

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES POLITIQUES
ECONOMIQUES ET DE GESTION

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2013 Numéro d'ordre :



THESE DE DOCTORAT

FORMATION DOCTORALE : HISTOIRE DU DROIT ET DES
INSTITUTIONS

Présentée par : **ABOU ADOLPH DIEME**

TITRE :

L'IDEE DE CONTRAT EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE

Soutenue le.....devant le jury composé de :

Président : **SAMBA TRAORE**

Rapporteurs : **SAMBA THIAM, SEYDOU DIOUF et MBISSANE NGOM**

Examineur : **MAMADOU BADJI**

Directeur de thèse : **PAPA OGO SECK**

A ma mère et à toutes les mères

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements à mes parents, toute ma famille et ma belle famille, à mes frères et sœurs, mes cousins et cousines, mes beaux frères et belles sœurs, mes amis, et à tous ceux qui m'ont aidé à réaliser ce travail, sans oublier mon encadreur Papa Ogo Seck Maître de Conférences Agrégé des Facultés de Droit.

Je remercie très sincèrement le Professeur PAPA OGO SECK.

Je dois un large tribut de reconnaissance au Professeur PAPA OGO SECK qui, par ses précieux conseils, ses encouragements, son aide, a facilité l'élaboration de cette thèse dont il est le principal directeur.

Mes remerciements à tous ceux qui m'ont soutenu de près ou de loin dans mes études scolaires et universitaires.

DEDICACE

Cette Thèse est dédiée à ma formidable femme Ndéye Nogaye Mbaye et à ma très belle fille FATOU DIEME

A mon défunt père et ami Sitapha Diémé, à feu Mamadou Yaya Diallo mon meilleur ami et à feu tante Fatou Sambou dite « Diomaly »

Que la terre leur soit légère !

Dédicace à ma merveilleuse mère AISSATOU SAMBOU ; pour qui je formule des vœux de longue vie et une bonne santé.

A mon tuteur Saliou Djiba, à ma cousine Fatou Ndour Djiba

Mes amis de toutes promotions dans mes études scolaires et universitaires

**« Parle si tu as des mots plus forts que le silence, ou
garde le silence »**

Leçon d'EURIPIDE aux délateurs et aux déballeurs

« Les pensées gouvernent le monde »

EMERSON

**« S'il existait un peuple de Dieux, il se gouvernerait
démocratiquement »**

J. J. ROUSSEAU

Nouvel Horizon, n° 786, 791 et 792, 2011

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.O.F. : Afrique Occidentale Française

A.N.S. : Archives Nationales du Sénégal

A.N.C.I. : Archives Nationales de la Côte d'Ivoire

An. Af. : Annales Africaines

C. ap. : Cour d'Appel

C. Cass. : Cour de Cassation

C. E. : Conseil d'Etat

Dar. : Daresté, recueil de législation, de doctrine et de jurisprudences coloniales

D.P. : Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine

R.P. : Répertoire Dalloz de législation, doctrine et jurisprudence

E.J.A. : Encyclopédie juridique de l'Afrique

G.G : Gouverneur Général

S : Sirey, recueil général des lois et des arrêts

AVANT-PROPOS

Cette thèse s'appuie sur des documents d'archives, à savoir les fonds des Archives nationales du Sénégal. L'étude de certains ouvrages, notes, documents, quelques exemples de jurisprudences trouvés dans le recueil Dareste et dans les revues Penant, et les conseils et informations requis lors des enquêtes ont permis l'élaboration de ce travail.

Cette thèse se propose d'appréhender la nature des contrats en Afrique noire traditionnelle. Le lecteur découvrira les pratiques contractuelles dans l'Afrique noire d'avant la colonisation et leur évolution, à travers les fondements des contrats en Afrique noire traditionnelle et l'influence des principes civils occidentaux.

Nous voudrions que le lecteur trouve dans ce travail des éléments de réflexion nous permettant d'aller plus loin dans la voie nouvelle que la réalité nous a tracé , et qu'ainsi notre démarche participe à l'œuvre de renouvellement du droit africain .

SOMMAIRE

PARTIE I : LES FONDEMENTS DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE

CHAPITRE I : LA FORMATION DES CONTRATS DANS LE DROIT DES SOCIETES AFRICAINES

SECTION I : LES REGLES DE FOND

SECTION II : LES REGLES DE FORME DES CONTRATS TRADITIONNELS

CHAPITRE II : L'EXECUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE

SECTION I : LES EFFETS DES CONTRATS

SECTION II : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

PARTIE II : L'EVOLUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE (à partir du XIX é Siècle)

CHAPITRE I : L'EVOLUTION DES TECHNIQUES DE FORMATION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE MODERNE

SECTION I : PROCEDURES DE CONCLUSION DES CONTRATS

SECTION II : L'OPPOSITION ENTRE PRINCIPES CIVILS OCCIDENTAUX ET AFRICAINS

CHAPITRE II : L'EVOLUTION DANS L'EXECUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE

SECTION I: LES CHANGEMENTS DANS L'ACCOMPLISSEMENT DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

SECTION II : LES CHANGEMENTS LIES A L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES EN AFRIQUE NOIRE MODERNE

INTRODUCTION GENERALE

Le droit des contrats jusque là applicable dans la plupart des Etats Africains particulièrement de l'OHADA est calqué sur le système des codes civils hérités des droits français et anglais qui admettent le principe du consensualisme dans la formation du contrat et l'écrit comme mode de preuve.

Toutefois des recherches en jurisprudence ont démontré qu'un droit traditionnel des contrats a existé en Afrique noire traditionnelle avant l'époque coloniale et connaît encore des vestiges d'application grâce à des règles originales relatives à la formation et à la preuve des obligations contractuelles, tels que le caractère solennel du contrat et la preuve testimoniale¹.

Ainsi pour dégager une idée de contrat en Afrique noire traditionnelle, il faut nous entendre d'abord sur la notion d'idée et particulièrement sur ce qu'est le contrat pour un juriste contemporain.

L'idée est une notion abstraite. Par rapport au fait, précis et particulier, elle a ainsi, une portée très générale. L'aptitude à nommer une idée supposera donc, en dehors de la connaissance sémantique du mot qui la véhicule, des qualités d'abstraction et de généralisation. Effectuer la synthèse de plusieurs notions existantes pour les regrouper en un seul ensemble, savoir trouver le point commun entre des situations à priori différentes constitueront donc des aptitudes

¹ Félix Onana Etoundi : Résumé « Formalisme et preuve des obligations contractuelles ». Colloque de Ouagadougou (Burkina Faso) 15. 17 Nov. 2007 sur l'harmonisation du Droit OHADA des contrats.

indispensables (mais difficiles à obtenir, car intellectuellement exigeantes) à qui veut maîtriser la réflexion².

Aux termes de l'article 40, alinéa 1 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais, le contrat est un « accord de volonté générateur d'obligations » définition préférée par le législateur sénégalais à celle donnée par le code civil français selon lequel « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (article 1107)³ .

Pour ne donner que ces deux définitions, on peut affirmer que l'élément essentiel du contrat est l'accord de volonté par lequel les contractants déterminent les effets du lien juridique qu'ils créent. Cet accord forme la loi des parties, c'est l'application du principe de l'autonomie de la volonté qui traduit les conceptions libérales et individualistes⁴ sur lesquelles repose le droit des obligations dans le code napoléonien et qui s'exprime dans l'article 1134 du code civil français⁵.

Il peut être juste que la notion d'obligation ou de contrat dans le droit moderne soit différente de celle du droit traditionnel africain.

En revanche il se trouve que dans la définition actuelle de la notion de contrat, on a tous les éléments dans le droit des contrats en Afrique noire traditionnelle.

² Bernard Meyer « Maîtriser l'argumentation », éd. Armand Colin 2002. p 41.

³ « Théorie Générale des obligations en Droit Sénégalais » par Georges Rives, revue Sénégalaise de Droit, page 9.

⁴ « Le nouveau code des obligations du Sénégal; annales africaines FSE de Dakar. Paris éd. Pédone p. 74- - UCAD 1963.

⁵ « Les fondements de la vie juridique » par Josiane CAEN et Michelle Fontaine ; Les éditions Foucher 128 ; rue de Rivoli –Paris page 175.

Notamment l'accord des parties, le principe de réciprocité des obligations, des sanctions éventuelles en cas d'inobservation des obligations etc...

Il a existé des occasions pour les populations indigènes de nouer des relations d'obligations par exemple au sein des foires ou marchés, des transactions commerciales se faisaient bien que c'était pour la plupart des actes de contrat immédiat d'où l'accord était concomitant à l'obligation. En outre, comme, partout où il existe une hiérarchie sociale et dans les droits sur la terre, les rapports des hommes entre eux et à la terre peuvent faire l'objet de transactions, même si le but n'est pas toujours de faire des profits matériels⁶.

I : LE CARACTERE UNIVERSEL DU DROIT DES OBLIGATIONS

D'après certains auteurs (Jean Lacombe, Bernard Durand etc...), l'histoire de la théorie générale des obligations est très ancienne puisqu'elle remonte à la période romaine. Selon eux, les juristes Romains doivent être considérés comme les véritables maîtres en la matière. Que leur analyse du rapport d'obligations avait atteint un degré de perfection tout à fait remarquable et leur construction du droit des obligations peut être considéré comme achevé. Le droit romain a servi de modèle à la plupart des législations européennes et par là à la majorité des législations du monde, tous les jeunes Etats se sont plus ou moins inspirés de l'exemple romain.

Cela donne au droit des obligations un caractère d'universalité d'autant plus commode qu'avec les progrès des moyens de

⁶ Traoré Samba « Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal : Exemple de la zone Soninké de Bakel Canton du Goy –Gajaaga (Communauté rurale de Moudéri) . Thèse d'Etat en Histoire du droit. Juillet 1991 ; page 182

communication les rapports d'obligations sont très souvent internationaux.

Il ne faut cependant se méprendre sur cette universalité du droit des obligations. Elle se manifeste essentiellement par l'existence d'un certain nombre de techniques juridiques que l'on a rencontré à toutes les époques et qui existe dans tous les pays.

Mais que cela ne signifie absolument pas que le droit des obligations n'ait pas évolué ni qu'à une époque déterminé, il soit identique dans les différents pays⁷.

Ainsi, il est affirmé que toutes les législations postérieures ont puisé sur la théorie générale des obligations issue du génie romain.

L'ancienneté, la perfection, l'importance du droit des obligations dans la vie économique explique qu'il apparaît comme un modèle de construction juridique.

Mais, il est incontestable que quelque soit le nom qu'on lui donne le contrat est l'instrument d'échanges de tous les marchés et les foires qui existent dans les communautés indigènes soit pour les besoins du commerce interne à chacune soit pour les échanges entre elles⁸.

⁷ Jean Lacombe « Thème générale des obligations en Droit malgache » Editions CUJAS.

⁸ Thomas Elias Olowale « La nature du droit coutumier africain » Présences Africaines, Paris 1961, p. 62 et 172 . Voir également Durand Bernard dans « Histoire comparative des institutions » Dakar, NEA 1983, et A. E. Giffard « Les obligations » Dalloz, 1958

II : SPECIFICITES DU REGIME JURIDIQUE CONTRACTUEL AFRICAIN

Il y a une position générale qui consiste à juger tout ce qui est africain conformément à des critères européens et qui néglige totalement tout ce qui n'est pas conforme à ces derniers.

Ici il nous appartient de tenir compte de ces deux aspects particulièrement le 2^e aspect : le mariage français a son régime juridique, le mariage négro-africain a le sien et les règles qui les régissent sont impératives.

En effet, selon les droits traditionnels négro-africains, le mariage est le contrat par lequel le chef d'une famille agissant au nom et pour le compte de cette dernière engage une jeune fille avec ou sans son consentement et sur laquelle il exerce la puissance paternelle dans les liens conjugaux avec un homme, membre d'une autre famille représentée par son chef et moyennant une contrepartie telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille. Le mariage coutumier africain diffère du mariage européen sur plusieurs points.

C'est d'abord un engagement de groupe à groupe⁹; cet engagement n'a de valeur et n'est prouvé que par l'institution de la dot, enfin, le consentement des futurs époux et notamment celui de la jeune fille n'est pas indispensable à la validité de cet engagement¹⁰.

⁹ Dans les sociétés africaines, le mariage est un contrat solennel passé entre deux familles, où les intérêts individuels des deux époux, bien que reconnu formellement ou implicitement, sont, en réalité subordonnés aux intérêts dominants de ceux de leurs familles respectives. Voir Olowale, op cité, page 168

¹⁰ Jean Poirier « Les droits coutumiers dans la civilisation traditionnelle de l'Afrique noire », in ; aspects de la culture noire, A. Fayard, 1958 et, du même, « L'originalité

Le droit est assez souple pour qu'il soit toujours possible de fonder techniquement la solution désirée.

Presque toutes les communautés africaines ignorant jusqu'à leurs dernières décades, l'écriture, il est naturel que les témoignages verbaux aient joué un rôle essentiel dans le domaine des contrats coutumiers. « L'emprunt » et le louage des terres, le prêt d'instrument agricole ou de bétail pour différents objets, le prêt, le contrat de mariage, toutes les sortes de convention requièrent pour être valide au regard du droit coutumier, la présence de témoins lors de leurs conclusions ou à défaut l'apport d'une autre sorte de témoignages incontestables pour que des preuves puissent être apportées de leur effectivité¹¹ .

Ainsi en Afrique noire traditionnelle avant les arrivées de la religion islamique, de l'évangélisation et des colonisateurs, il a existé des règles de droit qui régissaient les faits de l'écrasante majorité de la population, des principes et valeurs ¹² contenus dans le droit coutumier qui réglementaient les obligations,

les contrats conclus, basés sur l'alliance, la famille, le commerce, l'agriculture, la pêche, le testament, pacte d'amitié d'association, le mariage et sur ce, sans intention de contester l'origine romaine du

des droits coutumiers négro-africains, in : Mélanges H. Lévy-Bruhl. Paris, Sirey, 1958. p. 210.

¹¹ Thomas Elias Olowale « La nature du Droit coutumier Africain » Présence Africaine, Paris 1961, Geismar .L « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal » St-Louis, Imprimerie du Gouvernement, 1933.

¹² A savoir des dispositions et règles propres au droit africain. Voir Cheikh Anta Diop " Nations nègres et cultures " Présences africaines

droit des obligations, des contrats, nous nous devons de développer une idée des contrats de l'Afrique noire traditionnelle , un continent reconnu comme étant le berceau de l'humanité¹³, ce que nous allons tenter de démontrer dans notre travail, même si le droit coutumier africain présente des spécificités par rapport au droit dit moderne.

Cependant, vu l'ampleur et l'immensité du sujet, nous n'avons pas la prétention d'épuiser tout le sujet, nous ferons un essai.

A côté du droit musulman, du droit d'inspiration romano germanique ou de la CommonLaw, (pour ne citer que les systèmes de droit qui ont été les plus copiés par les législateurs africains post-indépendances) un droit négro-africain, particulièrement le droit traditionnel des contrats, peut être valablement identifié.

Il suffit de s'accorder sur les critères qui vont servir à cette identification ainsi que sur la méthodologie de recherche à mettre en œuvre¹⁴.

C'est en fouillant les règles traditionnelles de l'Afrique noire qu'on arrivera à identifier le droit traditionnel des contrats en Afrique noire traditionnelle.

Pour ce qui est des critères permettant de qualifier une règle traditionnelle africaine, il s'agira de prouver en quoi, la dite règle est spécifique au monde noir, (on ne la trouve pas dans les autres

¹³ Aboubacry Moussa Lam ' ' De l'origine Egyptienne des Peuls ' ' Prés ences Africaines : khepera. Paris, 1993

¹⁴ C'est donc , à un travail munitieux de recherche , de datation et de reconstruction de chacune des règles composant l'éventail du droit coutumier africain qu'il faut s'atteler , en employant une méthodologie scientifique dans la collecte comme dans l'analyse des données .

civilisations indo-européennes et sémito-orientales qui ont été en contact avec lui, soit historiquement issue du monde noir¹⁵.

Il faut donc distinguer le droit réellement autochtone des apports judéo-chrétiens et arabo-musulman sans oublier les perversions de la règle originale dûes aux bouleversements subis sur toute l'étendue du continent depuis plus de 2 000 ans) (à partir de la chute de l'empire des pharaons) de manière plus ou moins intense selon les périodes¹⁶.

III: PROBLEMATIQUE

Par conséquent, la problématique du sujet réside dans la nature du contrat en Afrique noire traditionnelle. La nature du contrat dans la tradition du noir africain, fondée sur l'attachement aux idées, coutumes transmises par la tradition (transmission de doctrines religieuses, morales de coutumes par la parole ou par l'exemple, manière d'agir ou de penser transmise de génération en génération).

Une idée est une représentation abstraite d'un objet, d'un rapport exemple : idée du beau, manière de voir, opinion, appréciation, conception, inspiration, pensée, imagination etc....¹⁷.

Il s'agit de faire la représentation d'accords ou de conventions entre deux ou plusieurs personnes s'attachant aux idées et coutumes transmises par la tradition en Afrique noire.

¹⁵ FATOU CAMARA, op, cit, page 16

¹⁶ "Pour une méthode scientifique de recherche d'identification et d'interprétation du Droit coutumier négro-africain" par Fatou Camara. Revue de Droit Sénégalais n°5 Nov. 2006 page 15- 16.

¹⁷ Grand Larousse de la langue française en sept volumes 1964. P .2648

Ces personnes sont originaires d'Afrique noire, notamment d'Afrique de l'est, du centre, de l'ouest et du sud, qui sont caractérisées par une pigmentation très foncée de la peau à la couleur noire.

En d'autres termes, la nature du contrat coutumier implique la recherche de l'existence d'ensemble du droit des contrats en Afrique noire traditionnelle ; en outre l'évolution du droit des contrats coutumiers Africain.

La nature des liens contractuels en Afrique noire traditionnelle consiste à dégager l'ensemble des caractères fondamentaux propres aux contrats en Afrique noire traditionnelle, en outre les formes, caractères, typologies des liens démontrent aussi qu'ils ne sont pas à la forme romaine et que l'objectif n'est pas qu'économique¹⁸.

Ainsi, des réponses méritent d'être apportées aux questions suivantes : Comment le contrat se formait et engendrait des obligations dans le passé du droit des contrats, dans l'espace négro africain ?

Suffisait-il d'un simple accord de volonté des parties ou faudrait-il en plus que cette volonté s'exprime dans des formes particulières?

Par quel moyen percevait-on l'existence du contrat, par écrit, oralement ou par témoignage ?

Autant de questions auxquelles nous devrions répondre pour éclairer l'opinion sur le droit des contrats en Afrique noire traditionnelle¹⁹.

¹⁸ Félix Onana Etoundi, op, cit. Page 2

¹⁹ Il s'agit de démontrer les spécificités du contrat en Afrique noire traditionnelle

IV: INTERET DU SUJET

L'intérêt du sujet est à la fois d'ordre historico - juridique.

Par "conventions indigènes" selon la définition donnée par Henri Legre Okou, il faut entendre tous les actes juridiques qu'établissent les indigènes au regard de la coutume pour produire des effets de droit ou préserver l'équilibre inter-communautaire.

Il en découle que les conventions indigènes recouvrent de vastes domaines juridiques, politiques et religieux du système normatif des sociétés impliquées dans la " situation coloniale " ²⁰.

Elles incluent à la fois les alliances matrimoniales (la dot, les échanges de femmes), les sûretés coutumières (la mise en gage d'une personne physique, les représailles collectives, les pactes rituels) etc..

Les écrits des explorateurs et les lettres des administrateurs coloniaux en témoignent éloquemment ²¹.

De même les définitions qu'en fournissent les sociétés Africaines contemporaines s'accordent sur l'objet et les finalités des conventions ²².

En réalité, il y a eu un débat sur l'existence de véritables contrats en Afrique noire traditionnelle. Seagle pose ainsi de façon très significative le problème:

²⁰ Balandier Georges « Sociologie actuelle de l'Afrique noire » Paris, PUF, coll. . . . Quadrige. 1982 (4e éd.)

²¹ Archives nationales de la Cote d'Ivoire. 1 EE, 14 , 1EE7 , 1EE50 ; "Histoire des coutumes de la Cote d'Ivoire "

CF René A Caillé, journal d'un voyage à Tombouctou, in Bowdich, voyage dans le pays Ashanti, traduction Française, 1918, pp. 386 – 392.

²² Henri Legre Okou « Conventions indigènes et Législations coloniale » (1893-1946) Essai d'anthropologie juridique. Editions Neter, 1994 pp .7- 8

«... il est difficile de savoir si le droit Africain connaît le contrat en tant que tel c'est-à-dire s'il fait découler des obligations d'une autre obligation réciproque préexistante. Il est probable cependant que les formes des obligations soient déterminées moins par des éléments de réciprocité que par le fait qu'elles existent incontestablement à côté des obligations légales et que la loi elle-même les reconnaît.

Les sociétés civilisées connaissent d'ailleurs comme les sociétés primitives des cas d'obligations où la réciprocité est absente ou moins des cas d'obligations où la réciprocité est absente ou moins au sens économique du mot : celui du don par exemple. D'ailleurs la réciprocité est un élément des seules obligations civiles »²³.

Driberg²⁴émet une opinion qui va cependant partiellement à l'encontre de cette thèse²⁵ (qui ignorait évidemment l'étude de Seagle) : chaque engagement comporte ses propres effets de droit à l'égard de la collectivité et celle-ci n'en tient quitte l'individu que lorsqu'il accomplit toutes ses obligations. Ainsi, tous les profits de l'opération qu'il accomplit sont-ils liés à une obligation : il y a, et c'est le cas général, une réciprocité constante entre le fait de donner et celui de recevoir, un ancien de la tribu aide t'il celle-ci de ses conseils et de son expérience et une bête est-elle alors tuée ou un festin préparé, il reçoit en retour sa part de l'animal ou sa place ou festin au nom de toute la collectivité :

« On mesure ici combien le droit africain est peu éloigné en réalité de l'esprit de l'adage « pacta sunt servanda ».

²³ Seagle cite à l'appui de son opinion (p 279) Damon primitive Law

²⁴Dans « Secular Aspect of ancestor Worship in Africa" In Roy af Soc (Supplement to); vol 35.N° 35. N°138; janvier 1936. Cité par Thomas Elias Olowale, p. 167

²⁵ Olowale, op, cité. p. 167

Mais l'opinion contraire a été soutenue, notamment par Maine ²⁶ qui considérait l'absence de véritables contrats entre individu comme la conséquence de la notion familière au droit coutumier africain de propriété collective.

IL en faisait aussi l'explication de l'absence de règles précises sur ce point au sein du droit « primitif » or nous avons déjà montré, et nous montrerons encore en quoi une telle opinion apparaît comme une erreur grossière. Il n'est pas la meilleure méthode pour le faire que de prendre des exemples précis.

Dans les sociétés africaines, le mariage est un contrat solennel passé entre deux familles.

« Où les intérêts individuels des époux bien que reconnus formellement ou implicitement sont en réalité subordonnés aux intérêts dominants, ceux de leurs famille srespectives »²⁷.

Ce ne sont pas les futurs époux qui sont en présence dans les négociations et la conclusion du contrat, mais, leurs familles respectives représentées par leurs chefs. L'importance de cette règle coutumière n'est compréhensible qu'en référence à la conception africaine de la famille et à la place de l'individu dans l'ordre familial traditionnel²⁸.

Les contrats de travail coopératif²⁹, ils résultent d'un même groupe sans liens de parenté entre eux, occupant le même territoire, mais

²⁶ (Ancien Law ; pp .335 – 6 ; et p. 378. Olowale; p. 167

²⁷ I.F Holleman- Shona Customary Law p .73. 74. CF aussi pour les Basuto p. 62. et pour les Nandi G.G.S Shell ; Nandi Customary Law p .20

²⁸ Jean Poirier .cité . p. 211

²⁹ Pour un bon exemple de cette sorte de contrat coutumier; CF ce que dit des risagas. P. Mayer « Two studies in Applied anthropologies in Kenya p. 516

parfois aussi des territoires ou même assez éloignés les uns des autres.

L'aspect original du contrat de travail coopératif peut être ramené à une équivalence des prestations fournies de part et d'autre.

Dans un tel contrat ou tout repose ainsi sur la bonne foi des contractants, les sanctions en cas de défaut de prestation sont d'ordre essentiellement psychologique : le ridicule, le mépris voire l'ostracisme atteignent alors la partie défaillante, dans les cas très rares où elles l'est. Des pressions d'ordre économiques sont également employées de telle sorte que celui qui a manqué à ses obligations ne trouve plus désormais les autres prêts à l'aider à nouveau.

Ainsi apparaît de la façon la plus nette que le principe de réciprocité des obligations est à la base du contrat Africain de travail coopératif³⁰.

Fortes³¹, observe chez les tallensi du Ghana « une forme de surcharge coopératif (pooch kpa'a rep), réunissant tous les membres du lignage (...) les membres les plus éloignés du clan ne s'y joignent que s'ils ont des liens de parenté plus étroits avec l'invitant.

Et le motif habituellement donné est bien en effet que « demain c'est moi qui peut avoir besoin de leur aide pour un sarclage chez moi ».

L'opinion publique est sévère à l'égard de ceux qui ne se conforment pas à ces conventions d'assistance mutuelle qui sont à leur tour « laissés dans le pétrin » quand ils sollicitent l'aide des autres)³².

³⁰ Op, cité T. E. Olowale. p . 171

³¹ Op. Cité. P. 246. T. E. Olowale

³² Ibidém

La conception de l'obligation³³ est limitée par les deux grands principes du droit traditionnel : l'attribution fonctionnelle des statuts, et la réciprocité des droits et des devoirs.

Autrement dit, l'obligation naît moins au profit ou à la charge de l'individu qu'à ceux du représentant du ou des groupes auxquels il appartient³⁴.

Il existe au sein des communautés agricoles des accords entre propriétaires de bétail, de moutons ou de chèvres et parfois même de volailles aux termes desquels les animaux sont confiés à un voisin pour être élevés sur une base plus ou moins commerciale. Le contrat peut être conclu pour une période déterminée ou sans limite de temps mais il est alors révisable à tout moment au gré des parties.

Il y'a d'autres contrats coutumiers qui peuvent servir d'exemples aussi : ce sont notamment les contrats de louage des services d'une sage femme pour un accouchement, d'hommes ou de femmes expérimentés pour mener à bien certaines circoncisions délicates. Des cadeaux variés sont également en rémunération de ces services³⁵.

De même, les contrats « d'emprunt » de terres à court ou à long terme sont fréquemment conclus sur la base d'un partage des récoltes annuelles et compte tenu naturellement des bonnes et mauvaises années et des calamités agricoles.

³³ Rappelons que l'obligation est un lien de droit en vertu duquel une partie peut être astreinte vis-à-vis d'une autre partie à lui transmettre une chose, ou à exécuter à son profit une prestation. Quand l'obligation découle de l'accord commun des parties (ce qui n'est pas nécessairement le cas : obligations délictuelles) que réalise le contrat, elle est dite contractuelle.

³⁴ Norbert Rouland « Anthropologie juridique » Collection de droit fondamental. PUF 1^{ère} édition, p. 271

³⁵ Ibidém

De même encore abordent les métayages conclus dans les conditions analogues³⁶ .

En fait l'intérêt juridique du sujet est l'identification des droits traditionnels des contrats en Afrique noire, en puisant non seulement dans les valeurs et principes ancestraux des africains noirs, mais aussi en même temps tenir compte de l'évolution de ce droit traditionnel et des exigences du monde moderne pour mieux servir le développement.

En outre le sujet nous permet de mettre en exergue l'opposition entre auteurs juristes quant à l'existence d'un droit africain. Certains auteurs comme Evans-Pritchard refusaient ou émettaient des doutes sur l'existence d'un droit au sens romain du terme dans un certain nombre de sociétés politiques africaines. Par contre d'autres comme le Professeur Bernard Durand pensent le contraire.

Enfin, notre travail nous permet de dégager la typologie des contrats traditionnels en Afrique noire et au-delà il nous permet de constater la reprise souvent inadaptée des dispositions juridiques occidentales par le législateur africain.

L'étude des contrats dans le droit traditionnel africain offre beaucoup de particularités et à cet égard présente un intérêt si petit soit-il pour le comparatiste.

Le contrat africain est basé généralement sur le principe de la réciprocité des obligations. En d'autres termes il s'agit d'un contrat social, contrat permanent entre individu et son groupe envers qui, il a des devoirs et des obligations dont la violation est toujours sanctionnée.

³⁶ Op. Cit Thomas Elias Olowale « La nature du Droit coutumier Africain » P. 167. 170

Ce contrat nous apparaissant souvent aussi comme un pacte entre l'individu et des forces invisibles³⁷.

Que cela ne surprenne guère, des parties au contrat étaient départagées à la suite des résultats immédiats ou de ceux perceptibles, à long terme, dans les malheurs qui " frappaient " la communauté du contractant. Ces malheurs se ramenaient soit à des épidémies soit à des phénomènes naturels tels la sécheresse, les inondations, les incendies ...

A l'observation, les pactes rituels³⁸ se rapprochent des ordalies dans leur finalité, ils en diffèrent cependant parce qu'ils s'impliquent dans la formation des conventions. Alors que dans le cas des ordalies, les communautés auront recours à une gamme variée d'épreuves prescrites par les coutumes, il n'en sera pas de même des pactes rituels qui limitent les recours possibles et contraignent les parties à ne s'en tenir qu'aux modalités explicites contenues dans le " fétiche " de la convention. Autrement dit, les pactes rituels excluaient l'usage des ordalies.

Outre les pactes rituels impliqués dans la formation des conventions, les sociétés traditionnelles procédaient par la mise en gage des personnes, c'est-à-dire à la privation provisoire de la liberté d'un membre de la communauté en attendant que cette dernière honore ses engagements³⁹.

³⁷Niang Mamadou « La théorie des obligations chez les wolofs » Mémoire ; Paris Université de Paris ; 1967. Page 28

³⁸ Remarque : Les pactes rituels varient selon les sociétés négro-africaines

³⁹ Henri Legre Okou « Conventions indigènes et Législation Coloniale » (1893-1946) Essai d'anthropologie juridique Editions Neter, 1994 pp. 68- 69

V : CARACTERE RECENT DES RECHERCHES

Des juristes chercheurs ont mené des recherches pour identifier ce droit traditionnel africain puisé dans les valeurs négro-africaines. Il faudrait constater par ailleurs le caractère récent de ces recherches dont les débuts virent le jour paradoxalement en Europe.

C'est en France au cours de l'année 1963 que son Excellence Gabriel d'Arboussier « Ambassadeur du Sénégal » inaugura à la nouvelle faculté de droit de Paris, un département de droit et économie des pays d'Afrique sous la direction des professeurs M.Alliot et P.Lampué.

Dans le cadre de ce département furent dispensés des enseignements de droit Africain par la création en 4^e année de licence d'un certificat de droit d'économie des pays d'Afrique⁴⁰.

C'est dans ce même département que fut créé en 1965 un laboratoire d'anthropologie juridique dont le rôle consistait à dégager de nouvelles méthodes du droit Africain grâce à la collaboration pluridisciplinaire d'équipes de chercheurs africains associés au CNRS. Toujours dans la capitale française, il faut mentionner l'existence en 1972 d'un centre d'études des droits africains de Paris I animé par M.M Verdier, Maître de recherche au CNRS et Blanjouvan professeur à Paris. En Angleterre la revue journal of African Law, édité par le professeur Alliot, constitue un moyen de diffusion du droit Africain en langue anglaise.

Sur le plan international, l'association Internationale des sciences juridiques et l'association de droit africain contribuent à l'édification et au développement du droit africain⁴¹.

⁴⁰ Etienne le Roy « Réflexions sur une interprétation anthropologique du Droit » le laboratoire anthropologie juridique. Revue juridique et politique indépendance et coopération. Sept 1972

Du côté de l'Afrique des efforts d'africanisation se sont manifestés dans bon nombre d'universités (Sénégal, Cameroun et Côte d'Ivoire etc.). Au Sénégal vit le jour depuis 1967 une association d'études et de recherches juridiques (A.S.E.R.J) sous la présidence de feu Keba MBAYE et dont le but est « d'encourager le développement des sciences juridiques par l'étude de droit Sénégalais et étranger afin d'aider au progrès du droit africain ».

Enfin, il faut saluer l'Institut Fondamental d'Afrique Noire (IFAN) depuis sa réforme par la création d'une section d'anthropologie juridique et économique dans son département de sciences sociales⁴².

Le chercheur ne peut donc que se réjouir de la création et du développement de ces centres africanistes de droit tout en déplorant cependant leur insuffisance numérique en Afrique.

Cependant, la progression des recherches en droit africain se heurte à bien des obstacles parmi lesquels il convient de mentionner la faiblesse des moyens de vulgarisation des ouvrages de droit africain qui sont encore très peu et leur diffusion n'atteint que les spécialistes.

Encore faudrait-il réserver une place privilégiée à la science politique et au droit international qui depuis quelques années essayèrent de dégager une certaine originalité propre à l'Afrique⁴³.

⁴¹ Mamadou Niang : Notes et documents '' Eléments bibliographiques de droit africain (traditionnel et moderne). Bulletin de l'IFAN .TXXXVI, série B. N° 2, 1974, p. 424

⁴² Ibidém

⁴³ Bipoun-Woun Joseph Marie « Le Droit international africain », Paris Librairie générale de Droit et de jurisprudence 1970 . Cité par Mamadou Niang. page 424.

Quand au droit privé il reste encore un champ très peu défriché. Cela est dû au faible développement de la recherche qui est encore au stade embryonnaire nécessitant une nouvelle interprétation des méthodes.

Jusqu'ici, le chercheur en droit africain restait « dépaycé » et essayait de trouver un moule au droit à partir des méthodes et concepts qui lui sont étrangers. Aujourd'hui ce chercheur doit sortir de ce conformisme scientifique pour créer de nouvelles méthodes et en vue d'une meilleure interprétation du phénomène juridique qu'il appréhende⁴⁴.

Ainsi un droit africain imaginé, recréé et vivifié s'assignera la triple fonction. :

- 1) d'être un des moyens d'expression des valeurs négro-africaines
- 2) de promouvoir le développement économique par la mise en place de structures institutionnelles
- 3) d'aider à l'amélioration des droits nationaux et étrangers en vue d'une meilleure compréhension internationale des peuples.

Mais ce droit ne pouvait exister et se développer que pour une recherche fonctionnelle selon des méthodes réajustées⁴⁵.

C'est dans cette perspective que nous voulons nous situer en offrant aux lecteurs cette thèse de Doctorat, qui s'intitule : l'idée de contrat en Afrique noire traditionnelle.

Tout en souhaitant exposer clairement la logique de notre démarche, on espère de même indiquer nettement la finalité de notre ambition.

⁴⁴ Ibidém

⁴⁵ Notes et documents « éléments bibliographiques de droit africain (traditionnel et moderne) par Mamadou Niang Bull de l'IFAN. 1974. P. 425 ; voir aussi BEDAUX, ROGER, M. A. —Tellem ' ' Reconnaissance archéologique d'une culture de l'ouest africain au Moyen Age : recherches architectoniques.' ' Paris. J. Soc. African, 1972, 2, p . 103 - 185

VI : METHODOLOGIE ADOPTEE PAR RAPPORT AUX SOURCES

Sur la base de nos travaux, nous avons utilisés dans la mesure de nos possibilités tous les procédés et méthodes pour mener à bien notre travail. Il était nécessaire de commencer par admettre que toutes les sources données ne pouvaient être mises sur un pied d'égalité.

La fidélité de chaque source devait être évaluée en fonction du contexte où elle apparaît et son degré d'objectivité. Il était en outre indispensable de croiser les renseignements issus des différentes sources.

L'investigation historique s'appuie en effet sur plusieurs sources dont il faut recouper les témoignages pour être certains d'approcher la vérité au plus près. Ces sources sont principalement les documents écrits et la tradition orale.

Elles sont renforcées par l'anthropologie, l'ethnologie, la linguistique⁴⁶ et la génétique⁴⁷.

Du point de vue de la fiabilité, les décisions rendues par les indigènes de la période coloniale laisse beaucoup à désirer dans la mesure où les tribunaux étaient créés et contrôlés par les autorités coloniales.

En fait, ces tribunaux n'avaient d'indigènes que de nom. Ils ne fonctionnaient pas sur le mode participatif et consensuel du système

⁴⁶ CF ; Cheikh Anta Diop « La parenté du Wolof, Diola Sérère, Peul ; Baguirméen, Ronga ; Egyptien » SARA- loin d'étonner le lecteur doit lui révéler une profonde identité d'origine culturelle qui fait que les langues africaines forment une grande famille comparable à la famille indo-européenne « Nations négres et cultures » Présences africaines ; Paris p 25

⁴⁷ Sur l'apport de la génétique à la reconstruction de l'évolution humaine ; lire Marianne Cornevin « Secrets du continent noir révélées par l'archéologie » Maisonneuve et Larose Paris 1998 p 42 et s

de justice négro-africaine, son personnel n'était pas non plus choisi suivant les critères du droit local, mais en fonction des intérêts bien compris de l'autorité coloniale (les juristes des vraies cours et tribunaux traditionnels faisaient généralement partie des élites locales qu'il avait fallu éliminer ou discréditer avant de pouvoir mettre en place une administration locale aux ordres de l'occupant.

Enfin, ces tribunaux n'étaient pas libre de rendre les décisions qui leur semblaient les plus appropriées compte tenu du droit traditionnel applicable leurs décisions étaient contrôlées en fonction des impératifs du droit colonial⁴⁸.

Il faut ajouter à ces observations le fait que la décision rendue par un tribunal indigène pouvait faire l'objet d'appel et dans ce cas elle était maintenue si les magistrats formés à l'école du droit occidental estimait que la décision ou la règle coutumière appliquée n'était ni « barbare » ni contraire à l'ordre public colonial. En revanche peu importait à l'ordre colonial de veiller à l'application correcte du droit indigène.

Un auteur a d'ailleurs noté qu'au Sénégal les notables musulmans qui présidaient ces tribunaux indigènes appliquaient impunément le droit musulman à des plaideurs qui avaient pourtant réclamé l'application de leurs règles coutumières⁴⁹.

⁴⁸ Paul Kurack, Professeur de Droit à l'université du Ghana; émet des critiques similaires à l'endroit des tribunaux de droit coutumier dans un article intitulé « African Customary Law and the protection of folklore » copyright Bull vol xxxvi; n° 2. 2002 .P 23

⁴⁹ S. GUINCHARD « Droit patrimonial de la famille au Sénégal » LGDJ. Paris et NEA. Dakar; 1982. p .43.

Néanmoins, certains tribunaux veillaient à l'application correcte du droit indigène. Par exemple, selon l'arrêt rendu par la chambre d'annulation du Cameroun n°80 du 21 Décembre 1954, Ministère public C - NJOUE et TCHATCHOUANG, le juge stipule : « En cas de mariage entre gens de coutumes différentes il est de règle d'appliquer la coutume de la femme que le seul contrat de mariage spécialement en ce qui concerne une union contractée, conformément à la coutume MUNGO, n'est que le mode moderne de preuve de l'accord des deux familles sur l'union projetée mais il demeure à prouver l'accomplissement des rites traditionnellement établis par la coutume.

En dehors de cet accomplissement, il y a point de mariage coutumier toutefois les parties vivant hors de leur pays natal et qui ne peuvent ou ne veulent suivre les rites coutumiers peuvent se marier devant l'officier de l'état civil ».

En conséquence s'il n'est point apporté la preuve de l'observance soit des rites coutumiers, soit des règles de l'état civil, l'union des parties doit être considérée comme un simple concubinage et les restitutions pécuniaires et dévolution d'enfants réglées selon la coutume des parties par la juridiction compétente où cette coutume sera légalement représentée.

Les deux assesseurs du tribunal étaient l'un musulman, l'autre Douala, les parties sont l'une Bamiléké, l'autre Mungo.

Il est bien produit par Tchatchouang un contrat de mariage... mais qu'il n'est point établi que ce contrat constitue l'unique et substantielle formalité du mariage en coutume Mungo.

Considérant que si cette coutume est analogue à celle de Douala⁵⁰, ce seul contrat n'est que le mode de preuve moderne de l'accord des deux familles sur l'union projetée mais qu'il demeure à prouver l'accomplissement des rites traditionnels établis par la coutume⁵¹.

Ainsi, depuis la conquête coloniale, malgré tout, la jurisprudence constitue une source non négligeable des règles de droits traditionnels. Il n'est pas contesté que les décisions judiciaires devraient être recensées et étudiées soigneusement à titre d'éléments de connaissance des droits traditionnels ou des contrats en Afrique noire traditionnelle. On ne peut se contenter des recueils divers ou cette jurisprudence se trouve reportée. Même, les meilleurs comme le répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumière du Congo Belge et du Rwanda-Burundi » de Sean Solier (Bruxelles, 1957) présentent des lacunes importantes. Il était donc nécessaire de rechercher dans les archives des tribunaux les décisions rendues de les classer méthodiquement et d'en étudier les règles appliquées par les tribunaux et leur évolution. Encore faut-il prendre garde que ces règles ne reflètent pas nécessairement l'état du droit existant⁵².

Mais, ceci suppose la coopération des autorités administratives. En dehors de l'exploitation des documents écrits, le seul moyen de connaissance des droits traditionnels est l'observation de la vie africaine selon les méthodes habituelles de la sociologie, l'observation

⁵⁰ A laquelle se réfèrent (et le jugement du tribunal du 2^e degré et le beau père)

⁵¹ Arrêt tiré du Recueil de Jurisprudence de l'Afrique noire 1954 -1956.

⁵² Du point de vue de la fiabilité, les décisions rendues par les tribunaux indigènes de la période coloniale laissent beaucoup à désirer dans la mesure où ces tribunaux étaient créés et contrôlés par les autorités coloniales. En fait, ces tribunaux n'avaient d'indigènes que le nom. Ils ne fonctionnaient pas sur le mode (participatif et consensuel) du système de justice négro-africain.

de la pratique est de toute façon indispensable car les sources scripturaires sont souvent anciennes et lacunaires.

Une première méthode consiste à recueillir la tradition orale, soit auprès de ces archives vivantes que sont les griots soit auprès des anciens dépositaires de la tradition⁵³.

Mais, il y' a des difficultés de langue qui limitent l'emploi de cette méthode. En fait, seuls des spécialistes (juristes et ethno-sociologues) pourvus de connaissances linguistiques africaines pourraient recueillir dans les meilleures conditions possibles les traditions orales. En particulier, il faut souhaiter que les africains se penchent sur leurs traditions juridiques avant qu'elles ne disparaissent⁵⁴.

Les techniques modernes viennent d'ailleurs au secours des chercheurs. L'emploi du magnétophone devient de plus en plus courant. Mais il reste ensuite à exploiter les bandes magnétiques ce qui pose notamment un problème de traduction et de classification des résultats obtenus. Une deuxième méthode est l'étude des cas, c'est-à-dire de difficultés révélées par la pratique depuis leur naissance jusqu'à la solution donnée soit par les tribunaux, soit par la justice parallèle. Certains ethnologues donnent leur préférence à cette méthode, elle permet de retrouver le droit à travers les faits plutôt qu'à travers les paroles⁵⁵.

⁵³ Jean Poirier « Etudes de droit africain et de droit Malgache » . Ed. Cujas .1965 .

⁵⁴ En ce qui concerne le droit fondamental négro-africain des contrats , il faut en dire qu'il appartient à une civilisation d'oralité et il se présente lui-même sous une forme orale , sa connaissance se transmet de bouche à oreilles , de même le « parlé » occupe une place centrale dans la pratique juridique de tous les jours , pour autant , l'oralité juridique n'est pas source d'infirmité juridique , au contraire , le contrat ancien se caractérise à la fois par son opérationnalité et son ouverture sociale . Voir Olowale, op cité

⁵⁵Jean POIRIER « Etudes de Droit Africain et de Droit Malgache » Ed. Cujas. 1965.

Cette méthode est d'autant plus nécessaire qu'il y a parfois un décalage entre le droit théorique et le droit réel et que la coutume évolue.

L'inconvénient de cette méthode et qu'elle ne permet pas d'aboutir rapidement aux résultats recherchés. Elle suppose des études longues et minutieuses sur le terrain. Les domaines d'investigation sont nécessairement limités. Pour obtenir une vue d'ensemble du droit existant, il serait nécessaire de disposer de centaines et même de milliers de monographies qui, en fait, n'ont jamais vu le Jour⁵⁶.

VII: ANNONCE DU PLAN

Nous avons eu à souligner plus haut que le droit privé traditionnel africain, particulièrement le droit des contrats, reste un champ très peu exploré, c'est pourquoi l'étude de ce sujet nous paraît très importante, car elle aide à une meilleure compréhension du droit des contrats en Afrique noire traditionnelle et même du droit traditionnel de l'Afrique noire en général. Elle nous permet de mieux comprendre l'opposition droit traditionnel et droit moderne dans le domaine des contrats en outre les problèmes d'application du droit en général dans les sociétés africaines.

L'étude d'une idée de contrat en Afrique noire traditionnelle revêt une importance tant par les particularités qu'elle présente que par le fondement sur lequel elle repose. Nul doute que « les conventions ou contrats indigènes recouvrent de vastes domaines juridiques, sociaux, politiques et religieux du système normatif des sociétés africaines ... » , comme l'a affirmé le professeur Henri Legre Okou.

⁵⁶ Ibidém

Ainsi, il convient sans prétendre à une quelconque exhaustivité, de diviser notre travail en deux parties :

Dans la première partie nous traiterons des fondements des contrats⁵⁷ en Afrique noire traditionnelle (Partie I). Ici, la philosophie du contrat en Afrique noire sera analysée, d'où la différence entre la logique occidentale et celle africaine sera fortement constatée.

De multiples liens contractuels ont existé au sein des collectivités africaines aux différents stades de leur développement économique. Encore nous faudra-t-il ajouter que bien des catégories d'engagement bilatéraux et multilatéraux découlent des contrats essentiels tels que le contrat de mariage, le contrat de travail coopératif, les contrats d'élevage et d'autres contrats coutumiers⁵⁸. Ces contrats passés en revue, nous montre combien le concept de contrat a un fondement original en Afrique noire⁵⁹.

En raison de la structure relativement simple de l'économie indigène, il est assez difficile d'établir entre les diverses formes de contrats, les démarcations nettes existant en droit français.

⁵⁷ D'autre part le sujet nous permet de dégager la typologie des contrats traditionnels en Afrique et au-delà. Egalement, il nous permet de constater la reprise souvent inadaptée des dispositions juridiques occidentales par le législateur africain

⁵⁸ Thomas Elias Olowale op cit p. 167.177.

⁵⁹ Par rapport à cette originalité, on peut citer la définition du contrat africain d'E. Leroy, dans son ouvrage « justice africaine et oralité juridique » Bulletin de l'Institut Français d'Afrique Noire : Le contrat en Afrique noire « ... est comme une convention organisée par la remise de la chose s'accompagnant d'un échange de paroles. ». Les représentants se lient par la parole et la remise de la chose. Ces deux relations peuvent être validées par un serment, un rituel de prise de possession ou un sacrifice visant moins à constituer le droit qu'à le protéger en l'inscrivant dans le monde invisible.

Les contrats conclus entre indigènes présentent souvent un caractère mixte dont les composantes sont difficiles à dissocier⁶⁰.

Néanmoins, nous allons tenter dans le premier chapitre de montrer la formation des contrats dans le droit des sociétés africaines (chapitre I).

Pour ce faire, en premier lieu, les règles de fond seront dégagées (section I). Ensuite, dans la section deux, les règles de forme des contrats traditionnels (section II) seront traitées.

En second lieu toujours dans cette première partie, l'exécution des contrats en Afrique noire (chapitre II) sera étudiée. Ici il s'agit d'examiner les effets des contrats (section I).

En outre la responsabilité contractuelle (Section II) fera l'objet d'étude.

Dans la deuxième partie où il sera question de l'évolution des contrats en Afrique noire traditionnelle (à partir du XIX^e siècle) (partie II) on va examiner les survivances ou les vestiges d'application de certaines règles régissant les contrats en Afrique noire traditionnelle qui ont apporté un plus dans le droit des contrats moderne et l'amélioration ou la modification de certaines règles contractuelles africaines dûes par les occidentaux qui prônent l'origine romaine du contrat.

Retenons que les notions de réciprocité des obligations, de respect de la parole donnée, de précaution contre la fraude ou la violence sont des notions familières au droit coutumier des contrats en Afrique noire traditionnelle pour ne citer que celles-ci, ces notions sont toujours en vigueur dans plusieurs dispositions contractuelles dans le monde contemporain.

⁶⁰ Geismar. L : « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal établi par L.Geismar; St –Louis ; Imprimerie du gouvernement ; 1933. P. 224 colonie du Sénégal.

Soulignons qu'au contact des faits de colonisation une vérité s'est lentement fait jour, l'ancien cadre juridique est devenu de plus en plus insuffisant, ne formant presque plus l'armature des dispositions contractuelles sur plusieurs points et sur des points essentiels, ce cadre juridique des anciens se trouve davantage périmé.

Conserver ce vêtement juridique factice sur un corps qui s'est modifié (avec l'écrit et d'autres éléments)⁶¹ aboutit à composer une sorte d'accoutrement inefficace et vieilli.

L'exemple le plus net que l'on puisse donner de cette évolution est sans doute celui de la dot en Afrique noire qui est une condition majeure de validité du contrat de mariage : la prestation coutumière qui rythmait et réglait l'échange des femmes dans la société traditionnelle africaine s'est vidée de son contenu social pour ne plus conserver qu'une valeur économique. La dot ainsi dénaturée est devenu un moyen de base mais fructueuse spéculation. Pendant des siècles les sociétés négro-africaines ont vécu sur leur fond juridique traditionnel, figé à peu près inerte - permanence qui s'explique.

Le droit est l'expression de l'infrastructure économique et sociale qui était elle-même immobile au cours de quelques décades, ces sociétés ont vu s'ouvrir à elles un univers neuf avec l'entrée de la monnaie, un univers technique, psychique, social qui ne pourrait être pour elles que révolutionnaire, les anciens cadres valables pour les anciennes infrastructures ne le sont plus à partir du moment où ces bouleversements ont lieu⁶².

⁶¹ C'est l'avènement de l'écriture qui expliquerait surtout cette modification, c'est pourquoi, il y'a eu une innovation aussi bien dans la formation du contrat que dans l'exécution.

⁶² Jean Poirier « L'ethnologie juridique négro-africain » 1953. IFAN. Périodique n° 229. Paris III. 17 Rue St-Antoine.

Avec l'entrée de la monnaie, le contrat négro-africain a pris une forte dimension économique. Exemple: dans les contrats de travail coopératif, chacun des groupes associés fait à tour de rôle appel à la coopération des autres, jusqu'à épuisement des travaux à entreprendre⁶³.

Le travail ainsi mis en commun n'est pas à proprement parler rémunéré, mais on considère que les fêtes et les réjouissances organisées pendant toute la durée des travaux sont une compensation suffisante des efforts fournis.

Il n'en est plus cependant tout à fait de même depuis la pénétration en Afrique de la monnaie et il arrive aujourd'hui que le groupe qui fait appel au travail coopératif se voit demander par les autres un paiement en argent à la place des réjouissances qui en tenaient bien auparavant.

Tout ceci n'est pas sans affecter la nature même du travail coopératif, les groupes qui prêtent leurs forces de travail ayant de plus en plus tendance à exiger une corrélation très étroite entre leurs prestations et le paiement en argent, ce qui ôte au système du travail coopératif la souplesse qu'il avait⁶⁴.

Ainsi, cette deuxième partie de notre travail sera axée sur l'évolution des contrats en Afrique noire traditionnelle (à partir du XIX^e siècle) d'où on examinera l'évolution des techniques de formation des contrats

⁶³ Dans le système colonial, la monétarisation de l'économie, le salariat, l'économie arachidière n'ont pas été sans entraîner la circulation d'une importante masse monétaire et la société traditionnelle s'est ajustée à ce contexte. Voir Paul Pélissier « Les paysans du Sénégal, les civilisations agraires du Cayor à la Casamance » Paris, 1961. André. P. Robert, "l'évolution des coutumes de l'ouest africain et la législation française " Préface J. de Soto, Encyclopédie d'outre-mer, Paris. 1955. p. 127

⁶⁴ Thomas Elias Olowale op ; cit page 170-172.

en Afrique noire moderne (chapitre I) en étudiant les procédures de conclusions des contrats (section I) et l'opposition entre principes civils occidentaux et africains (section II).

L'évolution dans l'exécution des contrats en Afrique noire traditionnelle (chapitre II) bouclera cette partie.

Ici, il s'agit de montrer les changements dans l'accomplissement des obligations contractuelles (section I) et enfin, mettre l'accent sur les changements liés à l'inexécution des obligations contractuelles en Afrique noire moderne (section II).

PARTIE I

LES FONDEMENTS DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE
TRADITIONNELLE

INTRODUCTION

Notre propos dans cette partie est de montrer que le concept de contrat à un fondement original en Afrique noire traditionnelle.

Le fondement est l'élément essentiel servant de base à quelque chose ou même de cause ou de motif.

Il résulte clairement que les notions de réciprocité des obligations, de respect de la parole donnée, de précaution contre la fraude ou la violence sont des notions familières au droit coutumier africain des contrats. Bien des catégories d'engagements, découlant des contrats essentiels que nous avons seuls passés en revue plus haut, nous a permis de faire cette analyse.

Qu'on permette à l'auteur⁶⁵ de rappeler à ce propos la réponse qui lui fut faite par les juges du tribunal indigène de Basuga, dans la province de l'est de l'Ouganda, à une question, ainsi posée : « Quelle est la situation juridique de A poursuivant en justice B pour l'avoir lésé sur la part qui lui revenait d'un vol commis par l'un et l'autre du préjudice de C ?

« Les juges considérèrent l'auteur avec surprise et s'exclamèrent aussitôt : « En qualité de chef des Saza et des Gombolola⁶⁶, nous ordonnerions l'arrestation immédiate de A et de B ? La restitution des objets volés, et nous les condamnerions à une lourde amende pour leur délit et leur imprudence.

Comment pourrait-il en être autrement alors que nos coutumes sont si sévères à l'égard du vol?

⁶⁵ Thomas Elias Olowale, op, cité, page 175

⁶⁶ Des communautés de la partie orientale de l'Ouganda

D'ailleurs même si le vol n'était pas l'objectif de leur entreprise A et B seraient cependant condamnés pour avoir , par leur action concertée , attenté à l'ordre public de la collectivité » .

On voit que les juges ne toléreraient ainsi aucune convention illégale et apporteraient ainsi la preuve que le droit coutumier africain de quelque manière qu'on choisisse de le considérer, à une notion quelque peu rudimentaire, mais en tout cas très sûr de ce que le droit anglais nomme un contrat⁶⁷.

Dans les transactions les plus caractérisées du point de vue économique, comme par exemple en cas de dette d'une tête de bétail, le créancier peut accepter en échange de la bête dûe – et en fait, il le fait souvent – un morceau de terrain de son débiteur. La terre est ainsi donnée dans bien des cas, à la place de produits agricoles. Mais, il doit s'agir évidemment de terrain dont le débiteur est lui-même propriétaire⁶⁸.

Dundas rapporte que les Akikouyou ⁶⁹ utilisent en général les terrains⁷⁰ comme gage en cas de dette, la proportion entre le montant de celle-ci et la valeur du terrain étant de un à deux.

Il écrit: « Ainsi, dans le cas où un individu doit par exemple une dette de bétail, la revendication du créancier demeure possible quelque soit les événements qui ont pu toucher le débiteur.

⁶⁷Schaper. A Handbook of tswana Law and Custom, passim: and Bantu-speaking Tribes, pp.200-4. Cory Sukuma Law and Custom, pp.135.50; Meek Law and Authority in a Nigerian Tribe. Pp.174. 205, 103 -4 . Etc ...Ajisafe, Laws and Customs of the Yoruba people pp.64-8, 73-8.

⁶⁸ ibidem

⁶⁹ Tribu africaine du Nigéria

⁷⁰ Op .Cit .pp. 284 -91 DUNDAS .in, j R. AI 1921.

C'est là, je pense l'explication du fait qu'un créancier a en générale une petite somme à payer pour recouvrer sa dette, le débiteur étant en quelque sorte dédommagé du risque qu'il a pris⁷¹.

Pour ne citer que ces différents exemples, l'on comprend aisément, les fondements des liens contractuels en Afrique noire traditionnelle.

Ainsi, le lecteur peut être tenté de faire une comparaison avec les fondements des contrats modernes.

Dans ces derniers, l'élément essentiel du contrat est l'accord de volonté par lequel les contractants déterminent les effets du lien juridique qu'ils créent.

Cet accord forme la loi des parties. En effet selon l'article 1134 du code civil Français : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi⁷² ».

En revanche, le contrat africain se fonde surtout sur des principes de justice, d'égalité et de protection du contractant le plus « faible »⁷³. Alors que le contrat moderne se préoccupe davantage des principes de liberté, d'individualisme etc....

⁷¹ Op. cit. pp 173 – 174. Thomas Elias Olowale.

⁷² Seules, les parties, par un nouvel accord peuvent modifier leurs obligations. Le législateur ne peut y porter atteinte, puisqu'en vertu du principe de non-rétroactivité, les lois nouvelles ne s'appliquent pas aux contrats en cours. Le juge ne peut réviser le contrat au motif que les conditions économiques ont changé (théorie de l'imprévision)

Voir Josiane Caen et Michelle Fontaine : « DROIT, les fondements de la vie juridique » Les Editions Foucher, Paris, 1985. P. 176

⁷³ En d'autres termes, le contractant le plus empreint à être lésé

L'étude des fondements des contrats en Afrique noire traditionnelle, nous amène d'abord à analyser la formation des contrats dans le droit des sociétés africaines (CHAPITRE I).

Pour ce faire, les règles de fond (section I) et les règles de formes des contrats traditionnels (section II) seront traitées.

Ensuite, l'accent sera mis sur l'exécution des contrats en Afrique noire (CHAPITRE II) d'où les effets des contrats (section I) et la responsabilité contractuelle seront abordés (section II).

CHAPITRE I

LA FORMATION DES CONTRATS DANS LE DROIT DES SOCIETES AFRICAINES

L'objectif ici est de décrire les conditions de formation des contrats en Afrique noire traditionnelle. En ce sens, dans un premier temps, les règles de fond (section I) seront dégagées.

Aussi, allons-nous en second lieu tenter de mettre l'accent sur les règles de forme (section II).

SECTION I : LES REGLES DE FOND

Cette section porte sur les règles de fond de la formation des contrats en Afrique noire traditionnelle. Sur ce, l'oralité comme fondement des relations contractuelles en Afrique noire : exemples comparés (paragraphe I) et le principe de la réciprocité des obligations qui est à la base du contrat négro-africain (paragraphe II) seront abordés.

PARAGRAPHE I: L'ORALITE COMME FONDEMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES EN AFRIQUE NOIRE : exemples comparés

En droit, un contrat est un écrit destiné à constater l'accord des parties contractantes. Plus généralement, un contrat désigne un accord intervenu entre deux ou plusieurs personnes. Un contrat peut être oral ou écrit, se faire de gré à gré ou devant une tierce personne qui joue alors un rôle de témoin et officialise ainsi le contrat. Cette définition correspond au nouveau droit des contrats en Afrique.

Quant à l'ancien droit des contrats, il faut préciser que les contrats coutumiers étaient variés et avaient un caractère oral et sacré dans

leur formation. Ce droit des contrats appartient à une civilisation d'oralité et il se présente lui-même sous une forme orale⁷⁴ .

Le consentement est une condition essentielle dans la formation du contrat en Afrique noire traditionnelle. On remarque dans certains contrats coutumiers que le seul consentement des parties suffisait pour la formation de ces contrats.

Ainsi, la manifestation de volonté des parties (A) et le respect à la " parole donnée " (B) seront étudiés.

A / La manifestation de volonté des parties

La notion de contrat en droit sénégalais peut être précisée grâce à certaines dispositions du code des obligations civiles et commerciales.

Le code pose tout d'abord le principe de la liberté contractuelle, à la fois en ce qui concerne le fond (article 42) et la forme (article 41)⁷⁵ .De même l'article 41 décide qu'«aucune forme n'est requise pour la formation du contrat » L'accord de volonté est donc suffisant⁷⁶ : c'est le principe du consensualisme⁷⁷.

Par consentement, on entend à la fois, la volonté de chaque contractant et l'accord de ces deux volontés.

Il faut par conséquent se référer à cette double signification dans l'examen du consentement exigé pour la validité du contrat.

⁷⁴ Etienne Leroy, op cité

⁷⁵ Selon l'article 42, les parties sont « libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses ou de modalités »

⁷⁶ Selon l'article 47 du Code des Obligations, le consentement des parties ou la manifestation de volonté des parties est une condition de formation du contrat

⁷⁷Op, cit pp 10, 13, Georges Rives.

La nécessité du consentement de chacun des contractants est évidente puisque le contrat est un acte bilatéral. Il n'y a point de contrat sans consentement émanant de l'une et de l'autre des parties.⁷⁸ En Afrique noire traditionnelle le consentement a toujours été un élément indispensable dans la formation du contrat d'où la forte croyance au respect de la parole donnée. Par contre dans le droit romain la nécessité du consentement a été reconnue progressivement dans la formation du contrat.

Selon Giffard⁷⁹ qui a étudié les contrats dans le droit romain et l'ancien droit français⁸⁰, le consentement est apparu comme une condition suffisante de formation du contrat que dans les contrats consensuels. Il souligne : « ... Mais, s'il y a opposition très nette entre les contrats consensuels et les autres, les jurisconsultes romains ont très bien vu cependant que le consentement était un élément indispensable à tous ». C'est ce que dit Pedius « *Nulla obligatio quae non habeat in se conventionem sive re sive verbis fiat* : il n'y a pas d'obligation soit *re*, soit *verbis* (ou *litteris*), qui ne repose sur une convention ».

Dans tous les contrats , il faut une convention , et si l'élément essentiel de la convention , le consensus , manque , bien qu'il y ait eu stipulation ou *expensilatio ou datio (res)* , il n'y a pas contrat valable , le consentement est un élément commun à tous les contrats .

⁷⁸Op cit –pp 10-13 Georges Rives.

⁷⁹ Professeur honoraire à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris

⁸⁰ D'après leurs sources : contrats *verbis litteris*, *ré*, *consensu*

L'auteur ajoute : « ... que là s'était situé le point de départ du consensualisme des canonistes ⁸¹ ». La convention exige la rencontre (La convention exige la rencontre (*cum-venire*) de deux personnes consentant à la création de l'obligation. La déclaration unilatérale de volonté ne crée pas, en principe, d'obligation en droit romain. L'offre d'une personne n'engage pas celle qui l'a faite et peut être retirée jusqu'à l'acceptation par l'autre ⁸². Mais à ce niveau il y a des exceptions.⁸³

Il en est ainsi pour la plupart des liens contractuels en Afrique noire traditionnelle concernant l'importance du consentement dans la formation du contrat.

A1 Le mariage

Parmi les causes d'annulation du lien matrimonial, celles qui reviennent le plus souvent, devant nos tribunaux⁸⁴ sont : le défaut de consentement d'une des parties.

La loi⁸⁵ déclare inexistant le mariage contracté sans l'assentiment de l'une des parties. Le juge indigène est, en effet, amené à donner gain

⁸¹ Ibid

⁸² A cette règle il y a deux exceptions : la *pollicitatio* (l'offre faite à une cité) ; l'*indicium* (la promesse de récompense à qui retrouvera un esclave fugitif).

⁸³ A. E. GIFFARD : '' Droit Romain et ancien Droit Français : Les obligations '' avec la collaboration de Robert VILLERS. DALLOZ 1958. p. 183, 184.

⁸⁴ Tribunal de Cercle de Sédhiou, 12 septembre 1905 – Ziguinchor 59 , jugement du tribunal de Cercle ; 26 juillet 1904 , au 20 août 1907

⁸⁵ La volonté de contracter doit exister chez l'une et l'autre des parties (art 58 cocc) et elle doit être consciente (art 59 cocc) , déclarée (art 60) et non viciée (art 61 à 64) . La nécessité du consentement de chacun des contractants est évidente puisque le contrat est un acte bilatéral. En France, le Code civil ne parle que du « consentement de la partie qui s'oblige » mais, il s'agit d'une maladresse de rédaction. L'article 58 du Code des obligations est par contre très net : « Il n'y a point de contrat sans consentement émanant de l'une et de

de cause à telle jeune fille, qui mariée par son oncle, sans son consentement ni celui de sa mère, s'enfuit avec celui qu'elle désirait comme époux⁸⁶. Toutefois, le consentement mutuel des époux, auquel semble faire allusion le juge indigène, n'empêche nullement à ses yeux, la nécessité de l'autorisation des parents. D'où la décision numéro 65⁸⁷, du tribunal de Bakel, selon laquelle : « suivant la coutume soninké en matière matrimoniale, il faut, avant d'accorder la main de la jeune fille, l'accord unanime de tous les membres de la famille ou tout au moins celui du père et des oncles⁸⁸ ».

C'est toujours en vertu du même principe que le mariage contracté en dépit de l'opposition du père de la jeune fille, est annulé malgré l'évocation par le défendeur d'une coutume locale en vertu de laquelle les Salabari et les Mangamoni, établis entre Dembabankano et le Guoye inférieur, peuvent enlever du Guoye une fille, et aussitôt le marigot de N'Djoul franchi, l'épouser et réciproquement⁸⁹.

Cependant, le juge indigène semble donner, en définitive une importance plus grande à l'assentiment des parents. En effet dans un jugement numéro 64, daté du 18 septembre 1919, le tribunal de subdivision des deux Guoyes, se référant à la coutume sarakholaise,

l'autre des parties » Le législateur Sénégalais exige en outre que la volonté soit lucide . L'article 59 du cocc déclare en effet que le consentement doit émaner d'une personne jouissant de ses facultés intellectuelles.

⁸⁶ Ibidém

⁸⁷ Décision numéro 65 du Tribunal de Bakel . Cité par Dominique Sarr , dans ' 'jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal : les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 ' ' Paris , Editions Pédone 1976 . p . 148

⁸⁸ Ibidém

⁸⁹ Tribunal de Subdivision de deux Guoyes à Bakel, n° 80, 23 octobre 1918 – Bakel affaires civiles, 1918-1919

décide que : si une fille, désobéissant à l'assentiment de ses parents , refuse d'épouser un homme auquel ils ont voulu la marier , elle doit être frappée , mise aux fers , et si elle s'entête encore , être promenée la tête rasée dans les rues du village . Mais, dans le cas ou ce sont les parents eux mêmes qui ne tiennent pas leurs paroles et refusent le mariage de leur fille avec l'homme à qui elle a été promise, ils devront rembourser toutes les dépenses faites par le fiancé et payer une amende ».

Et pour mieux étayer sa décision, selon toujours Dominique Sarr ; le même juge cite la loi musulmane⁹⁰ en vertu de laquelle : « une jeune fille est mariée par ses parents, si elle refuse, elle est punissable et on doit la forcer ; mais , si c'est la famille de la jeune fille qui refuse , le remboursement des dépenses faites par le fiancé devient obligatoire , et si ce refus n'a aucune raison valable, cette famille doit être punie »⁹¹.

Cette citation de la loi musulmane est fausse, c'est vrai que l'islam insiste sur l'implication des parents dans le processus de choix pour s'assurer que l'individu exerce sa liberté de choisir correctement. Autrement dit, les parents ont la possibilité d'intervenir lorsqu'il existe un sérieux problème de compatibilité, sinon les parents n'ont pas le droit de s'opposer au mariage de leurs filles. Si les objections des parents sont basées sur des considérations purement raciales, culturelles et ethniques, la fille a le droit de recourir à une autre autorité pour qu'elle intervienne dans cette situation. L'autorité en

⁹⁰ Cette citation de la loi musulmane est fausse, car on ne l'a trouvée nulle part dans le Coran ni dans les Hadiths du Prophète Mouhamad (PSL). Néanmoins, cela peut exister dans certaines coutumes.

⁹¹ Jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal '' Les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 '' par Dominique Sarr. PARIS V. Editions A. Pedone. 1976. p : 148 ;

question est alors censée recueillir le consentement des parents pour le mariage, et s'ils campaient sur leur position, cette autorité est fondée à autoriser

Le mariage dans la notion de couple est une loi qu'Allah a établie dans la création et la formation des "mondes"⁹². Cette loi est générale et continuelle dont aucun humain, animal ou végétal ne peut échapper : Allah, le Très Haut a dit : Et de chaque chose, nous avons créé un couple, peut être vous rappelleriez-vous⁹³. Allah n'a pas voulu que l'être humain ne soit soumis qu'à son instinct comme un certain nombre de ses créatures. Il a posé le régime convenable qui garantit la souveraineté de l'être humain, protège son honneur et préserve sa dignité en faisant du rapport entre l'homme et la femme un rapport précieux basé sur le consentement de l'homme et de la femme sur l'offre et l'acceptation comme deux aspects de ce consentement et sur un témoignage qui annonce ce que chacun des êtres est devenu pour l'autre. Un mariage sans consentement d'une des parties est nul selon la loi islamique elle-même.

Notons, ce que dit la tradition Prophétique à ce sujet : selon Abou Houreira, le Prophète (PSL) : « Le mariage de la veuve ne peut se conclure avant son consentement et la jeune fille ne peut être mariée sans avoir exprimé son avis⁹⁴ ».

L'erreur sur la personne, l'impuissance, le non paiement de la dot sont aussi des causes d'annulation du lien matrimoniale

⁹² Des mondes : c'est-à-dire les différentes sociétés du monde

⁹³ Sourate 51 – Qui éparpillent – Ad Dariyat – Verset 49

⁹⁴ Ligue Française de la femme Musulmane, 13 Boulevard de la libération – 93 200 St Denis.
Coran : [http:// globalquran .com](http://globalquran.com) et [www.islamhouse.com/p / 50200](http://www.islamhouse.com/p/50200)

L'absence de consentement est une cause d'annulation du contrat de mariage. Ainsi le confirme aussi deux décisions de justice, l'une venant du tribunal de Cercle de Sedhiou et l'autre du tribunal de Cercle de Ziguinchor⁹⁵.

D'après les faits, dans la première décision ; le prévenu Mamadou Baro, est coupable d'avoir enlevé la femme Fatoumata Drame, à son époux Arfang Massiré Cissé, au lendemain de la célébration de leur noce. La dame Fatoumata Dramé explique qu'elle a été mariée par son oncle Bourama Dramé, sans son consentement ni celui de sa mère, Famata Touré. C'est la raison pour laquelle, elle s'est enfuie avec celui qu'elle désirait comme époux⁹⁶. La coutume invoquée : que la loi coranique déclare inexistant le mariage contracté sans l'assentiment de l'une des parties⁹⁷.

La décision: déclare nul le mariage entre Arfang Massiré Cissé et Fatoumata Dramé. Condamne Bourama Dramé à restituer à Arfang Massiré Cissé, les trente francs qu'il lui a versés comme cadeau de mariage.

En ce qui concerne la deuxième décision⁹⁸, les nommés Bakary Daffé et Fan Djité, domiciliées respectivement à Missira (Pakao Sounkoudou) et Karantaba (Souna – Balmadou), de statut

⁹⁵ Ibidém

⁹⁶ Ibid

⁹⁷ Selon la tradition Prophétique, selon Abou Houreira, le Prophète (PSL) : "le mariage de la veuve ne peut se conclure avant son consentement et la jeune fille ne peut être mariée sans avoir exprimé son avis" un mariage sans consentement d'une des deux parties est nul selon la loi islamique elle-même

⁹⁸ ibidem

musulman , sont prévenus d'avoir exercé des violences sur la personnes de la femme enceinte Bintou , puis de l'avoir enlevée.

Mariée, malgré elle, au nommé Famara Cissé, elle avait manifesté son aversion à plusieurs reprises, en s'enfuyant.

La coutume invoquée : que la loi musulmane ne reconnaît la validité du mariage, que s'il y'a consentement mutuel des parties⁹⁹.

La décision: le mariage de Bintou et Famara Cissé est annulé, en ce qui concerne la dot, il n'y a pas lieu de donner suite aux réclamations de Famara Cissé qui ne sont pas justifiées¹⁰⁰.

Beaucoup de tribus ont leurs règles propres à propos du consentement ou de la promesse de mariage.

Il n'est pas vrai que le droit coutumier donne systématiquement à la volonté des parents –ceux de la jeune fille surtout –le pas sur la volonté du futur conjoint .Il n'est que d'examiner d'un peu près à tous ces égards la physionomie d'un mariage africain, le déroulement des cadeaux rituels entre fiancés et le rôle joué par les inévitables intermédiaires.

Ce qu'écrit à ce propos Dundas ¹⁰¹ est révélateur de l'attitude des auteurs sur ce point. « Le nombre des cas ou les filles vont à l'encontre de la volonté de leur famille et les efforts vains font par les anciens de

⁹⁹ Ibid

¹⁰⁰ Jurisprudence des Tribunaux Indigènes du Sénégal « les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 » par Dominique Sarr. Paris. Ed. Pedone. 1976. p 170.

Tribunal de Cercle de Sedhiou, 12 janvier et 12 septembre 1905 - Ziguinchor 59, jugements du tribunal de Cercle, 26 juillet 1904 au 20 aout 1907

¹⁰¹Cf, op, cit. p .284 – 91 Dundas.cite par Thomas Elias Olowale. p. 169

la tribu pour maintenir des unions forcées est la preuve que le droit coutumier ne comporte sur ce point aucune disposition, car la sagesse africaine¹⁰² ressent bien la fragilité de tout mariage qui n'est pas fondé sur un consentement mutuel¹⁰³.

Il ne serait pas exacte d'en tirer la conclusion que seule la fille dispose du libre choix. La procédure habituelle consiste pour le prétendant à s'entendre avec elle, puis à obtenir le consentement du père (...).

Des observations renouvelées, m'ont ainsi donné la conviction qu'« une jeune fille africaine a une liberté de choix et son père autant d'influence qu'il en est habituellement en Angleterre »

Le degré d'importance du consentement se ressent aussi dans les contrats de travail coopératif.

Ils résultent d'un accord permanent ou temporaire , passé entre parents ou même groupes sans liens de parentés entre eux, occupant le même territoire , mais parfois aussi des territoires contigus ou même assez éloignés les uns les autres –accord destiné à mettre en commun les ressources en hommes pour la culture , les semailles ou les moissons ou encore les travaux de construction de huttes ou les travaux d'entretien.

Cet accord forme la loi des parties et l'on voit nettement que le principe du consensualisme s'applique aussi ici.

Dans cet accord, le groupe qui a ainsi fait appel au travail des autres est leur hôte, il les nourrit et les prend en charge, y compris

¹⁰² Conformité à la raison, la morale, la justice, à la conduite réfléchie et modérée. Une application de la philosophie africaine

¹⁰³ ibidem

l'organisation de fêtes et de réjouissances. Il est tenu envers eux de ces obligations aussi longtemps qu'eux même lui apportèrent le renfort de leur travail¹⁰⁴.

A 2 : Le contrat de vente

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer, est connue dans la coutume marka au Soudan. Elle peut avoir lieu au comptant ou à terme. La promesse de vente vaut vente.

Chez les Bambaras du Mali, ne peuvent vendre que ceux qui possèdent sur la chose à vendre un droit de propriété.

Mais, seul le "fa"¹⁰⁵est habilité à vendre les biens de la communauté ; il doit obtenir l'assentiment du conseil de famille¹⁰⁶.

Le contrat de vente n'était pas inconnu dans la coutume wolof non islamisée. Il relevait de l'accord des parties en s'exprimant de façon visible.

Ici le consentement consistait dans la manifestation de volonté des contractants. Il a bel et bien existé, la volonté de contracter se manifestait expressément.

Le consentement est exprès lorsqu'il se traduit par des signes extérieurs: exemples par des paroles, écrits et gestes etc....

¹⁰⁴ Op .cit pp 166. (T) E. Olowale

¹⁰⁵'Fa'' signifie le chef de la communauté

¹⁰⁶Archives Nationales du Sénégal. Publications du Comité d'études Historiques et scientifiques de l'A.O.F « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française ». Tome II : Soudan. Paris Vé Larose Editeurs, 1939. p. 16 et 121.

La vente est définitive dès la conclusion du marché¹⁰⁷. Celle-ci est exprimée, soit par un serrement des mains, soit par le bris d'un bâtonnet, soit par le partage d'une noix de colas.¹⁰⁸

Robin, dans son article sur le marché à bétail de Louga, en donne une excellente description (1945). La présence de deux témoins rendait la vente opposable à tous¹⁰⁹.

Mais, elle ne pouvait concerner que certaines catégories de biens que l'on pouvait qualifier non parentalisés –les chevaux et bestiaux, les esclaves de guerres les bijoux – par opposition aux biens parentalisés – (esclaves de case, terres, gris-gris totémiques) parce qu'ils sont le fondement et la marque d'identification du patrimoine (alal)¹¹⁰ du lignage, les autres éléments n'en renforcent que la richesse¹¹¹.

Ainsi, la formation du contrat nécessite l'accord de deux volontés, celle de l'offrant et celle de l'acceptant. L'offre (ou pollicitation) est la manifestation de volonté par laquelle le vendeur (ou pollicitant) exprime son intention de conclure le contrat si une acceptation est formulée. L'offre peut être adressée à une personne déterminée ou collectivement au public¹¹². L'acceptation est la manifestation de volonté par laquelle le destinataire de l'offre accepte la proposition qui lui est faite.

¹⁰⁷ Conclusion du contrat de vente : accord des deux parties sur les clauses du contrat de vente.

¹⁰⁸ OP cit. pp .196. (L) Geismar.

¹⁰⁹ Cf; op. cit. p; 184. E. Leroy

¹¹⁰ Alal : mot wolof, désignant le patrimoine, l'ensemble des biens

¹¹¹ Op cit pp 184 E. Le Roy.

¹¹² Exemple le commerçant qui expose des objets fait une offre

La rencontre de l'offre et de l'acceptation forme le contrat de vente.

Le consentement, dans la création d'un acte juridique, c'est l'adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre. L'échange des consentements entraîne l'accord de volonté qui lie les parties.

Néanmoins, le consentement a le pouvoir de créer des obligations, alors que le consensualisme est un principe en vertu duquel un acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité.

Le droit africain des contrats accorde une grande place à l'autonomie de la volonté, à l'image de la partie générale du code des obligations civiles et commerciales qui semble plus inspirée par une conception individualiste que par une vision socialiste.

