

Les Cahiers du CAHDIIP

NUMERO SPECIAL

ISSN : 2709-9660

Comités

Directeur de Publication : Directeur du CAHDIIP

COMITE DE REDACTION

Rédacteurs en chef : Kadi Dago et Kossonou Roland

Membres : Dougbo Téa, Kourouma Mamady, Boni Sosthène, Kouadio Louis, Kanaté Oumar, Tra Bi, Kouakou Christian, Bah Hugues, Ettien Kablan, Yéo Francis, Djékouri Kragba

Secrétaires : Kouadio Bi, Jérémie Kouakou Yao, Ogou Mireille, Tanoh K. Clarisse

COMITE SCIENTIFIQUE

Président du comité scientifique : **Néné (Bi Séraphin)**, Professeur d'Histoire des Institutions, Université Alassane Ouattara/Bouaké

Agbroffi (Adamoi), Maître de conférences d'anthropologie sociale et politique, Université Alassane Ouattara de Bouaké

Aka (Aline L.), Maître de conférences agrégée d'Histoire des Institutions, Université Alassane Ouattara de Bouaké

Badji (Mamadou), Professeur d'Histoire des Institutions, Université Cheikh Anta Diop / Dakar

Cabanis (André), Professeur d'Histoire des idées politiques, Université de Toulouse Capitole

Camara (Bakary), Professeur d'Histoire des Institutions, Université des Sciences juridiques et politiques de Bamako

Dagbo (Jeanie), Maître de conférences agrégée de Droit public, Université Félix Houphouët Boigny, Cocody

Dembélé (Lamine), Maître de conférences agrégé d'Histoire des Institutions, Université des Sciences juridiques et politiques de Bamako

Diop (Amadou), Maître de conférences agrégé d'Histoire des Institutions, Université Cheikh Anta Diop / Dakar

Diouf (Seydou), Professeur d'Histoire des Institutions, Université Cheikh Anta Diop / Dakar

Kamena (Brèhima), Maître de conférences agrégé de Droit privé, Université des Sciences juridiques et politiques de Bamako

Kernéis (Soazick), Professeur d'Histoire du droit à l'Université Paris Nanterre

Koffi (L. Fulbert), Maître de conférences, Lettres Modernes, Universités Alassane Ouattara

Lath (Yedo), Maître de conférences agrégé de Droit public, Université Félix Houphouët Boigny, Cocody

Machikou (Nadine), Professeur de Science politique, Université de Yaoundé 2 Soa

Mambo (Paterne), Maître de conférences agrégé de Droit public, Université Félix Houphouët Boigny, Cocody

Ndri Théoua (Pélagie), Maître de conférences de droit public, Université Alassane Ouattara de Bouaké

Nemedeu (Robert), Maître de conférences de Droit privé, Université de Yaoundé 2 Soa

Soleil (Sylvain), Professeur d'Histoire des Institutions à l'Université de Rennes 1

Thiam (Samba), Professeur d'Histoire des Institutions, Université Cheikh Anta Diop / Dakar

Sommaire

Sylvain Soleil (Professeur à l'Université Rennes 1) LA REDACTION DES COUTUMES DE COTE D'IVOIRE AU REGARD DE L'HISTOIRE DU DROIT COUTUMIER FRANÇAIS. REMARQUES INTRODUCTIVES SUR UN PROJET DE RECHERCHE ... 1

AGBROFFI Diamoï Joachim (Maître de Conférences / Université Alassane Ouattara de Bouaké) : FONCIER ET POUVOIR POLITIQUE EN COTE D'IVOIRE.....**Erreur ! Signet non défini.**

Mamadou DEMBELE (Maître de conférences agrégé, Université des Sciences juridiques et politiques de Bamako) : MAITRES DE LA TERRE ET POLITIQUE FONCIERE LOCALE AU MALI ET AU NIGER : ENTRE ORDRE ET DESORDRE ..**Erreur ! Signet non défini.**

SILUE Gnieneretien N. (Université Alassane Ouattara de Bouaké) LE TRIBUNAL COLONIAL D'HOMOLOGATION DE LA COTE D'IVOIRE FACE AUX JUGEMENTS DES TRIBUNAUX INDIGENES RELATIFS AU DELIT D'ADULTERE ET AU DELIT D'ABANDON DE DOMICILE CONJUGAL (1925-1932)**Erreur ! Signet non défini.**

KOSSONOU Roland (Enseignant-chercheur à l'Université Alassane Ouattara) AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE CONTEMPORAINE ET DEMOCRATIE. ..**Erreur ! Signet non défini.**

LA REDACTION DES COUTUMES DE COTE D'IVOIRE AU REGARD DE L'HISTOIRE DU DROIT COUTUMIER FRANÇAIS. REMARQUES INTRODUCTIVES SUR UN PROJET DE RECHERCHE

Sylvain Soleil

Professeur à l'Université Rennes 1

Directeur de l'Axe Théorie & Histoire des Systèmes Juridiques - IODE (UMR CNRS 6262)

En février 1901, François Joseph Clozel, Secrétaire général de la Côte d'Ivoire et Gouverneur par intérim, signe un arrêté nommant une commission chargée de réunir et de codifier les coutumes en usage devant les juridictions indigènes du territoire. L'objectif, explique-t-il, est « l'amélioration et la régularisation des usages séculaires des indigènes que le gouvernement français s'est engagé à respecter »¹. Cet arrêté est accompagné d'une circulaire dans laquelle Clozel détaille les raisons qui l'ont poussé à agir et la liste des questions qu'il faudra poser aux chefs, aux anciens et aux juges des juridictions indigènes sur leurs usages juridiques, préalable nécessaire à la codification des coutumes. Ce sont environ quatre-vingt-dix questions qui interrogent les règles concernant la famille (parenté, tribu, monogamie, polygamie, régime dotal, etc.), la filiation, la tutelle et l'émancipation, la propriété, les successions, les donations et les testaments, les contrats, les prescriptions, le droit pénal général (classement des peines, tentative, responsabilité pénale, faits justificatifs), les infractions et les peines, l'organisation judiciaire, la procédure civile et criminelle pratiquée. Munis de ce questionnaire, une quinzaine d'agents sont envoyés sur le terrain pour mener les enquêtes et renvoyer des rapports que Clozel et sa commission vont centraliser, mettre en forme et publier avec diverses notes, cartes et annexes, en 1902². S'appuyant sur ce travail, la commission, reconstituée par Clozel en mai 1903, édicte en janvier 1904 le premier code, celui des coutumes des Agni, un peuple du centre et de l'est de la Côte d'Ivoire³.

Cet ouvrage, le questionnaire, les rapports publiés en 1902 et le code de 1904, forment un ensemble qui est à l'origine d'un projet de recherche que vont conduire le Centre Africain d'Histoire du Droit, des Institutions et des Idées Politiques (CAHDIIP), l'Axe Théorie & Histoire des Systèmes Juridiques de l'IODE (UMR CNRS 6262), avec le concours et le partenariat de la Société de Législation Comparée (SLC - UMR CNRS 8103), du Centre d'Histoire du Droit et d'Anthropologie de l'Université de Nanterre (CHAD - EA 4417) et du Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées et des Institutions Politiques de l'Université d'Aix en Provence (CERHIIP - EA 2186).

Lorsqu'on examine la façon dont le colonisateur français a considéré les traditions des divers peuples colonisés au tournant des XIX^e et XX^e siècles, on remarque assez vite que la démarche de

¹ Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes de Côte d'Ivoire. Documents publiés avec une introduction et des notes*, Paris, Challamel, 1902, p. VII-VIII.

² *Ibid.*, p. XIII, XV, XVI.

³ Villamur et Delafosse, *Les coutumes Agni rédigées et codifiées d'après les documents officiels les plus récents*, Paris, 1904.

