

Pierre Etienne Kenfack

*Droits écrits et droits coutumiers dans les Etats d'Afrique  
noire francophone aujourd'hui*

*Abstract:* How should the states of French-speaking Black Africa articulate written and customary laws on their territories today? The question is not new, but it takes on another dimension if we consider traditional laws not as positive solutions that can be used, but from the point of view of their use as legal systems to create a common state law based on codification. This is what this contribution focuses on, highlighting the limits of the current articulation and suggesting one that gives customary law its rightful place.

*Keywords:* Custom, codification, colonization, written law, traditional law, sources of law, legal systems.

Est-il encore pertinent de consacrer une recherche sur le couple droits écrits et droits coutumiers dans un Etats d'Afrique noire francophone aujourd'hui ?

Une réponse a priori négative peut s'appuyer sur plusieurs arguments dont deux majeurs.

Le premier procède de ce que, aussi bien dans la stratégie des puissances coloniales que dans celle des dirigeants africains qui les ont remplacés, les droits coutumiers étaient de droits tolérés à titre transitoires et devraient, selon leurs prévisions, à la date d'aujourd'hui, tous avoir été remplacés par les droits écrits, considérés comme modernes et propices au développement<sup>1</sup>.

Le second argument est que, la question datant de l'époque coloniale, a déjà fait l'objet d'une abondante littérature provenant d'éminents auteurs. Ainsi, en 1972, Le professeur Stanislas MELONE, dans article intitulé « Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie » mettait en exergue les rapports conflictuels entre le droit écrit et la coutume dans son pays le Cameroun<sup>2</sup>. Deux ans plus tard, dans un ouvrage intitulé « Quelle est ma loi : tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone » et dont l'écho a raisonné en Afrique comme un grand tam-tam, Guy Ajete KOUASSIGAN se demandait si le droit applicable au statut personnel dans les Etats d'Afrique francophone était finalement le droit coutumier issu et pratiqué sur le terroir, ou le droit écrit ,

\* Agrégé de droit privé, Professeur à l'Université Yaoundé 2 et directeur du département en théorie du droit.

1 Sur cette prévision lire notamment : Rarijoana1968: 539 et s. ; Schaffer, 1974: 311 et s.

2 Meloné1986: 327 et s.

greffe imposée par les puissances coloniales sans aucun lien avec le terroir considéré comme moderne ou les deux<sup>3</sup>. Poursuivant sa réflexion entamée en 1972, et tirant les enseignements de l'observation du fonctionnement du système juridique camerounais, le Professeur MELONE vantait dans un article publié en 1986 à la Revue Internationale de Droit Comparé les mérites de la cohabitation des droits coutumiers et des droits écrits<sup>4</sup>. Ces travaux en ont inspiré tellement d'autres<sup>5</sup>, qu'il peut paraître superflu d'y consacrer encore des pages

Pourtant, malgré le caractère décisif de ces arguments le sujet reste pertinent ne serait-ce que par son invitation à faire une évaluation des résultats de la volonté coloniale de faire disparaître les droits coutumiers au profit des droits écrits, volonté récemment rappelée par un auteur<sup>6</sup>. Il reste surtout pertinent parce qu'il recèle un angle d'approche que nos devanciers n'ont pas exploré : l'évaluation des rapports droits écrits et droits coutumiers, non plus à l'aune de la concurrence qui existe entre eux comme lieu d'inscription du droit positif, mais à l'aune de leur exploitation pour produire du droit aspirant à l'effectivité et applicable à l'échelle étatique.

Pour saisir toutes les facettes de ce débat, il est important d'expliquer pourquoi l'espace Afrique noire francophone a été choisi comme champ de recherche et, surtout se souvenir de la particularité du sens des expressions droits écrits et droits coutumiers dans cet espace.