Le grand principe est en effet, tout comme dans le code civil de la France libérale de 1804, celui de la liberté des conventions : l'homme détient par nature le pouvoir de créer des liens de droit, sa volonté est autonome, elle peut à elle seule engendrer des obligations et donc créer librement tel ou tel type de contrat, cette analyse met toutes les volontés, donc tous les individus sur un pied d'égalité ¹¹³.

Aussi, allons- nous tenter de montrer d'autres exemples de liens contractuels auxquels la manifestation de volonté représente le socle de la formation du contrat.

¹¹³ Op cit – J.P .Tosi. Voir aussi Josiane Caen et Michelle Fontaine « Les fondements de la vie juridiques » Les Editions Foucher. Paris 1985. p. 175

A3 exemples de divers liens contractuels.

Retenons pour paraphraser E.Leroy¹¹⁴ qu'en Afrique traditionnelle « les contrats réels (formés par la remise de la chose) sont beaucoup plus nombreux que les contrats consensuels (formés par l'accord des volontés des parties) ». Pour E. Leroy, les conditions minimales permettant d'identifier les relations contractuelles sont réunies : comme dans le don, il y'a des sujets (les parties) et un objet (la prestation ou le bien)¹¹⁵.

Il définit le contrat en Afrique noire « comme une convention organisée par la remise de la chose s'accompagnant d'un échange de parole ». Les représentants se lient par la parole et la remise de la chose. Ces deux relations peuvent être validées par un serment, un rituel de prise de possession ou un sacrifice visant moins à constituer le droit qu'à le protéger en l'inscrivant dans le monde invisible¹¹⁶.

Ainsi, notons qu'en Afrique noire traditionnelle, il y a un lien fort entre la sacralité et le droit. En effet, les dieux et les génies jouent dans la vie juridique africaine un rôle capital. Aussi la sacralité imprègne – telle la législation et même la jurisprudence des tribunaux. Dans la tradition négro – africaine, essentiellement spiritualiste, les dieux occupent une place de choix.

¹¹⁴ Etienne Leroy, cité dans '' Anthropologie juridique '' Collection Droit Fondamental, PUF , 1ère édition 1988 , page 268 à 269

¹¹⁵ Mais, il existe de surcroît une sanction judiciaire, qui est le critère distinctif du contrat. Dans les sociétés à structure complexe (en particulier nos propres sociétés) les cadeaux et libéralités ont toujours leur place dans la vie sociale, les relations juridiques entre les individus sont principalement réglées par la voie du contrat.

¹¹⁶ E. Le Roy « justice africaine et oralité juridique » Bull de l'Institut français d'Afrique noire.

Ils vivent ensemble avec les hommes, dans la même société qu'ils dirigent. Chez les Kabré¹¹⁷, Dieu ne cesse pas "d'agir et d'être présent parmi les hommes". Le jojo, ou prêtre des Kabré, est un homme – dieu, d'après P. Alou¹¹⁸.

Ainsi, cette forte sacralité dans la vie juridique africaine amène certains à croire que « ... le consentement en droit africain ne joue pas un rôle primordial dans la création des obligations. La volonté ne jouant pas un rôle capital, le vice du consentement, dans certains contrats, n'affecte pas la validité de l'obligation ... » Pour eux, les obligations en droit africain traditionnel, débordent¹¹⁹ le champ normal qui leur est réservé en droit moderne.

En effet, les dieux, les génies et les morts, sont des sujets de droit et des sujets privilégiés. Aussi, ils arrivent que les obligations naissent en leur faveur à l'encontre des personnes physiques.

Comme le dit Suret – Canal¹²⁰ : "la fixation du sol et l'utilisation du terroir ou des cours d'eaux chez les pêcheurs, sont présentées comme résultant d'un contrat entre les ancêtres et les dieux du sol ou de l'eau"¹²¹.

Le droit civil, comme le droit pénal et le droit agraire, porte la marque de la sacralité.

¹¹⁷ Voir. R. Verdier – " Essais sur la conception de la justice Kabré " – Documents du Centre d'Etudes et de Recherches de KARA (Togo), 1967, page 30.

¹¹⁸ Le jojo chez les populations Kijan – Documents du Centre d'Etudes et de Recherches de Kara, 1967, p. 24

¹¹⁹ Ce débordement s'explique par le fait que le droit ou le contrat en Afrique noire traditionnelle reste très imprégné de sacralité ou d'impératifs sociaux

¹²⁰ Suret Canal " L'Afrique noire occidentale et centrale " 1961, p. 76

¹²¹ Le droit des obligations ressent cette ambiance de sacralité, interviennent les divinités, les esprits, les morts-vivants. Il existe un rôle considérable que louent les conceptions métaphysiques et religieuses dans les systèmes juridiques négro-africains

On peut remarquer par exemple, que la démarcation n'est pas toujours très nette entre l'acte volontaire et l'acte involontaire.

Quoi de plus naturel, si le comportement de chacun est la résultante d'une conjonction de forces qui le dépassent ?

Serge Wickers ¹²² citant le Révérend Père Placide Tempels dans la "philosophie Bantoue", écrit : "l'être peut par son comportement, à son insu même, alors que ses intentions étaient bonnes, porter atteinte à l'ordre ontologique des forces".

Ainsi, le tribunal correctionnel de Kaolack (au Sénégal) avait été saisi, en 1967, d'une plainte dirigée contre deux sœurs accusées d'avoir "dévoré" leur cousine. Les deux femmes reconnurent les faits qui leur étaient reprochés et décrivent même leur "festin" en détail. En réalité, il s'agissait d'une anthropophagie à distance, fruit d'une auto-suggestion millénaire qui a amené les « "deums" ¹²³ à se croire vraiment coupables de cannibalisme. De tels "forfaits" sont commis par l'âme du coupable, malgré lui, et même contre son gré. Ils n'en demeurent pas moins des infractions¹²⁴.

C'est fort de ce constat que certains auteurs pensent que le "consentement en droit africain ne joue pas un rôle primordial dans la création des obligations ¹²⁵".

¹²² Serge Wickers "Contribution à la connaissance du droit privé des Bakongo" – Bordeaux 1954, page 32.

¹²³ "Deums" des êtres vivants sorciers qui font du mal aux individus par des pratiques invisibles

¹²⁴ « Sacralité, pouvoir et droit en Afrique » Table ronde préparatoire organisée par le laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, février 1978. Editions du CNRS. p. 152. 155, 156.

¹²⁵ Selon certains auteurs, puisqu'en Afrique noire traditionnelle, vu cette ambiance de sacralité qui entoure le système juridique négro-africain, le comportement de chacun est la résultante d'une conjonction de forces qui le dépassent. C'est pourquoi, selon eux, le rôle du consentement n'est pas très effectif dans la création des obligations. Sur ce, les écrits de

Cependant, il est nécessaire de préciser que dans le droit coutumier africain strict, ce n'est pas le simple échange de promesses (que ce soit celles des fiancés ou celles de leurs familles) qui forme le contrat ; c'est le paiement par le futur mari de la prestation imposée et, dans la plupart des sociétés africaines, la remise solennelle de la jeune fille à son époux par les parents, qui s'effectue dans la maison des parents du mari.

Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, chacun des promis est libre de se démettre de son engagement, et de rendre à l'autre les présents qui pourraient avoir été échangés.

Un jeune homme berné par sa fiancée pouvait, ainsi dans certaines tribus rentré en possession de tous les cadeaux qu'il avait fait aux parents de la jeune fille, s'il apportait la preuve de son infortune¹²⁶.

Tout ceci montre que le droit africain accorde une grande importance aux consentements des parties dans un contrat, en d'autres termes le respect des engagements.

Ce respect des engagements est exigé ici par le juge de la Cour de Cassation en son Audience du 26 janvier 1955¹²⁷, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Dakar en date du 6 juin 1952. En l'espèce, il s'agit d'une affaire opposant (Lissart, Zevaco et Sté « Art et Coiffure » contre Compagnie d'Assurances générales. En effet, Vidal, qui avait reçu en location du Gouvernement de l'A.O.F, des immeubles

Surêt Canal, de Serge Wickers et à un moindre degré la décision du Tribunal de Kaolack (au Sénégal) en 1967, nous ont servi d'exemple.

¹²⁶ T. Elias. Olowale « La nature du droit coutumier africain » Prés-afr, Paris, 1961. p. 176.

¹²⁷ Penant "Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique", Cour de Cassation, Chambre Civile – Section Commerciale, Audience du 26 janvier 1955. A.O.F – Bail à loyer – cession ou sous-location contraire aux stipulations du contrat ; occupant sans droit ni titre – droit d'expulsion. Année 1955. p. 64, 64

à usage commercial , a d'une part vendu à Zevaco le fonds de coiffure qu'il exploité dans une partie de ces immeubles et d'autre part sous-loué à Ranson , aux droits de qui se trouve aujourd'hui Lissart , une autre partie de ces locaux en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce de peinture ; que par la suite Zevaco apporta son fonds de coiffure et le droit au bail qui y était attaché , à une société à responsabilité limitée dénommée « Art et Coiffure » ; que le 19 décembre 1950, la Cie Générale d'assurances s'étant rendue propriétaire des immeubles litigieux assignant , aux fins d'expulsion la société « Art et Coiffure » et le sieur Lissart , que l'arrêt attaqué confirmant un jugement du tribunal de Dakar , considérant que les deux occupants étaient sans droit ni titre , accueillit cette demande .

La Cour a pris la décision de rejeter le pourvoi, car elle a relevé d'une part que les cessions ou sous-locations litigieuses étaient intervenues en violation des clauses du bail originaire et d'autre part, que si le bailleur peut renoncer, même tardivement à la clause d'interdiction, il n'était pas établi, en l'espèce, que le Gouvernement général de l'A.O.F eut eu connaissance des cessions et sous-locations conclues par le premier locataire Vidal avec qui, seul il était resté en rapport.

En principe, selon l'arrêt, lorsqu'une cession ou sous -location est intervenue en violation des clauses du bail originaire et que le bailleur n'a pas eu connaissance de ces opérations, le cessionnaire ou sous-locataire doit être regardé comme occupant des lieux sans droit ni titre.

C'est donc à juste titre qu'un juge prononce l'expulsion de ces occupants¹²⁸.

A travers cet arrêt, on constate l'importance accordée au respect des clauses du contrat, au respect du consentement et des engagements réciproques.

B / Le respect à la "parole donnée"

Le respect à la parole donnée est un principe « sacro-saint » dans la formation du contrat en Afrique noire traditionnelle.

Pour la validité d'un contrat, les parties doivent s'engager à respecter leur parole ou leurs obligations.

Ainsi chez les Akyé¹²⁹, la convention s'appréhende comme " l'accord des bouches entre deux sociétés" c'est-à-dire l'expression de la parole donnée non pas entre deux individus mais deux collectivités. Cet accord qui peut porter sur une promesse de mariage, la vente ou l'achat d'un esclave, est conclu par les chefs de famille ou tout autre individu mandaté par l'autorité compétente (conseil de famille, patriarce). Agissant en lieu et place de la communauté, ni le chef de famille ni le mandataire n'expriment leur volonté mais celle de la société globale. C'est pourquoi les conventions impliquent inévitablement la responsabilité de toute la collectivité. Cela implique

¹²⁸ La Cour a estimé, qu'elle n'était pas tenue de répondre spécialement à l'argument tiré des clauses de l'acte de vente du 19 décembre 1950, lequel, régulièrement produit, ne fait au demeurant, aucune mention des cessions de bail ou sous-locations litigieuses. Ainsi, la Cour a légalement justifié sa décision. Cour de Cassation, Chambre Civile, Section Commerciale, 26 janvier 1955, MM. Mazoyer, Président; Daste, rapporteur, Come, Avocat Général; Morillot et Roques, Avocats.

¹²⁹ Archives Nationales de la Côte d'Ivoire, 1 EE 14, 1 EE 7, 1 EE 50 : Histoire des Coutumes de la Côte d'Ivoire. Cf, René A. Caillé " Journal d'un voyage à Tombouctou, in Bowdick, voyage dans le pays ashanti, traduction française, 1918. pp. 386-392 : cité par H. L. Okou. p. 8

également le caractère solennel des conventions qui au demeurant se réalisent en un lieu dont la fonction se ramène à inclure tous les membres de la communauté dans la conclusion des contrats. Ce lieu peut être la cour du chef ou la place publique, il fonctionnera comme une structure judiciaire en cas de conflits. Nous retrouverons sous cet angle l'expression du parallélisme des formes.

Dans les communautés baoulé, Agni, Abouré, abidji, adjoukrou, tout comme chez les akyé, la parole constitue le rouage essentiel de l'établissement des conventions à l'instar des sociétés médiévales européennes¹³⁰. Si l'on sait que tout ce qui vient de la bouche est " sacré ", la recherche de preuves se ramènera alors à " éprouver " le prévenu par la bouche.

Ce qui justifie chez les baoulé " l'absorption de l'eau avec laquelle l'on a nettoyé le cadavre " au cas où le prévenu refuse d'honorer ses obligations.

A l'Ouest de la Côte d'Ivoire, les conventions se définissent comme, le résultat de l'entente entre deux communautés. On dira par une formule consacrée: " les oreilles se sont accordées " ou "les paroles se sont accordées". C'est pourquoi chez les Bété, Neyo, Godié, Dida les conventions s'appréhendent comme la concordance des points de vue sur un objet.

Entrent dans ce cadre, les alliances matrimoniales, les alliances à plaisanterie, les représailles (la vendetta), l'achat et la vente des

¹³⁰ Nicolas Fernand, « Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes » sans éditeur, Paris, sd, 3 vol. 1413 p.
 Durand Bernard « Histoire comparative des institutions » Dakar. Éd. NEA, 1983.
 Rolland Norbert « Anthropologie juridique » Paris. PUF .1988. Droit et Culture, revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire. 1987.

esclaves pendant la période esclavagiste¹³¹. Le lieu de la conclusion sera le même que chez les Baoulé et les communautés du sud. De même, les personnes qui ont qualité pour agir en lieu et place des communautés ne varieront pas.

Les principes de la solidarité et de la responsabilité collective caractériseront également les conventions dans cette aire culturelle¹³².

Les conventions entre le propriétaire foncier et le « navêtane » sont orales, ici les parties s'engagent à respecter leur parole et jusqu'à présent les droits du « navêtane » aux fruits de son travail et les droits du propriétaire au travail et au remboursement des semences faisaient partie du droit coutumier.

Concernant, le contrat de « navêtane », ce dernier vient du mot wolof, la principale langue au Sénégal et signifie littéralement « ceux qui retournent pendant l'hivernage » c'est-à-dire la saison des pluies qui commence en juillet¹³³. Certains, ne viennent que pour la récolte des arachides en octobre, mais d'autres arrivent en juillet et restent au Sénégal plusieurs mois. Le propriétaire confie à ces derniers un lopin de terre à cultiver et des semences pour planter leur propre récolte.

Le droit coutumier africain ignorant l'écriture, la plupart des contrats se formaient oralement.

Les contrats écrits sont tellement rares en pays Bambara et l'on use si peu des conventions passées dans la forme autorisée par le décret du 2 mai 1906, qu'il est inutile d'en parler. Les auxiliaires eux-mêmes

¹³¹ Enquêtes réalisées par Henri Legré Okou en 1983 dans la région de Soubré en Côte d'Ivoire, sur un échantillon de 30 personnes dont l'âge se situe de 45 ans. Le patriarche du groupe avait plus de 78 ans.

¹³² Henri. L. Okou; op cit pp 8. 9 ; 10 ; 11

¹³³ Les " navétanes " sont des ouvriers agricoles saisonniers qui viennent principalement du Mali et de la Guinée pour aider à la culture des arachides.

n'en font pas , parcequ'ils trouvent de la résistance de la part de ceux avec qui ils voudraient contracter par écrit, spécialement lors de leurs mariages , où ils voudraient faire consigner le montant de la dot et la disposition que la femme s'engage à les suivre partout où ils seront appelés à résider¹³⁴.

C'est vous dire combien le respect à la parole donnée comptait dans la formation du contrat négro-africain.

Dans le contrat de prêt, c'est le cas, les parties s'engagent à respecter leurs obligations par rapport à l'objet du contrat, les modes de remboursement etc....

Les dettes, sont de même que les biens loués ou donnés en gage, recouvrables par le créancier, et imprescriptibles.

Elles lient le plus souvent les enfants du débiteur à la mort de celui-ci. Le droit coutumier exige seulement qu'elles fassent l'objet d'une preuve précise de leur consistance.

Mais, on peut penser que dans ce domaine comme dans celui de la possession, l'institution d'une prescription serait également souhaitable.

Il existait autrefois dans certaines sociétés africaines une pratique barbare qui voulait que le débiteur se donnât lui-même (ou la personne d'un membre de sa famille soumise à son autorité) en gage à son créancier jusqu'à ce que la dette fut éteinte, il était ainsi à ses ordres, et il n'était pas rare que le créancier fit travailler le débiteur pour son propre compte.

¹³⁴ Archives Nationales du Sénégal. Publications du comité d'études Historiques et scientifiques de l'A.O.F « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome II. Soudan. Paris Vé. Larose, Editeurs, 1939. p. 119

Le produit de ce travail ne venait pas même en déduction du montant de la dette: il était considéré comme de simples intérêts.

Le débiteur pouvait cependant exiger d'être bien traité, car seule sa force de travail, était temporairement offerte en gage au créancier, il n'était assimilé en rien donc à un esclave, ni même à un domestique¹³⁵.

De nos jours, cette pratique est presque partout tombée en désuétude, avant même qu'elle ne fasse l'objet de sanctions de la part des divers codes criminels introduits en Afrique¹³⁶.

On peut dire que le prêt domine la vie indigène. Pauvre et imprévoyant, l'indigène en est toujours à attendre de l'avenir la solution des difficultés présentes et se laisse entraîner dans un engrenage d'obligations dont finalement, il ne peut plus se dégager.

En raison de la pénurie des capitaux dans la société indigène, l'intérêt des prêts atteint en effet, des taux exorbitants.

Les prêts sont consentis généralement pour la période de l'hivernage, époque où l'indigène ne jouit d'aucun revenu et dont souvent il oublie de prévoir les effets... ?

Les taux de cent pour cent pour six mois sont courants. Pour des périodes plus brèves, il est rare de voir un taux inférieur à cinquante pour cent.

L'autochtone, peu mercantile, en l'espèce, voit dans le prêt beaucoup plus un service rendu subjectivement (qui par exemple, l'a sauvé de la

¹³⁵ En d'autres termes, le créancier pouvait le faire travailler, mais n'avait sur lui aucun droit de propriété

¹³⁶ Op .cit. T. E. Olowale. Page 173

famine) qu'un acte économique objectif. Aussi, trouve t-il naturels les taux exigés ?

Pour apprécier les taux pratiqués, il faut également tenir compte des gros risques courus par le prêteur. Il est à noter que la loi coranique interdit le prêt à intérêt¹³⁷ et que de ce fait, les indigènes islamisés sont obligés de recourir à des subterfuges. L'interdiction est tournée généralement de la façon suivante, on consent, par exemple un prêt de 50 francs en espèces contre remboursement d'un bœuf valant 100 francs. Si pour une raison ou autre l'emprunteur ne peut présenter un bœuf, il est obligé d'en payer la valeur soit 100 frs. Ou bien un prêt de 50 kilogrammes de mil valant au moment de l'opération 10 frs est remboursable pour une somme de 25 frs en espèces, il a la faculté de se libérer en mil, mais avec la baisse des cours au moment de la récolte, il peut arriver qu'il ait à rembourser 200 kilogrammes.

Les tribunaux admettent ces intérêts déguisés et rejettent le prêt à intérêt seulement si les contrats stipulent formellement un remboursement majoré d'objets identiques à ceux qui ont été prêtés.

La coutume, comme le droit moderne distingue deux sortes de prêts: le prêt à usage et le prêt à consommation.

Le prêt à usage s'applique surtout à des animaux. On prête à un voisin un cheval ou un âne pour un usage déterminé.

¹³⁷ Tamedit n-was : DIEU – le Très Haut et Louange à lui – dit dans le Saint Coran « Ceux qui mangent (pratiquent) de l'intérêt usuraire ne se tiennent (au jour du jugement dernier) que comme se tient celui qui le toucher de satan a bouleversé . Cela, parce qu'ils disent : '' Le commerce est tout à fait comme intérêt ''. Alors qu'Allah a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt. Celui donc, qui cesse dès que lui est venue une exhortation de son Seigneur, peut conserver ce qu'il a acquis auparavant et son affaire dépend d'Allah. Mais quiconque récidive ... alors les voila, les gens du Feu : Ils y demeureront éternellement ». Saint Coran, Sourate ALBAKARA, verset 275. [Http : www.algerie-dz.com](http://www.algerie-dz.com)

Ces prêts étaient autrefois gratuits: ils le sont de moins en moins aujourd'hui¹³⁸.

L'emprunteur était tenu seulement à entretenir l'animal et à le rendre en bon état. Une compensation est due si l'animal s'égare ou devient malade par suite de mauvais entretien. Le prêt à usage porte aussi sur les terres, il donne lieu généralement à redevance.

Le prêt à consommation s'applique soit à des sommes d'argent, soit à des denrées, il s'effectue contre paiement d'un intérêt, dont nous avons indiqué plus haut le taux.

Le prêt est confondu souvent avec d'autres contrats.

Très fréquemment, l'indigène incapable de rembourser déclare qu'il s'est agi d'une vente et non d'un prêt et réclame les délais accordés généralement aux débiteurs défaillants.

La coutume, comme notre droit civil, estime que possession vaut titre¹³⁹, mais avec la possibilité d'établir la preuve du contraire. Aussi, les prêts sont accordés, généralement, en présence de témoins.

D'ailleurs, en raison des risques de non restitution, le prêt simple est assez rare, c'est-à-dire se fondant sur un simple engagement oral, de respect mutuel de la parole donnée, il s'accompagne presque toujours d'une constitution de gage.

Lorsqu'il s'agit d'un prêt à usage, l'emprunteur n'a en aucun cas le droit de disposer de l'objet prêté.

¹³⁸ Op cit. p. 189. L. Geismar, pour une distance de 20 kilomètres environ, le prêt, le prêt d'un animal de transport atteint moyennement le taux de dix pour cent des produits transportés

¹³⁹ A ce propos, on peut noter que la construction d'une case est considérée comme présomption de propriété du terrain et que le fait de traire une vache constitue une présomption de possession en faveur de la personne intéressée

Si, par exemple, il le perd au jeu, le prêteur est en droit de le reprendre au gagnant, sans compensation aucune.

Il est interdit de même à l'emprunteur de le donner en gage, à moins d'autorisation formelle du prêteur.

L'une et l'autre violation du contrat peuvent être sanctionnées par une poursuite pénale.

En droit ancien¹⁴⁰, le prêt ne se prescrivait pas. Le droit musulman, toutefois, admet un délai de prescription de dix ans à l'égard des tiers et de quarante ans à l'égard de parents.

Aujourd'hui, on applique la prescription quinquennale ordonnée par le décret sur la justice indigène. L'objet prêté doit être rendu tel quel. Un prêt en nature est restitué en nature et un prêt en espèces. Mais en raison de l'obligation dans laquelle se trouvent les musulmans de déguiser les intérêts, il n'en est pas toujours ainsi.

Souvent des prêts de mil sont remboursables en animaux ou espèces et vice versa. En cas de baisse ou de hausse de prix et lorsqu'il est impossible de reprendre l'objet en nature, la jurisprudence est hésitante. Certains juges prennent pour base de la valeur de remboursement, celle de la date du contrat, d'autres celle du jour de remboursement.

Il semblerait que la dernière façon de faire soit plus conforme à l'équité et s'adapte davantage aux conséquences de la crise économique¹⁴¹.

¹⁴⁰ C'est-à-dire le droit négro-africain, qui n'est pas teinté de droit romano-germanique ou de la common law, ni du droit occidental et celui du droit musulman

¹⁴¹ L. Geismar « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal » St -Louis, imprimerie du Gouvernement, 1933. pp. 188 à 192

Ainsi qu'il vient d'être dit, les prêts sont consentis, dans la plupart des cas, contre garantie d'un gage. Là, le prêteur ou le créancier exige une garantie pour prendre ses précautions contre un éventuel irrespect des engagements faits par le débiteur, d'une manière orale.

L'insolvabilité habituelle de l'indigène fait que cette garantie est exigée de façon quasi-générale.

Mais, cela n'enlève en rien l'importance chez le négro-africain du respect à la parole donnée dans la formation du contrat.

D'ailleurs, le gage et d'autres mesures de précautions prises par le créancier servent à conforter l'esprit du respect à la parole donnée.

Les biens qui sont susceptibles d'une approbation individuelle font souvent l'objet d'un transfert entre personnes selon des modalités très diverses.

Un individu peut prêter ou remettre en dépôt à un autre sa houe ou son poignard dans telles conditions qui lui agréent¹⁴².

En principe, le dépositaire de l'objet doit le remettre en nature au prêteur, à la fin de la période stipulée par leur accord et il est tenu responsable de toute détérioration qui pourrait survenir à l'objet, qui lui est remis.

Le droit Africain reconnaît incontestablement que la propriété des objets ainsi transférés demeure dans les mains de celui qui opère le transfert et que celui à qui il s'adresse, en a seulement la possession précaire. Le bail passé doit être respecté dans sa durée et la partie qui le rompt avant le terme fixé est tenue pour responsable et doit réparation à l'autre. Dans le cas où il s'agit d'un gage, celui-ci peut

¹⁴² *ibidem*

être retenu par le créancier jusqu'à ce que son débiteur ait accompli l'intégralité de ses obligations à son égard.

Lorsque la chose louée subit, alors qu'elle est entre les mains du locataire un dommage du fait d'une tierce personne, celle-ci est responsable à son égard, mais les juges indigènes accordent plus volontiers réparation au propriétaire lui-même, sans préjudice, du fait eu égard aux circonstances de l'espèce, la réparation puisse être supportée à la fois par le propriétaire, le locataire et l'auteur du dommage¹⁴³.

Retenons que, dans tous les cas, les conventions indigènes ne renvoient pas à la volonté individuelle, mais plutôt à la " parole donnée ", patrimoine collectif d'une société à oralité avec son système de preuves en corrélation avec cette parole considérée comme sacrée¹⁴⁴. Il n'est donc pas étonnant que la collectivité réponde des conventions et qu'elle se donne les moyens d'obliger les contractants à s'exécuter. Ce qui explique, semble t-il les contraintes par corps, le gage, la vendetta, caractéristiques des conventions indigènes.

Nous avons affaire à l'expression culturelle de ces civilisations qui, au demeurant, traduit le développement économique, les pesanteurs religieuses de ces sociétés¹⁴⁵.

¹⁴³ ibidem

¹⁴⁴ Van Eerde « ethnologie coloniale » Paris. Edition du Monde Nouveau 1927 .p . 80

¹⁴⁵ ibidem

PARAGRAPHE II : LE PRINCIPE DE LA RECIPROCITE DES OBLIGATIONS : BASE DU CONTRAT AFRICAINE.

L'objectif ici, est de montrer que le principe de la réciprocité des obligations est la base du contrat Africain. Pour ce faire, nous allons étudier les particularités du contrat de vente et de prêt chez les Wolofs (A), les pratiques de location en Afrique noire (B). Enfin, étudier les contrats associatifs (C).

A/ Particularités du contrat de vente et de prêts chez les wolofs.

Dans la coutume Wolof la vente est un acte commercial conclu entre deux personnes sur un objet déterminé. Tous les biens peuvent faire l'objet de vente: animaux, produits ou sol, tout ce qui est en usage dans le commerce à condition que la religion n'en ait pas prohibé la vente et que ces choses appartiennent au propriétaire. Il est en outre interdit de vendre les choses futures¹⁴⁶.

Dans ce contrat de vente, le vendeur est tenu d'expliquer clairement l'objet qu'il s'engage à vendre.

Il doit délivrer la chose à l'état où elle se trouve lors de la vente et garantir à l'acheteur la possession et sécurité de la chose vendue et de ses défauts cachés.

La perte survenue par cas fortuit est pour le compte de l'acheteur mais si la chose a été perdue par ses vices ou sa mauvaise qualité le vendeur se trouve responsable et doit restituer le prix. Le paiement du prix à une date convenue par les parties est la principale obligation de l'acheteur.

¹⁴⁶ Telles que succession de personne vivante, voir Mamadou Niang « Théorie des Obligations chez les wolofs » p. 62

Quant à la monnaie du paiement, les wolofs font usage de “ Sor ”¹⁴⁷. Ce contrat de vente est souvent usité chez les wolofs dont la plupart ont des aptitudes de négociateurs et peut recevoir une certaine importance par les caractéristiques qu'elle comporte. Dans la vente en coutume Wolof la date et le lieu de paiement ne sont pas souvent des éléments importants du contrat¹⁴⁸.

La vente à crédit, sans autre garantie que la parole de l'acheteur, est assez rare. Le plus souvent, elle s'accompagne de la remise d'un gage. En tout cas elle n'est définitive qu'une fois acquitté le prix d'achat. Tant que le prix d'achat n'a pas été paie intégralement, la coutume autorise le vendeur à reprendre directement l'objet. Mais les tribunaux ont tendance à s'opposer à cette manière de faire et à exiger un recours judiciaire¹⁴⁹.

Souvent le vendeur a pour préoccupation majeure d'écouler sa marchandise et peu importe qu'il soit payé au moment de la livraison, il peut consentir à être payé à une date parfois lointaine ou non déterminée. Il faut cependant noter, que des cas de vente à terme existant et la principale obligation de l'acheteur consistent dans ce cas à payer l'objet à la date fixée sinon il peut être dépossédé. Le contrat de vente est souvent stipulé verbalement et la poignée de mains suffit souvent¹⁵⁰. En matière de litiges issus de contrats de vente, les procès

¹⁴⁷ Sor, étoffe : ce sont d'étroites ba, des d'étoffes de 15 cm environ de toile blanche tissée à l'aide du coton local

¹⁴⁸ Mais le “respect à la parole donnée” est une condition essentielle. Les parties peuvent convenir d'un commun accord de ne pas en faire des éléments importants (la date et le lieu de paiement) . Au contraire, la responsabilité du débiteur sera engagée

¹⁴⁹ Geismar (L) « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal » ST – Louis, imprimerie du gouvernement, 1933, colonie du Sénégal. p. 198

¹⁵⁰ Certains étrangers signent une preuve écrite, c'est le cas par exemple des maures commerçants de culture arabe qui font signer en arabe un texte qu'ils rédigent eux-même et qui demeure intelligible à leurs clients

se déroulant souvent devant le chef de village ou parfois devant des amis ou parents. La partie condamnée doit restituer l'objet ou sa valeur. Les jugements sont parfois aussitôt exécutoires et la réparation se fait aussitôt après la sentence. Un délai peut être imparti à la partie devant effectuer le remboursement.

Retenons que, chez les Soninké, par excès de langage ou à défaut d'un terme approprié, employaient le terme "vente" pour désigner la location de terre. La vente de terre dans le sens courant du terme, échange d'un bien contre son prix, sa transmission en toute propriété à son acquéreur pose problème en droit traditionnel¹⁵¹.

En ce qui concerne le contrat de prêt chez les wolofs, l'on peut affirmer, qu'il existe sous plusieurs formes : le prêt à usage d'une chose, d'un animal ou même d'une personne¹⁵². L'emprunteur est obligé de veiller à la garde et à la conservation de la chose prêtée, qui ne doit servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par le contrat de prêt. Si la chose se perd ou se détériore par l'effet de l'usage sans faute de l'emprunteur, celui-ci n'en est pas responsable.

L'objet prêté doit être rendu tel quel. Un prêt en nature est à restituer en nature et un prêt en espèces, en espèces. Mais en raison de l'obligation dans laquelle se trouvent les musulmans de déguiser les intérêts, il n'en est pas toujours ainsi.

¹⁵¹ Samba Traoré « Les système fonciers de la vallée du fleuve Sénégal : exemple de la zone Soninké de Bakel : canton du Goy-Gajaaga (communauté rurale de Moudéri) » Thèse Doctorat Doctorat d'Etat en Histoire du Droit, juillet. 1991. p. 193. BATHILY (1969. p. 70) cité par Traoré, '' pour le droit Soninké, le pose d'emblée en disant : « la vente pure et simple d'une terre est interdite comme étant égoïste et contraire à la solidarité familiale ». Pollet et Winter de dire : « La coutume ignore la vente de la terre et sa pratique apparaît inconcevable

¹⁵² Le prêt à usage s'applique surtout à des animaux. On prête à un voisin un cheval ou un âne pour un usage déterminé. Ces prêts étaient autrefois gratuits.

Souvent des prêts de mil sont remboursables en animaux ou espèces et vice-versa¹⁵³.

Le prêt à consommation est d'un usage fréquent dans la coutume Wolof. Une partie livre à une autre une certaine quantité de choses consommables par l'usage, à charge pour l'emprunteur d'en rendre l'équivalent de même espèce et qualité.

Par l'effet de ce contrat, l'emprunteur devient propriétaire de la chose. Le prêteur n'a droit au remboursement qu'à terme de rendre les choses prêtées en même qualité et quantité de délai fixé. Quant aux prêts de semences, ils sont usités chez les paysans wolofs. Tous les paysans ne disposent pas toujours de la quantité de graines nécessaires pour s'engager dans la campagne des semailles. C'est souvent donc, qu'on sollicite les services d'un voisin plus nanti. Celui-ci consent à prélever une partie de ses grains, pour le céder au voisin qui s'oblige à effectuer le remboursement au moment des récoltes.

Les prêts de semences sont surtout fréquents entre membres d'une même famille¹⁵⁴.

Toujours, dans le cadre du principe de la réciprocité des obligations, base du contrat africain, nous pouvons aussi donner l'exemple du contrat de travail, en se basant sur un jugement du Tribunal de première instance de Saint-Louis, en son audience du 15 juin 1954¹⁵⁵. En l'espèce, il s'agissait d'une affaire opposant Gery à Fatou Ndiaye.

¹⁵³ Op, cité. Geismar (L) « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal ». p. 190. Voir à la page 70 Niang Mamadou

¹⁵⁴ Mamadou Niang « La théorie des obligations chez les wolofs » mémoire, Université de Paris Institut de Droit Compare 1967 pp. 61. 62. 63

¹⁵⁵ Penant, 1955 '' Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique '' Tribunal de première instance de Saint-Louis. Audience du 15 juin 1954. A.O.F – contrat de travail –domestique, renvoi, calcul du salaire en cas de travail, à temps incomplet. P. 42, 43, 44

En fait , le sieur Géry Pierre est appelant d'un jugement n° 39 , rendu le 3 mai 1954 , par le tribunal du travail de céans qui l'a condamné à payer à la dame Fatou Ndiaye , son ex-domestique , la somme de seize mille cinq cent quarante quatre francs à titre de rappel de salaires de congés payés , d'indemnité de préavis et de salaires . La dame Fatou Ndiaye était seulement employée trente heures par semaine, par Géry et touchait mensuellement un salaire de trois mille francs. D'après ces occupations, il apparaît qu'elle devait être classée dans la quatrième catégorie professionnelle, pour laquelle a été fixé un salaire, d'abord de 5250 frs par mois de juillet 1953 au janvier 1954, puis de 5415 francs postérieurement à cette date.

Le juge , en infirmant le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré que la dame Fatou Ndiaye avait droit à bénéficier entièrement du régime des salaires prévu pour les gens de maisons , a fondé sa décision en se basant sur l'arrêté gubernatorial 7563 ¹⁵⁶ du 10 decembre 1953 assurant un salaire minimum garanti à tous les travailleurs et des dispositions particulières prévues à l'arrêté précité du 31 Août 1953 relatif au personnel domestique . En outre , le juge estime que ce salaire minimum mensuel constitue la contrepartie du travail effectué pendant la durée ci-dessus rappelée , ou de celle admise comme équivalente , par suite dans certaines hypothèses , de la prise en considération de temps morts inhérents à quelques professions , notamment à celle de domestique, pour laquelle la durée de présence

¹⁵⁶Pour prendre comme base les rémunérations qui s'appliquent aux domestiques travaillant à temps complet, le jugement entrepris fait état et des dispositions à caractère général édictées par l'arrêté gubernatorial 7563 du 10 décembre 1953. Il est exacte que cet arrêté reprenant les principes d'un arrêté précédent du 8 juillet 1953, après avoir fixé le salaire minimum horaire au dessous duquel aucun travailleur ne peut être rémunéré, a crû devoir préciser en son article 4 que pour les travailleurs payés au mois, ce salaire minimum ne saurait être inférieur à 173 fois 1/3, le salaire horaire. Les chiffres 173 fois 1/3 représentent les heures de travail horaire.

est portée à 260 heures par mois. Sur le plan juridique, le juge considère que le salaire est la contrepartie du travail accompli, et il n'est pas dû lorsqu'il n'y a pas de prestation de travail réciproque, sauf certaines exceptions strictement déterminées par le législateur, par exemple en cas d'accident du travail. Enfin, il juge que le salaire auquel peut prétendre l'intimée doit être proportionnel à la durée du travail par elle accompli chez l'appelant¹⁵⁷.

Compte tenu des éléments sur lesquels, le juge s'est fondé, on constate l'application du principe de la réciprocité des obligations, base du contrat en Afrique Noire traditionnelle. En effet, le salaire est la contrepartie du travail accompli et il n'est pas dû lorsqu'il n'y a pas de prestation de travail, sauf certaines exceptions strictement déterminées par le législateur, comme en cas d'accident du travail¹⁵⁸.

En conséquence, un domestique qui travaille moins de quarante heures par semaine doit recevoir non pas le salaire minimum des domestiques, mais une portion proportionnelle de ce salaire.

B / Les pratiques de location en Afrique noire.

On distinguera essentiellement, ci après, la pratique des loyers annuels, celles du versement d'avance des loyers (qui ne se différencie guère apparemment d'un prêt sur garantie), celle des prêts de semences et des baux à cheptel.

¹⁵⁷ Selon le juge : « les calculs font apparaître que le salaire mensuel de 3000 frs versé à Fatou Ndiaye, remplit amplement cette dernière de son dû, sur la base du salaire mensuel à temps complet de 5415 francs. Que de la combinaison de ces textes (article 1^{er} et 2 de l'arrêté qui établit la durée de présence (260 heures / mois) , il ne ressort nullement ... que si un travailleur travaille plus de 20 heures par semaine , il doit obligatoirement être payé sur la base de 260 heures par mois , au tarif fixé par l'arrêté .

¹⁵⁸ Tribunal de 1^{ère} instance de Saint-Louis , 15 juin 1954 . MM.Drouet , président ; Millet , Substituit . p . 44

1/ La pratique des loyers annuels : le cas des malgaches

Désignée sous les noms de “hofa”, elle se caractérise par le versement d’une somme déterminée à une époque convenue d’accord parties, généralement après la récolte¹⁵⁹. Rares, sont néanmoins, les précisions à ce sujet.

On sait que dans la région de Moramanga, on louait, en 1961, un hectare de terres de 750 frs à 1500 frs par an.

Dans celle de Fenerive, on indique les prix de 500 à 1000 frs pour un demi-hectare en 1955, de 1000 frs à 1500 pour un hectare en 1961. Le bailleur et le preneur peuvent également convenir de la remise par le preneur d’une quantité déterminée de produits au moment de la récolte, quelle qu’en soit l’importance.

C’est l’“anto-bokatra” (garantie de récolte ... pour le bailleur)¹⁶⁰, également dénommé “vary tsy rofo” (riz qui ne dépérit point) (environs de Tananarive), “ vary tsy maty ” (riz qui ne périt point) (région d’Anzozorobe) ; “ atody tsy maty ” (rev.enu qui ne péritpoint) (région d’analavory) “ Tsangam bary ” (rizpromis, riz du)¹⁶¹(région d’ankazobe).

A Ankazobe, on loue un hectare de rizière pour 70 vata de paddy, ce qui représente un taux très lourd¹⁶².

Au lac Alaotra, les usages sont moins sévères et on loue un hectare de rizière suivant la qualité des terres contre remise de 18 à 45 vata de paddy¹⁶³.

¹⁵⁹ Pratique à peu près générale à Madagascar

¹⁶⁰ Régions de Tananarive, de l’Anony .Inconnu dans la région du Bas-MANGOKY et en pays Bezanozano .les localités dont les noms suivent dans le texte principal sont toutes situées dans la province de Tananarive

¹⁶¹ Traduction libre d’une expression dont le sens littéral ne pourrait être rendue en Français que par une longue périphrase

¹⁶² Environ 900 kg de paddy pour une production de l’ordre de 1500 kilos.

Cette pratique aurait vu le jour sur les Plateaux et se serait ultérieurement répandues dans d'autres régions.

Elle se caractérise par le fait que le preneur verse au bailleur une certaine somme avant l'entrée en jouissance, puis cultive le terrain et en conserve toute la récolte pendant un temps déterminé.

Dans la région de l'Anony, elle est connue sous le nom de "hofantanimbary " (location de rizière; en langue officielle) ou " fondrontsabo " (location de terrain de culture, en dialecte local). Le preneur verse de 30 à 50 000 frs pour un hectare qu'il exploite ensuite pendant 3 ans.¹⁶⁴Dans la région de Nosy varika, le versement serait de 10 000 frs par hectare pour une durée d'exploitation de 3 ans également .Dans la région de Moramanga, le montant des loyers dus par le preneur est réglé en une seule fois avant l'entrée en jouissance, ou par annuité successives.

Dans la région d'Ankazobe, on constate la pratique du "vola mody"¹⁶⁵ou " vary mody ". Le bailleur remet une rizière pour une durée déterminée (qui peut atteindre 10 ans) et pour une somme déterminée (qui peut atteindre 10 000 frs par hectare) à verser immédiatement, à charge pour lui de restituer l'argent à l'expiration de la période convenue entre les parties.

Le preneur cultive, sans obligation d'aucune sorte, et si le bailleur ne le rembourse pas, il devient propriétaire du terrain. Dans la région de Fianarantsoa, cette pratique a été également constatée. Le preneur verse 5000 f par hectare avant l'entrée en jouissance et exploite la

¹⁶³ Soit de l'ordre de 250 à 360 kilos de paddy

¹⁶⁴ Bien que cela n'ait pas été précisé, il doit s'agir de rizières à gros rendement comme il y en a dans cette région, de l'ordre de 2 à 3 tonnes de paddy à l'hectare.

¹⁶⁵ " Vola mody " (argent qui fait retour). " vary mody " (riz qui fait retour)

rizière sans redevance jusqu'à ce que le propriétaire le rembourse de la somme versée. Quant on en arrive à ce point, on ne voit plus guère de différence entre cette pratique et celle du " fehivava" du droit Mérina¹⁶⁶.

Les usages rapportés ci-dessus pourraient s'analyser ainsi puisqu'il y a un véritable prêt consenti par le preneur au bailleur et dépossession du bailleur, le cas échéant. L'avantage, dit-on, de ces usages, c'est que le bailleur conserve pour lui, l'intérêt de l'argent qui lui a été remis par le preneur.

Il paraît convenable de faire remarquer que Cahuzac, qui rapportait les usages de la fin du xix^{ème} siècle, notait que le contrat de " fehivava " ne s'appliquait qu'aux terrains de culture, ce qui lui confère pour cette époque, une caractéristique purement agricole qui la rapproche des pratiques qui viennent d'être signalées ¹⁶⁷. Il semble qu'à Madagascar, la distinction n'ait pas été nettement faite entre ce procédé de constitution en gage et la location de terres. Ainsi, s'expliquerait la rédaction de l'article 244 du Code des 305 articles qui paraît prêter à confusion : « Si une personne consent une cession de terre dite "fehivavany " ...Ceux qui donneront par ce moyen des terres en location ... devront payer ... un droit ... sur le montant du prix du fehivavany »¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Le "fehivava" a été défini par Me Thebault comme étant un gage immobilier avec remise de la chose aux mains du prêteur et droit d'attribution à celui-ci en cas de non-paiement.

¹⁶⁷ Ce n'est qu'à une époque plus récente que des immeubles d'habitation sont devenus l'objet de contrats " fehivava ". Cité par Jean Poirier dans " Etudes de droit africain et de droit Malgache » p. 85

¹⁶⁸ « Raha misy olola mamehy vava tany ... ary isay mampanofa tany toy isany ... dia ando avana ... ny fehivavany "Il ne faut pas aborder l'étude des coutumes Malgaches avec le

De même nature est le contrat de “ debaky ” (région de Van gaindrano) ou “ debaka ” (pays Bezanozano). Il s’agit d’un prêt consenti sur remise en garantie d’une rizière.

Le prêteur exploite la rizière jusqu’au remboursement, le produit de la récolte représentant, pour lui, les intérêts du prêt.

Parfois, l’emprunteur doit un intérêt en plus de la récolte, ou bien le prêteur fixe une date à partir de laquelle, il deviendra propriétaire s’il n’est pas remboursé¹⁶⁹.

2 / Les baux à cheptel

En rapport avec les idées qui ont cours à Madagascar relativement à l’élevage des bovidés, les baux à cheptel bovin s’apparentent à des contrats de gardiennage moyennant certaines modalités de dédommagement pour le gardien.

Ces contrats sont pratiqués sur les Plateaux et dans les grandes régions d’élevage¹⁷⁰. Un propriétaire qui estime que ses bœufs ne se reproduisent pas assez bien ou que certains pâturages sont meilleurs que ceux qu’il fréquente, les confie à un ami occupant ces pâturages ou dont les bœufs sont en meilleure forme.

On procède, également, ainsi pour diminuer les risques de vol en répartissant les bœufs entre des parents ou des frères de sang

souci d’y distinguer des catégories juridiques nettement définies et distinctes comme en droit français.

¹⁶⁹ Dans la région de Mananjary (province de Fianarantsoa) un paysan laisse la jouissance de ses terres à un créancier jusqu’à extinction de sa dette.

¹⁷⁰ Il est remarquable de constater, d’après Tantara (t . II. p. 457) cité par Jean Poirier, page 86 qu’Andrianampoinimerina avait décidé que lorsqu’une personne récoltait du riz en fraude du propriétaire, elle devait restituer ce riz et verser en outre à titre d’indemnité une quantité double de la quantité détournée. L’idée d’un certain rapport de restitution est donc commune à plusieurs régions.

habitant au loin. Procède, ainsi également le propriétaire d'un troupeau qui n'a pas suffisamment de terrains à sa disposition.

La personne qui reçoit le troupeau en a la jouissance (utilisation du travail des animaux pour ses cultures, notamment pour le pietinage, emploi du fumier en provenant, consommation du lait)¹⁷¹.

Elle peut consommer la viande des animaux abattus à la suite d'un accident. Elle doit soigner le troupeau comme s'il était le sien propre. Toute vente d'animaux lui est interdite.

Les droits du propriétaire sont garantis par le fait que ses bœufs conservent sa marque d'oreille distinctive, et que le responsable du troupeau doit, après chaque naissance, marquer régulièrement les animaux, non de sa marque propre, mais de celle de leur propriétaire¹⁷².

Lorsqu'un animal a dû être abattu, l'oreille portant la marque lui est envoyée, pour justification, s'il habite trop loin pour avoir pu vérifier la mort de la bête.

Les modalités de règlement diffèrent suivant les régions.

Sur les Plateaux, la rémunération du responsable du troupeau est en principe d'un veau sevré par an et pour cent adultes.

Dans l'Androy, le règlement ne s'effectue qu'au moment où le propriétaire demande la restitution de son troupeau, le responsable a alors droit au dixième du nombre total des animaux lors de la

¹⁷¹ Les renseignements sont extraits des ouvrages de Decary, Defoort et Julien, affirme Jean Poirier, p. 86

¹⁷² Toute fraude dans le marquage est réputé vol.

reddition de comptes¹⁷³. Il existe également des contrats de simple gardiennage, ne donnant, en principe, au gardien aucun droit de jouissance du troupeau.

Dans l'Androy, il reçoit un bœuf pour 30 bœufs toutes les 30 lunes. Sur les Plateaux, on salarie également les gardiens en espèces. Le salaire est fixé au mois ou forfaitairement à l'année.

Si la durée du gardiennage n'est que de quelques mois, le gardien peut se servir du troupeau pour ses travaux de rizières. La durée du gardiennage peut être plus longue et la situation du gardien devient alors analogue à celle du responsable décrite ci-dessus¹⁷⁴.

Dans l'Androy, on pratique également des prêts de bovidés. L'emprunteur utilise l'animal pendant la durée du prêt et le restitue dans son état du moment à l'expiration du prêt.

Si l'animal est mort entre temps par suite d'une circonstance naturelle, le prêteur n'a pas de recours contre l'emprunteur.

Si l'animal prêté était une vache, elle doit être restituée avec toute sa progéniture née durant le prêt.

Enfin, on loue les bœufs pour le pietinage des rizières¹⁷⁵.

Dans la région d'Antalaha, on pratique une forme plus moderne de bail à cheptel sur les porcs.

¹⁷³ Ces contrats peuvent être de longue durée : 10 ans et plus. Souvent le règlement n'intervient que, lorsque le propriétaire du troupeau étant décédé, ses héritiers le demandent pour liquider sa succession.

¹⁷⁴ On notera cette absence de frontières entre deux catégories juridiques, comme elle a déjà été relevée plus haut à propos des contrats de location et des contrats de « fehivava ».

¹⁷⁵ Cette pratique est appelée « mividy hoditr'aomby » (acheter la peau des bœufs dans la région de Vangaindrana).

Le bailleur confie un porc au preneur qui le soigne et le nourrit. Tous deux se partagent la viande ou le prix de l'animal après son abattage¹⁷⁶.

C/ Les contrats associatifs

Ici, le contrat coopératif et les contrats d'association seront abordés.

1° Le contrat coopératif :

Dans la coutume wolof, il arrive que des membres d'une même famille ou d'un même village se réunissent et décident de mettre en commun leurs efforts pour réaliser un travail quelconque. Tantôt c'est la construction d'un cas, la réparation d'un enclos ou la culture d'un champ. Ce contrat coopératif est très fréquent car il est dépourvu de caractère onéreux et présente de nombreux avantages pour les paysans wolofs. Pour eux, c'est un travail à meilleur marché offrant une meilleure qualité car les participants sont souvent choisis en fonction de leur compétence¹⁷⁷. Il importe de remarquer l'esprit qui anime ces genres de travaux car chaque participant s'empresse souvent à aider le voisin en faisant du travail à accomplir le sien.

- caractère du travail coopératif :

Commençons par cet exemple un membre du village désire construire une case, il lance un appel la veille du jour où ses travaux doivent avoir lieu et fixant l'heure et la nature des travaux¹⁷⁸.

¹⁷⁶Jean Poirier '' Etudes de droit Africain et de droit Malgache '' Univ de Madagascar, Editions Cujas 1965 pp 84 ; 85 ; 86, 87

¹⁷⁷ Op, cité. Mamadou Niang

¹⁷⁸ L'accord est destiné à mettre en commun les ressources en hommes pour la culture , les semailles ou les moissons , ou encore les travaux de construction de huttes ou les travaux d'entretien . L'aspect original de ce contrat de travail coopératif peut être ramené à une équivalence des prestations fournies de part et d'autres.

Son message qui se transmet rapidement à ses collaborateurs les lie dès lors qu'ils ont été avertis. S'ils ont des empêchements, ils doivent faire part de leurs excuses le plus rapidement possible. Le lendemain donc, les participants se présentent à l'endroit indiqué munis de leurs instruments. Le chef des travaux ne fournit généralement pas les instruments sauf s'il en manque au cours des travaux.

En ce qui concerne les obligations du propriétaire, sachons, qu'il est chargé de recevoir les travailleurs et de les installer. Durant les travaux, il doit ce qu'on appelle " le déjeuner " qui a lieu en fin de journée. Il est rare que les travaux s'interrompent en fin de matinée, il peut exister des pauses permettant aux participants de boire et de fumer. Le "déjeuner " est donc le seul moyen de rémunération. Les travaux cessent en général en fin d'après-midi, avant le coucher du soleil, même s'ils ne sont pas achevés et doivent durer plusieurs jours. Le repas du soir étant presque sacré chez les wolofs , les participants regagnent leur domicile tous les jours donc ne résident pas dans la demeure du propriétaire quelle que soit la durée des travaux ¹⁷⁹.

Concernant les obligations des travailleurs, retenons que le travail collectif présente souvent un intérêt sérieux car les éléments qui se constituent en équipe n'ont pas souvent l'habitude de travailler ensemble et ne possèdent pas les mêmes qualifications. Il faudrait donc les organiser et les discipliner si l'on veut obtenir un meilleur rendement. Cette tâche d'organisation et de discipline incombe non seulement au chef de travaux mais aux participants eux-mêmes. C'est eux-mêmes qui désignent dès leur arrivée un chef d'équipe choisi en fonction de son âge et de son expérience.

¹⁷⁹ ibidem

Le chef d'équipe répartit les tâches respectives et chaque participant est responsable de ce qui lui a été confié ce qui n'exclut pas leur responsabilité collective. Le chef d'équipe peut s'arrêter pour contrôler le travail de chacun des participants et il est à même de prendre en cas de nécessité des sanctions¹⁸⁰.

Le travail collectif exige dextérité et rapidité et c'est souvent celui qui exécute un travail bien fait dans un délai très court qui attire l'attention du chef d'équipe. En dehors des "déjeuners" les prestations consistent à organiser un grand festin à la fin des travaux. Quant aux sanctions¹⁸¹ elles sont souvent morales mais tiennent leur efficacité dans une mauvaise publicité faite contre les travailleurs par le chef des travaux.

Les exemples de travail coopératif sont fort nombreux chez les wolofs dont la plupart sont des paysans et il nous importe de citer l'exemple des travaux champêtres.

Chez les wolofs la puissance économique tient son origine dans l'étendue de la famille qui peut disposer de grandes surfaces de terres cultivables. C'est ainsi que les petites familles connaissent souvent des déboires en période de culture et il leur arrive de solliciter les services des voisins pour cultiver un champ. On opère de la même façon en cas de récolte.

Les travaux de culture s'effectuent dans les mêmes conditions que le cas que nous venons d'évoquer. Les participants ont droit de "déjeuner traditionnel" et les sanctions sont d'ordre moral.

¹⁸⁰ ibidem

¹⁸¹ Dans un tel contrat où tout repose ainsi sur la bonne foi des cocontractants, les sanctions en cas de défaut de prestations sont d'ordre essentiellement psychologique : le ridicule, le mépris, l'ostracisme etc...

Les deux exemples décrits ci-dessus constituent le type de contrat coopératif. C'est un contrat tenant son fondement dans la solidarité du groupe mais n'en reste pas moins dépourvu de caractère intéressé. Evidemment nous ne sommes pas encore en présence de l'intérêt matériel qui fonde de pareilles obligations comme le cas de la vente, mais il s'agit toujours rappelons-le du principe de réciprocité, cette notion de " Téranga¹⁸² " est aussi à la base de ces contrats .La rémunération n'est que symbolique consistant à des félicitations ou à une publicité pour le talent des participants¹⁸³.

Quant aux sanctions elles sont d'ordre essentiellement psychologique : diffamation, blâme, mépris¹⁸⁴.

2° contrats d'association :

Sous l'angle familial il présente un caractère particulier car les membres d'une même famille s'associent en vue d'accroître le patrimoine familial, mais chacun peut exploiter ses propres intérêts parallèlement au travail commun. Il nous suffit de prendre l'exemple de la culture des champs.

Dans ce cas, il faut distinguer le champ commun qui appartient au groupe et qui a fait l'objet du contrat, ensuite les champs individuels tout à fait indépendants.

Les obligations consistent pour chaque membre à se consacrer au travail en commun jusqu'à la fin du contrat. S'agissant par exemple de la culture d'un champ, il faut travailler jusqu'à la récolte.

¹⁸² " Téranga " solidarité, entraide, hospitalité

¹⁸³ Le travail ainsi mis en commun n'est pas à proprement parler rémunéré, mais, on considère que les fêtes et les réjouissances organisées pendant toute la durée des travaux sont une compensation suffisante des efforts fournis. Voir T. E. Olowale. p . 170

¹⁸⁴ Ibid

Les participants fournissent en même temps leurs instruments et s'ils ont une famille, femme et enfants offrent leurs services. Les membres ont le droit de quitter librement l'association, il suffit de prévenir les autres membres et dans ce cas, la cession de part se fait par le remplacement d'un autre cultivateur. S'il n'y a pas de remplaçant, la part du partant est affectée au patrimoine du groupe qui se partage les bénéfices. Le contrat prend fin après la récolte qui exige de grands travaux nécessitant parfois la main d'œuvre étrangère. Il y a un autre exemple de contrat associatif existant entre familles ou gens de même profession et dont le caractère est plus commercial que les précédents. L'exemple nous est fourni par l'organisation communautaire des pêcheurs de Guet-Ndar¹⁸⁵.

- Les pêcheurs de Guet-Ndar

Les pêcheurs de Guet-Ndar comme on les appelle sont des ouolofs habitants les côtes du Sénégal. Ils habitent l'ancienne capitale du Sénégal (St-Louis) et un quartier appelé Gut-Ndar. Leurs occupations principales sont la pêche qui d'ailleurs procure dans cette région du Sénégal presque tout le ravitaillement en poissons. Ce n'est pas seulement leur qualité de pêcheurs qui a attiré certains ethnologues qui leur ont consacré des ouvrages¹⁸⁶ mais ils ont des coutumes et une organisation sociale communautaire digne d'être étudiée surtout dans le domaine des obligations. Une pareille entreprise serait cependant difficile sans dégager de préalables sur certaines données qui caractérisent la pêche. Nous verrons en effet que ces droits et obligations du pêcheur varient suivant la nature de la pêche. Il faut rappeler que la pêche a lieu en toute saison et en particulier au mois de janvier. A cette époque, l'océan est souvent agité et seules les

¹⁸⁵ Guet-Ndar (quartier d'une ville du Sénégal : Saint-Louis)

¹⁸⁶ Nueca « Les pêcheurs du Guet-Ndar » Paris, 1935

grosses pirogues peuvent prendre la large pour un travail qui dure jusqu'à la nuit. Il en résulte une collaboration provisoire entre les pêcheurs et les propriétaires de petites embarcations, les unes devenant les auxiliaires des autres. Par conséquent, une répartition des produits conforme aux intérêts en présence est un problème qui se pose nécessairement. D'ailleurs l'équipage de pêche même est déterminé en partie par ces variations saisonnières des formes et de l'activité. La composition de l'équipage variant suivant la capacité de la pirogue, il importe, donc de fixer le nombre de personnes et même l'âge des membres de l'équipage. En général ; il y a des chefs de pêche le plus souvent le chef de famille ou s'il est vieux, l'ainé, mais c'est toujours le propriétaire de la pirogue. C'est donc lui qui équipe et dirige les embarcations, commande les manœuvres, effectue le partage et les produits du travail.

Tous les membres ayant participé à la pêche ont droit au partage. Le pêcheur lésé dans un partage sort la part normale qui lui est consacrée par la coutume et n'hésite pas à la revendiquer.

Les revendications se font par l'intermédiaire des parents et le recours aux tribunaux est assez rare. Les juges sont souvent les amis, les voisins et les vieillards dotés d'expérience dans la matière.

En ce qui concerne les droits de la pêche, le partage des fruits de la pêche est complexe car il varie suivant la nature de la pêche. Il existe en effet plusieurs sortes de pêche dont nous allons étudier quelques unes en vue de situer les obligations de chaque pêcheur.

- **La pêche de “ sobol”** ¹⁸⁷

C'est la pêche nécessitant l'emploi de la perche plantée verticalement sur le lit du fleuve¹⁸⁸. Evidemment, il résulte pour le pêcheur un certain droit sur cette région et pendant une période indéterminée. Cette surface faisant la propriété du pêcheur peut être prêtée mais ne saurait faire l'objet d'une vente. Ainsi les enfants des pêcheurs auront sur cette partie des droits de jouissance héréditaire.

Un deuxième fait à mentionner est le droit aux rites d'ouverture des campagnes de pêche qui appartient en général à une famille¹⁸⁹.

Quant aux obligations du chef de pirogue elles sont diverses, c'est lui qui fournit la mature, la voilure et le gouvernail. Il doit en plus donner au pêcheur les repas et sur mer les instruments nécessaires.

En revanche chaque marin apporte dans l'entreprise ses engins personnels c'est-à-dire ses deux lignes de fond en prévision d'une rupture de la première et une petite pagaie. Dans une famille composée d'un père, des deux fils et des auxiliaires le produit se divise ainsi : le poisson est vendu au marché par les femmes qui conservent 1/10 de la recette et le reste est partagé en autant de parts qu'il y a de marins. Chacun a le droit absolu de disposer de son gain, de le conserver, d'en faire cadeau ou de le dépenser.

- **La pêche au filet**

Elle est de moindre importance et fait naître par conséquent des accords moins importants. Dans la coutume, le chef de la pirogue qui

¹⁸⁷ Sobol : perche

¹⁸⁸ Le pêcheur qui opère de cette manière crée ainsi de part et d'autre une zone appelée “ sed” aux limites difficiles à fixer

¹⁸⁹ Le droit aux rites appartenait à une époque à la famille

a transporté les pêcheurs sur les lieux de la pêche reçoit outre sa part normale, une part supplémentaire de petits poissons.

- La pêche au "tiakh"¹⁹⁰

Le tiakh est le terme wolof signifiant filet. En général cette pêche de tiakh est collective et appartient à plusieurs individus. Les poissons sont d'abord vendus par les femmes au marché qui prélèvent 1/10 de la recette, 1/3 qui constitue ce que l'on appelle la part du " tiakh " dévolu au chef de famille et les deux autres parts sont réparties entre les pêcheurs.

- Le " ndiago" ¹⁹¹

C'est une des formes d'association la plus importante bien que temporaire, elle dure de novembre en janvier. Elle comporte parfois cent (100) participants et suivant les cas 120 à 130, femmes, vieillards et enfants peuvent en faire partie.

Les membres qui ne pêchent pas par incapacité ou maladie ont la charge de fabriquer les filets pour les travailleurs. Le partage se fait en retour et la coutume exige que les pirogues soient d'abord mises à sec. On divise le produit par le nombre approximatif des membres des " N'diago". La part des vieillards et des enfants se nomme " Sa".

Elle est mise de côté la première, puis vient la part du chef de pêche la meilleure du point de vue qualité pour le dédommager de son activité directrice et des frais de fournitures. Enfin les autres parts ordinaires ou " nar " sont distribuées aux autres membres¹⁹².

¹⁹⁰ Tiakh : filet

¹⁹¹ Sa : portion de poissons constitue une part.

¹⁹² Op, cité " La théorie des obligations chez les wolofs" p. 58 , 59 , 60 , 61

SECTION II : LES REGLES DE FORME DES CONTRATS TRADITIONNELS

Ici l'accent sera mis sur les formalités de passation de certains contrats (paragraphe I) et l'inexistence de formalisme dans certains contrats (paragraphe II).

PARAGRAPHE I: LES FORMALITES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS:

Le caractère solennel de certains contrats (A) et les modalités d'un formalisme protecteur propre au droit traditionnel des contrats (B) feront l'objet de notre étude dans ce paragraphe.

A / Le caractère solennel des contrats.

Selon Olowale, « Le droit coutumier Africain ne considère pas comme un contrat exécutoire le simple fait pour deux fiancés d'échanger des promesses de mariage, tant que ne s'ajoutent pas à celle-ci des échanges de biens et des formalités solennelles qui lient l'une et l'autre des parties au regard du droit ...¹⁹³ ».

Evidemment, parmi les contrats les plus en vue dans le droit coutumier africain, le caractère solennel s'implique davantage dans les alliances matrimoniales, bien qu'il existait des pactes rituels dans la formation de certains contrats.

Dans les sociétés traditionnelles, le domaine matrimonial constitue un champ privilégié des relations inter-communautaires.

¹⁹³ Op. cit. T. E. Olowale

Ainsi, se marier revient à acquérir sa "personnalité juridique", condition indispensable pour participer pleinement à toutes les célébrations et aux prises de décisions de sa communauté.

Cet état traduit par conséquent un double devoir, celui à l'égard des morts à qui le couple offre l'hospitalité au travers des naissances, celui à l'égard des vivants pour qui procréer participe des signes extérieurs de la bénédiction des morts. L'on comprend, alors, l'importance à la fois religieuse et sociale du mariage dans les sociétés traditionnelles. C'est pourquoi, le mariage, loin d'être le résultat de la volonté des conjoints, renvoie à l'expression de l'accord entre deux communautés¹⁹⁴.

En effet, il consacre des liens même sacrés non seulement entre les époux mais entre les familles. On pourrait voir dans le contrat de mariage : la cérémonie c'est-à-dire l'acte solennel, la dot élément principal du contrat, les rapports entre les deux époux, celui des familles et celui des époux et la société¹⁹⁵.

La conclusion du mariage comporte donc des procédures complexes et mobilisatrices des énergies sociales, telle la présence d'intermédiaires, L'accord des deux familles, les fiançailles, la dot, la célébration du mariage et quelque fois aussi le rapt.

Toutes ces phases indispensables à l'établissement des alliances matrimoniales étaient dans leurs mécanismes et leur finalité très importante pour la communauté¹⁹⁶.

¹⁹⁴ La conclusion du mariage comporte donc des procédures complexes, telles la présence des deux familles, les fiançailles, la dot, la célébration du mariage.

¹⁹⁵ Mamadou Niang " La théorie des obligations chez les wolofs " mémoire, 1967. p. 37

¹⁹⁶ Op. cit. H. L. Okou pp. 33 ; 34

Comme, il a été dit plus haut, dans les sociétés safricaines, le mariage est un contrat solennel passé entre deux familles. « ou les intérêts individuels des époux, bien que reconnus formellement ou implicitement, sont en réalités subordonnés aux intérêts dominants, ceux de leurs familles respectives »¹⁹⁷.

C'est bien là, en effet le caractère dominant du mariage africain.

L'importance attachée par la société en tant que telle au mariage tient sans nul doute à ce que le mariage, tout contrat qu'il soit, diffère sensiblement des autres contrats en donnant aux parties qu'il lie un autre statut.

Dans les sociétés traditionnelles africaines, la promesse de mariage est faite devant la communauté de la future conjointe et les représentants de la communauté du conjoint.

Contrairement à l'expression de la promesse de mariage du droit métropolitain qui requiert l'expression de la volonté des futurs conjoints, c'est celle de la communauté de la future conjointe qui est exigée en droit traditionnel.

A cette cérémonie décisive du mariage, sera conviée la mère de la fiancée¹⁹⁸.

Ce qui exprime le processus de " rupture " de la jeune fille, de son détachement de sa mère biologique qui, ayant assurée son éducation, la remet rituellement à la "mère sociale ", c'est-à-dire la communauté. En contrepartie de la perte que subit la mère de la jeune fille,

¹⁹⁷ Op. Cit. J. F. Hollemans

¹⁹⁸ Ibidem. p .40

elle reçoit les douaires et autres cadeaux présentés à la nombreuse assistance.

Avant l'introduction des marchandises arabes et européennes les douaires et les cadeaux se ramenaient à l'offre de pagnes faits soit avec les écorces, soit en fibre de raphia, ou en coton.

Chez certains peuples, comme les Akan, ces douaires et cadeaux s'exprimeront par l'offre d'or ou de pagnes traditionnels appelés "Kita".

La célébration du mariage peut se comprendre à la fois comme une rupture et une renaissance. D'où son contenu ambivalent. Rupture dans la mesure où le couple se détache du cercle familial, rompt le lien de l'enfance pour se réaliser pleinement en s'assumant. Renaissance du fait que le mariage met fin au stade de dépendance et efface le passé.

Rite de maturation des couples, elle constitue le " passage" d'un stade inférieur à un stade supérieur¹⁹⁹.

C'est pourquoi " le rituel de toilette " peut être considéré comme un moment d'enterrement du passé, une renaissance dans le conjoint. L'on est donc point étonné des deux exigences qui concourent à conférer la sacralité à la célébration du mariage: l'espace et le temps de la célébration.

L'espace de la célébration du mariage est un lieu ouvert, une place publique qui exprime par son statut l'idée d'une société communautaire²⁰⁰ . Cette ouverture donne évidemment sur l'origine du groupe, son équilibre unitaire au travers de l'ancêtremythique: tout

¹⁹⁹ Mair Lucy " Le mariage, étude anthropologique " Paris Payot, 1971 pp 50. 76

²⁰⁰ Ibidem .p .

comme l'ancêtre mythique a engendré le groupe, cet espace qui le matérialise fonctionne comme le prolongement permanent de la maternité symbolique.

C'est par conséquent un lieu de renaissance de la communauté dans son intégralité. Cette idée de renaissance qu'exprime l'espace de la célébration en fusionnant toutes les forces sociales en présence, sous-tend également, l'idée d'égalité de tous devant l'ancêtre fondateur. C'est par conséquent le moment de l'effacement symbolique des contradictions sociales. Ce qui transparaît également ailleurs dans les fonctions de la mairie, espace de la dépossession un non-lieu qui a pour fondement le principe d'égalité. Ainsi, l'espace de la célébration du mariage apparaît comme le moment de rapprochement de toutes les composantes de la communauté. Nous avons donc affaire à un ensemble de codes sociaux dont le discours pluriel se retrouve également dans le temps de la célébration du mariage. Le temps de célébration du mariage: le mariage se déroule généralement le matin dans la plupart des sociétés traditionnelles²⁰¹.

Le temps a une importance dans la consécration du mariage. Sa perception en témoigne et, sur ce point, les cultures négro-africaines ne sont point différentes des cultures d'ailleurs.

Chez les Grecs, la nuit est un passage, l'aube une naissance²⁰². Les Chinois identifient le temps à un "souffle producteur de vie"; ils le désignent par "ché"²⁰³. Dans les Vedas de l'Inde, le temps s'apparente à la vie des hommes.

²⁰¹ ibidem

²⁰² " Les cultures et le temps " Paris, Payot / UNESCO. 1975

²⁰³ Ibidem

L'Aurore et le crépuscule sont considérés comme les moments " les plus critiques de la journée".

Le temps exprime par conséquent le pouvoir de Dieu.

Composé de moments propitiatoires favorables à des actions en correspondance avec le destin, il est considéré comme l'expression du pouvoir cosmique.

En Afrique, le temps s'inscrit également dans un ensemble symbolique. Le soleil au Zénith exprime par son ardeur, les facteurs bellicistes. C'est pourquoi à l'ouest de la Côte d'Ivoire, si un enfant naît à midi, l'on conjure le mauvais sort en tirant un coup de feu en direction du soleil. C'est pourquoi, il est exclu de se marier à midi.

En récapitulant, nous nous rendons compte que le temps à trois dimensions: Présence du surnaturel, connections du surnaturel et des activités reproductrices, c'est-à-dire des énergies positives, enfin régulation harmonieuse de la vie et fonction préventive du dysfonctionnement social.

Chacune de ces dimensions est connectée différemment avec sa fonction précise, ses vertus que l'homme doit comprendre pour les inscrire dans les actes qu'il pose.

Les sociétés traditionnelles incorporent le moment propice du temps pour ne pas entrer en conflit avec les forces supposées transcendantales qui les lient et les orientent.

L'on comprend pourquoi dans les sociétés négro-africaines, les mariages se réalisaient le matin. Ce temps était ramené dans presque toutes les traditions à la naissance, à la transition entre la nuit et le jour.

Il est donc choisi pour la signification mythique et mystique qu'on lui confère: le mariage étant la naissance d'un foyer, doit se réaliser au moment propice pour capter " l'amas de souffle viril" non encore altéré par l'énergie négative symbolisée par la dispersion des rayons solaires au Zenith.

Le matin est donc le moment favorable à la recherche du bonheur, le temps d'harmonisation des relations multiples obligées entre les hommes et leurs croyances²⁰⁴.

B / Les modalités d'un formalisme protecteur:

Très généralement, les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties, sans aucune formalité, et en particulier, sans passation d'un écrit.

La validité d'un contrat repose sur la foi en la parole donnée. Beaucoup croient que du seul fait que des paroles aient été prononcées, échangées pour la conclusion du contrat, elles lient désormais les contractants plus sûrement qu'un papier²⁰⁵.

La persistance de ces usages est d'autant plus remarquable que la monarchie Merina s'était efforcée de faire disparaître le caractère clandestin des contrats de location en édictant des peines très sévères à l'encontre de ceux qui négligeraient de faire enregistrer ces contrats conformément aux prescriptions du code des 305 articles (art .86 .88.90). En outre, un droit de 5% devait être perçu sur les contrats enregistrés (art89).

²⁰⁴ Op, cit . H. L. Okou pp. 48 .49 .50

²⁰⁵ C'est cette idée qu'exprime le vieux proverbe « Ny omby voasingotra amin'ny tandrony ary ny olona voasingotra amin 'ny vavany » (on attache les bœufs par les cornes et on lie les gens par leurs paroles).

Pourtant, sur la côte Est, une certaine publicité paraît souvent requise. Dans la région de Tamatave, les contrats sont passés en présence de deux témoins ou du fokonolona, dans celle de Farafangana, le contrat donne parfois lieu à la rédaction d'un écrit en présence de deux témoins qui contresignent la convention; dans celle d'Ivohibe, les conventions sont habituellement écrites.

La durée convenue entre les parties est trèsvariable, mais généralement, elle ne dépasse pas un an.

En fait, s'il en est ainsi, c'est à cause de l'habitude prise de ne confier un terrain à un preneur que pour la durée d'une campagne agricole. Le preneur prend en charge un cycle de production complet depuis la préparation du terrain et les semis jusqu'à la récolte, laquelle donne au bailleur son revenu annuel et au preneur la rémunération de ses efforts.

Le contrat peut être reconduit indéfiniment avec l'accord du bailleur. Si le preneur décède en cours de contrat, ses héritiers poursuivent l'exploitation jusqu'à la plus prochaine récolte. Par contre, généralement, le décès du bailleur ne résout pas le contrat.

Il existe des contrats de durée assez longue: 3 à 5 ans, parfois plus, lorsque le bailleur remet au preneur un terrain inculte, à charge de le défricher et de le mettre en culture. Le preneur ne doit rien pendant les premières années. Mais le bailleur conserve le droit de résilier le contrat à sa convenance, et le preneur court le risque de se voir évincé après avoir travaillé mais avant d'avoir pu retirer des récoltes la juste rémunération de ses efforts.

Dans la région de Moramanga, il existe des contrats de location consentis pour 3 ans. En principe, lorsque le contrat est conclu pour un an, le bailleur laisse le preneur en place jusqu'à la récolte, quelle

que soit son attitude, même s'il néglige les travaux de culture. Il en sera quitte pour lui refuser le renouvellement du contrat pour l'année suivante.

Le règlement entre bailleur et preneur porte sur la remise au bailleur de la redevance ou de la part de récolte qui lui est due, ainsi que sur le remboursement des avances qu'il a consenties au preneur.

Ce dernier n'a droit à aucune indemnité pour les améliorations qu'il aurait apportées au fonds qui lui avait été confié²⁰⁶.

Le bailleur donne à bail un terrain pour en tirer un revenu en l'état où il se trouve lors de l'entrée en jouissance du preneur. A celui-ci de faire le nécessaire pour assurer au bailleur le revenu qu'il escompte.

Le partage de la récolte s'effectue contradictoirement, en présence du bailleur et du preneur. Celui-ci fait ce que l'on appelle le « loa bary an dasy » (présentation du riz sur l'aire), c'est-à-dire qu'il doit appeler le bailleur en l'invitant à faire le compte avec lui, souvent des proches parents des parties sont également présents.

De son côté, le bailleur prend ses dispositions pour assister, non seulement au partage, mais encore à la récolte elle-même.

En effet, certains preneurs peu consciencieux détournent parfois, nuitamment, une partie de la récolte avant le partage, lésant ainsi le bailleur. Parfois, le métayer vend toute sa récolte au bailleur. Cela n'a jamais lieu pour le riz, mais peut se produire pour les haricots, les arachides et les piments du Cap.

²⁰⁶ Le système du contrat avec perception différée par le bailleur du loyer ou de la part lui revenant en constitue un équivalent imparfait.

Le règlement des avances consenties par le bailleur au preneur s'effectue dans des conditions variables.

Assez souvent, leur remboursement se fait sur le produit total de la récolte, puis le reliquat est partagé. Parfois, le partage a lieu d'abord, puis le preneur rembourse sur sa part.

Pour aider au règlement des sommes et des produits qui lui sont dus, le bailleur ne dispose d'aucun droit analogue à celui qui lui est accordé en droit français par l'article 2.102 du code civil instituant la procédure de saisie-gagerie.

Il n'a d'autres recours contre le preneur défaillant que la possibilité de refuser le renouvellement du contrat²⁰⁷.

En Afrique Occidentale Française, l'acte sous seing privé qui constate un contrat de prêt d'argent même s'il est passé entre deux contractants de statut de droit commun doit être soumis au visa d'un fonctionnaire habilité à cet effet. Ce défaut de visa emporte de plein droit non seulement la nullité de la convention mais également celle d'une novation intervenue ultérieurement²⁰⁸. La remise des derniers ayant été effective celui qui les a perçus est tenu de les restituer pour les avoirs reçus indûment et sans cause.

Ce principe ressort d'un jugement du tribunal de Fort-Archambault en Afrique équatoriale le 18 octobre 1958, dans une affaire de prêt d'argent.

²⁰⁷ Jean Poirier op. Cit. pp. 88; 89; 90.

²⁰⁸ Penant 1959 "Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique " Tribunal de Fort – Archambault " 18 octobre 1958 .Afrique Equatoriale . Prêt d'argent . M. Tellier , président , Me Bomel et Me Icare , avocats. P . 320-321

En l'espèce, le nommé Chérubin a consenti un prêt d'argent à Bervin. Ce dernier ayant été assigné en justice pour un remboursement du prêt, appela le nommé Boganda Barthélemy, motif pris de ce que la créance de Chérubin aurait été novée : Boganda ayant accepté avec l'accord des parties de se substituer à Bervin comme débiteur de Chérubin²⁰⁹.

Dans cette affaire, le juge a pris la décision d'annuler le prêt d'argent et condamne Bervin à restituer à Chérubin la somme perçue indûment, aux motifs : que le décret du 9 octobre 1936 dispose dans son article premier qu'en Afrique équatoriale Française tous les actes sous-seing privé constituant des prêts d'argent devront être soumis au visa d'un fonctionnaire habilité à cet effet, que ce visa aura pour objet de certifier que par devant le dit fonctionnaire : les signatures ont été échangées, les espèces ont été comptées ; la somme ainsi transférée été exactement et sans retenue ni commission égale à celle mentionnée à l'acte sous-seing privé créant l'obligation ; Que l'article 2 du dit décret décide que le défaut de cette formalité substantielle entraîne de plein droit la nullité du contrat de prêt ; que l'acte sous-seing privé (en l'espèce une simple reconnaissance de dette) dressé à la suite de la remise des derniers consécutive au prêt d'argent consenti par Chérubin à Bervin n'a pas été soumis à visa .

