

LA FABRICATION DU DROIT COUTUMIER AFRICAIN

Par

Barnabé Georges GBAGO

Maître de Conférences Agrégé

Doyen de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques

Université d'Abomey-Calavi Bénin

Qu'est-ce que la coutume africaine ? Qu'est-ce que le droit coutumier africain ? Les droits de tradition orale de l'Afrique noire possèdent également, à l'instar de la fabrication de la coutume romaine, **des usages répétés** (un élément matériel) souvent immémoriaux, imprégnés ou non de normes religieuses ou sacrées, *ubi societas ibi jus* ? Le droit dans les sociétés africaines est souvent légitimé par le sacré. L'obligatorité et le respect de ces usages découlent de cette sacralité et le domaine rituel est responsable de l'application des systèmes normatifs. Eléments matériels, éléments psychologiques, il est difficile de dénier aux pratiques de l'Afrique noire, la terminologie « coutumière ».

« L'idée de coutume a connu et poursuit un destin extraordinaire, intimement lié à celui de la culture juridique elle-même. Peu d'autres concepts juridiques expriment aussi fort ce sentiment complexe qui noue le droit à l'histoire des sociétés, à leurs caractères distinctifs et à la vie concrète de leurs membres... » Le *vocabulaire juridique* du Doyen Gérard Cornu la définit comme synonyme du mot « traditionnel » et s'applique non seulement à des règles, à des maximes mais aussi à des notions juridiques, à des concepts (intérêt, action, droit, fruits, etc.). C'est une « norme de droit objectif fondé sur une tradition populaire (*consensus utentium*) qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant ; véritable règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité a fait

sienne par habitude (diuturnus usus) dans la conviction de son caractère obligatoire (opinio necessitas)¹.

En Afrique, le sacré est lié à la parole (en Occident, il est lié à l'écrit). Il est en continuelle adaptation avec les coutumes. La codification en Occident a vite fait d'englober les pratiques locales africaines dans le « droit coutumier », terme on ne peut plus ambigu, employé en réminiscence des droits de tradition occidentale qui ont eu cours au Moyen-Age dans toute l'Europe. Ils se sont éclipsés avec la Révolution française, ou déclassés par la toute puissance de la loi.

« Jusqu'à la Révolution (française), les coutumes garderont une place considérable (...) les matières régies par le droit coutumier sont très nombreuses ; parallèlement, le domaine des lois du roi ne peut donc qu'être limité. En faisant abstraction de certaines nuances ou exceptions, on peut dire que la coutume régit l'essentiel des questions de droit patrimonial : successions, régimes matrimoniaux, droit des biens... »²

Le coutumier du Dahomey (aujourd'hui Bénin) relève de la circulaire 128 AP qui nomma un comité d'études historiques et scientifiques mis en place par le Gouverneur Général de l'AOF Clozel pour « ouvrir des champs nouveaux aux investigations des savants » et « favoriser des recherches et des publications méritoires » en droit

1 Assier – Andrieu (Louis) sous la rubrique « coutume et usage » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Alland Denis et Rials Stéphane, éd. Quadrigue/Lamy- PUF, 2003, pp317s Cornu (Gérard) in *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant éd. Quadrigue/PUF, 2009, p251

2 Basdevant-Gaudemet (B) et Gaudemet (J), *Introduction historique au droit XIIIè – XXè s*, LGDJ, 3è édition 2010, 484 p Voir également : Académie Royale des sciences d'Outre-Mer, symposium « la connaissance du droit en Afrique » décembre 1983, Bruxelles 1984, 379p (spécialement la synthèse de clôture de M. Vanderlinden J)

- Vanderlinden (Jacques), *Anthropologie juridique*, Dalloz 1996, 123p
- Roland (Norbert) *L'Anthropologie juridique*, éd. PUF « que sais-je ? » n° 2528, 1990, 125 pages
- *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988
- Vanderlinden(J), *Les systèmes juridiques africains*, PUF, « Que sais-je ? » n°2103, 1983
- Revues : *Droits et cultures, université Paris X- Nanterre*. Bulletin de liaison de l'association « Anthropologie et juridique » LAJP, Université ParisI Panthéon-Sorbonne

Droit Béninois, Faculté de Droit et Sciences Politiques de l'Université d'Abomey-Calavi et l'Université de Toulouse 1 Capitole,

n°1, 2012 presses de l'Université de Toulouse1

n°2, 2013 presses de l'Université de Toulouse1, thème : la dot et le mariage en Afrique

n°3, 2014 presses de l'Université de Toulouse1, thème : le foncier au Bénin

coutumier honorant ainsi la tradition inaugurée par Bonaparte en Egypte³. Cette commission a donc pris acte de la parution du coutumier du Dahomey en 1933 sur les presses de l'Imprimerie du Gouvernement (Porto-Novo)⁴. La coutume et le droit coutumier avaient donc force de loi dans les matières que leurs créateurs avaient bien voulu leur attribuer : celle du « statut personnel » à savoir l'état des personnes, la famille, le mariage, le divorce, la filiation, les successions, les donations et les testaments. Plus tard, aux indépendances certains Etats africains ajoutèrent la capacité des citoyens à contracter et à agir en justice⁵.

La résolution des conflits fonciers poussa les différents législateurs (tant coloniaux que post coloniaux) à créer une organisation judiciaire duale : des tribunaux coutumiers ou traditionnels et siègent différents assesseurs coutumiers, et des juridictions beaucoup plus « modernes » sur le modèle des juridictions occidentales.

Le nœud de notre sujet tourne autour de la question des conditions d'existence du droit coutumier africain. A quels signes reconnaît-on les règles coutumières ? Voilà le problème central, à la fois théorique et pratique que nous allons aborder maintenant.⁶ La force impérative de la coutume s'explique comme celle du droit en général. La règle non écrite est-elle conçue comme une norme juridique ? C'est ce que nous allons nous appliquer à rechercher dans chaque espèce et dans le milieu social considéré : l'assentiment des intéressés, le consentement (malgré lui) du législateur et la croyance populaire.

3 - Clozel, Arrêté portant création d'un comité d'études historiques et scientifiques en AOF" JO de l'AOF. 10 déc. 1915 pp817-818 - Clozel, « circulaire au sujet de la création d'un Comité d'Etudes historiques et scientifiques de l'AOF », Dakar, le 11-12-1915 (circulaire 128 AP)

4 Mèdenouvo Firmin, *Coutumier du Dahomey* ; Ed. Présence béninoise, 2004, 90 pages

5 Art 63 de la Loi 2004-50 du 22/07/2004 au Niger (par exemple)

6 On peut lire avec intérêt l'article « recherches sur la problématique du droit coutumier » du Professeur Walter Heinrich (traduit de l'allemand : « Zur Problematik des Gewohnheitsrechtes » par M. Spach Jeen)

Ainsi nous aborderons les domaines classiques reconnus comme coutumiers, dans lesquelles les normes s'imposent par leur vitalité (1) puis les juridictions qui les administrent, (depuis les tribunaux de conciliation jusqu'à la cour suprême) le rôle du juge consiste également à contrôler la rationalité de la norme coutumière (2).

I- Domaines classiques

Les pratiques locales désignées par le vocable « coutume » ou « droit coutumier » n'ont pas cédé aux vagues successives de l'assimilation et de la coopération. Le droit colonial, officiant par diverses stratégies, valorisa d'abord la coutume (le principe du maintien des coutumes africaines, tant que l'ordre public et les principes de la civilisation sont respectés). La coutume d'un droit vécu se métamorphosa en un pouvoir, un pouvoir délégué, c'est-à-dire qu'elle pouvait participer à la production des nouveaux droits de l'Afrique noire, aux côtés de la loi.⁷

De toute évidence, il fallait la laisser mouvoir dans son cadre habituel : des juridictions propres à elle. Pour domestiquer la coutume, une institution nouvelle appelée « tribunal de droit traditionnel » fut érigé sur l'ancienne place. La « matière » coutumière, nouvellement créée, trouvait sa nouvelle matrice en attendant que l'élite, formée dans les Ecoles, se décidât un jour à lui asséner le coup fatal et à prononcer un jour le requiem à la fois des coutumes africaines et des juridictions traditionnelles. Ce qui a toujours joué en leur faveur, c'est leur vitalité.⁸

A- La vitalité des instances coutumières et des juridictions traditionnelles

Deux traits fondamentaux caractérisent les instances originellement africaines : la conciliation et la sacralité du juge coutumier. Cette dernière retrouve dans les rituels et

7 VERDIER (Raymond) : « coutume et loi dans le droit parental et foncier (Afrique de l'Ouest francophone) »

8 Gaudusson (J. du Bois de), CONAC (G.) et alii, *La Justice en Afrique* in *afrique contemporaine*, n°156 (spécial) documentation française, 1990

dans les épreuves magico-religieuses que constituent les ordalies et les serments, la divinisation de la terre et des réponses non juridiques comme la sorcellerie.