Relativement au choix de l'espace, la première explication est que c'est le lieu principal d'exercice de l'activité de l'auteur de ces lignes. Mais l'explication la décisive est que, sous les colonisations française et Belge, malgré la division de cet espace en Etats souverains, un droit écrit, avec un contenu quasiment identique y a été introduit par les puissances coloniales, avec pour racine le droit français et les actes Torrens pour les questions foncières<sup>7</sup>. Que ce soit en Afrique occidentale française avec pour chef de file le Sénégal ou en Afrique équatoriale française avec pour capitale la République du Congo, la France a rendu applicable les codifications napoléoniennes des années 1800<sup>8</sup>, introduit un droit spécial de la terre et un droit

3 Kouassigan 1975.

4 Meloné 1986

5 Notamment : Carlson 1979 ; Zambo Zambo 2009 ; Dzeukou 2002 ; Lampué 1979: 245 et s. ; Segni-Sambo, 1977: 321 et s. ; Idot 1987: 7 et s. ; Agondjo-Okaw, 1982: 393 et s. ; Segui: 468 et s. ; Bokalli 1997: 37 et s. ; Kangulumba Mbambi 2005: 315 et s.

6 Zambo Zambo 2018: 171 et s.

7 Dans tous les Etats d'Afrique noire francophone, pour pouvoir s'assurer du contrôle des terres les colons ont institué des lois foncières fondées non pas sur la réalité des prérogatives sur les terres, mais dérivées des « Torrens acts » du nom de l'administrateur australien des colonies Torrens. D'après ce systèmes les terres non immatriculées au nom des demandeurs du pays appartiennent à l'Etat qui a seul le droit de les attribuer à sa guise. Seuls les droits fonciers enregistrés dans les livres fonciers tenus par l'Etat sont reconnus. Le principal effet de l'instauration de ce système a été de supprimer par l'effet de la loi tous les droits fonciers des populations sur les terres auxquelles elles ont accédé par le mécanisme naturel de l'occupation. Sur ce système, lire notamment : Le Bris, Leroy et Leimdorfer 1982 ; Dufrenoy 1934 ; Brochu, 2002 ; Mpeesa 2004: 611 et s.

8 Code civil de 1804, rendu applicable à l'Afrique équatoriale française par le [https://fr.vikidia.org/wiki/Code\\_civil\\_napol%C3%A9onien#/media/File:Code\\_Civil\\_1804.png](https://fr.vikidia.org/wiki/Code_civil_napol%C3%A9onien#/media/File:Code_Civil_1804.png).

spécial du travail<sup>9</sup>. En République Démocratique du Congo, ex-Zaire, la Belgique a introduit un droit écrit ayant pour racine les lois françaises et les Torrens acts<sup>10</sup>

Relativement à la particularité du sens des expressions droits écrits et droits traditionnels dans le contexte africain. Dans un sens ordinaire, le droit écrit c'est le droit qui se présente sous la forme d'une suite de signes dotés d'une signification intelligibles et fixés des supports formels que sont les lois, les règlements et les décisions de justice. Dans les pays qui ont colonisé l'Afrique, ce droit tout en étant un mélange de volonté de ceux le mettent en forme, est néanmoins la traduction dans les textes, les codes et les décisions de justice d'un vécu social, d'une mise en forme des aspirations des destinataires. Mais, dans le contexte africain, depuis l'époque coloniale, le droit écrit ne s'entend pas seulement uniquement d'une suite de signes dotés d'une signification intelligible fixés sur un support, et publiés dans un souci de sécurité juridique, mais surtout du véhicule d'une idéologie visant à répandre une certaine civilisation et dans certains cas, visant à faciliter l'activité coloniale ou à assurer le développement. Il est rarement une mise en forme des pratiques sociales du terroir, mais très souvent l'expression de la volonté et la mise en forme des projets de ceux qui le produisent.

Ce droit, « civilisateur » a rencontré sur son chemin des droits coutumiers auquel les puissances coloniales et la plupart des auteurs qui s'en préoccupent aujourd'hui ont, à partir d'une définition incomplète de la coutume au sens juridique, donné un sens tout aussi incomplet.

Classiquement les juristes définissent la coutume comme toute norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire qui prêche à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant. Véritable règle de droit d'origine non étatique et en général non écrite que la collectivité a fait sienne par habitude<sup>11</sup>. Abandonnant ce sens qui permet d'englober des pratiques observées sans intervention humaine, les puissances coloniales et la plupart des auteurs qui travaillent sur les rapports entre la coutume et les droits écrits en Afrique n'ont retenu que le sens d'habitude répétée par les hommes, réduisant la coutume à la production voulue et non observée. On a ainsi défini la coutume comme une pratique ancestrale « d'origine mystérieuse parce que le plus souvent fondée sur un mythe qu'il faut inlassablement répéter si l'on ne veut pas s'aliéner les puissances invisibles qui protègent la société »<sup>12</sup>. Dans ce sens la coutume est le produit spontané de la conscience populaire.