Le juge décide ainsi que non seulement cet acte est nul, mais que la convention à l'occasion de laquelle il a été dressé l'est également²¹⁰.

²⁰⁹ Il résulte sans ambiguïté des termes même de la requête de Chérubin que cette somme a été remise à titre de prêt, que ce fait n'est pas contesté par Bervin Saint-Yves

²¹⁰ L'annulation d'un acte a pour effet de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé, qu'elle emporte la restitution de tout ce qui a été reçu indûment et sans cause. Selon le juge : « Bervin Saint-Yves détient sans droit la somme de cent cinquante mille francs que Chérubin lui a remise à Bangui le huit août mille neuf cent

Ainsi, c'est une réalité le respect d'un certain formalisme pour la validité de certains contrats. Néanmoins, d'autres contrats peuvent se passer de formalités pour leur validité.

PARAGRAPHE II : L'INEXISTENCE DE FORMALISME DANS CERTAINS CONTRATS.

L'objet de ce paragraphe est de montrer qu'il existe des contrats par lesquels l'inexistence de formalisme n'empêche leur validité. Pour ce faire, les contrats "légers" (A) et les contrats par "habitude" (B) seront étudiés.

A / Les contrats " légers "

Les parties au contrat peuvent tout d'abord conclure un "contrat léger". Cette expression empruntée à M. Mousseron²¹¹, fait référence chez cet auteur à un " instrumentum regroupant uniquement les dispositions jugées nécessaires par les parties: c'est-à-dire les informations exigées par la loi et les clauses substituant les dispositions supplétives estimées inopportunes par les contractants ou comblant les lacunes de la loi ". Par son emploi , nous voudrions signifier que les parties se bornent à choisir un type de contrat connu et réglementé , en ne reprenant dans leur accord particulier que les éléments essentiels du type contractuel choisi , et en renvoyant , pour combler les lacunes , au modèle typique correspondant²¹² . A titre d'exemple, en droit coutumier d'où ce sont plutôt les usages qui prévalent, deux particuliers concluant la vente d'un bœuf se réfèrent

cinquante trois , puisque cette remise est dépourvue de cause . D'autre part , il n'a pas été établi que Bervin Saint-Yves était en état de cessation de paiement .

²¹¹ J. M. Mousseron « Technique contractuelle » éditions Francis Lefebvre. 1988. N° 287. p. 119

²¹² Judith Rochfeld « Cause et type de contrat » Préface de Jacques Ghestin. p 17

consciemment ou inconsciemment, au modèle contractuel “ vente ”, et ne précisent, en général, que le prix et le bœuf.

En cas de lacune ou de litige, les règlements coutumiers viendront régir leur relation. C’est la méthode communément employée d’une référence aux modèles contractuels les plus usités.

Seule est nécessaire la définition par les parties des éléments propres à déterminer le type de contrat choisi, à qualifier l’accord, c’est-à-dire la définition des “éléments essentiels”.

Pour le reste, elles s’en remettent à la réglementation spéciale du contrat en cause et renvoient à un modèle externe et objectif.

L’important, ici, réside en ce que seul le but à atteindre reste choisi, la structure contractuelle correspondante en découlant directement.

Le type par choix, les contractants peuvent s’en remettre – et ont toujours usé de cette faculté – à un cadre contractuel préétabli, à un contrat connu, nommé et réglementé par les usages ou les pratiques, c’est-à-dire faire le choix d’un type contractuel. Leur préoccupation réside dans une simplification, une accélération, et une plus grande sécurité de leurs échanges²¹³.

C’est souvent le cas par exemple dans les marchés ou les foires où les transactions commerciales se font d’une manière simple et accélérée avec une plus grande sécurité. En concluant leur accord individuel dans un type contractuel, ils adoptent une structure éprouvée, ayant fait la preuve de son efficacité pour parvenir au résultat attendu. “ Le juriste, ce n’est pas douteux ”, note à ce propos M. Perrot “ préfère utiliser des techniques anciennes dont il connaît les effets, quitte à les

²¹³Op. cit J. Richfield.p. 17.18

affiner ou à les adapter, plutôt que d'en inventer de toutes pièces, parce que cette façon de procéder apporte moins de troubles dans les rapports juridiques ²¹⁴.

Certains éléments " essentiels " restent, il est vrai soumis à négociation, mais, ils n'interviennent que comme l'adaptation du cadre typique au cas particulier, et non comme une modification de celui-ci.

Beaucoup de contrats courants se trouvent ainsi conclus par référence à un modèle, notamment à un contrat spécial réglementé par les usages coutumiers. La location de terre pour la récolte, la remise de vêtements afin de le faire retoucher, ou l'acquisition d'un animal auprès d'autres particuliers, renvoient par exemple à l'adoption des types de contrat " bail ", " contrat d'entreprise ", et " vente ".

On retrouve ces mêmes exemples, dans le contrat de louage de services. Vous savez, dans les relations entre clients et artisans, c'est très rarement qu'elles donnent lieu à des procès.

Les seuls que nous ayons pu relever, concernaient des bijoutiers ayant reçu de l'or et des acomptes pour la confection d'un bijou et n'exécutant pas leur travail. La jurisprudence admet qu'un artisan qui a accepté une avance, est tenu d'achever le travail en vue duquel il l'a demandée. S'il continue à montrer de la mauvaise volonté, la commande peut lui être retirée sans qu'il puisse prétendre à dommages –intérêts.

Il est tenu en ce cas à restituer les matières et acomptes. Il en est de même pour les cordonniers, tisserands et teinturiers.

²¹⁴ R. Perrot " De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques " Thèse. Paris. 1947 p 18 n° 9

B / Les contrats par "habitude".

Comme le relevait Ihering, il existe des actes habituels " qu'on accomplit sans y songer ", et ou le but est " plus ou moins clairement conçu ".

Ici, la conscience même d'effectuer un acte juridique disparaît, le contrat correspond aux résultats désirés, englobe, au delà des contrats d'adhésion, toutes les hypothèses ou les parties ou l'un n'ait plus le choix de leur outil contractuel.

Ce qui importe pour l'analyse de la causalité, les parties s'en remettent au choix d'un type de contrat, d'un type d'opération économique.

Dans ces contrats conclus par habitude, " la répétition fréquente du même acte, accompli dans les mêmes circonstances, dans un but toujours identique a si bien enchevêtré le but et l'acte, que le but a cessé pour la conscience d'être un élément perceptible du processus de la volonté²¹⁵.

L'habitude dicte alors l'adoption d'un type de contrat c'est-à-dire l'entrée inconsciente, dans un cadre préexistant.

Le phénomène touche surtout des contrats de consommation courante et de faible importance, ou la conscience même d'effectuer un acte juridique disparaît. L'achat de denrées sur un marché par exemple, est entièrement dicté par l'habitude, que celle-ci soit collective (Selon Perreau, « à force de voir les mêmes actes se répéter indéfiniment de la

²¹⁵ R ; Von. Ihering " L'évolution du droit " (Zwecht in Recht) , 3ème éd. Traduction O . de. Meulenaere, Paris, Librairie A Maresq 1901. t ; l ; p ; 14 (voir également E . H. Perreau " du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé " R .T.D. Civ; 1901. 29 s. j; c; C Joviaux " l'habitude individuelle dans le droit des obligations " thèse. Paris. 1974, G. Endrio " l'habitude " D. 1981, Chr. 313.

même façon, la grande masse ne conçoit pas les relations sociales autrement qu'elles les avait vues fonctionner et compte absolument que leur cycle se déroulera toujours dans le même sens ...

L'interaction des habitudes individuelles sur la formation d'une habitude sociale qui n'est' ' pas autre chose que la masse " de celle-ci) ou individuelle. Il est vrai que dans une analyse différente, celle de M. Carbonnier ces contrats s'apparenteraient davantage à ceux de type par contrainte, en tant que fruits d'une contrainte autonome de l'individu sur lui-même, par la force de ses habitudes²¹⁶.

Mais quelle que soit la conception retenue, le constat demeure identique, puisqu'une nouvelle fois, il s'agit d'utiliser par habitude " un mécanisme utilitaire et raisonnable " destiné à gagner du temps ".

Cette catégorie représente même le paroxysme du type par choix puisque la technique contractuelle vient absorber tout le contrat qui en devient " réifié ".

C'est une évidence, des contrats par habitude ont toujours existé en Afrique noire traditionnelle. Des exemples, on en trouve dans des transactions commerciales et d'autres types de contrats.

Mais, force est de reconnaître que les contrats en usage généralement en Afrique sont : le contrat bilatéral, le contrat unilatéral, le contrat de bienfaisance et onéreux²¹⁷.

²¹⁶ J. Carbonnier " La genèse de l'obligation dans l'apparition de la coutume ". In Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 8^e éd L.D.G.J. 1995 p. 114 s

²¹⁷« Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome I SENEGAL. Publications du Comité d'Etudes Historiques et Scientifiques de l'Afrique Occidentale Française, Paris 1939. p. 92. Archives Nationales du Sénégal. Série A n° 8

Retenons que le fondement du droit des contrats en Afrique noire traditionnelle est surtout fondé sur un facteur moral. Ainsi, Ripert affirme que le contrat coutumier se fonde sur: « la force obligatoire de la parole donnée, le juste équilibre des prestations promises, la sécurité vis-à-vis de celui qui abuse de son droit, la réparation de tout dommage causé à autrui »²¹⁸. Cependant, nous allons aborder la question de l'exécution des contrats coutumiers en Afrique noire.

²¹⁸ '' Le nouveau code des obligations du Sénégal '' Annales Africaines. F. S. E de Dakar. Paris. Éd. Pedone. 1963. page 60

CHAPITRE II

L'EXECUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE

Le contrat légalement formé fait naître des obligations à la charge de l'un des contractants qui est tenu de les exécuter au profit de l'autre qui peut en exiger l'exécution : c'est l'effet obligatoire du contrat entre les parties.

Les droits et les obligations ainsi créés dans le patrimoine des parties au contrat réagissent sur la situation des tiers qui ont des droits sur ces patrimoines: c'est l'effet relatif du contrat à l'égard des tiers.

L'effet obligatoire du contrat entraîne pour le débiteur l'obligation d'exécuter la prestation promise. Si le débiteur n'exécute pas, les réactions du créancier peuvent être diverses. Soit forcer le débiteur à lui fournir la prestation même qui lui est due, soit se contenter d'un équivalent destiné à compenser le préjudice que lui cause l'inexécution: une réparation sanctionnant la responsabilité contractuelle.

L'étude de l'exécution des contrats du droit coutumier en Afrique au sud du Sahara va nous révéler, les effets des contrats (section I) et la responsabilité contractuelle (section II).

SECTION I : LES EFFETS DES CONTRATS.

Mettre l'accent sur les effets des contrats revient à traiter, l'effet obligatoire des contrats entre parties (paragraphe I) et l'effet relatif des contrats à l'égard des tiers (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : EFFET OBLIGATOIRE DES CONTRATS ENTRE PARTIES.

Les conventions valables obligent ceux qui les ont consenties.

Les obligations nées du contrat s'imposent donc aux parties avec une force égale à celle de la coutume. Cette règle a un fondement moral ; le respect de la parole donnée, et un aspect utilitaire : la sécurité des relations juridiques. L'exemple des contrats à titre onéreux tels que le contrat de dépôt (A), le contrat d'élevage (B), le prêt onéreux et la location de la terre(D) retiendront ici notre attention.

A / Le contrat de dépôt.

Le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à charge de la garder et de la restituer en nature. Le dépositaire doit conserver les objets qui lui sont confiés comme s'il s'agissait des siens. L'acceptation du dépôt vaut engagement pour le dépositaire de restituer, à première requisition, l'objet déposé tel qu'il l'a reçu²¹⁹.

Dans une société où la principale richesse de la femme est déterminée par la quantité d'or ou de bijoux qu'elle possède, le contrat de dépôt demeure usité.

²¹⁹Op, cité . « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française ». p. 125

Dans la coutume wolof le dépôt est un contrat par lequel une personne remet une chose à une autre à charge de la restituer en cas de réclamation. Il faut noter que le dépôt pour la préservation de la chose est rare chez les wolofs qui préfèrent garder leurs objets eux-mêmes. Le dépôt sous séquestre est le plus usité lors d'un décès d'une personne. Il n'est pas rare de voir le sage du village détenir des objets litigieux dont l'appartenance n'a pas encore été définie.

Dans ce cas, le dépôt porte dans de nombreux cas sur des bijoux, animaux ou certains souvenirs de famille²²⁰.

Dans un tel contrat, les parties sont soumises à l'effet obligatoire du contrat. Nous traiterons sous cette rubrique de la remise d'un objet à un tiers, en vue, soit d'en assurer la garde, soit de le transformer, soit de le vendre. Selon le cas, le contrat se rapproche donc ou du dépôt proprement dit, ou du mandat ou du louage d'ouvrage.

Ce genre de contrat donne fréquemment lieu à des litiges. L'indigène non pas tant par intention de dol que par imprévoyance, dispose de l'objet comme s'il lui appartenait et, lorsque le moment est venu de rendre les comptes, se trouve dans l'impossibilité de restituer l'objet ou son équivalent.

Aussi la coutume est-elle très rigoureuse en la matière. En principe, elle n'admet pas d'excuse en cas de disparition de l'objet. Un bijoutier auquel on a confié de l'or, en vue de la confection d'un bijou, est tenu de le restituer, même en cas de vol.

Il en est de même pour les sommes d'argent, les marchandises ou les produits qui auraient pu être remis à un marchand en vue d'exécuter

²²⁰ Op. cité '' La théorie des obligations chez les wolofs '' p. 70 - 71

des opérations de vente ou d'achat²²¹. Certains tribunaux ont admis, toutefois, une jurisprudence moins rigide. Au cas où le dépositaire peut établir de façon certaine que non seulement le dépôt mais aussi des biens propres ont été soustraits²²², il est parfois dispensé du remboursement des dépôts.

Mais, il va sans dire que cette jurisprudence doit être appliquée avec beaucoup de discernement. Si elle se généralisait trop, il est à craindre qu'elle n'entraînant une grande insécurité juridique et des abus nombreux.

Il semble, par ailleurs, que la jurisprudence indigène établisse une discrimination entre le dépôt gratuit et le dépôt onéreux, le terme dépôt étant entendu dans le sens large indiqué plus haut.

C'est ainsi que le propriétaire de troupeaux qui assure à titre bénévole, la garde de têtes de bétail appartenant à des tiers n'est pas responsable, en principe, en cas de perte, à moins qu'il n'y est eu de sa part grave négligence ou dol. Il en est autrement pour le berger professionnel, ainsi que nous le verrons plus loin. Par contre, un indigène qui, contre rémunération, accepte de conduire un animal d'un endroit à l'autre, doit rembourser la valeur de l'animal, lorsqu'il s'égare.

Dans toutes ces affaires citées, le tribunal tient, d'ailleurs, largement compte de la réputation d'honnêteté ou de malhonnêteté des incriminés qui sont responsables, également les dépositaires de

²²¹ Le dépositaire est obligé de veiller à la garde de la chose afin de la restituer sans préjudice

²²² Les modes de preuve sont le témoignage, le serment suivant la convention des paries. Notons également que le dépositaire ne doit se servir du dépôt qu'avec l'autorisation du déposant.

marchandises à vendre ; les ventes faites dans ces conditions s'effectuant généralement contre une commission de 10%.

Si le propriétaire des marchandises, a postérieurement au dépôt, des doutes sur l'honnêteté du dépositaire, il peut exiger des acheteurs qu'ils le paient directement.

Les marchandises remises en dépôt doivent être vendues, soit à un prix fixé d'avance par le propriétaire, soit à un prix laissé à la discrétion du dépositaire. Dans le premier cas, le dépositaire doit être à même de représenter, soit les objets, soit leur équivalent fixé d'avance.

IL faut mentionner, de façon spéciale, le contrat de garde de bétail qui joue un rôle extrêmement important dans la vie indigène, surtout chez les sédentaires. Chez les tribus nomades, ce sont, généralement, les propriétaires qui eux-mêmes gardent leur bétail. IL arrive, toutefois, fréquemment, que les propriétaires se confient entre eux du bétail, soit par superstition, soit pour varier les pâturages. Ces « dépôts » se font à titre de service réciproque et bénévolement.

Le dépositaire n'est pas responsable des pertes, à moins qu'on ne puisse établir le dol ou une négligence inexcusable. Le contrat de garde de bétail joue donc surtout pour les villages de sédentaires. Lorsque le village est important, le bétail est confié tous les matins à un berger professionnel qui le mène au pâturage.

S'il s'agit d'un petit village, cette fonction est assumée, à tour de rôle, par les chefs de famille. Le bétail est ramené le soir dans les villages et rendu au propriétaire.

Le berger est, en principe, responsable des pertes survenues pendant la journée. Il est, toutefois, déchargé de sa responsabilité s'il peut

établir que la perte est due à un cas de force majeure (mort par maladie, attaque par un fauve etc.). Mais, en ce qui concerne le bétail égaré, il doit en rembourser la valeur. Certains villages l'en exemptent s'il est allé à sa recherche pendant trois jours de suite et s'il en a rendu compte ensuite au propriétaire. Cette disposition s'applique surtout aux troupeaux emmenés à plusieurs jours de marche du domicile des propriétaires.

La rémunération des bergers est assez variable. Parfois, elle consiste en une somme d'argent, par exemple (taux mensuel) 5 frs par cheval, 2 frs par bovin, 0, 50 par chèvre ou mouton.

En d'autres endroits, le berger est payé en nature. Chez les sérères, la rémunération suivante est courante: Bovins: lait et fumier. Pouliche: quatrième portée. Jument: troisième portée. Poulain: un tiers du prix de vente.

Chez les Peuhls du Foula, la garde du troupeau pendant une durée de six mois est rémunérée par un bœuf âgé de deux ans (pour une durée de douze mois par une génisse de deux ans).

Chez les toucouleurs, le contrat couvre généralement une période de cinq à six mois. Le salaire est de vingt à vingt cinq kilogrammes de mil par têtes de gros bétail et de dix kilogrammes par tête de petit bétail.

Si le troupeau compte plus de quatre têtes de gros bétail, il reçoit une rémunération forfaitaire de cent kilogrammes de mil²²³.

²²³ Geismar Léon '' Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal '' ST Louis, Imprimerie du gouvernement, 1933. Colonie du Sénégal. pp 184 à 187

B / Le contrat d'élevage.

Au sein des communautés Ouolofs existent des accords entre propriétaires de bétail et parfois même de volailles aux termes desquels les animaux sont confiés à un voisin pour les élever.

L'idée est répandue chez les Ouolofs propriétaires de bétail et qui ne sont pas des éleveurs.

Ils s'adressent à des éleveurs plus qualifiés comme les pasteurs peuhls. Les éleveurs prennent à charge d'élever le bétail.

Les fruits appartiennent au propriétaire mais dans certains cas, le gardien peut en bénéficier. Par exemple dans les cas de l'élevage de bovins, le lait peut être laissé au gardien surtout si le propriétaire habite très loin.

Si propriétaire et gardien sont dans le même voisinage le lait est régulièrement fourni au propriétaire sauf le vendredi (le lait du vendredi étant une partie de la rémunération du gardien).

Dans le cas des chevaux, des chameaux ou ânes, le propriétaire donne son animal à un voisin qui se charge de l'engraisser, de l'entraîner si c'est un cheval de course et parfois de trouver un acheteur.

Le propriétaire peut reprendre son animal avant la fin du dressage mais, il doit avertir le gardien.

Les obligations des éleveurs sont importantes pour la responsabilité qu'ils assument. ILS doivent veiller et soigner les animaux malades. En cas de mort d'un animal le propriétaire doit être prévenu.

Lorsqu'il y'a accroissement du bétail, les éleveurs doivent informer le propriétaire.

Le contrat d'élevage peut prendre fin avec le consentement des parties, mais, en cas de décès d'un contractant il peut se transférer aux héritiers. En cas de décès de l'éleveur, son fils aîné continue à assurer la garde. Aussi les contrats d'élevage se perpétuent pendant des générations.

Quant à la rémunération dans le contrat d'élevage, elle se fait souvent en nature (lait du vendredi).

En cas d'accroissement du bétail l'éleveur a droit à une partie (par exemple sur trois naissances de génisses la troisième lui revient).

Dans les cas d'élevage de chevaux, le gardien peut recevoir soit de l'argent, soit des cadeaux ou une provision de semences en période de culture. Il faut noter en outre que les litiges entre propriétaires et éleveurs sont assez rares car les contractants sont souvent des amis ou voisins entretenant de bonnes relations²²⁴.

C / Le prêt onéreux et la location de la terre

Ces deux formes de mise à disposition de la terre peuvent se confondre, mais à l'analyse, elles présentent des différences fondamentales. Si le premier met plutôt en lumière un mode de répartition des terres et aussi les rapports sociaux, le second qui est la recherche du profit et de l'investissement sur la terre ne crée pas lui aussi de rapports capitalistes, ayant la terre comme support.

²²⁴ Op, cit. pp 74, 75, 76 Mamadou Niang

Tous les deux sont des formes de socialisation des rapports à la terre²²⁵. Egalement ces deux contrats créent des effets obligatoires entre les parties.

- **Le prêt onéreux**

Nous sommes comme pour le prêt gratuit de la terre en présence des mêmes types d'acteurs : maîtres fonciers, étrangers, anciens captifs et amis. Mais, contrairement au prêt gratuit, le prêt onéreux qui est un contrat synallagmatique est assorti de certaines conditions et redevances. Les contreparties varient, mais ne se font jamais en espèce. La première contrepartie d'un prêt à titre onéreux, au profit d'un étranger ou d'un ancien serviteur, se fait en prestations de travail, sur le champ du maître foncier. Cette disponibilité de la force du travail au profit du maître foncier pour un temps déterminé parfois relativement court ne s'apparente pas même pour les anciens serviteurs à l'exploitation d'une main-d'œuvre servile.²²⁶

Il s'agit d'un accord oral entre les parties, en présence ou non de témoins qui fixent les conditions et les effets du contrat. Le plus souvent, l'emprunteur donne au prêteur quelques journées de travail à des périodes bien déterminées : semis, cultures, garde des champs et / ou récoltes. Il y'a aussi les périodes de défrichement des champs au retrait de la crue.

Les termes du contrat peuvent aussi stipuler la participation de l'emprunteur aux opérations de clôture du champ.²²⁷

²²⁵ Samba Traoré. op. cité. p. 187

²²⁶ Ibid

²²⁷ " sangalunde, en terme soninké

Ces formes de stipulations sont générales et très courantes dans le Goy. Ainsi, c'est l'aspect services plutôt que celui de profits matériels qui est mis en relief dans ce type de rapport.

Cela n'empêche pas l'emprunteur de payer les redevances foncières statutaires sur le sol qu'il cultive, à moins d'une exonération tacite ou non de la part du maître foncier. Le plus souvent, ce genre de contrat qui met en rapport des parties qui entretiennent des relations privilégiées fait suspendre les redevances statutaires pour ne laisser subsister que les redevances contractuelles.

Ces redevances contractuelles étaient à la libre appréciation des parties, mais se faisaient toujours en prestations de service. Comme le prêt à titre gratuit, celui à titre onéreux peut se faire à durée indéterminée, en respectant toutefois, tous les principes de reconduction en cas de transmission de la terre ²²⁸ pour cause de décès de l'une des parties à l'origine du rapport.

Si le prêteur garde ses prérogatives foncières sur la terre prêtée, l'emprunteur quant à lui, jouit d'une entière liberté d'exploitation. C'est-à-dire en y cultivant toutes les variétés qu'il souhaitera ²²⁹ à moins que son exploitation ne soit cause d'appauvrissement des sols.

Par contre, l'emprunteur n'a pas le droit de céder la parcelle à une tierce personne, sauf autorisation du maître foncier. Parce que la cession d'une parcelle est un acte juridique qui ne peut être accompli que par le maître foncier lui-même.

²²⁸ Op. cité. p. 188. Traoré. Samba

²²⁹ Mais, en pratique, les sols de Waalo ne se prétent pas à toutes les variétés culturales. Ce qui limite, en fait, la liberté de l'exploitant. S. Traoré. p. 189

Nous avons, faute d'un terme mieux adapté, utilisé celui de contrat pour désigner le prêt de terre. Ces opérations sur la terre s'apparentent bien au contrat, parce que faisant suite à un accord de volonté, et engendrant de part et d'autre des droits et des obligations. C'est l'effet obligatoire du contrat entre parties. Mais, faut-il le rappeler, ces types d'opérations sont conçues beaucoup plus pour la répartition des terres et la reproduction des rapports sociaux et fonciers que pour des contrats proprement dits, car les avantages sociaux en sont nettement plus recherchés que le profit matériel ou pécuniaire.

Les rapports de l'homme à la terre ne trouvent leur signification qu'au niveau des exploitations agricoles ²³⁰et ces dernières ne trouvent leur importance qu'à travers la reproduction des rapports sociaux. Ces rapports sociaux constituent en quelque sorte le fondement même du rapport entre l'homme et la terre, parce que le foncier en tant que tel ne peut être considéré comme un niveau autonome d'analyse. Il n'est pas un fait total mais plutôt dépendant étroitement des rapports hommes/hommes²³¹.

Ces types de contrat permettent « la mobilité garantie de l'exploitation »²³².

Comme nous l'avons constaté, le régime foncier est fortement lié à l'organisation sociale. Les rapports que nous venons d'analyser sont différents dans leur forme, mais pas dans leur esprit.

²³⁰ Voir notamment LE BRIS (Emile) : « in Enjeux fonciers en Afrique noire » Paris, Karthala. 1982. p. 62

²³¹ Ibid

²³² Coquery-Vidrovitch (Catherine) : « Le régime foncier rural en Afrique noire », p. 65. cité à la page 190 par Traoré

Il n'y a pas d'opposition fondamentale quant à l'esprit, avec le contrat de location désigné par le terme "roxonde" en soninké. Egalement l'effet obligatoire des contrats entre parties demeure dans tous ces deux contrats.

- La location de la terre.

La confusion , dans le terme soninké de "roxonde" : prêt , pour désigner le prêt proprement dit dans ses deux formes et la locatio est,²³³ écrit Bathily : qu'on « peut louer un walo pour un temps déterminé ... La location annuelle ou prolongée comporte un usufruit appelé "njoldi" et "mujo" dans le Goy (le mot njoldi est faussement désigné par celui de "prix" et le mot "louer" par celui de vente ²³⁴, faute de terme propre ... »

Même si le principe posé par Bathily (I. D) n'est pas très précis, il convient tout de même de reconnaître qu'il pose le problème de la location dans son aspect le plus pratique. C'est justement à défaut d'un terme approprié que l'on est contraint d'employer des notions comme " prêt " et "vente" pour désigner la location²³⁵. Mais, dans le langage courant des soninkés du Goy, le terme "vente" « xobonde » est beaucoup plus usité pour désigner la location. La location de terre dans le système soninké est un peu différente de celle dans le système Pulaar du Fouta et contrairement au système wolof décrit par (Niang .M) la location n'est pas pratiquée dans les zones les moins fertiles

²³³ Bathily. I. D, 1969. 71. cité par Traoré. p. 190

²³⁴ Souligner par Traoré Samba. p., 190

²³⁵ Ibid

mais plutôt les zones de walo ²³⁶où la rentabilité est plus forte pour les deux parties.

Le contrat de location, en vue du partage à parts égales n'existe pas dans le système Soninké.

Ce qui existait, toutefois, c'était la remise du tiers de la récolte ²³⁷par l'utilisation du sol au maître foncier. Ce type de fermage n'existe plus dans le Goy. La pratique à néanmoins existé dans le passé²³⁸.

Par contre, la pratique la plus courante est celle de la "vente"²³⁹, que le chef du clan peut pratiquer sur les réserves claniques. Mais, contrairement au "thiogou" qui est une location moyennant un paiement unique et non un droit annuel de location, le "xobonde" soninké est un contrat de location annuelle. Les parties débattent librement du prix, que l'acheteur verse en nature ou en espèces après les récoltes. Il arrive que la "vente " soit conclue pour deux ou trois ans devant témoins et le prix de la location est versé à la fin de chaque récolte. Contrairement au "taxandi sikkandi "²⁴⁰, la "vente" est une sorte de métayage ayant généralement trait à des superficies plus étendues, les Kolanga précisément, et sur les réserves familiales ou villageoises. Cette pratique existe encore de façon très isolée dans le système foncier du Goy. C'est un contrat de gré à gré dont le prix n'est pas versé par l'intermédiaire d'un "jagarafu", comme por les

²³⁶ Kollanga précisément

²³⁷ Appelé "taxandi sikandi " (le 1/3, le troisième lot). Voir notamment WEIGEL. 1982. p. 61 et svts

²³⁸ OP .cité . p. 191. Traoré. S

²³⁹ Le "thiogou pulaar "

²⁴⁰ Ce que Weigel appelle " le fermage personnalisé "

redevances foncières, mais directement, à moins que les parties ne stipulent le contraire.²⁴¹ Le paiement peut se faire en argent, en bétails, en habits ou en céréales, selon l'accord des parties.

Le paiement du prix de la location, n'affranchit pas le cultivateur du paiement du "jakka", à moins que les parties ne décident de s'en passer. De plus, il n'y a pas de superficie prédéfinie dans les contrats de location, tout dépend des terres disponibles²⁴².

La location peut se faire tant sur le champ que le "vendeur" ou le "loueur" a déjà cultivé lui-même que sur une terre non défrichée. Le plus souvent, elle est pratiquée sur des terres non défrichées²⁴³ où sur des terres de réserves éloignées du village du maître foncier. Pour empêcher toute prétention sur les terres louées, la pratique consiste à vendre pour une durée n'excédant généralement pas trois ans, ce qui laisse la possibilité au bailleur de céder son terrain par le même type de contrat à un autre cultivateur.

C'est aussi une assurance pour lui de tirer le maximum de profit de la terre louée parce que le locataire qui voudrait la reconduction de son contrat respecte généralement les accords.

La location prolongée sur une longue période crée le risque que le locataire ne finisse par se croire maître de la terre. C'est pour cela que cette forme de location se fait plus souvent en dehors du terroir villageois, pour éviter les confusions et les conflits au sein de la

²⁴¹ Un terrain fut "vendu" par un cadet du clan "Tanbonka" de "Tiyaabu" il y'a des années sur les réserves de ce clan à "yaasillage" à la hauteur de Dembankaani (département de Matam). Il s'agissait d'une opération frauduleuse

²⁴² Ibid

²⁴³ Une façon commode d'en assurer la mise en production

communauté, la mauvaise foi étant plus facile à repérer à l'extérieur du terroir²⁴⁴.

Quelque soit la forme de la location, le non respect des accords est cause de résiliation du contrat, sans préavis. Parexemple, le bailleur a pour obligation de mettre la terre à la disposition du locataire et ce dernier de payer le prix convenu. Voilà l'effet obligatoire du contrat entre partie.

Ce type d'exploitation du sol comme le prêt constitue une façon de définir et de reproduire les rapports sociaux, non pas dans le sens de l'intégration des différentes composantes social dans le procès foncier mais dans celui du maintien et parfois de l'accentuation des privilèges fonciers d'une minorité et de la dépendance des uns vis-à-vis des autres²⁴⁵.

PARAGRAPHE II : L'EFFET RELATIF DES CONTRATS A L'EGARD DES TIERS.

L'effet relatif des contrats est un principe en vertu duquel les contrats ne peuvent produire des effets qu'entre les parties, tant à l'actif qu'au passif²⁴⁶. Les contrats n'ont pas d'effets à l'égard des tiers, mais ils peuvent profiter aux tiers dans des cas particuliers, par exemple comme il a été dit ci-dessus dans le contrat d'élevage, en cas de décès de l'un des contractants il peut se transférer aux héritiers.

²⁴⁴ Op. Cité. p. 193. Traoré. S

²⁴⁵ Traoré Samba, op. Cité. p .194

²⁴⁶ Lexique '' Termes juridiques '' Raymond Guillien et Jean Vincent Editions Dalloz 1995

Ainsi, l'analyse de l'aspect multilatéral du contrat de fiançailles (A) et de l'aspect multilatéral du contrat de mariage confortera cette thèse.
(B)

A / L'aspect multilatéral du contrat de fiançailles.

Toute la particularité du contrat de fiançailles réside dans son aspect multilatéral. Trois parties sont principalement intéressées: les deux familles et le fiancé.

Chez les wolofs comme dans la plupart des sociétés africaines les fiançailles constituent un contrat solennel passé entre deux familles qui consentent à donner leurs enfants en mariage.

Il arrive souvent que des parents désignent pour leurs enfants en bas âge des époux – souvent par son caractère prématuré, ce mode de désignation de jeunes époux apparaît sous forme de plaisanteries et il est difficile de prendre au sérieux une pareille promesse.

En réalité, les fiançailles se ramènent à une promesse de mariage. Dans les sociétés occidentales, cette promesse se faisait devant le prêtre au cours du Moyen Age, à une époque où l'église détenait le monopole de la célébration des mariages ²⁴⁷. Dans les sociétés traditionnelles africaines, la promesse de mariage est faite devant la communauté du conjoint. Contrairement à l'expression de la promesse de mariage du droit européen qui requiert l'expression de la volonté des futurs conjoints, c'est celle de la communauté de la future conjointe qui est exigée en droit traditionnel²⁴⁸.

²⁴⁷ Raymond G , '' Le consentement des époux au mariage '' Paris , L.G.D.J

²⁴⁸ Henri Legré Okou '' Conventions indigènes et législation coloniale (1893-1946) Essai d'anthropologie juridique '' Editions Neter. 1994 p. 40

Il est vrai que souvent ce mode de désignation de jeunes époux, se passe souvent sous forme de plaisanterie.

Cependant au fur et à mesure que les enfants grandissent, cette plaisanterie se transforme progressivement en réalité et se concrétise par des actes de la part des familles respectives des fiancés. Dans la coutume Ouolof la cérémonie des fiançailles est presque inexistante car durant la période de fréquentation les cérémonies seront nombreuses. Le contrat naît donc dès lors que les familles ont constaté que leurs enfants se fréquentent.

Le futur époux devient donc conscient des liens qui l'unissent à sa promise et c'est de là que naissent les obligations qui s'imposent à toutes les parties intéressées.

A côté du fiancé l'existence de prétendants peut être tolérée à condition qu'ils viennent seulement en admirateur ce qui ne fait qu'accroître le prestige de la fiancée.

Concernant les obligations du fiancé, il doit rendre visite régulièrement à sa fiancée dans sa famille et à tout moment. Il peut à tout moment rester seul avec sa fiancée aussi longtemps qu'il le voudra mais les relations sexuelles lui sont interdites avant mariage sous peine de rupture du contrat.

A l'occasion des visites rendues à sa fiancée il doit lui apporter des cadeaux dont peut bénéficier toute la famille de la fiancée. Il doit participer à certains travaux de la maison (champs, clôture et..) car il est considéré comme un membre de la famille.

En conseil de famille son avis peut être sollicité et il lui arrive de suppléer le père de sa fiancée dans ses obligations de chef de famille.

Le contrat peut être rompu en cas de manquement aux obligations des deux familles ou du fiancé. Il faut noter que le fiancé n'a qu'un rôle passif, on ne lui demande que de séduire et d'obéir. Quant au fiancé s'il est autorisé à pénétrer à tout instant dans la demeure de la fiancée une tenue correcte lui est imposée.

D'ailleurs, à tout moment la fiancée peut rendre compte de l'attitude de son visiteur à sa famille qui détient un droit de regard permanent sur eux.

Si la famille n'est pas satisfaite de la conduite du prétendant, elle peut prendre les mesures nécessaires.

De même, en cas de mésentente entre les deux familles, le contrat peut être affecté car il ne faut pas oublier que les principales parties intéressées sont les familles. Durant la période des fiançailles, les familles des fiancés s'observent et effectuent des enquêtes sur leur origine sociale respective.

C'est ainsi que le contrat peut se rompre si par exemple l'une des familles découvre chez l'autre une ascendance servile. Si le fiancé a commis un délit estimé grave ou si on apprend qu'il a manqué de courage au moment de la circoncision, il ne pourrait plus continuer à prétendre à la main de sa promise.

Cette particularité de contrat (aspect multilatéral) va davantage se préciser dans le contrat de mariage qui met en présence deux personnes, mais font naître surtout des obligations entre les familles et même entre les époux et la société. En fait, l'accord des deux familles est indispensable dans le contrat de mariage. A la cérémonie décisive du mariage sera conviée la mère de la fiancée. Ce qui exprime le processus de "rupture" de la jeune fille, de son détachement de sa

mère biologique qui, ayant assuré son éducation, la remet rituellement à la " mère sociale ", c'est-à-dire la communauté²⁴⁹ .

B / L'aspect multilatéral du contrat de mariage.

Le mariage est aussi un contrat solennel, comme il a été stipulé plus haut, mais plus que, les fiançailles il consacre des liens mêmes sacrés non seulement entre les époux mais entre les familles.

On pourrait voir dans le contrat de mariage plusieurs éléments: la cérémonie c'est-à-dire l'acte solennel, la dot élément principal du contrat, les rapports entre les deux époux, celui des familles et celui des époux et la société.

Soulignons que la présence du public est nécessaire pour conférer solennité, à défaut de publicité, à l'accord des deux familles. Ainsi pour le caractère solennel et la transparence requise pour l'accord des volontés, la négociation se réalisera soit chez le patriarche de la communauté, soit sur la place publique²⁵⁰.

On ne saurait ne pas aborder tous les aspects essentiels qui naissent des obligations découlant du contrat de mariage sans étudier les effets de ces obligations vis- à- vis des tiers .En effet le dernier élément qui caractérise le contrat de mariage chez les wolofs réside dans cet aspect multilatéral qui consiste à créer des obligations entre les époux, la famille et la société.

Il est souvent fréquent d'entendre dire qu' « en Afrique on épouse la famille ».

²⁴⁹ Op. cité. " Les conventions indigènes et la législation coloniale ". p. 40, 41

²⁵⁰ Op. cité " Les conventions indigènes et la législation coloniale ". p. 39

Cela se confirme dans la société Wolof où les familles des mariés se comportent comme des parents par les obligations mutuelles auxquelles les soumet le mariage de leurs enfants.

Les époux ne peuvent prendre aucunes décisions importantes sans solliciter l'avis préalable de leurs parents.

La contribution de l'époux aux travaux de ces beaux parents est obligatoire et ses services peuvent être sollicités à tout moment.

Le contrat de mariage qui engendre bien des obligations entre les époux et leurs familles comme on va le voir n'épargne pas les tiers. Si l'expression " parasitisme familial " est consacré par les économistes c'est qu'elle tient son fondement dans cet aspect multilatéral du contrat dont nous avons déjà parlé.

Il nous suffit de prendre l'exemple de la tutelle des enfants pour mieux caractériser cet état de fait.

A la suite de certains mariages, il n'est pas rare de voir les époux se charger de l'éducation des enfants que des parents leur ont confiés²⁵¹.

Le plus souvent, il s'agit d'enfants qui par le simple fait qu'ils portent le nom de l'un des époux doivent appartenir désormais à la famille de ceux-ci sur le consentement des parents. Ces enfants peuvent être soit en bas âge soit des adultes et les tuteurs doivent les traiter comme leurs propres enfants.

En contrepartie, les enfants, s'ils sont adultes offrent leurs services à leur tuteur en participant à tous les travaux de la maison.

²⁵¹ Ibid. p. 45

Ils peuvent s'ils le désirent aller rendre visite à leurs parents mais le plus souvent ce sont les parents qui préfèrent venir en vue d'emporter au retour des cadeaux offerts par les tuteurs.

Si cette garde des enfants existe sur la base d'un accord des volontés entre les parents et les tuteurs, elle n'exige aucune prestation avons-nous dit de la part des parents. On estime que les tuteurs du fait de leur position de mariés, ont assez de moyens matériels et doivent par conséquent élever les enfants qui portent leur nom.

Les tuteurs de ces enfants ont donc la même responsabilité et les mêmes obligations qu'ils détiendraient sur leurs propres enfants.

C'est donc un véritable contrat qui existe entre les tuteurs et les parents, mais faudrait-il étudier la nature de ce contrat.

Durée: Ce contrat de garde et d'éducation est presque illimité, les parents se proposant de confier leurs enfants à des tuteurs pour les élever et on se serait tenté de croire que le contrat prend fin une fois que les enfants ont reçu l'éducation nécessaire.

Dans certains cas, les familles une fois qu'elles occupent une position matérielle favorable, envisagent de reprendre leurs enfants et dans ce cas aucune fin de non recevoir leur est opposée. Mais les cas les plus fréquents c'est lorsque les enfants eux-mêmes décident de s'en aller. Cela peut se produire de plusieurs façons, ou bien l'enfant habituellement maltraité décide de s'enfuir et c'est très rare qu'il rejoint les parents²⁵².

²⁵²ibidem. p. 45

Parfois l'enfant quitte aussi le domicile du tuteur parce qu'il a atteint l'âge ou ses capacités se sont accrues (l'instruction ou l'acquisition d'un métier) et dans ce cas il part à la recherche d'une situation.

Souvent ce sont des camarades dotés d'un métier qui exercent sur lui une influence l'obligeant à les imiter.

Cette garde des enfants fait partie des obligations familiales de tout Ouolof jouissant d'une position sociale plus ou moins favorable et il est difficile de transgresser les règles qu'elle impose.

IL est un autre aspect de la garde des enfants qui revêt un relief particulier par l'importance de la personnalité à qui est confiée la garde. Il s'agit de l'autorité religieuse c'est-à-dire le marabout.

Le marabout étant dans la coutume Ouolof un homme de science, un éducateur il arrive souvent que les enfants lui soient confiés afin qu'il leur dispense son enseignement.

Dans la coutume Ouolof tout individu a fait son passage chez son marabout pendant qu'il était jeune ²⁵³. La cohabitation avec un marabout est une source de bénédictions et son enseignement un privilège.

Cette fois-ci nous assistons à un contrat plus précis car il a un but : il s'agit de l'instruction d'un enfant qui doit en même temps jouir de la bénédiction du marabout. La durée peut être aussi déterminée, les parents et le marabout ont décidé de procurer un enseignement à l'enfant après quoi celui-ci doit regagner son domicile.

²⁵³ HAMIDOU KANE " L'aventure ambiguë "

Le marabout n'est donc que le maître, ses élèves s'appellent " Talibé " et sont dans une école intitulée " Dara "²⁵⁴

Ce contrat ne lie pas seulement le maître et l'élève (c'est-à-dire le marabout et le talibé) il crée aussi des obligations entre le maître et la famille de l'enfant, il est transmissible de père en fils et peut se perpétuer pendant plusieurs générations.

Quant aux obligations de l'enfant elles sont intéressantes à étudier il n'est pas seulement l'élève se consacrant à ses leçons mais il est asservi et sa situation peut être bien comparable à celle du serf du Moyen âge.

La tâche du marabout consistant dans l'asservissement du talibé est d'autant plus facilitée que l'élève habite avec lui en ayant quitté son domicile.

Les parents, une fois l'enfant remis au marabout, n'ont aucun droit de regard sur lui. Pour eux le fait de confier leur enfant à un marabout est source d'avantages car cela leur permet de participer à la bénédiction du maître. Pendant son séjour chez le marabout l'enfant ne doit apprendre aucun métier, il doit se consacrer exclusivement aux travaux domestiques du marabout après ses heures de cours.

Le contrat prend fin lorsque l'enfant qui a pu acquérir des connaissances suffisantes a subi avec succès ses examens qui consistent à réciter plusieurs versets du coran dont le nombre est fixé par le marabout. Les obligations des parents consistent à rémunérer parfois le marabout soit en argent soit en nature et à organiser après

²⁵⁴ Dara désigne l'école ou est dispensé l'enseignement coranique.

la fin d'études une grande cérémonie en présence du marabout et de sa famille²⁵⁵ .

L'étude des effets des liens contractuels nous conduit à aborder la responsabilité contractuelle. En effet, en cas d'inexécution de ses obligations, la responsabilité contractuelle du débiteur peut être engagée.

²⁵⁵ Op, cit Mamadou Niang. pp, 44, svts

SECTION II : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE.

Lorsque l'exécution de l'obligation ne se réalise pas (obligation de faire ou de ne pas faire à caractère personnel et prolongé) le créancier subit un préjudice. Ce préjudice doit être réparé, ce qui engage la responsabilité du débiteur ou de ses héritiers.

Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle (paragraphe I) et les suretés pour garantir l'exécution des contrats (paragraphe II) seront évaluées.

PARAGRAPHE I : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DANS LE CONTEXTE COUTUMIER

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle sera traitée par l'analyse de l'exécution forcée (A) de la réparation du préjudice causé au créancier (B) et les sanctions des obligations (C)

A / L'exécution forcée.

L'existence d'une prétendue insuffisance du droit africain des contrats, à savoir l'indifférence habituelle des juges devant les problèmes d'exécution forcée d'une convention exécutoire est simplement constatée²⁵⁶. Supposons que A commande à B la confection d'un panier ou d'une houe et qu'il refuse ensuite de les payer ou même d'en prendre livraison : il est exact qu'alors ni A ni B ne peuvent demander en justice de réparation pour la rupture du contrat lui-même.

En revanche, une action en justice serait recevable si A invoque par exemple une malfaçon intentionnelle dans le travail de B, ou si B de

²⁵⁶ Op. cité. Thomas. E. Olowale : " la nature du droit coutumier africain " p. 175

son côté revendique le remboursement des dettes contractées par lui pour la confection des objets commandés par A.

D'une façon générale, le droit coutumier rendra obligatoire l'exécution d'un contrat qui a exigé d'une des parties une grosse somme de travail ou d'argent.

Gluckmann rapporte ainsi ²⁵⁷deux espèces jugées par les tribunaux Lozi en 1942 dans lesquelles un individu A avait commandé à un vannier un panier en lui versant d'avance l'intégralité du prix, alors qu'un individu B, ayant commandé lui aussi un panier, avait seulement versé au vannier des arrhes. Les deux vanniers ayant ensuite vendu les paniers, il fut jugé que A avait un droit à la possession du panier, alors que B ne l'avait pas.

Mais B fut l'objet de cette curieuse décision pour la seule raison que le juge à voix prépondérante passa outre à l'opinion contraire de ses collègues, unanimes à cet égard. Gluckmann rapport qu'il apprit de source sûre qu'en droit B aurait du pouvoir revendiquer le panier, même s'il n'avait rien versé au vannier.

Voici en tout cas la preuve que l'exécution forcée de certains contrats exécutoires peut être imposée par le juge.

Il est vrai que l'exemple de la rupture de promesse de mariage milite plutôt pour l'interprétation opposée.

Mais il est nécessaire de préciser que dans le droit coutumier africain strict, ce n'est pas le simple échange de promesses (que ce soit celles des fiancés ou celles de leurs familles) qui forme le contrat; c'est le paiement par le futur mari de la prestation imposée et, dans la plupart

²⁵⁷ Gluckmann , *Essays on Lozi Land and Royal Property* , pp 15 ; 16

des sociétés africaines la remise solennelle de la jeune fille à son époux par les parents, qui s'effectue dans la maison des parents du mari.

Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, chacun des promis est libre de se démettre de son engagement et de rendre à l'autre les présents qui pourraient avoir été échangés.

Un jeune homme berné par sa fiancée pouvait, ainsi, dans certaines tribus rentré en possession de tous les cadeaux qu'il avait faits aux parents de la jeune fille, s'il apportait la preuve de son infortune.

Le droit coutumier africain ne considère donc pas comme un contrat exécutoire le simple fait pour deux fiancés d'échanger des promesses de mariage, tant que ne s'ajoute pas à celles-ci des échanges de biens et des formalités solennelles qui tiennent l'une et l'autre des parties au regard du droit²⁵⁸.

Nous examinerons des procès qui rendent compte de l'importance de ces échanges de biens et formalités solennelles dans le contrat de mariage en Afrique noire traditionnelle.

a – Tribunal de Cercle de Sédhiou, 12 janvier 1905 – Ziguinchor 59, jugements du Tribunal de cercle, 26 juillet 1904 au 20 août 1907.

Les faits : le nommé Kéraba Gassama porte plainte, devant le tribunal contre le nommé Malang Touré, de statut musulman, demeurant à Katia, qui selon lui, donne à sa femme Kadi, le conseil de refuser de rejoindre son mari. La femme Kadi, rétorque qu'elle avait volontairement suivi le plaignant Kéraba Gassama qui, ne l'a jamais épousée, et qu'elle veut rompre toute relation avec lui.

²⁵⁸ Ibid. p. 176. Olowale

La coutume invoquée : la loi musulmane ne reconnaît comme légal que le mariage célébré en présence de témoins et pour lequel une dot a été versée.

La décision : le nommé Kéraba Gassama est débouté de sa demande ; la femme Kadi restera chez sa mère

b- Tribunal de Province de Nioro -Rip, n° 13, 15 avril 1907 - M. 112.

Les faits : au retour d'un long séjour dans le Soudan, le nommé Mamadou Coumba, domicilié à Keur Laya (Rip) était devenu époux de la femme Ary Diallo, de statut musulman, domiciliée à Ndiobéne Gallo (Linguère). L'oncle de celle-ci, Paté Tedy, ratifia le mariage, lorsqu'il apprit que Mamadou Coumba était musulman. Les frères d'Ary Diallo avaient demandé comme dot, une vache et un taureau ; l'oncle les réclama à Mamadou Coumba qui lui donna une génisse à Goua ; il refusa de la prendre s'il n'obtenait pas également un taureau.

Ary Diallo quitte alors le domicile conjugal. Sur ces entrefaites Mamadou Coumba prit une seconde épouse.

La dame Ary Diallo ne prétend revenir au domicile conjugal que si le taureau est remis. Mamadou Coumba insiste pour que ce soit l'inverse qui se produise, car, dit-il : « d'ordinaire une femme quittant en colère la demeure conjugale un dimanche, peut revenir d'elle-même, mais qu'on ne va pas la chercher ».

La coutume invoquée : l'usage veut qu'on paie la dot de la première épouse avant d'en prendre une seconde.

La décision : le onze mai prochain, Mamadou Coumba remettra à Paté Tedy, une génisse et un taureau, comme dot d'Ary Diallo, sinon, Ary Diallo divorcera et emportera la génisse.

C. – Tribunal de Cercle de Sédhio, n° 57, 27 juin 1908 – Ziguinchor 59, jugements du Tribunal de Cercle, 22 août 1907 au 10 mai 1911.

Les faits : le nommé Samba Fall, demande qu'il lui soit remis l'enfant qu'il aurait eu, hors mariage, de la nommée Ndébane Diatta, de statut non musulman, demeurant à Bignona.

La coutume invoquée : en pays diola, il n'y a pas mariage tant que la dot n'a pas été intégralement versée, et l'enfant né en dehors du mariage, appartient à la mère.

La décision : le jugement du tribunal de province de Bignona, du 22 août 1907, déboutant Samba Fall de sa demande, et dont fait appel, a été bien et valablement rendu ; le confirme et déclare qu'il sera exécuté suivant sa forme et teneur.

D- Tribunal du deuxième degré de Bakél, 15 décembre 1937— Bakel, affaires civiles et commerciales (premier ressort ou sur appel), 1932.

Les faits : à la suite du prononcé de leur divorce, une contestation de biens, s'est élevée entre les anciens époux Bandiougou Kamara et Coumba N'dondy. Bandiougou Kamara , de coutume toucouleur , âgé d'environ 46 ans , demeurant à Goudiry , a versé à Coumba N'dondy – de coutume toucouleur , âgé d'environ 37 ans domiciliée à Fergo (Cercle de Bakel) , -- ou à sa famille la somme de trois cent vingt cinq francs comme cadeaux faits avant le mariage , ainsi que trois vaches et un cheval d'une valeur de cinq vaches , à titre de dot . La dot fixée, s'élevait a quinze têtes de bétail.

Mais, depuis ce mariage, Bandiougou Kamara a revendu à son profit, deux vaches provenant de la dot. Après plus de douze ans d'union, il restait encore devoir neuf têtes de bétail, au titre de la dot. Bandiougou Kamara a conservé deux vaches appartenant en propre à

Coumba N'dondy, ainsi que quatre vingt cinq francs en espèces, et il a vendu un bracelet de jambe en argent appartenant à Coumba N'dondy pour payer une dette personnelle. Coumba N'dondy de son côté a conservé deux chèvres et deux cabris appartenant à son mari.

La coutume invoquée : le délai fixé par la coutume toucouleur pour le versement de la dot, est d'un an, ce délai peut être prolongé jusqu'à cinq ans au plus.

La décision : le divorce est prononcé entre Bandiougou et Coumba N'dondy ; Coumba N'dondy remboursera à Bandiougou Kamara, la somme de trois cent vingt francs ; la seule vache restant sur la dot sera laissée à Bandiougou Kamara, chez qui elle se trouve actuellement²⁵⁹.

Il reste que d'un point de vue morale naturellement, la collectivité voit d'un mauvais œil que les familles tolèrent chez les jeunes gens et les jeunes filles une inconstance sans cause valable dans le choix de leurs futurs conjoints ; l'opinion publique considère alors comme juste que le jeune homme ou la jeune fille victime de telles tergiversations soient dédommagés de la meilleure façon qu'il est possible .

Les cas de rupture de promesse de mariage étaient d'ailleurs traditionnellement peu nombreux, juste hommage à la moralité et à la sagesse des conceptions du droit africain.

Moralement parlant, il est indispensable que le coupable dédommage la partie lésée, en particulier au point de vue financier ; légalement ; en revanche, il n'a aucune obligation de compenser le préjudice moral qu'elle subit de son fait si un véritable contrat de mariage fait défaut.

²⁵⁹ Dominique Sarr '' Jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal '' « Les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 ». Paris – V. Editions. A. Pedone. 1976. p. 177. 178

Il y'a cependant à ce principe une exception: le fiancé infidèle qui a eu des relations sexuelles avec la jeune fille qu'il a séduite peut être contraint de l'épouser ou, à défaut de verser toutes les prestations qu'il aurait dû verser s'il l'avait épousée.

Il reste que l'exemple fourni par le mariage d'une rupture possible d'engagement n'est guère un exemple probant de la prétendue non reconnaissance par le droit africain de contrats exécutoires.

Les convictions valables obligent ceux qui les ont librement consenties. Les obligations ainsi nées de ces conventions peuvent s'éteindre : par l'exécution de la convention par la partie ou les parties qui se sont obligées , par le paiement , par la novation , par la remise de la dette ou de l'obligation , par la compensation , la confusion , la perte de la chose due , par la rescision ou action en nullité de la convention ²⁶⁰.

L'obligation ne s'éteint que par l'exécution ou par la renonciation à ses droits consentis par le créancier. La pratique de la compensation est très courante, parce qu'elle correspond à la notion suprême de justice, qui est l'expression de l'équilibre.

Rien ne peut exister valablement, sans sa compensation qui assure l'équilibre naturel du monde²⁶¹.

B / La réparation du préjudice causé au créancier.

La réparation du préjudice causé par la faute d'une personne incombe à cette même personne. Si elle ne peut réparer le dommage, cette obligation incombe au chef de foyer et au besoin, au chef de famille.

²⁶⁰ « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome III , Mauritanie , Niger , Côte d'Ivoire , Dahomey , Guinée Française . Publications du comité d'Etudes Historiques et Scientifiques de l'A.O.F. Paris, 1939. Archives Nationales du Sénégal. Série A n° 10.

²⁶¹ Op cité '' sacralité, pouvoir et droit en Afrique ''. p. 158.

L'obligation de réparer le dommage causé est la même que, si le dommage résulte d'une infraction à caractère pénal.

Le chef de famille obligé en fin de compte de réparer le dommage peut faire vendre les droits immobiliers exercés par le chef de foyer sur une partie de la palmeraie familiale, si ce chef de foyer est l'auteur du dommage causé, notamment en cas d'accusation de sorcellerie. Le chef de famille peut également annuler la désignation de recevoir une dot, si cette attribution avait été faite au profit de l'auteur du dommage, et faire désormais affecter à la réparation les versements ultérieurs.

Cette responsabilité collective ne dépasse jamais le cadre de la famille²⁶².

Le dommage comprend la perte subie et le manque à gagner. Il peut résulter du défaut d'exécution de l'obligation due par le débiteur: L'inexécution peut être totale ou partielle, l'exécution défectueuse est assimilée à l'inexécution totale ou partielle selon l'importance des défauts constatés. Le créancier doit prouver l'inexécution. Les dommages- intérêts dus en cas de défaut d'exécution sont dits « compensatoires ». Le dommage peut résulter aussi du retard dans l'exécution: lorsqu'il s'agit de créances de sommes d'argent, le retard est toujours présumé causer un préjudice au créancier.

Au contraire, pour les autres créances, le dommage résultant du retard doit être prouvé par le créancier. Les dommages-intérêts dus en cas de retard dans l'exécution sont dits « moratoires »²⁶³.

²⁶² « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome III. op, cité. p. 450

²⁶³ Op cit '' les fondements de la vie juridique '' pp .216

Les génies forment une autre classe dans la hiérarchie des esprits. Bien que créés par les dieux, ils sont des êtres surnaturels.

Ils participent à la réalisation de la prospérité et déclenchent les catastrophes.

Ils sont notamment responsables des maladies mentales et des infirmités. Les hommes à leur égard, ont certaines obligations.

Mais, en cas de violation de l'engagement, la sanction peut être très sévère. Elle peut consister en la peine de mort²⁶⁴.

Les Toucouleurs, Peul, Sarakollé, n'admettent pas qu'un créancier puisse se saisir de la personne du débiteur ou d'un membre quelconque de sa famille, même pour se faire payer par son travail.

En cas de non exécution des obligations, le débiteur est mis en demeure de se libérer de ses dettes par l'autorité du lieu, qui peut faire saisir tous ses biens pour payer les créanciers, si ce débiteur y met de la mauvaise volonté. Si celui-ci se dit insolvable, il est gardé jusqu'à acquisition de preuves certaines avant de lui faire prêter deux fois le serment confirmant son état d'insolvabilité et l'engageant à se libérer de l'obligation aussitôt qu'il en aura les moyens.

Les biens de l'insolvable reconnu sont vendus au profit des créanciers, qui se partagent le produit au prorata de leurs créances²⁶⁵.

²⁶⁴ Op, cité, '' sacralité, pouvoir et droit en Afrique ''. p. 153. Ainsi, selon une légende Gambienne, les ''jinnés de Sanémien Téringue, peuvent donner la fortune, le pouvoir ou tout autre, en échange d'une prestation dont l'importance est variable : perte d'un parent, d'un membre de son corps., etc...

²⁶⁵ « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome 1. SENEGAL. Publications du comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique Occidentale Française. Paris, 1939. p. 91. Archives Nationales du Sénégal, série A. n°8

En ce qui concerne la réparation du préjudice causé au débiteur dans le droit africain des contrats, elle sera déterminée à partir d'exemple précis.

Mais, vous n'êtes pas sans savoir que j'ai préféré parler de réparation au lieu de sanctions qui doivent être infligées au débiteur, car dans les sociétés africaines existent des procédures qui visent moins à sanctionner qu'à rétablir l'équilibre.

En effet, l'auteur Bernard Durand confirmait cette affirmation en stipulant dans son ouvrage d'histoire comparative des institutions: « Il existe dans les sociétés centralisées des tribunaux chargés d'appliquer la coutume ».

Mais dans les autres sociétés, il existe seulement des procédures permettant de rétablir l'ordre social troublé. Du reste, ces procédures jouent un rôle aussi bien politique que judiciaire; arbitres, intermédiaires, vieillards, mécanismes régulateurs visent moins à sanctionner qu'à rétablir l'équilibre.

Aussi bien la coutume elle-même prévoit-elle le rapprochement entre les protagonistes plutôt que la peine pesant sur les coupables.

Elle entoure la procédure de tout un ensemble de rites, de formules dont l'autorité provient de leur caractère sacré, rites et serments que l'on retrouve jusque dans les jugements ... » ²⁶⁶.

Les biens qui sont susceptibles d'une appropriation individuelle font souvent l'objet d'un transfert entre personnes, selon des modalités très diverses.

²⁶⁶ Op cit 'Histoire Comparative des Institutions ' Bernard Durand pp. 377.

Un individu peut prêter ou remettre en dépôt à un autre sa houe ou son poignard dans telles conditions qui lui agréé.

En principe, le dépositaire de l'objet doit le remettre en nature au prêteur, à la fin de la période stipulée par leur accord, et il est tenu responsable de toute détérioration qui pourrait survenir à l'objet qui lui est remis.

Le droit africain reconnaît incontestablement que la propriété des objets, ainsi, transférés demeure dans les mains de celui qui opère le transfert, et que celui à qui il s'adresse, en a seulement la possession précaire.

Le bail passé doit être respecté dans sa durée et la partie qui le rompt avant le terme fixé est tenue pour responsable et doit réparation à l'autre.

Dans les cas où il s'agit d'un gage, celui-ci peut être retenu par le créancier jusqu'à ce que son débiteur ait accompli l'intégralité de ses obligations à son égard.

Lorsque la chose louée subit, alors qu'elle est entre les mains du locataire un dommage du fait d'une tierce personne, celle-ci est responsable à son égard, mais les juges indigènes accordent plus volontiers réparation au propriétaire lui-même, sans préjudice du fait eu égard aux circonstances de l'espèce, la réparation puisse être supportée à la fois par le propriétaire, le locataire et l'auteur du dommage²⁶⁷.

²⁶⁷ Op cit T. E. Olowale " La nature du droit coutumier africain ". p. 173

Toujours est-il qu'ici le droit africain reconnaît au locataire une possession distincte du droit de propriété détenu par le propriétaire de l'objet lui-même.

Dans le contrat de garde de bétail, le berger est, en principe, responsable des pertes survenues pendant la journée, comme il a été dit plus haut.

Il est toutefois déchargé de sa responsabilité s'il peut établir que la perte est due à un cas de force majeure (mort par maladie etc.).

Mais en ce qui concerne le bétail égaré, il doit en rembourser la valeur.

Certains villages l'en exemptent s'il est allé à sa recherche pendant trois jours de suite et s'il en a rendu compte ensuite au propriétaire. Cette disposition s'applique surtout aux troupeaux emmenés à plusieurs jours de marché du domicile des propriétaires.

Les cas de rupture de promesse de mariage étaient traditionnellement peu nombreux, juste hommage à la moralité et à la sagesse des conceptions du droit africain. Moralement parlant, il est indispensable que le coupable dédommage la partie lésée, en particulier au point de vue financier, légalement, en revanche, il n'a aucune obligation de compenser le préjudicemoral qu'elle subit de son fait si un véritable contrat de mariage fait défaut.

Il y a cependant à ce principe une exception : le fiancé infidèle qui a eu des relations sexuelles avec la jeune fille qu'il a séduite peut être contraint de l'épouser ou à défaut de verser toutes les prestations qu'il aurait dû verser s'il l'avait épousée²⁶⁸.

²⁶⁸Op, cit. T. E. Olowale.p. 177

Concernant le contrat de prêt, l'objet prêté doit être rendu tel quel. Un prêt en nature est à restituer en nature et un prêt en espèces, en espèces. Mais, en raison de l'obligation dans laquelle se trouvent les musulmans de déguiser les intérêts, il n'en est pas toujours ainsi. Souvent des prêts de mil sont remboursables en animaux ou espèces et vice versa.

En cas de baisse ou de hausse de prix et lorsqu'il est impossible de reprendre l'objet en nature, la jurisprudence est hésitante.

Certains juges prennent pour base de la valeur de remboursement, celle de la date du contrat, d'autres celle du jour de remboursement.

Pour ce qui est du contrat de vente, il n'est pas fait de distinction entre l'acheteur de bonne et de mauvaise foi. On ne se préoccupe pas non plus du nombre d'acheteurs successifs.

Le propriétaire peut reprendre son animal entre les mains du détenteur, quel qu'ait été le nombre des aliénations intermédiaires.

L'animal doit être restitué avec son croît.

Le détenteur dispose seulement d'un recours personnel contre son vendeur.

Ne sont pas définitives les ventes d'animaux vicieux ou malades.

Le cas le plus fréquent est celui concernant la vente de bovins déclarés immunisés contre la peste bovine, (c'est-à-dire animaux ayant déjà été malades). Ces animaux valent généralement beaucoup plus chers que les animaux non encore atteints. Aussi la fausse déclaration entraîne telle sans exception l'annulation du contrat. Les vendeurs cités en justice déclarent généralement que les acheteurs ne les ont pas questionnés. C'est assez improbable.

D'ailleurs, le prix payé permet aisément de faire la preuve des affirmations avancées. Il n'y a pas de prescription coutumière en la matière. Le prix de vente doit être remboursé même si la maladie survient dix ans après la vente.

Mais, il est logique qu'en ce cas le croit soit restitué, le lait et le fumier étant considérés comme une compensation suffisante de l'entretien.

La fausse déclaration concernant une diarrhée (tiar) atteignant les chevaux du fleuve et la gale des chameaux sont soumises aux mêmes règles²⁶⁹.

La vente à crédit, sans autre garantie que la parole de l'acheteur, est assez rare. Le plus souvent, elle s'accompagne de la remise d'un gage. En tout cas, elle n'est définitive qu'une fois acquitté le prix d'achat.

Tant que le prix d'achat n'a pas été payé intégralement, la coutume autorise le vendeur à reprendre directement l'objet. Mais, les tribunaux ont tendance à s'opposer à cette manière de faire et à exiger un recours judiciaire.

Si le débiteur n'est pas en mesure de s'acquitter, les tribunaux laissent parfois, mais pas toujours, les acomptes au créancier à titre d'indemnité.

Quoique la vente ne soit définitive qu'une fois acquitté intégralement le prix, l'acheteur a le risque de la détérioration et perte de l'objet.

Le caractère provisoire de la vente joue donc uniquement en faveur du vendeur. Mais, il est de règle qu'il y'ait alors des arrangements spéciaux entre les parties .Il arrive parfois aussi que des parties au

²⁶⁹ ibidem

contrat établissent des sûretés pour garantir l'exécution de leur contrat²⁷⁰.

C/ Sanctions des obligations

Lorsqu'un débiteur refusait de s'acquitter d'une obligation qu'il avait souscrite conformément à la coutume, et que cette obligation n'était éteinte ni par le paiement, la novation, la remise de la dette ou de l'obligation, la compensation, la confusion, etc., l'entremise des chefs étant restée inefficace, finalement la guerre éclatée entre les villages.

La contrainte par corps, si toutefois on pouvait donner ce nom à la mise en esclave et à la vente immédiate des prisonniers faits au cours de la guerre, s'exerçait aussi bien contre des personnes de la famille ou du village du créancier obstiné. Il n'existe pas d'autre forme coutumière de contrainte par corps.

En matière de dot et de cadeaux obligatoires, le chef de famille d'origine de la femme, ou bien le chef de foyer désigné pour percevoir la dot, a le droit de retenir chez lui la femme du débiteur. Il ne peut retenir que la femme originaire de sa propre famille, à l'exclusion des autres femmes du débiteur. La femme, ainsi retenue dans sa famille d'origine est toujours censée agir d'accord avec son chef de famille pour obliger son mari à payer ce qu'il doit. Dès que ce dernier s'est acquitté en entier, la femme lui est immédiatement rendue. Si la dette du mari n'a pas son origine dans le contrat de mariage, sa femme ne peut être retenue par son chef de famille d'origine.

A l'heure actuelle, la guerre entre villages n'est plus possible, et la crainte d'être entraînés dans des hostilités ne retient plus les Bétés de

²⁷⁰ Op cit. L. Geismar "Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal" .p . 195 et svts

la Côte d'Ivoire qui ont envie de ne pas remplir les conventions des contrats qu'ils ont valablement souscrits.

Heureusement, par contre, le prestige des chefs s'est en général maintenu, et surtout la création de Tribunaux indigènes, composés d'assesseurs choisis et présidés par un fonctionnaire européen, a donné aux Bétés la certitude que leurs différends seraient tranchés à la fois selon la coutume et selon l'équité. Si le nombre des causes confiées à ces tribunaux est toujours allé en augmentant, le prestige des membres des tribunaux et l'influence de l'europpéen qui les préside ont été suffisants pour que les jugements rendus soient exécutés de bonne grâce, sans recourir aux mesures de rigueur de la justice européenne, c'est-à-dire à la saisie et à la vente des biens mobiliers et immobiliers²⁷¹.

PARAGRAPHE II : LES SURETES COMME MOYEN DE GARANTIE DE L'EXECUTION DES CONTRATS

Les sociétés traditionnelles ont établi un ensemble de sûretés pour garantir l'exécution des conventions. Ce sont : les pactes rituels auxquels²⁷² nous avons parlé plus haut, les représailles collectives, la mise en gage des personnes (A) et le recours aux modes de preuves (B). Ici les deux dernières sûretés retiendront notre attention, en plus des prêts sur gages (C).

A / La mise en gage des personnes.

Contrairement au pacte rituel qui se caractérise par la manifestation des volontés des parties en présence, la mise en gage des personnes

²⁷¹« Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome III. Op. Cité. p. 449-450

²⁷² Même si certaines de ces sûretés, comme les pactes rituels par exemple, échappent au regard du législateur colonial, elles gardent toutefois toute leur importance.

est un acte unilatéral. Cet acte juridique se réalise soit lors de la conclusion d'un contrat (prêt d'argent) soit lors du consentement d'un aval par une tierce communauté. Dans le premier cas la mise en gage de la personne fera intervenir deux communautés parties prenantes à la convention, tandis que dans le second, on aura au moins trois communautés en relation contractuelle.

Quelques remarques s'imposent sur la durée du gage, la force de travail du gagé et sa mort²⁷³.

La durée du gage est liée au remboursement de la dette ; autrement dit, aucun délai n'est prescrit pour libérer le gagé.

Ainsi, contrairement au droit français, le travail du gagé dans la communauté créancière n'est pas comptabilisé dans l'extinction de la créance, quels que soient le temps qu'il y passe et le travail qu'il y fournit. Deux hypothèses semblent expliquer le refus de comptabiliser la force de travail du gagé dans le remboursement de la créance.

La première hypothèse est liée aux moyens de production qu'il utilise et à l'espace de production dans lequel il vit. Nous la dénominerons cette hypothèse objective.

En effet si la force de travail appartient au gagé, les moyens de production qu'il utilise reviennent à la société créancière.

Or dans les sociétés traditionnelles les moyens de production étant liés au fondement de la société, tous ce qu'ils génèrent appartient de droit à la communauté. Dans ces conditions, si le travail du gagé était comptabilisé, la créance serait éteinte non pas par la société débitrice mais par la société créancière.

²⁷³ Op. Cité H. L. Okou. p. 67 svts

Nous nous trouverions dans le cas d'une remise de dette et non d'une exonération de la créance. Bien que les sociétés traditionnelles n'excluent pas la remise de dette, elles font la distinction entre cet acte juridique et le travail du gagé.

Cette explication objective doit être complétée par notre deuxième hypothèse qui est l'hypothèse subjective.

Dans les sociétés traditionnelles négro-africaines, il n'y a pas de dissociation entre la créance et les moyens d'extinction de cette dernière. Etant donné que la communauté s'implique entièrement dans la créance et que cette dernière met en jeu l'honneur collectif, c'est de cette communauté seule que doit venir l'extinction de la créance.

Nous avons là l'expression d'une personnalisation de la créance qui au demeurant exprime la volonté collective.

C'est la raison pour laquelle à moins d'avoir des relations d'alliance, aucune tierce communauté ne saurait intervenir soit en nature soit en argent dans l'extinction d'une créance. Car, dans les conventions indigènes, dans le jeu des échanges multiformes, se cache l'enjeu du rayonnement de "l'être collectif" que représente la communauté.

Contrairement au droit français, la dette s'incorpore dans la personnalité du débiteur, atteint la substance "ontologique" de la communauté, déteint sur ces relations parentales.

Ainsi contrairement au droit français, la créance est non seulement quérable mais portable par le débiteur. Dans ces conditions, le créancier s'adressera à la communauté et non au gagé qui au demeurant fonctionne comme une "hypothèque de confiance" entre les deux communautés.

C'est la raison pour laquelle la force de travail qu'il fournit dans la communauté du créancier ne saurait entraîner une extinction de la créance contractée.

L'on comprend pourquoi, même mort, le gagé continuera toujours à garantir la créance non plus seulement au travers de son corps mais dans " son être immatériel " lié à " l'être collectif " de tous les morts de la communauté²⁷⁴.

Les dettes sont de même que les biens loués ou donnés en gages recouvrables par le créancier et imprescriptibles. Elles lient le plus souvent les enfants du débiteur à la mort de celui-ci.

Le droit coutumier exige seulement qu'elles fassent l'objet d'une preuve précise de leur consistance. C'est vrai qu'il existait autrefois dans certaines sociétés africaines, cette pratique qui voulait que le débiteur se donnât lui-même (ou en la personne d'un membre de sa famille soumis à son autorité) en gage à son créancier jusqu'à ce que la dette fut éteinte, sachons qu'il était ainsi à ses ordres, et n'était pas rare que le créancier fit travailler le débiteur pour son propre compte. Mais, le produit de ce travail ne venait pas même en déduction du montant de la dette: il était considéré comme de simples intérêts.

Le débiteur pouvait cependant exiger d'être bien traité, car seule sa force de travail était temporairement offerte en gage au créancier. Il n'était donc assimilé en rien à un esclave, ni même à un domestique.

En d'autres termes, le créancier pouvait le faire travailler, mais n'avait sur lui aucun droit de propriété²⁷⁵.

²⁷⁴Op. Cit. H. L. Okou. p. 70 - 71

²⁷⁵ Op cit. T. E. Olowale

B / Le recours aux modes de preuves.

Par modes de preuves des conventions indigènes, nous entendons tous les moyens prescrits par la coutume qui permettent aux parties de justifier leurs droits. S'inscrivant donc dans l'ordre coutumier, les modes de preuves des conventions indigènes sont implicitement contenus dans les contrats et constituent l'un des moyens de rétablissement de l'ordre menacé par le refus d'honorer ses obligations.

-Peuve testimoniale. – La coutume admet la validité du témoignage unique, à condition que le témoin n'appartienne pas à la famille de la partie en faveur de laquelle est déposé le témoignage. L'autre partie a le droit de recuser un pareil témoin, mais la récusation doit être faite avant la déposition du témoignage. Une partie contractante a le droit de faire prêter serment à la personne qui témoigne. Ce serment est prêté dans les formes du serment décisive.

Les femmes, mariées ou non, les enfants ayant l'âge de raison (huit à dix ans) peuvent être témoins. Les aliénés ne sont pas admis à témoigner.

En matière de contrat de mariage, le principal témoin est le mandataire envoyé par la famille du mari dans la famille de la femme pour l'ouverture des négociations. Ce mandataire assiste obligatoirement à toutes les négociations ultérieures et son témoignage est irrécusable, même s'il appartient à l'une des familles en cause. Ajoutons qu'en principe les femmes ne doivent pas connaître le montant de leur dot et que par suite elles ne peuvent témoigner dans ce cas d'especes.

Il est toutefois assez rare que l'on ait qu'un seul témoin pour établir la preuve d'une obligation. Pour peu que cette obligation soit importante, le contrat qui lui a donné naissance a toujours été conclu au cours

d'une palabre publique, à laquelle ont été conviés les familles intéressées, de nombreux chefs de foyer, ainsi que le chef et les notables du village où s'est tenue la palabre.

Le témoignage indirect est admis si le témoin unique, décédé au moment où la preuve de l'obligation doit être faite, avait déjà déclaré devant deux personnes habiles à témoigner, qu'il avait été témoin de l'obligation.

-Serment décisoire. — A défaut de témoignage, l'une des parties contractantes peut exiger que l'autre ou les autres parties, qui nient l'obligation ou bien le paiement et l'extinction de celle-ci, prêtent serment.

En effet , une Cour d'appel ²⁷⁶ déclare , par une appréciation souveraine , qu'aux dires des assesseurs la composant , dans les coutumes d'Afrique Occidentale Française sarakholé coranique et Maure coranique , n'ayant été ni codifiées , ni rédigées , lorsqu'un demandeur ne peut prouver par témoins , le bien fondé de ses prétentions , il peut déférer le serment au défendeur et , si celui-ci refuse de prêter le serment déféré , le droit allégué par le demandeur doit lui être reconnu .

En l'espece, Mouhamed Fing Touré, adjudicataire d'un marché de fournitures de viande à l'armée a conclu une convention avec El hadj Daouda Sakho et Sidi Mahamane Touré, une convention aux termes de laquelle, au cas où l'un d'entre eux bénéficierait d'une telle

²⁷⁶ Penant 1959. "Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique " Cour de Cassation Chambre Civile, 15 décembre 1958. Mahamet Fing Touré c/ El Hadj Daouda Sakho .A.O.F – Preuve – Serment. – Coutumes locales. MM. Bornet, Président ; De Montera, rapporteur ; Ithier, avocat général ; Mayer et Galland, avocats. P. 426-427, 69 é année.

adjudication, les trois contractants exécuteraient le marché en commun et en partageraient les bénéfices .

Mouhamed Fing Touré nie l'existence de cette convention devant le juge et refuse de prêter serment.

Ainsi, il est condamné par le juge d'appel au motif qu'en vertu de la coutume applicable aux parties, le refus par Mouhamed Fing Touré, de prêter le serment déféré par ses adversaires suffisait à prouver l'existence de la dite convention, en plus le juge de fonder sa décision sur l'opinion des assesseurs qu'elle s'était adjoints en application de l'article 12 du Décret du 20 novembre 1932 ²⁷⁷.

Le pourvoi formulé auprès de la Cour de Cassation est rejeté par cette dernière , qui confirme l'arrêt de la Cour d'appel , qui a constaté qu'en l'espèce les parties sont régies , non par le droit musulman , mais , par les « coutumes sarakholé coranique et maure coranique » ; que ces coutumes de l'A.O.F. plus ou moins transformées sous l'influence coranique , n'ayant été ni codifiées , ni rédigées, l'arrêt relève souverainement q'aux dires des assesseurs composant la Cour , dans la coutume unique , sur ce point , des parties , lorsqu'un demandeur ne peut prouver , par témoins , le bien fondé de ses prétentions , il peut déférer le serment au défendeur , et si celui-ci refuse de prêter le serment déféré , le droit allégué par le demandeur doit lui être reconnu .

