibilité⁵⁴ de la norme internationale avec la norme française au sujet de laquelle, on relève l'interprétation de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958. Malgré la primauté des sources du droit communautaire européen sur le droit interne français, la France défend l'opinion de la compatibilité au risque d'être condamnée par les instances communautaires.

La compatibilité des sources du droit interne et du droit international évoque la relativité de l'ordonnement juridique selon laquelle un droit est consubstantiel des règles de conduite d'un peuple : la société secrète le droit, dit-on. Pascal n'avait-il pas raison en affirmant : « vérité en deçà des Pyrénées erreur au-delà ». Il est vrai qu'il existe des normes universelles (intégrité de l'individu, valeurs civilisatrices, respect de son *alter ego*), mais il est aussi certain qu'il faut promouvoir et protéger les règles spécifiques propres à chaque société pour une effectivité normative. Il convient que les ratifications de textes internationaux vérifient l'adhésion des peuples par des consultations référendaires en lieu et place des ratifications parlementaires qui mettent à mal la cohésion nationale. L'on a encore en mémoire le rejet par la France du projet de la Constitution européenne, ainsi que les assauts d'injonction d'un juge communautaire africain : les normes de l'Union économique monétaire Ouest Africaine (UEMOA), de la Communauté

⁵² David RUIZÉ & Gérard TEBOUL, *Droit international public*, Paris Dalloz, 2010, 20^{ème} édition, p. 20-72.

⁵³ L'article 145 de la constitution béninoise dispose que « Les traités de paix, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient les lois internes de l'État, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi ».

⁵⁴ Eric OLIVA, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 6^{ème} édition, p. 282-289.

économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et la jurisprudence tant attendue de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) pour le programme de vérifications des importations au Bénin sont des cas d'illustration du dialogue des sources au plan interne et international.

A l'opposé de la thèse moniste, la thèse dualiste admet l'existence de deux normes juridiques superposables dans son ordonnement juridique. Le dialogue des sources du droit dans le système dualiste ignore *a priori*, la primauté d'une source sur une autre. Elle met en œuvre et combine dans la mesure du possible les normes en présence au travers d'une opération juridique déterminée reposant sur l'interprétation des textes. Il s'agit d'une interprétation combinée du contenu des sources du droit interne et international dans un souci de compatibilité surtout des normes internes et celles relevant du droit international. Inspirée par des relents nationalistes, la position dualiste envisage de sauvegarder l'identité nationale par une association compatible avec la norme du droit international. Il s'agit d'une prise en compte du droit international dans la mesure du possible en veillant à ce que des interprétations de texture ouverte ou d'indétermination normative ne surplombent pas la norme interne. La République fédérale du Nigeria fait l'objet de l'analyse dualiste des rapports entre sources du droit interne et celles dépendant du droit international.

*
**

Les sources du droit en Afrique précoloniale apparaissent différentes de celles d'après la colonisation. Si en Afrique traditionnelle, le droit était engendré par les règles du clan, de la famille, de l'ethnie, du lignage, les décisions des tribunaux, la doctrine des anciens, les principes généraux de droit, il fait l'objet après la colonisation, de lois à caractère général et impersonnel, de coutumes et d'usages, de jurisprudences comme décisions rendues par les juridictions et de doctrine en tant qu'opinion émise par des juristes sur une question de droit. La spécificité des sources du droit en Afrique précoloniale réside dans l'idée que, les lois de la famille, du clan de l'ethnie et du lignage, du royaume valent au même titre que les lois à caractère général et impersonnel. Il semble erroné de les considérer comme des coutumes et des usages. Les sources du droit en Afrique précoloniale se dégagent des rites de famille, des consultations divinatoires, des cultes de divinités, des mythes de la jurisprudence des juridictions familiale, clanique, royale, de la doctrine des sages africains et des principes généraux du droit, etc.

Avec l'avènement de la colonisation, la tentative de *tabula rasa* mise en œuvre par le colonisateur se heurte à la résistance des peuples colonisés au

point de donner lieu à un système juridique dualiste : régime de droit moderne et régime de droit coutumier ou du statut réservé. Les sources du droit imposé par le colonisateur par la contrainte se heurtent à de véritables obstacles liés à l'attachement des peuples colonisés à leurs règles de conduite. Elles sont orientées vers une application à la lettre du droit : loi générale d'application stricte, coutumes des Africains à prendre en compte lorsque celles-ci sont compatibles avec la civilisation occidentale, jurisprudence stricte au-delà de toute flexibilité casuistique, doctrine inspirée des principes libéraux etc.