Sur la base de cette définition réductrice les droits coutumiers ont été défini comme des règles orales issues des pratiques ancestrales et qui avec le temps deviennent obligatoire sur un espace donné ou entre les membres d'une communauté donnée<sup>13</sup>.

9 Loi n°52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un Code du travail dans les territoires d'outre-mer des terres australes et antarctiques françaises, [www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=fr](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=fr;);

10 Kangulumba Mbambi 2005: 315 et s.

11 Cornu 2016.

12 Le Roy 1982: 353 et s ; définition reprise par Sietchoua Djuitchoko 2000: 130 et s.

13 Zambo Zambo 2018:171 et s.

Ces définitions empreintes d'idéologie, poursuivaient un objectif : dénigrer les droits coutumiers considérés comme anti-développement pour les faire disparaître progressivement au profit des droits écrits plus apte à assurer le développement des États.

Le projet a-t-il aboutit ? La réponse négative découle de la présence dans le paysage juridique des États d'Afrique noire francophone des pratiques d'organisation de la vie en société sans rapport avec les droits écrits et répondant aux caractéristiques des droits coutumiers<sup>14</sup>.

Si malgré la volonté affichée depuis la période coloniale de faire disparaître la coutume celle-ci est toujours présente dans le paysage juridique de ces États, la préoccupation change de perspective. Elle n'est plus de savoir qu'est-ce qu'il faut appliquer entre les droits écrits et les droits coutumiers, mais de savoir comment utiliser et, plus techniquement, les articuler pour produire un droit commun d'organisation de la vie sociale ayant des chances de s'appliquer effectivement. Comment il articuler les droits écrits et les droits coutumiers pour produire un droit ayant des chances d'organiser une vie sociale sans conflits dans les États d'Afrique noire francophone ?

La question est importante parce qu'elle interroge le processus de production des normes juridiques dans des États dans lesquelles les normes importées et imposées sont en conflit avec les normes vécues.

L'observation du fonctionnement de la scène juridique des États d'Afrique noire francophone met en perspective l'impossible mise en œuvre de l'articulation imposée les autorités publiques (I) et invite à suggérer une autre articulation (II).

## I. L'impossible mise en œuvre de l'articulation imposée par les autorités publiques

Poursuivant l'œuvre coloniale de dénigrement des droits coutumiers, les autorités publiques des États d'Afrique noire francophone proposent à travers les textes et la jurisprudence une articulation entre les droits écrits et les droits traditionnels qui se révèle de mise en œuvre impossible. En effet à la volonté des autorités de réduire la coutume au rang de source secondaire de droit (A) s'oppose une vitalité exceptionnelle des droits coutumiers (B).

### A. La volonté des autorités de réduire la coutume au rang de source secondaire de droit

Jugeant les droits coutumiers contraires au développement les puissances coloniales avaient mis en place des stratégies visant à terme leur disparition. La plus visible étant de les laisser fonctionner en parallèle pour mieux faire voir les mérites des droits écrits et les défauts des droits coutumiers<sup>15</sup>. A l'indépendance certains États

14 Kangulumba Mbambi 2005: 315 et s. ; Timtchueng 2011: 5 et s.

15 Kenfack 2009 ; Agondjo-Okawe, 1982. ; Meloné 1986.

ont opté pour une position plus radicale : supprimer par voie d'autorité les droits coutumiers considérés comme contraires au développement. Certains l'ont directement fait par proclamation de leur suppression, d'autres indirectement par suppression des juridictions coutumières<sup>16</sup>.

La grande majorité des Etats n'a pas fait un choix aussi radical, mais a cherché à atteindre le même résultat par la voie de la subtilité inaugurée par les colons. Tout en maintenant les juridictions de droit traditionnelles chargées d'appliquer les coutumes, les autorités ont multipliés des mécanismes de réduction de l'influence des droits coutumiers, l'objectif ultime étant de réduire les coutumes au rang de sources secondaires du droit.

Le premier levier articulé est le silence gardé par les Constitutions sur la place des droits traditionnels dans les ordres juridiques<sup>17</sup>. Dans les Constitutions des Etats d'Afrique noire, sont annoncées les sources du droit. Après avoir indiqué les matières qui relèvent du domaine de la loi, elles indiquent que toutes les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi relèvent du domaine du règlement. Les mêmes textes indiquent que le Président de la République est autorisé à prendre des ordonnances dans les matières qui relèvent du domaine de la loi<sup>18</sup>.