²⁷⁷ Le pourvoi reproche encore à la Cour d'appel d'avoir fondé sa décision sur l'opinion des assesseurs ... Sans s'expliquer sur les conclusions de Mahamet Fing Touré , conformes aux motifs du premier juge et invoquant "le texte codifié du droit coranique applicable " duquel il résultait ,selon le moyen , que l'avis donnés par lesdits assesseurs était incomplet .Mais , pour déférer le serment coranique à Mahamet Fing Touré , le premier juge s'était , dans un motif , référé à la « RISALA » texte arabe sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite malékite , ce motif , contraire à ceux de l'arrêt , n'a pas été adopté .

D'où il suit que l'arrêt est légalement justifié.

L'importance du serment dans le règlement des litiges peut être constatée aussi dans cette décision de la cour de cassation de Tananarive, du 30 mai 1958 ²⁷⁸, par laquelle, il a été question d'apprécier l'admissibilité des moyens de preuve d'un contrat. Ici, le juge développe le principe suivant : « Dès lors que, chargé d'apprécier l'admissibilité des moyens de preuve d'un contrat entre deux parties de statut coranique, une cour d'appel constate que le premier juge a fait une exacte application du droit musulman, elle déclare par la-même recourir à la loi musulmane pour trancher le litige et met par conséquent la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la solution donnée au conflit de lois. »

En l'espèce, Abdallah Ben Saïd Omar revendique un terrain à Saïd Ibrahim Ben Saïd Ahmed qui aurait vendu à l'épouse d'Abdallah Ben Saïd Omar, Echat Benti Saïd Houssen décédée. Le défendeur avait repris possession du terrain, en prétendant l'avoir seulement donné en nantissement d'un prêt consenti par le père de la défunte et remboursé.

La Cour d'appel, après les premiers juges, dont elle a confirmé la décision, s'est fondée sur le serment prêté à titre supplétoire et dans les formes du droit musulman par le défendeur Saïd Ibrahim, qui a affirmé n'avoir jamais vendu le terrain litigieux ni, par suite, signé l'acte d'aliénation qui lui était opposé.

²⁷⁸Penant 1959 '' Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique '' Cour de Cassation, Section Civile 30 mai 1958. Abdallah Ben Saïd Omar c/ Saïd Ibrahim Ben Saïd Ahmed. M.Bornet, président, M. Goubier, Rapporteur; Me Lebégue, avocat general; MMes Talamon, Lévy-Falco, avocats. conflit de lois.—Convention, --Peuve – Parties de statut coranique.—Application de la loi musulmane. – enonciations suffisantes .p. 40- 41.

Le défendeur reproche au juge du fond d'avoir appliqué les règles du droit musulman , après avoir examiné le litige au regard du droit Français sans motiver son choix , alors que les juges du fond avaient l'obligation de statuer dans les termes des règles françaises du conflit de lois et de mettre la Cour de Cassation en mesure d'exercer sur ce point son contrôle , dans une matière intéressant l'ordre public .

Les premiers juges ont vu leurs motifs être adoptés par la Cour d'appel. Ils ont précisé que le serment avait été déféré à Saïd Ibrahim²⁷⁹, que la Cour d'appel déclare , elle-même, d'une part, dans un motif contenant en outre une référence purement incidente au droit français qui peut être tenue pour surabondante, « que l'acte invoqué ... non signé par l'acquéreur , la dame Saidati Echat , ne pouvait servir de preuve complète au regard du droit musulman que le premier juge a déféré le serment au défendeur » .

Selon le juge de la Cour de Cassation , ce dernier motif à une portée générale , et vise , à la fois , non seulement l'interprétation de la loi musulmane , à l'occasion de laquelle , les constatations des juges du fait échappent au contrôle de la Cour de Cassation , mais encor le recours pour la solution du litige à cette même loi , que la Cour d'appel a pu , à juste titre , déclarer applicable à la cause , s'agissant d'apprécier l'admissibilité des moyens de preuve d'un contrat entre deux autochtones des Comores , de statut Coranique , que le moyen n'est donc pas fondé .

D'autre part, le juge déclare, que le litige étant régi par la loi musulmane, le grief adressé aux juges d'appel de n'avoir pas fait une

²⁷⁹ Conformément à l'article 447 du Minhadj –at-Talibin

exacte application des règles du droit civil français ne peut qu'être rejeté, comme dépourvu d'intérêt.

Ces arrêts révèlent le rôle important qu'exerce le serment dans la prise de décision du juge pour faire valoir les droits des uns et des autres. Le serment a toujours été un moyen de preuve très usité dans le règlement des litiges en Afrique noire traditionnelle.

Le serment peut être prêté, soit en prenant le Grand Dieu à Témoin, selon la formule suivante : Lago Tapé Yé, na yuodé sa ! A cause de Dieu, je ne mentirai pas !

Soit en prenant une divinité à témoin : Koubo Yé, na Yuodé sa ! A cause de telle divinité, je ne mentirai pas !

Dans ce dernier cas, il n'est pas indispensable que le serment soit prêté sur un objet consacré à la divinité, - cette dernière étant un Esprit, - ni qu'il soit prêté en présence du prêtre.

La formule du serment peut être légèrement modifiée en remplaçant le mot Koubo, nom générique d'une catégorie d'Esprits, par celui de Gré, Koussou, Diémassou, etc.. , nom générique d'autres catégories de divinités, ou bien par le nom propre de la divinité invoquée. Les Bétés sont persuadés que le faux témoignage est puni par le Grand Dieu ou par une divinité, qui fait tomber malade le faux témoin, et même le fait mourir.

-Aveu de la partie qui s'est obligée, où dont l'obligation a été libérée. – Cet aveu est valable s'il est fait par une personne non aliénée, ou qui n'est pas en état d'ivresse.

Les Bétés , qui ne connaissaient pas avant la preuve littérale , étant illétrés , ont été obligés d'avoir recours à la preuve testimoniale, à

l'aveu et au serment, pour établir la preuve des obligations qu'ils avaient contractées.²⁸⁰

En droit africain traditionnel, la preuve est libre, mais, elle résulte généralement d'une contribution de la nature, et donc des esprits, à la manifestation de la vérité. Un arbre planté aura vécu, un cadeau offert aura été conservé, une ordalie ou un serment aura produit des effets, et tout cela indiquera où est la vérité.

Selon VERDIER, "prouver, c'est faire connaître la vérité. Or, cette vérité est détenue par les dieux. Aussi les hommes doivent –ils s'en remettre à eux à l'aide du serment ou des ordalies".

Il cite le cas des KABRE, chez qui l'épreuve de vérité consiste à aller chercher un anneau de métal à l'intérieur d'une marmite d'huile bouillante. Au Sénégal, on léche un fer rougi au feu. Aujourd'hui encore, ces pratiques jouent un rôle capital dans l'administration de la preuve. J. S. S. ROWLANDS décrit les mêmes mœurs au Kenya²⁸¹.

Ainsi, loin d'être un " simple mécanisme par lequel on parvient à établir la vérité d'une allégation, d'un droit ou d'un fait "comme l'avance H. Levy Brühl ²⁸², la preuve s'investit massivement dans l'ordre juridique établi, s'incorpore dans le jeu d'une certaine tradition de la parole, renvoie au processus de la défense et de l'attaque.

²⁸⁰ Op, cité. p. 440 - 442. « Coutumiers juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome III. Mauritanie, Niger, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinée Française.

²⁸¹ Op, cité « sacralité, pouvoir et droit en Afrique ». p. 157. Voir. R. Verdier. p. 31 et Serge Wickers. p. 139

²⁸² Levy Brühl Henri, cité par Rouland. N. " in Anthropologie juridique " Paris, PUF, 1988

Elle vise à toucher les fibres sensibles d'une opinion préétablie qui cherchera à retrouver dans le jeu des preuves l'enjeu de sa propre logique d'équilibre social.

En ce sens, nous examinerons un procès qui confirme cette réalité.

La jeune Boné avait été fiancé à Ajay ²⁸³, les fiançailles avaient été décidées par les parents lorsque leurs enfants étaient encore petits.

Ajay part au service militaire et, après une assez longue absence, il revient au pays. Se trouvant à Kandi²⁸⁴, il réclame sa fiancée. Celle-ci vient le rejoindre et tous les deux passent cinq jours ensemble. Puis Ajay repart à nouveau.

L'absence se prolongeant, Boné fait la connaissance d'un autre garçon et elle s'unit à lui. Le couple a un enfant, puis un deuxième, et Boné se trouve enceinte pour la troisième fois lorsqu'Ajay réapparaît sur la scène, après une absence de six ans.

L'ancien fiancé réclame Boné à son père, lequel promet de la lui envoyer dès qu'elle aura accouché.

L'enfant est né depuis longtemps, cependant Boné ne se décide pas à rejoindre Ajay. Celui-ci, à la fin, porte plainte contre son ancienne fiancée devant le tribunal de Savé.

Boné se présente le jour de la séance et déclare qu'elle désire rester auprès de ces enfants et vivre avec l'homme qui est leur père.

²⁸³ Le cas et le jugement correspondant sont rigoureusement authentiques, seuls les noms des personnes ont été changés.

²⁸⁴ Ville relativement importante du nord du Dahomey.

Comme Ajay ne peut pas prouver qu'il y ait eu versement de dot, il est débouté.

Commentaires : Ajay est débouté parce qu'il ne peut pas prouver qu'il ait jamais été marié, voire fiancé, à Boné.

En effet, selon la coutume ancienne, l'union entre un homme et une femme ne pouvait recevoir de sanction légale que si elle était accompagnée de certains dons. Notons que, très probablement, la situation du père des enfants de Boné vis-à-vis de cette femme n'était pas plus assurée que celle du prétendant débouté ; en effet, aucun argument de ce genre n'est mis à aucun moment en avant, et la raison que fait valoir Boné est d'un tout autre ordre : son désir d'avoir ses enfants auprès d'elle.

Certes, si Boné avait décidé de rejoindre Ajay, elle aurait dû abandonner ses enfants à leur père, ainsi le veut la coutume²⁸⁵.

Aussi faut-il lire dans la preuve judiciaire l'expression réduite de toute la trame normative de la société.

Ce n'est pas une simple vérité se ramenant à la situation précise, mais une vérité particulière de la vérité globale sur laquelle repose l'ordre établi. C'est pourquoi nous nous accordons avec la remarque pertinente de Norbert Rouland qui se démarque de l'approche "réductionniste" de H. Levy Brühl:

« **La preuve judiciaire**, écrit-il, ne correspond pas nécessairement à cette définition: en administrant ses preuves, chaque partie cherche moins à établir la vérité objective qu'à influencer la tierce partie

²⁸⁵ Jean Poirier '' Etudes de droit Africain et de droit malgache '' article sur « mariage et divorce dans le Dahomey moderne » de Montserrat Palau Marti. p. 395

intervenant dans la résolution du litige, que celui-ci se situe dans le cadre d'une société traditionnelle ou moderne »²⁸⁶.

Cela signifie qu'en prouvant ses droits, non seulement on voudrait rentrer dans ses droits, mais aussi se réinsérer dans la trame sociale, recouvrer sa dignité, son honneur, celui des siens, et à une échelle communautaire plus large, celui de son aire culturelle.

C'est la raison pour laquelle, bien qu'en souscrivant à la typologie de Jean Poirier ²⁸⁷ nous indiquerons que les modes de preuves des conventions indigènes sont en corrélation avec le statut des personnes parties prenantes au contrat.

Ce qui explique que pour comprendre les mécanismes des modes de preuves, il faudra au préalable saisir le statut des personnes.

Pour souligner certaines particularités des modes de preuves des sociétés traditionnelles africaines, retenons que les sociétés traditionnelles phallogocratiques et ethnocentriques auront tendance à entretenir des préjugés à l'égard des étrangers et des femmes.

Ce qui implique pour ces catégories de personnes, le plus souvent, l'usage des moyens extrêmes telle l'ordalie dans la recherche des preuves.

C'est également pour la même raison que le témoignage de l'étranger et de la femme n'aura pas la même valeur que celui des autres membres de la communauté dans le rétablissement de la vérité des conventions. Ces deux catégories de personnes n'ayant pas de droits reconnus par

²⁸⁶ Rouland Norbert, *Anthropologie juridique*, op cit, p 313

²⁸⁷ Poirier Jean « La preuve judiciaire dans les droits coutumiers de l'Afrique noire » *Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, T. XVIII, Paris, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1963, pp 37- 57

la coutume ne sauraient participer valablement à leur rétablissement. Il s'agit d'une expression du parallélisme des formes. Autrement dit, les modes de preuves des conventions expriment, dans leur manifestation, la logique globale de la société.

Dés lors, les preuves " transcendantales et matérielles " pour reprendre l'expression de Poirier, ne transcenderont nullement " la transcendance de la société " mais ne feront qu'en rendre compte, c'est-à-dire se ramèneront et aux prescriptions de cette dernière, et au statut de ceux qui interviendront pour apporter leur concours à la recherche de la vérité.

Ces personnes feront usage de tout l'arsenal des modes de preuves des conventions: le témoignage, l'aveu, le serment, l'ordalie. Excepté le dernier moyen qui est une épreuve du corps dans sa double composante matérielle et spirituelle, les trois autres modes de preuves se réfèrent à la parole en tant que " lien vital "rattachant par le souffle chaque être avec le souffle vital qui est pureté, vérité absolue.

Les modes de preuve des conventions indigènes africaines se rapprochent de celles des sociétés occidentales jusqu'au XIIème siècle. En cette période le Pape Innocent II introduit dans la procédure juridique la réforme " la procédure d'office ou action publique " ; cette réforme approuvée par le Concile de Latran en 1215 sera à l'origine du ministère public en France²⁸⁸.

C / Les prêts sur gages

Les prêts sur gages peuvent être définis comme la mise à disposition d'une somme d'argent contre la remise d'objets mobiliers.

²⁸⁸ Op, cit " Les conventions indigènes " H. L. Okou pp 72-76

Avant la présence des européens, l'objet du gage est constitué, dans les sociétés négro-africaines, par des personnes ou des choses²⁸⁹.

Le débiteur, lui-même a pu se donner comme garantie ²⁹⁰. Le travail que fournit le gagé n'est pas pris en compte dans l'extinction de la dette. De même, la durée et l'importance ne sont pas comptabilisées. Selon LEGRE OKOU, les moyens de production appartiennent au créancier et la communauté s'implique entièrement dans la créance qui exprime la volonté de la communauté ²⁹¹. Le dépositaire avait l'obligation de rendre l'« objet » déposé dans l'état où il l'avait reçu. Quant au déposant, il s'engageait à rembourser les dépenses d'entretien, engagement qui, le plus souvent, se traduit en fournitures de cadeaux. Mais, l'autorité coloniale est intervenue pour lutter contre cette pratique qui, dans la plupart des cas, s'est transformée en un procédé déguisé de la traite des esclaves.

Les conventions ayant pour objet d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la liberté d'une tierce personne, sont punies par l'article premier du décret du 12 décembre 1905 (Dareste 1906, 1, 57, modifié par le décret du 8 décembre 1920) d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 à 5000 francs.

Pour que le délit de traite soit constitué, la jurisprudence considère, afin de respecter l'autorité parentale, que la convention doit avoir pour objectif d'aliéner la liberté d'une tierce personne²⁹².

²⁸⁹ Pour les différentes garanties que fournissaient les sociétés traditionnelles lors de l'établissement des contrats, il faut lire l'ouvrage de LEGRE OKOU (H) sur les conventions indigènes, op. cit, p. 67.

²⁹⁰ JOUCLA (E) , « Le crédit » , in Collection de l'Action Nationale , l'Afrique Occidentale Française , CHALLAMEL , Paris , ANS , Bi III 8° 247 , p . 31.

²⁹¹ LEGRE OKOU (H), op, cit. p. 71.

²⁹² Cour d'Appel de l'A.O.F, du 20 septembre 1912, Dareste. 1912, 3, 303 ; du 14 février 1917.

Les prêts garantis par des personnes n'étant plus possibles, les efforts des commerçants ont porté alors sur des objets mobiliers.

Pour les objets mobiliers, la récolte ne peut pas, contrairement en Indochine, et pour des raisons déjà soulignées, jouer le rôle de garantie. L'économie coloniale a entraîné la pratique des prêts sur gages portant principalement sur des bijoux. Les prêts sur gages, pour le paysan, découlent de la vente anticipée de la récolte d'arachide pour régler ses dettes d'hivernage²⁹³ .

Chaque année, quand les travaux champêtres arrivent, il se met dans l'obligation d'acheter à crédit, et à des prix élevés, les graines d'arachides qu'il avait pourtant vendues aux maisons de commerce. Par exemple quand la situation se trouve aggravée par la disette ou la destruction de la récolte par des sauterelles, le producteur Sénégalais n'hésite pas à offrir à ses sujets de la valeur pour obtenir du crédit.

Aux conditions financières draconiennes des crédits d'hivernage s'ajoutent celles appliquées dans le cadre des prêts sur gages ; en ce sens que les prêts sur nantissement, comme on les appelle encore, permettent au commerce de contourner la règle coranique de l'interdiction des intérêts ²⁹⁴ .

Les prêts sur gages trouvent dans une large mesure leur origine dans les pratiques de commerce à Saint-Louis. Les abus commis par certaines maisons de commerce dans les prêts sur gages consentis aux indigènes ont provoqué l'intervention de l'autorité locale. Mais, la réglementation locale a été très insuffisante pour corriger les modalités pratiques des prêts sur gages. Lorsque le problème a dépassé

²⁹³ Note sur la situation de l'A.O.F, 17G337 (126), ANS.

²⁹⁴ FOUQUET Joseph, op, cit, p. 64. 65

l'entendement de l'autorité locale, l'autorité centrale a été ainsi obligée d'intervenir par l'intermédiaire du ministre des colonies.

Le gouvernement métropolitain proposa de remplacer le régime abusif des prêts sur gages, spécial à la colonie du Sénégal, par l'institution des Monts-de-piété²⁹⁵ .

Il considère en effet, que le meilleur moyen de combattre l'usure est d'instituer les maisons de prêts sur gages fonctionnant sous le contrôle étroit de l'administration. Si la réglementation des prêts sur gages est laissée aux autorités locales, la création des établissements jouissant du monopole de prêts sur gages relèverait de l'autorité centrale. Mais, l'opportunité et la mise en application sont propres au gouvernement local²⁹⁶ .

²⁹⁵ Les Monts-de-piété sont des établissements de crédits qui ont pour vocation d'apporter leurs concours (prêts) à des personnes de condition modeste. Les Monts-de-Piété sont des ancêtres de ce qu'on appelle aujourd'hui, en France, les caisses de crédit municipal qui accordent d'autres types de crédits que les prêts sur gages.

²⁹⁶ M. Samba Thiam « Les indigènes paysans entre maisons de commerce et administration coloniale : Pratiques et institutions de crédit au Sénégal (1840-1940) » .THESE EN COTUTELLE. Nov. 2001. p. 231 et sv

CONCLUSION

En guise de conclusion, retenons que les fondements du droit des contrats en Afrique noire traditionnelle résident sur la force obligatoire de la parole donnée , le juste équilibre des prestations promises , la sécurité vis-à-vis de celui qui abuse de son droit , la réparation de tout dommage causé à autrui. Ainsi, on voit nettement que le principal fondement du droit des contrats en Afrique noire traditionnelle est d'ordre moral.

En effet, très généralement, dans leur formation, les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties, sans aucune formalité et en particulier sans passation d'un écrit. La validité du contrat repose sur la foi ou la parole donnée. Beaucoup croit que du seul fait que des paroles ont été prononcées, échangées, pour la conclusion du contrat, elles lient désormais, les contractants plus sûrement qu'un papier. C'est pourquoi en Afrique noire, il y'avait un vieil adage qui disait qu' « on attache les bœufs par les cornes et on lie les hommes par leur parole ».

Donc, ceci montre qu'il y'a un facteur moral très ancré dans la formation de contrat négro-africain. L'africain a toujours accordé une grande importance à son honneur et à sa dignité.

Les conventions indigènes ne renvoient pas à la volonté individuelle mais plutôt à la parole donnée, patrimoine collectif d'une société à oralité avec son système de preuve en corrélation avec cette parole considérée comme sacrée. En outre, parmi les règles originales à la formation et à l'exécution des contrats en Afrique noire traditionnelle, existe l'accord de volonté des parties qui symbolise le principe du consensualisme.

Pour la validité de certains contrats, le caractère solennel s'impose; ici les formalités sont indispensables.

Le contrat de mariage peut nous servir d'exemple.

En effet, la conclusion du mariage comporte des procédures complexes et mobilisatrices des énergies sociales, tels la présence d'intermédiaires, l'accord des deux familles, les fiançailles, la dot, la célébration du mariage et quelque fois aussi le rapt.

Toutes ces phases sont indispensables à l'établissement des alliances matrimoniales. La poignée de main, la parole sacrée, les pratiques symboliques, certains rituels étaient aussi des formes particulières d'exprimer la volonté de contracter.

En revanche, l'absence de formalisme, pour plusieurs contrats tels que les contrats par « habitude » ou « automatiques » ou « légers » exemple le contrat de vente commerciale, bail commercial, mandat etc. n'entache en rien leur validité.

Cependant, des modalités d'un formalisme protecteur propre au droit traditionnel des contrats en Afrique noire ont été établies, tel à Madagascar.

Le juste équilibre des prestations promises nous rappelle le principe de la réciprocité des obligations qui est à la base du contrat coutumier africain.

Cela peut être constaté dans l'analyse des contrats de « navêtanés » de « tisserands » de « bergers » etc.. Dans les contrats de travail coopératif, le travail ainsi mis en commun n'est pas à proprement parlé rémunéré, mais, on considère que les fêtes et les réjouissances organisées pendant toute la durée des travaux sont une compensation suffisante des efforts fournis.

Ces pactes rituels, la mise en gage des personnes, les représailles collectives, le recours aux modes de preuve sont un ensemble de sûretés établis pour garantir l'exécution des conventions.

Les pactes rituels varient selon les sociétés négro-africaines. Ce peut être la conservation d'un " fétiche " par une tierce personne qui fera office d'arbitre en cas de contestation. Contrairement au pacte rituel, qui se caractérise par la manifestation des volontés des parties en présence, la mise en gage des personnes, c'est-à-dire la privation provisoire de la liberté d'un membre de la communauté en attendant que cette dernière honore ses obligations ; est un acte unilatéral.

Cet acte juridique se réalise soit lors de la conclusion d'un contrat (par prêt) soit lors du consentement d'un aval par une tierce communauté par devers la communauté du cocontractant.

Par modes de preuve des conventions indigènes, nous entendons tous les moyens prescrits par la coutume qui permettent aux parties de justifier leurs droits. S'inscrivant donc dans l'ordre coutumier, les modes de preuve des conventions indigènes sont implicitement contenus dans les contrats et constituent l'un des moyens de rétablissement de l'ordre menacé par le refus d'honorer ses obligations.

Le droit africain connaît la responsabilité contractuelle, celle-ci peut s'étendre à toute une communauté, par la faute d'un de ses membres qui a manqué à ses obligations contractuelles. Pour ce qui est de l'application de la coutume, en cas d'inexécution par ce cocontractant (le débiteur), les arbitres, intermédiaires, vieillards, mécanismes régulateurs, visent moins à sanctionner qu'à rétablir l'équilibre.

En effet, bien que des sanctions tels que les représailles collectives (la vendetta) l'isolement, le fétichisme peuvent être infligées au débiteur ou à sa communauté, les juges demandent plus à celui qui a manqué

à ses obligations contractuelles ou à sa communauté de réparer le dommage causé à autrui. Cette réparation consiste en une masse différenciée d'obligations, compte tenu du type de contrat que doit exécuter le débiteur ou la communauté à laquelle il appartient, au profit du créancier.

Après cette analyse succincte des fondements des liens contractuels en Afrique noire traditionnelle qui reposent particulièrement sur un facteur moral, nous allons nous interroger sur l'évolution des contrats indigènes.

Si l'on sait que les fondements et les finalités des contrats en brassage avec l'ordre juridique colonial étaient en désaccord avec le système normatif et avec les objectifs économique, politique, et social de la colonisation, l'on ne sera pas étonné de l'évolution des contrats en Afrique noire traditionnelle.

PARTIE II

L'EVOLUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE

TRADITIONNELLE (à partir du XIX é siècle)

INTRODUCTION

Lorsque sous l'influence européenne, l'économie monétaire, le machinisme, l'écriture envahissent le continent noir, les vieilles coutumes africaines commencent à craquer et deviennent de plus en plus impuissantes à satisfaire les besoins nouveaux.

L'industrialisation croissante de contrées traditionnellement rurales affecte le droit africain non seulement dans ses règles de fond, mais aussi dans ses règles de procédures ²⁹⁷ . Sur ce, les règles contractuelles ne sont pas épargnées .Ainsi, une série de transformations s'est produite, dans le cadre des relations contractuelles.

Avant la colonisation de l'Afrique, les règles coutumières formaient un ensemble juridique important adapté à l'organisation tribale des diverses contrées africaines. L'installation de la France en Afrique ruina immédiatement ces règles dans le domaine du droit public. Les règles coutumières furent remplacées par un droit écrit imposé par les français d'autant que la colonisation Française, usant largement de la politique d'administration directe, supprima les autorités traditionnelles ou les confina dans un rôle subalterne. Le système anglais d'administration indirecte a permis aux autorités traditionnelles de conserver des pouvoirs coutumiers plus étendus, sous le contrôle des autorités coloniales.

Avec le recul du temps, d'ailleurs, on est amené à constater que le système Français a eu pour résultat à longue échéance d'assimiler à la civilisation Française une élite, qui après avoir acquis des droits

²⁹⁷ Norbert Rouland « Anthropologie Juridique » Presses Universitaires de France, 1988. 1 ère édition. P. 267. Collection de droit fondamental.

politiques, fut prête à prendre le relais de la puissance coloniale en se conformant à la tradition culturelle et politique française.

Pendant la période coloniale, le droit français et les codes napoléoniens furent introduits au Sénégal.

Cependant, les codes s'appliquaient aux seules personnes de statut civil Français, y compris celles qui avaient été assimilées, et non pas aux africains qui avaient conservé leur statut personnel.

Ces derniers restaient soumis au droit coutumier ainsi qu'à la juridiction de tribunaux coutumiers distincts. En 1946, cependant, le code pénal français, fut rendu applicable à tous les citoyens qui devinrent dès lors justiciables des tribunaux français. Le droit coutumier se réduisait ainsi au droit privé.

Même dans ce domaine, les africains soumis au droit coutumier pouvaient, et ils le faisaient souvent soumettre leur convention au droit français par une disposition expresse.

De plus, et en l'absence même d'option, le tribunal pouvait appliquer le droit français à titre subsidiaire. Il en était ainsi par exemple, dans l'hypothèse de conventions relatives à l'assurance, au transport de marchandises. Car ces contrats d'origines récentes étaient inconnus de la coutume. Les deux domaines du droit coutumier, qui opposèrent la résistance la plus efficace, furent d'abord le droit des personnes et de la famille, comprenant le contrat de mariage, le divorce, les successions, les donations et libéralités et d'autre part le droit foncier. Certes, un système moderne et facultatif d'immatriculation, voisin du système Torrens, fut introduit en Afrique dès le début du XX^{ème}

siècle. Mais, il n'a pas réussi, en dehors des grandes villes, à remplacer le droit coutumier²⁹⁸.

Certains contrats coutumiers tels que les contrats ruraux (les contrats de « berger » de « navetanes » et de « tisserand »), ces trois catégories de conventions qui d'ailleurs n'ont pas fait l'objet d'un nombre de litiges considérables, n'ont pas été réglementées par le code du travail Sénégalais.

Sans doute ne serait-il pas inutile de les prévoir spécialement et de leur consacrer une réglementation inspirée du droit coutumier, qui aurait naturellement sa place dans la partie du code consacré aux contrats spéciaux.

Surtout, les règles coutumières continueront à avoir dans l'avenir un rôle non négligeable à titre d'usages. Le code adopte expressément dans son article 42, le principe de la liberté de contracter sous la réserve classique de l'ordre public et des bonnes mœurs. Des lors, les parties peuvent inclure des règles coutumières dans le contrat si elles le désirent.

Un tel système se retrouve dans toutes les législations et a été consacré en particulier aux Etats-Unis par le code commercial uniforme dans la section I- 205²⁹⁹.

La modification progressive de la forme des conventions indigènes s'amorce avec le décret Fallières du 2 mai 1906 qui introduit la forme écrite au détriment de la forme orale lors de l'établissement des contrats. Il s'opère une standardisation des contrats sur la base du

²⁹⁸ Annales Africaines « Le nouveau code des obligations du Sénégal » F S E de Dakar. Paris éd Pédone. p 82, 83. 1963.

²⁹⁹ Op cit Annales africaines p 86.

formulaire que remplissent les parties, un certain rituel conventionnel étranger aux conventions indigènes, la vérification des formulaires. On observe par conséquent, trois étapes dans cette procédure formelle: remplir les formulaires, la remise de copie à chaque partie, la vérification des formulaires.

Le processus de transformation de fond des conventions indigènes s'orientait dans certaines directions telles que: la réduction du taux de la dot et la valorisation de l'autonomie de la volonté³⁰⁰. Pour faciliter la passation des contrats par les illettrés, le code Sénégalais allait plus loin que le texte malgache qui envisageait uniquement la passation du contrat devant une autorité administrative parallèlement à l'authentification par notaire, procédure, évidemment plus formaliste que celle du code Sénégalais.

Depuis des années, les sociétés traditionnelles sortaient de leur isolement et entrent dans une économie d'échanges.

Elles ne se contentaient plus de subsister en autoconsommation.

Ce fait nouveau et considérable a entraîné une transformation du groupe de travail, ou plutôt une évolution radicale de l'esprit ancien qui l'animait.

Avec, la commercialisation de l'arachide, la Haute-Casamance et le pays peul prennent part aux activités monétaires. La vente des graines a fait naître une mentalité individualiste de profit, et toute l'économie traditionnelle collective du gallé s'en est trouvée perturbée. L'apparition de la monnaie en Afrique noire traditionnelle a entraîné plusieurs transformations dans les relations contractuelles.

³⁰⁰ Op cit « les conventions indigènes ... Henri Legre Okou. p 126.

En son état post-colonial, en contact avec l'économie monétaire, l'écriture etc.... ces influences apportent ainsi au droit traditionnel des contrats non seulement des retouches, mais un changement d'orientation, une modification profonde de certaines règles contractuelles, des méthodes de juger et même de penser. On est dès lors en droit de s'interroger sur les vestiges d'application de certaines règles contractuelles traditionnelles et les transformations profondes apportées sur les règles contractuelles traditionnelles au motif, qu'il fallait orienter les conventions vers le progrès économique et social, en faire des instruments efficaces du développement.

Pour ce faire, il convient, dans cette deuxième partie consacrée à l'évolution des contrats en Afrique noire traditionnelle, de traiter de l'évolution des techniques de formation des contrats en Afrique Noire moderne (chapitreI), dans laquelle les procédures de conclusion des contrats (sectionI) et l'opposition entre principes civils occidentaux et africains, (section II) retiendront notre attention.

En second lieu, on mettra l'accent sur l'évolution dans l'exécution des contrats en Afrique Noire (chapitreII) par laquelle les changements dans l'accomplissement des obligations contractuelles (sectionI) et les changements liés à l'inexécution des obligations contractuelles (sectionII) seront développés.

CHAPITRE I

L'EVOLUTION DES TECHNIQUES DE FORMATION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE MODERNE

Traiter de l'évolution des techniques de formation des contrats en Afrique noire moderne revient à examiner les procédures de conclusions des contrats (section I) et l'opposition entre principes civils occidentaux et Africains (section II), en se basant sur le passage de la tradition juridique africaine aux nouvelles tendances modernes.

SECTION I : PROCEDURES DE CONCLUSION DES CONTRATS.

On doit distinguer deux phases de l'accord contractuel: sa réalisation et sa validation. Ici, les changements dans les modes de réalisation (paragraphe I) et l'évolution des modes de validation de l'accord contractuel : de la solennité à la formalité (paragraphe II) seront analysés.

PARAGRAPHE I: LES CHANGEMENTS DANS LES MODES DE REALISATION

Ici, la réalisation orale traditionnelle (A) et la réalisation consensuelle moderne (B) de l'accord contractuel seront étudiées.

A / Réalisation orale traditionnelle

Le droit coutumier africain ignorant l'écriture, la plupart des contrats se formaient oralement. Pour la validité du contrat les parties doivent s'engager à respecter leur parole.

Le respect à la parole donnée est un principe « sacro-saint » dans la formation du contrat en Afrique noire traditionnelle.

En effet, la coutume marka au Soudan, ne connaît pas les contrats écrits ; elle connaît seulement les contrats verbaux, les conventions verbales par lesquelles une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Les contrats naissent donc simplement de l'accord de deux volontés dans un même but.

Pour que les contrats soient valables, il faut que soient remplies les conditions suivantes : le consentement de celui qui s'oblige, capacité de contracter, existence d'un objet déterminé formant la matière de l'engagement³⁰¹.

Ainsi chez les Akyé, la convention s'appréhende comme « l'accord des bouches entre deux sociétés », c'est-à-dire l'expression de la parole donnée non pas entre deux individus mais deux collectivités.

Cet accord qui peut porter sur une promesse de mariage, la vente ou l'achat d'un esclave, est conclu par les chefs de familles ou tout autre individu mandaté par l'autorité compétente (conseil de famille, patriarche). Agissant en lieu et place de la communauté, ni le chef de famille, ni le mandataire n'expriment leur volonté mais celle de la société globale. C'est pourquoi les conventions impliquent inévitablement la responsabilité de toute la collectivité. Cela implique également le caractère solennel des conventions qui au demeurant se réalisent en un lieu dont la fonction se ramène à inclure tous les membres de la communauté dans la conclusion des contrats.

Dans les communautés Baoulé, Agni, Abouré, Abidji, Adjoukrou, tout comme chez les Akyé, la parole constitue le rouage essentiel de

³⁰¹ « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française ». Tome II SOUDAN. Op cité. p. 211

l'établissement des conventions à l'instar des sociétés médiévales européennes³⁰².

Si l'on sait que tout ce qui vient de la bouche est « sacré », la recherche de preuves se ramènera alors à « éprouver » le prévenu par la bouche. Ce qui justifie chez les Baoulé « l'absorption de l'eau avec laquelle l'on a nettoyé le cadavre » au cas où le prévenu refuse d'honorer ses obligations.

A l'ouest de la Côte d'Ivoire, les conventions se définissent comme le résultat de l'entente entre deux communautés. On dira par une formule consacrée : « les oreilles se sont accordées » ou « les paroles se sont accordées ».

C'est pourquoi chez les Bété, Néyo, Godié, Dida, les conventions s'appréhendent comme la concordance des points de vue sur un objet³⁰³.

Très généralement, les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties. Sans aucune formalité et en particulier sans passation d'un écrit. La validité d'un contrat repose sur la foi ou la parole donnée. Le principe est passé dans les croyances et coutumes, ainsi

³⁰² Nicolas Fernand « Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes » sans éditeur, Paris, vol 3 ; 1413 p. cité à la page 9 par H. L. Okou

Durand Bernard « Histoire comparative des institutions ». Dakar, Ed. NEA ; 1983 cité par H. L. Okou à la page 9.

Rolland Norbert « Anthropologie juridique » Paris. PUF ; 1988. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire. 1987 cité par H. L. Okou à la page 9.

³⁰³ Enquêtes réalisées par Henri Legré Okou en 1983 dans la région de Soubré en Côte d'Ivoire sur un échantillon de 30 personnes dont l'âge se situe à 45 ans ; le patriarche du groupe avait plus de 78 ans. Citées à la page 10 par H. L. Okou

Henri Legré Okou « Les conventions indigènes et législation coloniale (1893-1946) ». Essai d'anthropologie juridique. Editions Neter, 1994. P. 8, 9, 10, 12, 13

un auteur disait en Afrique noire traditionnelle, en ce qui concerne la conclusion du contrat : « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »

Le gage et d'autres mesures de précautions prises par le créancier servent à conforter l'esprit du respect à la parole donnée.

En effet, les prêts sont consentis, dans la plupart des cas, contre garanti d'un gage.

Là, le prêteur ou le créancier pour prendre ses précautions contre un éventuel irrespect des engagements faits par le débiteur, d'une manière orale. L'insolvabilité habituelle de certains indigènes fait que cette garantie est exigée de façon quasi-générale³⁰⁴.

Les conventions indigènes renvoient à la " parole donnée" patrimoine collectif d'une société à oralité avec son système de preuves en corrélation avec cette parole considérée comme « sacrée ». Il n'est donc pas étonnant que la collectivité réponde des conventions et qu'elle se donne les moyens d'obliger les contractants à s'exécuter. Ce qui explique semble t-il les contraintes par corps, le gage, la vendetta, caractéristiques des conventions indigènes.

Nous avons affaires à l'expression culturelle de ces civilisations qui, au demeurant traduit le développement économique, les pesanteurs religieuses de ces sociétés.

Il faut préciser que les rapports contractuels en Afrique noire traditionnelle, étaient régis par les règles coutumières. Les contrats coutumiers étaient variés et avaient un caractère oral et sacré dans

³⁰⁴ Van Eerde « ethnologie coloniale » Paris éd du Monde nouveau, 1927. cité à la page 13 par H. L. Okou

leur formation et même dans leur exécution. Disons que le droit des contrats appartient à une civilisation d'oralité et il se présente lui-même sous une forme orale, sa connaissance se transmet de bouche à oreilles, de même " le parlé " occupe une place centrale dans la pratique juridique de tous les jours, pour autant, l'oralité juridique n'est pas source d'infirmité juridique, au contraire le contrat ancien se caractérise à la fois par son opérationnalité et son ouverture à l'innovation Ainsi, E. Le Roy définit le contrat coutumier en Afrique noire « ...comme une convention organisée par la remise de la chose s'accompagnant d'un échange de parole ». Les contractants se lient par la parole et la remise de la chose³⁰⁵.

En ce qui concerne les sûretés, garanties des créances, retenons que le serment était de gager la parole donnée sur une vie, celle de l'intéressé ou d'un parent.

Il implique que si la parole donnée est mensongère l'être sur lequel le serment a été prêté sera la victime³⁰⁶.

La "tradition de l'oralité" est bien présente en Afrique et elle ne constitue pas un obstacle aux opérations économiques. Bien des hommes d'affaires les plus prospères en Afrique noire sont analphabètes. Un interlocuteur confiant son sentiment dit que les analphabètes sont les plus "roublards" et qu'un analphabète explique mieux le mécanisme de la lettre de crédit qu'un banquier ou un professeur de droit ³⁰⁷. L'idée générale est d'enlever à l'écrit le rôle

³⁰⁵ E. Le Roy « justice africaine et oralité juridique » Bull de l'Institut français d'Afrique noire

³⁰⁶ Geismar L « Recueils des coutumes civiles des races du Sénégal » Prés Afr. Paris, 1961. St – Louis imprimerie du gouvernement, 1933

³⁰⁷ Note explicative d'avant projet de l'acte uniforme (OHADA) sur le droit des contrats, septembre 2005. CF. aussi avis du Doyen Melone

prépondérant comme système de preuve. C'est donc une régression du formalisme qu'il faut organiser ...

Cet auteur insiste sur l'importance donnée à la parole et au geste dans la formation du contrat au sein d'une société caractérisée par l'analphabétisme.

Dans la théorie juridique classique, le droit écrit s'oppose au droit oral. Les théories juridiques classiques offrent en générale une vision péjorative de l'oralité juridique. Celle-ci est définie négativement par rapport au droit civil. Ce type de jugement est à notre sens fortement empreint d'évolutionnisme et doit être critiqué. Il est certain que le passage de l'oral à l'écrit est le signe d'une profonde mutation, il est moins sûr que cette mutation soit un progrès, qui relèguerait l'oralité à un stade « primitif » de la pensée humaine.

B / Réalisation consensuelle moderne.

Le consensualisme un principe en vertu duquel un acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité, le consentement ayant à lui seul le pouvoir de créer des obligations³⁰⁸.

Cette définition du consensualisme, nous montre que le seul consentement suffit à créer l'obligation.

Donc, les formes, (l'écrit, la publicité) n'ont d'utilité que pour la preuve de l'obligation ou pour son opposabilité aux tiers.

L'élément essentiel du contrat moderne est l'accord de volontés par lequel les contractants déterminent les effets du lien juridique qu'ils créent. Cet accord forme la loi des parties :

³⁰⁸ Lexique des Termes Juridiques, 10^{ème} édition. Dalloz 1995. P. 146.

c'est l'application du principe de l'autonomie de la volonté qui traduit les conceptions libérales et individualiste sur lesquelles repose le droit des obligations dans le code Napoléon , et qui s'exprime dans l'article 1134 du Code Civil français ³⁰⁹.

La formation du contrat implique que l'accord des volontés doit être d'une manière ou d'une autre extériorisé. En effet comment des volontés peuvent-elles se rencontrer sans que chacun ait pris connaissance de celle de l'autre ?

Pour ce qui est du consensualisme : aucune formalité n'est nécessaire à la formation du contrat, ainsi, il suffit donc d'un écrit, d'un signe ou d'une parole qui manifeste une volonté certaine pour la formation du contrat.

Les avantages du consensualisme sont avant tout moraux : ce principe se base sur le respect de la parole donnée. Comme le dit Terré « le consensualisme apparaît comme la conquête de la bonne foi ». Le consensualisme est aussi synonyme de rapidité et d'économie ce qui facilite la conclusion des contrats et facilite les échanges nécessaires au bon fonctionnement et à l'efficience économique de la société.

En remontant l'histoire, l'on remarque que le droit romain était formaliste. Mais petit à petit l'idée du consensualisme s'est opposée comme étant le principe premier lors de l'échange de volontés. Au XVI^e siècle le principe est passé dans les mœurs et Loysel d'écrire son fameux adage, « ...Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. » Le consensualisme a gagné ses lettres de noblesse et sera au cœur du droit français des contrats.

³⁰⁹ «Les Fondements de la vie juridique » Josiane Caen, Michelle Fontaine. Les Editions Foucher. Paris 1978. P. 175

L'inscription du consensualisme comme principe général du droit des contrats en France ne supprime pas certaines formes de formalisme. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les grands jurisconsultes que furent Domat et Pothier vont définitivement consacrer le consensualisme. Ce principe semblait tellement évident aux rédacteurs du Code Civil qu'il n'apparaît d'ailleurs pas de manière claire mais seulement de façon implicite. Ainsi l'article 1108 stipule « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation. » On remarque qu'aucune exigence de forme n'est énoncée.

De plus la doctrine de l'autonomie de la volonté renforce cette conception : si des formes sont imposées ; la volonté ne serait plus à elle seule et perçue indépendance et omnipotente³¹⁰.

Dans son projet de révision du Titre III du Livre III du Code civil (consacré à la théorie générale des obligations) Pierre Catala et plusieurs universitaires ont, au contraire, entendu exprimer ce principe de façon explicite. « Article 1130 nouveau projet : En règle, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé. » Tel est donc le principe, le consensualisme, non le formalisme.

Le consensualisme consacre la liberté quant à la manière d'exprimer le consentement, exigence première de l'autonomie de la volonté, cette condition est l'essence même du contrat.

³¹⁰www.oboulo.com

Concernant les modalités du consentement, il doit être lucide et librement donné. Il est la manifestation de la volonté de chacun des contractants (article 1108 du code civil). On peut citer le mécanisme de l'offre et de l'acceptation. L'offre ou pollicitation est une proposition ferme et précise de contracter.

L'offre doit être distinguée de l'invitation en pourparler qui est une simple proposition visant à instaurer un débat dont pourra naître un contrat, elle ne définit pas les conditions essentielles du contrat.

L'offre se distingue également de l'appel d'offre qui suggère qu'il existe un contrat à conclure mais l'auteur de l'appel d'offre laisse à son correspondant le soin de définir les conditions du contrat. Exemple : petites annonces ; prix à débattre³¹¹.

L'offre ³¹² est un engagement unilatéral qui doit remplir deux conditions : L'offre doit être précise c'est-à-dire comporter les éléments essentiels du futur, éléments à défaut desquels on ne pourrait pas concevoir le contrat³¹³ . L'offre doit être ferme, elle doit manifester la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. La réserve est une restriction apportée par l'offrant à sa proposition. Exemple : dans la limite des stocks disponibles.

Cette réserve peut s'imposer d'elle-même comme dans le cas des contrats intuitu personae ; de même , le bailleur ou l'employeur n'est pas tenu de contracter avec le premier acceptant même si

³¹¹ Ibidem

³¹² L'offre n'a pas en principe de force obligatoire pour l'offrant : tant qu'elle n'est pas acceptée, elle peut être retirée par le pollicitant

³¹³ ibidem

théoriquement l'offre lie l'offrant au premier acceptant. Il ne s'agit pas d'offre si l'offrant peut se dégager de l'offre par sa seule volonté, on parle de proposition.

L'offre peut être expresse : écrit, simple parole, geste, etc....Il faut une initiative. Elle peut également être tacite ; dans ce cas, elle va résulter d'un comportement qui manifeste la volonté de contracter. Exemple : la tacite reconduction en matière de bail (article 1738 du Code civil)³¹⁴.

Si l'offre est assortie de délai, l'offrant ne peut pas se rétracter avant l'expiration de ce délai sous peine d'engager sa responsabilité civile, par conséquent d'allouer des indemnités à la personne ayant accepté l'offre dans ce délai.

Il existe cependant certaines causes de caducité qui vont rendre impossible toute acceptation ultérieure de l'offre par la survenance d'un événement précis comme le décès, l'incapacité, l'écoulement du temps. Si l'offre n'est pas assortie de délai on pourra la révoquer tant qu'il n'existe pas d'acceptation. Toutefois la jurisprudence impose que tout offrant respecte un délai raisonnable qui est déterminé par le juge.

L'acceptation est l'agrément par le destinataire de l'offre dans les conditions proposées par l'offrant. En effet, si le destinataire essaie de discuter ces conditions on ne parle plus d'acceptation, on parle de contre-offre ou contre-proposition. Tout comme l'offre, l'acceptation

³¹⁴ L'offre peut être adressée à une personne déterminée, ou collectivement, au public ...elle peut être tacite ou expresse. Exemple : le taxi qui attend à une station, fait une offre tacite. – l'offre effectuée par voie d'affiches ou d'annonces au public est expresse.

peut être expresse ou tacite. Il faut un comportement réprobateur. Exemple : osciller la tête dans une vente aux enchères =oui³¹⁵.

Le silence ne vaut pas acceptation. Il existe cependant des exceptions : lorsque les parties sont en relation d'affaire et que le contrat proposé est le même que celui qui régissait leur relation antérieure. C'est le cas d'un client qui commande toujours le même produit.

Les usages d'une profession peuvent prévoir que le silence vaut acceptation. Ainsi un commissaire à la bourse qui ne répond pas à la commande dans les 24 h signifie ratification.

Lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire, le silence de celui-ci vaut acceptation. Exemple un bailleur qui émet une remise de loyer^{316,317}

L'article L 113-2 du code des assurances en France dispose que " le silence de l'assureur pendant 10 jours à compter de la demande de modification de l'assuré vaut acceptation".

Les contrats sont négociés, il existe des préliminaires avant le contrat définitif : les avant-contrats. Les pourparlers sont des discussions antérieures à la formation du contrat. C'est un contrat à part entière qui se distingue du contrat définitif car il est incomplet et provisoire.

Les parties en pourparler sont libres de mener la négociation jusqu'à son terme sans être obligées de contracter à l'issue.

³¹⁵ E-mail :kl 206@columbia .edu

³¹⁶fr –wikipedia .org / wiki / contrat

³¹⁷ Il existe des exceptions légales : selon l'article 1738 du Code civil français " le silence du bailleur à l'expiration du contrat de bail vaut acceptation " . L'article L 113 du Code des assurances dispose que " le silence de l'assureur pendant 10 jours à compter de la demande de modification de l'assuré vaut acceptation "

Cependant, la jurisprudence a décidé que si les pourparlers sont avancés une partie n'a pas le crédit de les rompre sans raison légitime de manière brutale et unilatérale sous peine d'engager sa responsabilité.

Les parties ont un devoir de bonne foi lors de la négociation³¹⁸ (arrêt 3° de la cour de cassation 7 janvier 1997). Concernant l'accord de principe : les parties s'obligent uniquement aux négociations en vue de conclure un contrat définitif mais il n'y a pas d'obligation d'aboutir à un contrat.

Ainsi un employeur peut s'engager à réexaminer le cas d'un salarié qu'il a licencié, en cas de baisse de la conjoncture. Il a seulement l'obligation de réexaminer le cas de l'employé en faisant preuve de bonne foi. Le pacte de préférence est un contrat par lequel une partie s'engage à ne pas conclure un contrat déterminé avec un tiers avant de le proposer au bénéficiaire du pacte.

Si le bénéficiaire accepte de conclure le contrat aux conditions proposées, le promettant est tenu de conclure avec lui. Dans le cas contraire, le promettant sera libre de contracter avec tout tiers de son choix.

Il concerne généralement des ventes d'immeubles, le promettant s'engage alors à préférer le bénéficiaire dans l'hypothèse où il déciderait de vendre son immeuble.

³¹⁸ Arrêt 3° de la Cour de Cassation Française du 7 janvier 1997

La promesse unilatérale est un contrat par lequel une partie confère au bénéficiaire la possibilité de contracter avec elle pendant un certain délai. Exemple : une promesse unilatérale de vente ou d'achat³¹⁹.

Le bénéficiaire peut lever l'option en concluant dans le délai sinon au-delà la promesse devient caduque.

Cette promesse peut également être rendue caduque par la mort (arrêt 3° de la chambre civile de la cour de cassation du 10 décembre 1997). Dans la promesse synallagmatique de vente : les deux parties s'engagent l'une envers l'autre. C'est un avant contrat et non un contrat définitif. En cas de rupture unilatérale, une partie pourra obtenir des dommages et intérêts³²⁰.

En ce qui concerne les qualités du consentement, selon l'article 1109 du code civil, il n'y a point de consentement valable si le consentement a été donné par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou par dol.

Lorsque l'une des parties aura contracté sous une de ces conditions, la loi lui reconnaît la possibilité de faire annuler le contrat en justice. En effet les vices des consentements constituent une raison légitime d'annulation du contrat.

La théorie du consensualisme ne protège pas toujours le contractant. La partie "faible" ne sait pas toujours à quoi elle s'engage. C'est pour cette raison qu'a été instauré en France, le délai de réflexion ou délai de repentir (article L 121 du code de la consommation)³²¹.

³¹⁹ Op. cité. www.Oboulo.com

³²⁰ *ibidem*

³²¹ Article L 121 du code de la consommation Française. Lexinter.net/JF/des_contrats

Enfin, retenons que si le consensualisme est la règle, le formalisme demeure l'exception.

PARAGRAPHE II : L'EVOLUTION DES MODES DE VALIDATION DE L'ACCORD CONTRACTUEL : DE LA SOLENNITE A LA FORMALITE

En droit oral ou consensuel, la procédure de validation d'un contrat peut s'opérer mais n'aura pas le même degré d'efficacité quant à la validation du contrat solennel ou formaliste. Ainsi, la validation de l'accord contractuel traditionnel : le caractère solennel (A) et la validation de l'accord contractuel moderne : le caractère formel, seront développés.

A / Validation de l'accord contractuel traditionnel : le caractère solennel.

En dehors de son caractère oral, le contrat traditionnel africain présente également un caractère solennel. Enoncer les règles coutumières du contrat, sans prendre conscience du rôle considérable que joue l'aspect solennel dans les systèmes juridiques négro-africains resterait une approche bien terne et nous condamnerait à quelques difficultés dans l'analyse du contrat en droit coutumier africain.

Les mécanismes sont entourés d'un ensemble de rites. Il peut s'agir tantôt de la divinité, tantôt d'une épreuve physique telle que l'ordalie³²².

Des conceptions métaphysiques et religieuses sont souvent ressenties dans la formation et l'exécution des contrats.

³²² M. Niang « La théorie des obligations chez les wolofs » Paris, Université de Paris, 1967. 29 cm

En effet, interviennent les divinités, les esprits, les morts-vivants, des puissances surnaturelles, des sacrifices etc....Le droit des obligations lui-même ressent cette ambiance de sacralité.

Ceci nous renvoie aux propos d'E. Le Roy, dans le contrat coutumier africain : « ... les représentants se lient par la parole et la remise de la chose. Ces deux relations peuvent être validées par un serment, un rituel de prise de possession ou un sacrifice visant moins à constituer le droit qu'à le protéger en l'inscrivant dans le monde invisible ».

La terre était en Afrique traditionnelle la principale obligation immobilière. Elle n'est pas seulement une chose, un immeuble, elle est sacrée.

Les premiers occupants ont passé avec elle un pacte d'alliance ponctué d'un ensemble de rites, qui a créé une liaison intime et mystique entre elle et « le chef de la terre ».

Le caractère solennel se retrouve également dans l'application de la coutume par certains tribunaux. En effet, il existe des procédures permettant de rétablir l'équilibre des obligations contractuelles.

Il peut s'agir d'arbitres, d'intermédiaires, de vieillards ou de mécanismes régulateurs qui visent moins à sanctionner qu'à rétablir l'équilibre³²³. Dans la divinité par exemple, celui qui ne joue qu'un rôle passif c'est le magicien ou le devin par l'examen d'entrailles, du vol des oiseaux, la lecture de traces que laisse un petit animal.

On le voit, tous ces modes de preuves sont fondés sur le même principe, c'est-à-dire l'invocation d'une puissance surnaturelle qui est le véritable juge du procès.

³²³ Op. Cit M. Niang

A la différence du droit moderne, les sociétés traditionnelles refusent au droit des sanctions autonomes, empêchant ainsi, la constitution d'un champ juridique indépendant d'autres mécanismes tels que la morale, la magie, la religion, la croyance en de possibles interventions de l'ordre naturel et cosmique³²⁴ .

Mais, il ne s'agit nullement d'une infirmité, au contraire, cet enchevêtrement conduit à un respect accru du droit, en multipliant les possibilités de sanction³²⁵.

Subordonner la conclusion du contrat à des exigences de formes. C'est le propre des contrats dits solennels comme dans les droits inspirés par le droit français, la donation ou l'hypothèque.

On sait que la question du formalisme se pose à plusieurs niveaux en droit des contrats principalement comme condition ou comme exigence probatoire.

L'exemple des conventions d'équilibres inter-communautaires et les sûretés des conventions indigènes illustrent bien cette affirmation. Par conventions d'équilibres intercommunautaires, nous entendons tous les contrats finalisés dans les alliances matrimoniales, les alliances à plaisanterie et les transactions esclavagistes.

Dans les sociétés traditionnelles, le domaine matrimonial constitue un champ privilégié des relations intercommunautaires. Ainsi , se marier revient à acquérir sa " personnalité juridique " , condition indispensable pour participer pleinement à toutes les délibérations et aux prises de décisions de sa communauté .Cet état traduit par

³²⁴ La transgression d'une règle peut déclencher les phénomènes celestes ou des épidémies

³²⁵ André. P. Robert « L'évolution des coutumes de l'ouest africain et la législation française », Préface J. de Soto. Encyclopédie d'outre mer, Paris 1955.

conséquent un double devoir , celui à l'égard des morts à qui le couple offre l'hospitalité au travers des naissances , celui à l'égard des vivants pour qui , procréer participe des signes extérieurs de la bénédiction des morts .

L'on comprend alors l'importance à la fois religieuse et sociale du mariage dans les sociétés traditionnelles.

C'est pourquoi le mariage, loin d'être le résultat de la seule volonté des conjoints, renvoie à l'expression de l'accord entre deux communautés³²⁶.

En effet , dans les sociétés africaines , le mariage est un contrat solennel passé entre deux familles « ou les intérêts individuels des deux époux , bien que reconnus formellement ou implicitement , sont en réalités subordonnés aux intérêts dominants ceux de leurs familles respectives .La conclusion du mariage comporte donc des procédures complexes et mobilisatrices des énergies sociales ,telles la présence d'intermédiaires, l'accord des deux familles, les fiançailles, la dot, la célébration du mariage et quelques fois aussi le rapt . Les intermédiaires sont des personnes physiques qui ont pour fonction dans les sociétés traditionnelles de concourir à l'expression de la volonté des deux familles.

Exprimant ainsi, la solidarité collective, l'intermédiaire est partie prenante du processus qui l'engage ainsi en tant que membre de l'une ou de l'autre communauté en présence. L'accord des deux familles constitue la seconde étape du processus prénuptial. Il se distingue à deux niveaux de la phase intermédiaire par le nombre des participants et par le lien de l'accord entre les deux familles.

³²⁶ H. L. Okou. Op cité. p. 33

La phase de l'accord des volontés sera publique. La présence du public est nécessaire pour conférer solennité, à défaut de publicité, à l'accord des deux familles.

Ainsi, pour le caractère solennel et la transparence requise pour l'accord des volontés la négociation se réalisera chez le patriarche de la communauté, soit sur la place publique.

Le lieu de l'accord des deux familles vise à conférer sacralité à l'acte pré-nuptial en le réalisant sur une place qui est sacrée.

La cérémonie est obligatoire et demeure l'un des aspects les plus importants du mariage. C'est ainsi que les grandes villes ouolof évaluent leur prestige en fonction de l'ampleur de leurs cérémonies de mariage.

Les grands mariages font souvent l'objet de commentaires pendant des générations et constituent des précédents pour toute famille imbuée de prestige³²⁷ .

Pour les fiançailles, cette cérémonie décisive du mariage, sera conviée à la mère de la fiancée. Ce qui exprime le processus de "rupture" de la jeune fille, de son détachement de sa mère biologique qui, ayant assuré son éducation, la remet rituellement à la "mère sociale", c'est-à-dire la communauté. En contre partie de la perte que subit la mère de la jeune fille, elle reçoit les douaires et autres cadeaux présentés à la nombreuse assistance.

La dot que certains anthropologues définissent comme une compensation matrimoniale ³²⁸est destinée aux parents de l'épouse.

³²⁷ Op, cité " la théorie des obligations chez les wolofs ". p. 37

Loin d'être une fonction spécifique, la fonction du "transmetteur" de dot s'inscrit dans le prolongement de celle de l'intermédiaire. C'est lui qui connaissant les deux communautés, amortira le choc des mots et par les commentaires qu'il développera amplement, valorisera tous les éléments entrant dans la composition de la dot. Il achèvera ce qu'il avait commencé en déployant, devant tous, ses qualités d'homme de la "parole constructive". Après la remise de la dot, se réalise la phase festive, celle qui est riche en intensité. Il s'agit de la célébration du mariage.

Elle peut se comprendre à la fois comme une rupture et une renaissance. D'où son contenu ambivalent. Rupture dans la mesure où le couple se détache du cercle familial, rompt le lien de l'enfance pour se réaliser pleinement en s'assumant.

Renaissance du fait que le mariage met fin au stade de dépendance et efface le passé.

Rite de maturation des couples, elle constitue le "passage d'un stade inférieur à un stade supérieur"³²⁹.

C'est pourquoi, "le rituel de toilette" peut être considéré comme un moment d'enterrement du passé, une renaissance. L'on n'est point étonné des deux exigences qui concourent à conférer la sacralité à la célébration du mariage : l'espace et le temps de la célébration.

³²⁸ Mair Lucy "le mariage, étude anthropologique" Paris ; Payot, 1971. Cf. J. F Amon d'Aby « croyances religieuses et coutumes juridiques des Agni de Cote d'Ivoire » Paris, Ed Larose. 1960 ; Menalcque Marc « coutumes civiles des baoulés de la région de Dimbokoro » Paris larose, 1933. Cité à la page 44 H. L. Okou

Holàs Bernard « Tradition Krou » Paris F Nathan, 1980. Cité à la page 44 par H. L. Okou

³²⁹ Mair Lucy. Op. Cit

L'espace de la célébration du mariage est un lieu ouvert, une place publique qui exprime par son statut l'idée d'une société communautaire. Le mariage se déroule généralement, le matin dans la plupart des sociétés traditionnelles. Le temps a une importance dans la consécration du mariage.

Comme il a été dit plus haut, la question du formalisme en droit des contrats coutumiers se pose comme condition mais aussi comme exigence probatoire.

En effet, les sociétés traditionnelles ont établi un ensemble de sûretés pour garantir l'exécution des conventions.

Ce sont : les pactes rituels, la mise en gage des personnes, les représailles collectives, le recours aux modes de preuves³³⁰. Même si certaines de ces sûretés, comme les pactes rituels par exemple échappent au regard du législateur moderne, elles gardent toutefois toute leur importance.

B/ La validation de l'accord contractuel moderne : Le caractère formel.

Selon le Lexique des Termes juridiques, « la forme dans le droit s'attache aux manifestations extérieures de la volonté, qu'il s'agisse d'un acte juridique fait par un particulier ou par un administrateur, ou bien d'un jugement émanant d'un organe judiciaire ». Un acte juridique présente un caractère formel, lorsqu'un document en atteste l'existence³³¹.

Ainsi, le formalisme est un principe juridique en vertu duquel une formalité (par exemple la rédaction d'un écrit) est exigée par la loi pour

³³⁰ H. L. Okou ; op ; cit. P. 48, 67

³³¹ Lexique « des Termes juridiques » Raymond Guillien et Jean Vincent. Ed. DALLOZ. 1995

la validité d'un acte. On distingue deux catégories de formes : les unes sont une condition de formation du contrat, qui n'est valable que si elles ont été observées : le contrat est formel ; les autres ne sont nécessaires qu'à la preuve du contrat.

Les conditions de forme de validité des contrats sont exigées à peine de nullité du contrat.

Elles consistent soit dans la rédaction d'un acte (contrats solennels), soit dans la remise d'une chose (contrats réels).

Le formalisme considère que le consentement ne sera effectif que s'il revêt une forme déterminée, par exemple la rédaction d'un contrat écrit comportant des mentions précisées par la loi .Il présente un certain nombre d'avantages repris par Malaurie. Il attire l'attention des parties et évite donc les engagements irréfléchis. Il donne la certitude que l'accord se réalisera et qu'il ne s'agit pas de simples pourparlers ou de purs projets.

Il confère aussi la certitude au contenu de l'engagement et permet d'éviter les interprétations divinatoires auxquelles peut mener le consensualisme. Parfois enfin, il permet la publicité et par là la protection des tiers. Philippe Malaurie attache la notion de sécurité à celle de formalisme.

En droit romain primitif, le droit est avant tout une procédure. Le formalisme règne. Cela était sans doute dû à l'impossibilité pour de nombreux romains de conceptualiser en dehors de symboles. Ainsi, l'échange des consentements s'accompagnait de rites et de paroles sacramentelles³³². Beaucoup plus tard, le droit romain commença à

³³² IL fallait interroger « jures-tu ? » et le cocontractant répondait « je jure » , procédure solennelle formaliste .

admettre des pactes sans forme notamment pour la location, la vente, le mandat. Cela restait cependant assez limité et même sous Justinien, le principe restait celui de *ex mudo pacto, actio non nascitur* (d'un pacte nu, aucune action ne naît). Dans le très ancien droit français (avant le XI^e siècle) le formalisme reste encore essentiel dans l'échange des consentements.

La remise du bâton pour manifester l'accord ou encore la paumée (on se frappe dans les mains) sont très courantes.³³³

Traditionnellement, le formalisme concerne d'une part ce qu'on appelle les contrats réels, c'est-à-dire principalement des contrats de restitution (prêt, dépôt ou gage) par lesquelles la remise de la chose scelle l'accord des volontés. Certains auteurs ont certes assimilé ces contrats à des contrats synallagmatiques consensuels, mais les textes du code civil français³³⁴, les définissent plutôt comme des actes unilatéraux formels ou la remise de la chose est un acte formel destiné à attirer l'attention de l'autre partie qui sera tenue en cas d'acceptation de restituer la chose plus tard.

Si on met de côté ces contrats réels discutés, d'autres situations donnent lieu à du formalisme. Celui-ci tient certes dans l'existence de solennités, mais aussi de règles de preuve qu'on ne doit surtout pas négliger (en droit ce qui n'est pas prouvé n'existe pas).

Le formalisme concerne traditionnellement les contrats solennels aux conséquences jugées graves par les rédacteurs du code civil.

³³³fr. [wikipedia.org/wiki/contrat](https://fr.wikipedia.org/wiki/contrat) . op. cite lexinter.net/jf/droit-des-contrats

³³⁴ Art 1875, 1892, 1919 et 2071 du Code Civil Français

Certains contrats requièrent un acte authentique, c'est-à-dire rédigé par un professionnel du droit tel un notaire qui a un rôle de conseil vis-à-vis des deux parties³³⁵.

C'est le cas principalement de quatre contrats : contrat de mariage (1394) , la donation (931) , la constitution d'hypothèque (2127) et la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (1250) . D'autres contrats ne requièrent seulement que la production d'un acte écrit dit sous seing privé requis *ad validitatem* (par exemple pour tout ce qui concerne les contrats de bail, les contrats d'assurance ou encore les contrats d'apprentissage).

Un des meilleurs exemples reste cependant celui des articles L. 341- 1 et 2 du code de la consommation³³⁶ en matière de cautionnement dans les rapports entre une personne physique et un créancier professionnel : voici un acte sous seing privé qui doit comporter certaines mentions protectrices de la caution, à peine de nullité de son engagement³³⁷. Parfois ces mentions sont exigées, mais il est difficile d'en déterminer la sanction. En bref, l'absence de formalisme risque donc d'entraîner la nullité du contrat.

Un autre usage traditionnel du formalisme en sus du cas spécifique solennité concerne plus généralement les règles de preuve essentielles en droit. L'adage dit *idem est non esse aut non probari* (ne pas existé ou ne pas être prouvé, c'est la même chose).

Le formalisme et en particulier la pré-constitution d'écrit lors de la conclusion d'un contrat peut s'avérer une garantie très précieuse. La

³³⁵ *ibid*

³³⁶ *ibid*

³³⁷ Donc '' *ad validitatem*''

force probatoire varie selon la nature de l'écrit : acte sous seing privé, il n'aura qu'une force probatoire limitée (quant à son origine, son contenu et sa date) ; acte authentique, sa force probatoire sera beaucoup plus forte³³⁸. Dans le cas de solennités, l'écrit est exigé *ad validitatem* et son absence entraîne généralement la nullité du contrat. Dans le cas de la constitution d'un écrit non obligatoire par la loi, il est dit *ad probationem* et il en résulte que le contrat ne peut être prouvé par témoin mais seulement par aveu ou serment et qu'en général la sanction n'entraîne que la nullité partielle du contrat.

On verra quelle interprétation donne la jurisprudence pour considérer des écrits *ad validitatem* ou *ad probationem* et où va sa préférence.

Au-delà de ces usages traditionnels du formalisme, se sont développés assez récemment des types nouveaux de formalisme répondant à des besoins de la société de consommation et en particulier à la nécessité de protéger le faible « consommateur » pour qu'il puisse donner son consentement en toute connaissance de cause. Nous allons voir qu'un formalisme atténué (ou indirect) s'est développé avec des règles de publicité pour l'information des tiers et des obligations d'information afin de protéger le consommateur.

Le droit contemporain des contrats s'accompagne d'une résurgence du formalisme sous forme atténuée combattu par la jurisprudence :

1) Le législateur renforce le formalisme sous une forme atténuée.

Il convient d'abord de définir ce que nous entendons par formalisme atténué³³⁹. François Terré écrit qu'« on entend par là des formes qui

³³⁸ On ne pourra en particulier le contester que par la voie de l'inscription en faux

³³⁹ Ou souple ou indirecte

sont exigées non pour la validité du contrat mais pour sa preuve ou son opposabilité. » C'est-à-dire que nous sommes dans le cas d'un formalisme *ad probationem et non ad validitatem*.³⁴⁰ Planiol, Ripert et Flour voient dans ce formalisme atténué la renaissance du formalisme en droit des contrats.

Il faut déjà parler du cas quelque peu à part de l'explosion des formalités administratives et fiscales. De plus en plus de nombreux contrats sont soumis à la formalité de l'enregistrement pour être valides.

On présente ainsi le contrat à l'administration concernée, on achète un timbre fiscal apposé sur celui-ci afin de lui donner vie.

Lorsque le contrat n'a pas été fait sous la forme authentique, l'enregistrement constitue pratiquement la seule manière de donner à ce document une date certaine opposable aux tiers. A défaut d'enregistrement on n'encourt pas la nullité mais les effets peuvent ne pas pleinement s'exercer³⁴¹.

Dans certains cas exceptionnels ³⁴², l'enregistrement devient du formalisme *ad validitatem* entraînant la nullité. D'autres formalités administratives ont aussi connu un regain d'intensité.

Il en est par exemple ainsi en droit de l'urbanisme qui pèse lourdement sur la formation des contrats en droit immobilier (droits de

³⁴⁰ Planiol, Ripert et Flour voient dans ce formalisme atténué la renaissance du formalisme en droit des contrats.

³⁴¹ Un bail non enregistré pourra être méconnu d'un acheteur ultérieur de l'immeuble loué, article 1743 Code Civil Français

³⁴² Notamment, la vente de fonds de commerce

préemption , certificats d'urbanisme , autorisation de lotir , permis de construire , inspections de sécurité , attestation de conformité ...) ³⁴³.

Le nouveau formalisme se concentre cependant dans les règles de publicité et dans les mentions informatives. Parmi les règles de publicité, les plus importantes sont sans conteste les règles de publicité foncière applicables aux actes translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels immobiliers. Le domaine de ce formalisme est étroitement encadré par le code civil. Il a été élargi par la loi du 23 mars 1855 puis par le décret du 4 janvier 1955. Prenons schématiquement la vente d'un immeuble. Celle-ci s'opère *solo consensus*, c'est-à-dire l'acheteur devient propriétaire du seul fait que l'accord s'est réalisé entre le vendeur et lui sur la chose et le prix. On voit que cela pose un certain nombre de problèmes et notamment celui du cas où un propriétaire malhonnête vendrait deux fois le même immeuble, le second acheteur ne pouvant deviner que l'immeuble a déjà été vendu. Un régime purement consensuel détruirait la notion de sécurité dans les transactions immobilières ³⁴⁴.

Ainsi, depuis 1855, la vente d'un immeuble devient opposable aux tiers que si elle a fait l'objet d'une publicité, effectuée au bureau de la Conservation des hypothèques.

La conséquence en est qu'en cas de ventes successives, l'acquisition effective n'est pas forcément la première en date mais la première en publicité. Le second acheteur peut donc évincer le premier s'il a publié son titre avant lui.

³⁴³ Lexinter.net/JF/droit-des-contrats

³⁴⁴ fr.wikipedia.org/wiki/contrat

Certes le premier acheteur se verra sans doute attribuer des dommages et intérêts mais il ne deviendra pas propriétaire.

Ainsi pour ne pas courir de risques un acheteur à intérêt à vérifier qu'aucune publicité n'a encore été faite. La sécurité contractuelle est ainsi rétablie. Il y'a bien là une exigence de formalisme indirect.

Ainsi un contrat solennel (formalisme direct) que l'on a conclu sans observer les formes légales ne produit aucun effet alors qu'un contrat soumis à des règles de publicité (formalisme indirect) et qui n'est pas publié ne produit pas tous les effets recherchés par les parties³⁴⁵.

Il est aussi important de traiter des mentions informatives destinées à la protection du consommateur. Il s'agit d'un formalisme de type nouveau destiné à l'information des contractants et en particulier aux plus faibles d'entre eux. Malaurie trouve que cette information souvent complexe est sociologiquement utile lorsque le cocontractant est un professionnel à même de la comprendre.

Par exemple il est souhaitable que le concessionnaire d'un fonds de commerce soit informé des éléments qui lui permettent de connaître la valeur effective du fonds. Ces mentions informatives doivent respecter les règles de présentation strictes notamment ayant trait à la lisibilité de toutes les clauses³⁴⁶. Restent cependant incertaines la nature juridique de ce formalisme et par suite les conséquences civiles de sa méconnaissance. Dans certains cas, la nullité de droit du contrat est explicitement prévue. Ainsi, en est-il du démarchage, de la vente à domicile, des contrats d'enseignement à distance ou encore dans la vente d'immeuble à construire.

³⁴⁵ ibidem

³⁴⁶ ibidem

Dans d'autres cas, la nullité est facultative comme dans la cession du fonds de commerce. Dans ce cas la partie lésée doit démontrer que le défaut d'information a vicié le consentement³⁴⁷.

D'autres cas encore prévoient une sanction particulière de plein droit ou facultative. Dans des contrats de crédits dépourvus des mentions obligatoires, le créancier est déchu de son droit aux intérêts.

Enfin dans certains cas, la loi est muette, rendant l'interprétation difficile. Ainsi en est-il par exemple de la loi française de 1966 sur le prêt d'argent.

La cour de cassation a conclu dans deux arrêts respectivement du 24 juin et du 26 mai 82 que la non spécification du taux d'intérêt pratiqué entraînait l'application du taux d'intérêt légal.

On voit donc que la jurisprudence jusqu'à présent laissée de côté à dessein, joue un rôle essentiel pour interpréter les exigences de formalisme dans la formation et la validité des contrats.

2) le juge face au formalisme :

Jacques Flour³⁴⁸ observait déjà en 1950 dans les mélanges dédiés à Ripert que si le législateur tentait de renforcer le formalisme dans un souci de sécurité juridique, les juges eux préféreraient s'en tenir au principe du consensualisme en adoucissant les exigences de formes. La jurisprudence a déjà une réaction anti-formaliste à l'encontre du formalisme direct.

³⁴⁷ ibidem

³⁴⁸ www.oboulo.com et www.google.com

En ce qui concerne les contrats solennels, nous avons vu que le non respect de la forme prescrite entraîne généralement la nullité du contrat. La jurisprudence a parfois atténué voire supprimé cette sanction. On peut par exemple mentionner les promesses de contrat solennel. Les parties se mettent préalablement d'accords sur les conditions d'un contrat formaliste et conviennent par acte de sous seing privé de faire dresser plus tard l'acte authentique qui régularisera la situation. Lorsque l'exigence formaliste a pour but la protection des tiers, une telle promesse n'est pas dénuée de valeur et les juges estiment que le refus de l'honorer entraînera le versement de dommages et intérêts (arrêt de la 3^e chambre civile du 7 avril 1993 en matière de promesse d'hypothèque)³⁴⁹.

De même la donation fait partie des solennités par excellence (art 931).

Or la jurisprudence a reconnu le don manuel (par exemple d'un chèque), le don indirect et le don déguisé comme acte de donation sans nécessité de forme.

La justification avancée ici est que la protection du donateur serait assurée par une sorte de « formalisme de substitution »³⁵⁰ constitué par les contraintes de mettre en place des mécanismes / simulacres échappatoires aux règles de l'article 931 qui est d'ailleurs devenu pour une large part lettre morte .

Au-delà des solennités, la jurisprudence assouplit aussi de façon notable les exigences de l'écrit. Ainsi que nous l'avons vu la cour de cassation a jugé que la non spécification du taux d'intérêt pratiqué

³⁴⁹ Ibid

³⁵⁰ Terré, cité dans le site E.mail :KL206 columbia .edu .

entraînait l'application du taux d'intérêt légal mais pas une remise en cause de la validité du prêt.

Le défaut d'écrit n'entraîne donc pas la nullité totale du contrat. De même la jurisprudence tend à considérer de plus en plus de chose comme étant un commencement de preuve par écrit (art 1347) . Il s'agit d'un écrit émanant de celui auquel on l'oppose mais qui pour faire office de preuve doit être complété, par un témoignage par exemple. La jurisprudence est allée très loin dans le recul de formalisme ayant trait à l'exigence d'un écrit. Elle a par exemple vu des commencements de preuve par écrit dans les réponses, les silences ou encore les absences de l'intéressé lors d'une comparution personnelle devant le juge. Le greffier rédigera un écrit lors de la comparution qui fera office de commencement de preuve. De même les enregistrements sonores sur bande magnétique sont complaisamment estimés comme un document écrit dicté ...On est loin de l'interprétation des rédacteurs du code civil !³⁵¹.

SECTION II : L'OPPOSITION ENTRE PRINCIPES CIVILS OCCIDENTAUX ET AFRICAINS.

Les sociétés africaines ont élaboré, au cours de leur devenir historique, leurs lois et leurs coutumes; moins formaliste que la notre telle que les codes la présentent, bien sûr, cette législation n'en était cependant pas moins réelle, ou moins efficace.

³⁵¹Op .cité Wwww. Oboulo. com

Op. cité Lexinter.net/JF / droit- des- contrats

Op. cité fr. wikipedia.org/WIKI/contrat

Avec la présence européenne d'autres principes de droit furent introduits dans les conventions civiles africaines (code civil, droit ecclésiastique) ³⁵² (paragraphe I). Mais, les deux domaines du droit coutumier qui opposèrent la résistance la plus efficace furent d'abord le droit des personnes et de la famille, d'autre part le droit foncier ³⁵³ (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : L'INTRODUCTION DE NOUVEAUX PRINCIPES OCCIDENTAUX DANS LES CONVENTIONS CIVILES AFRICAINES

Ici, il s'agit d'abord d'abord la lutte coloniale contre les conventions indigènes (A), ensuite constater l'intervention dans les conventions civiles (B) et enfin montrer l'introduction des codes napoléoniens (C).

A / La lutte coloniale contre les conventions indigènes.

L'examen du contenu des conventions indigènes de 1893 à 1901 impose à l'évidence un constat. En effet, les fondements des conventions indigènes, leurs finalités sont en désaccord avec les objectifs économique, politique et social de la colonisation.

La relative tolérance des conventions indigènes s'explique par l'ordre des priorités impliquées dans la stratégie de l'installation coloniale.

Et le "respect des coutumes " prôné au cours de cette période n'est finalement qu'une fonction particulière des priorités retenues par le législateur colonial.

L'exposé de l'arsenal juridique mis en vigueur au cours de la seconde période (1902-1946) éclaire davantage les desseins, les motivations profondes poursuivies par le législateur colonial.

³⁵² Op. cit. Jean Poirier « Etudes de droit africain et de droit malgache » p .392

³⁵³ Annales Africaines « Le nouveau code des obligations du Sénégal » F.S.E de Dakar Paris Ed Pedone 1963 p. 83

“Quiconque, sur les territoires de l’Afrique occidentale française et de l’Afrique équatoriale française, aura conclu une convention ayant pour objet d’aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la liberté d’une tierce personne, sera puni d’un emprisonnement de 2 à 5 ans, et d’une amende de 500 à 5000 francs. La tentative sera punie comme le délit ...”³⁵⁴.