Clozel s'inscrit dans une perspective historique, anthropologique et juridique particulière. En premier lieu, Clozel se propose d'enquêter sur les *traditions* en parlant de *coutumes*, c'est-à-dire en confondant la coutume (au sens français du terme) et le droit traditionnel. Or, au pays, la coutume n'est qu'un aspect du droit traditionnel parmi d'autres : les règles imposées par les mythes fondateurs, les lois fixées par les ancêtres, les règles fixées par les chefs⁴. Clozel demande ensuite à recenser les coutumes et de les interpréter à partir de questions préparées avec Villamur, l'un des collaborateurs de Clozel, lesquelles suivent l'esprit, la méthode et l'ordre du code civil, du code pénal et des principes judiciaires français. Il s'agit en quelque sorte de plaquer sur le droit traditionnel local une logique juridique française d'une part, pour établir un étalon commun à tous les agents chargés des enquêtes, d'autre part, de pouvoir lister facilement les ressemblances et les différences entre le droit français et le droit indigène. En dernier lieu, Clozel, choisit de publier les coutumes de Côte d'Ivoire en les projetant dans une histoire universelle du droit où l'évolution se serait produite par paliers de civilisation et dans une histoire française qui s'appuie sur un double modèle éprouvé : la rédaction des coutumes et la codification napoléonienne. Puisque, expliquent Clozel et Villamur, les peuples de Côte d'Ivoire sont en voie de civilisation, la rédaction et la codification de leurs coutumes va permettre non seulement de régler le droit, de l'améliorer, d'innover sans révolution, mais aussi de faire franchir aux habitants du territoire de nouveaux stades de civilisation. A l'aide des multiples travaux de qualité publiés depuis plus de cinquante ans⁵, le projet de recherche initié par le CAHDIIP, l'IODE et leurs partenaires consiste à explorer le moment 1901-1902 (Le pivot : la rédaction des coutumes de Côte d'Ivoire), d'interroger, en amont, la conception historico-juridique qui prévaut parmi les agents coloniaux français et qui produit une interprétation, une histoire, un modèle que les agents français veulent réutiliser dans la colonie (L'amont : l'histoire universelle du droit et le modèle coutumier français), puis d'examiner comment, tout au long du XX^e siècle, le processus de rédaction, de codification et de contrôle des coutumes a modifié (ou pas) les traditions des divers peuples de Côte d'Ivoire (L'aval : les mutations de l'ordre traditionnel des peuples de Côte d'Ivoire).

LE PIVOT : LA REDACTION DES COUTUMES DE COTE D'IVOIRE

Les recherches s'intéresseront au contenu des enquêtes, à la façon de les concevoir et de les réaliser, et au contenu des coutumes elles-mêmes (ex. : régime dotal, régimes successoraux, droits fonciers, infractions, peines). Ce pivot (le moment 1901-1902) offre plusieurs voies de réflexion.

1- Les coutumes et les méthodes administratives coloniales

En premier lieu, il conviendra de s'interroger, à la lumière des travaux d'histoire administrative et d'histoire du droit colonial, sur les procédures, sur les hommes et leurs

⁴ Sur cette confusion et ses conséquences, voir S. B. B. Nene, *Introduction historique au droit ivoirien*, Abidjan, ABC, 2016, p. 39 s.

⁵ Voir Bibliographie, en fin d'article.

méthodes⁶. C'est en effet tout un monde institutionnel colonial qui se déploie, qui réfléchit et qui agit : consignes, arrêtés, circulaires, commissions, questionnaires, coordinations, missions de terrain, questions, traductions et réponses, rédaction, centralisation, mise en forme, commentaires, cartographie, publication, etc. Prenons un seul exemple. La commission, outre Clozel, est composée de quatre membres : le premier, Ribes, est administrateur de 2^e classe, Chef du bureau des affaires indigènes et politiques ; le deuxième, Villamur, est administrateur-adjoint de 3^e classe, Juge de paix à compétence étendue ; le troisième, Richaud, est administrateur-adjoint de 2^e classe, Attaché au bureau politique ; le quatrième et dernier, Lamblin, est administrateur-adjoint de 3^e classe, Commandant du cercle de Dabou. Ces hommes, leurs titres et leurs fonctions renvoient tous à la France, son organisation administrative et judiciaire, sa hiérarchie, son fonctionnement et sa transposition dans les colonies.

2- Les coutumes, entre respect et amélioration

En deuxième lieu, il faudra mesurer l'équilibre entre deux logiques antagonistes. D'un côté, rappelle Clozel, le gouvernement français s'est engagé à respecter les coutumes des territoires colonisés. A cela plusieurs raisons, la première d'ordre institutionnel : la France a décidé (décret du 11 mai 1892) de conserver les juridictions indigènes de la Guinée et ses dépendances⁷, aussi bien pour traiter le contentieux civil entre les habitants du pays que pour traiter le contentieux pénal concernant leurs contraventions et délits. La disposition a été étendue aux nouvelles possessions françaises, notamment la colonie de Côte d'Ivoire, par le décret du 16 décembre 1896. Clozel ne cache pas qu'il serait impossible, sur le plan financier, de créer autant de juridictions à la française que de besoins. De sorte que le maintien des juridictions ancestrales produit le maintien du droit ancestral. La seconde raison est d'ordre sociologique. Comment imposer un droit nouveau aux peuples des colonies, en sachant qu'il ne sera jamais suivi ? Clozel s'en explique dans ses mémoires rédigées en 1906, c'est-à-dire cinq ans après avoir signé l'arrêté de février 1901⁸ :

« Si mon premier chapitre a pour objet une situation générale comparée de la Côte d'Ivoire en 1895 et en 1905, ce n'est pas que je veuille m'attribuer le mérite des progrès accomplis. Je serais plutôt porté à croire à l'inefficacité des mesures administratives sur le développement

⁶ Sur la France coloniale, J. Ganiage, *L'expansion coloniale de la France, sous la Troisième République (1871-1914)*, Paris, Payot, 1968, p. 39 ; J.-L. Miège, *Expansion européenne et décolonisation de 1870 à nos jours*, Paris, PUF, 1973 ; C.-R. Ageron, *France coloniale ou parti colonial ?*, Paris, PUF, 1978 ; R. Girardet, *L'idée coloniale en France de 1871 à 1962*, Paris, Hachette, 1978 ; P. Guillen, *L'expansion (1881-1898)*, Paris, Imprimerie nationale, 1984 ; M. Piault, *La colonisation, rupture ou parenthèse*, Paris, L'Harmattan, 1987 ; D. Lejeune, *Les sociétés de géographie en France et l'expansion coloniale au XIX^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1993 ; J. P. Daughton, *An Empire Divided. Religion, Republicanism and the Making of French Colonialism, 1880-1914*, New York, Oxford University Press, 2006. Sur l'histoire du droit colonial, B. Durand (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, PUM, 2001, 4 vol. ; Collectif, *Les colonies, la loi, les juristes, Droits* 2006 ; B. Durand et M. Fabre (dir.), *Le juge et l'Outre Mer*, Lille, PULille, 5 vol. ; *Les chantiers du droit colonial*, *Clio@Themis* 2011. [en ligne], Disponible sur internet : <<http://www.cliothemis.com>>. Sur le contexte colonial ivoirien, S. B. B. Nene, *Les institutions coloniales de l'Afrique occidentale française*, Abidjan, ABC, 2015 ; H. Legré Okou, *Les conventions indigènes et la législation coloniale (1893-1946)*, Abidjan, Neter, 1994.

⁷ Parmi les dépendances de la Guinée, figure la Côte d'Ivoire

⁸ Clozel, *Dix ans à la Côte d'Ivoire*, Paris, 1906, p. 6.

économique et social d'un pays. En dehors des grands travaux, chemins de fer, ports, routes, canaux, qui, intelligemment, conçus, doivent exercer une action directe et immédiate sur la pacification et le mouvement commercial d'une contrée neuve, ce que nous pouvons est peu de chose. Notre administration, comme la dialectique de Socrate, devrait être une simple maïeutique. Les forces naturelles agissent indépendamment des décrets et des règlements, en vertu de lois que nous connaissons plus ou moins mal : les mœurs se modifient, les besoins se développent, la production s'accroît, avec la collaboration indispensable du temps, sous l'influence de causes multiples dont beaucoup échappent à notre action directe. Favoriser les courants naturels, les endiguer en quelques points sans trop les contrarier, c'est à quoi me paraît devoir se borner le rôle des gouvernants. »

En d'autres termes, l'observation des faits et l'intérêt respectif des parties conduisent à ne jamais surestimer l'action du colonisateur, à laisser le pays évoluer par lui-même, à favoriser tout en endiguant, à endiguer tout en limitant les interventions. D'un côté, donc, les coutumes doivent être conservées et respectées. Mais, de l'autre, il convient d'améliorer et de régulariser le système coutumier. Leur connaissance, leur application, leur évolution forment des préoccupations constantes du colonisateur, non seulement parce que certaines règles et procédures sont par trop contraires à l'humanité, mais encore parce que les juges traditionnels, débarrassés de la publicité du droit et des voies de recours à la française, peuvent agir à leur guise, parfois même de façon arbitraire. Parlant des coutumes, Clozel insiste : « Nous n'avons pas pris l'engagement de les soustraire à l'œuvre du temps, de nous opposer à leur régularisation, à leur amélioration ». L'idée est de profiter du fait que les coutumes, par nature, évoluent sans cesse : la tradition ne signifie pas ce qui est établi une fois pour toute, sans amendement ni variation, mais ce qui est transmis d'une génération à l'autre, sans table rase ni révolution. D'un autre côté, donc, le colonisateur doit participer à la mutation des coutumes, par leur rédaction, leur publicité, leur fixation et, à moyen terme, leur codification. Cet équilibre entre respect et mutation doit être examiné à la lumière du contexte colonial, des forces de pression antagonistes, de la personnalité, de la formation et de l'idéologie des acteurs en présence.