La lecture de ces constitutions met en perspective trois principales sources du droit : les lois, les règlements et les ordonnances. Il n'y a dans cette énumération ni la jurisprudence, ni la coutume. Mais la situation de la jurisprudence est réglée par l'institution du pouvoir judiciaire avec la précision de ses missions. Par contre, la coutume n'est nullement abordée, même de manière indirecte, ce qui pourrait laisser penser que la coutume n'est pas une source du droit dans cet espace. Ce qui n'est pas exact, puisque l'affichage des coutumes comme source de droit est fait en des lieux moins puissants que la constitution. On le trouve en effet dans les

16 Il en est ainsi de la Guinée Conakry, de la Cote d'Ivoire, du Burundi, du Rwanda. Sur ce point, lire notamment, Meloné 1986.

17 Constitution du Sénégal, Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001, modifiée par la Loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/59426/111008/F1002378662/SEN-59426.pdf>. Articles 67 et suivants. Cameroun, Loi n° Constitution du Cameroun, loi n° 96-06 du 18 janvier 1996, portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008-001 du 14 avril 2008, articles 26 et suivants. [https://www.assnat.cm/images/La\\_Constitution.pdf](https://www.assnat.cm/images/La_Constitution.pdf).

18 A titre d'illustration voir notamment : Article 67 et suivants de la Constitution du Sénégal, Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant Constitution de la République du Sénégal modifiée par la loi constitutionnelle n°2016-10 du 5 avril 2016 <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/59426/111008/F1002378662/SEN-59426.pdf>. Articles 26 et suivants de la Constitution du Cameroun, Loi n°96/06 du 6 janvier 2016 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, révisée par la loi n°2008/01 du 14 avril 2008, [https://www.assnat.cm/images/La\\_Constitution.pdf](https://www.assnat.cm/images/La_Constitution.pdf); Articles 47 et suivants de la Constitution de la République gabonaise, Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République gabonaise, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/109499/135858/F872743988/GAB-109499.pdf>. Articles 125 et suivants de la Constitution de la République Démocratique du Congo, Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de la Constitution portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, [https://aceproject.org/ero-en/regions/africa/CD/rdc-constitution-2011/at\\_download/file](https://aceproject.org/ero-en/regions/africa/CD/rdc-constitution-2011/at_download/file)

textes sur l'organisation judiciaire qui consacrent l'existence des juridictions de droit traditionnel, mais confient l'élaboration de leur régime juridique à des textes réglementaires<sup>19</sup>. Démarche qui participe toujours du processus de relégation des coutumes au rang de sources secondaires voire résiduelle de droit.

Par la suite, tout en admettant l'existence des juridictions coutumiers, les textes qui reconnaissent l'existence des juridictions de droit traditionnels soumettent la compétence de celles-ci à l'acceptation de toutes les parties en cause. En cas de refus de l'une des parties le litige est automatiquement soumis aux juridictions de droit moderne. Ainsi, dans l'article 2 du décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles au Cameroun on peut lire : « la compétence de ces juridictions est subordonnée à l'acceptation de toutes les parties en cause. Sous cette réserve, ces juridictions sont compétentes pour connaître des procédures civiles et commerciales que les textes en vigueur ne réservent pas aux juridictions de droit moderne »<sup>20</sup>.

Ce déclinatoire de compétence qui doit être fait in limine litis est un obstacle majeur à l'application des droits traditionnels. Prenant le relais législatif, la jurisprudence a également posé des règles qui conduisent à la mise à l'écart de la coutume devant les juridictions chargées d'appliquer les droits coutumiers. Appelées à régler le conflit de sphère d'influence entre les droits coutumiers et les droits écrits, les juridictions suprêmes africaines posent systématiquement le principe de la suprématie des droits écrits sur les droits coutumiers<sup>21</sup>. De même, elles décident systématiquement que la loi écrite est seule applicable lorsque la coutume est silencieuse, obscure ou contraire à la loi écrite<sup>22</sup>. La multiplication des lois écrites et le fait que les magistrats présidant les juridictions coutumières soient des juges formés au droit écrit ne devraient logiquement aboutir qu'à faire des droits coutumiers des droits de seconde zone.