1- La force sacrée du juge coutumier, un conciliateur éprouvé

Avant la domestication des tribunaux coutumiers, ceux-ci tranchaient, les litiges à la lumière des divinités selon la littérature de voyage laissée par les premiers explorateurs arabes et occidentaux⁹ puis des travaux de l'anthropologie¹⁰. L'organisation sociale était fondée sur des relations de croyances religieuses. Le juge était également le prêtre de la divinité principale, parfois le chef de la terre, divinité où se conciliaient toutes les forces vitales. Ainsi les tribunaux coutumiers répondaient à un rituel strict.

a- L'œuvre de la coutume imprégnée de sacralité

Les institutions de résolution des conflits se retrouvaient essentiellement dans les sociétés à Etat (ou à fort pouvoir centralisé) d'avant la colonisation et n'ont pas disparu avec l'instauration d'une justice étatique moderne (tant précoloniale que coloniale). C'est le modèle des tribunaux de conciliation encore en vigueur dans nos Etats modernes.

Le recours à la conciliation et aux règlements à l'amiable restent les points forts dans toutes les sociétés africaines. La coutume veut que le chef soit le juge en dernier ressort. Il représente l'autorité. Les administrateurs coloniaux voyaient dans les coutumes africaines des « pré-droits » appelés à « évoluer » vers les droits occidentaux, les seuls vrais droits détenteurs d'universalité.

⁹ Walckenaer JC, collection des relations de voyage, Paris, 1842 21 tomes

¹⁰ Vanderlinden J, La connaissance du Droit en Afrique, Bruxelles, ARSOM, 1983, 240 p.

”) Les ordalies

Les épreuves magico-religieuses dénotent, si besoin en est, la relation constante entre le monde invisible. La présence du sacré dans le juridique, très développée en Afrique, peut rendre opaque la lisibilité des normes, mais en revanche elle légitime le juge selon que les conflits sont de nature foncière, territoriale ou guerrière. Il préside aux conciliabules, aux explications et aux justifications des parties soutenues par leurs groupes. Ensemble, juges et justiciables demandent secours à la divinité, en fonction de la gravité du préjudice subi. Les réparations et les condamnations prononcées intègrent des sacrifices auprès des dieux : ce sont des cérémonies de purification d'un côté, le lavage des mains, l'eau donnée à boire aux parties pour les pacifier et tant d'autres pratiques qui relèvent par là de la famille des ordalies.

Les divinités sont appelées à trancher le conflit. Celui qui meurt à tort. Au-delà de toutes les interrogations soulevées par les ordalies, les rites y sont organisés pour recréer la cohésion sociale rompue par le menteur, le voleur ou le sorcier. Les flagellations, l'expropriation de certains biens au profit de la victime et le bannissement pour les crimes étaient les sanctions les plus courantes. L'emprisonnement venait rarement, ce qui explique le suicide des justiciables condamnés à cette peine au début de la colonisation.

La preuve en droit coutumier africain, lorsqu'elle était difficile, voire impossible à être administrée, était confiée aux divinités. Un mélange à la fois de croyances, de peur et d'intimidation se trouve à la base des ordalies. Au Niger, une pratique dite du « Baban Bila », probablement en référence au muezzin du Prophète, Bilal, existe. Lorsque le chef traditionnel, dans ses habits de juge, n'arrive pas à dénouer le nœud d'un procès, il fait appel à « Baban Bila » qui surgit avec un arsenal de « torture ». Il attise le feu à la vue de tout le monde. Il chauffe les pinces en acier qui l'aideront à arracher la langue du présumé délinquant, s'il n'avoue pas sa faute. Pendant que ses tenailles rougissent « Baban Bila » récite des incantations à haute voix et esquisse des pas de danse. Cette mise en scène suffit souvent à démasquer un suspect dans la foule

qui se lève, crie, avoue ses forfaits ou s'enfuit à toutes jambes. Les pinces incandescentes du « Baban Bila » haoussa possèdent des vertus inexplicables encore de nos jours. Il en est de même du mortier des forgerons maliens¹¹ et de la recherche des meurtriers par le Tarkama¹².

α) La sorcellerie

La sorcellerie, infraction absurde, surnaturelle ou impossible aux yeux des uns, a le mérite d'exister. On pourrait la classer comme une réponse non-juridique à l'infraction au même titre que la lutte et l'ostracisme. Les tribunaux coutumiers la considéraient comme l'épreuve magico-religieuse par excellence et le lien privilégié des ordalies. Et il faut être soi-même sorcier pour savoir qui l'est également et le juge doit en avoir la compétence.

La sorcellerie plonge ses racines dans les coutumes africaines et prend des formes aussi variées que les angoisses que connaissent les hommes. Il s'agit de faire mourir quelqu'un après une plus ou moins longue maladie, de vendre ses prochains que l'on fait travailler, après leur mort, dans un pays lointain (syndrome de l'esclavage et de la traite négrière). Le sorcier peut se transformer en un animal redoutable (chimpanzé, serpent, crocodile...) pour saccager les champs des ennemis¹³. La notion du double et de dédoublement de soi a été décrite dans le roman de Alain Mabankou¹⁴. Chaque sorcier livre à tour de rôle une victime qui sera « dévorée » par tous les membres de la

11 Que de couples éprouvées par l'exercice du « Baban Bila » avec de nombreux divorces prononcés par la suite. Le film Yelen commence par la scène du pilon.

12 Le Tarkama consiste en une redoutable pierre qui s'anime et part à la recherche du coupable et, celui-ci démasqué, le caillou se met à le frapper et s'agrippe en délinquant comme un aimant métallique.

13 Le jugement du TGI de Lambaréné du 22/04/1964 cité dans Introduction historique au droit, DURAND B. et alié, Montchrestien, 2004, p372

14 Mabankou Alain : Mémoires de porc-épic, éd. Seuil,

la malchance dans sa vie, l'infécondité : elle est « bloquée ». Et chaque famille, chaque clan, chaque ethnie se spécialise ou fait appel à la confection des amulettes protectrices, à la fréquentation des devoirs et des guérisseurs pour conjurer le sort. On est méfiant : pour ne pas faire partie de ces prestations en vies humaines, on évite les poignées de mains, les repas et des boissons à l'avenant, on vérifie le siège sur lequel on va s'asseoir ... tout un monde de chausse-trappes.

Le juge formé à la coutume possède une kyrielle de techniques pour dénicher le sorcier et l'amener à avouer ses forfaits. Si la sorcellerie a un caractère universel, le terrain de prédilection à l'heure actuelle est, semble-t-il, africain. Les ordalies préconisées par le juge coutumier en viennent à bout. Une pierre posée sur la tête du suspect pour l'écraser et le porter aux aveux, de petits cailloux introduits dans les yeux et qui refusent d'en sortir jusqu'à reconnaissance d'appartenance à la secte des sœurs maléfiques (Macbeth, Shakespeare), toute une panoplie de sanctions pour éradiquer la sorcellerie. L'article 264 du code pénal colonial réprima « les pratiques de sorcellerie, magie ou charlatanisme ». Certains codes de la période post coloniale n'abandonnent pas de la juger. Ainsi l'article 251 du code pénal Camerounais de 1967 punit « d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de 5000 à 100.000 francs, celui qui se livre à des pratiques de sorcellerie, magie ou divination susceptible de troubler l'ordre ou la tranquillité publics, ou à la fortune d'autrui, même sous forme de rétribution ».