3- Les coutumes au risque des enquêtes de terrain

En troisième lieu, il s'agira d'examiner l'esprit, l'ordre et la méthode du questionnaire qui, de façon indirecte, renvoie au code civil, au code pénal, aux codes de procédure et leurs principes directeurs. Ce sont les modèles de référence des administrateurs coloniaux. C'est l'étalon à partir duquel les agents vont travailler sur le terrain. Au fil de la lecture, on comprend que Villamur a proposé un canevas qui a été validé par Clozel⁹. Et l'on entrevoit comment certaines réponses peuvent être, sinon induites, du moins orientées, par les questions elles-mêmes. Quatre exemples, les deux premiers en matière civile, le troisième en matière pénale, le dernier en matière procédurale¹⁰ :

⁹ Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰ *Ibid*, p. XIII-XIX.

« Organisation de la famille. – Cette organisation est-elle basée sur les principes admis par les peuples civilisés ? – Définition de la parenté : s'établit-elle par tige paternelle, par tige maternelle ou par les deux ? [...] Le droit de propriété comporte-t-il les facultés d'user de la chose, d'en recueillir les fruits et d'en disposer, comme il les confère dans l'ancienne Rome et dans les législations européennes ? [...] Les indigènes font-ils un classement des infractions ? – Admettent-ils des catégories analogues à celles des crimes, délits et contraventions ? [...] Y-a-t-il, chez les indigènes comme en Europe, à l'époque barbare, identité entre la procédure civile et la procédure pénale ? »

Chacune de ces questions conduit l'agent qui questionne, le traducteur qui traduit et les chefs et leurs conseils qui répondent, à s'adosser à des principes de droit français, par exemple les trois facultés d'*usus*, *fructus* et *abusus*, ou la classification tripartite des infractions. Chacun doit se positionner selon ces principes ; soit en adéquation – et l'on entraperçoit comment l'on peut faire coïncider des réalités locales plus ou moins bien comprises avec les idées générales françaises –, soit en opposition – et l'on envisage tout aussi bien comment la perception d'une différence peut permettre de construire tout un ensemble de contrastes. Bref, il s'agit de l'éternel problème de la comparaison des droits, mais amplifié, d'un côté, par l'idéalisation du modèle juridique français, de l'autre, par les récits de voyage qui, tout au long du XIX^e siècle, préparent les esprits à découvrir des territoires, des peuples et des coutumes appartenant à un monde qui n'est pas étatique, à une civilisation qui, selon les conceptions du temps, n'en est qu'au début de sa marche, de son évolution, de ses progrès.

4- Comment utiliser les coutumiers rédigés en 1902 ?

En quatrième lieu, il s'agit d'examiner les ensembles de coutumes publiées en 1902 pour ce qu'elles nous apprennent à la fois des regroupements en quatre territoires (les Agni au Centre et à l'Est, les peuplades des lagunes au Sud-Est, les Mandés ou Mandingues au Nord-Ouest et les Krou et autres peuples du Sud-Ouest) et du droit appliqué par les divers peuples du pays. Mais jusqu'où peut-on faire confiance au contenu des coutumes publiées ? Quel crédit leur accorder sachant qu'il s'agit, en réalité, de rapports coloniaux rédigés à partir de la traduction de réponses faites à la traduction de questions (*traduttore, traditore...*) elles-mêmes préfabriquées par Villamur et Clozel sur la base des codes français ? De fait, la procédure utilisée pour recueillir les témoignages des chefs, des juges et des anciens travestit la réalité et modifie les perspectives de l'historien du droit. Ce que le lecteur français de 1902 découvre en tournant les pages de l'ouvrage publié par Clozel et Villamur, ce ne sont pas à proprement parler les coutumes en usage chez les Agnis, les Mandingues ou des Krou, mais une cascade de commentaires sur la transcription des coutumes en usage chez les Agnis, les Mandingues ou des Krou. Il y a là un effet déformant (en fait, un problème de méthode) que Michel Alliot relève en 1984, lors de sa participation au congrès de la Société Jean Bodin consacré à la coutume¹¹ :

¹¹ M. Alliot, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de Liaison de l'Equipe de Recherche en Anthropologie Juridique*, 1985, p. 79 s.

« Quand on lit les anthropologues sur les sociétés d’Afrique noire comme sur tant d’autres, on est frappé de constater qu’ils n’y voient que l’envers de nos propres sociétés : qu’elles soient sans Etat, sans chefferie, sans complexité, sans écriture, sans histoire, sans surplus, froides comme les nôtres sont chaudes, répétitives quand nous sommes créatifs, mythiques dans nous sommes rationnels, elles ne se définissent que par le manque de ce que nous sommes. On soupçonne alors que les juristes qui ont recueilli les coutumes participaient du même esprit et l’on repère vite que de fait la coutume était pour eux l’envers de la loi (non écrite, non publique, non générale, incertaine, irrationnelle, inapte aux innovations volontaires) et le Droit l’envers du nôtre (non différencié de la religion, de la morale et des habitudes sociales, ignorant la distinction du Droit public et du Droit privé, celles des personnes et des choses, collectif et inégalitaire). »

Et Michel Alliot de conclure : « La collecte donnait l’illusion de connaître les coutumes, elle n’avait pas permis de les reconnaître. » Toutefois, la lecture attentive du moment 1901-1902 permet de déceler deux facteurs qui atténuent l’impression générale d’altération des données. D’une part, Clozel, et Villamur cherchent à réfléchir autant en ethnographes qu’en administrateurs coloniaux. S’ils ont un objectif assumé (la codification des coutumes), leurs notes et commentaires témoignent non seulement d’une curiosité, d’une connaissance, d’une maîtrise des traditions religieuses, familiales, foncières, etc. des peuples étudiés, mais encore d’une volonté de travailler avec les sociologues, les historiens, les ethnologues occidentaux qu’ils citent, qu’ils critiquent à l’occasion et qu’ils alimentent en données. Leurs recherches sont sérieuses, leurs propos nuancés, leur envie de comprendre évidente. Clozel s’interroge et affirme que, pour bien apprécier l’organisation sociale propre des peuples de Côte d’Ivoire, nous devons « nous placer à un point de vue purement scientifique »¹². Villamur s’interroge lui aussi et fait paraître, en juillet 1901, un travail sur les coutumes des peuples des lagunes dans le *Bulletin du comité de l’Afrique française*. Plus encore, l’un et l’autre s’appuient sur un troisième homme, promis à un brillant avenir d’africaniste et d’agent colonial, Maurice Delafosse. Au moment où débute l’enquête, il a examiné et comparé l’état social des Baoulé à celui du Libéria. C’est à propos de ce nouvel Etat qu’il fait remarquer qu’on a toujours exagéré soit les défauts des Libériens, soit leurs qualités¹³ :

Cela vient de ce que nous avons la mauvaise habitude, quand nous étudions un peuple nègre, ou simplement, d’une façon plus générale, un peuple étranger, de le comparer implicitement à nous-mêmes et de le juger en nous plaçant à un point de vue purement subjectif, c’est-à-dire à un point de vue éminemment subjectif. Ou bien encore nous avons en nous une idée préconçue, un système à défendre, et nous cherchons à faire servir l’étude à laquelle nous nous livrons à la défense de ce système. »

Autour du moment 1901-1902, Delafosse a publié, publié ou publiera une dizaine de travaux à propos des traditions, des langues, de la géographie des territoires où il est en poste, notamment un ouvrage sur les Libériens et les Baoulé où il s’explique sur sa méthode¹⁴. Il revendique un point

¹² Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes...*, op. cit., p. 68.

¹³ Delafosse, *Les Libériens et les Baoulé*, Paris, 1901, p. 6.