Pour parachever l'œuvre de réduction des droits coutumiers au rang de source secondaire du droit, les programmes universitaires ou des écoles et centres de formations des magistrats et auxiliaires de justices ne proposent des enseignements en rapport avec les droits coutumiers, alors que c'est un champ de recherche relatif à la vie du droit en Afrique qui mérite d'être exploré.

19 Cameroun- Loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire qui, en son article 3, dispose que l'organisation judiciaire comprend les juridictions de droit traditionnel. Loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême qui, dans la liste des sections de la chambre judiciaire prévue par l'article 8, mentionne la chambre de droit traditionnel. Décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental, modifiée par le décret n° 71/607 du 03 décembre 1971. <https://www.juriafrica.com/lex/decret-69-df-544-19-decembre-1969-31876.htm>.

20 Décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental, modifiée par le décret n° 71/607 du 03 décembre 1971, op. cit.

21 C.S. 5 mars 1963, *Bull.* n° 8, p. 541.

22 Lire notamment, Meloné 1986b: 12 et s. ; Bokalli 1997: 37 et s.

Quel est le bilan de cette stratégie ? le droit coutumier est-il devenu un droit de seconde zone ? La réponse négative résulte de la vitalité nouvelle des droits coutumiers observée sur la scène juridique des Etats d'Afrique noire francophone.

La vitalité nouvelle des droits coutumiers

Loin de devenir une source secondaire de droit dans le paysage juridique des Etats d'Afrique noire francophone, les droits coutumiers ont acquis une vitalité plus accentuée se traduisant tantôt par contradiction du droit écrit, tantôt par développement d'un champ d'application complémentaire au droit écrit.

Relativement à la contradiction du droit écrit, il se développe en Afrique des pratiques juridiques admises de tous les acteurs et totalement contraire au droit écrit. La matière foncière et le statut personnel forment le socle de cette pratique.

En matière foncière les Etats africains ont repris à leur compte la législation coloniale issue des *Torrens act* qui a organisée une expropriation des populations par voie législative sans purge préalable des droits. Certains ont adopté une domanialité souple, d'autres une domanialité forte.

Les Etats à domanialité souples permettent aux populations de devenir propriétaire des terres qu'elles ont conquises avant l'arrivée coloniale en remplissant des conditions permettant à l'Etat de leur délivrer les titres fonciers. Toutes les terres non objets de tels titres relèvent soit du domaine public, soit du domaine national ou rural et sont placées sous l'autorité et l'administration de l'Etat. Pour mieux préserver ces terres de la convoitise des populations les textes interdisent toute opération juridique sur les terres non objet de titre de propriété<sup>23</sup>.

Quant aux Etats à domanialité forte, ils proclament dans leurs textes que toutes les terres appartiennent à l'Etat. Il en est ainsi de la République du Congo et de la République centrafricaine<sup>24</sup>. Ainsi, à l'article 53 de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régie foncier et immobilier, modifiée le 18 juillet 1980 en République démocratique du Congo il est écrit : « le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat » l'article 55 définit deux domaines : le domaine public qu'il spécifie et indique que toutes les terres qui ne sont pas dans le domaine public relèvent du domaine privé de l'Etat ».

Sur la base de cette législation héritée de la période coloniale, les populations sont supposées avoir perdues toutes leurs terres ou du moins, celles non objet de titres de propriété au profit de l'Etat.

23 Quelques exemples pour illustrer. Sénégal, Loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, [https://www.au-senegal.com/IMG/pdf/snarga\\_loi\\_nc991.pdf](https://www.au-senegal.com/IMG/pdf/snarga_loi_nc991.pdf). Burkina Faso, Loi n°014/96/ADP du 23 mai 1996 portant réorganisation agraire et foncière, [https://www.inter-reseaux.org/wp-content/uploads/pdf\\_RAf\\_1996.pdf](https://www.inter-reseaux.org/wp-content/uploads/pdf_RAf_1996.pdf) ; Cameroun, ordonnance 74-1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier, <https://www.ecolex.org/fr/details/legislation/ordonnance-no-74-1-fixant-le-regime-foncier-lex-faoc001139>. République du Congo, Loi n° 21-2018, 13 juin 2018, fixant les règles d'occupation et d'acquisition des terres et des terrains en République du Congo, <https://www.labase-lextenso.fr/lessentiel-droits-africains-des-affaires/DAA11u3>.