De nos jours, la sorcellerie trouble la tranquillité publique par les représailles et les vengeances qu'elle provoque. Nous citerons les exemples de vindicte populaire à Bassila et à Kouandé, deux localités du Nord de la République du Bénin¹⁵. A Kouandé courant décembre 2005, un jeune homme de l'ethnie yorouba est allé se plaindre à la cour royale, de la disparition de son sexe à la suite des attouchements pratiqués sur sa personne. Dans une précédente affaire, le roi avait traité un autre plaignant en lui administrant des produits traditionnels. Cette fois-ci, pour éviter l'affrontement entre communautés, il renvoya les parties devant la gendarmerie. « Ameutés, les partisans de la victime, s'armèrent de coupe-coupes, gourdins et haches pour prendre d'assaut la

15 Voir Thèse Tchantipo : Normes officielles, normes pratiques. Mainz 2011

brigade de gendarmerie, y extraire le présumé voleur de sexe et en découdre avec lui, sur-le-champ sans autre forme de procès (...). La préfecture informée de la situation prit une réquisition pour permettre à l'armée de prêter main-forte à la gendarmerie débordée par les assauts des émeutiers qui, entre-temps, ont réussi à sortir le présumé voleur de sexe de la cellule et lui asséner des coups. Le lendemain, des émeutiers ont été arrêtés à leurs domiciles et déférés devant le tribunal de Natitingou. »¹⁶.

A Bassila, autre localité du Nord-Bénin, un avocat et homme politique meurt des suites d'un accident de circulation. L'après-midi, une jeune fille de 13 ans entre en transes, cite des « coupables », indique des endroits précis où seraient mis en terre des amulettes à l'origine de la mort. La population suit la fillette, y déterre effectivement des « charmes ». Quelques jours après les funérailles du célèbre avocat fauché dans la fleur de l'âge, une autre femme entre de nouveau en transes, prend la voix du défunt pour dénoncer les mêmes « coupable », dont un certain K. On conduisit la dame auprès du roi de Bassila. Celui-ci donna l'ordre aux populations de suivre les appels à la vengeance de la femme en transes. Les forces de sécurité assistèrent impuissantes au vandalisme de la foule en furie. « Il aurait pu évoquer le pacte de terre "Gatnan" ou "ile" pour clamer son innocence, que les émeutiers lui auraient laissé la vie sauve, en attendant l'ordalie du pacte de terre. »¹⁷

Les cours et tribunaux font l'effort de tenir compte des réalités des infractions à base de sorcellerie. Ces crimes et délits n'ont rien d'absurde sous nos cieux comme nous venons de le montrer. Les juridictions de droit « modernes » (cour d'assises et tribunaux correctionnels) ont pris dans certains pays la suite des juridictions coutumières. Pareille situation ne peut que favoriser l'instauration de la paix sociale par le droit. Les législations qui prennent en compte le phénomène social de la sorcellerie, influencées par la coutume, ont le mérite de proposer des approches de solution. Une reconnaissance normative et institutionnelle s'avère indispensable en la matière. La coutume africaine imprègne fortement les couches sociales. Que faire face

16 Tchantipo, op cit. p.241

17 Tchantipo, op cit. p.242

à un enracinement aussi tenace ? La reconnaissance fut d'abord factice. Il fallut tenter de l'affaiblir tantôt par des notions comme « la contrariété à l'ordre public et aux valeurs de civilisation française », tantôt par l'introduction des conceptions du droit français pour influencer les droits traditionnels africains.

b- L'œuvre de la coutume atténuée par les conceptions nouvelles

L'influence du droit français (et occidental) sur les droits traditionnels africains se fait sentir par des réponses institutionnelles : création des nouvelles juridictions basées sur les tribunaux coutumiers, installation des instances existantes déjà en Europe, la pénétration de conceptions nouvelles comme les modes rationnels de la preuve au détriment des ordalies. L'une des œuvres les plus discutées fut la domestication de la terre, autrefois divinisée.

β) Le droit foncier : de la coutume au code civil

Le droit romain a clairement défini les droits patrimoniaux qui se décomposent en droits réels (le droit de propriété appelé droit réel principal) et les droits personnels ou droits de créances. L'appropriation privée de la terre semble aller de soi dans les droits occidentaux, attachés au : usus-fructus-abusus. Au début, en Afrique, la terre était un don du ciel. Y étaient attachés les droits de culture, d'élevage, de chasse, de cueillette. Seuls les membres de la collectivité censée descendre des premiers occupants en disposaient et pouvaient en transmettre la jouissance. Il n'était pas question de l'aliéner. Le chef de terre jouait un rôle à la fois religieux et social. En pays de forêt, l'homme était soumis à la nature, aux lois et aux arbres sacrés. L'agriculture de subsistance était un mode d'existence, loin des modes mercantiles de production introduite par l'Occident.

La tenure coutumière insérée dans un cadre agraire pré-moderne. Le système foncier visait à protéger le groupe contre une pénurie de terre, ce qui expliquait l'absence de l'appropriation privée de la terre, également lieu de concentration des

dieux. Les titres fonciers traditionnels se lisaient dans l'érection des divinités trônant aux carrefours ou bien visibles à des endroits désignés par l'oracle. Les déités y sont donc fixées. Le chef de terre présidait aux répartitions de la terre, bien commun à titre d'«usufruit». Partant, peu de litiges fonciers vite éradiqués par le maître de terre. Les droits de redevance étaient perçus par saisons (2 saisons au Bénin) et les droits de culture étaient réservés aux détenteurs de l'espace. Aliéner la terre, c'était donc porter atteinte aux liens sacrés qui unissaient l'homme à la terre. Le caractère d'inaliénabilité dénotait ainsi l'absence de crédit et l'impossibilité de mettre en gage ce bien transmis par les ancêtres.

La colonisation ne tarda pas à rompre cet équilibre presque édénique. Le développement disproportionné des cultures commerciales d'exportation, les recrutements massifs et forcés pour exécuter des travaux de grande envergure (chemins de fer, routes canalisations, barrages...), et la politique aveugle des grandes concessions, contribuèrent, sous l'autorité coloniale qui intervenait pour orienter les indigènes vers la propriété individuelle, à établir un véritable système économique bouleversant les anciens équilibres.

L'immatriculation et la question de la propriété foncière moderne : les constructions coloniales (françaises, anglaises et portugaises) reposaient sur une fausse conception de la terre. Les incohérences des textes y relatifs et la résistance des indigènes en résultent. Au commencement des colonies françaises, les théories du domaine public doivent être appliquées tout en respectant les droits des indigènes sur leurs terres occupées : c'est le principe du respect des coutumes en matière foncière. Les autres théories d'appropriation des terres africaines inspiraient la jurisprudence des tribunaux mis en place à l'époque coloniale.

- **La substitution de l'Etat français aux chefs indigènes** : les traités signés avec les grands seigneurs locaux, puis la conquête donnaient la propriété aux colonisateurs sur lesdites possessions. Lorsque l'Etat colonial s'est effondré, le droit sur ces vastes domaines est resté inconnu. Ici les anciennes familles royales antécoloniales reprises peu à peu leurs anciennes propriétés ceux qui avaient continué par mettre des superficies en valeur en ont conservé la

possession puis en sont devenus propriétaires de facto. Nos tribunaux regorgent encore des litiges entre familles royales et anciens esclaves ou ouvriers recrutés par l'Etat colonial pour la mise en valeur de ces espaces. L'idée du domaine national apparut.

- **Les terres vacantes et sans maîtres** : toute terre ni immatriculée, ni possédée selon les règles du code civil appartenait, pendant l'époque coloniale à l'Etat français (en ce qui concerne le Dahomey et les possessions françaises en AOF, AEF, Madagascar, Indochine...). Cette théorie est, à n'en pas douter, une technique de suppression de la tenure coutumière.
- **Les concessions** : elles permettaient d'attribuer aux étrangers capitalistes les terres indigènes. Le désir d'accaparement de ceux-là a fini par persuader le paysan ou l'ouvrier qu'il n'a rien à gagner dans les travaux effectués, ce qui est souvent à la base de bien de troubles sociaux.