¹⁴ Sur l’homme et l’œuvre, J.-L. Amselle et E. Sibeud, *Maurice Delafosse. Entre orientalisme et ethnographie : l’itinéraire d’un africaniste 1870-1926*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1999.

de vue scientifique, un point de vue qui ne soit ni sentimental, ni utilitaire. On peut certes contester ce point de vue, imputer à l'homme des partis pris et douter de ses méthodes¹⁵. Toutefois, avec ces trois hommes, nous sommes loin de la représentation de l'agent colonial qui fait entrer à tout prix les peuples soumis dans des ensembles et des sous-ensembles préconçus.

D'autre part, les enquêtes n'ont pas été réalisées par un seul agent (lequel aurait pu faire entrer toutes les réponses dans des modèles explicatifs préétablis), mais par une multitude d'agents d'origine et de formations diverses : administrateurs des colonies, officiers de l'armée et commis aux affaires indigènes. Or, la comparaison entre leurs rapports montre que, les mêmes causes produisant souvent les mêmes effets, certains principes familiaux, fonciers, pénaux, etc. ont des racines vraiment réelles et constatées, tandis que, les causes divergentes produisant souvent des effets divergents, certaines coutumes sont bien identifiées comme exorbitantes des coutumes générales de la colonie. Bref, la diversité des enquêteurs et la complémentarité de leurs rapports inclinent à croire à la véracité de leurs enquêtes de terrain, d'autant que Clozel et Villamur font le choix de ne pas publier des comptes-rendus comparatifs mais les rapports eux-mêmes¹⁶ :

« On pourra s'étonner que nous nous soyons bornés à publier les documents que nous possédions tels qu'ils nous avaient été fournis par leurs auteurs, au risque de ne pas éviter toujours les répétitions ou les doubles emplois. Il nous aurait été certes plus facile de fondre ces divers renseignements et d'en extraire quatre monographies embrassant chacune l'ensemble des coutumes judiciaires de l'un des quatre groupes de peuplades qui habitent la Côte d'Ivoire. Si nous ne l'avons point fait, c'est qu'il nous a paru que c'était le travail réservé à la commission qui doit codifier les coutumes des indigènes de notre colonie et que nous devions nous borner à lui fournir les matériaux dont elle aurait besoin en les faisant précéder des éclaircissements indispensables. Nous avons pensé également que les savants ou les sociologues appelés à consulter notre publication trouveraient plus d'intérêt à lire les documents dans leur sincérité originelle que le résumé ou la rédaction que nous en aurions pu faire. »

Ayant pris en compte le problème posé par la méthode, il conviendra de dissocier ce qui a été mal compris, sur-interprété, travesti, déformé, simplifié, passé sous silence, de ce qui paraît fidèlement reproduire les réalités locales. Globalement, ce premier axe de recherches doit permettre, en s'appuyant sur les travaux déjà entrepris en histoire du droit colonial, en anthropologie et en histoire comparée du droit, d'interpréter et de mesurer l'entreprise de Clozel, Villamur et Delafosse en Côte d'Ivoire. Ils souhaitent connaître, rédiger et publier les coutumes en usage dans le pays. Le système produit, en très peu de temps, un ensemble de données juridiques très riches d'enseignement, à la fois sérieusement rapportées et nécessairement incomplètes et approximatives, à cause de la procédure utilisée. L'étude du contenu passe nécessairement par la déconstruction de la méthode et la mise de côté des commentaires coloniaux au profit des données recueillies.

¹⁵ Sur la posture intellectuelle de ces agents coloniaux et leurs apports scientifiques, E. Sibeud, « Ethnographie africaniste et "inauthenticité" coloniale », *French Politics, Culture & Society*, 2002, p. 11 s.

¹⁶ Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes...*, op. cit., p. 532.

L'AMONT : L'HISTOIRE UNIVERSELLE DU DROIT ET LE MODELE COUTUMIER FRANÇAIS

En amont du moment 1901-1902, les recherches interrogeront les moments-clefs de la mutation de l'ordre coutumier français afin d'interroger et la façon dont les agents de la colonisation perçoivent l'histoire des civilisations, l'histoire du droit français et la façon dont cette perception historique accompagne leur réflexion et leur action.

1- Coutumes de Côte d'Ivoire et stades de civilisation

Clozel et Villamur adoptent en effet une conception particulière de l'histoire des civilisations qui n'a rien à voir, semble-t-il, avec les théories racistes en vogue – chaque race aurait des caractéristiques physiologiques et psychologiques spécifiques qui déterminent sa culture, ses règles, son économie, son organisation politique, etc. et qui la placent dans une hiérarchie – mais qui prétend plutôt que les races, les peuples ou les groupes – dans l'ouvrage, le substantif *communauté(s)* est utilisé une quinzaine de fois, les substantifs *société(s)* une vingtaine de fois, *race(s)* une cinquantaine de fois, *peuple(s)* et *peuplade(s)* cent-vingt fois, *groupe(s)* cent-cinquante fois – traversent des stades de développement, partant d'un stade *primitif* pour atteindre un stade de *civilisation avancée*.

Partons de quelques exemples. Villamur, qui mentionne et cite fréquemment les ouvrages d'Esmein et de Gautier sur l'histoire du droit français et les *Origines de la civilisation* de Lubbock, fait un lien constant entre les coutumes en usage en Côte d'Ivoire et les anciennes coutumes d'Europe. Lubbock, un parlementaire britannique qui, s'inspirant de Darwin, s'est beaucoup intéressé à l'anthropologie et au naturalisme, affirmait en effet que « l'étude des races humaines, dans un état de civilisation peu avancé [permettait de rapporter] la condition sociale, les coutumes des peuples encore sauvages [à] celles de nos propres ancêtres, à une époque éloignée »¹⁷. Villamur se déclare à plusieurs reprises convaincu qu'il n'y a, en matière de droit, rien de nouveau sous le soleil : lorsque l'explorateur, « déjà familiarisé avec l'étude des civilisations, qui marquent l'aube de l'humanité », découvre les règles et les procédures en vigueur dans les villages, il fait le lien entre l'histoire européenne et la réalité africaine. Villamur rapproche ainsi l'agora grecque de l'arbre à palabres des Agni, les sacrifices humains de l'île de Sein de ceux des forêts de Guinée, le *wehrgeld* des Anglo-Saxons du dédommagement des Akapless. Dans ses remarques générales sur les coutumes du groupe Agni, il ne cesse d'opérer le même rapprochement entre les coutumes observées et les anciennes coutumes européennes. En d'autres mots (pour reprendre les remarques de Michel Alliot), la coutume représente autant le droit français dans son premier stade de développement que l'envers du droit français contemporain. Tout cela conduit Villamur à distribuer des labels en termes de civilisations. Il y a tout d'abord, les peuples du Nord de la colonie qui, affirme-t-il, se trouvent au stade le moins avancé de civilisation. Il y a ensuite les Agni qui,

¹⁷ Lubbock, *The Origin of Civilization and the primitive Condition of Man*, New York, 1871, traduit par Barbier sous le titre : *Les Origines de la civilisation*, Paris, 1873.

« comme la plupart des indigènes, en sont encore au premier stade de leur évolution »¹⁸. Il explique leur développement par l'invasion de leur territoire par les Achantis, aux alentours de 1750¹⁹ :

« D'un état social, beaucoup plus avancé que celui des peuplades autochtones qu'ils subjuguèrent, ils ne tardèrent pas à s'assimiler les vaincus. [...] Cela vient, une fois de plus, affirmer la thèse, d'après laquelle, lorsque deux peuples sont aux prises, c'est le plus civilisé qui, par la force même des choses, impose à l'autre ses usages, ses mœurs, son droit public et privé. La Grèce, conquise par César, ne fut-elle pas romanisée presque entièrement ? Et les Barbares qui s'abattirent sur elle au V^e siècle de l'ère chrétienne, ne s'imprégnèrent-ils pas fortement, à leur tour, de droit romain ? »

Plus loin, il fait des remarques à propos des peuples des lagunes²⁰ :

« On sait que de toutes les tribus du littoral, celles des Apolloniens, des Agni et des Alladians sont le plus avancées. Les unes et les autres, mais surtout les Apolloniens, qu'on rencontre dans toutes ces régions, vendant des marchandises et achetant des produits, et qu'on a avec raison appelés les *Juifs de la Côte d'Ivoire*, sont arrivés à un degré relatif de civilisation. Nous avons de bons rapports avec ces divers groupes d'indigènes. Ils ne demandent qu'à se développer à notre contact. Tirons parti de ces bonnes dispositions. Ce sera le meilleur moyen d'étendre ensuite notre influence au-delà des pays qu'ils habitent. »