24 Loi n° 73-021 du 20 juillet 1973, modifiée le 18 juillet 1980, <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/cng65784.pdf> ; RCA, Loi n° 63-441 du 9 janvier 1964 relative au domaine national, <https://landportal.org/fr/library/resources/lex-faoc001478/loi-n%C2%BA-139-60-portant-code-domanial-et-foncier>.

Simplement les choses ne se sont pas passées exactement comme prévues. Sur les espaces concernés se sont développées des pratiques qui finalement s'imposent aux hommes de l'Etat. Coordonnant un projet sur les droits fonciers des populations en Afrique noire, l'auteur de ces lignes a mené des enquêtes pour voir le fonctionnement de la pratique foncière dans ces espaces malgré les textes. Les résultats ont montré qu'en parallèle du droit foncier légal fonctionne un droit foncier coutumier qui part du principe que la terre reste la propriété des populations qui l'ont conquises depuis les temps immémoriaux. Il a ainsi observé en République Démocratique du Congo et en République centrafricaine, pays où la domanialité est la plus forte que les tribunaux reconnaissent et protègent la possession des personnes privées sur des terres censées être la propriété de l'Etat<sup>25</sup>.

Relativement au statut personnel, les législations des Etats d'Afrique noire sanctionnent l'exigence abusive de la dot et ne reconnaissent de validité qu'au mariage célébré devant l'officier de l'Etat civil, le mariage coutumier étant jugé sans intérêt<sup>26</sup>. La dot est la somme que les parents du marié versent à ceux de la femme en vue du mariage. Malgré la condamnation légale de l'exigence abusive, on ne trouve devant les tribunaux nulle trace de décision de condamnation sur ce point. De plus la pratique révèle des montants de la dot dépassant les limites de l'imaginable payés avec joie pour montrer l'attachement à sa fiancée.

Dans les textes des Etats d'Afrique noire, le mariage n'est valable que s'il est célébré devant un officier de l'Etat civil. Malgré ces textes, les africains ne se sentent mariés qu'à l'issue de la célébration traditionnelle. Dans la plupart des cas la célébration traditionnelle précède et conditionne la célébration devant l'officier d'Etat civil et cette pratique est nécessaire à l'équilibre et du couple, de la famille et de la société<sup>27</sup>.

Dépassant le fond du droit, la contradiction du droit écrit par les droits traditionnels s'observe également au plan de la forme. Contrairement à la volonté des Etats d'Afrique noire francophone d'imposer la justice étatique comme seule forme de justice, il existe dans la plupart de ces Etats une organisation judiciaire traditionnelle autonome, parallèle à celle de l'Etat, avec ses autorités, ses procédures, ses sanctions. Dans cette forme de justice, les décisions ne sont pas rendues par les juges, mais par des autorités coutumières. Le juge qui n'est pas une autorité qui tranche les litiges en désignant les coupables et les non coupables, les responsables et les non responsables, est un conciliateur qui cherche avant tout la solution qui permettra la cohabitation des protagonistes quelle que soit l'issue du litige<sup>28</sup>.

La vitalité des droits coutumiers en Afrique noire francophone s'observe également à partir de développement d'un champ complémentaire au droit écrit dans plusieurs domaines.

En matière des successions, en marge de la succession réelle dominée par la législation héritée de la colonisation, la pratique coutumière a développé une suc-

25 Kenfack 2014.

26 Adjeté Kouassigan, 1974. ; Melone 1972: 12 et s. ; Ombionio 1989: 32 ; Bokall 1997; Kangulumba 2005: 315 et s ;

27 Kangulumba 2005.

28 Kangulumba 2005; Kamto 1990: 57 et s.

cession personnelle qui permet la continuation de la personne du défunt dans les sociétés secrètes, dans la notabilité, dans la chefferie parce qu'en Afrique, les morts ne sont pas morts<sup>29</sup>.

Dans le droit du mariage, tandis que les règles posées par les autorités ne saisissent que le moment de la célébration du mariage, les droits coutumiers le saisissent dès la rencontre des protagonistes en partant du principe que le mariage n'est pas seulement une affaire des époux, mais engage deux familles qui doivent se connaître et accepter le principe du mariage de leurs enfants avant le moment de la célébration devant l'officier d'Etat civil. Le processus commence par la présentation du fiancé à la famille restreinte de la fiancée, et se poursuit par la cérémonie de dot<sup>30</sup>.