“ Au point de vue juridique, l’état de servage est légal par la juridiction indigène ”³⁵⁵.

“Il n’est pas possible d’admettre que de pareils usages se perpétuent dans un pays soumis à la domination française et que nous restions indifférents devant semblables iniquités sous prétexte qu’elles sont le résultat de l’observation des coutumes ”³⁵⁶.

Trois positions contradictoires transparaissent entre la disposition juridique du 12 décembre 1905, modifiée par celle du 8 Août 1920, le rapport de l’administrateur de Lahou, et la prise de position vigoureuse du Lieutenant gouverneur de la Haute Volta. Chacune reflète à la fois l’attitude du législateur basée sur le ratio legis métropolitaine et coloniale : on a ainsi la position mitigée d’un homme de terrain en la personne de l’administrateur, et le ton agacé d’une autorité hiérarchique, le gouverneur, décidée à appliquer la légalité républicaine ; trois démarches finalisées dans la lutte contre les conventions indigènes³⁵⁷.

³⁵⁴ Article 1^{er} du décret du 12 décembre 1905, modifié par celui du 8 août 1920

³⁵⁵ Archives nationales de la Côte d’Ivoire (ANCI) , série 2EE 14 . :

Lettre de l’administrateur de Lahou à Monsieur le Gouverneur de la Côte d’Ivoire

³⁵⁶ ANCI, 5EE 61. Enquête de la Société des Nations sur l’esclavage : Rapport sur l’esclavage indigène en Haute – Volta (1923- 1931)

³⁵⁷ibid

Dans le temps, ces textes ne se situent pas à la même époque. Le premier marque la rupture d'avec la période d'observation des coutumes recommandée par le gouverneur général Ponty,

la seconde date de 1908 , période d'expériences multiples et d'exercice du pouvoir colonial ; le troisième s'inscrit dans une ferme volonté du législateur de mettre fin au dualisme juridique pour instituer une certaine unicité juridique : ainsi on aura des courbes ascendantes caractérisant son action , une temporisation de l'interventionnisme juridique et une courbe descendante illustrant une position de retrait par rapport aux pétitions de principe , et une reprise musclée de la lutte " anti – convention indigène " .

La variation de l'interventionnisme colonial dans le domaine des conventions est un corollaire avec l'ordre des priorités juridiques que le législateur considère, semble t-il, comme indispensable pour faire prévaloir la légalité coloniale.

Ainsi, son attitude ne sera pas la même, selon qu'il s'agit du maintien de l'ordre établi, la sécurité des biens et des personnes, les affaires criminelles, et les relations matrimoniales dont les mécanismes de fonctionnement semblent lui échapper, du moins pour une courte période³⁵⁸.

Ce qui explique l'intervention progressive dans les affaires civiles qui au demeurant se caractérise par un relâchement, un certain laxisme, puis une reprise violente de la lutte " anti-convention indigène".

En effet, ces caractères laxistes et de relâchement se sont manifestés à travers certaines décisions de justice relatives à l'option de juridiction.

³⁵⁸ Toute la législation de cette période converge dans le sens de l'installation progressive du système colonial

Le Tribunal de première instance de Lomé, en son audience du 12 janvier 1951³⁵⁹ a relevé ce principe : « Si en vertu des décrets des 21 avril 1933 et 19 avril 1939, les tribunaux indigènes sont en principes compétents pour statuer sur les litiges régis par la coutume, l'incompétence des tribunaux français saisis par erreur doit être soulevée *in limine litis* ;

En effet, sont seuls d'ordre public les règles de compétences absolue qui, s'imposant aux particuliers, ne sont susceptibles ni de conventions, ni de renonciation, ni de prorogation ; or les indigènes peuvent toujours et d'un commun accord porter leurs litiges devant les tribunaux français ».

En l'espèce, à la date du 14 octobre 1950, la défenderesse a par l'organe de son conseil, décliné la compétence du tribunal au motif que l'action dont il est saisi est non seulement une action en nullité de testament, mais encore une action en pétition d'hérédité et que pour ces matières les tribunaux indigènes restent seuls compétents, aux termes du décret du 19 avril 1939 .

Les demandeurs rétorquent que l'incompétence invoquée n'est pas d'ordre public et que leurs adversaires ne l'ayant pas soulevée « *in limine litis* » sont à présent déchues du droit de le faire.

Ici , le juge fonde son argumentaire sur les décrets du 21 avril 1933 et 19 avril 1939 , qu'en principe , les tribunaux indigènes sont compétents pour statuer sur les litiges régis par la coutume et que par

³⁵⁹ Tribunal de première instance de Lomé . Audience du 12 janvier 1951 . Togo -- matières relevant de la coutume—compétence de principe des tribunaux indigènes –incompétence des tribunaux français , Nécessité de l'invoquer *in . limine . litis* . (Hoiro Sintimo P . Olympio contre Dame de Souza-viéra et Priscillia Octaviano Olympio), MM. Laloum , président ; Peltier , substitut ; Bertoli et Liensol substituant Me Vial , avocats défenseurs . Penant 1951 « Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique . p . 144-145 .

voie de conséquence les tribunaux français sont incompétents pour en connaître ; que ce point établi , il restait à déterminer si l'incompétence des tribunaux français est absolue ou seulement relative , si par conséquent elle peut être soulevée en tout état de cause ou doit nécessairement l'être « in liminé litis » . En outre, le juge déclare que sont seules d'ordre public les règles de compétence absolue qui, s'imposant aux particuliers, ne sont susceptibles ni de conventions, ni de renonciations , ni de prorogations. Dans son raisonnement , il stipule qu'il est constant que les indigènes peuvent toujours et d'un commun accord porter leurs litiges devant les tribunaux français , qu'il s'agit alors de leur part d'une prorogation de juridiction ; que si le défendeur indigène assigné par un demandeur indigène n'accepte pas cette prorogation de juridiction , il doit le faire savoir dès le début de l'instance , avant toute défense au fond , faute de quoi , il doit être considéré comme ayant implicitement accepté de se soumettre à la juridiction française . Ainsi, il apparaît, d'après le juge, que l'incompétence du tribunal français à connaître de litiges nés entre indigènes est seulement relative ; que dans ces conditions elle doit être soulevée in liminé litis. Et le juge, de rejeter l'exception d'incompétence en soulignant que les défenderesses ont accepté d'abord, au moins partiellement, le débat au fond et non pas soulevé in liminé litis, l'exception d'incompétence.

En revanche, l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan³⁶⁰ , en son audience du 22 août 1952, s'oppose à cette jurisprudence qui paraissait bien assise et qui était généralement approuvée par la doctrine³⁶¹.

³⁶⁰ Cour d'Appel d'Abidjan , audience du 22 août 1952 . A.O.F . –Procédure civile ; option de juridiction , irrecevabilité de la demande portée devant un tribunal français par des plaideurs de statut indigène . (Koffi Agnini c/ Tano Kona) . penant "Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique " p . 8- 13.

Les faits qui ont provoqué l'arrêt sont simples : à l'occasion d'un litige survenu à propos de l'exécution d'une vente immobilière portant sur un immeuble non immatriculé, les parties avaient saisi la justice française, en l'espèce le tribunal d'Abengourou ; appel avait été formé devant la Cour d'Appel d'Abidjan. Cette dernière s'est déclarée d'office incompétente, au motif que, « les parties en cause ne pouvaient réclamer le bénéfice de la juridiction française, aux termes des articles 7 et suivants du décret du 3 décembre 1931, qu'après avoir déclaré, dans un acte établi conformément aux dispositions du décret du 2 mai 1906, qu'elles entendaient porter leur différend devant la juridictions françaises ».

L'option de juridiction est donc subordonnée à des formes solennelles et ne saurait résulter du seul fait que le défendeur n'a pas soulevé in limine litis l'incompétence du tribunal français saisi³⁶².

Le principe soutenu par le juge est qu' : « aux termes des articles 7 et suivants du décret du 3 décembre 1931, des plaideurs de statut indigène ne peuvent réclamer le bénéfice de la juridiction française, qu'après avoir déclaré, dans un acte établi conformément aux dispositions du décret du 2 Mai 1906, qu'elles entendent porter leur différend devant les juridictions françaises. Ces prescriptions ne constituent pas de simples formes de procéder, mais une condition fondamentale d'admissibilité de la requête »³⁶³.

³⁶¹ (V . Solus "Traité de la condition des indigènes en droit privé " n° 418 et svts . Lampué et Rolland " Précis de droit d'outre-mer " 2é édition , n°510 ; "Luchaire , "Manuel de droit d'outre-mer " , n° 296 ; adde note de M . Vizios , sous Cour d'appel de Madagascar , 12 mars 1941 , Penant 1947 -I-141)

³⁶² Notes de J .de Soto , Professeur à la faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg .op , cité . Penant 1954 . p. 8

³⁶³ Op , cite , Penant année 1954 . p . 8

Il se présente comme un arrêt de principe, car le même jour, cinq arrêts semblables ont été rendus par la Cour d'Abidjan.

Il est donc utile d'examiner la valeur de cette « insurrection » contre les précédents et la doctrine.

La jurisprudence s'est peu à peu ralliée au fait que l'incompétence des juridictions françaises à l'égard des indigènes des territoires d'outre-mer n'était que relative ³⁶⁴ .

La raison profonde des hésitations des tribunaux venait du lien établi , à tort , entre l'option de juridiction et l'application de la loi française : les tribunaux français saisis d'une affaire par des indigènes se croyaient – tenus de statuer sur le litige par application de la loi métropolitaine telle qu'applicable dans les territoires considérés ; c'est parce que cette application leur paraissait socialement peu souhaitable et contraire à la volonté des parties qu'ils se déclaraient incompétents .

Cette confusion est due à la rédaction défectueuse de certains décrets d'organisation judiciaire locale³⁶⁵.

Reste alors un dernier point à examiner, les dispositions des textes relatifs à l'organisation judiciaire en A.O.F. sont-elles de nature à

³⁶⁴ M. Solus a décrit les hésitations des Cours d'Appel d'outre-mer . On peut dire , qu'à l'époque , et sous réserve du cas particulier de la Cour d'Appel de Tananarive , cette solution était admise dans tous les territoires d'outre-mer , en dépit de certains frémissements de la part de quelques tribunaux inférieurs (Lomé , 21 février 1936 , Penant 1938 –I-288 note Carbonnier , v aussi Lomé 5 mars 1943 , Penant 1948 – 1- 203 note . P . Lavigne ; en particulier pour l'A.O.F. la jurisprudence de la Cour de Dakar était constante depuis un arrêt du 17 juin 1910 (Dareste, 1911-3-111)

³⁶⁵ On cite toujours les décrets des 9 juin 1896 (Penant 1896 -3-394 et 456) et 9 mai 1909 (Penant 1909 -3-122) sur l'organisation de la justice française et de la justice indigène à Madagascar dont les dispositions combinées semblent bien décider que les tribunaux français saisis par les indigènes doivent appliquer la loi française (en ce sens , Solus et note Vizios au Penant 1947 -1-141 . V . cependant Thebault « Traité de droit civil malgache » , 1 n°10 , note 1 .

écarter absolument la compétence des juridictions françaises pour trancher les litiges entre indigènes et doit –on en conséquence interpréter respectivement les exceptions contenues dans ces textes ³⁶⁶ ?

Concernant toujours l'intervention progressive dans les affaires civiles qui au demeurant se caractérise par un relâchement, un certain laxisme, puis une reprise violente de la lutte " anti-convention indigène".

Une question théorique surgit cependant à propos d'affaires pénales et civiles : si la frontière paraît bien établie en droit métropolitain, elle ne semble pas l'être en droit traditionnel.

Par conséquent, la confusion entre les deux domaines à laquelle se prêtait la lecture des pratiques indigènes ne justifie-t-elle pas également l'ambiguïté des positions du législateur colonial?

En effet, les conventions indigènes – vues sous l'angle du droit métropolitain – impliquent à la fois, dans leurs manifestations, les affaires civiles et pénales, si ce n'est dans la procédure de leur établissement, du moins dans leur finalité.

Or en droit traditionnel, le pénal se ramène essentiellement au crime de sang, c'est-à-dire à tout acte qui atteint l'être dans sa double

³⁶⁶ De droit commun, écrit M. Vizioz dans sa note, celle-ci (la prorogation conventionnelle de compétence peut résulter non seulement d'une clause attributive de compétence, contenue dans un contrat et antérieure au litige, mais, d'une convention spéciale qui peut intervenir après la naissance du litige (Morel, n°289 -290). Il n'est même pas besoin d'une convention spéciale : l'accord tacite des parties suffit (Glasson, Tissier et Morel, t, I, n° 290 ; Japiot, Traité élém, proc, civ, n° 282). Un tel accord peut s'induire des circonstances, en particulier, le fait que les parties n'ont pas soulevé l'exception in limine litis, qu'elles ont conclu au fond, implique leur renonciation aux frégles normales de compétence, leur acceptation du tribunal saisi.

nature³⁶⁷, et au sacrilège, à la violation du temps et de l'espace du sacré.

On le voit, la rubrique du pénal se réfère aux infractions portant atteinte au domaine du sacré, et à l'intégrité corporelle de la personne, c'est-à-dire à tout ce qui touche à la vie et à l'Au-delà. Et ce pourvu qu'une personne soit directement impliquée ou métaphysiquement considérée comme telle dans l'acte incriminé. Ainsi, la malédiction, les injures, un geste menaçant, un regard furieux dont les conséquences sont supposées comme de mort, de malformation d'un nouveau-né, de la fracture d'une jambe, de la stérilité d'un couple, tomberont dans la rubrique du pénal en droit traditionnel. De même les dégâts des phénomènes naturels seront imputés à l'homme d'autant que la nature est considérée comme "medium" des activités métaphysiques des êtres vivants. Il en sera ainsi de la foudre, d'une branche morte qui se détache et blesse une personne, de la crue des cours d'eau détruisant les récoltes, de la sécheresse frappant les cultures.

On le voit l'interprétation du naturel et du surnaturel entraîne la fragilité, sinon l'inexistence à priori d'une frontière entre les affaires pénales et civiles, dépeint essentiellement des conséquences à court et long terme de l'acte incriminé.

Autre remarque: aucun délai n'est prescrit dans les sociétés traditionnelles en matière pénale. C'est la raison pour laquelle tout propos adressé à une personne sera supposé comme non seulement lié à sa vie mais aussi à sa descendance.

³⁶⁷ Matérielle et immatérielle

Cette dernière pouvant le cas échéant exercer “ l’action en justice ” contre l’héritier du sorcier si les conséquences du propos se réalisent sur la mort de l’auteur de l’acte délictuel.

Ni le temps, ni la personne de l’acte ne constituent le champ “ privilégié ” encore moins les limites de l’action judiciaire en droit pénal traditionnel. Or en droit métropolitain, les dispositions seront autres :

“Le législateur pénal du début du XIX^{ème} siècle ne conçoit qu’un seul auteur possible d’une infraction : l’homme adulte et raisonnable”³⁶⁸.

Par ailleurs, “ les dégâts causés par les phénomènes naturels ” telle la foudre, n’entrent dans le registre des infractions pénales³⁶⁹. Comme on le voit, le droit pénal traditionnel diffère du droit pénal métropolitain et colonial, ce qui sera source de conflits entre les deux systèmes juridiques.

Néanmoins, dans notre analyse, nous suivrons la double démarche du législateur colonial dans sa politique interventionniste. Ceci fonde l’exposé des deux aspects sur lesquels nous nous appuierons pour examiner la lutte du législateur colonial contre les conventions indigènes.

1) La répression des conventions à “caractère pénal”³⁷⁰.

A partir du mois de juillet 1901, une série de dispositions furent prises pour réprimer “ les infractions indigènes”. Il en fut ainsi du décret du 7 juillet 1901 applicable à Madagascar dont les articles ne portent pas

³⁶⁸ Les principaux aspects de la politique criminelle moderne.

Recueils d’études en hommage à la mémoire du Professeur Henri Donnedieu de Vabres, Paris, Editions Cujas, 1980.

³⁶⁹ Ibidem

³⁷⁰ Henry Legré Okou. p. 91 svts

explicitement sur les conventions indigènes. Mais, ce processus normatif posait déjà les jalons de l'engrenage répressif dans lequel s'engageait désormais le législateur colonial. Il faut attendre le décret du 9 juillet 1902 ayant trait aux enlèvements d'enfants pour que s'amorce la lutte contre les pratiques indigènes jugées illégales au regard du droit métropolitain et colonial. Le décret du 12 décembre 1905, sur " la répression de la traite en Afrique occidentale, ne fera que préciser davantage la politique pénale coloniale en matière de conventions indigènes. Le législateur colonial passe donc de la phase de l'observation des conventions à celle de la lutte contre les pratiques qu'il considère comme illégales à la lumière du droit positif. Cela explique l'édiction d'un ensemble de prescriptions, si ce n'est pour restreindre le champ de conventions, du moins pour mettre fin aux relations inter-communautaires.

En témoigne "l'arrêté du commissaire général du Congo du 1^{er} avril 1908 " réglementant " le droit de répression par voie disciplinaire des infractions spéciales à l'indigénat ". En se rapportant au dixième, onzième et douzième alinéa, on constatera que le législateur incluait " les tapages, l'ivresse, les pratiques de la sorcellerie ", c'est-à-dire des domaines implicites des conventions indigènes.

En effet, pouvait-on se marier sans "tapage" le bruit fonctionnant à la fois comme connexion des sentiments et conjuration des mauvais esprits³⁷¹ ?

Est-il possible d'éviter l'ivresse quant on sait qu'elle participe à la "réussite" du mariage dans certains tribus, à l'instar du bris de verres chez les Slaves lors des manifestations matrimoniales ?

³⁷¹ Ibid

De même la sanction pénale qu'encourt celui qui donnait " asile sans prévenir l'autorité à des agitateurs " ne visait – elle pas la désaffectation des conventions inter-communautaires portant soit sur des alliances à plaisanterie qui impliquaient obligatoirement " la loi du silence " dans la protection d'un membre de la communauté alliée, soit les alliances matrimoniales qui interdisaient également de "livrer " toute personne relevant des communautés en relation matrimoniale³⁷². On assiste à un processus de "refroidissement " juridique de la chaleur communicative des conventions indigènes. La liste des dispositions coloniales n'est point exhaustive. Cependant, les textes produits ultérieurement ne feront que s'inscrire dans les finalités prescrites par le législateur, de combattre les conventions indigènes.

On retiendra deux phases dans la politique répressive des conventions indigènes: l'affirmation des prescriptions anti-esclavagistes et leur application³⁷³.

- L'affirmation des prescriptions anti-esclavagistes

Au plan des prescriptions, la répression des conventions à "caractère pénal " s'inscrit non seulement dans l'évolution de la législation métropolitaine, mais également dans les engagements internationaux auxquels la France est partie prenante. Ils se ramènent dans un cas comme dans l'autre à l'opposition du législateur colonial à l'esclavage. La politique anti-esclavagiste coloniale remonte aux transformations idéologiques des sociétés européennes à la fin du XVII^{ème} siècle.

Les différentes révolutions laissent donc un héritage au législateur qu'il matérialisera au travers de textes juridiques dans la première

³⁷² *Ibidem*

³⁷³ *Op. cité. H. L. Okou. p. 93*

moitié du XIX^{ème} siècle. Cette opposition du législateur colonial à l'esclavage s'inscrit donc dans une longue tradition révélant les positions ambiguës, les ambivalences des forces sociales métropolitaines.

C'est dans ce sillage anti-esclavagiste que s'inscrit l'article 3 de la constitution de 1793 selon lequel : " tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi " c'est également dans ce sens qu'il convient de lire l'article 1^{er} du décret du 4 mars 1848 qui dispose que :

" L'esclavage sera entièrement aboli dans toutes les colonies et possessions françaises deux mois après la promulgation du présent décret dans chacune d'elles. A partir de la promulgation du présent décret dans les colonies, tout châtiment corporel, toute vente de personne non libre seront absolument interdits ".

Le 27 avril 1848³⁷⁴, la suppression de l'esclavage fut effective dans toutes les colonies françaises. Il subsistera cependant l'esclavage afro-africain contre lequel s'insurgent les autorités coloniales françaises. En témoignent les rapports abondants des administrateurs coloniaux au cours de la période de 1928 dans la région d'Adzopé. Des mesures furent proposées pour sa suppression ³⁷⁵ .

Mais dix ans plus tard de 1920 à 1925, on assistera à un accroissement des conventions portant sur ce que la colonisation dénommera " la traite des femmes et des enfants ". On observera ainsi une distorsion entre l'affirmation et l'application des principes anti-esclavagistes.

³⁷⁴ P. 95. L. Okou. Op. Cité

³⁷⁵ ANCI. 2EE 14 ' ' Histoire des coutumes de la Côte d'Ivoire.

- **L'application des prescriptions anti-esclavagistes**

Au niveau de l'application des prescriptions anti-esclavagistes, on notera deux solutions eu égard aux rapports des administrateurs coloniaux: l'amélioration du sort des esclaves et l'interdiction des conventions esclavagistes.

L'amélioration du sort des esclaves – 1902-1907 :

L'administrateur colonial reprend à son compte la politique préconisée au XVIII^{ème} siècle par certains députés de l'Assemblée nationale qui affirmaient que la suppression de l'esclavage entraînerait un déclin économique de la France.

Le compte de Mirabeau déclarait alors:

"Le négre est nécessaire à la richesse de nos colonies. L'intérêt de nos colonies, de la France exige que vous confirmiez l'esclavage "³⁷⁶

Nous retrouverons ce même souci chez l'administrateur colonial à savoir éviter un bouleversement des institutions traditionnelles qu'il ne serait pas à même de maîtriser et qui troublerait l'ordre établi. C'est pourquoi tous les rapports des administrateurs coloniaux de la période de 1902 à 1910 reprennent diversement cette argumentation de la période révolutionnaire.

Reportons – nous au rapport de l'administrateur de Lahou au gouverneur de la Côte d'Ivoire:

" Il faut actuellement se méfier des dangers trèsréels de la suppression de l'esclavage ...Du point de vue économique et social enfin , il ne faut

³⁷⁶ Mirabeau, Archives parlementaires in Marcel Garaud.

"La Révolution et l'égalité civile " Recueil Sirey, Paris 1953

pas perdre de vue que la libération en masse doit constituer une révolution aussi bien pour les maîtres légitimes possesseurs du sol que les esclaves affranchis.

Ceux-ci, livrés à eux-mêmes inconscients des droits³⁷⁷, comme des obligations créées par un état social nouveau seraient souvent, pour ne pas dire toujours, dans l'obligation de retourner chez leurs anciens maîtres pour échapper à la misère.

La libération touchera à la richesse indigène. Il faut donc apporter à celle-ci une compensation légitime³⁷⁸.

Le rapport en date du 07 Août 1908 du commandant du cercle des Lagunes, "poste d'Adzopé " s'inscrit également dans cette démarche :

" ... Obligés d'abandonner les habitations de leurs maîtres, ils seraient exposés du jour au lendemain à mourir de faim et ne demanderaient pas de reprendre leur ancienne situation. La nourriture qui leur était assurée, où se la procuraient -ils?...Ils ne pourraient que grossir l'armée déjà si nombreuse des vagabonds, et obligés de pourvoir à leur nourriture, ils ne manqueraient d'être entraînés à se la procurer par le vol et devenir un danger pour la population "³⁷⁹.

Les auteurs de ces rapports développent à la fois des idées " catastrophistes ", et surtout de sécurité publique pour justifier le maintien de l'esclavage.

Deux raisons historiques semblent expliquer cette attitude de l'administration coloniale.

³⁷⁷ Soulignés par l'auteur, Okou

³⁷⁸ ANCI, 2EE "Histoire des coutumes de la Côte d'Ivoire.

³⁷⁹ Ibidem

Premièrement, il paraissait difficile de s'attaquer aux transactions esclavagistes auxquelles s'adonnaient les chefs traditionnels pourvoyeurs en main-d'œuvre à l'administration coloniale comme l'écrit l'administrateur du Cercle de Kong :

"...Et si nous sommes logiques avec nous-mêmes, notre œuvre pour peu qu'elle soit encore accentuée risque de devenir néfaste au point de vue social et économique ...

Actuellement notre conduite est assez juste envers ceux-ci (les maîtres) et parfois un peu contradictoire.

Un simple exemple le montre: nous leur demandons depuis des années soit des porteurs pour les compagnies du Baoulé, soit des travailleurs pour le chemin de fer ³⁸⁰

Ce rapport laisse sous entendre que les travailleurs indispensables à l'économie coloniale provenaient semble-t-il, de la gente servile. Par conséquent la suppression de l'esclavage hypothéquerait les travaux en cours de réalisation. On comprend pourquoi l'administration coloniale laissait faire.

En dépit de la législation en vigueur, le droit colonial se pliait aux nécessités dictées par le terrain et les priorités prescrites par la métropole.

Deuxièmement, s'attaquer à l'institution esclavagiste revenait à ébranler le prestige attaché à la possession d'esclaves, surtout que ces derniers étaient investis dans le rituel funéraire de certaines sociétés.

Les administrateurs coloniaux semblaient donc maquiller les rapports pour couvrir les pratiques esclavagistes.

³⁸⁰ Ibidem

Cela explique certainement le rapport du 26 avril 1925 du ministre des colonies Albert Sarraut adressé au Président de la République française³⁸¹:

Dés lors pour améliorer le sort des esclaves et éliminer les sacrifices rituels, les administrateurs coloniaux proposèrent deux solutions finalisées dans l'établissement d'un état civil et la création des villages de liberté³⁸².

L'établissement de l'état civil permettait à l'administration coloniale non seulement d'évaluer démographiquement les populations pour l'impôt de capitation, mais surtout de connaître l'origine de chaque personne vivant sur le territoire.

L'objectif à long terme de cette politique était d'arriver à grouper tous les esclaves domestiques dans les villages de liberté.

L'expérience de la création des villages de liberté remonte à la fin du XIX^{ème} siècle, précisément en 1887 au Soudan dans l'entourage du lieutenant colonel Gallieni, alors commandant supérieur du Haut-Niger.

L'expression "village de liberté " désigne une agglomération de captifs libérés que l'administration garde sous son contrôle , au moins temporaire , à la fois pour les défendre contre d'éventuelles tentatives de reprises de leurs anciens maîtres et pour les aider à subvenir à leurs besoins, car, au moment de leur affranchissement, ils sont dans un total dénuement et incapables d'initiatives .

³⁸¹ Archives nationales françaises

³⁸² Chez certaines tribus du Caméroutn, une des principales raisons qui semblent pousser l'indigène à chercher à acquérir des captifs est le désir de s'assurer des victimes pour les sacrifices rituels

Il est difficile d'établir avec certitude qui a inventé le terme. Son usage ne fait pas non plus l'unanimité dans les milieux des administrateurs. Ainsi, on emploie tantôt le terme de village de liberté, ou de village refuge.

Dans tous les cas, la réalité sociologique décrite résulte de l'affranchissement des esclaves incapables de retrouver leurs villages d'origine.

Cependant, s'il est difficile d'établir la paternité de l'expression village de liberté, il n'en est pas de même des sources politiques et religieuses qui ont suscité cette politique d'affranchissement et de réinsertion des esclaves. Elles remontent à la fin du XIX^{ème} siècle.

Ce fut la matérialisation des projets de la société anti-esclavagiste créée en 1888 par le Cardinal Lavignerie. Cette société aura à son actif une "trentaine de villages de libertés repartis dans toute l'Afrique noire entre 1897 et 1910³⁸³.

Comme nous le voyons, plusieurs solutions étaient envisagées pour faire disparaître progressivement l'esclavage. Fallait-il cependant laisser continuer les conventions esclavagistes ou les interdire?

Le législateur colonial choisit la seconde solution.

- L'interdiction des conventions esclavagistes

Comment donc interdire les conventions esclavagistes ?

³⁸³ Bouhe Denise " Les villages de liberté en Afrique noire française " 1887-1910, Paris, Mouton, 1968, p, 282

Cf. François Renault, Lavignerie " L'esclavage africain et l'Europe " Tome I: Afrique centrale. Paris, Ed. E. de Boccard, 1971

Mbaye Gueye " l'Afrique et l'esclavage, une étude sur la traite négrière " Paris. Ed. Martinsart, 1983

Les dispositions juridiques existaient. Mais à qui les appliquer. Dans la mesure où ces conventions empruntaient les voies de la légalité coutumière au travers des alliances matrimoniales,

des contrats de prêts d'argent, de circuits de vente au détail. Eclatées dans les multiples sphères des sociétés traditionnelles, les conventions esclavagistes échappaient au regard de l'administration coloniale. Néanmoins, celle-ci s'appuiera sur deux moyens pour interdire ces conventions:

La dénonciation des délinquants³⁸⁴:

Le ministère public s'accommoda de la solution de la dénonciation. Cela permit au juge colonial "de faire des exemples " à des fins de découragement des pratiques esclavagistes. Aussi n'hésitera-t-il pas à s'attaquer à certaines personnalités influentes qui usaient de leur puissance sociale pour s'approvisionner en femmes à travers des contrats illicites au regard, évidemment de la législation coloniale.

La jurisprudence coloniale abonde en procès offrant l'occasion de suivre les positions ondoyantes du juge colonial à la recherche d'une solution qui impose à la fois la légalité républicaine par le législateur et l'attitude pragmatique qu'offrent le terrain et chaque cas d'espèces . Véritable visage de Janus que celui du juge colonial qui traduit les talents de la dikté et de la poésie: il se transforme en artiste quand le terrain comme un roc résiste à la linéarité d'une décision judiciaire pour imprimer à chaque cas d'espèce la marque du droit qui épousera la coloration du milieu sociologique³⁸⁵.

³⁸⁴ Op. cité, page 102. Henry Legré. Okou

³⁸⁵ Faut-il y lire l'esprit du droit colonial ou n'y voir qu'une certaine concession indispensable aux sociétés indigènes ?

C'est tout cela à la fois qui traduit le processus d'uniformisation juridique avec des matériaux composites faits de principes métropolitains et de création locale sans trahir la finalité escomptée : assimiler, c'est-à-dire absorber l'autre sans l'être. Reproduisons quelques jugements caractéristiques de cette période pour comprendre comment le juge colonial répond aux exigences de la légalité coloniale et à la logique du milieu sociologique³⁸⁶.

Affaire Vamoami Fadiga en date du 28 octobre 1907 – inculpation pour trafic de personne

Les faits:

Vamoami Fadiga, commerçant de son état, a passé un contrat de vente de tissus avec Ganvanli Cissé. Selon les termes de ce contrat qui évidemment se réalisera sous forme orale, Ganvanli s'acquitterait de son obligation envers Vamoami Fadiga après la commercialisation des tissus. Or, après la vente il disparaît sans éteindre sa créance. Vamoami le retrouve quatre mois après.

Et à l'issue de leur rencontre au lieu de la créance en nature ou en argent, Vamoami Fadiga obtint de son débiteur une jeune fille de seize ans environ qu'il épousera dès son retour à Touba.

Dénoncé par son domestique selon lequel Vamoami a reçu la jeune fille en contrepartie de la somme due par Ganvanli, il est arrêté et déféré dans la prison de Séguéla où il passera un an. Quant à la jeune fille, elle déclarera devant le juge qu'elle ne sait trop comment elle a changé de mains. Néanmoins précisera-t-elle aucune violence ne fut exercée sur sa personne³⁸⁷.

³⁸⁶ Ibid

³⁸⁷ Op. cité, p. 104. Okou

La position du capitaine commandant

Le capitaine commandant le Cercle de Séguéla remet Vamoami Fadiga en liberté un an après son arrestation, au motif qu'il se serait bien conduit, que son domestique aurait certainement cherché à nuire à sa personne et à ses intérêts, que sa santé se dégraderait, et enfin que le milieu social n'était pas suffisamment pénétré de l'opportunité d'une telle mesure.

Que dire de ce jugement ?

Nous ferons deux remarques portant sur la position de la coutume dans le cas d'espèce, et sur les arguments du juge colonial eu égard au droit positif et au contexte historique.

La position de la coutume

En droit coutumier la volonté de la femme n'est point requise pour le mariage. Par conséquent celle de la jeune fille ne saurait faire obstacle à un mariage conclu entre son père social ou biologique en l'absence de ce dernier avec une personne. Sur ce point concordent les droits coutumiers traditionnels.

Seulement qui était Ganvanli pour la jeune fille? Le patriarche de sa communauté? Son père? Son maître? Ou bien l'avait-il enlevée? Si dans les trois cas évoqués la transaction s'inscrit dans la régularité au regard de la coutume, elle ne l'est plus dans la dernière hypothèse, celle de l'enlèvement, à ne pas confondre avec le rapt³⁸⁸.

En effet, si le rapt constitue l'une des procédures normales du mariage traditionnel, l'enlèvement bien que proche du rapt dans la forme, en diffère dans le fond et la finalité.

³⁸⁸ ibidem

Dans la forme, le rapt et l'enlèvement se réalisent en principe sans le consentement de la communauté de la jeune fille ; encore que dans le cas du rapt une certaine complicité de la mère ou d'un parent influent de la jeune fille est toujours présente. Mais, même dans ce cas, cette complicité ne saurait se qualifier de consentement tant il est vrai que cette expression renvoie à l'assentiment de la communauté et non à une ou deux personnes en droit coutumier. Par conséquent, en la forme, l'enlèvement se rapproche du rapt.

Cependant dans le fond, le rapt n'est qu'un moyen pour établir à fortiori des contacts avec la communauté de la jeune fille par le biais d'un intermédiaire. Alors que l'enlèvement peut avoir pour finalité soit la vente soit des représailles collectives.

Ainsi, comme indiquait plus haut la transaction n'est plus régulière dans le cas de l'enlèvement car si le rapt s'inscrit dans la procédure normale du mariage traditionnel, l'enlèvement qui emprunte la voie du rapt s'en distingue sur un point fondamental : le non établissement de contact avec la communauté de la jeune fille par un intermédiaire. Ce contact qui régulariserait l'acte et rétablirait l'ordre social transgressé par l'amputation d'un de ces membres.

A défaut d'une telle procédure, le coupable était sévèrement puni comme l'atteste cette note:

“ En dehors de ce texte général, émanant de l'autorité métropolitaine, les coutumes locales du Soudan et de la région de Zinder ... dont il s'agit, frappaient des mêmes peines les auteurs, les complices et les intermédiaires.

La coutume bambara prévoyait deux mois de barre et de châtiments corporels ; les coutumes Kassonké et Malinké, l'amende, la coutume de Zinder punissait de mort le vol d'enfants dans le but de les livrer à

la prostitution, de l'emprisonnement et de la bastonnade l'adoption ou l'échange de mineurs dans le même but³⁸⁹.

Autrement dit, même en droit coutumier, la position du capitaine commandant qui n'établit pas le lien par des investigations au travers de ses pouvoirs rogatoires, semble fragile. Cependant, cette position était-elle conforme à la législation en vigueur? Cette question renvoie aux arguments du juge colonial.

L'argumentation du juge colonial

Le juge colonial s'est appuyé sur l'absence de preuves suffisantes et l'impopularité de la décision au sein des populations pour relaxer le prévenu.

Or n'avait – il pas la possibilité matérielle d'instruire le procès au lieu de s'en tenir aux témoins fournis par Vamoami³⁹⁰ ?

S'agissant d'une affaire pénale et non civile, le juge colonial aurait dû aller au –delà des preuves d'innocence apportées par Vamoami. Or en se bornant à ces dernières, il exigeait de la part du dénonciateur – sur lequel il a d'ailleurs des doutes – de compléter ses preuves. Ne représentait-il pas le ministère public? Fallait-il transformer le dénonciateur en " ministère public "? Manquait-il de pistes?

Et que dire de la déclaration de la jeune fille selon laquelle, elle" aurait changé de mains sans trop savoir pourquoi "?

³⁸⁹ ANCI, 2EE 14, Note du général sur la traite des femmes et des enfants (1920, 1922, 1925)

³⁹⁰ *ibidem*

Cela n'éveillera même pas les soupçons du juge pour poursuivre l'investigation. Le contexte historique a-t-il eu un impact sur cette affaire?

Nous sommes au début du XX^e siècle, quelques années après la défaite de Samory.

Ce dernier a dû, pour entretenir son armée, vendre des esclaves à certains chefs traditionnels. Par conséquent, il restait encore des milliers d'esclaves dont le commerce se poursuivait entre les populations. En d'autres termes, les pratiques esclavagistes récentes de la région constituaient des facteurs importants pour s'interroger sur le statut de la jeune fille, et appliquer le cas échéant les prescriptions du décret du 12 décembre 1905 que nous avons déjà cité.

Le juge colonial en rendant un jugement de Salomon a voulu à la fois faire un exemple pour affirmer l'autorité de l'administration coloniale, et tenir compte de la résistance du corps social.

Ainsi en retenant Vamoami en prison pendant un an, l'administration coloniale s'imposait au milieu traditionnel, en s'attaquant à son chef, mais, en déclarant un non lieu, elle le lavait de tout soupçon et le rétablissait dans son autorité traditionnelle³⁹¹.

Affaire chefs de canton et de province: formes dissimulées d'esclavage. Ouagadougou le 22 janvier 1921.

Les faits

Deux chefs l'un de canton, l'autre de province, avaient épousé des enfants de "six mois à la mamelle et des fillettes de 7, 9 et 21 ans " selon les termes du rapport du chef de subdivision de Tenkodogo –

³⁹¹ibid

Ce mariage fut conclu entre l'oncle et les chefs contre la volonté de la mère des fillettes. Saisi, le chef de subdivision les oblige à rendre les enfants aux parents.

Cette affaire illustre les relations conflictuelles entre la tradition mossie et la législation coloniale. Aussi convient-il d'éclairer les positions de l'un et de l'autre système de droit sur le cas d'espèce pour saisir les contradictions normatives profondes qui opposaient les chefs traditionnels aux représentants de la législation coloniale en vigueur³⁹².

La tradition mossi

Selon la tradition mossi, le chef exerce un droit sur tous les sujets qui ont " bénéficié de sa part d'une épouse ". En vertu de ce droit, il recevra toujours la première fille issue d'un tel mariage.

Ce droit s'appelle poukciouré. Une telle disposition dispense évidemment le chef de famille de la dot.

La coutume prévoit au terme du poukciouré, une adoption qui au demeurant transfère le pouvoir paternel au chef, considéré comme " chef éminent de la famille que forme en droit mossi le canton " ou combéré. En vertu de son titre de chef éminent de la famille et du combéré qui est à la fois une division administrative et surtout " une cellule sociale dont tous les éléments se réclament d'une origine commune", il a le droit d'épouser les premières filles de chaque famille mais également le devoir de " marier les jeunes mâles ". Comme on le voit, le poukciouré confère un droit éminent au chef qui en l'occurrence exerce les prérogatives de patriarche sur sa communauté.

³⁹² Page. 109. H. L. Okou « Conventions indigènes et Législation coloniale (1893-1946) : Essai d'anthropologie juridique » Editions NETER, 1994

C'est la raison pour laquelle les chefs dont il est question dans cette affaire, ont certainement reçu en mariage les fillettes. Cela apparaîtra évidemment illégal au regard du droit colonial alors qu'il est tout à fait conforme aux prescriptions coutumières.

Les positions du droit colonial sur le cas d'espèce

Face aux coutumes indigènes, on le sait, le législateur colonial a adopté deux attitudes: le respect d'une part des coutumes, et, d'autre part, l'intervention dans ces coutumes pour appliquer la légalité métropolitaine et coloniale.

Cette affaire s'inscrit à la fois dans le cas de la protection des mineurs et de la lutte contre le trafic de personne.

En ce qui concerne la protection des mineurs, le législateur engagera, à la fin du XIX^{ème} siècle, une lutte contre la puissance paternelle dans la mesure où cette dernière fait source d'abus en maintes circonstances : travail et prostitution d'enfants, violences exercées contre les enfants³⁹³.

Les romanciers de cette époque ne manquèrent pas de s'en saisir comme thème littéraire pour attirer l'attention du public sur des pratiques que couvrait en fait la puissance paternelle³⁹⁴.

Pour remédier à cette situation, le législateur métropolitain prescrira au terme de la loi du 19 avril 1898 sur " la répression des violences, voies de fait et attentats commis contre les enfants ", et la loi du 24 juillet 1889, des séries de mesures destinées à soustraire les mineurs de l'arbitraire des parents et de toute autre personne.

³⁹³ibid

³⁹⁴ Les romans de Victor Hugo, entre autres « Les Misérables », en constituent une illustration

Ainsi, si la loi du 19 avril 1898 prévoyait “ des mesures autoritaires de placement ” celle du 24 juillet 1889 instituait “ la déchéance de la puissance paternelle ”, portant “ atteinte ... à l'autorité souveraine du père de famille³⁹⁵.

D'autres dispositions entrant dans cette rubrique seront prises au XXème siècle: la loi du 11 avril 1908 “ sur le placement de tout mineur qui se livre habituellement à la débauche ”. Le décret loi du 30 octobre 1935 sur “ le placement des mineurs, qui n'ont ni travail, ni domicile, ou qui tirent leurs ressources de la débauche et des métiers prohibés ”³⁹⁶.

Enfin pour ce qui concerne leur période, l'ordonnance du 2 février instituant “ les juges des enfants”.

Dans les colonies fut pris le décret en date du 9 janvier 1902 en application de la loi du 5 décembre 1901 sur “ l'enlèvement d'enfants ”.

Cette législation s'inscrivait également dans la protection des enfants, surtout que les pratiques esclavagistes étaient en vigueur dans les sociétés traditionnelles. Elle visera essentiellement à décourager les conventions portant sur les personnes.

L'administration coloniale en appliquant les dispositions anti-esclavagistes visera à amoindrir l'autorité des chefs quand évidemment les circonstances étaient favorables à des sanctions exemplaires comme le note le rapport suivant :

³⁹⁵ Pandele Gilbert « La protection des jeunes par le juge des enfants » Paris, les Ed. Est, 1981

³⁹⁶ Idem

“ ... Ces exemples ou des personnages influents dans la subdivision, se trouvaient directement intéressés ont marqué notre volonté de ne plus tolérer les vieilles coutumes qui heurtent trop nos conceptions humanitaires. Ils ont été d'autre part d'un heureux effet sur l'ensemble des réclamants qui ont pu les connaître et voit ainsi la preuve de notre politique égalitaire”³⁹⁷ .

Soulignons que l'auteur du rapport se soucie plus du renforcement de l'autorité coloniale que de vagues conceptions humanitaires. Dans cette optique, il réclamera la cassation des jugements prononcés par les juges indigènes pour, bien entendu, faire régner la légalité coloniale:

“ Il est regrettable que le commandant de cercle ne puisse interjeter appel en matière civile ; il pourrait redresser les jugements prononcés par les juges indigènes étayés sur la coutume barbare du mariage mossi et assurer ainsi l'exécution de la circulaire dans des conditions plus rapides ”³⁹⁸.

Certes, l'auteur n'ignore pas la procédure d'homologation instituée dans les colonies par des arrêtés au début du XX^{ème} siècle précisément en 1903, mais il s'en tient à la circulaire du 31 mars 1920 qui enjoint aux administrateurs d'intervenir de plus en plus dans le domaine de la coutume.

Cette circulaire stipule:“ La coutume qui consiste à permettre à un père de vendre sa fille , celle qui lui enlève son droit de disposition ou

³⁹⁷ ANCI, 5 EE 60. “ Rapports annuels sur la Traite des femmes et des enfants (1921-1925) “

Cf. Également ANCI. 5EE 61, Enquête de la société des Nations sur l'esclavage : Rapports sur l'esclavage indigène en Haute-Volta (1923-1931) “

³⁹⁸ ANCI, 5EE 60

lui permet de céder à une tierce personne sans recours ultérieur de la part de la femme devra également être réformée et remplacée progressivement par des pratiques assurant peu à peu la jeune fille indigène, l'exercice d'un libre –arbitre ne pouvant avoir comme correctif vraiment admissible que la puissance paternelle dans ces diverses manifestations avec les règles générales ou les usages admis en pareille matière dans les sociétés civilisées ³⁹⁹.

A côté de la dénonciation, le deuxième moyen d'interdiction des conventions indigènes par le colonisateur furent les plaintes.

Les plaintes indigènes:

On remarquera que ces plaintes illustreront l'affaiblissement des autorités coloniales dont les juridictions seront écartées progressivement au profit des juridictions coloniales.

Ce processus reproduit la lente destruction des juridictions religieuses au Moyen –Age en France et le triomphe de la justice royale, certes pas pour les mêmes motifs, mais pour le même but de la centralisation du pouvoir politique. A l'arrière-plan donc de ce processus engagé indirectement contre la justice indigène, se profile la même finalité : faire croire aux indigènes l'efficacité et l'impartialité de la justice coloniale. N'oublions pas que nous sommes dans la première moitié du XX^{ème} siècle, période de la politique assimilationniste qui au demeurant caractérise l'ambivalence de la politique coloniale depuis la constitution du 4 novembre 1848 dont l'article 109 déclarait les " possessions d'outre-mer " territoires français.

³⁹⁹ Gonidec P. F. '' Droit d'outre –mer. T. I, De l'empire colonial de la France à la communauté ''. Paris. Ed. Montchrestien, 1959.cité à la page 116 par H. L. Okou

Les différentes plaintes matérialisent par conséquent à la fois l'affaiblissement des coutumes et les contradictions séculaires que drainaient les sociétés traditionnelles. Nous prendront un seul exemple pour témoigner du double rapport conflictuel de la société coloniale. Il s'agit du jugement rendu à l'audience du 2 septembre 1921.

Les faits

Tinoaga, impuissant, cède sa femme légitime Koudougou à son frère Tenga plus favorisé par la nature que lui sans demander l'assentiment de cette dernière.

Koudougou porte plainte contre le trafic dont elle est l'objet. Mais elle est déboutée au motif que la convention entre les deux frères correspond aux prescriptions coutumières.

Quelle est donc la position de la coutume?

L'administration coloniale a-t-elle appliquée la législation en vigueur?

La coutume mossi sur "la cession de femme"

La coutume mossi à l'instar des coutumes négro-africaines non altérées par l'islam, et en dehors de l'influence chrétienne, considère la femme comme un patrimoine de toute la famille.

Par conséquent, elle doit à la suite du conseil de famille s'en tenir aux décisions de cette dernière⁴⁰⁰.

Ainsi, si un mari brutalise son épouse et que son comportement risque d'hypothéquer les relations de sa communauté avec celle de son épouse, cette dernière lui est retirée et proposée à un autre membre du

⁴⁰⁰ Page 117. op. cité. L. Okou

clan ayant le même âge ou étant plus âgé que l'ancien mari. Par ailleurs, la finalité intra-communautaire du mariage étant la procréation, s'il s'avérait que le mari était impuissant, la femme épousait un autre membre de la famille avec évidemment l'assentiment du conseil de famille.

On comprend pourquoi certaines personnes âgées toléraient l'inceste en permettant à leurs neveux d'entretenir des rapports sexuels avec leurs épouses, pourvu que le secret de Polichinelle n'alimente pas trop les ragots des marigots.

Ces rapports sexuels incestueux voilaient en réalité l'impuissance et au regard de la coutume, le cocu conservait fictivement sa virilité, critère indispensable pour exercer son autorité. Ce dernier cas était possible seulement pour les chefs de familles, les autres membres du groupe étaient soumis à la sanction du remariage de leur épouse à un autre membre de la famille. Comme on le constate, le cas de Koudougou s'inscrit dans le cadre de la cession de femme en conformité avec la coutume négro-africaine en général et mossi en particulier.

Pourquoi donc le juge colonial a abondé dans le même sens que la prescription coutumière?

N'existait-il pas une législation réprimant de telles pratiques?

La législation en vigueur

En métropole, il existe une série de dispositions protégeant les femmes. Ainsi la loi du 5 avril 1903 "punissant les faits de traite " a,

pour atteindre ces délits, modifié les articles 334 et 335 du Code pénal ainsi que les articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle⁴⁰¹.

Au terme de l'article 334 du Code pénal modifié par la loi du 5 avril 1903 sera , "Puni d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de cinquante francs à cinq mille francs, quiconque aura attenté aux mœurs quiconque aura entraîné ou détourné avec son consentement une femme ou fille mineure en vue de la débauche, quiconque pour satisfaire les passions d'autrui, aura par fraude ou à l'aide de violences,menaces,

abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte embauché, entraîné ou détourné une femme ou une fille majeure en vue de la débauche "

Cette déclaration métropolitaine fut renforcée par la Convention du 4 mai 1910 à laquelle adhéraït la France. Cette dernière convention était rendue exécutoire en France même par le décret du 23 Août 1912.

Le décret du 7 juillet 1921 promulgué en AOF par arrêté du 13 Août 1921 reprendra à son compte les prescriptions de la législation métropolitaine en la matière, venant ainsi consolider les lois coloniales en vigueur, tel le décret du 8 Août 1920 qui ira dans le sens de l'aggravation des pénalités.

A l'évidence, le juge colonial disposait d'une législation applicable dans le cas d'espèce qui entrait bien dans le cadre du " trafic de personne destiné à satisfaire les passions d'autrui ".

Cependant, l'administration coloniale laissera triompher la coutume qu'elle savait déjà atteinte dans son autorité régulatrice des relations sociales.

⁴⁰¹ibid

En réalité, la procédure de la plainte lui importait davantage que le fond de la question portée à la connaissance du juge colonial. La même politique d'intervention s'observera dans le domaine des conventions civiles⁴⁰².

B) L'intervention dans les conventions civiles (1906-1946).

“ Ces conventions se font toujours de vive voix et en général sans témoins. Aussi donnent-elles lieu à des palabres lorsqu'une des parties réclame ses droits. Ces palabres sont portées devant le chef de la grande famille qui, s'il n'y a pas accord entre le défendeur et le demandeur, a recours à l'huile bouillante pour désigner celui qui déguise la vérité”⁴⁰³.

“ Dans les colonies et territoires relevant du gouvernement général de l'Afrique occidentale française, les conventions conclues entre les indigènes, selon les règles et formes coutumières non contraires aux prescriptions de la civilisation française (souligné par H. L. O) peuvent, en vue de la preuve, être constatées en un écrit affectant le caractère d'acte civil ...

L'écrit, rédigé en langue française, peut être établi par toute personne ⁴⁰⁴.” C'est principalement à l'occasion des mariages, ou des instances judiciaires se rapportant à l'union que la condition de la femme indigène apparaît, chez certaines races, habitant la colonie,

⁴⁰² Op cité “ Les conventions indigènes et Législation coloniale (1893-1946) ” H. L. Okou. p 82 à 121

⁴⁰³ ANCI, 1EE. “ Histoire des coutumes de la Côte d'Ivoire ”.

⁴⁰⁴ Décret du 10 mai 1906 du président de la république française A. Fallières.

comme outrageusement contraire aux principes essentiels du droit humain et de la civilisation ⁴⁰⁵.

Nous avons mis en exergue ces textes provenant d'autorités différentes, et destinés à des utilisations également différentes, pour montrer comment et pourquoi l'administration intervient progressivement dans le domaine des conventions civiles, zone réservée en principe au statut personnel⁴⁰⁶.

Le premier texte s'inscrit dans une enquête sociologique sollicitée par la société anthropologique de Paris en 1907. Il nous situe sur un type de convention indigène, certainement à caractère commercial. Le mutisme du texte sur la nature de la convention ne nous autorise pas à aller plus en avant dans notre analyse. Néanmoins, nous sommes éclairés sur les sûretés coutumières, principalement sur " l'épreuve du poison " qu'attestent les enquêtes contemporaines.

Il s'agit donc d'une convention, à l'instar des conventions indignes de l'époque, qui se caractérise par la forme orale.

Le deuxième texte orienté contre l'oralité voudrait apporter des correctifs dans le sens de l'instauration des conventions écrites.

Quand au troisième, il révèle la ferme volonté du législateur d'intervenir sur le fond des conventions indigènes.

A la lumière de ces textes, singulièrement des deux derniers qui par ailleurs illustrent une tendance générale à l'échelle des colonies entre 1906 et 1946, on se rendra compte que la législation coloniale vise à

⁴⁰⁵ ANCI, 5EE : Circulaire du gouverneur de la Haute-Volta

⁴⁰⁶ Gounot. E " Le principe de l'autonomie de la volonté " p , 228 et 183

modifier progressivement la forme, et à transformer le fond des conventions indigènes.

Dans le premier cas, on introduit le formalisme juridique métropolitain dans la conclusion des contrats. En effet, une jurisprudence en ait témoigné, mettant en valeur l'immatriculation obligatoire des immeubles et l'autorisation préalable pour la validité de certains contrats .

Nous allons illustrer cette affirmation par l'analyse de ces trois décisions de justices :

Sur la premièr⁴⁰⁷, le juge a dégagé le principe de l'immatriculation obligatoire, en stipulant que : « L'article 5 du décret foncier du 26 juillet 1932⁴⁰⁸ , applicable en Afrique Occidentale Française, qui est rédigé en terme impératifs, frappe de nullité tout acte écrit d'où résulte l'accord définitif des parties sur la chose vendue et le prix de la vente, dès lors que l'immeuble faisant pour la première fois l'objet d'un contrat écrit n'avait pas au préalable été immatriculé ».

En l'éspece, à travers une convention sous-seing privé, Assane Ndoye vendait à Lahssane Ndoye des parcelles de terrain, individualisées sur le prix de 200 000 francs sur lequel des acomptes étaient versés ;

⁴⁰⁷ Penant 1959 « Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique » .1959 . 69é année . P . 427 . Cour de Cassation , Chambre Civile 29 décembre 1958 ; El Hadj Assane N'doye et autres c/El Hadj Amadou Lhassane N'doye . Afrique Occidentale Française . –Immeuble . – Immatriculation .

⁴⁰⁸ Aux termes dudit article , l'immatriculation est obligatoire dans le cas où un immeuble détenu jusque-là dans les formes admises par la coutume indigène , doit faire, pour la première fois , l'objet d'un contrat écrit , rédigé en conformité des principesdu droit français ; que la formalité doit précéder la formation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties à peine de nullité dudit acte .

qu'il était prévu que la vente serait « régularisée par acte authentique dès l'obtention par Assane Ndoeye du titre foncier ».

Pour déclarer valable la convention ci-dessus visée portant sur un immeuble non encore immatriculé , le juge d'appel considère que « c'est seulement en tant qu'il consacrerait l'accord définitif des parties , que l'acte antérieur à l'immatriculation se trouvera atteint par la nullité du texte , que cette nullité laissera subsister la force des obligations de faire auxquelles les parties se seront valablement engagées ... Que la rédaction à l'époque , de l'article 5 nouveau a remplacé la mention antérieure de la nullité de la convention , par la nullité dudit acte précisant bien ainsi que c'est le seul instrument et non la convention elle-même qui est visée et qui est atteinte par la nullité .

En outre , le juge estime que la disposition de l'article 5 précité , rédigée en termes impératifs , frappe de nullité tout acte écrit d'où résulte l'accord définitif des parties sur la chose vendue et le prix de la vente , dès lors que l'immeuble faisant pour la première fois l'objet d'un contrat écrit n'avait pas au préalable été immatriculé .

S'agissant de la deuxième décision⁴⁰⁹ , le juge précise, qu' aux termes de l'article 5 du décret foncier du 24 juillet 1906 , l'immatriculation est exceptionnellement obligatoire « dans le cas ou un immeuble détenu jusque-là dans les formes admises par les coutumes indigènes doit faire pour la première fois l'objet d'un contrat écrit rédigé en conformité des principes du droit français « et la formalité » doit ,

⁴⁰⁹ Penant « Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique » , 1951 . p. 293-296 . Tribunal de 1^{ère} Instance de Lomé . Audience du 26 janvier 1951 . Régime Foncier .—

Immatriculation ; Togo – Contrat portant sur un immeuble (Bail) rédigé par des contractants de statut indigène , mais dans les formes du droit métropolitain . Hoirs Mensah contre Dame Ahadji.

à peine de la nullité de la convention , précéder la passation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties » .

Ce texte est conçu en termes généraux et n'établit aucune distinction entre les différents contrats qui peuvent être conclus , s'ils manifestent la volonté des parties de poser un contrat écrit rédigé en conformité des principes du droit français ; l'immatriculation est donc obligatoire et doit précéder la passation de l'acte lorsque l'immeuble va faire l'objet d'un contrat écrit rédigé en conformité des principes du droit français métropolitain .

Le juge a appliqué ce principe pour un bail. La disposition de l'article 5 du décret du 24 juillet 1906 intéresse l'ordre public colonial et entraîne lorsqu'elle est violée, la nullité absolue de la convention.

En l'espèce , le sieur Mensah demande que soit déclaré nul le bail d'une cocoteraie sise à Gbodjomé (Lomé, Togo) , qu'il a consenti pour une durée de 13 ans à la dame Ahadji , pour le motif principal que l'immeuble sur lequel a été consenti le bail n'a pas été immatriculé et pour le motif subsidiaire que l'immeuble appartenant au chef de la collectivité de Porto-Séguro , le bail ne pouvait , à peine de nullité , être passé sans le consentement du propriétaire .

Les parties au contrat de bail intervenu en date du 20 février 1950 , étaient toutes deux de statut indigène , et le bail avait été rédigé par acte sous-seing privé , avec une terminologie juridique et une référence au Code civil qui en faisait manifestement une convention conforme aux principes du droit français , mais l'immatriculation de l'immeuble n'avait pas précédé la passation de l'acte , dans ces conditions , le Tribunal était fondé à prononcer la nullité absolue de ce bail , par application de l'article 5 du décret du 24 juillet 1906 , dont les termes

généraux ne font aucune distinction entre tous les contrats qui peuvent être conclus relativement aux immeubles .

Le litige qui a donné lieu à l'intéressante décision rapportée ci-dessus repose sur l'interprétation du mot « doit »⁴¹⁰ , la difficulté vient de ce que le verbe « devoir », suivi d'un infinitif, est susceptible de plusieurs acceptions : il indique tantôt une nécessité, tantôt une intention, tantôt une probabilité⁴¹¹.

Cet article 5 dispose , d'abord , que l'immatriculation des immeubles est exceptionnellement obligatoire , à peine de nullité,« dans le cas où un immeuble détenu jusque là dans les formes admises par les coutumes indigènes , DOIT faire, pour la première fois , l'objet d'un contrat écrit , rédigé en conformité des principes du droit français » . Puis, il ajoute que, dans ce cas, la formalité de l'immatriculation « DOIT, à peine de nullité de la convention, précéder la passation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties ».

Cette seconde prescription légale prend incontestablement le mot « doit » dans le sens d'obligation impérative.

Mais, dans l'alinéa précédent, le mot « doit » est susceptible de deux interprétations.

Il peut signifier que l'immatriculation préalable d'un immeuble n'est prescrite que lorsque les parties sont dans l'obligation de contracter suivant leqs formes du droit français, c'est-à-dire lorsqu'elles sont toutes deux ou que l'une d'elles est de statut non indigène.

⁴¹⁰ « doit » ce mot figure deux fois dans l'article 5 du décret du 24 juillet 1906 sur le régime de la propriété foncière

⁴¹¹ Emile Becqué , Doyen de la Faculté de Montpellier . Penant « Recueil de législation et de jurisprudence en Afrique » p . 293 , 294 , 295 . Année 1951

C'est seulement dans le cas où l'application des règles du droit français s'impose aux parties en raison de leur statut, que l'immeuble, objet d'une convention, serait soumis à l'immatriculation préalable, à peine de nullité de la convention ; l'immatriculation demeurerait, au contraire, facultative quand les parties sont toutes deux de statut indigène et peuvent contracter sans être tenues de se conformer aux principes du droit français.

Mais, le texte peut aussi être entendu en ce sens, que l'immatriculation préalable est obligatoire, toutes les fois que les parties ont l'intention de rédiger un contrat écrit dans les formes du droit français : il devra alors, recevoir application même si les deux parties sont de statut indigène.

C'est à cette seconde interprétation que se range, le jugement du Tribunal de Lomé, et ce avec raison à notre sens.

Le désir certain du rédacteur du décret de 1906 a été de pousser les indigènes –sans les y obliger –à immatriculer leurs immeubles , afin de généraliser autant que possible le régime foncier institué par la France :ou , à défaut de requête spontanée d'immatriculation , la volonté des indigènes d'user de cette faculté d'option pour la législation française est manifestée par le fait qu'ils sont décidés à passer un contrat écrit rédigé en conformité des principes du droit français , c'est pourquoi l'article 6 du décret prescrit que l'immatriculation de l'immeuble devient alors obligatoire , et doit , en prévision de ce contrat , être effectuée avant la passation de l'acte . Comme le fait justement remarquer le Tribunal de Lomé⁴¹² , interpréter autrement le texte, ce serait lui enlever presque toute portée pratique, étant donné

⁴¹² Op , cité , Emile Bécqué . P. 294- 295

que les indigènes ne sont jamais contraints à contracter suivant la loi française ; ce serait méconnaître l'esprit du décret de 1906 qui est d'ouvrir une option de législation aux indigènes désireux de placer leur propriété foncière sous le régime de l'immatriculation.

La partie qui combattait cette interprétation faisait valoir que, si elle avait été dans l'intention du rédacteur du décret de 1906, le texte, au lieu de dire « l'immatriculation est obligatoire lorsque l'immeuble doit faire, pour la première fois ... » : le Tribunal répond, non sans raison, qu'il en serait résulté une fâcheuse inconséquence avec l'alinéa suivant, qui prescrit que l'immatriculation doit être préalable à l'acte. Il est vrai que , pour avoir échappé à cette cause d'obscurité , le texte , en employant deux fois le mot "doit" dans des sens différents , encourt le reproche d'une rédaction défectueuse ; la formule exacte eût été : « lorsqu'un immeuble , détenu jusque là dans les formes admises par les coutumes indigènes , va faire , pour la première fois , l'objet d'un contrat écrit rédigé en conformité des principes du droit français , l'immatriculation est obligatoire et doit , à peine de nullité de la convention , précéder la passation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties » .

En l'espèce , les parties au contrat de bail intervenu en date du 20 février 1950 , étaient toutes deux de statut indigène , et le bail avait été rédigé par acte sous seing privé , avec une terminologie juridique et une référence au Code civil qui en faisait manifestement une convention conforme aux principes du droit français ; mais l'immatriculation de l'immeuble n'avait pas précédé la passation de l'acte : dans ces conditions , le Tribunal était fondé à prononcer la nullité absolue de ce bail , par application de l'article 5 du décret du 24 juillet 1906 , dont les termes généraux ne font aucune distinction

entre tous les contrats qui peuvent être conclus relativement aux immeubles .

En ce qui concerne la troisième décision⁴¹³ illustrative de l'introduction du formalisme juridique métropolitain dans la conclusion des contrats en Afrique noire traditionnelle, cette dernière consacre le principe de l'autorisation préalable pour la validité du contrat de bail.

Ici, le juge fait application de l'article 2 du décret du 26 décembre 1944, qui déclare nulle et de nul effet d'une nullité d'ordre public la promesse d'aliénation, constitution de droit réel ou de location pour une durée supérieure à trois ans souscrite sans autorisation administrative préalable et constatation par acte authentique.

Ce texte saisit l'engagement de l'indigène lors de sa formation et en proclame la nullité s'il n'est pas assorti des formalités requises. Ainsi , entre les futures parties à l'acte aucun contrat , même sans effet translatif de propriété ou de jouissance , même sans condition suspensive , même à effet ultérieur , ne peut avoir ni force obligatoire , ni validité , avant l'accomplissement de la procédure légale , dès l'instant que l'indigène titulaire d'un droit immobilier entend s'en défaire , le démembrer ou l'amodier .

En l'espèce, le Tribunal de première instance de Douala au Cameroun, en son audience du 15 mai 1952, statuait sur une affaire de contrat. Il s'agissait d'un contrat entre un indigène et un français, portant sur une transaction immobilières non approuvée par le chef du territoire.

⁴¹³ Penant "Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique " Année 1955 . p .108 -112 Tribunal de 1ère Instance de Douala . Audience du 15 mai 1952 . Cameroun – contrat entre un indigène et un français ; Transaction immobilière non approuvée par le chef du territoire ; Nullité (Décret du 26 décembre 1944) . (Lobe Kingue c/ Dupont) . –MM. Bourdin , président ; Marty , ff.substitut ; Griffon , Battu et Rousseau , avocats défenseurs .

En effet , il s'agit d'un contrat de bail sous-seing privé passé le 21 octobre 1949 entre Kingue Lobe et Dupont .Le premier a été au moment du contrat propriétaire, usufruitier ou titulaire de tel autre droit réel immobilier prévu par la coutume de Douala . Il est acquis que le propriétaire du terrain auquel Kingue Lobe a succédé régulièrement depuis, était indigène et que Dupont s'est installé sur le terrain et y a construit.

Par assignation en date du 25 avril 1951 , Lobe Kingue demande au Tribunal : 1), de déclarer nulle la convention de bail sous-seing privé intervenue pour dix ans le 25 octobre 1949 entre Dupont et lui pour défaut d'approbation préalable du chef du territoire et absence de forme authentique , 2) d'ordonner en conséquence l'expulsion de Dupont , après avoir au préalable libéré le terrain occupé de toutes constructions qui ont pu y être par lui édifiées .

En revanche , Dupont soutient que la nullité absolue dont il s'agit n'a été acquise que du fait de Lobe Kingue ; que celui-ci s'était déclaré d'ailleurs , à tort propriétaire du terrain loué par lui , puisqu'il est établi par un acte de donation produit par le demandeur que la propriété ne lui a été transférée que le 10 novembre 1951 ; qu'ainsi un bail verbal s'est substitué au bail nul en vertu duquel un bâtiment a été construit sur le terrain , bâtiment que Lobe Kingue ne peut s'approprier maintenant qu'en payant le prix ou en laissant jouir l'occupant des biens pendant un temps suffisant .

Le juge a constaté la nullité de la convention du 21 octobre 1949 et attend le résultat de l'expertise pour prononcer l'expulsion de Dupont que rien interdit de subordonner éventuellement au remboursement des avances qu'il a consenties .

Le juge a fondé son raisonnement par rapport à la nullité sur les articles 13 et suivants du décret du 21 juillet 1932 , relatif à la constatation des droits fonciers des indigènes , sur l'article 7 de l'accord de tutelle approuvé par l'Assemblée générale de l'O.N.U , enfin sur le décret du 26 décembre 1944⁴¹⁴.

Toujours , selon le juge , Dupont s'est installé sur le terrain et y a construit avant que soit achevée et même entamée la procédure d'autorisation prévue au Décret du 26 décembre 1944 , que la qualité exacte de Kingue Lobe n'a donc en rien influé sur le sort du « contrat » du 21 octobre 1949 , ni sur le comportement de Dupont sur le terrain en cause où il s'était établi à ses risques et périls sans droit ni titre , avec seulement le droit conformément à l'article 7 du décret du 26 décembre 1944⁴¹⁵ , d'être remboursé des avances qu'il a consenties à Lobe Kingue à l'exclusion de tous dommages –intérêts .

⁴¹⁴ Par l'article 7 de l'accord de tutelle approuvée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U . le 13 décembre 1946 , publié par décret du 27 janvier 1948 (J.O.C , 1948 , p . 787) qui en sa qualité de traité international régulièrement ratifié reçoit de l'article 26 de la constitution force obligatoire pour le juge , supérieure aux lois internes .

Par le décret du 26 décembre 1944 , si les deux premiers de ces textes imposent pour les actes translatifs de propriété et modificatifs de jouissance qu'ils énumèrent , la nécessité à peine de nullité d'ordre public d'une autorisation administrative préalable et de la formalité de l'acte authentique , ils permettent de reconnaître aux compromis synallagmatiques de vente ou de bail intervenus entre les parties antérieurement à l'approbation et pour être soumis à celle –ci , une pleine validité et force obligatoire pour les parties

⁴¹⁵ Les prohibitions des textes (les deux premiers du décret) visent la « réalisation » de la mutation de propriété ou de la modification de jouissance , seules subordonnées aux formalités prescrites et non pas les engagements personnels pris par les parties qui demeurent licites . En résumé , le décret du 21 juillet 1932 , comme l'article 7 de l'accord de tutelle pour le Cameroun permettent d'appliquer au Territoire la sage jurisprudence adoptée par toutes les Cours d'appel métropolitaines lorsqu'elles eurent à résoudre le problème analogue qui leur fut posé par la loi du 16 Novembre 1940 (V . sur cette question : important article du Doyen Hubert in Gaz . Palais , 1945 , 1^{er} semestre –doctrine . p . I et G.P. Tables quinquennales 1941 -1945 , V . vente n° 154 , 158 , 165 et bail n° 7 et 8)

Toujours, à la lumière des textes précités plus haut, dans le second, comme en témoigne la jurisprudence que nous exploiterons, l'accent est mis sur l'autonomie de la volonté des parties et la réduction du montant de la dot.

1 – La modification progressive de la forme des conventions indigènes⁴¹⁶.

La modification progressive de la forme des conventions indigènes s'amorce avec le décret Fallières du 2 mai 1906 qui introduit la forme écrite au détriment de la forme orale lors de l'établissement des contrats. Il s'opère une standardisation des contrats sur la base du formulaire que remplissent les parties, un certain rituel conventionnel étranger aux conventions indigènes, la vérification des formulaires. On observe par conséquent trois étapes dans cette procédure formelle.

“ Remplir les formulaires “

La législation coloniale introduit des formulaires imprimés que les parties devront remplir “ en français “ pour établir leur convention.

Outre cette condition de langue, la procédure exige que les intéressés indiquent “ leurs noms et surnoms, leur qualité, leur demeure, l'exposition précise des engagements des parties “⁴¹⁷.

Au niveau de cette première étape, nous ferons deux remarques, l'une portant sur le contexte historique, et l'autre sur les conséquences implicites qui en résultent.

Le contexte historique

⁴¹⁶ Op. cité. P. 126. H. L. Okou

⁴¹⁷ Gonidec. P. F “ Droit d'outre-mer. T. I. De l'empire colonial de la France à la communauté “. Op. cit.

Nous sommes au début du XX ème siècle et en France se développent des contrats-types auxquels se soumettent les parties qui selon les transactions disposeront de formulaires établis à cet effet.

Bien entendu cette procédure fait l'économie du temps et des difficultés techniques qui apparaissent lors de la rédaction de chaque type de contrat. Comme on le voit, elle se rapproche des dispositions supplétives du Code civil ou du Code commercial ⁴¹⁸.

Le législateur colonial transpose dans les sociétés dominées par l'oralité cette procédure juridique qui a certes montré son efficacité dans le cadre métropolitain mais qui fait l'objet de méfiance de la part des sociétés indigènes africaines dans lesquelles la parole exprime la personnalité et renvoi à la communauté. C'est dire que là où le contrat se caractérise par des " mécanismes personnalisés " entrant dans sa validité, l'on introduit des éléments objectifs " détachables " de la personnalité du contractant. Evidemment sa preoccupation est à la fois d'ordre pratique et politique.

Au plan politique, l'imprimé facilite au juge colonial la lecture du contrat au cas où les parties, comme le prévoient les textes, préfèrent porter le litige devant les juridictions françaises.

Du point de vue pratique, le législateur colonial finalise son action dans la destruction des rapports communautaires à trois niveaux complémentaires:

-l'affirmation de l'individu dont la personnalité se dégage de l'emprise de la société globale. Ce qui le rend responsable des actes juridiques qu'il pose devers autrui et la société;

⁴¹⁸ Gounot, E " Le principe de l'autonomie de la volonté ". op .cit. p .228

-accélérer le processus d'établissement des pièces d'identité tel que souhaité par le système colonial;

-l'obligation faite aux populations' d'avoir un domicile aux fins certainement de contrôler les mouvements de population dans les colonies.

L'imprimé, comme on le constate, entrait en réalité dans une stratégie globale du législateur colonial. Il soustrayait certes l'individu du poids de la communauté, mais l'impliquait dans d'autres relations sociales inhérentes à sa condition d'analphabète. Quelques évolués y échapperont, mais combien étaient-ils au regard de l'immense majorité des indigènes contraints d'établir des conventions?

Ce sont des relations sociales que nous envisageons d'étudier au niveau des conséquences implicites.

Les conséquences implicites

Les parties au contrat, à moins qu'elles ne soient des " évoluées " avaient affaire à deux types d'intermédiaires avec lesquels elles établissaient des relations obligées pour la rédaction dudit contrat, et la vérification chez l'autorité administrative.

-Les interprètes pour traduire la volonté des parties;

-Les rédacteurs des formulaires.

Ainsi, l'introduction de l'imprimé arrangeait certainement l'administration coloniale, mais laissait les parties à la merci des intermédiaires indispensables à l'établissement du contrat.

Et aussi, en plus des faits légaux nécessaires à l'inscription des "originaux présentés à l'affirmation " ⁴¹⁹ , les parties devaient certainement faire face aux dépenses éventuelles de la rédaction de leurs conventions. Nous ne disposons d'aucun texte de ces conventions pour en faire une appréciation objective.

La remise de copie à chaque partie

La remise de copie à chaque partie constitue indirectement la preuve littérale des conventions dans la mesure où la copie interviendra en cas de litige pour départager les parties. Le législateur colonial n'innove pas quand A. Fallières décrète " qu'il peut être adressé, au gré des intéressés, soit un seul original, soit en autant d'originaux qu'il y'a de parties ayant ou non un intérêt distinct ", il reprend les prescriptions de l'article 1325 du Code civil napoléonien qui dispose que :

" Les actes sous-seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct " ⁴²⁰

Sa démarche se rapproche de l'acte sous-seing privé. Cependant en poursuivant la lecture du décret, on se rend compte qu'il inclut également d'un acte authentique.

Essayons de faire une comparaison: Le paragraphe premier du code de 1804 intitulé " Du titre authentique " stipule:

⁴¹⁹ Décret du 2 décembre 1906. JOAF

⁴²⁰ Le code civil. Textes antérieurs et version actuelle, op. cit.

“ L’acte authentique est celui qui a été reçu par des officiers publics ayant les droits d’instrumenter dans le lieu ou l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises “. ⁴²¹

Quant à l’article 3 du décret du 2 mai 1906,

“ L’écrit est ensuite présenté par tous les contractants, accompagnés, s’il y a lieu, des témoins nécessaires à la validité du contrat, au commandant de Cercle ou au chef de poste de la circonscription “.

Le législateur combine à la fois les prescriptions d’un acte authentique et celles d’un acte sous-seing privé pour permettre aux parties d’établir librement leurs conventions , mais également pour que l’administration coloniale exerce un contrôle en aval sur les modes d’établissement des conventions .Ce qui explique la vérification des formulaires qu’impose le législateur pour constater la régularité de la convention .

La vérification des formulaires

Cette dernière exigence de l’alinéa 2 de l’article 3 du décret du 2 mai 1906, accentue le caractère authentique de la convention.

Il ne s’agit pas simplement de constater mais d’apprécier avec les moyens que l’administration “ juge convenables “ l’identité des comparants.

Cette étape renforce davantage l’autorité de l’administration dont la méthode de validation des conventions en aval relègue au second plan

⁴²¹ Le code civil

les procédures entreprises en amont et qui ne constituent finalement qu'une phase préparatoire des conventions⁴²².

Une question s'impose. L'administration coloniale disposait-elle de bureaux suffisants pour enregistrer toutes les conventions passées entre les indigènes? Cette mesure ne paraissait-elle pas lourde, et partant ne produirait-elle pas des effets contraires au but recherché par l'autorité administrative?

On comprend alors l'inquiétude de cet administrateur qui fait remarquer que:

“ Si la formalité de l'enregistrement était adoptée , elle devrait rester entièrement facultative , car , devenant obligatoire , elle risquerait d'aller à l'encontre du but recherché : il ne faut pas oublier , en effet qu'il n'existe dans la colonie qu'un seul bureau d'enregistrement et que le fait d'obliger les indigènes qui en sont éloignés , c'est-à-dire la presque totalité, à y avoir recours pour les actes susvisés équivaldrait à les amener à renoncer à la transmission par ce moyen de leurs droits sur des biens immobiliers qu'ils possèdent “.⁴²³

Quoi qu'il en soit, par ce décret du 2 mai 1906, les frontières du dualisme juridique reculeront progressivement au profit d'un processus d'uniformisation normative.

Cette tendance interventionniste qui s'est développée à travers le formalisme imposé aux parties, s'observe également au niveau de la jurisprudence coloniale qui s'attaque au fond des conventions indigènes pour les transformer dans le sens de la législation coloniale.

⁴²² Op. cité. H. L. Okou . p. 132

⁴²³ ANCI, 2EE 14. Op. cit.

2- La transformation de fond des conventions.

Le processus de transformation de fond des conventions s'oriente dans deux directions: la réduction du taux de la dot et la valorisation de l'autonomie de la volonté.

-La réduction du taux de la dot

Ecartelé entre deux positions contradictoires, le juge colonial aura une attitude mitigée à l'égard de la dot. Ainsi, bien que reconnaissant son illégalité au regard de la législation en vigueur qui la rapproche de la traite des esclaves, il ne la supprimera pas au motif qu'elle s'inscrit dans les pratiques coutumières.

Aussi son action portera-t-elle sur la réduction du taux de la dot, c'est-à-dire qu'il fera en sorte qu'elle conserve son caractère symbolique et qu'elle ne soit pas l'objet de transaction financière inter-communautaire.

Ainsi en prescrivant une limite au taux de la dot au-delà de laquelle elle s'inscrit en principe dans l'illégalité, le législateur vise certes à réfréner la spéculation financière qui pourrait en découler; mais même dans ce cas, ne porte-t-il pas atteinte aux finalités sociologiques que sous-tend la dot?

La dot, on le sait, établit un rapport inversement proportionnel entre le statut de la fille, sa beauté et le rang social du fiancé, la place qu'occupe sa famille dans l'air culturelle de la communauté. Ainsi, plus la fille est belle, et ; de surcroît, descendante d'une famille anciennement établie sur les terres communautaires, plus la dot est élevée⁴²⁴.

⁴²⁴ ibidem

Dans cet exemple précis, la famille du fiancé recherchera à effacer progressivement son passé de groupe intégré en se rapprochant par le mariage du groupe le plus ancien - ou d'un groupe trèsancien - Son alliance avec ce groupe intégrateur lui conférera une certaine légitimité historique.

On retrouve ce rapport d'interférence entre propriétaires terriens et intégrés dans le royaume abron de Côte d'Ivoire.

Les Abron détiennent le pouvoir politique mais n'ont pas le pouvoir sur les terres. Ils passeront par le mariage pour reconquérir progressivement les terres, et effacer ainsi la dualité entre les deux sources de l'autorité. Cette même logique exista au Moyen-âge européen, période au cours de laquelle la dot était un moyen de conquête du pouvoir, de la défense de ses intérêts, de la création des alliances.