De son côté, Clozel commente l'autorité familiale et politique qui, généralement, s'appuie sur la parenté féminine (c'est-à-dire, non pas de père en fils, mais d'oncle maternel à neveu)²¹ :

« Cette coutume ne doit pas nous surprendre : elle a existé dans le bassin du Sénégal, elle existe encore au Congo ; on la retrouve chez nombre de peuples primitifs ; peut-être a-t-elle été générale à l'origine des sociétés humaines. On est certainement le fils de sa mère, on est moins sûr d'être le fils de son père. »

Il s'exclame à propos des « philanthropes terribles qui, révoltés par les barbaries, le plus souvent imaginaires, qu'ils découvrent dans les mœurs des peuplades dites sauvages, veulent tout réformer en un tour de main » :

« Il conviendrait aussi, avant de s'exclamer devant les ordalies ou épreuves judiciaires encore en usage en Afrique, de ne pas oublier qu'il y a quelques centaines d'années seulement, les mêmes ou d'autres analogues se pratiquaient légalement en France et dans toute l'Europe. »

Une première piste de recherche consistera à examiner cette conception du développement au prisme de l'évolution juridique. Il s'agira de rechercher la cohérence et les éventuelles divergences entre les réflexions de tous ces hommes – ils sont également ethnographes – et celles des autres agents qui procèdent aux enquêtes, notamment Delafosse qui publie à la même époque ses conclusions à propos des coutumes des Baoulé, puis d'explorer les travaux (Darwin, Lubbock, Esmein, Gautier, etc.) sur lesquels ils s'appuient, avant d'étudier ce qui constitue, pour eux, le(s)

¹⁸ Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes...*, op. cit., p. 78.

¹⁹ *Ibid*, p. 77-78.

²⁰ *Ibid*, p. 389.

²¹ *Ibid*, p. 67.

moteur(s) de l'évolution du droit à la lumière des controverses contemporaines entre Sumner Maine, Tarde et Kolher²².

Chez ces auteurs, la question disputée était de savoir pourquoi un peuple change de système juridique en matière familiale, foncière, pénale, judiciaire, etc. Henry Sumner Maine, après des études de droit à Cambridge, devient professeur et publie son fameux *Ancien Law. Its connection with early history of society and its relation to modern ideas* (1861). La même année, il intègre le Conseil des Indes en tant que conseiller juridique. Ses tournées d'enquête l'entraînent à découvrir une organisation économique et juridique villageoise qui partage certains traits communs avec l'organisation de la propriété du sol au Haut Moyen Âge européen. De retour au Royaume-Uni, il réunit ses données dans six leçons qu'il va dispenser à Oxford, sous le titre : *Villages Communities of the East and West. Six Lectures delivered at Oxford* (1871). Pour commencer, Maine s'explique avec beaucoup de sérieux sur sa démarche comparative²³ :

« Suivant l'acception commune, la législation comparée ne se propose pas de jeter des lumières nouvelles sur l'histoire du droit. Il n'est même pas admis généralement qu'elle tend à en éclairer le côté philosophique ou les principes. Son travail se borne à choisir deux systèmes juridiques appartenant à deux peuples différents, et à les comparer sur un point de droit quelconque : par exemple sur tel ou tel contrat, ou sur la situation respective des époux dans le mariage. [De sorte que] les esprits compétents n'hésiteraient pas à reconnaître que l'objet principal, sinon l'unique objet de la législation comparée, est de faciliter l'élaboration des lois au point de vue pratique. [À l'inverse,] nous allons examiner un certain nombre de phénomènes parallèles, avec l'intention d'établir, s'il se peut, qu'ils dépendent en partie les uns des autres par un ordre de succession historique. Il me sera, je pense, permis d'affirmer que la méthode comparative, déjà si féconde en résultats curieux, ne diffère pas de la méthode historique dans quelques-unes de ses applications. »

Le mobile de Maine étant d'établir la dépendance entre « un certain nombre de phénomènes parallèles », celui-ci utilise une méthode qui consiste à comparer et rapprocher ses propres observations des conclusions des historiens du droit. D'un côté (*lecture 3*, p. 65 s.), Maine synthétise les travaux historiques concernant l'organisation coutumière de l'exploitation agricole dans les villages d'Europe de l'Ouest. Il résume les travaux de McLennan (*Primitive Marriage*, 1865), de Lubbock (*The Origin of Civilisation and the primitive Condition of Man*, 1871), de Freeman (*The Historical Geography of Europe*, 1881), mais encore Morier, Palgrave, Kemble, et surtout Von Maurer (*Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf-, und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt*, 1854 et *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, 1865-1866) lequel concluait, à propos de la tenure agricole antique en pays allemands, à l'équilibre entre la souveraineté individuelle au sein du domicile du tenancier et à l'association entre tenanciers au

²² Les lignes suivantes reprennent S. Soleil, « Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle ? », *Revue Clio@Themis*, 2017 [en ligne], Disponible sur internet : <<http://www.cliothemis.com>>.

²³ Sumner Maine, *Villages Communities of the East and West. Six Lectures delivered at Oxford*, Londres, Murray, 1871, p. 3-12. Voir A. Macfarlane, « Some contributions of Maine to history and anthropology », *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine. A Centennial Reappraisal*, A. Diamond (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 111 s.

sein de la *Marke*²⁴. « Quiconque, ajoute Maine, est familier avec les œuvres de Palgrave, de Kemble et de Freeman, ne peut ignorer que les plus savants auteurs qui ont étudié les formes anciennes de la propriété foncière en Angleterre nous en tracent un tableau qui ne diffère pas sensiblement de la *Marke* teutonique, telle que je viens de l’esquisser d’après Maurer »²⁵. Une première comparaison entre les historiens allemands et britanniques offre donc à Maine un modèle d’exploitation collective des terres (la *Marke* teutonique) qui, à son tour, va lui servir de donnée de comparaison. D’un autre côté (*lecture IV*, p. 103 s.), il décrit l’organisation coutumière de l’exploitation agricole dans les villages indiens et aboutit au constat qu’il s’agit d’une propriété collective des terres. Dès lors, la comparaison entre la propriété collective dans les villages de l’Est (l’Inde) et les villages de l’Ouest (l’Allemagne, l’Angleterre) lui permet de déduire qu’à un stade primitif, la propriété du sol a partout été collective, et que le stade ordinaire de développement passe, hier en Europe, demain en Inde, par la féodalité puis l’appropriation individuelle du sol²⁶ :

« Celui qui étudie les antiquités juridiques, dès qu’il s’est convaincu que, dans la majeure partie de l’Europe, le sol appartenait autrefois à des groupes propriétaires, d’un même caractère et d’une composition en substance identique à ceux dont on retrouve encore la trace dans les parties de l’Asie qui sont ouvertes aux observations patientes et consciencieuses, se sent immédiatement intéressé à ce qui est, en réalité, le grand problème de l’histoire du droit. Il s’agit du processus par lequel le mode de jouissance primitif s’est converti au système agraire, dont sortit immédiatement l’organisation territoriale qui régnait sur tout l’Ouest du continent européen, avant la première révolution française, et dont il est facile de démontrer que notre législation foncière descend en ligne directe. »

Cette œuvre de comparaison juridique en vue d’alimenter une théorie historique, trouve un écho chez un contradicteur : Gabriel Tarde. Juriste, Tarde entre dans la magistrature en 1867. Il collabore, à compter de 1887, à la revue *Archives d’anthropologie criminelle* fondée par Lacassagne et publie en 1890, l’un de ses ouvrages les plus célèbres : *Les lois de l’imitation*²⁷. Il y rejette catégoriquement la théorie du développement par stades, en ce qu’elle a de fatal et de déterministe, au profit de la théorie du développement par l’imitation²⁸ :

« Cette œuvre d’uniformisation universelle, à laquelle nous assistons, révèle-t-elle le moins du monde une orientation commune des sociétés diverses vers un même pôle ? – Nullement, puisqu’elle a pour cause manifeste la submersion de la plupart des civilisations originales sous le déluge de l’une d’elles, dont le flux avance en nappes d’imitation sans cesse élargies. Pour voir à quel point les civilisations indépendantes sont loin de tendre à converger spontanément, comparons deux civilisations parvenues à leur terme et s’y reposant. »

²⁴ Sur ces auteurs, leurs relations et leurs doctrines, K. Tuori, *Lawyers and Savages. Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*, Oxon, Routledge, 2015.