Comme on le voit, face à la volonté de la faire disparaître, la coutume fait plus que résister, elle est présente et nous oblige à repenser l'articulation des droits écrits et des droits coutumiers, à suggérer une autre articulation.

## II. L'articulation à suggérer

L'articulation à suggérer est celle qui permet de mobiliser les droits écrits et les droits coutumiers pour produire des règles d'organisation d'une vie sociale sans conflit dans les Etats d'Afrique noire francophone. Le recours aux droits écrits et aux droits coutumiers comme lieux d'inscription des solutions positives ayant montré ses limites, il ne reste plus qu'à les mobiliser comme source d'inspiration d'un droit nouveau ayant plus de chances de s'appliquer réellement. Il s'agit de les utiliser comme systèmes juridiques<sup>31</sup>.

La première réalité à prendre en compte est l'influence du droit écrit sur l'organisation sociale des Etats en Afrique. Avant la colonisation, les entités en Afrique n'étaient pas constituées sous forme d'Etats, mais de grands groupes ethniques, de tribus ayant une certaine homogénéité, ce qui permettait d'envisager un droit une application sans difficultés de la coutume du groupe. Aujourd'hui la réalité est toute autre. En effet, depuis la conférence de Berlin, les regroupements se sont fait sous la forme d'Etats mettant ensemble des entités n'ayant parfois aucun lien culturel. Si le droit applicable doit être celui de l'Etat, cela conduit automatiquement à privilégier une recherche de solutions communes et pour les besoins de sécurités, de mettre ces solutions à disposition et la meilleure manière d'y parvenir c'est l'écrit, c'est la codification des solutions et leur publication. Sur ce plan, le recours aux techniques des droits écrits est inévitable.

Mais que faut-il codifier ? ainsi se pose la problématique de la construction des droits africains aspirant à l'effectivité deuxième réalité à prendre en compte sur laquelle, il faut insister. Comment y parvenir ? La solution la plus utile con-

29 Oble 1984 ; Youego 1994: 15 et s. ; Timtchueng 2011: 5 et s.

30 Mignot 1990 ; Robert 1996.

31 Kenfack 2009.

siste à partir de l'observation de la réalité juridique pour construire quitte à assurer des corrections par la suite.

Les enseignements tirés de l'ineffectivité des droits écrits, essentiellement idéologiques, nous conduit à suggérer le principe de la codification des pratiques de gestion des relations sociales observées, autrement dit des droits traditionnels (A) de sorte que la codification des droits écrits soit une solution exceptionnelle ou de correction (B).

## B. Le principe de codification des droits traditionnels

Comme fait observer précédemment, le droit qui a des chances de s'appliquer réellement est celui dans lequel les destinataires se reconnaissent. Le droit qui n'est pas déconnecté du quotidien des destinataires. En dehors des matières pour lesquelles les africains n'avaient aucune idée avant leur introduction dans leur paysage juridique comme le droit du travail, le droit nucléaire, les solutions importées n'ont jamais eu l'adhésion des africains. La polygamie n'a pas pu être supprimé, le mariage coutumier précède toujours le mariage civil, le citoyen rural préfère toujours un arrangement pour le dommage qu'il a subi en lieu et place a toujours autant de mal à poursuivre son autre voisin en réparation pour le dommage matériel qu'il lui a causé par inadvertance, préférant une solution transactionnelle ; malgré la déclaration de la propriété de l'Etat ou l'interdiction des aliénations des terrains urbains et ruraux non immatriculés, il existe un marché foncier qui ne se soucie nullement de ces injonctions<sup>32</sup>.

Quelles conséquences faut-il en tirer ? C'est qu'il faut codifier les coutumes. Mais au préalable il faut restituer à la coutume son sens large qui englobe les pratiques sociales observées. Par droits coutumiers il ne faudrait plus entendre uniquement l'expression de la conscience d'un peuple, mais le mode de régulation des rapports sociaux utilisés dans un espace donné, comprenant les usages qui n'ont rien à voir avec la conscience.