Il s'agira désormais à l'indigène qui le peut (et combien le pouvaient), de procéder aux formalités exigées par les nouveaux maîtres pour consolider ses droits coutumiers et échapper à l'emprise des théories foncières échafaudées à la va-vite dans les ministères des colonies. L'Act Torrens australien fut importé dans les colonies françaises (Tunisie, Madagascar, AOF...) et les vieilles distinctions médiévales (moyen-âgeuses ?) de domaine utile/ domaine imminent trouvèrent leur place dans un environnement complètement différent. Le livre foncier, registre où les droits de propriété s'inscrivaient, vit le jour. Des années 1900 à 1956, de multiples décrets firent leur apparition, organisant le régime de la propriété foncière (les décrets du 24/07/1906 et du 12/04/1933), créant un certificat administratif délivré par le maire ou l'administrateur. La quasi-totalité des terres n'ayant pas de titres, ce certificat constitue une condition fondamentale avant l'immatriculation et la procédure de constatation des droits coutumiers. Un titre foncier paracheva la hiérarchie des droits : il était « définitif et inattaquable ». Il provoque moult interrogations jusqu'à la loi du 14/08/2013.

α) La question foncière du Bénin après la loi n°2013-01 du 14/08/2013

La loi n°60-20 du 13/07/1960 fixant le régime des permis d'habiter au Dahomey, la loi n°65-25 du 14/08/1965 portant organisation du régime de la propriété foncière au Dahomey et la loi n° 2007-03 du 16 octobre 2007 portant régime foncier rural en République du Bénin, désormais abrogées, ont été remplacées par la loi n°2013-01 du 14/08/2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin.

Le nouveau code institue le certificat de propriété foncière (cpf) remplaçant l'ancien titre foncier qui conférait la pleine propriété en République du Bénin. L'alinéa 2 de l'article 112 du code foncier et domanial énonce que « toutes les terres non converties par un certificat de propriété foncière sont **sous l'empire de droits présumés**. L'article 380 reconnaît que l'administration octroie « un permis d'habiter » précaire et irrévocable qui fut à la base de nombreux abus et de fraudes imaginables et inimaginables de la part de cette administration censée protéger ses propres usagers. Une procédure de confirmation de droits fonciers, préalable à l'obtention du certificat, commence par une requête adressée au régisseur de la propriété foncière, qui, au regard de la régularité des pièces soumises, se prononce sur la recevabilité et l'instruction de la réquisition. Il procède à la publicité par affichage et par notification au président du Tribunal de Première Instance du lieu de situation de l'immeuble, au maire de la commune, à chacun des titulaires de droits réels et à la direction du journal officiel ou d'annonces légales pour insertion (art 118 CFD). Un bornage est contradictoirement établi (art 119 s) par un ingénieur-géomètre agréé.

Le code prévoit une procédure de confirmation collective des droits fonciers ouverte aux personnes morales de droit public et aux personnes morales de droit privé. Les **collectivités familiales** sont reconnues au même titre que les sociétés et les associations, (Article 142 CFD). Le certificat de propriété foncière est « définitif et inattaquable comme l'ancien titre foncier, **sauf en cas de fraude ou d'erreur** (art 146 CFD) et le code définit ce qu'il entend par la fraude. Il s'agit là d'un progrès par rapport aux anciennes législations coloniales et néo-coloniales. Néanmoins l'action en revendication du droit de propriété foncière est insérée dans des limites. Le dernier alinéa de l'article 146 (CFD) conclut : « en tout état de cause, toute action s'éteint dans un délai de cinq (05) ans à partir de la date d'établissement du certificat de

propriété foncière ». Des bureaux communaux du domaine et du foncier sont créés et dotés de **registres fonciers** pour y inscrire les propriétés relevant de leur compétence. La confirmation des droits fonciers se fait en milieu rural à partir du **plan foncier rural** (article 193 : il est institué pour chaque village un plan foncier rural). Le titre VI du code foncier et domanial en République du Bénin est consacré **aux terres rurales et coutumières**.

Aux termes de l'article 351 du CFD, « les droits coutumiers présumés exercés collectivement ou individuellement sur les terres non couvertes par le plan foncier rural et celle non immatriculées sont confirmés ». Les droits fonciers coutumiers sont constatés et confirmés par le code qui défend par ailleurs aux « chefs coutumiers qui règlent, selon la coutume, l'utilisation des terres par les familles ou les individus (ne peuvent en aucun cas se prévaloir de leurs fonctions pour revendiquer d'autres droits sur le sol que ceux résultant de leur exploitation personnelle en conformité avec la coutume. » (Art 352 in fine)

Combien sont justes les mots du courrier du Gouverneur général de l'AOF Clozel, adressé au président de la Cour d'Appel de l'AOF le 23/10/1915 : « Ce que les tribunaux s'obstinent à appeler possession précaire, c'est un droit différent sans doute droit de propriété, mais un droit peut être plus fort qui s'impose aux individus et réside dans la collectivité qui ne disparaît jamais. »

2- L'installation des juridictions nouvelles en AOF¹⁸

Les indigènes (sujets non français) se voyaient appliquer le droit coutumier tandis que les citoyens français et quelques « évolués » africains subissaient le droit de la métropole

- a) Une dualité due aux statuts des justiciables et à leurs droits : des tribunaux coutumiers et la justice française¹⁹

¹⁸ Le Roy (Etienne) : les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétisme et métissages - éd. Dalloz, 2004, 283 pages

¹⁹ Durand (B) et Alii : le juge et l'Outre-Mer t1 à t9, 2005 à 2013. UMR CNRS « dynamiques du Droit » Faculté de droit – Université Montpellier1

β) les tribunaux coutumiers

Bâti sur le modèle de juridictions traditionnelles rencontrées sur place par l'administration coloniale, les tribunaux coutumiers sont :

- ✓ **Les tribunaux de premier degré** : présidés par le chef de subdivision ou un fonctionnaire colonial, notables et chefs de village ou canton sont des assesseurs. Les affaires civiles et commerciales n'ayant pu donner lieu à conciliation devant les chefs de canton (tribunal de conciliation), tribunal de village
- ✓ **Les tribunaux de deuxième degré** : basés aux chefs-lieux des cercles l'ancêtre des tribunaux de première instance, ils sont présidés par le commandant de cercle ou un fonctionnaire de l'administration coloniale. Ils connaissent de l'appel des affaires de premier degré infractions-crimes-délits (Européens)

Aux termes de l'article 75 du décret de 1903 (AOF), « la justice indigène appliquera en toutes matières les coutumes locales, en tout ce qu'elles ne sont pas contraires aux principes de la civilisation française. ». Un décret de 1946 supprime la justice indigène en matière pénale.

Caractéristiques de cette justice coutumière :

- Caractère « dérogatoire » : **l'administrateur est le juge** au nom du respect de la notion « d'ordre public colonial » (politique d'indigénat)
- Une justice particulièrement **répressive**.
Coup et blessures volontaires : 10 ans d'emprisonnement assortis de 10 an d'IS.
Vol de vache : 2 ans d'emprisonnement, 2 ans d'IS, restitution de la vache, 65f d'amende
- « régime d'exception » pour semer la peur et étouffer dans l'œuf toute velléité de défiance et mieux asseoir l'autorité coloniale
Conséquence : la peur, la méfiance, la fuite des populations locales (à la vue d'un garde cercle)

- Création des peines d'emprisonnement (absentes dans le droit traditionnel), la prison est vécue comme une ignominie

α) La justice française

Elle concernait les citoyens du droit français résidant dans la colonie et les étrangers d'origine européenne (ou assimilés ou l'élite bureaucratique). Elle était menée par :

- Le TPI : le président est un magistrat de carrière (dans la capitale de la colonie)
 - La cour d'appel (à Dakar) pour l'ensemble de l'AOF
 - La cour d'assises de la capitale : les affaires criminelles plus tribunal criminel dans chaque cercle (tribunal du second degré)
- Le tribunal colonial d'appel : présidé par le président du TPI de Cotonou en plus procureur de la République, appels interjetés à partir des tribunaux coutumiers de deuxième degré rendus en matière répressive (premier degré)
- La cour de cassation (à Paris) : quelle efficacité ? (distance, coût financier...)

R. Cornevin : « la justice indigène, à l'origine distincte de la justice française, est de plus en plus liée à celle-ci, des magistrats de carrière collaborent de plus en plus avec des fonctionnaires d'autorité et des notables qui, jusqu'alors, en étaient chargés ».