²⁵ *Ibid*, p. 112.

²⁶ *Ibid*, p. 131.

²⁷ L. Salmon et F. Audren, « Tarde », ; P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècles*, Paris, PUF, 2007, p. 730.

²⁸ Tarde, *Les lois de l’imitation (1890)*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1895, p. 57.

Dès lors, Tarde multiplie les exemples, les démonstrations et les comparaisons pour montrer que lorsque le développement n'obéit pas exclusivement à la biologie et à la physique, mais met en œuvre des dimensions sociales, c'est toujours un processus d'imitation quelconque qui est à l'œuvre. Cette théorie, l'auteur la nourrit avec de multiples comparaisons tirées de l'étude des langues, des religions, des régimes politiques, des législations, de la morale, des arts, des usages et des besoins économiques. C'est, affirme-t-il dans le chapitre consacré au droit, l'imitation qui a assuré l'adhésion massive au système des chartes municipales ; la propagation, en France, des coutumes de Lorrain rejoint celle, dans les villes du Rhin, des coutumes de Cologne ou des coutumes de Magdebourg à Halte, Leipzig, Breslau, puis de Breslau en Sibérie, en Bohême, en Pologne, en Moravie²⁹. De même, la comparaison sert-elle à montrer que la torture, le jury ou la codification se sont imposés en Europe par l'imitation.

Parallèlement, Josef Kolher entreprend, dans les années 1885 – professeur de droit à Würzburg, il deviendra professeur à Berlin en 1888 –, de montrer que toutes les sociétés passent, certes à des rythmes différents, par une même série de stades juridiques de développement selon un processus évolutionniste³⁰. La comparaison entre le développement des droits islamique, chinois, berbère et ceylanais lui donne les éléments de preuve de ce que des peuples, qui n'ont pas eu de relations mutuelles, ont spontanément traversé des états successifs similaires. La comparaison juridique lui permet ainsi d'alimenter l'idée que le moteur du développement parallèle n'est pas l'imitation, mais l'évolutionnisme. En 1900, c'est-à-dire à l'époque même où Clozel, Villamur et Delafosse entreprennent leurs travaux sur les coutumes de Côte d'Ivoire, Tarde et Kolher s'affrontent, par communications interposées, lors du Congrès international de droit comparé de Paris. Lambert, qui était chargé de rendre compte des travaux envoyés aux organisateurs du congrès, résume les deux conceptions : pour La Grasserie et Kolher, il existerait une loi qui entraîne tous les peuples à suivre un enchaînement réglé, uniforme et inévitable qui les conduit toujours, au terme du processus, aux mêmes résultats juridiques ; à l'inverse, pour Tarde, explique toujours Lambert, il existe des trajectoires juridiques diverses qui entraînent à pouvoir classer les types juridiques comme on classifie les espèces animales ou végétales et qui se rejoignent par l'imitation d'une civilisation par une autre³¹.

²⁹ *Ibid*, p. 339-340.

³⁰ Kolher, *Rechtsvergleichende Studien über islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon*, Berlin, Heymann, 1889.

³¹ Lambert, « Synthèse des travaux envoyés au congrès », *Congrès international de droit comparé (1900)*, Paris, Sirey, 1905, p. 30.

2- Coutumes de Côte d'Ivoire et modèle coutumier français

Une seconde piste de recherche consistera à évaluer, au sein de cette évolution universelle du droit, l'importance du modèle coutumier français. Clozel et Villamur s'appuient en effet sur un moment capital de l'histoire du droit français, un moment qui leur paraît un basculement dans l'évolution du système juridique : la rédaction des coutumes de France. À ce propos, Clozel insiste sur la diversité des coutumes en usage dans la colonie³² :

« variables suivant les pays, comme l'était dans notre ancienne France le droit fondé sur l'usage, il arrive même qu'au sein de groupes politiques, unis pourtant par une communauté d'origine, d'idiome et de traditions, elles diffèrent de village à village : de sorte que, modifiant par une adaptation à ces milieux primitifs un mot célèbre sur la France seigneuriale [il s'agit de la formule de Voltaire], on pourrait dire non sans exactitude que le voyageur parcourant nos régions change aussi souvent de coutumes que de localités. »

De son côté, Villamur passe sans transition de Lubbock (à propos des origines de la civilisation) à l'article 123 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours, l'une de ces ordonnances de réformation des rois Valois qui listent les abus et les remèdes dans tous les domaines ; judiciaire, militaire, fiscal, religieux, monétaire, etc. On sait que cette ordonnance de 1454 tendait vers la régularisation des coutumes de France, en ordonnant leur mise par écrit afin d'éviter l'arbitraire et de permettre aux juridictions d'appel de s'appuyer sur un texte plutôt que sur des enquêtes locales et des affirmations éventuellement contradictoires. Villamur indique³³ :

« Aux juristes, qui doivent entreprendre, à la Côte d'Ivoire, des travaux de codification, non sans analogies avec ceux qui suivirent jadis, chez nous, la célèbre ordonnance, rendue à Montils-les-Tours par le roi Charles VII, comme aux disciples de John Lubbock, s'adressent donc les documents recueillis par MM. Delafosse, Tellier, Cartron et Benquey. »

Il y a là tout un champ de recherche à explorer : quelle est l'analogie dont parle Villamur ? Quels sont les facteurs qui ont précipité la rédaction des coutumes de France et qui prévalent dans l'esprit des agents coloniaux ? La lutte contre la complexité coutumière ? La lutte contre l'éventualité de l'arbitraire ? La lutte contre l'esprit coutumier, évanescent, insaisissable ? Comment la rédaction s'inscrit-elle dans une dynamique *coutumes / coutumiers / codification* ? S'agit-il, dans la Côte d'Ivoire du début du XX^e siècle du siècle comme dans la France d'Ancien Régime, de conférer (comparer) les coutumes pour faire sourdre des principes de droit commun coutumier ? S'agit-il aussi de les réformer pour accompagner, voire provoquer, l'évolution de leur contenu ? Les agents coloniaux ont-ils conscience de trahir l'esprit du droit traditionnel en le mettant par écrit ? De fait, en France, le processus de rédaction des coutumiers a modifié – mais jusqu'à quel point ? – la nature des coutumes, leur esprit, leur moteur, leur contenu. Rédiger, c'est fixer. Fixer, c'est figer. Figer, c'est dénaturer la coutume qui évolue non pas à coups de réformations, mais par des exceptions (et des précédents judiciaires) et par le consentement mutuel, explicite ou implicite.

³² Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes...*, *op. cit.*, p. X.

³³ *Ibid*, p. 81-82.

Nuls mieux que les *common lawyers* ne peuvent expliquer cela, lorsque dans les années 1820-1835, ils ont été amenés à défendre le *common law* contre le projet de codification du droit anglo-américain³⁴. Codifier le *common law*, c'est-à-dire la coutume judiciaire, ce serait selon Reddie, un juriste écossais qui a étudié le *civil law* à l'Université de Göttingen bloquer toute amélioration du système ; il devient un organe mort, une machine d'État. Si, prédit-il, l'on fixait le droit de l'Angleterre dans un texte « inflexible et impératif », on devrait « retirer le pouvoir plastique du droit des mains des hommes qui exercent quotidiennement le métier de la jurisprudence et qui en expérimentent quotidiennement les rouages et les défauts »³⁵. De sorte que tous les problèmes nouveaux qui se poseraient et qui montreraient l'inadaptation du code aux besoins et aux évolutions sociales ne pourraient être surmontés que plus tard, à l'occasion de la prochaine période de révision, « à une période lointaine, quand cet intérêt et cette attention se seraient évaporés – peut-être effacés – et quand ils devraient être discutés avec tous les inconvénients liés à un débat général et une réalisation imparfaite ; les deux sources réelles de l'imperfection notoire de notre législation ». En d'autres mots, les avantages de la rédaction des coutumes (avec l'objectif de les codifier) sont contredits par ses graves inconvénients : cela rompt avec la dynamique interne du *common law* qui permet l'évolution du droit sans à coup, sans révolution, en confiant aux juges le soin de plier les précédents aux besoins des affaires nouvelles – chaque auteur y va de son substantif : « *elasticity* », « *flexibility* », « *malleability* », « *plasticity* », « *pliant nature* ». Cette seconde piste de lecture consistera à comprendre comment Clozel, Villamur et Delafosse, à la lumière de leurs travaux, s'emparent de l'arme de la rédaction des coutumes en vue, peut-être, de la transformation du système coutumier au profit du modèle français de la codification.