Ainsi, doter une femme, que ce soit dans le sens négro-africain, germain ou français, revient finalement à s'investir dans la puissance sociale de l'autre, s'appropriier ses moyens d'action.

Par conséquent, la transformation de fond des conventions indigènes mettait en péril un code social lié à l'équilibre intercommunautaire⁴²⁵.

La valorisation de l'autonomie de la volonté

La valorisation de l'autonomie de la volonté des contractants est sous-jacente dans l'alinéa premier de l'article 3 du décret de 1906. IL s'agit donc d'un principe législatif; mais, il s'entrevoit à la fois dans le sens de l'émergence de la volonté individuelle et vers l'affirmation de la femme, comme en témoignent les décisions des juges coloniaux.

⁴²⁵ Henry. Legré. Okou . p. 136

Un principe législative

Reportons-nous au décret de 1906 pour comprendre la préoccupation du législateur colonial, à savoir valoriser la volonté des contractants.

Nous y lisons:

“ ... ce fonctionnaire ... les interroge individuellement sur l'intelligence qu'ils ont de leurs obligations et sur la liberté de leur consentement ”

426

L'auteur du décret en affirmant ce principe, vise à réduire, semble -t-il, l'influence de la communauté sur l'individu.

Les rapports des administrateurs coloniaux qui se heurtaient au poids de la communauté trouveront dans ce décret, la solution cardinale pour transformer les sociétés indigènes dans l'optique de la propriété privée. Car dans les sociétés traditionnelles, le sollicitant n'exprime souvent que la volonté de sa communauté d'origine.

Par conséquent, en recherchant l'expression de la volonté individuelle, le législateur s'attaque aux pesanteurs sociologiques dans lesquelles fonctionnaient les conventions indigènes. C'est la raison pour laquelle, il mettra l'accent sur la liberté individuelle lors de l'établissement des conventions.

Bien entendu, cette théorie de l'autonomie de la volonté, on le sait, était controversée en France quant à sa place dans la force obligatoire des contrats. Cette controverse qui découle de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil qui dispose que: “ les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ” a

⁴²⁶ Décret du 2 mai 1906

relativisé la place de la volonté quant au fondement de l'obligation qui s'impose aux contractants.

Le contrat en lui-même n'est –il pas obligatoire?

Autant d'interrogations plurielles liées à la fois à la " formule de Domat ", aux nuances que suscite l'article 1131 du Code civil qui ramène " l'obligation contractuelle à la justice " ⁴²⁷.

Ainsi, le législateur colonial en combinant à la fois le principe de l'autonomie de la volonté et la vérification à fortiori à laquelle était soumis le contrat, résolvait l'inquiétude des théoriciens. Des lors, les articles 1131 et 1134 du code civil dont l'interprétation a nourri la controverse étaient conciliés au plan pratique dans la législation coloniale⁴²⁸. IL semblait indiquer dans sa démarche que la volonté constituait l'une des bases de la force obligatoire des conventions mais que ces dernières étaient soumises à une vérification avant leur exécution pour les soumettre à la légalité.

Evidemment, cette pratique qui consistait à éliminer a priori toutes les conventions illégales, c'est-à-dire contraires aux prescriptions coloniales, n'est possible que dans la mesure où le nombre des conventions écrites était réduit. Mais dans le cadre d'une société dans laquelle le rythme des conventions est élevé, cette pratique révèle sa lourdeur administrative et ses limites fonctionnelles. Que ce double politique soit appliqué⁴²⁹ dans les colonies ne surprend guère car le système colonial était une synthèse d'une forte proportion d'interventionnisme étatique et de libéralisme " à fine dose "

⁴²⁷ Le Code civil, op, cit. p. 353

⁴²⁸ ibidem

⁴²⁹ibid

En dépouillant les procès coloniaux, nous avons constaté que les décisions judiciaires consacraient le principe d'autonomie de la volonté.

Une consécration judiciaire

Nous examinerons des procès qui rendent compte de cette tendance consensualiste dans la jurisprudence coloniale.

Si l'importance des parents de l'homme dans le mariage traditionnel découlait davantage des faits que du droit, celle des parents de la femme, au contraire, était considérable sur le seul plan du droit. Ils étaient les seules personnes habilitées à donner leur consentement au mariage et l'avis de leur fille n'était pas requis. Pour le cas où cette dernière tenterait avant la conclusion de l'union ou après la livraison à son mari de s'opposer à la volonté de ses parents, ceux-ci possédaient le droit, et même vis-à-vis du mari, l'obligation de la punir sévèrement et de la mener ou ramener au domicile conjugal ; ces punitions pouvaient aller jusqu'à mutiler la fille en la marquant au couteau dans le dos.

La colonisation européenne a amené avec elle le droit de la femme à exprimer son consentement au mariage, contribuant, ainsi, à son émancipation.

Il est de règle dans le pays Zande⁴³⁰ que toute femme se prévalant de la non-expression de son consentement au moment du mariage puisse

⁴³⁰ Ce texte est l'un des résultats d'un séjour de six mois effectué en 1959 en pays Zande en qualité de chercheur du Centre Scientifique et Médical de l'université Libre de Bruxelles en Afrique Centrale. Il est basé sur environ cinq cents jugements relatifs au droit privé, principalement des personnes, qui seront publiés dans le courant de l'année 1964 aux éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles. Quant à la description du droit Zande traditionnel, elle est empruntée à notre expérience personnelle (celle de

obtenir l'annulation de son union, les tribunaux séparant en fait les époux et les renvoyant chacun chez soi. En même temps un règlement relatif aux valeurs a lieu par la restitution à l'homme des sommes versées.

7. Afu, n° 23 (k). – M ... c. MW ... et N...

Les faits. – Le frère de M ... a épousé N ... , fille de MW ... Il a payé comme dot , vingt couteaux à 20 francs , soit 400 francs , un « mambele » de 100 francs , un gobelet de 25 francs , 4 couvertures de 100 francs chacune , un capitula de 25 francs , une chemise de 25 francs , un chapeau de 25 francs , une assiette de 200 francs , un veston de 200 francs , une chemise en américani de 40 francs , un capitula de 40 francs , un pagne de 50 francs , deux vestons de 200 francs chacun , un capitula de 40 francs .

La femme a vécu chez lui pendant 10 ans puis a quitté son mari pour épouser un autre homme. Le frère de M ... est mort et M ... réclame le remboursement des sommes versées. MW ... ne conteste pas la somme qui se monte au total à 1830 francs et est d'accord pour le remboursement. Enfin, N ... justifie le fait qu'elle a quitté son mari par la circonstance qu'elle avait été mariée jeune et que ce n'est que quand elle a été adulte qu'elle n'a plus voulu de lui.

Décision. – MW ... remboursera à M ... 1330 francs et 500 francs resteront pour N ... , étant donné qu'elle est restée dix ans chez son mari.

Coutume. ---- non exprimée

8. Bobwandera, n° 44 (B). –R ...c. D ... et Y ...

Les faits. – R ... a épousé Y ... fille de D ..., alors qu'elle était encore petite et il a payé 760 francs à D ... La femme n'est jamais venue habiter chez lui et, quand elle est devenue grande, elle n'a pas voulu le faire. Comme elle persiste dans sa décision, R ... demande que D... lui rembourse son argent⁴³¹.

Décision. – D... rendra 760 francs à R ...

Coutume. – Si l'homme a pris un petit enfant et que lorsqu'elle a grandi, elle ne veut plus prendre l'homme qui l'avait prise quand elle était petite, il suffit que le père oblige son enfant à prendre l'homme qui l'avait prise quand elle était petite. Maintenant, le règlement interdit de prendre une petite fille.

9. Bobwandera, n° 54 (A) – G ... c. S ... et Gi ...

Les faits. ... --- G... a épousé Gi... sœur de S ..., et a payé pour elle une dot de 300 francs. La femme se refuse néanmoins à épouser G ... Aucun des faits n'est contesté et la femme persiste dans sa décision.

Décision. --- S ... remboursera 300 francs à G...

Coutume. —Si l'homme a pris la femme alors qu'elle était très petite et que l'enfant ne voulait pas le prendre , si l'homme vient demander son argent , il faut que le frère de la femme lui rembourse .

10. Manziga, n° 53. --- E.... c. B ...

Les faits. --- Le frère du père de E ... a épousé la sœur du père de B ... et il a versé lors du mariage une dot de 800 francs. Ensuite le frère du père de E ... a épousé la fille du père de B ... alors qu'elle était encore

⁴³¹ ibidem

enfant. Il a versé pour elle 400 francs 700 francs. Quand elle est devenue grande, la seconde femme a refusé son mari et celui-ci est mort chez sa première femme.

Décision – B ... paiera 700 francs à E ...

Coutume. ---- Si le frère du père de quelqu'un a donné de l'argent pour une femme, si la femme le refuse et qu'ensuite il meurt, on remboursera tout l'argent, à l'enfant de cet homme qui est mort.

11. Doruma, n° 48. --- Z ... c. I... et N ...

Les faits. --- I ...a donné 235 francs à A ... actuellement décédé et père de N ... lorsque cette dernière était encore enfant. Une fois la la femme devenue adulte, son frère Z ..., qui remplaçait son père décédé, est venu conduire N ... chez son mari.

A ce moment N ... a refusé de rester chez I ... qu'elle n'aime pas et à qui elle a été mariée contre son gré.

Décision. --- Z ... remboursera les 235 francs de I ... et la femme sera libre pour prendre l'homme qu'elle veut.

Coutume. – Si la femme ne veut pas l'homme, le frère de la femme devra rembourser tout l'argent⁴³².

12. Dungu, n° 88. – M ... c. G...

Les faits. --- M ..., soldat à Buta, a rencontré G ... alors qu'il était prisonnier et il a convenu avec lui qu'il épouserait sa fille. Lorsque M ... s'est présenté chez G ... et qu'il lui a payé 2195 francs la fille de G

⁴³²ibid

... a refusé d'accompagner M ... En conséquence, celui-ci demande qu'on lui rembourse son argent, et il ajoute que G ... l'a entièrement gaspillé en deux semaines.

G... ne conteste pas les faits , mais se justifie en disant que c'est la deuxième fois que sa fille refuse un mari et qu'en conséquence il avait décidé , si jamais l'occasion s'en présentait encore , d'utiliser la dot .

Décision. – G... a trois mois pour rembourser M ...

Coutume. – Si un homme prend une femme et qu'elle refuse, on devra rendre tout son argent à cet homme.

Chacun de ces jugements est parfaitement clair quant au droit de la femme à exprimer son consentement lors de la conclusion du mariage, en fait lors de son transfert chez son époux ; dans les cas de refus, celui-ci peut s'exprimer au moment du transfert ou juste après celui-ci lorsque la femme prend la fuite de son nouveau domicile. En outre, certains jugements sont plus nets sur l'évolution historique du droit puisqu'ils précisent la coutume ancienne en l'opposant (assez inexactement d'ailleurs) aux principes nouveaux (v. n° 7). Enfin, le premier jugement cité soulève le problème du moment où la femme adulte doit manifester son opposition au mariage.

En effet il semble peu logique d'admettre, comme en l'espèce, cette opposition après dix années de mariage sans qu'aucune objection n'ait jamais été soulevée⁴³³.

⁴³³ Jean Poirier : « Etudes de droit africain et de droit malgache » '' Transformations récentes du mariage en pays Zande '' par Jacques Vanderlinden. Ouvrage collectif : Editions Cujas 1965. P. 322 à 324

Azama Maiga contre Birama Dao

Dédougou le 26 janvier 1920

Les faits

Azama Maiga, musulmane de confession, est une orpheline de vingt ans, vivant sous l'autorité de son tuteur Issa Maiga. Ce dernier l'a mariée à Birama Dao, également musulman dont il reçut 4400 cauris en guise de dot.

Azama Maiga demande le divorce au motif qu'elle n'a pas consenti au mariage, et qu'elle n'a pas eu de rapports avec Birama Dao, point que ce dernier conteste.

Quant à son tuteur Issa Maiga, il reconnaît que le père d'Azama Maiga bien- que lui ayant demandé avant sa mort de la marier -, s'opposait à l'union de cette dernière avec Birama Dao.

Le juge colonial prononce le divorce aux dépens de Birama Dao sur la base de l'absence de consentement de l'épouse, et oblige Issa Maiga à rembourser les 4400 cauris de la dot.

Nous avons affaire à un jugement qui combine à la fois les prescriptions du droit musulman sur le principe de l'autonomie de la volonté de l'épouse et la persistance des pratiques coutumières négro-africaines sur la perception de la dot par le père ou le tuteur.

Le juge colonial n'a pas épuisé toutes les conséquences du droit musulman en la matière.

Quelle est donc la position du droit musulman sur le principe de l'autonomie de la volonté?

Quelle est la portée de cette décision?

La position du droit musulman sur l'autonomie de la volonté

En droit musulman, pour que la volonté soit autonome, il faut que la personne ne soit pas frappée d'incapacité pour jouir pleinement de ses droits et poser des actes juridiques. Ainsi, l'impuberté, la démence (djuntum), la faiblesse d'esprit (ma'tuh), constituent des incapacités⁴³⁴.

Or dans le cas présent, la jeune fille avait atteint la puberté (balagha), était majeure (20ans), et pourvu de sa raison (âqil).

Par conséquent, elle pouvait exprimer sa volonté à la demande des fiançailles (khitba) comme l'exige le droit musulman pour la formation du mariage ⁴³⁵ .

Birama Dao en s'adressant à Issa Maiga pour épouser Azama Maiga sans le consentement de cette dernière, et en versant la dot à ce dernier était en violation des prescriptions du droit musulman régissant le mariage.

Dés lors, bien que musulman, il a obéi aux prescriptions coutumières négro-africaines qui n'exigent nullement l'expression de la volonté de l'épouse, encore moins le versement de la dot à cette dernière.

Par ailleurs, en supposant qu'Issa Maiga ait voulu agir selon le droit coutumier négro-africain, il ne pouvait méconnaître le testament du décu jus opposé au mariage de sa fille avec Birama Dao. Sa volonté s'imposait à l'héritier.

⁴³⁴ Durand Bernard '' Histoire comparative des institutions '', op. Cit.

Cf. Chaftik Chéhata '' Etudes de droit musulman '' Paris, PUF, 1971

⁴³⁵Ahmad K. N., '' the muslin law of divorce, Kitabhavan, New Delhi – 1, 1978, 1107 p.

Ainsi, Issa Maiga a non seulement violé les dispositions du droit musulman mais aussi celles de la coutume négro-africaine en la matière.

Le juge colonial a condamné certes la transgression de l'autonomie de la volonté en droit musulman, mais même en droit coutumier, cette décision était fondée.

Quelle est la portée de ce jugement?

Il a une double portée. D'une part, il consacre le droit musulman au travers de l'autonomie de la volonté de l'épouse.

Ce qui certainement réconcilie l'administration coloniale avec les musulmans dont la communauté fut éprouvée au cours de cette période par la condamnation du Mahdi.⁴³⁶

D'autre part, il s'inscrit dans la poursuite de la politique de la protection de l'individu au détriment de la communauté.

Ce qui correspond aux directives de l'administration coloniale centrale à partir des années 1920 ^{437, 438}

C) L'introduction des codes napoléoniens.

Avant la colonisation de l'Afrique, les règles coutumières formaient un ensemble juridique important, adapté à l'organisation tribale des diverses contrées africaines, comme il a été dit plus haut. L'installation de la France en Afrique ruina immédiatement ces règles dans le domaine du droit public.

⁴³⁶ ANCI 5 EE 8. Cf. également ANCI 5 EE 70.

⁴³⁷ ANCI 5 EE 1.

⁴³⁸ H. L. Okou '' Les conventions indigènes et législation coloniale '' op, cit p. 123 à 142

Les règles coutumières furent remplacées par un droit écrit imposé par les français d'autant que la colonisation française, usant largement de la politique d'administration directe, supprima les autorités traditionnelles ou les confina dans un rôle subalterne.

Le système anglais d'administration indirecte a permis aux autorités traditionnelles de conserver des pouvoirs coutumiers plus étendus sous le contrôle des autorités coloniales. Avec le recul du temps, d'ailleurs, on est amené à constater que le système français a eu pour résultat à longue échéance d'assimiler à la civilisation française une élite qui, après avoir acquis des droits politiques, fut prête à prendre le relais de la puissance coloniale en se conformant à la tradition culturelle et politique française.

Pendant la période coloniale, le droit français et les Codes napoléoniens furent introduits au Sénégal.

Cependant, les Codes s'appliquaient aux seules personnes de statut civil français, y compris celles qui avaient été assimilés, et non pas aux africains qui avaient conservé leur statut personnel.

Ces derniers restaient soumis au droit coutumier ainsi qu'à la juridiction de tribunaux coutumiers distincts. En 1946, cependant, le code pénal français fut rendu applicable à tous les citoyens qui devinrent des lors justiciables des tribunaux français.

Le droit coutumier se réduisait ainsi au droit privé⁴³⁹.

Même dans ce domaine, les africains soumis au droit coutumier pouvaient et ils le faisaient souvent, soumettre leur convention au droit français par une disposition expresse.

⁴³⁹ Annales Africaines. « Le nouveau Code des Obligations du Sénégal » op. cité. p. 83

De plus, en plus, l'absence même d'option, le tribunal pouvait appliquer le droit français à titre subsidiaire.

Il en était ainsi, par exemple, dans l'hypothèse de conventions relatives à l'assurance, au transport de marchandises. Car ces contrats d'origine récente étaient inconnus de la coutume.

L'indépendance ne devait pas ralentir l'évolution ainsi largement amorcée. La première constitution de la République du Sénégal de 1959 disposait: « A moins que les autorités de la République du Sénégal n'en aient décidé autrement, les lois et règlements actuellement en vigueur continueront d'avoir leur plein effet en tout ce qu'ils n'ont pas de contraire à la présente constitution », formule ressemblant quelque peu aux dispositions par lesquelles les Etats américains, nouvellement indépendants, admettaient, le droit anglais, après la révolution américaine.

Allant plus loin, l'ordonnance du 14 novembre 1960 disposait que « quel que soit le statut des justiciables, les juridictions, les juridictions appliquent pour toutes les matières ... la loi et les règlements en vigueur, ainsi que, s'il en existe en ces matières, les usages locaux dans ce qu'ils ne sont pas contraires à la loi et l'ordre public ».

Cette disposition, au moins dans les matières qui n'étaient pas réservées à la coutume, laissait prévoir la promulgation d'une série de Codes qui adapteraient le droit français précédemment applicable à un petit nombre de personnes pour son extension à toute la population⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ ibidem

La réforme du système judiciaire après l'indépendance porta un nouveau coup à la coutume. Avant l'indépendance, les matières coutumières étaient portées devant des tribunaux coutumiers distincts composés d'une autorité française, qui n'était pas forcément un magistrat, et de deux notables africains, qui n'avaient qu'un rôle consultatif.

Ces tribunaux ont maintenant disparu et les matières coutumières sont portées devant les juridictions de droit commun ou un seul juge de paix siège, assisté de deux assesseurs, spécialistes de la coutume à appliquer. La procédure pour les matières coutumières est en principe la même que pour les autres matières.

Cependant, on donne à la conciliation une place plus importante, trait caractéristique de la procédure coutumière avant la réforme.

La réforme du droit positif réduira encore la place de la coutume. Celle-ci jouera certainement un grand rôle dans la réforme du droit des personnes et probablement dans celle du droit foncier, encore que dans un pays où environ 80% de la population est musulmane, avec une forte minorité chrétienne, les différences dans les traditions religieuses doivent l'emporter sur les différences entre les coutumes tribales. Dans le domaine des obligations, en revanche, le Sénégal a opté pour un droit moderne de type européen, en excluant presque les règles de droit coutumier.

L'élimination a pu sembler fatale. On a observé en effet que la coutume africaine stagne au lieu de s'adapter. Elle se répète de génération en génération sans modification. De plus, son mode oral de transmission la rend souvent incertaine. En Ethiopie, également, le professeur David a observé que les coutumes non seulement différaient d'un endroit à un autre, mais encore étaient souvent impossibles à préciser à

l'intérieur d'une même localité. Ses conseillers éthiopiens étaient tous hostiles à la coutume.

Il semble bien qu'il en fut de même pour les membres de la commission Sénégalaise, aussi bien sénégalais que français, car le nouveau Code sénégalais rejette toute distinction entre droit moderne et droit coutumier en matière d'obligations.

En ce sens, on a pu également faire remarquer que la suppression du droit coutumier au profit du droit moderne s'impose dans un pays dont l'économie dépend en grande partie de l'exportation vers des pays dont le droit est de type semblable, dans un pays qui attend un rapide développement de son économie par intégration dans les groupements internationaux, dans un pays enfin où le droit coutumier avait déjà largement perdu une partie de son autorité avant l'indépendance.

A Madagascar, en revanche, où les habitants s'en tenaient plus facilement aux coutumes locales pendant la période coloniale, une réforme partielle laissait plus de place à la coutume qu'au Sénégal⁴⁴¹.

En effet, en 1896, l'administration française avait eu le souci de maintenir l'organisation administrative traditionnelle dans la mesure où ce maintien pouvait faciliter le contrôle des collectivités. C'est dans cet esprit que fut rédigé le décret du 9 mars 1902 qui comportait trois articles sur les conventions de fokonolona.

Le décret du 9 novembre 1944 a apporté peu de modifications à ces dispositions : les fokonolona avaient le droit d'établir des conventions ayant pour objet « d'édicter toutes mesures locales que les habitants croient , de concert entre eux , pouvoir prendre pour assurer la

⁴⁴¹ Op, cité. Annales Africaines. p. 84

sécurité , l'édilité , la salubrité et la bonne administration du fokontany , sauvegarder l'intérêt public notamment en ce qui concerne le respect des bonnes mœurs et des coutumes.

Les conventions étaient adoptées à la majorité des membres du fokonolona (art. 23 du même décret).

Elles ne pouvaient pas aller à l'encontre de la réglementation en vigueur et devaient être soumises à l'approbation préalable de l'autorité administrative (art. 23)⁴⁴².

Là encore, si l'on voulait à toute force trouver quelques éléments de comparaison avec la tradition juridique anglo-saxonne, on serait tenté de rappeler, ici l'absorption en Angleterre du droit coutumier commercial par le droit commun pendant le dix-septième siècle. Le droit écrit, également devait absorber de bonne heure ce qui constituait le droit coutumier à l'époque du premier développement du droit dans les divers Etats américains.

Sans doute l'abandon des règles coutumières dans ce domaine pourra décevoir certains esprits. Mais, il n'est pas douteux qu'il s'agit là d'un courant puissant et irréversible dans lequel le Sénégal est plus avancé que la plupart des autres pays africains.

Encore convient-il de noter que la suppression des règles coutumières ne suffit pas à résoudre toutes les difficultés. Sur bien des points, la tradition coutumière ou simplement les mœurs de la population obligent à un sérieux travail d'adaptation des règles du droit moderne qu'il veut imposer à tous. Il est possible de citer au moins deux

⁴⁴² Op, cité '' Etudes de droit africain et de droit malgache ''. p. 55 -56.

exemples de cette nécessaire correction des règles de droit européen par leur application dans le contexte des pays africains.

1° Les contrats des illettrés.

La population Sénégalaise compte 80% d'illettrés dont un grand nombre ne sait même pas écrire son nom.

Le Code sénégalais conformément aux règles du droit français n'en exige pas moins un écrit pour la preuve des actes juridiques importants. C'est ainsi que l'article 14 dispose qu'« il doit passer acte devant notaire ou sous signatures privées de toute convention dont l'objet excède 20 000 frs ».

Mais, en considération de l'analphabétisme de la grande majorité de la population, le texte ajoute immédiatement un article 20 qui édicte des dispositions particulières pour les « actes des illettrés ».

D'après le droit français, une partie illettrée incapable de signer un contrat, doit passer contrat devant notaire⁴⁴³.

L'article 20 prévoit une autre procédure selon laquelle « la partie illettrée doit se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence; ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ». Il semble que l'illettré, capable cependant de signer, après avoir passé un contrat sans utiliser cette dernière procédure, ne pourrait échapper ultérieurement à ses obligations en prouvant son analphabétisme. Sur ce point, et pour faciliter la passation des contrats par les illettrés, le code sénégalais va plus loin que le texte malgache qui envisage uniquement la passation du contrat devant une autorité administrative parallèlement à

⁴⁴³ '' Le Nouveau Code des obligations du Sénégal '' op. cité. p. 85

l'authentification par notaire, procédure évidemment plus formaliste que celle du nouveau Code sénégalais.

2° Les contrats ruraux.

Certains contrats coutumiers peuvent être considérés comme ayant une importance économique suffisante pour être sanctionnés par des dispositions législatives spéciales.

L'exemple des origines et les causes des pratiques coutumières de métayage et de location de terres au Madagascar, en est une illustration, ainsi que les contrats de « navétanes », de « berger » et de « tisserand ».

Les documents malgaches jusqu'à présent publiés font mention de la location de terre (*hofa* : location – *hofantany* : location de terre – *hofan-tanimbary* : location de rizière) et jamais du métayage. Le *Tantaran'ny andriana* ⁴⁴⁴ fait remonter au temps du roi Andrianampoinimerina (1787 – 1810) la première réglementation des locations de terres. La pratique existait certainement avant, mais comme pour les divers usages de son époque, ce souverain en codifia l'exercice.

Et c'est précisément parce que son activité législative s'exerça dans tous les domaines, les plus variés, et parce qu'il n'est fait mention nulle part de la pratique du métayage ⁴⁴⁵ que l'on est en droit de se demander si le métayage n'est pas apparu à Madagascar postérieurement.

⁴⁴⁴ Traduction de l'Académie Malgache, t. II ; p. 460 notamment.

⁴⁴⁵ Qui, à l'encontre de la location, n'est désignée par aucun terme générique en malgache.

Vers quelle époque ? Une tradition recueillie dans la région de Marovoay ⁴⁴⁶ voudrait que, du temps de l'administration Mérina⁴⁴⁷, les particuliers aient obtenu des concessions de terres ⁴⁴⁸moyennant le versement du tiers de la récolte au gouvernement local à titre de contribution aux charges publiques. Après la conquête, les propriétaires auraient repris à leur compte ce procédé à l'égard des exploitants installés par eux sur leurs terres.

Le métayage a dû pourtant se répandre assez rapidement, après la conquête, car, après l'abolition de l'esclavage⁴⁴⁹, il est devenu le lien contractuel unissant désormais les maîtres à leurs anciens esclaves demeurés généralement sur les terres qu'ils cultivaient déjà.

En définitive, la pratique de la location des terres paraît venir d'une époque reculée ; celle du métayage, par contre, paraît, beaucoup plus récente et surtout s'être étendue comme une sorte de compensation aux transformations des structures traditionnelles entraînées par les réformes auxquelles procéda l'administration.

Soulignons, que la nature du lien unissant bailleur et preneur ne paraît pas être seulement d'ordre contractuel ; elle se complète encore de considérations d'ordre familial et social. Suivant les régions, le métayage procède également d'arrangements entre parents, les plus fortunés cédant à bail des parcelles à leurs descendants ou à d'autres

⁴⁴⁶ Province de Majunga

⁴⁴⁷ C'est-à-dire depuis 1895

⁴⁴⁸ La terre appartenait au souverain

⁴⁴⁹ En Imerina, en 1896, les esclaves constituaient sensiblement la moitié de la population

parents moins riches. Ainsi font les populations des Plateaux (Merina, Betsileo)⁴⁵⁰ .

Cependant, nous allons nous focaliser sur les « contrats de navétanes », de « berger » et de « tisserand ». Le mot « navétane » comme il a été dit plus haut vient du ouolof, le principal dialecte du Sénégal, et signifie littéralement « ceux qui retournent pendant l'hivernage » c'est-à-dire la saison des pluies qui commence en juillet. Les « navetanes » sont des ouvriers agricoles saisonniers, qui viennent principalement du Mali et de la Guinée pour aider à la culture des arachides. Certains ne viennent que pour la récolte des arachides en octobre, mais d'autres arrivent en juillet et restent au Sénégal plusieurs mois.

Le propriétaire confie à ces derniers un lopin de terre à cultiver et des semences pour planter leur propre récolte. Les conventions entre le propriétaire foncier et le « navetanes » sont orales et jusqu'à présent, les droits du « navetane » aux fruits de son travail et les droits du propriétaire au droit au travail et au remboursement des semences faisaient partie du droit coutumier.

Des questions similaires se posent à l'occasion du contrat du berger, passé souvent entre un propriétaire et un berger appartenant à deux ethnies différentes.

Les droits et obligations du berger, y compris les droits au lait et à l'accroissement du troupeau, sont également prévus par le droit coutumier.

⁴⁵⁰ Jean Poirier " Etudes de droit africain et de droit malgache " par J . DEZ " Les baux ruraux coutumiers à Madagascar " ouvrage collectif : Editions Cujas 1965. p. 74, 75, 77

Les coutumes locales règlent également les droits du tisserand, qui, pendant, son travail est nourri et logé dans la famille qui l'accueille.

Ces trois catégories de conventions qui d'ailleurs n'ont pas fait l'objet d'un nombre de litiges considérable, n'ont pas été réglementées par le Code du travail.

Sans doute ne serait-il pas inutile de les prévoir spécialement et de leur consacrer une réglementation inspirée du droit coutumier, qui aurait naturellement sa place dans la partie du code consacrée aux contrats spéciaux⁴⁵¹.

Surtout les règles coutumières continueront à avoir dans l'avenir un rôle non négligeable à titre d'usages.

Le Code adopte expressément, dans son article 42, le principe de la liberté de contracter sous la réserve classique de l'ordre public et des bonnes mœurs. Dès lors, les parties peuvent inclure des règles coutumières dans le contrat si elles le désirent.

Un tel système se retrouve dans toutes les législations et a été consacré en particulier aux Etats –Unis par le code commercial uniforme dans la section 1-205.

Certes, un système moderne et facultatif d'immatriculation, voisin du système Torrens, fut introduit en Afrique dès le début du XIX^{ème} siècle. Mais, il n'a pas réussi, en dehors des grandes villes, à remplacer le système coutumier.

⁴⁵¹ ibidem

Ce qui nous amène à étudier les domaines opposant la résistance la plus efficace contre l'implantation d'un système étranger moderne en Afrique noire, en matière civile⁴⁵².

PARAGRAPHE II / LA RESISTANCE AUX PRINCIPES CONTRACTUELS OCCIDENTAUX.

Les deux domaines du droit coutumier qui opposèrent la résistance la plus efficace furent d'abord le droit des personnes et de la famille, comprenant le mariage, le divorce, les successions, les donations et libéralités (A) et d'autre part le droit foncier (B).

A / Les résistances en matière de droit des personnes et de la famille.

La théorie de l'ordre public colonial était fondée sur la mission civilisatrice. Tout ce qui n'était pas conforme à cette mission devait être extirpé des coutumes. En principe tout ce qui était contraire aux règles morales, aux règles juridiques, au fondement même de cette civilisation devrait être proscrit.

Mais certaines institutions négro-africaines qui étaient, de par leur nature même, contraires à la civilisation française, étaient maintenues, leur survivance ne gênant pas le développement économique. Par contre, d'autres matières dans lesquelles le droit français a consacré la liberté d'action comme conséquence de l'autonomie de la volonté étaient déclarées, en Afrique Noire, d'ordre public.

⁴⁵² Annales Africaines. F.S.E. U.C.A.D. de Dakar. Paris. Editions. Pédone. 13. Rue Soufflot. 13. 1963. p. 83 – 87.

Il en était ainsi dans le domaine contractuel, pour assurer la sécurité des transactions, ce qui était essentiel au progrès économique et social.

Dans le domaine du droit des personnes et de la famille, comment pouvait-on concilier le mariage, le lévirat et la polygamie avec la civilisation française ?

Ce n'est pas seulement au niveau des tribunaux et cours que les difficultés subsistent résultant de la coexistence de deux systèmes juridiques ; c'est d'abord au niveau des citoyens qui doivent nécessairement savoir frapper à la bonne porte pour la célébration de leur mariage. En effet, aux deux systèmes de droit correspondent deux conceptions du mariage, par conséquent deux modes de sa célébration :

le mariage français qui relève de la compétence de l'officier d'état civil français ou de droit moderne encore appelé droit commun , le mariage coutumier célébré selon le rituel coutumier des époux et qui peut être déclaré à l'officier d'état civil indigène.

Et au départ, l'existence d'une cloison étanche entre l'état civil français et l'état civil indigène rendait impossible la célébration du mariage de personnes de statut coutumier par l'officier d'état civil français et la situation était la même lorsqu'il s'agissait de personnes de statut français qui s'adressaient à l'officier d'état civil indigène. La logique d'une distinction aussi radicale avait conduit à l'institution de la double célébration du mariage lorsque l'union s'établissait entre deux personnes de statut différent⁴⁵³ .

⁴⁵³ En effet la jurisprudence prenant motif de ce que l'officier d'état civil français était incompétent pour recevoir les déclarations d'état civil des indigènes , déclarait inexistant

Solution aberrante et juridiquement contestable comme le soulignait M. Solus qui faisait remarquer que chaque officier d'état civil étant incompétent à l'égard de l'époux de l'autre statut, les deux mariages étaient nuls ⁴⁵⁴.

La théorie de la double célébration était abandonnée au profit de la primauté de la loi française, donc de la compétence de l'officier d'état civil français lorsqu'il s'agissait de mariage de personnes de statuts différents. Cette thèse que la jurisprudence avait fini par adopter fut surtout soutenue par M. Solus à la 22^{ème} session de l'Institut Colonial International de Lisbonne en 1933 ⁴⁵⁵. Mais, alors si une personne de statut coutumier pouvait se présenter devant l'officier d'état civil français lorsque son futur conjoint était de statut français sans qu'il soit vu en cela une violation des règles de son statut personnel, il n'avait plus aucune raison d'empêcher les deux futurs époux de statut coutumier d'avoir recours à la même institution ⁴⁵⁶.

Cet état de choses demeure même après l'indépendance dans les pays qui n'ont pas édicté une réglementation unique du mariage.

Et les futurs époux en arrivent à penser que le mariage coutumier leur permet de contracter une union conforme à leurs croyances et que le

tout mariage d'indigènes célébré par l'officier d'état civil français, Cour d'Appel d'A.O.F., 26 janvier 1917, Penant, 1917, I, P. 191 – 5 septembre 1924, Penant 1925, I. P. 11.

⁴⁵⁴ Cf. sa note sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Saigon du 11 juillet 1930, Penant, 1931, I. P. 9 et suiv, dans le même sens, cf., P. Lampué dans sa note sous le jugement de Grand-Bassam du 15 juillet 1929, Penant 1930, I. P. 121 et suiv ; sur la position de la Cour de Cassation : Cass. Civ ; 21 déc 1954 Penant 1956, I. P. 127 et suiv; Cass, crim 14 fev 1929; S. 1930, I. P. 280; Cass. civ ; 19 janv 1936 ; D ; 1937 ; I ; P ; 15 .

⁴⁵⁵ La loi applicable aux rapports de droit privé établis entre indigènes et non-indigènes. Annexe ; I. P. 10

⁴⁵⁶ Voir dans ce sens P. Lampué, L'option de législation et le statut des originaires des communes de plein exercice du Sénégal, Penant, 1948, H, p. 1 à 6

mariage célébré par l'officier d'état civil de droit moderne , donc de droit français , ils contractent une union valable au regard de la loi .

Pour eux les deux types de mariage ne produisent pas les mêmes effets. La Cour d'Appel de Dakar a rendu un arrêt significatif à ce sujet. Les faits de la cause remontent à une époque antérieure à l'indépendance du Sénégal, mais les conditions demeurent pour qu'ils se reproduisent puisque le Sénégal continue de connaître les deux modes de célébration du mariage. Les époux tous deux de coutume wolof islamisée se sont mariés le 13 mars 1958 selon leur coutume personnelle. Le 15 mars 1958 ils se sont présentés devant l'officier d'état civil de droit moderne pour une seconde célébration de leur mariage. Le 17 août 1959, le mari assigna son épouse pour entendre prononcer la nullité du mariage célébré devant l'officier d'état civil. Le 24 août 1959, la dame à son tour assigna son mari pour entendre prononcer la dissolution de ce même mariage célébré en la forme du code civil.

Cette affaire connaît un précédent identique qui a fait l'objet d'un arrêt de la même Cour d'Appel en date du 20 décembre 1940 ⁴⁵⁷ .

Dans les deux cas, la Cour a annulé le second mariage en déclarant notamment que le premier mariage produit à la fois les effets civils et religieux que la coutume des époux y attache. Les deux arrêts ont donné la même solution mais pour des motifs qui ne sont pas identiques.

L'arrêt du 20 décembre 1940 est fondé sur deux motifs essentiels : d'abord il a recours à l'article 147 du Code civil selon lequel " on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du

⁴⁵⁷ Cour d'Appel d'A.O.F, 25 déc... 1940 ; Penant, 1948, I, p. 23.

premier “ ensuite , il fait valoir que la loi française et la coutume des parties peuvent ensemble s’appliquer et que l’option ayant été faite en faveur de la coutume les parties ne peuvent plus placer leur union sous l’autorité et la compétence du Code civil . Le premier motif est manifestement erroné. En effet, ainsi que le fait remarquer M. Lampué, l’article 147 du Code civil se rapporte à la bigamie et ne peut donc s’appliquer lorsqu’il s’agit de deux mariages successifs intervenus entre les mêmes personnes ⁴⁵⁸. Mais cet argument de texte nous paraît devoir être écarté pour une autre raison : les époux étant de statut coutumier et le premier mariage ayant été contracté selon leur coutume qui est leur loi personnelle, c’est à cette dernière qu’il aurait fallu avoir recours pour apprécier la validité du deuxième mariage même si celui-ci avait été contracté selon les formes du Code civil.

En effet, le mariage établit des rapports de droit dont la validité s’apprécie selon la loi personnelle, ce n’est pas le Code civil, mais la coutume. Il aurait donc fallu interroger la coutume, sur la validité du deuxième mariage et dans le silence de la coutume faire intervenir, selon la règle établie en droit colonial, la loi française à titre supplétif. Mais l’intervention de la loi française à titre supplétif conduit à une situation sans issue. Elle n’a prévu, et ce, dans l’article 147 du Code civil, que le cas où l’un des deux époux contracte mariage avec une autre personne.

Elle n’a pas prévu et ne peut prévoir, pas plus que les coutumes d’ailleurs, le cas où deux personnes, tout en demeurant mariées, s’offrent la célébration d’un deuxième mariage.

⁴⁵⁸ Cf. sa note sous l’arrêt du 18 novembre précité

Quant au deuxième motif de l'arrêt du 20 décembre 1940 qui est aussi le motif déterminant de l'arrêt du 18 novembre 1960⁴⁵⁹, qui ne s'est pas référé à l'article 147 du Code civil, il est d'une remarquable logique, mais ne repose sur aucun argument de texte. La nécessaire stabilité des rapports de droit entre les membres d'une famille ou à l'égard des tiers peut trouver son fondement dans les principes généraux du droit.

En réalité la célébration de deux mariages successifs entre les mêmes personnes est une conséquence de la dualité de systèmes juridiques et surtout de la faculté d'option en faveur de l'une des lois en présence. C'est un problème ; il s'est posé et par deux fois la Cour d'Appel de Dakar lui a offert une solution en annulant le deuxième mariage, celui célébré selon les formes du Code civil. C'est une solution imparfaite lorsqu'on l'envisage surtout au niveau de la femme. En effet, il est incontestable que le Code civil lui est plus favorable et lui offre plus de garanties que les coutumes, surtout les coutumes islamisées. Sa situation y est meilleure comme épouse, mère et veuve. Et il n'est pas exclu de penser qu'elle n'a accepté de contracter le premier mariage que parce qu'elle trouvera des garanties suffisantes quant à sa condition dans le deuxième. Il n'est pas non plus exclu de penser que si elle était suffisamment avertie des vices qui entacheraient le second mariage célébré selon le Code civil, elle n'aurait accepté de se marier qu'en intervertissant l'ordre de célébration.

⁴⁵⁹ Puisque cet arrêt déclare : '' Les époux ayant opté en premier lieu pour la loi coranique, ne pouvaient plus ensuite revenir sur une convention dont les effets juridiques s'étaient déjà réalisés. Qu'admettre le contraire serait de nature à troubler gravement l'ordre public en laissant à la volonté des époux la faculté de modifier à leur gré les effets juridiques régissant leurs personnes, leurs obligations au sein de la famille, leurs capacités, leur régime matrimonial ou leurs biens et de créer ainsi l'instabilité de la famille et l'insécurité pour les tiers engagés à l'égard des époux par des liens contractuels '' .

Certains Etats Africains conservent au mariage coutumier sa valeur légale.

C'est d'abord, le Sénégal qui, malgré ses faveurs et préférences marquées par le droit moderne notamment dans l'ordonnance du 14 novembre 1960 relative à l'organisation judiciaire et à la fixation des règles applicables au litige de droit privé⁴⁶⁰, maintient de la loi n° 61-65 du 23 juin 1961 ⁴⁶¹l'option entre deux formes de mariage. Selon l'article 33 alinéa 3 de cette loi " le mariage peut être constaté par un acte délivré par l'officier de l'état civil ayant célébré le mariage ou par son enregistrement à l'état civil ". La première n'est que celle déjà en vigueur à l'époque coloniale et obligatoire pour les citoyens de statut civil Français. Dans la loi sénégalaise cette forme qui s'inspire des dispositions du Code civil français est réglementée par les articles 42 à 54 qui prévoient les modes de publication, l'examen prénuptial, les oppositions éventuelles au mariage dans leur formation et dans leur recevabilité, les cérémonies de la célébration et le contenu de l'acte de mariage que doit dresser l'officier de l'état civil.

Selon la deuxième forme qui concerne le mariage coutumier dont il est le mode de constatation à posteriori, les époux comparaissent personnellement devant l'officier de l'Etat civil qui les interpelle successivement sur leur consentement au mariage et qui dresse un acte d'enregistrement qui selon l'article 40, indique l'identité des

⁴⁶⁰ Voir supra page 129 et suivants, Tendance à la substitution progressive du droit français aux droits traditionnels

⁴⁶¹ Loi tendant à la création d'un état civil unique et à sa réglementation

époux, la date le lieu ou le mariage a été contracté, le consentement des époux⁴⁶².

Cette dualité de forme du mariage par le maintien du mariage coutumier qui est contraire à l'orientation du nouvel ordre juridique sénégalais ne peut se comprendre que comme une concession faite aux forces politiques que représentent les groupements religieux ⁴⁶³ .

Elle est consacrée par la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille du Sénégal. En effet, en vertu de l'article 114 " selon le choix des futurs époux, le mariage peut être célébré par l'officier de l'Etat civil ou constaté par lui ou son délégué dans les conditions prévues par la loi.

Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ". ⁴⁶⁴

Rappelons-nous que les deux domaines du droit coutumier qui opposèrent la plus forte résistance aux principes contractuels européens furent d'abord le droit des personnes et de la famille et d'autre part le droit foncier.

⁴⁶² Comme on peut le constater à travers les articles 36 et 37 de la loi précitée, la laïcisation n'a pas atteint le mariage coutumier qui demeure un acte familial et religieux

⁴⁶³ Cf. A. Delbard, Les dynamismes sociaux au Sénégal, in Cahiers de L'I.S.E.A. Fer -1966 ; J .C . Froelich, Archaïsme et modernisme, les musulmans noirs et le progrès, in Cahiers de L'I.S.E.A. 1961 ; n° 3 ; V. Monteil, Islam et développement au Sénégal, in Cahiers de l'I.S.E.A. 1961, n° 3. ID ; L'Islam noir, Paris ; Seuil, 1964 ; A .Gouilly, l'Islam dans l'A.O.F ; Paris, Larose, 1952.

⁴⁶⁴ Jean Poirier « l'ethnologie juridique négro-africaine » Paris Sirey 1953 p. 55 suiv

B / La persistance des contrats fonciers traditionnels

Nous définirons le contrat foncier comme une convention par laquelle une personne ou un groupe s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou ne pas faire quelque chose.

Toutefois, nous n'étudierons ici que la nature des obligations contractées en se passant de leur objet, les prestations ou charges foncières. L'importance même des règles du droit parental concernant les principes d'inaliénabilité et d'indivision du patrimoine lignager ne pouvait que limiter la possibilité de contracter⁴⁶⁵, ou au moins restreindre les choix offerts aux groupes. Il est en effet nécessaire de permettre les adaptations réciproques entre des droits opposés ou de réglementer la concession de terres inemployées à de nouveaux arrivants. Dans tout système agraire une certaine fluidité des droits est effectivement indispensable pour répondre à situations particulières telles que les écarts démographiques, les nécessités économiques ou climatiques. Nous allons ainsi examiner d'abord les règles traditionnelles d'ajustement que sont les concessions à longue durée et les prêts de terres 1°. Puis nous verrons apparaître le principe de l'aliénabilité partielle par le moyen de la mise en garde et de la location 2°. Puis enfin nous pourrions décrire la situation telle qu'elle se développait à la fin de l'époque coloniale : la vente de terres 3°.

En vue de pouvoir comparer ultérieurement les différentes catégories de contrats, nous étudierons leurs modalités selon les critères successifs suivants :

⁴⁶⁵ C'est du moins ce que souligne le gouverneur Geismar (1933) dans les pages consacrées au contrat et obligations dont les modalités de formation, de conclusion etc.... sont établies (1967)

- a) nature du contrat
- b) objet du contrat
- c) contractants
- d) effets juridiques (protection des parties, formes et conditions de transferts de la terre)
- e) prestations qui y sont attachées.

1° Les concessions foncières et les prêts de terre dans le régime contractuel traditionnel

-a) Les concessions foncières “maye u suf”

Note préliminaire : Nous employons le terme français concession (action d'accorder l'utilisation d'une terre) plutôt que celui de donation qui serait une traduction plus exacte de l'expression wolof, parce que, en droit français, la donation évoque immédiatement une aliénation irrévocable qui est exclue dans la règle wolof.

En effet “mayé u suf” est construit à partir du substantif “mayé” : le don gratuit dérivé du verbe “maye” : faire un présent, accorder, gratifier – u, conjonction : de et de “suf” : substantif désignant le sable, la terre comme espace.

La pensée juridique wolof fait une nette distinction entre le don gratuit “mayé” et le “diokh” concession de ce qui est dû⁴⁶⁶, ainsi qu'en témoignent certains enregistrements d'Etienne le Roy⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Le dictionnaire de Mgr. Kobes – 1923 – p .81

⁴⁶⁷ Ainsi l'enquête réalisée au Baol dans le village de Ngan-Dial – arrondissement de Lambaye, auprès de Youssoupha Thiaw, bobine 35 - 69 – transcription pp. 4 et 5

Etienne Leroy : « Système foncier et développement rural », op . cité. Thèse. p. 200

Ces interlocuteurs insistent sur le fait que le “mayé u suf ” est la règle générale dans les relations entre groupes ou entre les lignages et les étrangers parce que le donnant garde toujours une grande liberté d’appréciation.

A l’inverse, le “diokh” s’applique plutôt dans les rapports intra-lignagers en cas d’affectation de terres entre membres de la communauté familiale, il s’agit d’une modalité de partage.

La donation est en réalité une autorisation d’installation faite à titre temporaire ou à condition de respecter les clauses du “contrat d’affectation “. Par cet acte, le donateur autorise le donataire à essarter (deuxième stade de mise en valeur) (dans ce cas il autorise l’agriculteur à créer le “ngadyo”), soit si ce travail d’essartage est déjà effectué, il fait directement accéder au temps 3 (culture), son pouvoir à exploiter la tenure foncière étant moins protégée. Son objet a quelque peu varié : dans le cadre du “lamanat” la donation a pour objet de fixer un étranger à l’intérieur de la communauté et de l’insérer totalement en lui faisant perdre sa qualité de “gâne”⁴⁶⁸.

Ultérieurement le nombre des parties va se développer puisque le “bour”, outre son droit personnel d’installation sur ses terres peut déléguer à ses administrateurs locaux le droit d’affecter les terres vides aux nouveaux arrivants. Les responsables du “dock”, à l’image des anciens lamane peuvent en autoriser l’utilisation à d’autres paysans venus demander des terres, en vue d’insérer l’individu dans la communauté villageoise ou locale par affectation d’une parcelle. Le “mayé u suf ” est ainsi un contrat très souple qui permettait de répondre à toutes les situations. Tantôt c’est le cas qui nous

⁴⁶⁸ “Gâne” terme wolof, qui signifie : invité, hôte

intéresseici, il permet la création d'un acte juridique nouveau, tantôt quand il intervient sur des terres déjà essartées il consacre un permis d'exploitation et non le don d'un titre juridique véritable.

Les parties sont des responsables de groupes de parenté :

A l'origine comme donnant le lamane et le "borom" "ngadyo" comme donataire. Par la suite tous les responsables de groupes détenant des terres inemployées au profit des étrangers. Le "contrat" lie personnellement les deux parties qui, par ailleurs, représenteront leurs groupes. La protection des pouvoirs du donataire était très grande puisqu'il y'avait une impossibilité de reprise des terres tant que celles-ci étaient utilisées (quelqu'en soient les techniques et les résultats).

De plus dans le cadre du lamanat une sous- concession ne pouvait être opérée sans l'accord du lamane en vertu des liens personnels dominant les relations individuelles⁴⁶⁹.

La concession viagère et personnelle devient par l'effet de ce principe, héréditaire et lignagère tant que le lignage affectataire désire utiliser sa priorité d'utilisation. Il y'avait donc une très grande souplesse dans la circulation des terres protégeant aussi bien le paysan dans son activité que les autres cultivateurs qui pouvaient demander les terres revenues à l'état de brousse dès que la végétation était assez haute pour marquer que le donataire ancien se désintéresserait d'une terre qui était à nouveau féconde et que les effets de l'acte créateur de droit (l'essartage) avaient apparemment disparu .

Le calcul du droit de reprise est variable selon les régions, proportionnel aux facultés de régénération spontanée des sols.

⁴⁶⁹ibidem

Mais, il fallait que le cycle normal de rotation des jachères fût dépassé de deux à cinq ans pour que l'intérêt de l'ancien exploitant soit bien marqué sur le terrain.

Le transfert était dans le cadre du lamanat médiatisé à partir des remarques d'Ab. Bara Diop⁴⁷⁰, on peut supposer qu'il nécessitait le versement de la "prestation d'entrée en possession". Dans le cadre des monarchies, cette procédure sera aussi utilisée.

Les prestations sont :

- "le dieuk", cadeau d'hommage et d'alliance versé avant l'autorisation d'installation
- "le sabar", cadeau annuel de renouvellement de l'alliance
- "le ndalu", charge payée par l'étranger avant d'entrer en possession de la terre.

-b) Les prêts de terres :

Le wolof distingue deux sortes de prêts :

- le prêt unilatéral
- l'échange de terre

Tous deux ayant en commun d'être "gratuits", élément qui, on le verra changera lors de la période coloniale et aboutira aux locations.

-Le prêt unilatéral "ablé u suf"

Le substantif "ablé" est dérivé du verbe "ab" emprunter, recevoir un prêt, auquel est adjoint le suffixe "lé" qui : "ajouté à un verbe actif

⁴⁷⁰ 1968 . P.49

exprime l'idée d'aider gratuitement par complaisance (dictionnaire de Mgr Kobes (1923) P ; 177. Le terme se traduira par le prêt gratuit et devra être distingué de "abal", emprunter pour quelqu'un car cette situation relativement rare ne fait pas l'objet d'une réglementation précise à notre connaissance.

Le prêt de terre est un acte permettant à un ami ou à un voisin d'accéder temporairement à l'utilisation d'un champ "tol" ou d'une parcelle "dock" en lui remettant le droit d'ensemencer et de récolter (dit droit de culture)⁴⁷¹.

Il a pour objet de permettre à des étrangers (qui sont toujours "parents " par ailleurs au niveau du village –", bock deuck –ou de la circoncision –"mbock lel" –etc....) d'accéder à des terres non occupées quand ils ont personnellement besoin de champs pour des raisons casuelles et temporaires. Il permettait une certaine fluidité dans l'utilisation des terres entre groupes⁴⁷².

Les contractants sont deux "borom keur " qui se connaissent de longue date. Le prêt est annuel, mais renouvelable et se traduit par un droit à la récolte. La tacite reconduction n'est pas admise. L'accès à la terre est immédiat dès l'accord des parties.

Il n'y a pas de prestations attachées à cette autorisation de cultiver, mais si l'emprunteur est musulman, il devra prélever sur ses récoltes "l'assaka" qu'il remettra selon les situations locales au "borom keur" prêteur ou à d'autres personnes désignées par la coutume⁴⁷³.

⁴⁷¹ Dit Droit de culture

⁴⁷² Op .cité . page201. E .Leroy

⁴⁷³ Ibid

Le don de la terre est une chose normale dans le droit Soninké. Historiquement, il y'avait dans le Goy des champs de décrue, donnés par des oncles à leurs neveux. Mais, cette forme de transmission de la terre s'est arrêtée depuis l'installation définitive et la détention de terres par les familles. Actuellement à l'intérieur d'une famille, on peut procéder à des dons, mais, à titre précaire.

A cause du caractere indivis des détentions dans les familles, il est impossible de faire de dons de terre à l'extérieur de la famille. La seule solution pour contourner cette interdiction est le prêt. Le prêt se fait soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ce dernier est déjà étudié plus haut.

Le prêt gratuit est un droit d'exploitation d'un lopin de terre accordé par un maître foncier à un individu. Cette forme de concession de terre n'est valable, généralement que pour les terres du walo (kollanga, fallo, dunde) ; à cause de lma relative liberté d'accès aux terres du "jéeri" et aussi à cause de la valorisation excessive des terres du walo. Le prêt gratuit se fait au profit d'amis, de parents, d'anciens captifs surtout et et d'étrangers ⁴⁷⁴ . Le captif affranchi qui reste dans le village de son maître conserve avec ce dernier des relations privilégiées qui peuvent s'apparenter à des relations familiales. L'ancien serviteur reste toujours dépendant du maître qui maîtrise les terres et peut lui prêter un lopin à titre gratuit pour lui permettre de subvenir aux besoins de sa famille.

⁴⁷⁴ Voir Traoré 1985 : "corpus soninké ", aussi Pollet et Winter. p. 323, ainsi que Weigel, 1982. p 61. Op cité. p. 184. Traoré. S

Il y a aussi le cas des anciens serviteurs, libérés de fait ⁴⁷⁵ depuis les années quarante qui constituent une force économique non négligeable du fait de l'émigration et qui gardent avec leurs anciens maîtres des rapports assez cordiaux les mêmes que les captifs qui se sont libérés statutairement.

Le prêt gratuit se fait aussi au profit d'étrangers établis temporairement ou non dans le village. Mais, il faut préciser que ce n'est pas au profit des "navêtanés" comme dans le bassin arachidier du Sénégal.

La zone Soninké du Goy connaît bien depuis la fin des années cinquante un navêtanat en provenance du Guidimaxa mauritanien, ensuite celui plus important, venant du Mali⁴⁷⁶.

Les villages qui en ont besoin, louent quatre jours de la semaine leur force de travail, matin et / ou après midi, moyennant une somme forfaitaire fixée à l'avance par le village par tranches journalières, mais cela varié. Cette main d'œuvre extra-familiale et temporaire n'est donc pas intégrée dans le procès foncier. Le chef du village qui permet l'installation de l'étranger, lui donne une parcelle d'habitation et lui prête parfois un terrain de culture sur le " jammankafo" sinon quiconque le voudra au niveau d'une famille peut prêter un lopin de culture sur ses champs⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ La Circulaire Ponty de 1905, libérant les esclaves et favorisant par là, la création de villages de liberté n'a pas touché de façon profonde le Goy

⁴⁷⁶ Weigel (J. Y) : 1982 a analysé pour la zone soninké de la vallée au niveau de Bakel, l'apport des travailleurs maliens dans le temps de travail en hivernage et en culture de contre-saison.

⁴⁷⁷ Le plus souvent dans les villages, ce sont d'anciens "navêtanés" maliens ou mauritaniens qui décident de s'installer définitivement, qui entrent dans cette catégorie. Tant que le

Le prêt gratuit peut être consenti à titre temporaire ou à durée indéterminée. L'autorisation d'utiliser gratuitement une terre, à titre temporaire, doit être expressement renouvelée à l'expiration du terme. Par exemple, le bénéficiaire d'un prêt annuel doit à l'échéance demander au propriétaire du champ la reconduction du contrat.

Tandis que si le prêt est à durée indéterminée, l'emprunteur ne doit plus redemander l'autorisation de conserver l'usage de la terre jusqu'à ce que le prêteur décide de reprendre la terre. Ce contrat peut également prendre fin, en cas de conflit entre le prêteur et l'emprunteur.

Mais, dans tous les cas, à la mort du prêteur, l'emprunteur devra demander à son successeur à la tête de l'indivision familiale, la reconduction du droit à l'utilisation du lopin. De même, le fils ou le successeur de l'emprunteur défunt qui désire maintenir le contrat, devra s'assurer de l'accord du prêteur. Cette forme de mise à la disposition d'un individu ou d'un groupe de la terre peut être assortie de conditions particulières à l'initiative, à la discrétion des parties, mais, elle n'est jamais assortie de redevances foncières⁴⁷⁸, puisque généralement faite dans le cadre de relations entre parties⁴⁷⁹.

-L'échange de terre : "weti ikuanté un suf"

L'expression se compose :

Du substantif "weti ikuanté" décomposé comme suit : la racine en est le verbe "wéti", d'échange puis le suffixe "ku" qui donne au verbe une

travailleur saisonnier ne s'installe pas, il est impossible pour lui d'obtenir un champ à lui. Dans les villages du Goy, il y a des maliens qui se sont installés depuis des générations.

⁴⁷⁸ Redevances foncières : "jagga, njoldi, etc..."

⁴⁷⁹ Traoré. S. Thèse de Doctorat. Op. cité. p. 186

situation réfléchie (Kobes p. 166). Enfin l'affixe (ici suffixe) "anté" exprimant une idée de réciprocité (Kobes p. 7) "weti ikuanté bi" désigne ainsi "l'échange demandé par les deux changeurs"⁴⁸⁰.

Du conjonctif "u" : de

Du substantif "suf" : l'espace, la terre

C'est par nature un contrat bilatéral permettant à un autre agriculteur de cultiver temporairement une parcelle que l'on ne peut pour des raisons matérielles utiliser actuellement.

Il intervient quand des terres possédées sont sises sur un autre terroir et trop éloignées pour être cultivées personnellement, dans ce cas on s'arrange avec un membre de l'autre communauté, placé dans une situation analogue pour effectuer un échange réciproque des champs.

En général, c'est la conséquence du déplacement des villages et par la suite du morcellement du patrimoine lignager, le partage musulman conduisant à des problèmes d'héritage difficiles à régler⁴⁸¹. Plus récemment, il a pu intervenir aussi dans le cadre d'une communauté quand un système de rotation des cultures est instauré. Dans ce cas, il peut arriver que toutes les terres d'un lignage se trouvent dans une zone de jachères. On y remédie en empruntant à certains cultivateurs des champs. En contreparties, ces derniers pourront utiliser les jachères comme terrain de parcours pour le bétail.

Tout "borom keur" peut y recourir. C'est un acte de gestion courant qui n'implique pas l'autorisation du conseil du lignage.

⁴⁸⁰ Kobes, p. 362

⁴⁸¹ ibidem

En règle générale, le prêt est précaire (annuel comme droit à la récolte).

La tacite reconduction est permise en cas d'éloignement mais n'ouvre jamais une prescription acquisitive. L'accès à la terre est immédiat par l'accord des parties devant témoins.

Hors "l'assaka" pour le musulman aucune prestation ne marque l'échange mutuel de terres.

2° Les locations et les mises en garde dans le cadre de l'économie monétaire

Les changements apportés par l'économie monétaire au système contractuel sont de deux sortes :

D'une part, l'acceptation d'une aliénation possible des terres, d'autre part leur valorisation.

Le passage s'est opéré insensiblement et lentement, Marty⁴⁸² écrivant au début du siècle précédent : "le maître de la terre loue fort peu les terrains, il préfère les prêter pour l'année en ce qui en sont dépourvus ..."⁴⁸³

- Par l'apparition d'acte à titre onéreux : les locations,
- Puis par l'apparition de l'aliénation partielle dans le cas des mises en garde
- Enfin par l'aliénation **définitive en cas de verbe.**

⁴⁸² Paul Marty, cité par E. Leroy. p. 203

⁴⁸³ (1917). T. II, P. 258.

- Les locations

Linguistique :

En général, on emploi :

- "dieg "quand on se place du côté du locataire (prendre en bail),
- il n'y a pas de terme spécifiquement wolof pour exprimer l'idée réciproque de mettre en bail.

Le dictionnaire G. Grand (1923) donne le terme "luyé" qui est manifestement dérivé du français louer. Cette ignorance d'un tel concept est bien à relier aux principes traditionnels de l'inaliénabilité des terres chez les wolofs.

Par sa nature, c'est une autorisation d'installation comme le "mayé " u souf " à durée fixée avant l'entrée en possession et dont le droit de reprise est immédiat dès que le bail vient à expiration.

Par son objet, il y a transfert temporaire d'un droit d'expropriation, la terre demeurant la "propriété " du loueur.

Mais les parties sont des individus agissant comme tels. L'accord du groupe pouvait cependant être nécessaire quand il gardait un grand pouvoir de coercition.

Le recours à la location permettait au loueur d'acquérir de l'argent pour payer l'impôt ou une dot.

La protection des parties est cependant réduite. Le contrat à titre onéreux doit être renouvelé annuellement. Selon Diarasouba⁴⁸⁴, les baux à long terme sont rares ...

Parce qu'ils font échapper la terre à l'emprise de la famille propriétaire. "Les baux de type emphytéotique" n'existent pas, les contrats de longue durée étant des donations de terre. L'installation pouvait être précédée du paiement d'un droit d'entrée en possession.

Les prestations sont le "ndalu" et dans certains cas l' "asaka". Ce sont alors de véritables loyers payés annuellement.

Mais notons que ce type de location n'avait pas une grande importance car les actes contractuels anciens s'étaient maintenus.

Il ne concernait que les terres les plus riches, en particulier les dépressions des niayes, les champs proches de villages et pouvant servir de potager et surtout les espaces consacrés à l'habitat, cases, concessions etc.... en particulier dans les petites villes de la zone arachidière.

-b) Les mises en garde (taylé) sont à l'inverse une pratique beaucoup plus courante.

Le substantif vient du verbe homonyme signifiant mettre en garde, donné en otage, nantir⁴⁸⁵.

A l'origine, il semble que c'était un accord permettant à un homme libre prisonnier de guerre de se libérer d'un esclave possible en donnant en remplacement de sa personne des animaux ou des

⁴⁸⁴ Cité par E .Leroy , à la page 204 , dans sa Thèse « Système foncier et développement rural »

⁴⁸⁵ibid

esclaves ou même des membres de sa famille si on se réfère à l'étymologie du terme "nidiaye "(nit : la personne – diaye : vendre – celui qui peut vendre) son neveu c'est-à-dire le frère de la mère . Ces "biens" remplacent ainsi celui que le sort avait désavantagé. La terre bien éminente, a pu jouer en garantie du retour futur du prisonnier.

Mais en principe, elle en était exclue puisque le retour du captif se voulait définitif, ce qui aurait inclus l'aliénabilité du domaine mis en garde.

Avec l'économie monétaire, le contrat s'est renouvelé. Par ce contrat l'agriculteur cédait temporairement la totalité de ses droits contre des avantages en nature ou espèces.

Durant la période coloniale, le principal avantage attendu de la mise en garde était le paiement de l'impôt dès que les résultats des récoltes étaient assez médiocres pour interdire toute commercialisation.

Le chef de famille devait ainsi emprunter auprès des prêteurs locaux (des chefs religieux souvent) certaine somme dont ils gageaient le remboursement avec une portion de terre remise pour une durée déterminée. Passé le délai imparti, le créancier pouvait mettre en demeure le débiteur de rembourser, sinon la terre lui revenait définitivement sauf droit de préemption d'autres branches du lignage⁴⁸⁶.

Si le créancier peut être un individu, le nantissement de la terre par ses conséquences futures intéresse tout le lignage dont il fallait l'accord.

⁴⁸⁶ ibidem

En l'absence de titres écrits, la protection de l'individu ou du groupe était d'autant plus faible que le créancier est un homme puissant qui sait influencer les témoignages en cas de litiges.

Ces derniers, par ailleurs, assez nombreux, posaient des problèmes difficiles à résoudre dès que plusieurs prétentions se faisaient jour sur une même terre (en particulier qui et quand avait été payé le rachat). Le transfert des terres était immédiat dès l'accord des parties devant témoins.

La prestation en nantissement porte le même terme que le contrat de mise en garde.

On comprend par cette analyse de la mise en garde comme les wolofs ont pu passer du principe de l'inaliénabilité à l'aliénation des terres par la vente.

En effet certains détenteurs ont recours à cette pratique sans avoir l'intention de rembourser mais pour contourner la réglementation coutumière⁴⁸⁷.

3° La vente – symbole de la déstructuration du système social wolof.

a) Prolégomènes

Le contrat de vente n'était pas inconnu dans la coutume wolof non islamisée. Il relevait de l'accord des parties en s'exprimant de façon visible. Robin dans son article sur le marché en bétail à Louga, en donne une excellente description (1945). La présence de deux témoins rendait la vente opposable à tous.

⁴⁸⁷Op, cité E. Leroy « Système foncier et développement rural » P. 203 – 205

Mais, elle ne pouvait concerner que certaines catégories de biens que l'on pouvait qualifier non parentalisés –les chevaux et bestiaux, les esclaves de guerre, les bijoux – par opposition aux biens parentalisés ⁴⁸⁸ parce qu'ils sont le fondement et la marque d'identification du patrimoine (alal) du lignage, les autres éléments n'en renforcent que la richesse.

Ainsi, le gouverneur Geismar (1933p.174) remarqua que cette procédure était récente liée à la déchéance des "lamane "qui s'y seraient opposés.

L'extension de la présence française dans la presqu'île du Cap-Vert puis la construction du chemin de fer Dakar-Louga-Saint-Louis, vont accélérer le processus pour des motifs économiques.

En vue de garantir la sécurité des transactions, le législateur développe le système Torrents. La position de la jurisprudence coloniale est exprimée par un extrait de l'arrêt suivant : " l'article 5 du décret de 1932 exige à peine de nullité que tout immeuble détenu suivant la coutume indigène qui fait l'objet d'un contrat rédigé par écrit en conformité du droit français soit préalablement immatriculé au livre foncier. En conséquence, lorsque pareil contrat est projeté, le détenteur coutumier de l'immeuble doit faire procéder à son immatriculation avant la passation du contrat "⁴⁸⁹.

Ainsi, toute aliénation de droit français constatée par écrit, nécessitait le passage aux procédures nouvelles qui impliquaient l'individualisation et la valorisation de la terre.

⁴⁸⁸ Esclaves de cases, terres, gris-gris totémiques

⁴⁸⁹ Cassation ch... Civ. 1^{ère} section – 29 décembre 1938 Assane N'diaye / Lahssane N'diaye, cité par le professeur Chabas -1957-p. 89

-b) La vente de terre

Le terme le plus employé sera “diaye” signifiant vendre, aliéner

Il s’agit d’un acte de disposition par lequel on se dépossède de tout droit sur la terre

Il a pour objet d’offrir en compensation au vendeur une somme nécessaire à la réalisation d’autres projets.

Il intéresse deux individus, les groupes ne pouvant immatriculer une terre

La protection juridique est totale puisque le contrat est écrit et qu’il y’a transfert de titres fonciers mais l’immatriculation est préalable à tout contrat de vente.

La seule prestation qui est liée est la nécessité de se plier aux procédures de droit écrit concernant les mesures préalables et la remise de la chose⁴⁹⁰ .

Notons enfin que de tels contrats entraînaient la spéculation foncière et étaient contraires aux intérêts ultérieurs en rendant l’accès à la terre dispendieux.

Nous verrons dans le dernier chapitre l’exécution des contrats dans le cadre de l’évolution des contrats en Afrique noire traditionnelle.

⁴⁹⁰ Étienne Le Roy “ Système foncier et développement rural “ Thèse. p. 199 à 206

CHAPITRE II

L'EVOLUTION DANS L'EXECUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE

L'étude des relations contractuelles dans les sociétés traditionnelles à longtemps été obérée par les contresens commis par les auteurs évolutionnistes à la fin du XIXe siècle. Pour eux, les obligations d'un individu découlaient essentiellement de son statut, et non de sa volonté individuelle. Une évolution théorique a cependant permis d'affirmer l'existence du contrat dans ces sociétés, et les analyses d'E. LeRoy ont montré comment se nouent et sont sanctionnées les obligations contractuelles, dont l'exécution peut être garantie par des suretés⁴⁹¹.

Nous allons étudier l'évolution de l'exécution des contrats en mettant l'accent sur les changements dans l'accomplissement des obligations contractuelles (section I). Ensuite l'étude des changements liés à l'inexécution des obligations contractuelles en Afrique noire moderne bouclera ce chapitre (section II).

⁴⁹¹ Norbert Rouland : « Anthropologie juridique » coll. Droit fondamental, PUF, 1^{er} éd, 1988 . P. 265

SECTION I : LES CHANGEMENTS DANS L'ACCOMPLISSEMENT DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

Ici, des points de convergences et de divergences entre le droit traditionnel africain du contrat et le droit moderne du contrat seront dégagés (paragraphe I), ensuite l'influence de l'économie monétaire sera abordée (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Les points de convergences et de divergences entre le droit traditionnel africain et le droit moderne du contrat.

Sur ce point, nous nous intéresserons aux différences dans la conception contractuelle (A) et les différences dans l'exécution des contrats (B).

A/ Les différences dans la conception contractuelle

Traditionnellement, en Afrique de l'ouest, les agriculteurs laissent la garde des animaux sous la responsabilité des éleveurs, selon des contrats de "confiage"⁴⁹². Les champs profitent des déjections de plusieurs façons : soit l'agriculteur invite l'éleveur lors de la saison sèche, à venir parquer sur son champ, les animaux dont celui-ci à la garde, c'est le contrat de fumure⁴⁹³ soit l'éleveur offre ou vend du fumier à l'agriculteur, soit encore par le passage dans les champs des troupeaux transhumants lors de la saison sèche (mais dans ce cas, les quantités de fertilisants restitués aux champs sont plus réduites).

Avec les tensions qui se développent entre agriculteurs et éleveurs, la pratique des contrats de conflation tend à disparaître ?

⁴⁹² Conflation : remettre au soin, à la garde : confier une mission

⁴⁹³ Conditionné par la possibilité d'abreuvement du bétail

Chez les soninkés et les bamanan, lorsque le troupeau atteint plus de trente têtes sa garde est systématiquement confiée à un berger peul.

Ces bergers sont rémunérés selon des conditions qui varient d'après les zones : numéraire et en nature ou bien juste en nature⁴⁹⁴.

Au mali dans le sahel occidental, lorsqu'il s'agit d'un paiement en numéraire, les tarifs oscillent entre 150 frs Cfa par tête de bétail et par mois, à 150 f par tête pendant huit mois pour les ovins et caprins et cinq cent francs par tête pour les bovins.

Dans le cas d'un versement en nature et en numéraire, des céréales (généralement pour la garde des ovins et des caprins, alors que pour les bovins le berger reçoit de l'argent. Le propriétaire peut aussi verser de cinq à dix mille francs pour son troupeau et donner au berger la jouissance de tout le lait produit, ainsi que la viande des animaux décédés lors de la pâture.

Il arrive aussi que les bergers ne reçoivent que des dons en nature, il s'agit le plus généralement 2,5 kg par tête de petits ruminants et dix kg par tête de bovins pendant les sept mois de la campagne agricole. Le contrat de pâturage renvoie à un accord légalisé, liant par exemple un cultivateur et un éleveur (éventuellement représentants de groupes différents), accord relatif au pâturage d'une terre non exploitée.

L'instauration d'un contrat de pâturage peut intervenir dans des situations de raréfaction des terres et/ ou de concurrence entre les activités agricoles et pastorales, situations qui suppriment ou remettent en question l'équilibre traditionnel assuré par les droits d'usage coutumiers. Il s'agit alors de légitimer par le droit moderne de

⁴⁹⁴ Jacques Poumaré, « Exploitation coloniale et droit traditionnel », in Pouvoirs publics et développement en Afrique , édition de l'Université des sciences sociales , 1992 , p . 141 - 147

décisions traditionnelles ou, au contraire, disposer une monétarisation des échanges en remplacement de l'entraide coutumière⁴⁹⁵.

Le contrat de pâturage a donc une signification ambiguë par rapport à un objectif de sécurisation des droits d'usage.

Les sociétés africaines sont trop émiettées en groupe de parenté ayant des activités identiques de production ou d'élevage et les mêmes genres de problèmes de survivance pour que des échanges commerciaux appréciables puissent prendre corps et se structurer. Pratiquement, la grande majorité des populations vit en économie d'auto-consommation. Et cependant, on peut parler d'une économie fermée : des formes d'échanges existent.

Chez les cultivateurs comme chez les éleveurs lorsque des échanges directs de femmes pour les mariages ne peuvent s'effectuer, il est recouru à la remise de compensations matrimoniales ce ne sont pas des actes économiques stricto-sensu. Ce sont tout de même des transactions et les biens nécessaires pour des opérations entrent dans un circuit d'échanges successifs. Dans ce circuit, les femmes circulent dans le sens inverse des marchandises.

Avant de connaître les échanges proprement dits, les populations ont vraisemblablement pratiqué l'hospitalité. Ses groupes de parenté vivant à l'écart les uns des autres accueillent l'étranger qui s'est égaré, arrivé sans intention malveillante et sollicite aide et protection. Un tel accueil peut coexister avec les sentiments d'antipathie et d'hospitalité envers les " autres " ceux qui ont des usages et des traditions différentes⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Bourel. « Les conflits de Droit », in Encyclopédie juridique , titre 1 . p . 423

⁴⁹⁶ T. E. Olowale. « La nature du droit coutumier africain » op cité

A l'époque, envisagée par cette étude, au sein des clans et des tribus, certains échanges s'imposent en raison des spécialisations, notamment du fait de la division sociale des tâches. Les cultivateurs ont besoin d'articles en fer, en poterie, en cuir, en vannerie, etc., oeuvrés par des artisans. Il leur faut de la viande des animaux tués par les chasseurs ou des poissons séchés par des pêcheurs. Le plus souvent, ils font part de leurs desideratas aux spécialistes qui s'empressent d'y répondre. A leur tour, les cultivateurs fournissent aux artisans, aux chasseurs, aux pêcheurs des denrées de leur production.

De la même façon, les éleveurs de bétail reçoivent des grains et des articles artisanaux et donnent du lait, du beurre, des peaux. S'agit-il d'opérations commerciales ou de dons et de contre-dons ? D'une façon assez générale, on pense d'après diverses données traditionnelles que le fondement de ses transactions se trouve dans un sentiment de solidarité et dépendance des groupes les uns envers les autres et qui peut remonter loin dans le temps⁴⁹⁷.

Il existe des groupes apparentés alliés ou aussi, comme il existe des groupes étrangers et ennemis. Un groupe ayant des activités spécifiques se doit de satisfaire aux nécessités, d'un groupe apparenté, allié ou ami, dont les activités sont différentes d'où l'enchaînement des dons et contre-dons. On retrouve cette solidarité dans d'autres relations de membres de groupes apparentés, alliés ou amis. Lorsque les uns rendent visite aux autres, y séjournent, y travaillent et reçoivent des cadeaux à leur départ, ils s'engagent ipso facto à recevoir

⁴⁹⁷ J. Poirier « L'originalité des droits coutumiers de l'Afrique noire dans l'antiquité et sociologie juridique » mélange M. Levy Brühl Paris Sirey, 1959, P. 485. 495

des membres du groupe qui les a accueillis, à accepter leur travail et à les remettre des cadeaux⁴⁹⁸.

A côté des échanges qui s'imposent, il y'a également d'autres obligations. Les obligations qui pèsent sur les individus peuvent être :

- Le résultat des contrats passés par eux, suivent leurs propres volontés ;
- Le résultat de leur statut familial et social, suivant leur naissance.

Celles-ci dominaient de beaucoup, au détriment des premières la vie économique était aussi réglée par les rapports politiques et diplomatiques, au cours des élections des divers échelons de la hiérarchie (provinces, almami) ou de leur prestige religieux, (baraka, professorat, justice). Les familles " sans force " vivaient d'agriculture et d'élevage. Le travail servile était à la base de toute vie économique.

Pas un seul marché : peu de commerce, monopolisé par des caravanes annuelles sur les marchés extérieures au Fouta Djallon, entreprises surtout par des Sarakholés et autres éléments étrangers, au service des familles puissantes pas de monnaie, mais une échelle des valeurs pour permettre l'échanges des principales denrées : esclaves, bétail, étoffes, grains.

Peu de transactions ; une économie domestique, familiale ou l'échange des services primait sur l'échange des richesses. L'échange n'était pas le seul contrat connu en Afrique, la vente et l'échange, au sens

⁴⁹⁸ ibidem

français, sont mal distingués en droit indigène, car l'introduction de la monnaie est récente⁴⁹⁹.

Le marché s'étend de tout contrat où les parties échangent une richesse contre une autre richesse considérée comme de même valeur. Le marché en nature a été longtemps, le seul usité, il coexiste aujourd'hui avec le marché en numéraire.

Le marché en nature et le marché en numéraire sont régis par les mêmes règles, les mêmes termes désignant le contrat et les parties dans les deux cas : Le vendeur est celui qui offre le marché, quelle que soit la valeur offerte⁵⁰⁰.

Donc si j'offre de l'argent au propriétaire d'une vache, je suis le vendeur et si j'offre une vache à celui qui a de l'argent, je suis encore le vendeur, dans les deux cas celui qui accepte mon offre est l'acheteur.

Pour les petites transactions, les marchands utilisaient certaines denrées commodément à fractionner : sel, tabac, aiguille, poudre ou pierres à fusil, perles de verroterie etc. Ainsi pour le contrat de vente, on doit observer certaines formalités. Les parties doivent observer certaines formes propres pour que le marché soit valable⁵⁰¹. L'acheteur doit prendre ses précautions et examiner l'objet qu'il veut acquérir.

Si c'est un animal, il le palpe, étudie chaque partie du corps susceptible de le renseigner : si ; c'est une vache, il regarde si les quatre trayons fonctionnent ».