Gueye : « si l'on fit du commandant de cercle le président du Tribunal de cercle, c'était pour lui permettre d'introduire dans les coutumes une certaine dose d'influence française afin d'accélérer le rythme de l'évolution de la société »

N.B : L'organisation administrative : base de l'organisation judiciaire se décompose comme suit : à Porto-Novo : un lieutenant gouverneur représente le gouverneur général de l'AOF, à Dakar, le commandant de cercle (plus gardes cercles, partage), le chef de subdivision (maires) les chefs de canton (notes annuellement-impôts) et les chefs de village.

b) La superposition des différents systèmes dans les institutions judiciaires des Etats africains

Les différentes réformes survenues depuis la période précoloniale ne se sont pas supprimées les unes les autres, mais plutôt superposées les unes sur les autres sans annihiler les effets des précédents, d'où une sédimentation des réformes successives. D'où de multiples problèmes.

Voici par exemple la composition actuelle des tribunaux de conciliation au Niger.

Les tribunaux de conciliation (coutumier) au Niger

Partout, il reste des tribunaux de conciliations. Conciliation au sein des juridictions dites modernes ou dans des tribunaux créés uniquement à cette fin. A la fin de chaque conciliation, un procès-verbal (PV) est dressé en plusieurs copies dont l'une sera homologuée par la juridiction elle-même. Au Niger, dans la région de Maradi, le **Dogari** introduit la procédure. Le Coran est utilisé à titre de code et les principes de la Rasaala retenus. L'exemple le plus fréquent de conciliation est le droit de la famille (le mariage). Le sultan conciliateur ne prononce pas le divorce car le but de l'institution demeure le rapprochement des positions antagonistes, le rapiècement et non la déchirure sociale. En cas de non conciliation, le cas est renvoyé devant les cadis ou les juges étatiques.

La composition du tribunal de conciliation varie selon l'endroit et le moment. Dans la région de Zinder, (plus précisément dans le département de Mirriah), la hiérarchie sociale dicte des positions. Le **Sarki** chef de village (ou le chef de canton) préside la juridiction, secondé par le **Sarki Sada** (chef héritier) qui remplace le premier en cas de force majeure ou en absence de celui-ci. Les **Waziri** (Fadawa) ou notables du canton jouent le rôle d'échevins, les **Dogari** assurent la sécurité des lieux et l'exécution des jugements prononcés par le tribunal. Enfin dans certaines localités, il existe un personnage rattaché à la juridiction, dont le but réside principalement dans la collecte des impôts : c'est le **Tarno**.

L'Alkali, premier conseiller, se distingue par une connaissance profonde du droit et du droit coranique. Il souffle à l'oreille du chef de la juridiction à l'audience et pendant les délibérations ce que disent la coutume locale, le Coran et la Sunna du Prophète sur la question de droit posée. Lors des délibérations, le chef peut demander les avis des notables sur la moralité et les comportements des plaideurs. Les précédents judiciaires sont débattus sous la supervision constante de l'Alkali. Les débats sont publics. Interviennent également dans ces juridictions de conciliation : le **Galadime** (porte-parole du chef), les **Mayaki** (ou commandants de guerre) et les **griots** véritables troubadours des chefs²⁰.

II- La compétence de juridictions coutumières

Ces juridictions sont compétentes en matière coutumière tant civile que pénale. Depuis la colonisation, le statut des personnes relève de leur souveraineté. Un point sur lequel l'attention doit être attirée et la compétence en matière de sorcellerie (voir développement précédents).

A- La persistance de la « matière » coutumière

Les coutumes africaines, mieux la force de la tradition se fait toujours sentir plus dans le domaine familial, en matière de filiation et de succession. Dans certains pays, les questions relatives aux conditions de formation du mariage et à la polygamie, relèvent du droit coutumier. Il en est de même du statut de la femme (la jeune fille et la femme mariée). Le contrat de mariage est déterminé par le consentement des parents et l'existence d'une compensation matrimoniale appelée dot.

Quant aux contrats issus de la coutume, quelques-uns continuent à produire des effets. Le contrat de confiage, de fumure ou de pâturage consiste en un accord relatif au pâturage d'une terre non exploitée. Lors de la saison sèche, l'éleveur emmène son troupeau résider dans les champs de l'agriculture qui reçoivent les

20 Enquête réalisée auprès des étudiants de la Faculté de Droit de Tahoua (Niger)

déjections des animaux contre l'abreuvement du bétail²¹. En raison de leur caractère coutumier, les contrats verbis de la tradition africaine ont disparu sous les tropiques à l'avènement du droit des obligations. Quelques traces subsistent dans les mentalités : la notion du temps dont l'aboutissement réside dans la prescription en droit. Les coutumes africaines ignorent l'influence du temps sur les obligations mais en revanche reconnaissent l'idée d'une responsabilité collective (homogénéité culturelle et ethnique).

D'une manière générale, les contrats de travail coopératif permettent à un groupe d'individus de faire appel au travail d'un autre groupe, de le nourrir et le prendre en charge. Chacun des groupes associés fait à tour de rôle appel à la coopération des autres, jusqu'à épuisement des travaux à entreprendre. Dans ce genre de contrat, tout repose sur la bonne foi des cocontractants. Les sanctions en cas de défaut de prestation sont d'ordre psychologique (le ridicule, l'ostracisme) ou économique : celui qui a manqué à ses obligations ne trouve plus de groupes prêts à l'aider à nouveau. Les contrats d'emprunt de terres sont fréquemment conclus sur la base d'un partage des récoltes, de même que les métayages dans des conditions analogues.

« Les notions de réciprocité des obligations, de respect de la parole donnée de précautions contre la fraude ou la violence, sont des notions familières au droit coutumier africain des contrats »²².

Si toutefois la force des transactions modernes l'emporte sur les transactions coutumières civiles et commerciales²³, nous aborderons d'abord la coexistence du

21 Gane DIOUF : la résistance du droit coutumier africain aux législations coloniales et postcoloniales thèse en droit. Université Cheik Anta Doip, Dakar, 2014, p.242

22 Olawalé Elias (T.) : la nature du droit coutumier africain, Prés Afric. 2è éd. 1998, p.175

23 Selon Girault A. le droit des contrats est une matière cosmopolite qui se prêterait à une réglementation internationale. Voir son ouvrage principes de colonisation et de législation coloniale, (Sirey, 1929

droit coutumier et du droit issu de la colonisation française dans les sociétés subsahariennes avant d'étudier la jurisprudence moderne coutumière.

1- La coexistence ‘pacifique’ du droit coutumier et du droit d'expression française au Bénin

Le domaine imparti au droit coutumier dans les anciens territoires coloniaux occidentaux (français, anglais, portugais et espagnol) est identique. Relèvent du droit coutumier toutes les questions de mariage, de propriété de la terre, d'héritage, de succession, de dispositions testamentaires, de chefferies et des institutions traditionnelles d'une part ; d'autre part à tous les autres conflits dans lesquels les parties sont des Africains, ou bien dans lesquels l'objet du conflit n'est ni soumis normalement au droit occidental reçu, ni soumis à ce même droit conformément à la volonté des parties ; dans les cas où, bien qu'une des parties soit un Africain et que l'autre ne le soit pas, il serait injuste d'appliquer le droit colonial reçu ; et enfin dans les cas où le droit coutumier ne contredit aucun texte légal ni les « principes de justice naturelle, d'équité et de bonne foi »²⁴.

Aux indépendances africaines dans le tournant des années 1960, la question fut : quel sort réserver aux institutions coutumières ? Si elles avaient été précédemment maintenues, les raisons furent stratégiques : c'était dans l'attente de l'évolution des mentalités. L'accession à l'autonomie juridique qui a suivi l'indépendance n'a pas modifié la structure dualiste du droit. D'aucuns parlent de l'invasion du droit européen dans le champ coutumier africain. Toutefois, les nouvelles législations qui se sont efforcé de remplacer la coutume, ont échoué dans l'application des normes imposées. Les règles coutumières ayant survécu aux vagues déferlantes d'un droit nouveau pensé ailleurs, doivent être considérées comme des normes adaptées aux sociétés africaines et passer dans les codes que les nouveaux Etats se donnent.