Globalement, ce deuxième axe de recherches doit permettre, en s'appuyant sur les travaux d'histoire du droit coutumier, de théorie du droit et d'histoire comparée du droit, de comprendre comment les doctrines de l'évolution des civilisations (et de leur droit) et la transformation du modèle coutumier français ont offert aussi bien des clefs d'explication que des réflexes d'action aux agents des colonies.

L'AVAL : LES MUTATIONS DE L'ORDRE TRADITIONNEL DES PEUPLES DE LA CÔTE D'IVOIRE

En aval, les recherches interrogeront les mutations et les permanences de l'ordre traditionnel de Côte d'Ivoire. Ce phénomène, pour un juriste européen, est saisissant. Lors des deux congrès, co-organisés par le CAHDIIP et l'IODE (« La parole du chef », décembre 2018 / « Le foncier et le pouvoir politique », décembre 2019), la délégation française a constaté la vitalité des coutumes en Côte d'Ivoire et dans toute la sous-région en général. Deux ordres juridiques et juridictionnels coexistent, l'un d'origine occidentale, fondé sur la constitution, les normes OHADA, la loi, les

³⁴ S. Soleil, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, Paris, SLC, à paraître.

³⁵ Reddie, *A Letter to the Lord High Chancellor of Great Britain, on the Expediency of the Proposal to form a New Civil Code for England*, Londres, 1828, p. 156.

règlements et l'ensemble des cours et des tribunaux, l'autre fondée sur la tradition, ses obligations, ses interdits et ses chefs traditionnels. Or, dès le moment 1901-1902, une logique est enclenchée : « l'histoire de la codification, explique Vincent K. Mbambi, est indissociable de celle de la colonisation ». Comme les codes français ont servi de modèle, les deux ordres juridiques se sont développés et se sont, par la force des choses, ajustés l'un à l'autre³⁶. Pour explorer les mutations de l'ordre traditionnel ivoirien, trois sources complémentaires pourront être mobilisées : les codes coutumiers publiés à compter de 1904, les travaux publiés depuis un demi-siècle et les enquêtes de terrain qui seront réalisées en ce début de XXI^e siècle.

1- Une première piste : les codes coutumiers

Le premier code publié, celui des coutumes des Agni (1904), donne de précieux renseignements sur les premières transformations qui s'opèrent. Après la rédaction des coutumes de Côte d'Ivoire, vient le temps de leur codification. La commission constituée par Clozel en 1901 est reconstituée en mai 1903 avec, pour objectif, de publier le code des coutumes des Agni. Les règles de droit civil sont confiées à Villamur, les règles de droit criminel, l'organisation judiciaire et la procédure sont attribuées à Delafosse. Après discussion, la commission arrête le contenu : 311 articles de droit civil, 341 articles de droit criminel, 419 articles à propos de la justice, lesquels paraissent dans un ouvrage de 1904. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une promulgation. L'idée est plutôt de publier « de petits manuels de droit coutumier, formulés en articles clairs et succincts, pour servir de code aux tribunaux indigènes de la colonie et de guides aux administrateurs et aux magistrats »³⁷. Un manuel ? Un code ? Un guide ? Le travail publié est tout cela à la fois. Il s'agit de clarifier, de mettre de l'ordre et de régulariser les coutumes, afin que le juge, les plaideurs et les agents coloniaux sachent ce qu'il en est du droit objectif et des droits subjectifs de chacun.

D'une part, la codification à la française, tant sur la forme des articles que la formulation des mots, a été transposée. Ainsi, si l'article 1, de la première partie consacrée au droit civil et rédigée par Roger Villamur, explique ce qu'est la famille, l'article 2 fixe un premier principe, avec un contenu et des éléments de langage empruntés au droit français : « Le chef de famille exerce sur les membres du groupe, qui lui doivent respect, secours et obéissance, l'autorité que le droit naturel et les législations positives confèrent au père sur ses enfants. » Chacun reconnaît ici l'emprunt au code civil, articles 213 (« le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ») et 373 : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ». Chacun identifie encore les enseignements théoriques sur le droit naturel et le droit positif. De la même manière, la deuxième partie, consacrée au droit criminel, confiée à Maurice Delafosse, utilise la même formule dans tous les articles : « Quiconque sera convaincu d'avoir [...], sera condamné à [...] ». Chacun discerne ici la logique du code pénal français qui consiste à désigner l'auteur d'une infraction et fixer la peine encourue.

³⁶ V. K. Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de Droit*, 2005, p. 315 s.

³⁷ Villamur et Delafosse, *Les coutumes Agni...*, *op. cit.*, p. V-VI.

D'autre part, certains passages consistent à indiquer les coutumes qui doivent évoluer à court ou moyen termes. Dans la préface, Clozel l'affirme³⁸ :

« Je dois ajouter qu'il ne s'agit pas là d'un code devant être rigoureusement appliqué. Si humaines, en somme, que soient les coutumes des Agni, elles contiennent encore des prescriptions trop éloignées de nos idées et de nos mœurs pour que nous puissions leur accorder une sanction définitive. Nous avons voulu faire un tableau clair et précis de ces coutumes au stade actuel de leur évolution sans arrêter le progrès de celle-ci. Les tribunaux de cercle, institués par le décret du 1 novembre 1903, pourront, par leur jurisprudence, favoriser ces progrès, en rapprochant graduellement les coutumes des Agni des principes d'équité et de liberté dont sont pénétrés les peuples de civilisation occidentale. »

Prenons l'exemple du mariage. L'évolution juridique en France, et plus généralement en Europe, a conduit, sous l'influence du droit canonique, à faire du consentement des deux futurs époux le principe majeur de la validité du mariage, malgré les résistances familiales. Le problème, dans la colonie, se pose dans des termes assez voisins. De sorte que l'article 39 du code agni dispose : « L'homme et la femme pour pouvoir contracter mariage, doivent : 1° Être pubères ; 2° Être sains de corps et d'esprit ; 3° N'être pas parents en deçà du degré de cousins germains ; 4° Être consentants. » Villamur ajoute en note³⁹ :

« Dans l'Abron et l'Indénié, le consentement de la jeune fille n'est pas nécessaire à la validité du mariage. Il y a là une coutume barbare que MM. Les Administrateurs et Chefs de poste doivent s'attacher à faire disparaître. C'est, en effet, un principe du droit naturel, inscrit dans toutes les législations des peuples civilisés, que le mariage, où le consentement de l'une des parties fait défaut, est non pas seulement imparfait, annulable, mais *inexistant*. L'art. 146 de notre Code civil le dit, en termes nets et énergiques : *Il n'y a pas de mariage, quand il n'y a point de consentement.* »

Le plus important, ici, n'est pas forcément l'indication par l'agent colonial du cap à suivre, mais le fait que ce cap est inscrit noir sur blanc dans le code lui-même, un code auquel les juridictions coloniales *et indigènes* doivent se référer. Les chefs et les anciens des pays Abron et Indénié découvrent ainsi que leurs règles sont en sursis et que la pression coloniale va s'exercer pour la faire muter.

2- Une seconde piste : les enquêtes de terrain en pays coutumier

A côté des textes publiés durant la période coloniale, le chercheur peut aussi s'appuyer sur les enquêtes de terrain, les monographies consacrées au droit traditionnel dans tel territoire de Côte

³⁸ *Ibid*, p. X-XI.