La proposition ne relève pas de l'utopie. Elle a déjà reçu un début de concrétisation dans certains textes de l'OHADA (organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). L'acte uniforme portant droit commercial général adopté le 17 avril 1997 a été modifié le 15 décembre 2010 pour accueillir le statut d'entrepreneur. Statut qui permet aux personnes physiques du secteur informel d'accéder à la vie des affaires sans être obligées de subir les contraintes imposées aux commerçants. C'est la codification d'un besoin de la pratique des affaires dans l'espace OHADA dominé par le secteur informel. Avec ce statut les acteurs du secteur informel peuvent accéder aux marchés publics, passer des contrats utiles au développement de leurs activités sans plus passer par le statut de commerçant<sup>33</sup>.

32 Oble 1984 ; Mignot 1990 ; Robert 1996 ; Kangulumba 2005, Kamto 1990: 57 et Djuije 1999 ; Meloné 1972: 12 et s. ; Ombiono 1989: 32 ; Bokalli 1997.

33 Kenfack 2016.

De même l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution autorise la saisie des immeubles non immatriculés, autrement dit reconnaît la propriété sur des terres sans titre foncier alors que tous les droits des Etats membres ne reconnaissent de droit de propriété que sur les terres immatriculées. Dans le même sens, la Convention 169 de l'OIT sur les droits des peuples indigènes et tribaux reconnaît et protège les droits fonciers non enregistrés. C'est la codification de la réalité des droits sur les terres, des usages en matière des terres en Afrique noire francophone.

Si la codification des coutumes est le principe, il reste des hypothèses ou le droit à codifier est plutôt inspirés des droits écrits. Ce qui nous conduit à la solution exceptionnelle de codification des droits écrits.

La codification exceptionnelle des droits écrits

L'expression droit écrit doit être reprécisée ici. Il ne s'agit plus d'une idéologie développée à des fins de réalisation d'objectifs idéologiques, mais des règles codifiées ailleurs par observation de la réalité qui peuvent être mobilisées par un ou plusieurs Etats soit pour combler les lacunes des coutumes, ou pour corriger les excès des droits coutumiers.

Il existe des questions juridiques qui n'ont été introduites en Afrique que par le fait colonial ou par l'arrivée sur le territoire des puissances étrangères. Il en est ainsi des relations de travail qui étaient totalement inconnues de l'Afrique soit à cause de l'esclavage ou du travail forcé. L'Afrique ne peut donc pas revendiquer des coutumes susceptibles d'être codifiées dans ce domaine. La matière ayant été complètement élaborée en occident ne peut être organisée sur le territoire que par recours aux droits écrits des pays qui l'ont construite. Même si le contexte africain peut influencer la matière, cela ne peut être le résultat d'une codification des coutumes. Seuls les droits écrits construits ailleurs peuvent aider.

Les coutumes codifiées n'ont de chance d'organiser une vie juridiques impliquant des étrangers ou sans excès que si elles sont débarrassées de certains défauts ne tenant compte des mutations sociales, et de la mondialisation. Il en est ainsi des coutumes qui porteraient atteintes aux valeurs et principes codifiés par les instruments internationaux. Le recours à ces droits devient utile pour corriger les lacunes.

Le recours aux instruments internationaux permettrait de veiller à ce que lors de la codification des coutumes ne soient pas oubliée la préservation des droits et libertés fondamentaux.

La plupart des Etats d'Afrique noire sont dans un processus de réforme de leur droit. Peuvent-ils se permettre d'éviter de tenir compte de la vie juridique réelle pour continuer à souhaiter une vie juridique imposée ? Il me semble que la prise en compte de la réalité, des coutumes est un impératif pour l'élaboration d'un droit ayant des chances de s'appliquer.

## Conclusion

Cette réflexion met en lumière l'impossibilité de réduire les droits coutumiers au rang de droits secondaire et révèle la nécessité de leur accorder une place centrale

dans la construction ou la production d'un droit ayant des chances de s'appliquer effectivement sur les territoires des Etats d'Afrique noire. Elle démontre que les droits traditionnels sont ceux dans lesquels les populations de ces Etats se reconnaissent le plus et qu'il faut les utiliser pour produire le droit positif de ces Etats. Il ne s'agit pas de répudier les droits écrits, mais de les utiliser comme moyens pour résoudre les problèmes inconnus dans l'espace africain avant la colonisation ou comme correctifs des droits traditionnels contraires aux valeurs mondialement protégées.