⁴⁹⁹ Paul Péliissier « Les paysans du Sénégal, les civilisations agraires du cayor à la Casamance » Paris 1961

⁵⁰⁰ Henri Solus « Traité de la condition des indigènes en droit privé » Paris, Sirey, 1927

⁵⁰¹ Ainsi, " le marché fait la nuit est nul de plein droit

Le vendeur ne peut s'y opposer quand l'acheteur a dit : " ceci me plait je le prends pour tel prix ", suit le marchandage. Lorsque le vendeur a accepté, il dit : « donne l'argent, voici ton bien » .Il lui met l'objet en main ; si c'est un animal, il lui donne la corde si la tête est méchante et ne peut être approchée. Il la lui désigne de la main, attachée à un arbre et dit à haute voix « voici ton bien »⁵⁰².

Après avoir étudiée la vente, l'échange, par rapport aux obligations qui en découlent, passons maintenant aux obligations du contrat de louage. Le louage des habitations et des terrains pourrait avoir été inconnu. Le terme n'existe pas, on a emprunté au français le mot loué, pour les contraintes urbaines qui ont lieu sous l'influence européenne.

Cases et champs étaient prêtés gratuitement : ou bien l'occupant était un membre de la famille, ou bien un étranger qui s'incorporait au groupe familial et il devait donc ses services, mais aucune rémunération comme loyer.

Le louage d'animaux de bât était rare et pour cause. On pouvait louer à un marchand un serf, en qualité de porteur ou de conducteur de bétail, contre une valeur déterminée selon le genre de commerce. Les conditions variées selon les distances et les risques à prévoir. Si le serf périssait au cours du voyage, l'employeur n'était pas tenu de le remplacer, il y'avait force majeure, à condition toutefois qu'il n'ait pas outrepassé les conditions du contrat. De même pour une monture : " je vous prête un cheval pour aller de X à Y et retour ; s'il périt tant pis pour moi mais si vous allez à Z et qu'il meurt vous devez le rembourser ".

⁵⁰² J. Poirier « L'originalité des droits coutumiers de l'Afrique noire dans l'antiquité et sociologie juridique » op cit. P. 485-495

Pour les louages de service (domestique ou ouvrier) , l'esclavage rendait ce genre de contrat inutile, les cultivateurs, les domestiques beaucoup faisaient partie de la main d'œuvre familiale ou servile achetée, capturée. Le serviteur autorisé par son maître à travailler pour le compte d'autrui devait rembourser au maître le travail dont il le privait par le paiement du "fulla ", annuel généralement.

On se procurait des travailleurs, les jours de travaux pressés, par la pratique du "killé", demandés soit dans le parentage, soit dans le voisinage. On s'adressait soit à un parent, soit au "satigui" intendant du mounde.

Celui-ci hore kile ou chef d'équipe, dit encore "kuntigui ", recrutait des travailleurs ; l'employeur renseignait le chef d'équipe en lui envoyant par exemple, autant de gâteaux qu'il désirait de travailleurs⁵⁰³.

Ceux-ci étaient recrutés par une tâche déterminée : défrichage, construction etc... , ils étaient nourris copieusement et, en cas de travail pressé, nocturne par exemple, ils touchaient un animal : mouton, bœuf qui était partagé entre eux. Le chef d'équipe avait droit à une part déterminée.

Grâce à la forte organisation du parentage et à la possession de nombreux captifs, ces équipes étaient le plus souvent recrutés à l'intérieur du groupe familial. Ceux qui avaient refusé de se rendre à un travail collectif auraient été mis en quarantaine et tôt ou tard se seraient repentis de leur égoïsme, la cohésion familiale et villageoise étant forte, chacun avait besoin de tous et tous de chacun.

⁵⁰³ Pierre François Gonidec « Les droits africains » Paris LGDJ, 1961, cité par J .Poirier .P . 486

Le salariat diffère de celui des peuples civilisés ou de ceux qui s'assimilent cette rémunération. Il n'y a pas, entre Noirs, de patron qui fait travailler sur son capital. C'est l'ouvrier ou le travailleur, dans beaucoup de cas, qui fournit la matière. Les outils sont siens. Le tisserand, le forgeron, l'artisan en général n'opèrent que pour leur propre compte ou sur commande directe, façon encore plus sûre d'être fixement rémunéré. , car les prix des objets sont débattus et convenus d'avance.

Outre ce salaire, les indigènes reconnaissent aux artisans, aux travailleurs qu'ils emploient pour toute commande d'ouvrage, une certaine prime recevable au début de l'exécution , dénommée déjeuner.

Le salaire n'est pas toujours fixe, même pour le même travail. Il est comme partout, soumis à la loi de l'offre et de la demande, et est perçu en numéraire, plus souvent, en nature. Il n'est en somme qu'un surcroît d'avoir , même pour nombre d'artisans qui font aussi état de cultivateurs pendant les saisons agricoles .Les autres salariés ne travaillent que par pure nécessité , parce qu'ils sont sans ressources momentanément , ou pour satisfaire un besoin qui demande un supplément d'effort . Le salaire ne fait pas exclusivement vivre le travailleur à gage ou même l'artisan ; il est dû absolument et payé à l'achèvement de l'ouvrage d'après la convention. Il est aussi basé sur l'habileté du travailleur et la nature de l'ouvrage.

Le salariat n'était pas très connu. Aujourd'hui certaines formes de salariat s'introduisent. Par exemple, on voit louer des faucheurs de fonio, le faucheur vient avec sa femme, qui lie les bottes à mesure qu'il faucille, le suivant pas à pas. L'homme touche un tant pour cent sur les bottes qu'il a coupé dans la journée, selon les conventions de

même, la servante qui vanne le grain à droit aux déchets et en profite pour prendre une bonne part de grain, mêlé au son⁵⁰⁴.

Mais le salariat reste l'exception quant aux contrats de société, il existait entre deux ethnies. Autrefois, les peuls avaient à leur service des marchands qu'ils protégeaient, leurs sarakollés.

Comme ils disaient, ils leur confiaient du bétail et ceux-ci allaient l'échanger contre des colas sur les marchés du sud, contre des esclaves.

Chef l'Almami Samori contre des armes à feu, des étoffes et de la quincaillerie sur les marchés de la Casamance ou de la côte et jusqu'au Khosso du nord⁵⁰⁵.

Le bail à cheptel consiste à confier la garde du bétail à une personne qui l'élève et le soigne en retour d'un paiement convenu à l'avance. Le salaire du preneur est dû même s'il y a perte par cas fortuit d'un ou plusieurs animaux. Mais, il doit tuer l'animal sur le point de mourir, selon le rite musulman. Il est responsable des pertes survenues par sa faute, ainsi que des dommages que peuvent causer les animaux sous sa garde. Ce bail est toujours conclu pour un temps limité. La coutume admet pour le paiement du preneur les produits futurs des animaux. Le bail à cheptel se régle comme tout contrat de louage⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome I. SENEGAL. op cité. p. 95

⁵⁰⁵ Lampué Pierre « La justice coutumière dans les pays africains coutumiers francophones », revus juridique et politique indépendance et coopération. Cité par. J. Poirier. p. 488

⁵⁰⁶ Op. Cité. p. 95-96. « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française » Tome I. SENEGAL

A propos de la typologie des contrats, on peut y adjoindre d'autres contrats : le prêt et le gage.

Il y a le prêt à usage d'un objet ou d'un animal, les conditions du prêt délai, emploi de la chose prêtée, responsabilité de l'emprunteur varient.

On admet que lorsque l'objet est prêté pour un usage bien déterminé, l'employeur outre passe ses droits en l'employant à un autre usage. Si un animal est prêté pour un tel parcours et qu'il succombe au cours du voyage, il n'est pas remboursé ; mais si l'emprunteur est allé ailleurs qu'aux lieux stipulés par le contrat, il doit le rembourser.

On a également le prêt de consommation :

- Le prêt de consommation d'une denrée consommable : gain, argent

« Ce que l'on prête n'enfante pas et ne meurt pas ». C'est-à-dire ne porte pas d'intérêt, et il n'y a pas prescription extinctive : « la dette reste au cou du débiteur », on doit rendre « plein pour plein » ; ni plus ni moins.

Quant au contrat de gage, étant donné l'incertitude du remboursement, la pratique du gage est courante et toute espèce de bien meuble, y compris les enfants et les esclaves, pouvaient être mis en gage.

Le meuble gagé doit avoir une valeur plus forte que l'emprunt qu'il accompagne ; c'est un contrat accessoire de l'emprunt : il reste en possession du créancier tant que la dette n'a pas été payée, selon les délais convenus entre les partis.

Le créancier doit au débiteur le surplus de valeur, du meuble gagé, s'il est mis en vente pour défaut de paiement. Le gardien du gage a les obligations d'un dépositaire fidèle, et s'il s'agit d'un enfant, cel d'un père de famille .

Ces contrats traditionnels ont connu une évolution dans leur typologie, par exemple , à la place du contrat de louage en Afrique, on assiste maintenant au contrat de bail , qui est un contrat de louage par lequel l'une des parties (le bailleur) s'engage moyennant un prix (le loyer) que l'autre partie (le preneur) s'oblige à payer , à procurer à celle-ci , pendant un certain temps, la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière .

A travers certains modes d'exécution, l'on peut sentir l'évolution du droit des contrats en Afrique noire traditionnelle.

B / Les différences dans l'exécution des contrats.

On doit observer avec E. Leroy que dans des sociétés communautaristes, la conception de l'obligation, la liberté des parties et le champ des relations contractuelles sont plus restreints que dans nos sociétés modernes.

En droit traditionnel, la conception de l'obligation est limitée par deux grands principes : l'attribution fonctionnelle des statuts et la réciprocité des droits et des obligations (plus le représentant d'un groupe dispose de droits importants, plus ses charges sont lourdes).

Autrement dit, l'obligation naît moins au profit ou à la charge de l'individu qu'à ceux du représentant du ou des groupes auxquels il appartient⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ Op cité. Mamadou Niang

De même , certaines obligations qui auraient pour effet de remettre en cause la continuité du groupe ne peuvent se former : ainsi le principe d'exo-intransmissibilité de la terre lignagère interdit – il la cession de la terre à un membre étranger au lignage.

On notera également que les contrats réels ⁵⁰⁸(formés par la remise de la chose) sont beaucoup plus nombreux que les contrats matérialisés, les premiers permettent, beaucoup mieux que les seconds, le contrôle des actes des individus par les groupes.

Plusieurs types de sanctions peuvent intervenir pour remédier à l'inexécution des obligations contractuelles, qui peuvent être garanties par l'existence de suretés.

Dans les sociétés modernes individualistes à l'inverse des sociétés traditionnelles, les sanctions de l'inexécution des contrats on un caractère plus économique que social.

Ainsi le préalable nécessaire à toute sanction d'une inexécution est la mise en demeure.

Son champ d'application est vaste. Elle est le préalable nécessaire à toute sanction, qu'il s'agisse de l'exécution directe ou de l'exécution par équivalent.

La mise en demeure est la manifestation de volonté du créancier qui exige l'exécution des prestations qui lui sont dues. Elle est donc destinée à faire constater officiellement que le débiteur est en retard quant à l'exécution de ses obligations. Ainsi, dans le droit moderne des

⁵⁰⁸ Formés par la remise de la chose

contrats, après mise en demeure on procède à l'exécution directe ou l'exécution par équivalent⁵⁰⁹.

L'exécution directe ou exécution en nature est celle qui tend à procurer au créancier l'objet même de la prestation qui lui est dûe.

Si c'est une somme d'argent l'exécution en nature est toujours théorique. En effet, si le débiteur ne paie pas, le créancier peut saisir ses biens, les vendre et se payer sur les produits de la vente, cela suppose que le débiteur possède bien entendu des biens à saisir, dans le cas contraire, le créancier ne pourra pas être payé ou ne le sera qu'incomplètement. A l'opposé du droit ancien des contrats en cas de défaillance du débiteur, le créancier pouvait l'emmener, l'obliger à travailler, il pouvait même le vendre comme esclave. Ce genre de paiement a été fort heureusement aboli par le droit moderne des contrats⁵¹⁰.

En ce qui concerne l'obligation de livrer une chose certaine ou des choses du genre, l'exécution en nature est également possible. Si le créancier l'exige, le tribunal peut ordonner la remise des choses dues, au besoin avec l'appui de la force publique manu militari. Mais si la chose certaine a été détruite, l'exécution en nature n'est plus possible.

En ce qui concerne l'obligation de donner, en droit moderne des contrats comme en droit ancien ne soulèvent pas de problème car le transfert est réalisé automatiquement du seul fait de l'accord des parties : il y a donc nécessairement exécution en nature, sans même qu'il soit nécessaire d'employer une voie de contrainte quelconque. Dans certaines situations par exemple en cas d'obligation de faire ou

⁵⁰⁹ ibidem

⁵¹⁰ J. Poirier. Op, cité. P. 485 – 495.

de ne pas faire, le législateur moderne s'est rendu compte de l'impossibilité dans laquelle le créancier se trouve obtenir un fait ou une abstention. Comment par exemple obtenir d'un employé de venir travailler qu'il refuse de la faire ?

On ne conçoit pas qu'on puisse l'y contraindre manu militari. Comment pas dans le droit, étant engagé dans un autre théâtre ? Là aussi, la contrainte physique paraît impossible moralement du moins. La seule ressource c'est la condamnation à des dommages et intérêts, c'est-à-dire l'exécution par équivalent.

A la différence du droit moderne, les sociétés traditionnelles refusent au droit des sanctions autonomes, empêchant ainsi la constitution d'un champ juridique indépendant d'autres mécanismes de régulations tels que la morale, la magie, la religion, la croyance en de possibles interventions de l'ordre naturel et cosmique (la transgression d'une règle peut déclencher des phénomènes célestes ou des épidémies).

Mais, il ne s'agit nullement d'une infirmité, au contraire cet enchevêtrement conduit à un respect accru du droit, en multipliant les possibilités de sanction⁵¹¹.

Dans les traditions, il est exact que le droit est souvent mal connu. Bien des individus ignorent les coutumes suivies dans les villages proches ou par le lignage voisin et paraissent ne point se soucier.

Ce phénomène s'explique par le caractère précédent : le droit a tendance à être secret (l'oralité renforce cette orientation) afin que chaque groupe puisse mieux préserver son identité

⁵¹¹ Op. Cit. E. Le Roy « Justice africaine et oralité juridique »

Il est exact que le droit est souvent déterminé et qu'une règle peut ne pas s'appliquer ou recevoir des sanctions très différentes selon le cas. Les juristes ont souvent vu dans cette flexibilité une des preuves les plus flagrantes de l'inexistence du droit, de son caractère très rudimentaire. Un tel jugement est cohérent avec nos conceptions impératives du droit (la sanction constitue pour le critère majeur du droit)⁵¹².

Notre droit positif et son enseignement mettent l'accent sur l'ordre imposé et le jugement, parce que ceux-ci émanent directement de l'Etat qui joue dans notre société et son imaginaire le rôle que l'on sait. Mais ceci ne doit pas nous dissimuler le fait que dans nos sociétés traditionnelles, la plupart des différends sont sans doute réglés par les techniques propres.⁵¹³ Ce qui nous oriente à traiter la question de l'influence de l'économie monétaire dans le système contractuel africain.

PARAGRAPHE II : L'INFLUENCE DE L'ECONOMIE MONETAIRE.

La transformation de l'économie traditionnelle (A), les contrats des guérisseurs traditionnels : les fondements des contrats des guérisseurs (B) et les pratiques contractuelles provoquées par la traite de l'arachide (C) seront abordés dans ce paragraphe

⁵¹² M. Alliot « Institutions africaines et Malgaches » Paris Edition du CNRS, 1979, Sacralité, Pouvoirs et Droit en Afrique.

⁵¹³ André. P. Robert « L'évolution des coutumes de l'ouest africain et la législation française » Préface J. de Soto, Encyclopédie d'outre-mer, Paris 1955. p, 217

A / La transformation de l'économie traditionnelle.

Les fonctions économiques de la monnaie.

La monnaie ⁵¹⁴joue un rôle considérable dans la vie et la technique du droit. Ici, il est nécessaire d'indiquer ses fonctions économiques.

Toute civilisation, même rudimentaire implique un incessant échange de biens et de services entre les membres de la société. Le troc a été, peut être, le mode primitif des échanges⁵¹⁵, mais la nécessité d'un bien intermédiaire est apparue très vite : celui qui voulait acquérir une chose en échange de choses lui appartenant, cédait celles-ci contre ce bien intermédiaire qui, ensuite, lui permettait d'acquérir le bien convoité.

Les historiens enseignent que ce bien intermédiaire était sans doute, à l'origine du menu bétail, des moutons (pécus qui se retrouve dans l'étymologie de pecunia), ceux-ci avaient une valeur en eux-mêmes, tout en permettant le jeu des échanges.

A cet effet, tous les biens échangeables devaient être estimés en fonction du nombre d'unités de biens intermédiaires. Telle terre, tel esclave, valait tant de têtes de bétail, par exemple.

Par simplification, par commodité, on en est venu au métal, pour servir d'étalon dans les échanges. Ce progrès capital semble acquis durant le deuxième millénaire avant Jésus-Christ, au Proche – Orient.

⁵¹⁴ Carbonnier, t. 3. « Les biens », n° 5 et 7 ; Gunnar « Histoire des doctrines monétaires, 1935 ; H. Guillon, « La monnaie », 1974 ; D. Flouzat, « Economie contemporaine. Les phénomènes monétaires », 1982 ; « Droit et monnaie », actes du colloque de l'Association internationale de droit économique, 1988 ; R. Libchaber « Recherches sur la monnaie en droit privé, LGDJ ; 1992.

⁵¹⁵ Ce n'est là qu'une hypothèse

Ce n'est qu'infiniment plus tard que le papier entra en scène, probablement au Canada de l'époque monarchique par l'ingéniosité d'un intendant français qui, démuni d'espèces, paya la solde de ses troupes en cartes à jouer ⁵¹⁶.

Enfin, vers le milieu du XIX^e siècle, apparaît le chèque qui devait être le point de départ de l'essor d'une troisième espèce de monnaie, la monnaie scripturale⁵¹⁷.

Constater avec nous que dans le contrat de travail coopératif, le travail mis en commun n'est pas à proprement parler rémunéré, mais on considère que les fêtes et les réjouissances organisées pendant toute la durée des travaux sont une compensation suffisante des efforts fournis. Il n'en est plus cependant tout à fait de même depuis la pénétration en Afrique de la monnaie, et il arrive aujourd'hui que le groupe qui fait appel au travail coopératif se voit demander par les autres un paiement en argent à la place des réjouissances qui en tenaient lieu auparavant.

Tout ceci n'est pas sans affecter la nature même du travail coopératif, les groupes qui prêtent leurs forces de travail ayant de plus en plus tendances à exiger une corrélation très étroite entre leurs prestations et le paiement en argent, ce qui ôte au système du travail coopératif la souplesse qu'il avait auparavant⁵¹⁸.

L'économie monétaire a apporté des changements au système contractuel africain. Avant d'aborder ces modifications parmi lesquelles ; la transformation de l'économie traditionnelle (A) et celle

⁵¹⁶ R. Sédillot « Histoire morale et immorale de la monnaie », 1989, p. 130 et s.

⁵¹⁷ Boris Stark « Introduction au droit » 4^e édition LITEC, 1996. P. 505

⁵¹⁸ OP, cité. T. E. Olowale. « La nature du droit coutumier Africain » .p. 170 - 171

de l'économie de la santé à travers l'exemple des contrats des guérisseurs traditionnels (B), nous allons étudier les fonctions économiques de la monnaie.

Avec la monnaie, l'économie traditionnelle s'est transformée en Afrique noire traditionnelle.

Ainsi, nous allons prendre l'exemple des peuls de la Haute Casamance et des Mandingues de la Moyenne Casamance à travers leurs associations de travail pour démontrer cet état de fait.

1) L'influence de la monnaie dans les pratiques contractuelles chez les peuls de la Haute-Casamance

Avec la commercialisation de l'arachide, la Haute – Casamance et le pays peul prennent part aux activités monétaires. La vente des graines a fait naître une mentalité individualiste de profit, et toute l'économie traditionnelle collective du "gallé"⁵¹⁹ s'en est trouvée transformée⁵²⁰.

La possibilité de réaliser des bénéfices grâce à un effort personnel a entraîné l'apparition des champs individuels, ou "kaniaman", dont le produit appartient en propre à son possesseur. La densité de population en Haute-Casamance demeure faible et chaque agriculteur peut aisément trouver un terrain à défricher et à mettre en valeur, sans que se pose le moindre problème foncier. La possession de parcelles individuelles s'est donc rapidement généralisée, car la vente des arachides permet d'acquérir ce que l'économie collective du "Gallé" ne fournit pas à ses membres, par exemple les vêtements.

⁵¹⁹ "Gallé" demeure de la grande famille très élargie

⁵²⁰ « Le nouveau Code des Obligations du Sénégal » Annales Africaines, op. cité. F. S. E, de Dakar, 1963. Paris, Editions. Pedone, 1963. P. 140.

Ces terres individuelles sont cultivées par leurs possesseurs à temps perdu, car le travail collectif sur le "marou " dans le cadre des classes d'âge, retient l'essentiel du temps de chaque paysan et le mobilise quotidiennement de sept heures du matin à quatorze heures, mis à part un jour hebdomadaire de repos complet. C'est pendant les après-midi libres et pendant les journées non consacrées au "marou"⁵²¹ que sont cultivés les "kaniaman"⁵²².

Toutefois, les instruments de culture demeurent rudimentaires et l'effort individuel au sein d'une nature rude ne produisant qu'un faible rendement, le travail sur le "kaniaman" est effectué non pas par le propriétaire seul, mais, par un groupe de travail qui œuvre en commun. Dans ce cas, il doit être absolument distingué des classes d'âge car il ne présente pas de caractère coutumier et contraignant.

Il devient une véritable institution d'entraide, une association de travail dans laquelle on entre par adhésion volontaire, une organisation purement économique, en même temps qu'une personne morale à base contractuelle, composée d'individus, dont les intérêts, s'ils sont solidaires demeurent distincts.

Ces groupes de travail d'un genre nouveau ne coïncident pas exactement, dans leur composition, avec les anciennes classes d'âge.

Ils réunissent des personnes que rapprochent des intérêts ou des affinités, en dehors de tout lien relevant de la coutume. Pour bien les distinguer des classes d'âge, les Peul les désignent sous le nom français de « Sociétés ». L'adhésion demeure entièrement libre et la population de chaque "Gallé", en, général, ne suffit pas à assurer leur

⁵²¹ "Marrou" signifie champs collectifs

⁵²² "Kaniaman " champs individuels

recrutement. Les sociétés se constituent donc le plus souvent au niveau du village, c'est-à-dire d'un groupe de "Gallé". Il existe, ainsi, deux ou trois associations de travail par village, selon l'importance de celui-ci.

Elles ont pour tâche essentielle de travailler successivement sur les "kaniamans " de tous leurs membres. L'idée est vite apparue, cependant, qu'il y a pour chaque équipe, un nombre optimum d'adhérent, au-delà duquel deviendrait impossible le travail organisé par roulement. Pour des raisons d'intérêt pratique, les sociétés ne groupent donc les cultivateurs que par effectifs limités, alors que dans les classes d'âge traditionnel, le nombre des participants n'est pas limitatif.

D'autre part, ces sociétés ayant une raison d'être purement économique, elles peuvent louer leurs services à des individus ou à des collectivités, Gallé, villages voisins, moyennant rémunération en argent et nourriture⁵²³.

Ainsi, à côté des traditionnelles classes d'âge, liées à une économie communautaire fermée, sont nés de nouveaux groupements de travail, composés d'adhérents individuels libres, désireux d'accroître les profits que peut offrir désormais l'économie moderne de marché. Bien qu'elles n'aient qu'un caractère temporaire, ces sociétés contractuelles dont l'existence est liée à la réalisation d'objectifs précis, mais limités, n'en témoignent pas moins de la permanence de l'esprit dynamique d'entraide qui anime les communautés villageoises depuis toujours. Elles témoignent aussi de la remarquable faculté d'adaptation de ces dernières aux conditions nouvelles de l'économie : obtenir la

⁵²³ Ibid

production commercialisable la plus importante possible avec les rendements les meilleurs, en un temps court : pallier l'insuffisante capacité de travail de l'exploitant individuel lorsqu'il est réduit à ses seules forces, par le rendement intensif que peut obtenir une équipe travaillant ensemble sur le même champ.

Les travaux agricoles, une fois terminés, en fin d'hivernage, les sociétés de travail font leurs comptes et se séparent.

Elles se reformeront vers la fin de la saison sèche suivante, à la veille de la nouvelle campagne de culture⁵²⁴.

Purement utilitaires, les sociétés de travail influencent les traditionnelles classes d'âge elles-mêmes.

Il arrive ainsi, qu'un village, ayant à entreprendre ou à financer des travaux d'intérêt commun, fasse appel aux "yirdé⁵²⁵" de tous les "gallé". Elles prennent alors, dans ce cas précis, le caractère temporaire des sociétés de travail. Si l'on décide de construire unemosquée, la population entière, répartie en ses classes d'âge, effectuera les travaux.

S'il s'agit de financer un pèlerinage à la Mecque, les classes d'âge viendront travailler sur un champ collectif "mguessa société " créé à l'échelle du village. Le produit de cette plantation sera vendu et l'argent ainsi réuni pourvoira aux dépenses du pèlerin.

L'existence du champ collectif au niveau villageois demeure limitée, notons-le, à la simple exécution du programme qui détermine sa mise en culture.

⁵²⁴ Annales Africaines, op. cité ; p. 142

⁵²⁵ "Yirdé" le responsable, gérant, le dirigeant

Quoi qu'il en soit , cette forme nouvelle d'entraide traduit bien le fait que le cadre coutumier n'est en rien rigide , mais s'adapte au contraire constamment aux nécessités matérielles présentes , et ce , conformément aux modèles cultures proprement peul .

2) Le rôle de la monnaie dans les relations contractuelles chez les Mandingues de Moyenne –Casamance⁵²⁶.

Les Mandingues du Cercle de Sédhiou ⁵²⁷ sont beaucoup plus sédentarisés que les peuls de la Haute-Casamance et ils vivent dans de gros villages permanents qui peuvent atteindre quatre ou cinq cents habitants.

L'agriculture constitue l'essentiel de leur revenu et l'élevage ne représente qu'un appoint, ou même un simple signe extérieur de richesse. Les terres sont moins vastes qu'en pays peul mais les techniques agricoles sont beaucoup plus perfectionnées.

Au " gallé " peul, correspond le " Korda⁵²⁸" mandingue. Mais tandis que le gallé est la simple protection, en un lieu quelconque, d'une certaine structure sociale, le Korda apparaît davantage comme une unité de production inscrite dans un cadre géographique déterminé et, en ce sens , l'accent est mis chez les Mandingue non plus sur les rapports sociaux mais sur les rapports économiques .

Cependant, chez les Peul, le groupe masculin, "dabada", est nettement différencié du groupe des femmes, " Bountounda ". Chaque groupe vit dans sa cour séparée.

⁵²⁶ ibidem

⁵²⁷ Sédhiou : région au sud du Sénégal, peuplée en majorité de mandingue

⁵²⁸ "korda" en mandingue signifie demeure de la grande famille élargie

Femmes et enfants possèdent leur case-dortoir commune. Les hommes habitent dans des cases maritales juxtaposées dans l'enclos masculin. Mais les femmes jouent en pays Mandingue un rôle social plus important et d'une façon générale une plus grande égalité règne entre les sexes.

La doyenne des femmes du Korda distribue la ration quotidienne de riz, prélevée dans le grenier féminin, et le chef de dabada se contente de distribuer la ration de mil.

Il existe des champs individuels féminins et la femme peut posséder des troupeaux en propre. Terres et troupeaux sont exploités ou entretenus par l'association à laquelle celle-ci appartient.

La femme, cependant, reste peu dégagée encore de l'emprise clanique et, dans l'univers bien clos que forme le Korda, reste étroitement subordonnée au monde des hommes. D'autre part, il n'y a pas encore individualisation du couple conjugal, celui-ci demeurant fortement engagé dans l'unité socio-économique que constitue la concession⁵²⁹.

Le produit des champs collectifs "marouvo" n'est plus consommé à longueur d'année, mais seulement au moment de la soudure. Le reste du temps, soit pendant la plus grande partie de l'année, c'est la récolte du kanamian qui assure la subsistance de toute la population du Korda. A l'attendé peul correspond le "sinkiro" mandingue. Les femmes prennent leurs repas par sinkiro séparés, mais c'est toujours en commun que mangent les hommes.

L'économie du Korda apparaît beaucoup plus complexe, beaucoup plus savante que celle du Gallé, en raison d'une diversification des

⁵²⁹ Op, cité, p. 143. Annales Africaines « Le nouveau Code des Obligations du Sénégal »

champs collectifs. Les femmes d'un même sinkiro peuvent s'unir pour travailler un même marouvo.

De même, au niveau du "carré " ou concession, existe un champ collectif cultivé par les classes d'âge traditionnelles comme chez les peul.

Enfin, au niveau du village, il peut y'avoir un marouvo créé en vue de la réalisation d'un objectif déterminé. Celui-ci peut être par exemple la construction d'une mosquée, ou l'achat d'un camion destiné à transporter les arachides jusqu'au lieu de traite.

De plus, il existe comme chez les peuls, des champs individuels, cultivés par les jeunes gens groupés en associations contractuelles.

En pays Mandingue, les associations de travail prolifèrent, depuis le mode le plus simple de groupement que constitue le sinkiro ⁵³⁰, jusqu'aux groupements plus vastes, qui débordent le cadre du Korda et même le cadre villageois. Ainsi certaines sociétés féminines louent leurs services à des villages étrangers, travaillent à crédit, pour des particuliers, ou bien font des prêts de services et d'argent à des pères de famille nécessiteux⁵³¹ ...

Elles recrutent librement leurs membres, gèrent une caisse commune, possèdent un grenier commun. Il arrive assez fréquemment que l'association de travail mandingue possède en propre un champ collectif, création presque toujours provisoire, liée à la réalisation d'un projet précis de la société. Son revenu non seulement ne sera pas

⁵³⁰ "Sinkiro" signifie groupe de travail à petit nombre

⁵³¹ Op ; cité. 143

partagé entre les différents membres en fin d'hivernage, mais pourra être thésaurisé pendant plusieurs années.

A la différence de l'association peul qui vise à un résultat immédiat, ne débordant pas le cadre d'une campagne agricole annuelle, l'association de travail mandingue s'inscrit davantage dans une continuité et apparaît par là plus stable.

Ainsi, l'économie mandingue repose essentiellement sur l'exploitation des champs personnels qui subviennent à la nourriture quotidienne de toute la concession.

Cependant, on constate l'expansion et l'importance de plus en plus grandes prises par les champs collectifs, au dépens du kanianman, un souci d'efficacité et un sentiment accru de l'intérêt collectif en sont peut être la cause.

Les villageois sont désormais soucieux de réalisations matérielles susceptibles d'améliorer leur niveau de vie et les conditions de leur travail. Ils découvrent que ce progrès ne peut être obtenu par des efforts individuels dispersés, mais au contraire par une action solidaire et opiniâtre.

Bien que cette prise de conscience paraisse encore diffuse, elle n'en traduit pas moins, semble-t-il la volonté d'une société rurale traditionnelle de se survivre à elle-même, mieux de s'adapter à un monde nouveau, ouvert aux échanges monétaires et à toutes sortes d'influences perturbatrices de l'ancien mode de vie, dont elle pressent qu'il est peut être condamné⁵³².

⁵³² Annales Africaines. F.S.E. de Dakar. Paris Ed Pédone.U.C.A.D. 1963.P. 140 - 144

B / Les contrats des guérisseurs traditionnels : Les fondements des contrats des guerisseurs.

Les guérisseurs traditionnels fournissent des soins de santé pour lesquels les africains ont toujours payé.

Même avec l'expansion de la médecine moderne, les guérisseurs sont toujours populaires et reçoivent des honoraires qui excèdent ceux perçus par les praticiens modernes. Est-ce que les guérisseurs traditionnels sont des faiseurs de miracles ou sont-ils des charlatans ? Il est évident que ces appréciations sont toutes deux exagérées.

Les guérisseurs traditionnels ne sont pas parfaits , et , bien que nous ayons tous entendu parler des guérisons miraculeuses , on ne peut affirmer que l'état de santé de l'africain moyen dépend uniquement de guérisseurs tout- puissants , ou que se sont des charlatans , car les gens ne peuvent ignorer , longtemps les compétences véritables de quelqu'un qui vit parmi eux⁵³³ .

L'objectif ici, est de présenter les guérisseurs traditionnels comme ne s'appuyant ni sur des pouvoirs surnaturels ni sur une ignorance manifeste du public.

Il suggère l'idée que ces guérisseurs restent populaires malgré une présence significative de la médecine moderne car ils ont utilisé un contrat économique important pour le bénéfice mutuel de leur pratique et des populations qu'ils servent.

⁵³³ NOTES CA. Notes sur les Connaissances Autonomes. n° 32 Mai 2001. Page 1. Cet article est de Kenneth. L. Leonard, Department of Economics, Columbia University, Mail Code 3308, 420 W. 118 th Street , New York , NY 10027 ; e-mail : KL 206 @columbia .edu

Les différences entre médecine traditionnelle et moderne sont bien sûr nombreuses, et le propos de ces écrits est d'étudier seulement celles qui ont trait à la manière dont les guérisseurs traditionnels et les médecins modernes sont payés. Un élément important concernant leur pratique a été ignoré : les guérisseurs traditionnels reçoivent la plus grosse partie de leurs honoraires uniquement lorsque le patient est guéri.

1) D'un contrat social à un contrat économique

Lorsque des consommateurs achètent un service dont le niveau de qualité constitue une question importante mais ne peut être directement constatée ou évaluée, la théorie économique parle d'une possible défaillance du marché. Les soins de santé sont un exemple classique de ce type de défaillance.

Les patients choisissent d'aller voir des médecins précisément parce qu'ils savent plus qu'eux. Le patient ne peut évaluer ce que le docteur fait pour lui, ni anticiper les résultats des efforts déployés pour le guérir. Des patients sont souvent guéris malgré des soins de santé de qualité médiocre, ou ne le sont pas malgré des soins de qualité supérieure. Si les patients ne peuvent dire ce que les docteurs font, ces derniers ont alors moins de raison de faire des efforts particuliers pour eux. Ainsi, bien que les patients soient prêts à payer pour des soins de santé de haute qualité et les médecins capable de les fournir, le marché peut faillir et ces soins de santé de haute qualité ne peuvent être fournis⁵³⁴.

⁵³⁴ ibidem

La solution économique standard est de forcer l'agent⁵³⁵ de faire face aux conséquences de ces actes, en termes de perte ou de gains.

C'est ainsi que les vendeurs sont payés à la commission et les PDG reçoivent des actions. L'équivalent en termes de santé est le « payez seulement si vous êtes guéris » ou le contrat de type « résultats éventuels (contingents) ». Si les patients payaient leurs médecins seulement s'ils guérissaient, ou mieux encore s'ils guérissaient plutôt que s'ils ne guérissaient pas, le cout économique en serait réduit.

Bien qu'un patient puisse souffrir d'un mal bien identifié en théorie, l'économie de la santé dans sa totalité rejette la solution économique du problème comme n'étant pas applicable au domaine de la santé. La relation étant non contractuelle est la raison la plus souvent avancée ; alors que si elle était contractuelle, l'accord concernant les paiements aurait force exécutoire. Le contrat de type « résultats éventuels (contingents) » est considéré comme étant non contractuel par ce que les patients pourraient mentir concernant les résultats des soins qu'ils ont reçu et les médecins auraient du mal à établir le bien –fondé de leur cause à une tierce partie .

Les définitions de guérison ou de non guérison sont subjectives et sujettes à des assertions délibérément inexactes⁵³⁶.

2) Les pratiques économiques des guérisseurs en Afrique

Ce contrat économique « idéal » mais qui n'a pas été observé auparavant, est exactement la méthode utilisée par les guérisseurs traditionnels en Afrique.

⁵³⁵ La personne qui fournit le service

⁵³⁶ Op, cité, NOTES CA. p. 2

Les patients paient un guérisseur plus s'ils sont guéris plutôt que s'ils ne le sont.

Les résultats d'interviews de guérisseurs du Cameroun, de Tanzanie et d'Ethiopie rapportés par un auteur dans une publication sont résumés ici. Ces guérisseurs ont mentionné qu'ils avaient reçu un paiement initial et avaient négocié avec les patients le montant d'un second paiement à recevoir plus tard. Dans tous les cas, s'il n'y a pas d'amélioration de l'état de santé du patient, celui-ci ne verse pas la seconde somme.

A la question concernant la pratique qui consiste « à jeter un sort » aux patients pour non paiement, de nombreux guérisseurs ont affirmé qu'ils n'y avaient jamais eu recours, bien que la plupart aient admis que par contre leurs ancêtres, ou plus spécifiquement des parents l'ont fait. Généralement, la pratique est la suivante : lorsqu'un patient refuse de payer, les guérisseurs invoquent un sort ou empêchent la guérison. Cette pratique est très redoutée par les populations rurales qui croient que s'ils ne paient pas un sort leur sera jeté. Tous les guérisseurs ont rapporté des cas ou des patients qui étaient partis sans payer sont revenus, quelque fois des années plus tard, suppliant qu'on leur permette de s'acquitter de leur dette. Les patients croient que les guérisseurs n'ont pas abandonné la pratique de jeter des sorts, ce qui leur permet d'attendre la fin du traitement pour collecter un paiement sans craindre que le patient refuse de payer.⁵³⁷

Le contrat du type « dépendant (contingents) des résultats » signifie qu'il existe des incitations importantes pour que les guérisseurs

⁵³⁷ ibidem

fournissent des soins de santé de qualité, même si le patient ne peut l'évaluer et l'observer. Mais qu'en est-il de l'aspect non contractuel ?

Comment les guérisseurs traditionnels peuvent-ils accepter l'accord concernant les paiements quand le patient peut mentir sur le résultat et refuser de payer ?

Deux raisons sont avancées : premièrement les guérisseurs vivent dans le même village que leurs patients et peuvent donc observer ce que les patients font ; deuxièmement les patients croient que les guérisseurs peuvent savoir s'ils sont guéris.

Par contre les contrats du type « dépendants (contingents) des résultats » ne sont utilisés nulle part dans le monde lorsqu'il s'agit de la médecine moderne⁵³⁸.

Dans ce cas les patients paient un prix fixe pour tous les services fournis qu'ils soient guéris ou pas. Personne ne s'attend à ce que ce type de paiement garantisse la qualité des prestations fournies. On considère que celle-ci peut l'être grâce aux restrictions concernant les activités des praticiens provenant d'autres sources telles que les associations médicales, les réseaux de références, les hôpitaux (également en mesure de donner des références),

mais que par la réglementation ayant trait à la profession médicale. En Afrique les médecins opérant dans les cadres modernes des systèmes de santé à but non lucratif⁵³⁹ sont réglementés par une supervision hiérarchique, ou des médecins évaluent la qualité d'autres médecins et ou les statuts et les primes dépendent des résultats de ces évaluations.

⁵³⁸ Ibid

⁵³⁹ Particulièrement ceux gérés par les églises

Puisque le salaire (ou le bien être) du médecin dépend non pas du résultat mais de l'effort qu'il exerce, ceci se réfère à ce qu'on appelle un « contrat proportionnel à l'effort ». Il faut remarquer ici que pour réglementer la pratique d'un autre médecin, il faut être aussi bien formé que lui et que seuls des médecins peuvent réglementer le travail d'autres médecins⁵⁴⁰.

Comparer les contrats du type « dépendant (contingents) des résultats » aux contrats « proportionnels à l'effort »

Les contrats du type (dépendants (contingents) des résultats » des guérisseurs traditionnels leur donne une bonne raison d'exercer un effort particulier pour le traitement des patients, même si ces derniers ne peuvent évaluer ce que ces guérisseurs font. Cependant, si un médecin moderne pratique dans le cadre d'une organisation pour qui la qualité est importante, il aura une bonne raison de fournir des soins de qualité car ses employeurs s'assureront qu'il le fait effectivement.

Ainsi, bien qu'il apparaisse que le contrat du guérisseur traditionnel n'offre pas de bénéfice supplémentaire par rapport au contrat du médecin moderne, ceci n'est pas complètement vrai.

Le fait que le contrat des guérisseurs concerne les résultats plutôt que l'effort déployé a des répercussions importantes sur leurs pratiques.

⁵⁴⁰ Op. Cité, les Notes CA. p. 3.

Les Notes CA sont des rapports périodiques sur les initiatives en matière de connaissances autonomes en Afrique subsaharienne. Elles sont publiées par le centre pour la gestion de l'information et de la connaissance (Knowledge and Learning Center) de la région Afrique, que représente la banque mondiale, dans le cadre d'un partenariat établi avec des communautés, des ONG, des institutions du développement et des organisations multilatérales. Les opinions exprimées dans cet article sont celles des auteurs et ne devraient pas être attribuées au groupe de la banque mondiale ou à ses partenaires dans le cadre de cette initiative. Une page sur les CA est disponible sur l'internet aux coordonnées suivantes : [http : www.worldbank .org/aftdr/ik/ default .htm](http://www.worldbank.org/aftdr/ik/default.htm)

Prenons par exemple un asthmatique qui fume. Un médecin moderne qui le traite sera évalué par un autre médecin qui sait ce qu'il est supposé faire en pareilles circonstances.

Il peut l'évaluer sur la base des tests et traitements prescrits, ou les conseils donnés, mais pas sur la base de ce que le patient a été guéri ou pas, mais ceci n'est pas ce qui importe pour la médecine moderne.

Le guérisseur traditionnel quant à lui n'a aucune chance d'être payé si le patient n'arrête pas de fumer, s'il ne peut le faire, il peut refuser de s'occuper du cas ou tout au moins refuser d'accepter le contrat du type « dépendant (contingent) des résultats ». La différence entre les deux types de contrats apparaît non dans la somme d'efforts déployés, mais dans la différence concernant la relation entre les efforts des praticiens et ceux des patients. Ce sont les résultats qui comptent (et non les intrants) un guérisseur traditionnel est plus concerné par la manière dont réagi un patient que le médecin moderne⁵⁴¹.

La théorie économique suggère que le contrat utilisé par les guérisseurs les mènera à mener de grands efforts pour fournir des soins de haute qualité. Les praticiens modernes peuvent également fournir des efforts particuliers mais ne seront pas aussi bons dans des situations où les efforts des patients sont importants pour les résultats.

Alors que les guérisseurs traditionnels jouent plusieurs rôles dans leur société, on s'est intéressé à un aspect de leurs pratiques : ils utilisent un outil économique rationnel concernant ces dites pratiques et pour ce qui concerne leur comportement, et ce dernier reflète l'utilisation et le bénéfice de cet outil.

⁵⁴¹ Op, cité ; p. 04. Notes CA

Le paiement du type « payer seulement si on est guéri » ou le contrat dit « dépendant (contingent) des résultats » offre aux guérisseurs traditionnels les incitations qu'il faut pour des soins de hautes qualités, et les patients se comportent comme s'ils étaient au fait des implications de ce contrat. Plus important encore, les éléments magiques et mystérieux de leurs pratiques sont essentiels au bon fonctionnement de ce contrat. Sans la croyance que les guérisseurs connaissent le résultat des traitements, le contrat « dépendant (contingent) des résultats » ne pourrait se faire. Ainsi bien que ce type de contrat apparaisse approprié dans le cas des guérisseurs, il ne peut être adopté partout.

Les guérisseurs traditionnels, loin de tromper une population crédule, se comportent comme s'ils étaient rationnels et servant un public qui l'est également. Aussi longtemps que la médecine traditionnelle est fournie dans un contexte dans lequel la qualité est incertaine, les guérisseurs traditionnels continueront à attirer des patients⁵⁴². Mais, de plus en plus les contrats entre les guérisseurs traditionnels et les patients se rapprochent des contrats entre des médecins modernes et des patients dans le cadre économique, bien qu'ils gardent encore certaines spécificités traditionnelles.

C / Les pratiques contractuelles sur la traite de l'arachide.

La traite a entraîné un certain nombre de pratiques contractuelles que nous allons examiner pour mieux saisir les conséquences économiques des pratiques de traite.

⁵⁴² NOTES CA (Notes sur les Connaissances Autochtones) n° 32 Mai 2001 (rapports périodiques) p. 1 à 4. Article de Kenneth L. Leonard ; Department of Economics , Columbia University , Mail Code 3308 , 420 W 118 th Street New York , NY 10027 ; e-mail : KL206@columbia.edu .

La traite, depuis le commerce de la gomme, a eu pour conséquence l'établissement de plusieurs types de contrats qui ne sont que des pratiques nées de l'adaptation de la population indigène aux circonstances nouvelles créées par la présence du commerce européen
543 .

Les crédits d'hivernage s'accompagnent ou s'alourdissent d'autres types de conventions propres à la culture de l'arachide. En particulier, le désir d'augmenter les bénéfices énormes a provoqué l'extension de la culture de l'arachide et à nécessité le recours à des travailleurs saisonniers. De même, après la récolte, la traite de l'arachide exige la livraison du produit. Pour entretenir ses employés, pour livrer les arachides, le paysan est obligé encore de faire appel au crédit commercial.

Il en découle des pratiques contractuelles : le contrat de louage de services, le « navêtane » et le contrat de transport. A cela s'ajoutent les ventes à terme entre les maisons de commerce et les traitants qui s'installent à côté de leurs comptoirs. Pour obtenir le produit, les maisons de commerce ont besoin d'intermédiaires, en l'occurrence des agents dits « facteurs » ou des traitants indigènes (en raison de leur connaissance du pays, de leur lien de famille avec les producteurs), il peut s'agir aussi de commerçants européens dits « indépendants »
544 ou des Libano-Syriens. Le mécanisme de la traite s'opère, en effet par des conventions aux termes desquelles les traitants, principalement les Libano-Syriens, s'engagent à payer au bout d'un

⁵⁴³ Le Roy (E), Cours d'Anthropologie juridique, cité par M. Samba Thiam dans sa Thèse portant sur '' les indigènes paysans entre maisons de commerce et administration coloniale : Pratiques et institutions de crédit au Sénégal (1840—1940) '' nov. 2001. p. 223

⁵⁴⁴ Généralement il s'agit d'anciens employés de commerce. Ils emploient à leur tour des africains qui leur représentent dans les bourses

certain délai (tente jours⁵⁴⁵) ou à la fin de la traite les avances en marchandises ou espèces consenties par les grandes maisons de commerce. Les contrats de mandat entre commerçants européens et les africains ont aussi existé. C'est ainsi qu'il y a lieu de souligner qu'au moyen de ces crédits, les intermédiaires arrivent à développer leurs affaires avec les paysans Sénégalais. Seules donc les pratiques contractuelles, provoquées par la traite de l'arachide, vis-à-vis du paysan vont, ici retenir notre attention : le contrat de transport et le contrat de louage de service ou « navétane ». La réalisation des crédits d'hivernage se trouve facilitée par ces deux types de contrats dont les règles se dégagent de l'usage.

1° Le contrat de transport en caravane

La substitution dans une certaine mesure, des réseaux de factoreries à l'intermédiation⁵⁴⁶ a entraîné l'obligation pour le producteur de venir aux lieux d'installation des maisons de commerce.

Avant l'arrivée des camions en Afrique, le transport s'effectue par les animaux, notamment les bœufs, les chameaux ou les ânes⁵⁴⁷, voire même par les hommes⁵⁴⁸. Cependant le transport par dromadaires⁵⁴⁹ sous forme de caravane est apparu le plus important. Suivant la longueur et la durée de la route que doit suivre la caravane, leur

⁵⁴⁵ Procédés commerciaux au Sénégal, ANSOM

⁵⁴⁶ Nous avons pu noter, en effet que le recours aux intermédiaires, aux africains notamment, est apparu toujours nécessaire à tous les niveaux

⁵⁴⁷ Ils font trois kilomètres à l'heure et peuvent charger 70 à 80 kilogrammes ; ils se nourrissent facilement et supportent bien la soif, cf. CHUDEAU (R), « Le commerce indigène de l'A.O.F », in : Bulletin de la société de géographie commerciale, Paris, 1910, Fascicule 32, p. 404 ; FOUQUET (J), p. 43 cités dans la Thèse de M. Samba Thiam. p. 225

⁵⁴⁸ Dans le cercle du Sine Saloum, par exemple, cf. FOUQUET (J), *ibid.* p. 43

⁵⁴⁹ Exemple : par chameaux

charge varie entre 125 et 150 kilogrammes⁵⁵⁰. Plus tard, le chemin de fer et les camions rendront inutiles de lourdes caravanes de bœufs, d'ânes et de chameaux. Mais, il n'en reste pas moins que dans certaines localités, non desservies par le chemin de fer ou très éloignées des routes, les animaux doivent assurer le transport. Il convient donc de définir le contrat de transport en caravane pour connaître les obligations qui en résultent pour les parties.

Selon le professeur Etienne Le Roy⁵⁵¹, dans son cours d'Anthropologie juridique, « le contrat de transport en caravane est un accord par lequel une association de chefs de famille loue les services d'un étranger ».

Au XV^e siècle, les associations de formation de caravane se créent surtout au niveau des gros marchés établis auprès d'un village important qui peut recevoir plusieurs milliers de vendeurs et acheteurs.

Dans le cadre du commerce de l'arachide, cet étranger est généralement le Maure⁵⁵². Des milliers de Maures, dit le rapport de AUBERT⁵⁵³, traversent le fleuve en novembre et en décembre chaque année, pour se rendre dans tous les lieux de traite. Ils sont assujettis à un certain nombre d'obligations, comme le producteur Sénégalais.

⁵⁵⁰ René CHADEAU, *ibid.*

⁵⁵¹ Le Roy (E), *op. cité*, p. 75

⁵⁵² En wolof, on l'appelle « Nar ». Les Sénégalais l'ont baptisé "Nar Kadior" c'est-à-dire Maure du Cayor.

⁵⁵³ Extrait du rapport de présentation des projets de budgets et des plans de campagne pour 1923 à la commission centrale de surveillance des S.I.P du Sénégal, 5Q2 (2), ANS

Les indigènes s'engagent à rétribuer le Maure sur la base des bénéfices qu'ils ont obtenus, après avoir vendu leur récolte. Puisque le paiement du coût du transport dépend des bénéfices, ils demandent à leurs mandataires d'aller rechercher le prix le plus fort par les traitants ou les divers agents. Quand ils sont dans l'impossibilité de respecter cet engagement, à cause notamment d'une mauvaise récolte ou lorsque la récolte se trouve absorbée par le remboursement des crédits d'hivernage, pour faire face à cette dépense, ils empruntent de nouveaux aux « banquiers indigènes », recours ultime en cas de besoin. Toutefois, il arrive lorsque la concurrence s'avère rude ou surtout lorsqu'ils sont acculés, à leur tour, par les maisons de commerce pour le remboursement de leurs dettes, que les traitants viennent quérir leurs dettes déduites de la récolte sur la base de taux d'intérêts abusivement fixés. Ce qui dispense l'indigène de l'obligation de livrer le produit vendu. Mais, il assure dans ce cas les frais de logement et de nourriture ⁵⁵⁴.

Pour éviter que le producteur Sénégalais paie un lourd tribut au transporteur Maure (30 % de la valeur), on avait même proposé l'élevage des animaux porteurs, plus spécialement celui du bourricot et celui du bœuf, dans les régions où les ânes ne vivent pas, comme en Casamance ⁵⁵⁵.

Quant au transporteur, il est chargé de transporter des sacs d'arachides aux escales. Il est tenu dès son retour de faire le compte rendu des opérations. Sur ce point, le contrat de transport s'analyse

⁵⁵⁴ MARFAING (L), « L'implantation des maisons de commerce au Sénégal et la réaction du commerce africain (1885-1930) », in : Collection racines du présent. p. 335. FALL (M), « Marchés locaux et Groupes marchands dans la longue durée » p. 99. cité par S. Thiam dans sa Thèse. p. 226

⁵⁵⁵ Rapport précité d'AUBERT, 5Q2 (2), ANS

en un contrat de mandat. Le non respect de ses engagements entraîne la saisie de ses chameaux. A côté du contrat de transport, qui favorise la réalisation des crédits d'hivernage, il y'a le contrat de service du "navêtane".

2° Le contrat de service du " navêtane "

La traite de l'arachide demande la possession d'une surface cultivable et beaucoup de temps. Il faut donc faire appel à des travailleurs saisonniers pour produire beaucoup, d'où le contrat de louage de service du "navêtane". Comme le contrat de transport, il faut d'abord définir le contrat, ensuite examiner les obligations des parties.

Le navêtane est un ouvrier agricole venant, pour un hivernage se mettre à la disposition d'un chef de famille ⁵⁵⁶qui craint la sécheresse de la terre.

Il semble que la pratique émane du contrat d'hébergement, dans lequel l'indigène prend en charge l'accueil et la nourriture de l'étranger, intermédiaire entre les vendeurs ou les acheteurs locaux ⁵⁵⁷. Avec le développement de la culture de l'arachide, la mise en place du chemin de fer, l'obligation de payer l'impôt ou la monétarisation de l'économie, le contrat d'hébergement se transforme en un contrat de production, en l'occurrence le contrat de location de la force de travail d'un ouvrier agricole.

Qui joue le rôle de navêtane ? Les Bambaras, originaires du Soudan, viennent souvent accomplir la tâche d'ouvrier agricole.

⁵⁵⁶ Le Roy (E) , op , cité . MARFAING (L) ' ' L'évolution du commerce au Sénégal ' ' op , c , p . 77

⁵⁵⁷ La présence de l'intermédiaire atteste l'existence des échanges entre le commerçant étranger et les indigènes.

Il faut également compter parmi eux , les gens du fleuve qui , astreints à payer l'impôt et , leur mil n'étant pas introduit dans le circuit du commerce colonial, comme l'arachide, sont obligés d'aller vendre leur force de travail ⁵⁵⁸ . Il y a aussi les ouvriers journaliers, appelés firdou ou « baraguinis »⁵⁵⁹ , qui, attirés par l'argent, se mettent à quatre ou six pour effectuer le travail agricole, surtout au moment de la récolte de l'arachide. Ces derniers sont généralement originaires des régions de la Casamance ou du Saloum.

Quelles sont les obligations des parties ?

En ce qui concerne le navêtane, il doit travailler plusieurs matinées par semaine dans le champ de la famille.

Préparer le terrain, le désherber, le labourer, le semer, c'est l'essentiel de son travail⁵⁶⁰ . Quant au chef de famille, il se doit de nourrir et de loger son ouvrier, en même temps de mettre à sa disposition des semences, un petit champ où il pourra travailler tous les après-midi pour son propre compte. En plus du logement et de la nourriture, les revenus du petit champ constituent le mode de rémunération du travail effectué. Le plus souvent, les travailleurs saisonniers commercialisent la récolte afin de subvenir aux besoins de la famille qui attend de payer l'impôt, voire de se marier une fois retournés au pays. En matière de mariage, la culture de l'arachide a contribué à l'évolution du monde paysan vers la conception occidentale. En effet, avant que la commercialisation de l'arachide n'atteigne un certain niveau de développement, le mariage est conclu selon la coutume

⁵⁵⁸ COLLIN-NOGUES (R) , ' ' Autobiographie d'Omar' ' , François Maspero , Paris , 1982 , p .14 .

⁵⁵⁹ En langue Mandingue : ' 'n'bé bara guini' ' c'est-à-dire ' ' je cherche du travail ' ', cf. FOUQUET (J). p. 84

⁵⁶⁰ FOUQUET (J) . , ibid... P. 136

ancestrale entre deux groupes de familles⁵⁶¹. Le consentement des futurs époux importe peu. La famille prend en charge le paiement de la dot, et des autres cadeaux, notamment le "warugar" et le "boyete" ou prix de la virginité.

Les anthropologues considèrent la dot comme une compensation matrimoniale puisque la famille de la fille s'appauvrit avec le départ de celle-ci⁵⁶². La société africaine étant essentiellement agraire, on estime que la dot a une origine foncière. Selon Bernard Durand⁵⁶³, la dot peut être appréhendée juridiquement comme un "titre de créance".

En ce sens l'institution constitue une preuve du consentement au mariage, une garantie de stabilité de l'union des époux.

Avec la culture de l'arachide, les individus ont appris à se déplacer pour gagner de l'argent. De retour des points de traite, ils manifestent le désir de se marier en assurant eux-mêmes les frais. Ils ne comptent plus sur l'aide de la famille pour payer la dot. Plus les moyens nécessaires à l'accomplissement des formalités du mariage se développent, plus l'individu ne prend le pas sur le groupe. Il devient indépendant et s'émancipe de l'emprise du groupe. Le père n'a plus le pouvoir qu'il avait de marier son fils contre son gré. Non seulement parce que ce dernier ne dépend plus de lui pour remplir les conditions requises pour la célébration du mariage, dont la dot, mais, encore et surtout, parce que plus la culture de l'arachide se développe, et que l'augmentation des cours de l'arachide entraîne un accroissement des prestations matrimoniales, la dot pouvait atteindre le chiffre de

⁵⁶¹ LEGRE OKOU (H) « Les conventions indigènes et la législation coloniale (1893-1946), NETER, 1994, p. 33 et suivants

⁵⁶² SARR (D), op, cité, p. 371.

⁵⁶³ DURAND (B) « Histoire comparative des institutions » Dakar, NEA, 1983, p. 383.

30 000frs. La modification des prestations du mariage a provoqué une réaction des africains dans les régions arachidières. Des actions ont été ainsi menées pour limiter le montant excessif de la dot. Les notables de Kaolack décident de réglementer les barèmes des dots de la façon suivante : jeune fille vierge (600 frs), femmes sans enfants (500frs), femme avec un ou deux enfants (400)⁵⁶⁴. A Saint-Louis, plus précisément à Guet-Ndar, les autorités religieuses avaient décidé, par une convention de 1930, de limiter le montant de la dot à 1000 frs pour la jeune fille vierge et à 500 frs pour la fille mère.

Seuls les jeunes voyageurs peuvent faire face aux nouvelles conditions de la vie en s'enrichissant par le commerce de l'arachide.

Plus tard avec l'introduction de l'économie moderne, donc de la monnaie, l'institution de la dot s'altère et devient un moyen de s'enrichir pour les parents de l'épouse ⁵⁶⁵ qui sont les véritables destinataires de la dot ⁵⁶⁶. Petit à petit la famille traditionnelle se disloque et s'oriente progressivement vers la vie occidentale considérée comme étant plus civilisée, plus moderne.

En un mot, la dislocation de la famille traditionnelle est le corollaire des transformations économiques de l'organisation paysanne ⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ GEISMAR (L), « Coutumes civiles du Sénégal », p. 35, cité par FOUQUET (J), op, cit, p. 68

⁵⁶⁵ Ce sont ces exigences excessives que l'administration viendra limiter par le décret du 14 septembre 1951, dit décret JACQUINOT. Aux termes de l'article 2, dans les pays où la dot est une institution coutumière la fille majeure de 21 ans et la femme dont le précédent mariage a été dissous, peuvent librement se marier sans que quiconque puisse prétendre en retirer un avantage matériel, soit à l'occasion des fiançailles, soit pendant le mariage. Le texte vient compléter le décret MANDEL du 15 juin 1939, qui consacre la liberté de consentement au mariage. Le législateur de 1939 voulait, en effet, mettre fin à l'arbitraire des parents en matière de mariage forcé. Le mariage avec une fille non nubile ou non consentante était assimilé à une traite noire.

⁵⁶⁶ DURAND (B), op, cit, p. 200 et 383

⁵⁶⁷ La transformation sociale s'impose comme un fait : de nouveaux liens sociaux se tressent dans l'industrie et dans les villes en plein développement où se mêlent des individus soumis autrefois à des traditions diverses de droit coutumier. Ce dernier peut-il supporter une telle

L'introduction de la monnaie par le biais de la culture de l'arachide en est un grand élément perturbateur. A la possibilité de se marier par consentement libre, il faut mettre en rapport les mariages mixtes, ou entre des gens de castes différentes, dans les centres où s'effectue la culture de l'arachide.

Pour faire face à toutes les obligations entraînées par les nouvelles conditions économiques, l'agriculteur indigène recourt aux commerçants ou aux traitants qui attendent la traite pour exiger la livraison de la récolte. Le contrat de travail et le transport viennent alourdir les charges du paysan et donc aggraver les crédits d'hivernage. Dès lors, il faut produire beaucoup pour s'enrichir en plus du règlement des dettes d'hivernage. Au lieu de s'enrichir, le paysan ne fait que s'enfoncer davantage dans son endettement. Ses dettes s'accumulent de plus en plus. Si la récolte de l'année est insuffisante pour recouvrer les crédits d'hivernage, la partie non réglée est reportée à la future campagne arachidière. Les commerçants sont très patients, car ils ont la garantie que la récolte à venir leur sera livrée. En outre, ils peuvent compter sur la vente des objets que les paysans déposent parfois chez eux pour obtenir du crédit⁵⁶⁸.

Après l'étude de l'accomplissement des obligations, l'examen des changements liés à l'inexécution des obligations contractuelles en Afrique noire moderne complétera ce chapitre.

révolution s'adapter aux exigences d'une société si radicalement changeante ? C'est la question essentielle posée lors du colloque international sur l'avenir du droit coutumier en Afrique en 1955 à Amsterdam, organisé par l'Africa institut de Leiden.

⁵⁶⁸ M. Samba Thiam « Les indigènes paysans entre maisons de commerce et administration coloniale : Pratiques et institutions de crédit au Sénégal (1840 – 1940). THESE EN COTUTELLE. Nov 2001. p. 223 svts

SECTION II : LES CHANGEMENTS LIES A L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES EN AFRIQUE NOIRE MODERNE

Ici nous allons mettre l'accent sur l'introduction du principe de la responsabilité juridique (paragrapheI) et l'évolution du régime des sûretés (paragrapheII).

PARAGRAPHE I : L'INTRODUCTION DU PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE JURIDIQUE.

Les subdivisions de la responsabilité juridique (A) et les sanctions de l'inexécution des contrats seront abordées dans ce paragraphe(B).

A/ Les subdivisions de la responsabilité juridique.

En droit positif, la responsabilité juridique est ventilée en plusieurs subdivisions. La première sépare la responsabilité civile dont la mise en jeu vise à réparer un dommage causé à autrui en procédant à l'examen objectif de l'étendue du dommage , de la responsabilité pénale , dont la mise en jeu vise à sanctionner , en tenant compte de l'intention de l'auteur du préjudice , un préjudice causé non à un individu particulier , mais à la société tout entière. Les deux types de responsabilités peuvent éventuellement se cumuler ⁵⁶⁹ . La responsabilité civile se subdivise à son tour en responsabilité contractuelle, qui résulte de l'inexécution d'une obligation née d'un contrat ; et responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, qui naît en dehors de l'existence d'un contrat des agissements intentionnels (délictueux) ou non intentionnels (quasi-délictueux) d'un individu (le terme délit n'est pas ici synonyme d'infraction, comme en droit pénal) . On a beaucoup disserté sur la question de savoir si ces catégories

⁵⁶⁹ Norbert Rouland « Anthropologie juridique » Collection Droit Fondamental. P. U. F, 1^é Edition. 1988. p. 277

étaient applicables aux droits traditionnels. Nous pensons pour notre part avec E. Le Roy que le problème a été la plupart du temps mal posé, dans des termes évolutionnistes. Il est clair que le droit traditionnel ne distingue pas comme le droit moderne entre des obligations naturelles, civiles, pénales, contractuelles, délictuelles ou quasi-délictuelles. Mais, il serait erroné d'en déduire une quelconque infirmité de la pensée juridique traditionnelle.

Si la responsabilité n'est pas ainsi divisée, c'est en raison du caractère communautariste de ces sociétés et non d'une éventuelle incapacité de leur part à faire des *distinguo-juridiques* aussi subtils que les nôtres⁵⁷⁰.

En effet, dans nos propres droits, ces distinctions reposent en grande partie sur la nécessité de séparer les domaines d'action de l'individu et de la société, représentée par l'Etat. Une telle césure n'existe pas dans le model communautariste, ou mieux vaut parler d'un seul type d'obligation, l'obligation communautaire. Suivant la diversité des situations, le groupe peut être directement impliqué alors que l'individu ne l'est qu'indirectement, et inversement. Mais dans tous les cas, les intérêts des groupes et ceux des individus qui les représentent sont liés : à des degrés divers, les intérêts des groupes sont toujours présents, ce qui empêche de reproduire en droit traditionnel la distinction faite par le droit moderne entre responsabilité pénale et civile.

⁵⁷⁰ Droits occidentaux moderne

Toute inexécution d'une obligation constitue, à des degrés divers, un dommage social qui nécessite une sanction judiciaire. Celle-ci peut revêtir des formes multiples⁵⁷¹.

Dans le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, la responsabilité civile n'est jamais qualifiée de contractuelle ou de délictuelle. L'absence d'utilisation de ces termes est loin toutefois de traduire une complète unification des deux responsabilités. Il existe certes d'intéressantes innovations dans le sens de cette fusion, mais la portée des règles nouvelles reste néanmoins limitée.

Tout d'abord les dispositions du code relatives à la responsabilité du fait des animaux et des choses (art. 137 à 141) et à celle du fait d'autrui (art 142 à 150) sont seulement applicables en matière délictuelle.

Sur certains points toutefois le législateur sénégalais adopte pour ces régimes particuliers les mêmes règles qu'en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle du fait personnel, notamment en ce qui concerne la solidarité (art136).

Pour la responsabilité du fait personnel, le code pose le principe de l'unité (art119), mais laisse subsister sur de nombreux points une dualité de régime. C'est ainsi notamment que l'incapacité juridique n'est pas par elle-même un obstacle à la responsabilité délictuelle, alors qu'elle empêche un contractant incapable d'être tenu responsable de l'inexécution d'un contrat qui n'a pas force obligatoire à son égard. De même, des règles différentes sont maintenues en matière de compétence territoriale.

⁵⁷¹ Cité Norbert Rouland p. 277. 278

En effet la possibilité de porter l'action devant le tribunal dans le ressort duquel le fait dommageable s'est produit (art34,al. 12 du décret du 30 juillet 1964 portant code de procédure civile) continue à n'intéresser que la responsabilité délictuelle. Inversement, il existe toujours des règles de compétence propres à la responsabilité contractuelle, soit pour certains contrats ⁵⁷² soit en matière commerciale⁵⁷³. Enfin, sans épuiser pour autant l'énumération des points de divergences, on peut observer que le code des obligations adopte à l'égard des conventions relatives à la responsabilité des conceptions totalement opposées selon que l'on se trouve dans le domaine contractuel ou délictuel. En effet, ces conventions sont valables dans le premier cas (art .151) mais nulles dans le second (art.152, al 1).

Ainsi, le droit sénégalais de la responsabilité civile, en dépit d'une tendance certaine à l'uniformisation, contient maints éléments de diversité.

Les points de rapprochement et les différences apparaissent tout d'abord lorsque l'on examine les conditions de la responsabilité. D'abord dans le code des obligations, est responsable la personne à qui l'on peut imputer un fait relié par un rapport de causalité à un dommage. Trois conditions sont donc nécessaires.

Tout d'abord la loi indique quels sont les événements susceptibles d'entraîner pour l'homme la charge d'un dommage.

⁵⁷² Article 34. Alinéa 4 du Code de procédure civile Française

⁵⁷³ Article 35 du Code de procédure civile

Ces faits tantôt sont constitués par le comportement personnel du responsable (art. 118 à 123), tantôt se rattache à ce dernier d'une manière plus complexe (art. 137 à 150).

En outre dans toutes ces hypothèses, une relation causale doit exister entre le fait attributif de responsabilité et le dommage⁵⁷⁴.

Mais l'analyse plus ou moins stricte de ce lien de causalité influence la détermination du dommage dont l'intéressé peut être tenu responsable⁵⁷⁵.

Enfin tout dommage rattaché à un fait générateur de responsabilité par un lien causal jugé suffisant ne donne pas nécessairement naissance à l'obligation de réparer.

Un dommage n'est indemnisable que s'il présente certains caractères (art. 124 à 126).

Une personne n'est responsable de son fait personnel que si celui-ci constitue une faute (art.118).

En droit sénégalais, la faute est définie en tenant compte de la volonté du législateur d'unifier les responsabilités contractuelle et délictuelle. Le code est ainsi conduit à reprendre les termes mêmes de la définition de la faute donnée par PLANIOL⁵⁷⁶, c'est-à-dire le « manquement à une obligation préexistante » (art .119). Peu importe par conséquent que la faute résulte ou non de l'inexécution d'un contrat. Il suffit qu'une obligation « de quelque nature qu'elle soit » ait été violée.

⁵⁷⁴ Articles. 118 .137 . 142

⁵⁷⁵ Articles. 128 à 130 et art 139, alinéa 2

⁵⁷⁶ Cité, par Norbert Rouland, dans ''Anthropologie juridique'' p. 278

Mais si la définition de la faute ne varie pas selon la nature de l'obligation, le contenu de cette dernière influe par contre sur les modes d'établissement de la faute. En effet s'il s'agit d'une obligation de résultat, situation fréquente en matière contractuelle, la faute existe du seul fait que le résultat auquel le débiteur était tenu n'a pas été atteint (art .123, al .1) . Si au contraire, l'on se trouve en présence d'une obligation de prudence et de diligence, la faute de l'intéressé doit être prouvée (art .123, al 2). A cette fin, le comportement du débiteur est apprécié in abstracto par comparaison avec « la conduite d'un homme prudent et diligent » (art.120).

Lorsque l'événement qui crée la responsabilité est constitué par le fait des animaux ou des choses la discrimination entre les domaines contractuel et délictuel réapparaît.

Tout d'abord, si le dommage résultant d'un tel fait se rattache à l'inexécution d'un contrat le problème est réglé par des dispositions spéciales⁵⁷⁷.

Il s'agit des textes concernant soit la garantie des vices en matière de vente (art .295 , s) , de prêt à usage (art . 534) ou de louage (art . 552) , soit la responsabilité du locataire en cas d'incendie (art . 559) , soit enfin l'obligation de sécurité dans les contrats de transport (art.645 . al 1) et d'hôtellerie (art.455) . Mais dans tous ces cas, il y a manquement à des obligations prévues au contrat et l'on est ainsi ramené à la responsabilité du fait personnel.

Toute autre est la situation en matière délictuelle, qui est régie par les articles 137 à 140 du code des obligations. Ces dispositions établissent un régime uniforme de responsabilité applicable au fait de l'animal

⁵⁷⁷ Op. cité. Georges Rives '' Théorie générale des obligations en droit Sénégalais '', p. 30 - 31

comme à celui de la chose et qui joue également lorsque le dommage provient de la ruine d'un bâtiment. Dans ce régime particulier de responsabilité, le dommage est à la charge de la personne qui a la maîtrise de l'animal ou de la chose (art.137). Selon l'article 138 cette maîtrise appartient au propriétaire de cette chose ou de cet animal « qui l'utilise personnellement ou par l'intermédiaire d'un préposé », mais elle est transférée au tiers à qui la chose ou l'animal « est confié par le propriétaire » ou qui « l'utilise sans la volonté » de ce dernier.

Lorsque la responsabilité provient du fait d'autrui, on retrouve également la distinction entre les domaines contractuel et délictuel.

En matière contractuelle, le code contient des dispositions diverses qui prévoient la responsabilité du preneur pour les dégradations causées « par le fait de ses ayants droit ou des personnes dont il répond » (art. 555, al. 1) , celle de l'hôtelier pour les dommages causés par « un tiers » aux effets apportés par le client (art . 456, al. 2) et celle du mandataire pour les actes d'un « tiers »qu'il s'est indument substitué (art.469, al. 2).

Par ailleurs, nous verrons qu'en matière contractuelle, le débiteur « ne peut pas s'exonérer du dol ou de la faute lourde de ses préposés » (art.152, al .3)⁵⁷⁸.

Il en résulte à contrario qu'un contractant est responsable lorsque l'inexécution du contrat est le fait des personnes placées sous son autorité et qui ont agi à sa place.

⁵⁷⁸ Georges Rives : op, cité. p. 39 svts

La responsabilité civile, se traduit par l'obligation de réparer le dommage subi par la victime. La réparation a lieu en principe par équivalent, c'est-à-dire sous forme pécuniaire (art. 133, al. 1).

Le juge peut néanmoins substituer d'office ou ajouter aux dommages et intérêts tout autre mode de réparation qu'il estime plus adéquat soit pour réparer le dommage soit pour en limiter l'importance. Mais le code précise que de telles mesures ne peuvent être prescrites que « sous réserve du respect de la liberté des personnes et des droits des tiers » (art.133, al. 2).

Le code pose le principe de la réparation intégrale du dommage (art , 134 , al , 1) , lequel doit être évalué le jour ou le juge statue (art . 135) .

Le législateur sénégalais précise que lorsqu'il s'agit de fixer le montant de la réparation en fonction des revenus de la victime, il convient de se référer aux déclarations fiscales de cette dernière (art.134), al. 2).

Le problème de la validité des conventions relatives aux conditions et aux effets de la responsabilité fait resurgir la distinction entre les domaines contractuel et délictuel.

En effet l'article 151 concerne uniquement la responsabilité contractuelle. Par contre, l'article 152, alinéa 1 s'applique d'une part au droit commun de la responsabilité, à l'exclusion du cas prévu par l'article précédent, et d'autre part aux régimes particuliers.

Cet article 152, alinéa 1 est donc relatif à toutes les hypothèses de responsabilité délictuelle. Or, nous allons constater que ces deux textes admettent des principes différents.

En matière contractuelle, les clauses relatives à la responsabilité sont en principe valables (art.151, al. 1 et art 153,al.1).

Cette règle ne soulève aucune difficulté lorsque la convention accroît la responsabilité en l'étendant à des cas où elle ne jouerait pas normalement.

Il en est ainsi notamment lorsque le débiteur s'engage « à prendre à sa charge les cas fortuits ou de force majeure » (art.132) ou encore lorsque la somme fixée par une clause pénale excède le montant du dommage⁵⁷⁹.

B / Les sanctions de l'inexécution.

Il s'agit de dégager ici une typologie des sanctions et de mettre l'accent sur la résolution du contrat pour inexécution.

a) Typologie des sanctions judiciaires :

Dans les sociétés traditionnelles, à l'inverse des sociétés modernes individualistes, les sanctions de l'inexécution des contrats ont un caractère plus social qu'économique.

Le caractère social de la sanction est d'autant plus marqué que le groupe s'estime concerner par le dommage : elle s'exprimera alors surtout sous forme de peines corporelles ou morales.

A l'inverse, quand ce sont surtout des intérêts individuels qui sont en cause, les peines auront un caractère plus matériel.

-Peines corporelles : assez diverses⁵⁸⁰, elles interviennent dans deux séries de cas. Elle constitue la sanction la plus commune des contrats à fonction politique, dont l'inexécution remet en cause le prestige du

⁵⁷⁹ Georges Rives « Théorie générale des obligations en droit sénégalais » déjà cité. P. 30 à 40

⁵⁸⁰ De la bastonnade publique et des mutilations à la réduction en esclave ou à l'élimination physique

chef, et par là l'ordre social. Elles sont également utilisées en cas d'abstention réitérée ou de mauvaise volonté systématique dans l'accomplissement des peines purement matérielles.

-Peines morales : Elles résultent d'un blâme public et sont fréquemment utilisées en cas d'inexécution des obligations de contrats d'échange de biens ou de services, notamment des contrats de travail coopératif et des contrats de mariage. Les sanctions sont d'ordre essentiellement psychologique : diffamation, blâme, mépris. La plus grave sanction consiste à refuser ses services à celui qui n'a pas voulu exécuter ses obligations.⁵⁸¹ Le blâme peut aller jusqu'à la mise en quarantaine du récalcitrant, sanction psychologiquement difficile à supporter dans une société de taille restreinte et où l'intercomplémentarité entre les individus est essentielle.

-Peines matérielles : Elles peuvent résulter de situations diverses. Tout d'abord l'exécution forcée, utilisée surtout en cas de début d'exécution de certains contrats de service devant être rapidement menés à bien.

Ensuite la remise en état initial : même s'il a reçu un commencement d'exécution, le contrat initial est annulé (si un contrat de prêt de terre n'est pas suivi des prestations prévues, le droit d'exploitation de la terre revient à son détenteur initial ; le féticheur qui ne parvient pas à obtenir le résultat souhaité par son client doit le rembourser). Enfin, l'indemnisation par compensation du préjudice subi et versement de dommages et intérêts : ils interviennent notamment dans les contrats de garde de bétail, les contrats de courtage en cas de tromperie sur la

⁵⁸¹ Mamadou Niang « La théorie des obligations chez les wolofs » mémoire, novembre 1967. p. 54

chose, les contrats de caravane quand le chef de caravane a agi contrairement aux ordres de ses mandataires.⁵⁸²

b) La résolution du contrat pour inexécution

Dans les contrats comportant des obligations réciproques des parties, l'une envers l'autre, le créancier de l'obligation inexécutée peut-il⁵⁸³ invoquer l'inexécution de l'autre partie pour se libérer de ses propres obligations ?

La question se pose essentiellement pour les contrats synallagmatiques. Elle est résolue différemment selon que :

-L'inexécution est due à la force majeure : on applique la théorie des risques.

-L'inexécution est fautive : le cocontractant peut demander la résolution du contrat

L'inexécution de ses obligations par l'une des parties permet également à l'autre d'opposer l'exception d'inexécution.

Ici nous allons nous intéresser à la résolution qui suppose que l'inexécution est due à la faute du débiteur.

La résolution peut sanctionner l'inexécution des contrats synallagmatiques, de certains contrats unilatéraux, tels que le prêt à usage ou le gage, lorsque l'emprunteur ou le créancier gagiste ne remplit pas son obligation de veiller à la conservation de la chose, le prêteur ou le débiteur gagiste peut demander la résolution du contrat.

⁵⁸² Norbert Rouland « Anthropologie juridique » coll... Droit Fondamental. PUF ; 1 ère éd 1988. P. 278 - 279

⁵⁸³ S'il ne souhaite pas obtenir l'exécution forcée ou par équivalent

En principe la résolution doit être demandée en justice par le créancier. Les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation : ils peuvent l'écarter, la prononcer et même attribuer des dommages et intérêts au créancier à qui elle cause un préjudice.

La résolution anéantit rétroactivement le contrat. Elle entraîne donc la restitution de toutes les prestations qui auraient pu être fournies par l'un ou l'autre des contractants⁵⁸⁴.