³⁹ *Ibid*, p. 25-26.

d'Ivoire⁴⁰ et les travaux publiés sur la coutume depuis plus d'une demi-siècle⁴¹, ainsi que les enquêtes qui seront menées à l'avenir auprès des rois et des chefs de canton et de village. Cela passe par un recensement des travaux et leur classification, selon la fiabilité de la méthode et des résultats obtenus. En Côte d'Ivoire, en effet, outre les thèses de doctorat dont certaines portent sur le droit coutumier, notre collègue et ami Séraphin Nene Bi Boti a mis en place un master d'histoire du droit à l'Université de Bouaké qui draine de nombreux jeunes licenciés. Pour valider leur diplôme, ceux-ci doivent préparer et soutenir un mémoire de recherche qui, parfois, s'appuie sur des études de terrain auprès des chefs de canton, chefs de village, rois coutumiers et leurs conseils respectifs. Pour avoir accompagné, avoir siégé et avoir apprécié certains de ces travaux de recherche (mémoires et thèses), j'en retire deux conclusions. D'un côté, les sujets traités sont riches, très riches, et répondent souvent aux mêmes préoccupations que celles des agents français des années 1901-1904. Quelles sont les règles foncières appliquées par tel sous-groupe ethnique ? Quel est le droit coutumier applicable aux enfants dans tel autre groupe ethnique ? Comment, malgré l'interdiction officielle posée en 1964, la dot est-elle toujours en vigueur en droit coutumier ? Etc. D'un autre côté, la méthode appliquée souffre parfois d'un manque de rigueur – ce sont des travaux d'étudiants de master ou de doctorat. Un tri s'impose donc parmi les travaux de recherche pour conserver les meilleurs, les plus rigoureux, les mieux documentés, et reléguer les autres. Quelques règles méthodologiques peuvent d'ailleurs donner lieu à des formations en amont des enquêtes de terrain, avec les meilleurs des historiens de la sous-région (Côte d'Ivoire, Sénégal, Mali, Cameroun, Bénin, Togo). C'est ce à quoi s'emploie notamment Séraphin Nene Bi Boti. Quelques pistes pour constituer les questionnaires peuvent également être suggérées : interroger la façon dont les anciens racontent les innovations faites à compter de la colonisation et, inversement, la façon dont ils relatent les résistances, les aménagements, les stratégies de contournement, aussi bien à l'égard de la codification des coutumes et de leur modernisation, qu'à l'égard des prescriptions du législateur ivoirien qui, en matière familiale, en matière pénale, en matière foncière, etc. a fixé des obligations et des interdictions dont personne ne se préoccupe au

⁴⁰ A. Deluz, *Organisation sociale et tradition orale : les Guro de Côte d'Ivoire*, Paris, CNRS, 1970 ; J.-P. Dozon, *La société Bété de Côte d'Ivoire*, Paris, Orstom - Karthala, 1985 ; G. Girard, *Dynamiques de la société Ouobé*, Dakar, IFAN, 1967 ; S. B. B. Nene, *La terre et les institutions traditionnelles africaines. Le cas des Gouro de Côte d'Ivoire*, thèse, droit, UCA, 2005 ; B. Coulibaly, « Essai sur la dot en pays Gouro », *Penant*, 1977, p. 425 s. ; L. V. Thomas, *L'organisation foncière des Dioula*, *Annales Africaines*, 1960, p. 199 s.

⁴¹ E. Le Roy, *Introduction à l'analyse matricielle des systèmes parentaux africains*, Paris, LGDJ, 1972 ; A. Mignot, « Droit coutumier et anthropologie juridique », *Penant*, 1977, p. 352 s. ; G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits des Africains*, Paris, Economica, 1980 ; G. Dieterlem, *La notion de personne en Afrique noire*, Paris, CNRS, 1981 ; P.-L. Agondjo-Okawe, « Domaine d'application des droits traditionnels », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Dakar, NEA, 1982, p. 393 s. ; B. Durand, *Histoire comparative des institutions. Afrique, Monde arabe, Europe*, Dakar, NEA, 1983 ; P.-F. Godinec, *Les droits africains, évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1984 ; J. Oble Lohoues, *Les droits des successions en Côte d'Ivoire. Traditions et modernisme*, Abidjan, NEA, 1984 ; D. Ngabo, « De l'actualité des coutumes africaines en droit civil », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1985, p. 853 s. ; M. Alliot, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison de l'équipe de recherche en anthropologie juridique*, 1985, p. 79 s. ; R. Verdier et A. Rochegude (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village. Afrique noire francophone*, Paris, L'Harmattan, 1986 ; N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988 ; M. Thioye, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, p. 345 s. ; J.-P. Coffi, C. Gago, A. Aka Lamarche et S. B. B. Nene, *Le droit foncier ivoirien*, Abidjan, CNDJ, 2016.

village, ni les chefs et leurs conseils, ni les populations, ni même les agents administratifs et judiciaires chargés de leur application.

Au total, c'est un ensemble de recherches qui, sur la base des travaux menés depuis plus de cinquante ans, va permettre d'alimenter une anthropologie et une histoire du droit à la fois française, ivoirienne, coloniale et coutumière grâce aux regards croisés de cinq centres de recherche : le Centre Africain d'Histoire du Droit, des Institutions et des Idées Politiques (CAHDIPP), l'Axe Théorie & Histoire des Systèmes Juridiques de l'IODE (UMR CNRS 6262), la Société de Législation Comparée (SLC - UMR CNRS 8103), le Centre d'Histoire du Droit et d'Anthropologie de l'Université de Nanterre (CHAD - EA 4417) et le Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées et des Institutions Politiques de l'Université d'Aix en Provence (CERHIIP - EA 2186).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- F. Amon d'Aby, *Croyances religieuses et coutumes juridiques des Agni*, Paris, Larose, 1960
- J.-P. Chauveau et J.-P. Dozon, *Au cœur des ethnies ivoiriennes. L'Etat contemporain en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 1987
- J.-P. Coffi, *La coutume, source du droit en Côte d'Ivoire. L'exemple du droit de la famille et du droit des biens*, éd. Inconnu, 1986
- J.-P. Coffi, C. Gago, A. Aka Lamarche et S. B. B. Nene, *Le droit foncier ivoirien*, Abidjan, CNDJ, 2016
- G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits des Africains*, Paris, Economica, 1980
- A. Deluz, *Organisation sociale et tradition orale : les Guro de Côte d'Ivoire*, Paris, CNRS, 1970
- G. Dieterlem, *La notion de personne en Afrique noire*, Paris, CNRS, 1981
- J.-P. Dozon, *La société Bété de Côte d'Ivoire*, Paris, Orstom - Karthala, 1985
- B. Durand, *Histoire comparative des institutions. Afrique, Monde arabe, Europe*, Dakar, NEA, 1983
- B. Durand et M. Fabre (dir.), *Le juge et l'Outre Mer*, Lille, CHJ, 2002-2008, 4 vol.
- G. Girard, *Dynamiques de la société Ouobé*, Dakar, IFAN, 1967
- P.-F. Godinec, *Les droits africains, évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1984
- E. Le Roy, *Introduction à l'analyse matricielle des systèmes parentaux africains*, Paris, LGDJ, 1972
- H. Légré Okou, *Les conventions indigènes et la législation coloniale (1893-1946)*, Abidjan, Neter, 1994
- S. B. B. Nene, *Les institutions coloniales de l'Afrique occidentale française*, Abidjan, ABC, 2015
- S. B. B. Nene, *Introduction historique au droit ivoirien*, Abidjan, ABC, 2015
- S. B. B. Nene, *La terre et les institutions traditionnelles africaines. Le cas des Gouro de Côte d'Ivoire*, thèse, droit, Abidjan, UCA, 2005
- J. Oble Lohoues, *Les droits des successions en Côte d'Ivoire. Traditions et modernisme*, Abidjan, NEA, 1984
- M. Piault, *La colonisation, rupture ou parenthèse*, Paris, L'Harmattan, 1987
- N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988
- R. Verdier et A. Rochegeude (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village. Afrique noire francophone*, Paris, L'Harmattan, 1986

Articles

- P.-L. Agondjo-Okawe, « Domaine d'application des droits traditionnels », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Dakar, NEA, 1982, p. 393 s.
- M. Alliot, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison de l'équipe de recherche en anthropologie juridique*, 1985, p. 79 s.
- B. Coulibaly, « Essai sur la dot en pays Gouro », *Penant*, 1977, p. 425 s.
- E. Le Roy, « Réflexion sur une interprétation anthropologique du droit africain », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1972, p. 427 s.
- J.-P.** Magnant, « Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine », *Droit et cultures*, 2004, p. 167 s.
- V. K. Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de Droit*, 2005, p. 315 s.
- A. Mignot, « Droit coutumier et anthropologie juridique », *Penant*, 1977, p. 352 s.
- D. Ngabo, « De l'actualité des coutumes africaines en droit civil », *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération*, 1985, p. 853 s.
- A. P. Robert, « Attitude du législateur français en face du droit coutumier d'Afrique noire », *L'avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden, Leiden University Press, 1956, p. 170 s.
- M. Thioye, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, p. 345 s.
- L. V. Thomas, L'organisation foncière des Dioula », *Annales Africaines*, 1960, p. 199 s.
- E. Sibeud, « Ethnographie africaniste et "inauthenticité" coloniale », *French Politics, Culture & Society*, 2002, p. 11 s.