24 Olawalé Elias (T.) : op. cit. p.320

a- Les processus de rédaction et d'adoption des codes de la famille

Dans de nombreux Etats africains, les chefs religieux et coutumiers réussissent à mobiliser les opinions pour imposer ou rejeter certaines institutions non conformes aux principes traditionnels et surtout islamiques. C'est le cas du Sénégal, du Mali, du Niger et du Tchad. Dans ce sens, une institution fait plus parler d'elle : la polygamie (polyginie). Certaines législations l'attaquent au nom du principe d'égalité qui figure dans les textes constitutionnels, d'autres cherchent à en limiter l'expansion et proposent la limite de la tolérance coranique (« l'homme qui a quatre épouses légitimes ne peut contracter un nouveau mariage »). L'article 133 du code de la famille du Sénégal permet le mariage polygamique et l'Article 134 prévoit l'option de la monogamie ou la limitation de cette institution (une à quatre épouses) sur toute la durée. L'idéal cependant est « de conduire à la monogamie ou permet de s'en approcher »²⁵. Le code de la famille dispose que le mariage célébré sous les formes coutumières possède la même validité et produit les mêmes effets que celui conclu devant un officier d'état civil. Par contre, les époux s'en tiennent aux formes coutumières de divorce. Ils ignorent la procédure du divorce institué par le code sénégalais de la famille, se confient à leurs parents pour être exclusivement compétentes pour le prononcé du divorce²⁶. Dans tous nos Etats post indépendants, un grand pan de nos lois modernes est méconnu, ignoré, "ostracisé" pour reprendre les termes de la coutume africaine. Les législations officielles s'écartent des pratiques traditionnelles.

Le code des personnes et de la famille en République du Bénin s'est aligné sur le droit français de la famille, ignorant l'esprit des coutumes du pays. Le problème de la dot et de sa restitution est évacué en un tour de main. Nulle part, il n'est question des causes traditionnelles du divorce, ni des formes coutumières de célébration du mariage qui, pourtant inondent chaque fin de semaine nos villes et campagnes.

25 Gane DIOUF : op. cit. p.320

26 Ibidem, p.364

La loi n° 2002-07 du 24/08/2004 n'est qu'une pâle copie du droit français. Il est difficile, à l'étudier, de se sentir béninois, africain, etc., c'est de l'universalisme familial, encore faudrait-il aller à la conquête de l'universel avec ses propres armes ! L'officier d'état civil de l'Article 126 du code des personnes et de la famille vous demande un certificat de coutume (de la dot) avant la célébration du mariage alors que rien dans le code ne l'y autorise. Les articles 113 à 118 du CPF, soit six articles en tout, définissent les « fiançailles », les obligations qui y sont liées alors qu'une seule ligne évacue cette institution coutumière qu'est la dot. Article 142 : « la dot a un caractère symbolique ». C'est tout Lapidaire. Nous voyons toutes les semaines des cortèges de la dot composés de tantes, de grand-mères et des sœurs du mari sur le chemin de la famille de la future épouse mais nous n'avons de notre vie d'Africain jamais assisté à des fiançailles à l'européenne. Nous pensons que le code a mis le droit de la famille sur la tête et il faut le remettre sur les jambes en ce qui concerne les compensations matrimoniales.

Autre bizarrerie « d'élites assimilées », l'article 125 qui dispose que « nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la mention sur le registre de l'état civil de la dissolution du précédent ». Le procureur de la République dont il est amplement question aux articles 131, 132, 135 etc. du code, a pourtant lui-même dérogé à cette règle de l'article 125. Quant à l'art. 143 (« seul le mariage monogamique est reconnu »), il a le mérite de la modestie dans son écriture, à cause du participe du verbe « reconnaître ». Il faut avoir vécu en Occident et particulièrement en France pour ne pas conclure à des règles qui ne peuvent rencontrer l'assentiment d'une grande partie de la population béninoise, hommes et femmes y compris.

Et cette terrible conclusion du CPF en son article 1030 : « les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code ». Peut-être que le législateur entend par « force de loi » la reconnaissance des tribunaux et des autorités administratives. Les pratiques coutumières, et nous l'avons souligné, ont « force de loi » sur toute l'étendue du territoire béninois dans les rapports entre citoyens. Cette clause de style est héritée elle aussi du code civil français. Mais l'histoire du « code

civil des Français » n'est pas l'histoire du code des personnes et de la famille du Bénin.

b- L'absorption de la justice et des pratiques coutumières par les institutions modernes

La plupart des Etats voulurent en finir avec le dualisme juridique puis envisagèrent la fusion des droits traditionnels avec le droit occidental reçu lors de la colonisation. Seules les élites africaines pouvaient réussir cette opération : laisser mûrir les conceptions juridiques coutumières vers les conceptions modernes du droit et adapter le droit occidental reçu aux notions des droits traditionnels. Voici l'opinion du professeur Sacco Rodolfo :

« À partir du moment où de nombreux Africains, capables de pénétrer dans les deux cultures, de recueillir de façon structurée les données du droit africain et de les exposer selon une façon et une forme les rendant accessibles aux Européens. Cependant, de fait, quelle qu'en soit la raison, ceci est arrivé dans une très faible mesure. »²⁷

A l'évidence, les pays de droit musulman se situent à un carrefour beaucoup plus "confortable" que ceux du droit originellement africain, c'est à dire. Les Etats où l'Islam n'a pas profondément empiété sur les cultures. Les premiers disposent d'un arsenal juridique éprouvé et des Ecoles dans lesquelles une certaine réflexion sur le droit a toujours été développée. Aussi est-il relativement plus facile de s'appuyer sur le mode de succession de droit musulman, de prévoir l'ouverture d'une succession à option entre le droit hérité de l'occident et le droit musulman. Par contre, les autres Etats ont tendance à aller vers une suppression totale de la justice coutumière et à prendre des textes dans l'ignorance totale de la coutume. Certains secteurs comme précédemment montré, ont introduit les pratiques coutumières dans le champ de leur activité, à leur corps défendant ou sous le constat des échecs répétés des réformes antérieures. L'abolition du droit coutumier ou son asphyxie n'est plus à l'ordre du jour. Les populations africaines ignorent majestueusement les nouveaux droits qui ne sont

27 SACCO R. le droit africain, anthropologie et droit positif, Dalloz, 2009,566p.

pas fondés sur les pratiques pourtant éprouvées. Elles obligent les élites africaines à appuyer sur le levier de vitesse, les yeux fixés dans le rétroviseur. Un exemple de taille : les juridictions supérieures sont réputées être des juges du droit mais elles continuent d'accorder une place importante à la coutume et aux autorités coutumières (comme le fait le législateur de plus en plus dans des domaines classiques de la coutume). C'est ce qui fera l'objet de notre dernière partie.

2- La place de la coutume dans les décisions judiciaires

a- Les décisions de la Cour Suprême de Cotonou (Bénin)

β) Dossier n°13/CJA du 27/06/74²⁸

Houeto SETCHOU et a. c/ ADANKON VODOUNON et dame DAGBA Thérèse

Les faits : dans les années 1956-1957, un pêcheur d'un village de la banlieue de Cotonou d'alors (Awansori- Tohouéta) le sieur Vodounon Donkpon avait cédé plusieurs lopins de terre pour une modeste somme (16.000f). Cette zone suburbaine deviendra plus tard le quartier Sainte-Rita de Cotonou. Les chefs de canton, de village et les notables eurent connaissance de ces achats, puis les travaux de bornage et de recasement qui s'ensuivirent.

Plus tard, les membres de la collectivité Gohoungo Gnonlonfoun du village Dédokpo-Akpakpa revendiquèrent les mêmes superficies, à la suite de la montée du prix des terrains (dans une proportion de 1 à 20%). Le vendeur mourut, les ayant-cause brillèrent par leur absence au procès. Dame Dagba Thérèse et les autres acquéreurs troublés dans leur occupation portèrent l'affaire en justice.

La procédure et discussion de l'affaire devant la Cour Suprême :

Le premier juge condamna les membres de la collectivité Gohoungo Gnonlonfoun et consorts qui interjetèrent appel.

28 Voir Jurisprudence béninoise éd. Droit et Lois, n°5 année 2010 pp 221.

L'arrêt n°76 rendu par la chambre de droit local de la cour d'appel de Cotonou rendu le 07/05/1969 condamne les sieurs SETCHOU Houéto, Gohoungo Gnonlonfoun et Yehouénou Zossou qui se sont pourvu en cassation contre ledit arrêt.