La question des sources du droit conduit à une superposition juridique ou à un pluralisme juridique qui fait coexister au sein d'un même espace juridique le droit colonial imposé, le droit traditionnel africain qualifié de coutumier et le droit islamique. Chacun des ordres juridiques précités (droit de la métropole, droit coutumier africain, droit islamique) tente d'exprimer sa primauté sur l'autre soit par la contrainte, soit par une ineffectivité normative. La courbe ascendante de la création normative à partir de la famille jusqu'au royaume en passant par le clan et l'éthnie permet par l'exogamie de fédérer des règles de conduite vers des communautés plus grandes de sorte que les règles qui en ressortent apparaissent légitimes à leur égard. L'inverse de la création normative a pour effet d'imposer des règles de conduite dont le degré d'application ne peut être considérée au sein d'une communauté.

Quel que soit le milieu d'élaboration du droit et l'époque de la production, les sources du droit se distinguent les unes des autres, mais cette distinction n'exclut pas l'idée de leur collaboration ou de leur complément. La loi renvoie à la coutume ou coexiste avec celle-ci, la jurisprudence permet de concrétiser dans un cas d'espèce une norme générale et impersonnelle, la doctrine indique les sens possibles de la norme juridique. Après la colonisation, l'idée manifeste qui inquiète au sujet des sources du droit s'articule autour de la codification des normes de conduite en Afrique, réalité : les gardes-cercle ne révélaient au colonisateur que le contenu tronqué des normes juridiques africaines ou se rendaient incapables de les traduire en des termes accessibles à celui-ci. Craignant que la prise en compte de la diversité des coutumes engendre des difficultés de gestion du pouvoir politique, les dirigeants africains ont préféré nationaliser le droit colonial au profit de quelques subsidiaires métropolitains. Les sources du droit africain s'identifient à celles des sources du monde occidental en s'accommodant tant bien que mal du pluralisme juridique.

Comme on l'a vu, malgré la querelle sur l'origine des sources du droit, pour ne pas opter pour une régression à l'infini, les sources du droit peuvent être engendrées par le droit lui-même selon l'approche keilsénienne ou selon

la conception tripartite par les faits sociaux. Elle rappelle la vieille bataille de la querelle des universaux. A l'échelle internationale, les sources du droit dialoguent en fonction des systèmes juridiques. Le système moniste qui fait monter d'un rapport de primauté des sources internationales sur les sources internes ou inversement, apparaît rattrapé par la doctrine de la compatibilité entre normes internationales et normes internes. A l'inverse de la thèse moniste se pose la doctrine dualiste dont le but est de concilier dans la mesure du possible la norme interne avec la norme internationale. En dépit des mutations inhérentes à l'évolution des sources du droit (théorie de la pyramide renversée, celle de l'autopoïèse⁵⁵, ou celle du réseau)⁵⁶, l'architecture des sources du droit reste toujours debout⁵⁷.

⁵⁵ « L'auto-régulation, Rapport de synthèse », in *L'auto-régulation*, sous la dir. de X. DIEUX et al., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 263 et s.; J. COMMMAILLE et B. JOBERT, « Introduction. La régulation politique : l'énigme d'un nouveau régime de connaissance », in *Les métamorphoses de la régulation politique*, sous la dir. de J. COMMMAILLE et B. JOBERT, Paris, LGDJ, 1998, p. 16-17; Ch. A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999, p. 10.

⁵⁶ François OST & Michel VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 14; G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur (Il diritto mite)*, trad. par M. LEROY, Paris, Economica, 2000, p. 35; M. DELMAS-MARTY, Introduction au thème « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits » in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la dir. de J. CLAM et de G. MARTIN, Paris, LGDJ, 1998, p. 212; G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, Paris-Diegem, LGDJ-Kluwer, 1994, p. 267 et s.; M. VOGLIOTTI, « La "thapsodie" : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture contemporaine », in *R.L.E.J.*, n° 46, 2001, p. 156; B. de SOUSA SANTOS, « Law : a map of misreading », in *Journal of law and society*, vol. 14, n° 3, p. 298; J.-G. BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'intermodernité*, sous la dir. de J.-G. BELLEY, Paris, LGDJ, 1996, p. 7 et s.; I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard (Folio), 2001, p. 7-8; P. VAN OMMESLAGHE, I. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, p. 659 et s.; Olivier DE SCHUTTER, La « Convention » : un instrument au service de l'art de gouverner ?, in *La Revue nouvelle*, n° 6, juin 2001, p. 63-72; François RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, 1985, p. 270; D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une géométrie éternelle*, Paris, 1985, p. 799; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1972, p. 159; André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique 1. Ou va la sociologie du droit ?*, Paris, éd. L.G.D.J., 1981, p. 23-26; André-Jean ARNAUD et José Fariñas M^e DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1998, p. 65; Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1986.

⁵⁷ Pierre BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 219-221.



messages
IMPRIMERIE

IMPRIMÉ EN FRANCE
Achévé d'imprimer en novembre 2015
chez Messages SAS
111, rue Nicolas-Vauquelin • 31100 Toulouse
Tél. : 05 61 41 24 14 • Fax : 05 61 19 00 43
imprimerie@messages.fr