Une solution retenue par les Principes d'Unidroit s'écarte sur une question du régime que le code civil français a introduit dans bon nombre des pays de l'OHADA. En cas de manquements graves d'une partie à un contrat synallagmatique, l'autre partie peut souhaiter mettre fin au contrat.

Les dispositions inspirées par le code civil français (art.1184) prévoient que pareille résolution doit être demandée en justice.

Les Principes d'Unidroit⁵⁸⁵ disposent au contraire que " La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur (art.7.3. 2).

Les avis recueillis sur ce point sont partagés, mais inégalement⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ J. Caen. M. Fontaine « Les fondements de la vie juridique » Les éditions Foucher. 1985. P. 222. 223

⁵⁸⁵ Résumé de l'Avant- Projet d'Acte Uniforme OHADA, sur le Droit des contrats : le point de vue d'un juriste de la Common Law. Justice SK DATE-BAH / LL. B (GHANA) ; LL. M(yale) ; ph .D . (London) .juge à la Cour Suprême du GHANA et membre du groupe d'étude d'Unidroit pour la préparation des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

Les Principes d'Unidroit offrent des solutions harmonisées, libérées des concepts particuliers aux systèmes nationaux, et considérés comme particulièrement aptes aux besoins du commerce international

⁵⁸⁶ Les avis recueillis sur ce point sont partagés, en principe, la résolution doit être demandée en justice par le créancier. Par exception, la résolution est automatique sous certaines

Une minorité des interlocuteurs (environ un tiers) préférerait conserver le caractère judiciaire de la résolution. Celle-ci ferait obstacle aux abus, aux résolutions arbitrairement provoquées de manière unilatérale par le plus fort.

La majorité se rallie par contre à la solution de la résolution par simple notification. Celle-ci est perçue comme satisfaisant aux exigences de rapidité. Elle simplifie la procédure, elle est de nature à désengorger les tribunaux.

Elle est dans la ligne de la "déjudiciarisation " souhaitée par l'OHADA. Elle serait d'ailleurs conforme aux faits, le recours au juge n'intervenant que si la résolution est contestée.

Confortée par cette opinion dominante, ils ont sur ce point maintenu dans l'avant projet la résolution par notification prévue par les principes d'Unidroit.

Il faut souligner qu'en droit comparé, cette solution s'est imposée presque partout. Sous des modalités diverses , la résolution pour inexécution peut être unilatérale notamment en droit allemand , en droit suisse , en droit néerlandais , en droit italien , en droit portugais , en droit du Québec , en Common Law et dans l'important instrument international qu'est la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art . 49 et 64) . La résolution judiciaire peut prévenir des abus, mais, elle présente l'inconvénient majeur de retarder de plusieurs mois, si ce n'est de plusieurs années, la solution d'une crise contractuelle qui peut être aigue :

il est souvent urgent pour le contractant lésé de pouvoir se dégager du contrat pour trouver un autre partenaire.

En droit Belge, la jurisprudence la plus récente, soutenue par la doctrine, reconnaît à présent la validité d'une résolution par déclaration unilatérale dans certaines circonstances, malgré l'article 1184 du Code civil toujours en vigueur dans ce pays ⁵⁸⁷ . Une évolution analogue paraît s'amorcer en France⁵⁸⁸ . La pratique tend d'ailleurs à assurer ce résultat en stipulant des clauses résolutoires expresse.

Quant au risque d'abus, il faut souligner que la partie la plus forte n'est pas nécessairement celle qui recherche la résolution du contrat.

Le système de la résolution judiciaire permet à un partenaire dominant de préserver dans ses manquements à ses obligations en spéculant sur le fait que l'autre partie sera rebutée par la nécessité de s'adresser au juge pour obtenir la résolution du contrat.

D'autre part, la résolution par simple notification est assortie de garanties. Elle ne peut intervenir qu'en cas d' "inexécution essentielle" ⁵⁸⁹. Dans tous les cas, le contrôle judiciaire n'est pas écarté ; il ne s'exerce plus à priori, mais il est toujours possible à posteriori.

⁵⁸⁷ Cf. S. Stons, D. Van Gerven et P. Wery, Chronique de jurisprudence – Les Obligations : les sources (1985-1995), *Journal des Tribunaux* (Bruxelles), 1996 ; p. 740-742.

⁵⁸⁸ Cf. Chr. Jamin, " Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? ", in : M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* (Bruxelles et Paris), 2001 .p . 451 -512.

⁵⁸⁹ Au sens de l'article 7/13 ; en cas de retard, elle est subordonnée à l'octroi d'un délai supplémentaire (art . 7/ 5)

Une partie qui aurait résolu le contrat de manière non justifiée pourrait se voir elle même condamnée pour cette rupture fautive⁵⁹⁰ .

Retenons, qu'entre l'exécution spontanée ou forcée des obligations contractuelles par ceux qui les ont contractées, il existe cependant un moyen terme : il peut arriver qu'on recoure à des suretés.

Ce jugement du tribunal de première instance de Cotonou (Dahomey) du 24 décembre 1947, nous permet de mieux comprendre la résolution des contrats pour inexécution des obligations.

Ainsi La compagnie française de l'Afrique occidentale avait vendue pour une somme de 318 000 francs, un camion à un sieur Chokki. Il était stipulé que l'acquéreur verserait à la signature de l'acte et contre livraison du véhicule un premier acompte de cent mille francs et solderait son prix par deux mensualités.

Or, l'acheteur faisant état d'une note émanant du gérant d'une factorerie⁵⁹¹ de la compagnie qui le constituait créancier de celle-ci, demanda la compensation avec l'acompte qu'il devait verser à la livraison et obtint ainsi quittance de cette somme. En fait, le crédit allégué s'avéra imaginaire.

⁵⁹⁰ L'attention est attirée sur le fait que pour des raisons analogues, l'annulation d'un contrat par une partie se fait également par notification à l'autre partie (art . 3/16) , sans nécessité d'une demande en justice (le contrôle judiciaire s'exerce également à posteriori) . Par ailleurs, la compensation s'exerce aussi par notification à l'autre partie (art. 8/3), alors qu'en droit français, la compensation légale joue de plein droit. Le système de la notification ainsi généralisé concilie les exigences de rapidité et de sécurité.

Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant projet. L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Colloque de Ouagadougou (Burkina Faso) -15-17 novembre 2007. P. 20 – 21 . L'un des nombreux témoignages du succès des Principes d'Unidroit est la requête adressée par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) à Unidroit de préparer un avant projet d'Acte Uniforme sur les contrats , qui sera destiné à s'appliquer au sein des pays membres de cette organisation .

⁵⁹¹ Factorerie : filiale d'une compagnie

Mis en demeure de verser l'acompte déjà quittancé, l'acheteur n'obtempéra pas ; pas plus qu'il ne régla les deux autres mensualités, alors qu'il avait été stipulé que le défaut de paiement d'un seul terme à son échéance entraînerait, après mise en demeure, l'exigibilité du solde du prix. Dans ces conditions, la demanderesse concluant à la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, le procès se ramenait à une affaire banale de résolution du contrat pour inexécution des obligations.

Mais, pour la sauvegarde de ses intérêts – et l'agrément de l'annotateur – la demanderesse après avoir découvert la fausseté du crédit allégué s'était empressée de faire reprendre le camion chez l'acheteur , et le défendeur faisait grief à son adversaire du caractère irrégulier de la saisie qui l'avait privé de l'usage du camion lui appartenant , - ce à quoi , la compagnie rétorquait que c'était l'administrateur qui avait opéré la saisie sur sa demande .

Par ces conclusions, le vendeur prétendait obtenir la résolution du contrat pour inexécution des obligations. Sans débouter le demandeur, le demandeur a substitué à la résolution judiciaire, la nullité radicale du contrat, voir même son inexistence pour défaut de cause.

Si l'on pouvait douter de l'obscurité de la théorie de la cause, le jugement ci- dessus rapporté suffirait à lui seul à nous en convaincre.

Le défaut de cause était effectivement mis en jeu dans le procès, mais non pas de la manière dont le tribunal l'a envisagé.

Il y a un lien entre la théorie de la cause et celle de la résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations : la doctrine et la jurisprudence tendent à voir dans la théorie de la cause le véritable fondement de la résolution judiciaire des contrats.

En effet, la notion de cause n'exprime pas seulement le lien de corrélation des obligations au moment où le contrat synallagmatique est né ; la cause intervient également dans la période postérieure à la formation du contrat : soulignant l'interdépendance des obligations qui sont issues du contrat synallagmatique, elle permet l'exécution du contrat dans des conditions équitables. Il faut d'ailleurs reconnaître que le rattachement de la résolution judiciaire des contrats à la théorie de la cause a été souvent fait d'une manière critiquable.

On disait que dans les contrats synallagmatiques, les obligations mises à la charge de chacune des parties se servent réciproquement de cause ; suivant la formule de Domat – que le jugement rapporté reproduit dans des termes inexacts – « l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre »⁵⁹². C'est ainsi que dans la vente, la cause de l'obligation de transférer la propriété et de livrer la chose, qui incombe au vendeur, c'est l'obligation de l'acheteur de payer le prix convenu, et inversement. Dès lors, la résolution du contrat synallagmatique s'expliquerait par l'idée que, les obligations de l'une des parties demeurent inexécutées, celles de l'autre partie sont par la-même dépourvues de cause.

Comprise de cette manière, la théorie de la cause ne pouvait servir de fondement à la résolution ; il était aisé de répondre qu'une obligation ne s'éteint pas du fait de son inexécution ; par suite, elle n'empêche pas l'obligation réciproque d'avoir une cause.

⁵⁹² Lois civiles, livre I, titre I, section I : cité dans Penant : Recueil de Jurisprudence de doctrine et de législation coloniale et maritime. Année 1952. p. 79

Ainsi, bien que l'acheteur ne paie pas le prix, il n'en demeure pas moins tenu de le payer et les obligations du vendeur conservent donc leur cause.⁵⁹³

Aussi bien, n'est-ce plus sous cette forme que ceux qui expliquent la résolution des contrats par l'idée de cause présentent maintenant leur analyse. Henri Capitant, notamment dans son livre « De la cause des obligations » a montré que l'explication proposée ne donnait pas une vue nette de ce qu'est la cause.

En effet, pour raisonner sur le contrat de vente, lorsque le vendeur s'oblige, ce n'est pas seulement pour que l'acheteur s'oblige de son côté, mais en vue d'obtenir la prestation promise par l'acheteur, c'est-à-dire, en vue d'obtenir le paiement du prix.

En d'autres termes, la cause d'une obligation issue d'un contrat synallagmatique, c'est non pas l'obligation réciproque, mais l'exécution de l'obligation réciproque, l'obligation n'a pas de cause si l'obligation réciproque n'est pas exécutée⁵⁹⁴. On comprend le rattachement de la résolution judiciaire des contrats à la théorie de la cause ; si l'une des parties n'obtient pas l'exécution de la prestation réciproque, son propre engagement devient un engagement sans cause ; l'engagement sans cause étant nul, le jugement de résolution correspond au prononcé de cette nullité⁵⁹⁵.

⁵⁹³ En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, '' Des obligations '' ; T .II, n° 903. Josserand '' Cours de droit civil '' T. II, n° 377 ; en note

⁵⁹⁵ V. Planiol et Ripert, tr. Prat. dr. cv. , T. VI, par Esmein, n° 420 ; Civ. ; 14 avr. 1891, D. 1891, 1, 329 ; S. 1894, 1, 391 ; Civ, 22 nov. 1921, D. 1925, 1, 116

L'application de ces principes conduisait, en l'espèce au prononcé de la résolution du contrat de vente aux torts de l'acheteur, celui-ci n'ayant pas exécuté son obligation de payer le prix.

Le jugement a cependant écarté cette solution : au lieu d'utiliser la notion de défaut de cause dans la phase postérieure à la formation du contrat, il en fait état au moment de la formation du lien obligatoire.

Faute par l'acheteur de s'exécuter, le contrat de vente ne s'est pas formé ; il est inexistant, à tout le moins, atteint d'une nullité radicale pour défaut de cause.

Il est aisé de réfuter ces affirmations dont le moins qu'on puisse dire, c'est qu'elles sont bien surprenantes. Il ne pourrait y avoir formation du contrat parce que l'acheteur ne s'est pas exécuté ! Cette proposition contredit directement l'art. 1583 C. civ français, aux termes duquel : « Elle (la vente) est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». La conception du tribunal n'aboutit à rien moins qu'à faire du contrat de vente un contrat réel qui ne serait parfait que par la remise du prix.

Nous dirons même plus : avec cette conception il n'y a plus de place pour la résolution judiciaire des contrats.

Par définition, même la résolution d'un contrat suppose que le contrat est formé ; or le jugement dit que faute par un contractant de s'exécuter, le contrat ne s'est pas formé⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ Le jugement sanctionne le défaut de cause lors de la formation du contrat par la nullité radicale du contrat. Bien que cette opinion soit très généralement admise, elle n'est guère satisfaisante, quand il s'agit d'un défaut de cause, on est en présence d'un engagement

Le fait que dans l'espèce, le tribunal⁵⁹⁷ ait relevé une fraude à la charge de l'acheteur, ne l'autoriserait pas à conclure à la non-formation du contrat.

La fraude consistait à un usage abusif d'une note de crédit émanant d'une factorerie de la requérante ; cette fraude constitue à la rigueur un dol ; or, celui-ci n'est sanctionné que par la nullité relative du contrat.

Grace à son argumentation, le tribunal⁵⁹⁸ a pu se dispenser de se prononcer sur l'autre question qui lui était soumise ; celle de savoir si la reprise du camion, avant toute décision de justice, était régulière ou non. En effet, déclare le jugement, la nullité du contrat étant radicale, il n'y a pas eu transfert de propriété ; le vendeur ayant fait opérer une saisie sur un camion qui était sa propriété, ce fait ne saurait lui être imputé en faute.

On peut se demander s'il était bien utile de substituer à la résolution du contrat la nullité absolue, pour n'avoir pas à retenir éventuellement la responsabilité de la demanderesse à l'occasion d'une saisie irrégulière.

Admettons, en effet – simple supposition, puisque le tribunal n'a pas éclairci la question – que les faits se soient déroulés, ainsi que le

dans lequel la volonté d'une des parties ne doit pas produire effet, parce que le but auquel la volonté tend n'est pas rempli. Il y'a un lien entre le défaut de cause et le vice du consentement. Or, ce dernier n'entraîne qu'une nullité relative ; on ne voit dès lors pourquoi le défaut de cause qui a lésé une seule partie, entraînerait une nullité absolue (Rappr .Planiol, Ripert et Esmein.

Penant : « Recueil de jurisprudence et de législation » année 1952. p. 81

⁵⁹⁷ ibidem

⁵⁹⁸ ibidem

défendeur le prétendait : deux employés de la compagnie demanderesse se présentent chez l'acheteur et reprennent le camion qu'ils conduisent dans la concession de la compagnie. En d'autres termes, le vendeur à qui le prix n'avait pas été payé, s'était fait justice à lui-même, en pénétrant chez le débiteur et en s'emparant de la chose vendue. Quelle sera la valeur de cet acte de justice privée accompli par le créancier ?

Notre droit moderne a, certes complètement éliminé les actes de justice privée qu'ont connu la plupart des sociétés primitives, et dont les plus célèbres à Rome étaient la « manus injectio » et la « pignoris capio ». Celui qui a une demande à formuler doit, en cas de contestation s'adresser à la justice.

Mais , aussi bizarre que cela soit , alors que tous les traités de droit civil et de procédures et une jurisprudence ⁵⁹⁹ relèvent le grand principe que « nul ne peut se faire justice à soi-même », aucun texte ne prohibe expressément la justice privée du créancier , si le droit pénal ne sanctionne pas l'exécution privée comme telle , il punit du moins certains moyens que le créancier aurait employés pour se procurer l'exécution . Ainsi le créancier, qui de sa propre autorité, vient chercher son dû chez le débiteur, encourra une sanction s'il a violé le domicile du débiteur en pénétrant de force chez lui ou s'il a usé de violence plus ou moins graves pour obtenir le paiement ⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ ibidem

⁶⁰⁰ Rappr. Garçon, Code Pénal annoté, art, 379 ; n° 317. –Req. 25 nov, 1896, Gaz, Pal. 1897, 1, 28 : qui a jugé qu'à l'expiration du bail le propriétaire peut se mettre seul en possession des lieux sans l'intervention du locataire. Cité par Penant année 1952. p 82

Le créancier peut donc parfaitement reprendre de ses propres mains ce qui est à lui, pourvu qu'il ne se rende coupable d'aucun acte expressément puni par la loi.

Mais ceci suppose que le créancier reprenne ce qui est à lui.

Or, en l'espèce le bien litigieux avait été vendu, et étant donné que le transfert de propriété s'opère de plein droit au moment de la conclusion du contrat selon le code civil français, on ne peut justifier les agissements du vendeur, en prétendant qu'il a repris un camion qui était sa propriété.

En vain objectera-t-on la rétroactivité de la résolution qui entraîne la remise en état comme si aucun contrat n'était intervenu ⁶⁰¹. L'argument ne vaudrait pas, à notre sens ; c'est un principe, en effet, qu'en attendant la résolution, la vente est parfaite ; le transfert de propriété s'est réalisé⁶⁰².

Il en aurait été autrement si le vendeur avait usé de la faculté de rupture unilatérale et définitive du contrat en dehors de toute procédure judiciaire.

La jurisprudence admet en effet la rupture unilatérale du contrat sans recours au juge dans un nombre important de cas. Ainsi un créancier peut de sa seule autorité rompre le contrat, lorsque l'obligation principale de l'un des contractants reste totalement inexécutée, et qu'il est d'ores et déjà certain, vu les circonstances, que cette inexécution est définitive. Il en va de même lorsque l'inexécution dont une partie

⁶⁰¹ Jurisprudence constante ; V. Planiol, Ripert et Esmein : cité par Penant année 1952. p. 82

⁶⁰² En ce sens : Planiol et Ripert, *tr. prat. dr. Civ.*, t. X, par Hamel, n° 166. – Cf. Civ. 30 avr. 1873, I, 195. ; Req. 7 avr. 1874, D. 1874, I, 289. Cité par Penant année 1952. p. 82

souffre est susceptible de mettre ses intérêts en péril permanent et qu'il y'a urgence à les sauvegarder, ou encore lorsqu'un contractant n'exécute pas de bonne foi ses engagements « créant ainsi une sorte d'impossibilité morale qui empêche la continuation des relations des parties⁶⁰³.

En l'espèce les agissements de l'acheteur, tels que le tribunal les a relevés, auraient à en croire l'auteur, justifié une rupture unilatérale du contrat, la reprise du camion extériorisant la volonté de rupture du vendeur. On aurait ainsi abouti, par une voie différente, à la solution admise par le tribunal.

Mais en demandant la résolution judiciaire, le vendeur excluait de lui-même le recours à la rupture unilatérale. Par suite, tant que le tribunal n'aura pas prononcé la résolution, la vente demeure parfaite⁶⁰⁴.

Après l'étude de la responsabilité juridique, nous allons aborder la question de l'évolution des régimes de suretés et preuves.

⁶⁰³ Cassin '' De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques '' Thèse, Paris ; 1914. P. 354 – voir encore : Planiol , Ripert et Esmein , op , cité , n°428 – Ripert et Boulanger , tr , élém , dr , civ , t , II ? N° 529. Cassin, - op cité p. 337 et s. Lepeltier '' La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations '' Thèse Caen, 1934, n° 28. Lévy '' La résolution de plein droit du contrat '' Thèse, Paris, 1931. – Nancy, 9 juillet. 1907. D. 1907. 2. 360. Civ, 24 janv. 1910, 1911, 1, 195. – Req, 22 déc 1920, D. 1920, 2, 41, note Savatier ; S ; 1922 ; 1 , 369 , note Morel . – Civ. 28 janv. 1941, S, 1941, 1, 60. Cité à la page 83 par Penant année 1952

⁶⁰⁴ Alex Weill : dans Penant '' Recueil de jurisprudence de doctrine de législation coloniale et maritime '' année 1952. p. 78 à 83

PARAGRAPHE II : L'EVOLUTION DU REGIME DES SURETES

Rappelons- nous que certaines sociétés africaines ont établi un ensemble de suretés pour garantir l'exécution des conventions. Ce sont les pactes rituels, la mise en gage des personnes, le recours aux modes de preuve etc...

Ainsi nous allons tenter de traiter l'introduction des modes de sûreté moderne (A) et l'introduction des modes de preuves moderne (B) en Afrique noire traditionnelle, dans ce paragraphe.

A/ L'introduction des modes de sûreté moderne

La sureté est une garantie donnée au créancier contre l'inexécution de l'obligation par le débiteur ; elle peut résulter soit de l'adjonction au débiteur principal d'un tiers débiteur accessoire qui garantit le paiement (sureté personnelle), soit de l'affectation d'un ou plusieurs biens au paiement de la dette (sureté réelle)⁶⁰⁵.

Nous savons que les relations contractuelles concernent plus particulièrement les liens unissant des individus appartenant à des groupes différents. Il en va de même des suretés, ainsi que le souligne la classification de R. Verdier⁶⁰⁶. Celui-ci distingue nettement l'entraide sociale, qui intervient entre individus appartenant à une même communauté (parentale et/ou résidentielle), et la solidarité juridique.

⁶⁰⁵ Norbert Rouland « Anthropologie juridique » Coll Droit fondamental. P. U. F. 1^é édition, 1988. p. 280

Dans la sûreté personnelle une autre personne appelée tiers débiteur garantit le paiement contre l'inexécution de l'obligation par le principal débiteur. Alors qu'un objet de valeur garantit le paiement contre l'insolvabilité du principal débiteur, cela concerne la sûreté réelle.

⁶⁰⁶ Raymond Verdier est cité par Norbert Rouland dans « Anthropologie juridique ». p. 280

La relation d'entraide est la conséquence des liens familiaux ou de voisinage. La solidarité juridique naît de la garantie spécifiquement attribuée à l'exécution d'une obligation née d'un contrat.

Par ailleurs, si la sureté concerne donc surtout des rapports intervenant entre membres de groupes différents⁶⁰⁷, les groupes ne se trouvent pas automatiquement engagés : encore faut-il que la dette justifie la mise en jeu de leur responsabilité, ce qu'apprécient leurs représentants au moment de la formation du contrat en accordant ou non la garantie du groupe. Dans le cas où celle-ci est refusée, le créancier devra obtenir directement du débiteur la sureté désirée.

Les suretés peuvent par ailleurs être distinguées suivant la nature de la garantie qu'elles instituent, que cette garantie soit réelle ou personnelle.

La thèse chère aux juristes classiques (fondée sur l'étude du seul droit romain) situe une fois de plus cette distinction dans une approche évolutionniste : « Les sociétés primitives ont fait très largement appel aux suretés personnelles, ignorant la garantie que les suretés réelles étaient susceptibles de procurer (...) les suretés réelles n'apparurent qu'après les suretés personnelles. Elles supposent, en effet, un droit qui soit assez évolué pour établir une distinction entre la chose et le droit réel qui porte sur cette chose, également entre les différents droits réels »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Nous n'excluons pas, cependant qu'elle puisse intervenir entre membres d'un même groupe, si l'on admet avec C. Mahomey, que des relations contractuelles puissent se former à l'intérieur d'un groupe large, comme entre deux groupes plus restreints.

⁶⁰⁸ H. L. et J. Mazeaud « Leçons de droit civil », t, III, Paris, Montchrestien, 1963, p. 9.

Ici encore, les données ethnographiques incitent à remettre en cause cette opinion : si les droits traditionnels comportent bien des suretés personnelles, ils n'excluent pas pour autant les suretés réelles.

Les suretés personnelles sont identifiables dans un certain nombre de situations, correspondant en général à des opérations de prêt ou le prêteur désire s'assurer contre l'éventuelle insolvabilité de l'emprunteur. Ainsi les Chagga⁶⁰⁹(Tanzanie) recourent-ils à trois types de suretés personnelles⁶¹⁰.

Soit un tiers s'engage à user de son influence auprès du débiteur pour qu'il exécute son obligation, le débiteur rompt alors un petit bâton en deux parties, dont il remet l'une au créancier, l'autre au tiers. Soit un tiers s'engage à titre de caution : en cas de fuite du débiteur ou si ce dernier meurt sans descendants, il assurera le remboursement de la dette⁶¹¹.

Ou bien, plus largement, il s'engage à rembourser dans tous les cas où le débiteur se trouverait dans l'incapacité de payer : il crache dans les paumes de ses mains et les tend au créancier qui les prend dans les siennes⁶¹².

Si l'identification des suretés réelles est plus délicate, leur existence nous paraît, néanmoins indubitable. Les biens dotaux remis par la famille du fiancé à celle de sa future épouse peuvent être interprétés comme une sureté garantissant l'union matrimoniale. Par ailleurs , dans un certain nombre de situations , correspondant en général à des

⁶⁰⁹ " Chagga " nom d'une communauté de la Tanzanie

⁶¹⁰ Ibid

⁶¹¹ Ibid

⁶¹² Ibid

dettes de subsistance (en cas de famine ou de disette , le débiteur a emprunté des denrées de première nécessité) ou de survivance (emprunts réalisés pour accomplir les sacrifices rituels à la terre et aux ancêtres , ou pour payer les dots des épouses) , le débiteur met en gage , jusqu'à l'extinction de la dette , soit lui-même , soit des personnes qui dépendent de lui (chez les Ashanti , quand un débiteur donnait en gage une fillette de sa parenté et ne pouvait , au bout d'un certain délai , rembourser sa dette , celle-ci devenait fréquemment l'épouse du créancier , , une confusion se produisant entre la dette et la dot que le créancier aurait du normalement verser ; souvent également , le mariage pouvait servir à camoufler une prise de gage , dans tous les cas , la survenance de rapports sexuels entre le gage et le créancier éteint la dette du débiteur) . La personne mise en gage est tenue de travailler pour le créancier tout en disposant d'un temps plus ou moins long, suivant l'importance de la dette, pour son travail personnel. Les prestations qu'elle effectue représentent les intérêts de la somme empruntée⁶¹³.

B / L'introduction des modes de preuves moderne.

La preuve des contrats prit dans l'ancien droit français une place considérable dès l'introduction du consensualisme. On a vu que les écrits avaient cessé rapidement d'être des sources d'obligations et avaient été considérés comme des preuves. Entre les différents écrits, s'était formée à ce sujet une hiérarchie qui alla se précisant, les actes publics se séparant de plus en plus des actes privés.

Les écritures publiques sont celles qui émanent des notaires, qui officient soit par délégation du juge (pays coutumiers), soit sous leur

⁶¹³ Op cité Norbert Rouland « Anthropologie juridique » p. 280 -281.

propre signature (pays du Midi). Le signe de validation, sceau du juge ou signature du notaire, fait admettre l'authenticité de l'acte.

C'est la raison pour laquelle une fois entière est ajoutée à ce que l'officier public a constaté « *ex propriis sensibus* », la date par exemple.

Pour combattre de telles énonciations, les parties n'ont à leur disposition que l'inscription de faux ; voie criminelle obligatoire en ce domaine depuis une ordonnance d'avril 1453 qui concernait le texte des jugements et que la pratique a étendue.

Les écritures privées émanent des particuliers. Elles ne sont validées par aucun signe authentique.

Les seules exigences furent celle de la signature des parties, celle du « bon pour », dans les actes unilatéraux⁶¹⁴, enfin celle du double qu'imposèrent les tribunaux parisiens dans les conventions synallagmatiques.

Les actes privés n'ont force probante que jusqu'à preuve contraire : pour avoir une plus grande force il faut qu'ils aient été reconnus en justice par « la *confessio in jure* » ou fait l'objet d'une vérification d'écritures. Leurs dates ne font foi que s'ils ont été soumis au contrôle, c'est-à-dire enregistrés⁶¹⁵.

La preuve testimoniale fut longtemps en usage en matière de contrats. Et comme longtemps les écrits avaient été suspects en raison des facilités offertes aux faussaires, on préférait à tout prendre les témoins, malgré leurs inconvénients. C'est dans ce sens qu'on a longtemps dit : « Témoins passent lettres ».

⁶¹⁴ Déclaration Royale du 30 juillet 1730

⁶¹⁵ (Édits de 1580 et 1693)

La glose considérait que quatre témoins l'emportaient sur un acte authentique, tandis qu' Hostiensis et les autres canonistes se contentaient de deux témoins.

Or ce régime fut transformé par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins de février 1566. Voulant éviter « les évolutions de procès », ce texte prescrit de passer un écrit pour contrat de toute chose excédant cent livres. Comme il est interdit de prouver par témoin outre et contre le contenu des actes, la règle nouvelle s'écrit : « Lettres passent témoins. L'ordonnance de Moulins a inspiré le régime des preuves en droit français, à l'époque⁶¹⁶.

En raison de la rareté d'actes écrits en Afrique noire, la recherche de la vérité dans les litiges se heurte à d'assez grandes difficultés, d'autant plus que les gens de même famille, clan ou tribu considèrent comme un devoir de favoriser les prétentions mêmes injustifiées d'un des leurs et fournissent des témoignages complaisants. Dans ces conditions, les juges sont obligés d'en venir presque toujours aux serments des parties.

Beaucoup de juges avaient, autrefois, l'habitude de déférer le serment aux deux parties à la fois.

Lorsque les serments étaient contradictoires, ils rendaient un jugement de compromis donnant satisfaction, en une certaine mesure, aux parties. Mais, cette pratique a été interdite par une circulaire du Procureur général⁶¹⁷.

⁶¹⁶ A. E. GIFFARD « Droit Romain et ancien droit français : LES OBLIGATIONS », Précis DALLOZ, 1958. p. 222, 223

⁶¹⁷ Geismar (L) « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal, op, cité. p. 9

Malgré ces errements, nous ne partageons pas le scepticisme manifesté par beaucoup à l'égard de l'efficacité du serment indigène. Nous avons vus, au contraire, de très nombreuses affaires, ou la seule menace d'un serment a fait revenir les parties sur les déclarations mensongères et révèle la vérité⁶¹⁸.

Lorsque le serment se fait dans les conditions exigées par la coutume ou la loi coranique, il impressionne fortement les plaideurs. Chez les animistes, le cérémonial du serment est d'ailleurs tellement compliqué parfois qu'on ne peut y recourir aisément.

La plupart des tribunaux étaient présidés par des juges musulmans, c'est la procédure coranique, plus ou moins déformée, qui est généralement appliquée. Elle est grosso modo, la suivante⁶¹⁹.

C'est au demandeur qu'il appartient de parler le premier et de préciser sa demande. La parole est donnée ensuite au défendeur.

Si le défendeur rejette les prétentions du demandeur, celui-ci est invité à produire ses preuves.

Ces preuves peuvent être, soit le témoignage, soit la prestation de serment par le demandeur, soit l'un et l'autre moyen réunis.

Pour pouvoir témoigner, il faut, en principe, être majeur et de bonnes vie et mœurs.

Le juge peut exiger que la moralité des témoins soit attestée par deux certificateurs. Le témoignage de proches parents⁶²⁰.

⁶¹⁸ La scène classique est la suivante. Le défendeur sommé de prêter serment le décline et dispense la partie adverse de le prêter ; comme disent les indigènes : « il pardonne le serment ».

⁶¹⁹ Les renseignements qui suivent sont empruntés au Code musulman de Seignette

La partie adverse peut récuser les témoins, en se basant sur l'un des nombreux motifs de récusation prévue par la loi.

En principe les témoins ne doivent pas prêter serment. Le fait de vouloir corroborer son témoignage par serment est même considéré comme un indice de partialité et peut entraîner la récusation⁶²¹.

Le défendeur requis de prêter serment peut exiger auparavant de son adversaire de déclarer, sous la foi du serment, qu'il n'a pas connaissance de l'immoralité des témoins produits.

Les questions de statut qui n'intéressent pas les biens, ni directement, ni indirectement, ne peuvent être valablement prouvées que par deux témoins du sexe mâle. Toutes les autres affaires peuvent être prouvées par le témoignage : 1° d'un homme et de deux femmes ; 2° d'un homme ou de deux femmes complété par le serment du demandeur. Certains faits peuvent être prouvés par deux femmes seules.

Après l'audition des témoins du demandeur, le défendeur est invité à produire ses moyens de récusation.

Le demandeur qui ne peut produire de preuves est, toutefois, autorisé à déférer le serment au défendeur.

Mais cette faculté n'existe pas pour toutes les affaires ; pour certaine (preuve d'un mariage par exemple) un témoignage au moins est exigé⁶²².

⁶²⁰ Ascendants, descendants, conjoints

⁶²¹ Ibid

⁶²² Op. cité. Geismar (L). p. 210- 211

Chaque fois que le demandeur a produit un témoin au moins, le défendeur est obligé d'accepter le serment et ne peut le référer au demandeur.

Le serment une fois prêté par le défendeur, le demandeur ne peut compléter la preuve en produisant un second témoin.

Les preuves faites de part et d'autres sont admises à produire leurs effets, en tant qu'elles ne sont pas incompatibles. Le juge est autorisé à peser les témoignages (degré de moralité, sexe, etc..).

La loi énumère, en outre, un certain nombre de faits susceptibles de faire pencher la balance, en cas d'égalité de preuve.

En cas de contradiction des témoins, le demandeur peut être tenu à prêter serment

Si le défendeur ne peut produire des témoins, le serment est déféré au défendeur.

Le refus de serment du défendeur ne donne gain de cause au demandeur que s'il a fourni un commencement de preuve (un témoignage par exemple) et prêté lui-même le serment

Il est bien entendu que ces règles coraniques ne sont pas d'ordre public et que chaque fois qu'elles contreviennent aux prescriptions de notre décret sur l'organisation judiciaire, elles doivent être écartées⁶²³.

Quelques autres règles doivent être citées. La présentation de témoins, fussent-ils dix, est considérée comme moyen de preuve insuffisante s'il s'agit de demandes formulées contre un défunt. En ce cas, la prestation de serment est indispensable. Il en est ainsi, notamment

⁶²³ **ibidem**

lorsque le litige concerne des animaux ou terrains compris dans la masse successorale.

Des règles spéciales existent en matière de réclamation de dot. Dans les procès de divorce, le mari est considéré généralement comme défendeur. Ses déclarations concernant le montant de la dot ne peuvent être prouvées uniquement par témoins. Si son évaluation est contestée par la femme, c'est à lui qu'il appartient de prêter serment. Inversement, en matière de réclamation de cadeaux de fiançailles, c'est la famille de la fiancée qui doit prêter serment. Si dans le premier cas, le mari refuse de prêter serment, c'est le montant indiqué par la femme ou sa famille qui sert de base au jugement.

Les règles qui viennent d'être indiquées sont loin de constituer un code rigide. En fait, elles sont appliquées avec beaucoup de fantaisie.

Les seuls principes stables qu'on puisse en dégager sont qu'il y a une certaine préférence pour le serment du défendeur et que le refus de serment est considéré généralement comme un aveu de tort⁶²⁴.

Le serment est dans l'ensemble appréhendé par les indigènes. Chez les animistes surtout, c'est une sorte de provocation de la divinité qu'on redoute. Cette crainte est telle que, chez les Sérères, l'individu qui témoignerait sous la foi du serment qu'il est héritier, perdrait, paraît-il, tout droit à la succession. Chez les musulmans, probablement, en raison des formalités moins compliquées, le serment est admis plus facilement. Il consiste, comme on sait, à jurer sur un Coran ouvert, après accomplissement de certains rites de purification.⁶²⁵

⁶²⁴ibid

⁶²⁵ La formule du serment est la suivante : « Je jure au nom de Dieu et il n'y a point d'autre Dieu que lui, que

Le serment doit être prêté debout. Lorsque la valeur du litige est un peu importante, le serment est prêté, de préférence dans une mosquée.

Le serment des indigènes chrétiens n'est pas réglementé. Il semblerait qu'il faille admettre le serment sur la Bible ou sur un crucifix.

Quant aux animistes, les procédures de serment sont très variées. La plus ancienne paraît être le serment sur un fer rougi. On admet que le témoin qui ne se brûle pas, a dit la vérité. Le serment sur le fer paraît plus craint que le serment sur le Coran. Dans les débats judiciaires, on voit souvent la phrase suivante : « Je le jurerai non seulement sur le Coran, mais encore sur le fer. » Chez les Sérères existent le serment sur la hache, sur les canaris ⁶²⁶ de Gohé et sur la pierre sacrée de Bandia.

Le serment sur la hache, qui est utilisé uniquement pour les contestations de terrains, se pratique de la façon suivante :

On creuse un trou dans la terre dans lequel on verse de l'eau ayant passé par l'oreille d'une hache. Le témoin en boit une gorgée, après avoir confirmé sa déclaration. S'il ne meurt pas dans le délai d'une année, il est censé avoir dit la vérité.

Un serment analogue existait autrefois, en pays toucouleur, pour les contestations de terres. Le déclarant jurait sur une pincée de terre qu'il portait à sa bouche⁶²⁷.

Le serment sur la pierre de Bandia consiste à réitérer sa déclaration après avoir offert un sacrifice. S'il n'arrive pas de malheur

⁶²⁶ Récipients en argile.

⁶²⁷ Ibid

au déclarant ou à sa famille dans un délai déterminé (quarante jours en moyenne) on considère qu'il a dit la vérité.

Le témoin dispose d'ailleurs d'un délai de quarante jours pour se « laver », autrement dit pour se dédire en offrant un sacrifice expiatoire. Pendant toute cette période, le juge ne peut prendre que des mesures conservatoires. S'il s'agit par exemple d'un procès concernant des animaux, ceux-ci ne sont attribués qu'une fois expiré le délai.

Le serment sur les canaris de Gohé⁶²⁸ se prête en avalant une gorgée du liquide contenu dans les canaris sacrés.

Le liquide, jamais renouvelé, est constitué par le sang des poulets sacrifiés au dessus des récipients. Si le témoin vomit, après absorption du liquide, à côté des canaris, il est censé avoir dit la vérité. S'il vomit en dehors ou pas du tout, sa déclaration est considérée comme mensongère. En ce cas on lui rase la tête, et ses cheveux sont remis à l'adversaire.

Par des sacrifices ultérieurs, il peut se purger de sa faute. Ce sont ces réparations postérieures, accomplies de connivence avec le féticheur, qui font que nos tribunaux ne peuvent pas toujours accorder aux serments animistes une très grande valeur.

Chez les Malinkés⁶²⁹ existe un serment consistant à piquer une noix de cola avec une aiguille rougie. L'homme prêtant ce serment demande que son cœur soit blessé comme la cola s'il ne dit pas la vérité. Une autre procédure, animée du même esprit, consiste à écraser un oiseau

⁶²⁸ Geismar (L), op cité. p. 214

⁶²⁹ ibidem

sur une enclume et à solliciter la même punition pour soi-même au cas où l'on mentirait.

Il faut reconnaître que la prise en considération de certaines de ces coutumes, du serment sur les canaris notamment, a quelque chose de choquant. Certes, le serment est nécessaire, et l'on ne peut s'en dispenser. Mais étant donné l'appréhension qu'éprouvent les animistes à prêter serment, il serait parfois possible de considérer l'acceptation du serment comme une preuve suffisante et de ne pas tenir compte du résultat effectif. L'arsenal des serments animistes est d'ailleurs suffisamment varié pour qu'on puisse y trouver des procédures tirant leur valeur du caractère sacramentel de l'affirmation et non du résultat d'une ordalie. En principe, on pourrait admettre les premières et renoncer aux secondes⁶³⁰.

⁶³⁰ Op, cité. Geismar (L) « Recueil des Coutumes civiles des races du Sénégal » P. 209-215

CONCLUSION

En guise de conclusion, retenons que les rapports contractuels en Afrique noire traditionnelle étaient régis par les règles coutumières. Les contrats coutumiers étaient variés et avaient un caractère oral et sacré dans leur formation et même dans leur exécution.

En raison de la structure relativement simple de l'économie indigène, il est assez difficile d'établir entre les diverses formes de contrats les démarcations nettes existant en droit français. Les contrats conclus entre indigènes présentent souvent un caractère mixte dont les composantes sont difficiles à dissocier. Les dispositions régissant les divers contrats sont par ailleurs tellement semblables qu'une démonstration détaillée de leur évolution serait difficile.

Il y'a eu cependant une évolution dans le droit des contrats en Afrique noire traditionnelle. Ce sont : le processus d'acculturation qu'a entraîné la colonisation européenne, la pénétration de la monnaie et l'avènement de l'écriture qui expliqueraient cette évolution. C'est pourquoi, il y'a eu des innovations aussi bien dans la formation du contrat que dans l'exécution. Toutes ces influences extérieures ont apporté des changements au système contractuel africain. L'écrit y a pris une place considérable, la prédominance de la dimension économique sur le social est remarquée, de même la dimension symbolique tend à disparaître au profit de celle onéreuse.

Des contrats traditionnels ont connu une évolution dans leur typologie, par exemple à la place du contrat de louage en Afrique traditionnelle, on assiste maintenant au contrat de bail,

qui est un contrat de louage par lequel l'une des parties (le bailleur) s'engage moyennant un prix (le loyer) que l'autre partie (le preneur) s'oblige à payer , à procurer à celle-ci pendant un certain temps,

la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière. Le louage des habitations et des terrains pourrait avoir été inconnu. Le terme n'existe pas : on a emprunté au français le mot "loué", pour les contraintes urbaines qui ont lieu sous l'influence européenne. Cases et champs étaient prêtés gratuitement : ou bien l'occupant était un membre de la famille, ou bien un étranger qui s'incorporait au groupe familial et il devait donc ses services, mais aucune rémunération comme loyer. Le salariat n'était pas très connu. Aujourd'hui, certaines formes de salariat s'introduisent.

On peut sentir l'évolution du droit du contrat traditionnel au niveau de l'exécution. En effet, en droit traditionnel, la conception de l'obligation est limitée par deux grands principes : l'attribution fonctionnelle des statuts et la réciprocité des obligations (plus le représentant d'un groupe dispose de droits importants, plus ses charges sont lourdes). Autrement dit, l'obligation naît moins au profit ou à la charge de l'individu qu'à ceux du représentant du ou des groupes auxquels il appartient⁶³¹.

Plusieurs types de sanctions peuvent intervenir pour remédier à l'inexécution des obligations contractuelles, qui peuvent être garanties par l'existence de sûretés. Dans les sociétés modernes individualistes à l'inverse des sociétés traditionnelles, les sanctions de l'inexécution des contrats ont un caractère plus économique que social.

Ainsi, le préalable nécessaire à toute sanction d'une inexécution est la mise en demeure. Son champ d'application est vaste. Elle est le préalable nécessaire de toute sanction, qu'il s'agisse de l'exécution directe ou de l'exécution par équivalent.

⁶³¹ Op cité. M. Niang « La théorie des obligations chez les wolofs »

On sait que la question du formalisme se pose à plusieurs niveaux en droit des contrats principalement comme condition ou comme exigence probatoire.

Aujourd'hui, les conditions de forme de validité des contrats sont exigées, à peine de nullité du contrat. Elles consistent soit dans la rédaction d'un acte (contrats solennels), soit dans la remise d'une chose (contrats réels).

CONCLUSION GENERALE

L'examen des contrats en Afrique noire traditionnelle auquel nous venons de procéder semble nous autoriser à formuler une observation qui nous paraît d'une grande importance pour notre discipline. Contrairement aux préjugés évolutionnistes, il n'existe pas de différence radicale, de nature, entre les relations contractuelles traditionnelles et modernes.

La comparaison entre les relations contractuelles traditionnelles et celles modernes nous a montré que ces dernières ne sont ni un privilège, ni une invention des sociétés modernes. Dans le même sens, le droit traditionnel n'est donc nullement « primitif », et nous rejoignons ainsi la pensée de C. Lévi- Strauss : « Je voulais montrer (dans la pensée sauvage) qu'il n'y a pas un fossé entre la pensée des peuples dits primitifs et la nôtre. Ces formes de pensée sont toujours présentes, vivantes parmi nous. Nous leur donnons souvent libre cours. Elles coexistent avec des formes qui se réclament de la science ; elles sont contemporaines au même titre ⁶³²».

Jean. P. Tosi illustre cette thèse en soutenant, « l'homme détient par nature le pouvoir de créer des liens de droit, sa volonté est autonome, elle peut à elle seule engendrer des obligations et donc créer librement tel ou tel type de contrat, cette analyse met toutes les volontés, donc tous les individus sur un pied d'égalité... »⁶³³.

Très généralement les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties sans aucune formalité et en particulier sans passation d'un écrit.

⁶³² C. Lévi – Strauss « De près et de loin ». Paris, O. Jakob, 1988. P. 154

⁶³³ Op. Cité. Jean. P. Tosi « Le droit des obligations au Sénégal »

La validité d'un contrat repose sur la foi ou la parole donnée. Le fondement du droit des contrats en Afrique noire réside sur un facteur moral. Ce qui est prouvé par un vieux dicton qui disait « on attache les bœufs par les cornes et on lie les hommes par leur parole ».

On peut dire sans se tromper que les éléments caractéristiques de ce fondement moral sont : la force obligatoire de la parole donnée, le juste équilibre des prestations promises, la sécurité vis-à-vis de celui qui abuse de son droit, la réparation de tout dommage causé à autrui.

Les contrats en Afrique noire traditionnelle peuvent être classés² en envisageant leur objet (typologie de T. D. Elias) ou leur fonction (typologie d'E ; Leroy). Dans le premier cas , on distinguera notamment : les contrats de mariage (plusieurs contrats sont souvent nécessaires à la conclusion d'un mariage , qui engagent successivement les futurs conjoints , leurs groupes familiaux et enfin la communauté toute entière) ; les contrats de travail coopératif (passés entre parents ou non parents , ils instaurent un accord temporaire ou permanent impliquant la mise en commun des ressources en force de travail et matériel d'exploitation pour certains travaux agricoles , de construction ou d'entretien) ; les contrats d'élevage (dans certaines sociétés d'agriculteurs , un propriétaire de bétail peut confier une parties de ses troupeaux à un voisin qui l'élèvera dans le but d'en commercialiser les produits) , divers contrats de louage de services (emploi d'une sage femme pour un accouchement) , contrat de vente , nécessaires au fonctionnement des foires et des marchés .

La typologie reposant sur la fonction possède l'avantage d'être plus précise. Elle permet de distinguer des contrats à fonction familiale (contrats de mariage , de nourrice , d'accouchement) ; sociale

(contrats d'éducation , cérémoniels) ; économique : accès à la répartition des terres (vente louage) , à l'exploitation des moyens de production (prêt , échange) , à la mise en valeur des terres (contrats de travail coopératif) ou des troupeaux (contrats d'élevage) , échange d'avoirs dans le cadre résidentiel (échange mutuel) ou du marché (vente , mise en gage) , contrats d'expéditions commerciales (formations de caravanes) ; sacrale (contrats d'emploi de magiciens ou de sorciers) ; politique (contrats de mise en valeur des biens de prestige des chefs) .

D'autres typologies sont également envisageables. On peut tenir compte de la nature des richesses impliquées dans l'échange et distinguer des contrats réels ; réels et formalistes, réels, oraux et formalistes.

Ou encore classer les contrats selon la nature des prestations auxquelles ils donnent naissance ; contrats à prestation symboliques, ou onéreuses⁶³⁴.

Il serait cependant contraire aux évidences les plus claires de prétendre que les contrats modernes et traditionnels sont identiques. En effet, le changement socio-économique et l'entrée de la monnaie en Afrique noire ont pu réduire la distance sociale et donc contribuer à la prédominance des prestations onéreuses sur les prestations symboliques : le phénomène est particulièrement sensible dans le processus d'acculturation qu'a entraîné la colonisation européenne. C'est ainsi que le mariage dotal a tendu à se transformer en un mariage par achat de la mariée, ou compte plus que l'alliance entre les groupes familiaux des conjoints le montant de la dot.

⁶³⁴ Op, cité Norbert Rouland « Anthropologie juridique » P. 162

Mais, avec le changement socio-économique, la conclusion de plusieurs contrats est subordonnée à des exigences de formes. Alors que c'est le propre des contrats dits solennels comme dans les droits inspirés par le droit français, la donation ou l'hypothèque.

L'écrit a pris une grande part dans les relations contractuelles, alors que le droit coutumier africain ignorait l'écriture, la plupart des contrats se formaient oralement.

Il est à noter la prédominance de la dimension économique sur celle sociale. L'exemple des contrats de travail coopératif illustre bien cette remarque. Avec ce contrat, depuis la pénétration de la monnaie en Afrique, il arrive aujourd'hui que le groupe qui fait appel au travail coopératif se voit demander par les autres un paiement en argent à la place des réjouissances qui en tenaient bien auparavant. La corrélation très étroite entre les prestations et le paiement en argent ôte au système du travail coopératif la souplesse qu'il avait auparavant. On pourrait encore citer l'exemple des contrats des guérisseurs traditionnels.

Aucune société ne peut exister sans une discipline imposée à ses membres et toute société est juridique par définition.

Le droit Africain n'a pas donné naissance à une science juridique, il n'a pas fait l'objet de réflexion comme il l'a été à Rome. Il est resté très imprégné de sacralité ou d'impératifs sociaux, il n'en reste pas moins un droit.

L'origine des dispositions juridiques africaines est essentiellement coutumière, mais, elle a fait l'objet d'une évolution remarquable. L'exemple du droit des contrats est une parfaite illustration.

Tant au niveau de la description, que de l'explication et de l'interprétation, nous avons conscience du caractère encore insatisfaisant de certaines des données sur lesquelles repose cette thèse.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages generaux

Meyer Bernard « Maitriser l'argumentation », éd. Armand Colin 2002.

CAEN Josiane et Fontaine Michelle « Les fondements de la vie juridique » ; Les éditions Foucher 128 ; rue de Rivoli, 1985

Lacombe Jean « Thème générale des obligations en Droit malgache » Editions CUJAS

Olowale Elias Thomas « La nature du Droit coutumier Africain » Présences Africaines, Paris 1961,

Balandier Georges « Sociologie actuelle de l'Afrique noire » Paris, PUF, coll. Quadrige. 1982 (4e éd.)

Okou Legre Henri « Conventions indigènes et Législations coloniale » (1893-1946) Essai d'anthropologie juridique. Editions Neter, 1994

Woun Bipoun Marie Joseph « Le Droit international africain », Paris Librairie générale de Droit et de jurisprudence 1970

Cornevin Marianne « Secrets du continent noir révélées par l'archéologie » Maisonneuve et Larose Paris 1998

Diop Anta Cheikh « La parenté du Wolof, Diola, Sérère, Peul ; Baguirméen, Tonga ; Egyptien » SARA, « Nations nègres et cultures » Présences africaines ; Paris

GUINCHARD. S « Droit patrimonial de la famille au Sénégal » LGDJ. Paris et NEA. Dakar ; 1982. p .43

POIRIER. Jean « Etudes de Droit Africain et de Droit Malgache » Ed. Cujas. 1965

Fernand Nicolas, « Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes » sans éditeur, Paris.

Durand Bernard « Histoire comparative des institutions » Dakar. Éd. NEA, 1983

Poirier Jean “ Etudes de droit Africain et de droit Malgache ” Univ de Madagascar, Editions Cujas 1965

Mousseron M. J « Technique contractuelle » éditions Francis Lefebvre. 1988. N° 287.

Rochfeld Judith « Cause et type de contrat » Préface de Jacques Ghestin.

Eerde Van « ethnologie coloniale » Paris. Edition du Monde Nouveau 1927

Ihering Von R. " L'évolution du droit " (Zwecht in Recht), 3ème éd. Traduction O. de. Meulenaere, Paris, Librairie A Maresq 1901

Chabas (j) « Transformation du droit local et évolution économique », in. Annales Africaines, Tome 1, 1962

Mair Lucy " Le mariage, étude anthropologique " Paris Payot, 1971

ALLIOT Michel « Les résistances traditionnelles au droit africain moderne dans les Etats d'Afrique Francophone et à Madagascar » – Etudes de droit Africain et de droit malgache 1965

Carbonnier. J " La genèse de l'obligation dans l'apparition de la coutume ". In Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 8é, me éd L .D .G .J . 1995

Poirier Jean « La preuve judiciaire dans les droits coutumiers de l'Afrique noire »

Denise Bouhe " Les villages de liberté en Afrique noire française " 1887-1910, Paris, Mouton, 1968, p, 282

Lavigerie Renault François " L'esclavage africain et l'Europe " Tome I : Afrique centrale. Paris. Ed. E. de Boccard, 1971

Gueye Mbaye " l'Afrique et l'esclavage, une étude sur la traite négrière " Paris. Ed. Martinsart, 1983

Le Roy. E « justice africaine et oralité juridique » Bull de l'Institut français d'Afrique noire.

Robert.P.André « L'évolution des coutumes de l'ouest africain et la législation française », Préface J. de Soto. Encyclopédie d'outre mer, Paris 1955.

Mair Lucy " le mariage, étude anthropologique " Paris ; Payot, 1971.

CF. d'Aby Amon F.J « croyances religieuses et coutumes juridiques des Agni de Cote d'Ivoire » Paris, Ed Larose. 1960

Menalcque Marc « coutumes civiles des baoulés de la région de Dimbokoro » Paris larose, 1933.

Holàs Bernard « Tradition Krou » Paris F Nathan, 1980

Pandele Gilbert « La protection des jeunes par le juge des enfants » Paris, les Ed. Est, 1981.

Gonidec P. F " Droit d'outre –mer. T. I, De l'empire colonial de la France à la communauté ". Paris. Ed. Montchrestien, 1959.

Chaftik Chéhata " Etudes de droit musulman " Paris, PUF, 1971

Ahmad .K. N., " the muslin law of divorce ", Kitabhavan, New Delhi – 1, 1978,

Lampué.P « L'option de législation et le statut des originaires des communes de plein exercice du Sénégal » Penant, 1948,

Gouilly. A « l'Islam dans l'A.O.F » ; Paris, Larose, 1952.

Poumaré.Jacques « Exploitation coloniale et droit traditionnel », in Pouvoirs publics et développement en Afrique, édition de l'Université des sciences sociales, 1992

Bourel. « Les conflits de Droit », in Encyclopédie juridique, titre 1

Poirier.J « L'originalité des droits coutumiers de l'Afrique noire dans l'antiquité et sociologie juridique » mélange M. Levy Brühl Paris Sirey, 1959.

Poirier.J,« Les droits coutumiers dans la civilisation traditionnelle d'Afrique noire »,in, : aspects de la culture noire,A. Fayard, 1958.

Pélissier Paul « Les paysans du Sénégal, les civilisations agraires du cayor à la Casamance » Paris 1961

Solus Henri « Traité de la condition des indigènes en droit privé » Paris, Sirey, 1927

Levy –Brühl. H – « L'originalité des droits coutumiers négro-africains ». Paris, Sirey, 1958

Gonidec Pierre François « Les droits africains » Paris LGDJ, 1961 du CNRS, 1979.

Robert.P.André « L'évolution des coutumes de l'ouest africain et la législation française » Préface J. de Soto, Encyclopédie d'outre-mer, Paris 1955

Gunnar « Histoire des doctrines monétaires, 1935 ;

Guitton. H, « La monnaie », 1974 ;

Flouzat.D « Economie contemporaine. Les phénomènes monétaires », 1982 ;

« Droit et monnaie », actes du colloque de l'Association internationale de droit économique, 1988 ;

Libchaber R.« Recherches sur la monnaie en droit privé, LGDJ ; 1992.

Sédillot. R « Histoire morale et immorale de la monnaie », 1989.

Stark Boris « Introduction au droit » 4^e édition LITEC, 1996. P. 505

Lévi – Strauss . C « De près et de loin ». Paris, O. Jakob, 1988

Mazeaud.J et L. H « Leçons de droit civil », t, III, Paris, Montchrestien, 1963

Okou Legré Henri « Les conventions indigènes et législation coloniale (1893-1946) ». Essai d'anthropologie juridique. Editions Neter, 1994

Delbard, A « Les dynamismes sociaux au Sénégal, in Cahiers de L'I.S.E.A. Fer -1966 ;

Froelich. J .C / Archaïsme et modernisme, les musulmans noirs et le progrès, in Cahiers de L'I.S.E.A. 1961 ; n° 3 ;

Monteil. V. / Islam et développement au Sénégal, in Cahiers de l'I.S.E.A. 1961, n° 3. ID ; L'Islam noir, Paris ; Seuil, 1964

Bourel (P). « Conjonction du droit africain et du droit européen dans le droit des conflits de lois en Afrique francophone, in. Annales Africaines, 1968

« Le nouveau code des obligations du Sénégal ; annales africaines FSE de Dakar. Paris éd. Pedone p 74 UCAD 1963

René. A.Caillé, journal d'un voyage à Tombouctou, in Bowdich, voyage dans le pays Ashanti, traduction Française, 1918

Annales Africaines. " Le nouveau code des obligations du Sénégal " F. S. E de Dakar. Paris. Éd. Pedone. 1963

Geismar Léon " Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal " ST Louis, Imprimerie du gouvernement, 1933. Colonie du Sénégal.

Annales Africaines « Le nouveau code des obligations du Sénégal » F S E de Dakar. Paris éd .Pédone.

Rouland Norbert « Anthropologie Juridique » Presses Universitaires de France, 1988. 1 ère édition. P. 267. Collection de droit fondamental

Durand Bernard « Histoire comparative des institutions ». Dakar, Ed. NEA ; 1983.

Giffard. A.E. « Droit romain et Ancien droit Français – Les obligations » Dalloz, 1958

A.Annales Africaines « Le nouveau code des obligations du Sénégal » F.S.E de Dakar Paris Ed Pedone 1963

Fernand Nicolas « Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes » sans éditeur, Paris, vol 3

Perreau .E. H. " du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé " R .T.D. Civ ; 1901

Endrio .G " l'habitude " D. 1981

SURET- CANAL « L'Afrique noire occidentale et centrale » 1961

Rouland Norbert « Anthropologie juridique » coll. Droit Fondamental. PUF ; 1 ère éd 1988.

" Les cultures et le temps " Paris, Payot / UNESCO. 1975

Geismar .L « Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal » St-Louis, Imprimerie du Gouvernement, 1933

Recueils d'études en hommage à la mémoire du Professeur Henri Donnedieu de Vabres, Paris, Editions Cujas, 1980

“La Révolution et l'égalité civile ” Recueil Sirey, Paris 1953

Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions, T. XVIII, Paris, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1963

Grand Larousse de la langue française en sept volumes 1964.

Rouland Norbert : « Anthropologie juridique » coll. Droit fondamental, PUF, 1^{er} éd ,1988 .

Lexique des Termes Juridiques, 10^{ème} édition. Dalloz 1995.

Lexique “ Termes juridiques ” Raymond Guillien et Jean Vincent Editions Dalloz 1995

Le dictionnaire de Mgr. Kobes – 1923 –

THESES ET MEMOIRES

Traoré Samba « Les systemes fonciers de la vallée du Sénégal : Exemple de la zone Soninké de Bakel ; Canton du Goy –Gajaaga (Communauté rurale de Moudéri). Thèse Doctorat d'Etat en Histoire du Droit. Juillet. 1991

Thiam Samba « Les indigènes paysans entre maisons de commerce et administration coloniale : Pratiques et institutions de crédit au Sénégal (1840-1940). Thèse en cotutelle. Université Montpellier, novembre 2001

Perrot. R “ De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques ” Thèse. Paris. 1947

Joviaux C “ l'habitude individuelle dans le droit des obligations ” Thèse. Paris. 1974

Le Roy Étienne “ Système foncier et développement rural “ Thèse.

Niang Mamadou « La théorie des obligations chez les wolofs » mémoire, Université de Paris ; Institut de Droit Compare 1967

COLLIN NOGUES (R), « Autobiographie d'Omar » , François Maspero , Paris , 1982.

PERIODIQUES – NOTES --DOCUMENTS

Poirier Jean « L'ethnologie juridique négro-africain » 1953. IFAN. Périodique n° 229. Paris III. 17 Rue St-Antoine

NOTES CA (Notes sur les Connaissances Autochtones) n° 32 Mai 2001 (rapports périodiques) p. 1 à 4. Article de Kenneth L. Leonard; Department of Economics, Columbia University, Mail Code 3308, 420 W 118 the Street New York, NY 10027 ; e-mail : KL206@columbia.edu

Table ronde préparatoire organisée par le laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris Février 1978 “ Sacralité, pouvoir et droit en Afrique “

VERDIER. R “ Essais sur la conception de la justice KABRE – Documents du Centre d'Etudes et de Recherches de KARA (Togo), 1967

La formation du contrat en droit Sénégalais ; Réflexions sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales, R.S.D. 1969

Coutumiers juridiques de l'A.O.F., 3 volumes. Paris, n° 1, 1967

Note explicative d'avant projet de l'acte uniforme (OHADA) sur le droit des contrats. septembre 2005. CF. aussi avis du Doyen Melone

JOUCLA (E), « Le crédit » , Collection de l'Action Nationale , l'Afrique Occidentale Française

Note sur la situation de l'A.O.F, 17 G337 (126), ANS

Etoundi Félix Onana Résumé « Formalisme et preuve des obligations contractuelles ». Colloque de Ouagadougou (Burkina Faso) 15. 17 nov. 2007 sur l'harmonisation du Droit OHADA des contrats.

Notes et documents « éléments bibliographiques de droit africain (traditionnel et moderne) par Mamadou Niang Bull de l'IFAN

WICKERS. Serge « Contribution à la connaissance du droit privé des Bakongo » Bordeaux 1954

Article 1^{er} du décret du 12 décembre 1905, modifié par celui du 8 aout 1920

« Sacralité, pouvoir et droit en Afrique » Table ronde préparatoire organisée par le laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris. Février 1978, Editions du CNRS

Archives nationales de la Cote d'Ivoire. 1 EE, 14, 1EE7, 1EE50 ;
"Histoire des coutumes de la Cote d'Ivoire "

Archives nationales de la Cote d'Ivoire (ANCI), série 2EE 14. :

ANCI, 5EE 61. Enquête de la Société des Nations sur l'esclavage :
Rapport sur l'esclavage indigène en Haute – Volta (1923- 1931)

Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant projet. L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Colloque de Ouagadougou (Burkina Faso) -15-17 novembre 2007. P. 20 – 21

Archives Nationales du Sénégal série 8 « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française .Tome I. SENEGAL. Publications du Comité d'Etudes Historiques et Scientifiques de l'Afrique Occidentale Française. Paris. 1939.

Archives Nationales du Sénégal série 9 « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française ». Tome II. SOUDAN. Publications du Comité d'Etudes Historiques et Scientifiques de l'Afrique Occidentale Française. Paris. 1939.

Archives Nationales du Sénégal série 10 « Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française ». Tome III. Mauritanie, Niger, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinée Française. Publications du Comité d'Etudes Historiques et Scientifiques de l'Afrique Occidentale Française. Paris. 1939.

ANCI. 2EE 14 " Histoire des coutumes de la Cote d'Ivoire.

ANCI, 2EE "Histoire des coutumes de la Cote d'Ivoire.

ANCI, 2EE 14, Note du général sur la traite des femmes et des enfants (1920, 1922, 1925)

ANCI, 5 EE 60. " Rapports annuels sur la Traite des femmes et des enfants (1921-1925) "

ANCI. 5EE 61, Enquête de la société des Nations sur l'esclavage :
Rapports sur l'esclavage indigène en Haute-Volta (1923-1931) "

ANCI, 1EE. " Histoire des coutumes de la Cote d'Ivoire ".

REVUES

Rives Georges, « Théorie Générale des obligations en Droit Sénégalais », revue Sénégalais de Droit

Camara. Fatou « Pour une méthode scientifique de recherche d'identification et d'interprétation du Droit coutumier négro-africain » Revue de Droit Sénégalais n°5 Nov. 2006

LeRoy.Etienne « Réflexions sur une interprétation anthropologique du Droit » le laboratoire anthropologie juridique. Revue juridique et politique indépendance et coopération. Sept 1972

Norbert Rolland « Anthropologie juridique » Paris. PUF .1988
Droit et Culture, revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire. 1987.

MARFAING (L), « L'implantation des maisons de commerce au Sénégal et la réaction du commerce africain (1885-1930) », Collection racines du présent

Norbert Rolland « Anthropologie juridique » Paris. PUF ; 1988.
Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire. 1987

Lampué Pierre « La justice coutumière dans les pays africains coutumiers francophones », revue juridique et politique indépendance et coopération.

CHUDEAU (R) « Le commerce indigène de l'A.O.F » ,Bulletin de la société de géographie commerciale , Paris , 1910

JURISPRUDENCE

Sarr. Dominique, Jurisprudence des Tribunaux Indigènes du Sénégal « les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 ». Paris. Ed. Pedone. 1976-

Stons. S. D. Gerven Van et Wery.P. Chronique de jurisprudence – Les Obligations : les sources (1985-1995), Journal des Tribunaux (Bruxelles), 1996

Recueil de Jurisprudence de l'Afrique noire 1954 -1956

Cour d'Appel d'A.O.F, 25 déc... 1940 ; Penant, 1948

Cour d'appel de l'A.O.F, du 20 septembre 1912, Dareste 1912, 3 ; 303 ; du 14 février 1917

Cassation ch. civ. 1ère section – 29 décembre 1938

Cour d'Appel d'A.O.F, 26 janvier 1917, Penant, 1917, 5 septembre 1924, Penant 1925

Cour d'Appel de Saigon du 11 juillet 1930, Penant, 1931.

P. Lampué, note sous le jugement de Grand-Bassam du 15 juillet 1929, Penant 1930.

Cour de Cassation : Cass. Civ ; 21 déc 1954 Penant 1956.

Cass, crim 14 fev 1929; S. 1930.

Cass. Civ; 19 janv 1936; D; 1937

Tribunal de Cercle de Sedhiou, 12 janvier et 12 septembre 1905 - Ziguinchor 59, jugements du tribunal de Cercle, 26 juillet 1904 au 20 aout 1907.

Tribunale de première instance de Lomé 26 janvier 1951 . Penant « Recueil de Jurisprudence et de législation en Afrique » Année 1951

Cour de Cassation de l'A.O.F. 15 décembre 1958 . Penant « Recueil de Jurisprudence et de législation en Afrique » Année 1959 . 69 é année

Cour de Cassation de l'A.O.F. 29 décembre 1958 .. Penant « Recueil de Jurisprudence et de législation en Afrique » Année 1959 . 69 é année

Cour de Cassation de Tananarive . 30 mai 1958 . Penant « Recueil de Jurisprudence et de législation en Afrique » Année 1959 .

Cour d'Appel d'Abidjan , 22 Août 1952 . Penant « Recueil de Jurisprudence et de législation en Afrique » Année 1954 .

Tribunal de première instance de Lomé. 12 janvier 1951. Penant « Recueil de Jurisprudence et de législation en Afrique » Année 1951.

Tribunal de Fort-Archambault. 18 octobre 1958 .Afrique Equatoriale. Penant « Recueil de Jurusprudence et de législation en Afrique » Année 1959.

Tribunal de première instance de Saint-Louis. A.O.F. 15 juin 1954. Penant « Recueil de Jurusprudence et de législation en Afrique » Année 1955.

Cour de Cassation 26 janvier 1955. A.O.F. Penant « Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique » année 1955.

Tribunal de première instance de Douala . 15 mai 1952 . Penant « Recueil de jurisprudence et de législation en Afrique » année 1955.

SOURCES ELECTRONIQUES

www. oboulo. com

Lexinter.net/JF / droit- des- contrats

fr. wikipédia.org/WIKI/contrat

E-mail: KL 206@columbia .edu

Coran : <http://globalquran.com>

www.islamhouse.com/p/50200

[http:// www.algerie -dz.com](http://www.algerie-dz.com)

TABLE DES MATIERES

	pages
INTRODUCTION GENERALE.....	7
I : Caractere universel du droit des obligations	9
II : Spécificités du régime juridique contractuel Africain...11	11
III : Problématique.....	14
IV : Intérêt du sujet	16
V : Caractere récent des recherches	23
VI : Méthodologie adoptée par rapport aux sources	26
VI : Annonce du plan.....	31
<u>PARTIE I : LES FONDEMENTS DES CONTRATS EN AFRIQUE</u> <u>NOIRE TRADITIONNELLE</u>	37
INTRODUCTION	38
CHAPITRE I : LA FORMATION DES CONTRATS DANS LE DROIT DES SOCIETES AFRICAINES	42
SECTION I : LES REGLES DE FOND	42
PARAGRAPHE I : L'ORALITE COMME FONDEMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES EN AFRIQUE NOIRE : exemples comparés	42
A : LA MANIFESTATION DE VOLONTE DES PARTIES	43
A1 : le mariage.....	45
A2 : le contrat de vente.....	52
A3 : exemple de divers liens contractuels.....	55
B : LE RESPECT A LA "PAROLE DONNEE"	60

PARAGRAPHE II/ LE PRINCIPE DE LA RECIPROCITE DES OBLIGATIONS : BASE DU CONTRAT AFRICAINE..... 70

A: PARTICULARITES DU CONTRAT DE VENTE ET DE PRET CHEZ LES WOLOFS70

B : LES PRATIQUES DE LOCATION EN AFRIQUE NOIRE .75

1/ La pratique des loyers annuels : le cas des malgaches ... 76

2 / Les baux à cheptel79

C : LES CONTRATS ASSOCIATIFS 82

1° : Le contrat coopératif :..... 82

2° : Les contrats d'association 85

- Les pêcheurs de Guêt-Ndar86

SECTION II : LES REGLES DE FORME DES CONTRATS TRADITIONNELS 90

PARAGRAPHE I: LES FORMALITES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS 90

A / LE CARACTERE SOLENNEL DES CONTRATS..... 90

B / LES MODALITES D'UN FORMALISME PROTECTEUR. 96

PARAGRAPHE II : L'INEXISTENCE DE FORMALISME DANS CERTAINS CONTRATS..... 101

A / LES CONTRATS " LEGERS " 101

B / LES CONTRATS PAR " HABITUDE" 104

CHAPITRE II : L'EXECUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE..... 107

SECTION I : LES EFFETS DES CONTRATS..... 108

PARAGRAPHE I : EFFET OBLIGATOIRE DES CONTRATS ENTRE PARTIES 108

A / LE CONTRAT DE DEPOT	108
B / LE CONTRAT D'ELEVAGE.....	113
C / LE PRET ONEREUX ET LA LOCATION DE LA TERRE.	114
- Le prêt onéreux	115
- La location de la terre.....	118
PARAGRAPHE II : L'EFFET RELATIF DES CONTRATS A L'EGARD DES TIERS	121
A / L'ASPECT MULTILATERAL DU CONTRAT DE FIANCAILLES.....	122
B / L'ASPECT MULTILATERAL DU CONTRAT DE MARIAGE.....	125
SECTION II : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE.....	131
<i>PARAGRAPHE I : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DANS LE CONTEXTE COUTUMIER.....</i>	<i>131</i>
A / L'EXECUTION FORCEE.....	131
B / LA REPARATION DU PREJUDICE CAUSE AU CREANCIER	137
C / SANCTIONS DES OBLIGATIONS.....	145
PARAGRAPHE II : LES SURETES COMME MOYEN DE GARANTIE DE L'EXECUTION DES CONTRATS	146
A / LA MISE EN GAGE DES PERSONNES.....	146
B / LE RECOURS AUX MODES DE PREUVES	150
C/ LES PRETS SUR GAGES.....	160
CONCLUSION	164

<u>PARTIE II : L'EVOLUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE</u> <u>TRADITIONNELLE(à partir du XIX é Siècle)</u>	168
INTRODUCTION.....	169
CHAPITRE I : L'EVOLUTION DES TECHNIQUES DE FORMATION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE MODERNE.....	174
SECTION I : PROCEDURES DE CONCLUSION DES CONTRATS.....	174
PARAGRAPHE I: LES CHANGEMENTS DANS LES MODES DE REALISATION	174
A / REALISATION ORALE TRADITIONNELLE.....	174
B / REALISATION CONSENSUELLE MODERNE	179
PARAGRAPHE II : L'EVOLUTION DES MODES DE VALIDATION DE L'ACCORD CONTRACTUEL : DE LA SOLENNITE A LA FORMALITE.....	187
A / VALIDATION DE L'ACCORD CONTRACTUEL TRADITIONNEL : LE CARACTERE SOLENNEL	187
B/ LA VALIDATION DE L'ACCORD CONTRACTUEL MODERNE : LE CARACTERE FORMEL	193
SECTION II : L'OPPOSITION ENTRE PRINCIPES CIVILS OCCIDENTAUX ET AFRICAINS	203
PARAGRAPHE I : L'INTRODUCTION DE NOUVEAUX PRINCIPES OCCIDENTAUX DANS LES CONVENTIONS CIVILES AFRICAINES	204
A / LA LUTTE COLONIALE CONTRE LES CONVENTIONS INDIGENES	204
La répression des conventions à “caractère pénal”	213
-L'affirmation des prescriptions anti esclavagistes.....	226

-L'application des prescriptions antiesclavagiste.....	217
- L'interdiction des conventions esclavagistes	221
B) L'INTERVENTION DANS LES CONVENTIONS CIVILES (1906-1946).....	236
1 – LA MODIFICATION PROGRESSIVE DE LA FORME DES CONVENTIONS INDIGENE	247
2- LA TRANSFORMATION DE FOND DES CONVENTIONS...	253
-La réduction du taux de la dot	253
C) L'INTRODUCTION DES CODES NAPOLEONIENS	264
1° Les contrats des illettrés	270
2° Les contrats ruraux.....	271
PARAGRAPHE II : LA RESISTANCE AUX PRINCIPES CONTRACTUELS OCCIDENTAUX	275
A / LES RESISTANCES EN MATIERE DE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE	275
B / LA PERSISTANCE DES CONTRATS FONCIERS TRADITIONNELS.....	283
1° Les concessions foncières et les prêts de terre dans le régime contractuel traditionnel	284
a- Les concessions foncières.....	284
b) Les prêts de terres	287
-le prêt unilatéral	287
-l'échange de terre.....	291
2° Les locations et les mises en garde dans le cadre de l'économie monétaire.....	293
a) Les locations	294

b) Les mises en garde.....	295
3° La vente – symbole de la déstructuration du système social wolof	297
a) Prolégomènes.....	297
b) La vente de terre.....	299
CHAPITRE II : L'EVOLUTION DANS L'EXECUTION DES CONTRATS EN AFRIQUE NOIRE	300
SECTION I: LES CHANGEMENTS DANS L'ACCOMPLISSEMENT DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.....	301
PARAGRAPHE I : LES POINTS DE CONVERGENCES ET DE DIVERGENCES ENTRE LE DROIT TRADITIONNEL AFRICAIN ET LE DROIT MODERNE DU CONTRAT.....	301
A/LES DIFFERENCES DANS LA CONCEPTION CONTRACTUELLE	301
B / LES DIFFERENCES DANS L'EXECUTION DES CONTRATS.....	312
PARAGRAPHE II : L'INFLUENCE DE L'ECONOMIE MONETAIRE.....	316
A / LA TRANSFORMATION DE L'ECONOMIE TRADITIONNELLE.....	317
1) L'influence de la monnaie dans les pratiques contractuelles chez les peuls de Haute-Casamance	319
2) Le rôle de la monnaie dans les relations contractuelles chez les Mandingues de Moyenne –Casamance	323
B / LES CONTRATS DES GUERISSEURS TRADITIONNELS : LES FONDEMENTS DES CONTRATS DES GUERISSEURS.....	327
1) D'un contrat social à un contrat économique.....	328
2) Les pratiques économiques des guérisseurs en Afrique.	329

C / LES PRATIQUES CONTRACTUELLES SUR LA TRAITE DE L'ARACHIDE.....	334
1° : Le contrat de transport en caravane.....	336
2° : Le contrat de service du " navêtane "	339
SECTION II : LES CHANGEMENTS LIES A L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES EN AFRIQUE NOIRE MODERNE	344
PARAGRAPHE I : L'INTRODUCTION DU PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE JURIDIQUE.....	344
A/ LES SUBDIVISIONS DE LA RESPONSABILITE JURIDIQUE	344
B / LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS	352
Typologie des sanctions judiciaires.....	352
La résolution du contrat pour inexécution	354
PARAGRAPHE II : L'EVOLUTION DU REGIME DES SURETES.....	367
A/ L'INTRODUCTION DES MODES DE SURETE MODERNE.	367
B/ L'INTRODUCTION DES MODES DE PREUVE MODERNE.....	370
CONCLUSION.....	380
CONCLUSION GENERALE.....	383
REMERCIEMENTS.....	01
DEDICACE.....	02
PRINCIPALES ABREVIATIONS	04
AVANT PROPOS.....	05

SOMMAIRE	06
BIBLIOGRAPHIE.....	388
TABLE DES MATIERES	399

Nom et Prénoms du candidat :

DIEME ABOU ADOLPH

Titre de la thèse :

L'IDEE DE CONTRAT EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE

Date et lieu de soutenance :

Jury : Président : SAMBA TRAORE

Membres : SAMBA THIAM.SEYDOU DIOUF. MAMADOU BADJI.PAPA OGO SECK. MBISSANE NGOM.

Le droit africain n'a pas donné naissance à une science juridique, il n'a pas fait l'objet de réflexion comme il l'a été à Rome. Il est resté très imprégné de sacralités ou d'impératifs sociaux, il n'en reste pas moins un droit. L'origine des dispositions juridiques africaines est essentiellement coutumière, mais elle a fait l'objet d'une évolution remarquable.

L'exemple du droit des contrats est une parfaite illustration. Des recherches en jurisprudence ont démontré qu'un droit traditionnel des contrats a existé en Afrique noire traditionnelle avant l'époque coloniale et connaît encore des vestiges d'application grâce à des règles originales relatives à la formation et à la preuve des obligations contractuelles, tels que le caractère solennel du contrat et la preuve testimoniale.

L'étude d'une idée de contrat en Afrique noire traditionnelle revêt une importance tant par les particularités qu'elle présente que par le fondement sur lequel elle repose.

Cette thèse se propose d'appréhender la nature des contrats en Afrique noire traditionnelle. Le lecteur découvrira les pratiques contractuelles en Afrique noire, avant la colonisation et leur évolution à travers les fondements des contrats en Afrique noire traditionnelle et l'effet des principes civils occidentaux dans les rapports contractuels des africains. Notre démarche participe à l'œuvre de renouvellement du droit africain.

Ainsi, ce travail propose des éléments de réflexion nous permettant d'aller plus loin dans la voie nouvelle que la réalité nous a tracé.

Mots clés : DROIT AFRICAIN. NATURE. CONTRATS. IDÉE. ÉVOLUTION