L'affaire fut déchuée puis remise au rôle général de la Cour Suprême (désintéressement des requérants et absence du sieur Donkpon H.). En appel, l'une des acquéreuses de parcelles se fit intervenante volontaire ; les arguments des requérants et les réponses de la Cour Suprême :

- L'omission de la tentative de conciliation exigée par les articles 23 du décret du 03/12/1931 et l'article 8 de la loi du 14/08/1961. La Cour Suprême jugea que depuis une loi intervenue le 09/12/1964, la tentative de conciliation est devenue facultative en matière coutumière.
- La violation des articles 6 et 85 du décret de 1931 et l'arrêté du 17/11/65 du Garde des Sceaux sur la méconnaissance de la coutume de l'assesseur désigné (de coutume « goun » au lieu d'un assesseur de coutume « Toffin »).
- Le défaut de la Cour d'Appel d'énoncer la coutume applicable et donc l'absence de motivation du premier jugement et de la Cour d'Appel a bien motivé sa décision et a évoqué la coutume appliquée (« Attendu que la preuve testimoniale est admise dans la coutume « Toffin » applicable en l'espèce et que ce mode de preuve constitue le droit commun de la preuve en matière de droit traditionnel »).
- Le refus d'entendre des témoins et défaut de base légale : violation des art. 83 et 85 du décret de 1931. Ce moyen a été également rejeté par la Cour Suprême. L'intervention volontaire en appel a pour effet de nouer le procès dans lequel les parties étaient devenues toutes nouvelles.
- Enfin le dernier et cinquième moyen : les requérants reprochaient à l'arrêt de la Cour d'Appel d'avoir attribué la propriété du terrain litigieux à l'intimé décédé alors que ce droit ne peut être reconnu qu'à ses ayants-droit. De plus, la renonciation des héritiers confortait l'arrêt attaqué comme manquant de base légale. La Cour Suprême évoque donc la notion de novation du procès et qu'au moment de la vente en 1956, Adankon Vodounon était bien propriétaire, et pourtant le contrat de vente des parcelles était juridiquement valable.

En conséquence, la Cour Suprême confirme l'arrêt de la Cour d'Appel de Cotonou qui a décidé de la validation des ventes de parcelles revendiquées. Le pourvoi est ainsi rejeté au fond.

α) **Dossier n°74-15/CJA (Grefte) indisponibilité des biens collectifs**

familiaux²⁹

Affaire Klotoe Alohoutadé H. T. C/ Vodounon Gozingan TOGNON et Houdodé Akovobalou.

L'arrêt n°74-15/CJA du 21/04/1978 résulte d'un pourvoi en cassation contre les dispositions d'un arrêt n° 5 rendu le 09/01/1974 par la chambre de droit traditionnel de la Cour d'Appel de Cotonou.

Il s'agit d'un litige qui porte sur la revendication de droit de propriété concernant trois parcelles dont les deux parties se disputaient. Le sieur H. T. Klotoe Alohoutadé prétend que les terrains lui ont été légués par sa tante dame Lary TEGBE à charge de rembourser ses créanciers gagistes. Ce qui fut fait depuis 1906.

La fille de dame Lary TEGBE, nommée Zansi TEGBE demande également au tribunal de lui attribuer les trois parcelles.

Un jugement n°123 du 28/08/1963 rendu par le TPI de Porto-Novo dit que les trois terrains ont appartenu à dame Lary TEGBE et qu'en raison de la vocation successorale, les terrains doivent être partagés aux trois neveux à raison d'un par neveu (toutes les parties sont neveux de dame Lary TEGBE).

29 Voir Jurisprudence béninoise, op. cit

La Cour d'Appel de Cotonou a, par arrêt n°5/74 du 09/01/1974, annulé le jugement entrepris pour violation de la loi, à la suite de l'incertitude et l'imprécision des témoignages confus et contradictoires.

La Cour Suprême étudie les trois moyens du pourvoi à savoir :

1^{er} moyen la violation de l'article 17 du décret du 3/12/1931 organisant la justice de droit local en AOF (la prescription trentenaire basée sur un acte authentique et décennale dans les autres cas). La prescription extinctive du décret précité est assimilable à celle de l'article 1234 c. civ.

« Attendu qu'en réalité ; dans la plupart de nos coutumes l'occupation prolongée d'une terre ne prescrit jamais le droit de propriété.

Qu'il s'en suit que nos coutumes devraient s'accommoder difficilement des dispositions de l'article 17 en ce que la prescription n'existe, en principe, dans aucune coutume aux termes de l'article 320 du coutumier du Dahomey ».

Le premier moyen est ainsi rejeté.

2^e moyen : insuffisance de motifs et défaut d'énoncé complet de la règle coutumière applicable. (Article 3, 6, 8 et 85 du décret du 31/12/1931 et article 3 loi 9/12/64. En ce que l'arrêt de la Cour d'Appel déclare que la coutume goun des parties prévoit que les filles peuvent hériter des biens immobiliers.

Analyse de la Cour Suprême : « la règle coutumière énoncée dans l'arrêt est parfaitement conforme aux dispositions coutumières indiquées dans l'article 258 du coutumier du Dahomey selon lesquelles les femmes peuvent hériter d'immeubles dans les coutumes goun, nagot et mina ».

Dans nos coutumes, continue la Cour Suprême, les biens collectifs familiaux surtout immobiliers sont indisponibles par nature et ne peuvent faire l'objet d'aucune transmission à titre de succession

Le deuxième moyen est également rejeté comme mal fondé.

3è moyen soulevé : violation des articles 6 et 21 du décret du 3 décembre 1931 pour fausse application de la coutume.

Analyse de la Cour Suprême : les terrains litigieux sont des biens collectifs et familiaux (cf délibérations du conseil de famille du 23/06/1968 dont le procès-verbal est annexé au dossier). En laissant les trois terrains, le sieur KOUGA, père de dame Lary TEGBE, ne pouvait en être qu'une usufruitière. La propre fille Zansi ne peut aussi avoir la prétention d'accaparer les immeubles considérés comme biens collectifs familiaux et par conséquent indisponibles de ce chef. En attribuant la pleine propriété des immeubles litigieux à la fille de Lary TEGBE, dame Zansi TEGBE, la Cour d'Appel de Cotonou a fait une fausse application de la coutume goun et de ce fait son arrêt manque de base légale et encourt la cassation.

Le troisième moyen est accepté

La Cour Suprême a cassé et a donc annulé l'arrêt de la Cour d'Appel de Cotonou uniquement sur le 3è moyen et a renvoyé « la cause et les parties devant la Cour d'Appel autrement composé pour déclarer les terrains litigieux, biens collectifs et familiaux en tirant les conséquences de droit qui en découlent.

b- La preuve en matière coutumière

β) L'arrêt n°012/CJ-CT de la Cour Suprême en date du 1^{er}/11/1999³⁰ oppose les consorts Hounkpè Ogan, Houessou et Godonou au sieur HOUNMAVO Gabriel sur un terrain de 1ha à 48 ca à Cotonou.

Le tribunal de Première Instance de Cotonou, saisi en matière civile de droit traditionnel par requête écrite en date du 10/07/1974 a rendu le jugement n°65 du 30/07/1980, déclarant les frères HOUNKPE propriétaires exclusifs de la parcelle querellée.

30 Jurisprudence béninoise, op. cit.

Les consorts HOUNMAVO représentés par le sieur HOUNMAVO Gabriel interjetèrent appel dudit jugement du TPI de Cotonou, la Cour d'Appel a rendu l'arrêt n°77 du 7/09/1994, soit plus de quatorze (14) années plus tard. Renversement de décision. La Cour d'Appel de Cotonou annule le jugement du TPI de la même ville, motifs pris que : « les conventions entre indigènes, pour servir de preuves, doivent être revêtues de l'affirmation faite par l'autorité administrative » (art 12 du décret du 2 mai 1906). En l'espèce, dit la Cour d'Appel, l'acte dénommé « reçu provisoire » produit par les consorts HOUNKPE ne saurait être opposable aux autres membres de la famille HOUNMAVO, et elle déclare celle-ci seule propriétaire du terrain querellé.

Les consorts HOUNKPE élevèrent pourvoi en cassation contre toutes les dispositions de l'arrêt rendu par la chambre civile de droit traditionnel de ladite Cour d'Appel, argument pris du moyen unique de la violation de la loi, notamment des règles de preuve par les juges d'appel (violation de l'article 3 de la loi n° 64-28 du 09/12/1964).

Les demandeurs au pourvoi reprochent à l'arrêt attaqué d'avoir écarté des débats l'acte dénommé « reçu provisoire », versé à titre de « commencement de preuve par écrit » aux différentes juridictions ayant connu l'affaire.

La Cour Suprême, dans son arrêt, constate que l'acte produit par les demandeurs au pourvoi n'a pas été soumis à la formalité de l'affirmation (sceau d'authentification apposé sur l'acte après contrôle exercé par le fonctionnaire préposé). Un simple reçu provisoire délivré à une partie à l'occasion d'une vente d'immeuble soumis au statut particulier n'est pas opposable à l'autre partie.

«Attendu qu'il s'ensuit que c'est en vain que les demandeurs reprochant à l'arrêt (de la Cour d'Appel) attaqué de n'avoir retenu aucune preuve fournie par eux pouvant justifier leur droit de propriété, et de n'avoir pas motivé sa décision ;

Qu'il y a lieu de rejeter le moyen comme non fondé ».

De la requête devant le premier juge à l'arrêt confirmatif de la Cour Suprême :
25 ans de procédure !

α) Quelques arrêts de la Cour d'Appel d'Abomey³¹.

- Dans un premier arrêt n°026/2è CT-B/07 du 09/11/2007 dans l'affaire Gilbert GLELE GBEHOULAN contre DESSIN Clément SACLA, la Cour d'Appel d'Abomey a confirmé le jugement n°027/04-2è ch /B rendu le 12/11/2004 par le TPI d'Abomey en toutes ses dispositions, « statuant publiquement, contradictoirement, en matière foncière de droit civil traditionnel, avec le concours de l'assesseur de la coutume fon, celle des parties, en appel et en dernier ressort. »

Le 04/03/1988 Dah Wanilo GLELE vend au sieur Dessin Clément SACLA une parcelle de terrain au quartier Agblomey-lébi à Abomey par une convention de vente affirmée par l'autorité administrative, le maire de la commune de Hounli. Quelques années plus tard l'acheteur est troublé dans la paisible jouissance de son bien par le sieur Gilbert GLELE GBEHOULAN qui déclare que la parcelle vendue est la propriété de son feu père, un lieu où sa grand-mère paternelle aurait été inhumée et prend l'engagement de rembourser la somme d'achat à l'acquéreur qui s'y opposa. Pour le seul témoin de la vente, Nan Dato Wanilo GLELE, les lieux litigieux ne devraient pas faire l'objet d'une aliénation car la dépouille mortelle de sa grande sœur, c'est à dire la grand-mère du sieur Gilbert GLELE GBEHOULAN, serait enterrée sur lesdits lieux.

Le jugement n°027/04-2è ch B du premier juge, en date du 12/11/2004 a confirmé le droit de propriété foncière de l'acheteur, le sieur Dessin Clément SACLA sur la parcelle litigieuse. L'appelant, le sieur Gilbert GLELE GBEHOULAN releva appel de ce jugement. Dans ses motifs, la Cour d'Appel d'Abomey affirme qu'il est constant que l'intimé a acquis de Dah Wanilo GLELE « une excavation qui ne saurait dès lors abriter une sépulture... et qu'en pays fon d'Abomey, chez les « Houégbadjavi », c'est un camouflet d'indiquer la tombe de son ascendant sans abri, qu'ainsi l'argument selon lequel GBEHOULAN GLELE serait inhumé à l'endroit querellé manque de crédit ».

31 Jurisprudence béninoise, op. cit.

Dah Wanilo GLELE avait donc qualité avec l'appui de la fille la plus âgée, Nan Daho de la collectivité pour vendre les lieux querellés. Pour la sécurité et la sûreté des transactions foncières coutumières, on ne peut que confirmer le droit de propriété de l'intimé sur la parcelle querellée, ainsi en a conclu la Cour d'Appel d'Abomey.

- L'arrêt n° 53/2005 en date du 24/03/2005 de la Cour d'Appel d'Abomey affirme que le juge civil moderne, qui lors d'un litige ayant pour objet un terrain de tenure coutumière est saisi d'une exception d'incompétence matérielle, est tenu de décliner sa compétence. Ni l'acte de donation verbale, ni les actes administratifs tels l'arrêté sous-préfectoral et le certificat administratif ne sortent l'immeuble de sa tenure coutumière. Est de tenure coutumière, un immeuble qui n'est pas immatriculé au livre foncier et ne fait l'objet d'un permis d'habiter.

Ainsi la Cour d'Appel d'Abomey infirmait-il le jugement avant dire droit n° 02/03 et le jugement n°07/03 rendu par le TPI d'Abomey les 27/02/2003 et 06/03/2003, en ce que le Tribunal s'était déclaré compétent et a statué sur le fond du litige. Cf affaire : Succession de feu ALOMA ADJOGAN Quentin contre Dah Dêh, Dah Glo, Dah Azalou et autres.

Les coutumes africaines sont distinctes de ce que furent les coutumes en Occident. Source première du droit, la coutume a été reléguée non pas comme une source secondaire mais une source qui vient compléter, expliquer et seconder la loi. De ce fait, elle est à la fois présente dans les codes (essentiellement dans le code civil napoléonien) et absente car le mot « coutume » a disparu du code, remplacé par les « usages »

En Afrique, une réflexion sur la fabrication du droit coutumier africain peut a priori paraître banale ou dénuée d'intérêt. Pourtant, sous-tendue par une problématique

capitale, l'analyse des conditions d'existence du droit coutumier révèle des choses intéressantes. La préoccupation qui retient l'attention à la question du signe auquel on peut reconnaître les règles coutumières. L'analyse révèle des domaines classiques dans lesquels les normes s'imposent par leur vitalité. On note une vitalité des instances coutumières que des juridictions traditionnelles.

Comme on peut le relever, le domaine du droit coutumier comprend plusieurs matières dont celles relevant du mariage, à la propriété de la terre, d'héritage, de succession etc. La vitalité de la coutume est certaine mais son œuvre a été par la suite atténuée par les conceptions modernes. Ainsi, en lieu et place de certaines institutions jugées non conformes aux principes traditionnels et surtout islamiques, d'autres corps de règles ont été élaborés. Mais la limite dans l'élaboration de ces textes est qu'ils se sont éloignés de l'esprit des coutumes des pays concernés. De même, il est important de relever l'absorption de la justice et des pratiques coutumières par les institutions modernes.

Ce qui caractérise également la force actuelle des coutumes africaines, c'est donc le regard des cours et tribunaux. La Cour Suprême contrôle les tendances d'irrationalité des coutumes africaines par le biais des chambres judiciaires. Aussi est-il heureux d'étudier la jurisprudence relative aux coutumes africaines et cette étude en fait assez abondamment cas. Non seulement les recueils de jurisprudence béninoise ont été sollicités (éd. Droit et Lois) mais l'étude a été approfondie par des ouvrages d'éminents juristes et anthropologues du droit (SACCO Rodolfo, Elias Olawolé, Durand Bernard, Le Roy Etienne, Assier-Andrieu Louis, Rouland Norbert, Vanderlinden Jacques, Verdier Raymond, Gaudusson J., Conac Gérard...). Une enquête de terrain dans un milieu différent du milieu béninois, de même que des thèses de doctorants (Tchantipo, Diouf...) et l'ancien coutumier du Dahomey furent mis à contribution.

Les résultats et solutions apportées dans cette étude consistent à voir les coutumes africaines comme la source principale du droit nonobstant la grande place accordée à la loi. Les deux sources majeures cohabitent et la coutume africaine influe

sur les textes législatifs à tel point que le droit foncier relève presque exclusivement de cette matière. Le Gouverneur Général Clozel n'avait-il pas vu juste lorsqu'il écrivait :

« Ce que les tribunaux s'obstinent à appeler possession précaire c'est un droit différent sans doute de notre droit de propriété, mais un droit peut-être plus fort qui s'impose aux individus et réside dans la collectivité qui ne disparaît jamais »³².

N'avait-il pas vu juste et loin, il y a déjà un siècle ?

32 Clozel J, op. cit.