

# UNITE DU DROIT OU DIVERSITE DU DROIT

## Bases Juridiques du Droit Coutumier au Togo

Par E. A. B. VAN ROUVEROY, VAN NIEUWAAL

### Introduction

Dans le domaine pratique comme parmi les chercheurs on en est venu à reconnaître généralement qu'en Afrique et ailleurs de grands problèmes d'adaptation du droit se présentent. La nature de ces problèmes peut varier selon le pays et parfois selon la région ou bien selon la section du droit, en raison du développement social inégal mais souvent très rapide. A ces problèmes d'adaptation s'ajoute celui de l'héritage colonial comportant une diversité juridique et culturelle au sein d'une même nation. Des résultats de nos propres recherches dans le domaine du droit familial et de la juridiction coutumière chez les Anufòm dans le Nord du Togo, et aussi en référant à des recherches semblables effectuées en Sierra-Léone,<sup>1</sup> nous citons un exemple de ces problèmes d'adaptation. Cependant des développements récents dans le domaine du droit foncier démontrent que là aussi ces mêmes problèmes d'adaptation se présentent avec autant d'urgence sinon de manière encore plus pressante.<sup>2</sup>

A notre avis le noeud de ce problème complexe de l'adaptation du droit est la question de savoir si un pays doit opter en faveur de l'unité du droit ou bien s'il doit (provisoirement peut-être?) laisser plus ou moins intacte la diversité du droit qui existe. Bien que nous ne puissions pas entamer dans le cadre de cet article tous les problèmes juridiques qui se présentent dans les pays africains après la réalisation de l'Indépendance, sur un seul point les idées des législateurs africains semblent être de la même teneur, à savoir que la diversité du droit, agrandie encore par le législateur colonial, aura à céder la place à un droit national unifié dans le proche avenir. Ici on part de la conception que diversité de droit et sous-développement vont de pair, conception qui trouve des adhérents dans l'occident aussi.<sup>3</sup> Ce désir d'unification du droit – et de l'organisation judiciaire<sup>4</sup> – se manifeste encore très clairement dans le rapport (non publié) que le comité préparatoire de l'unification du droit de famille au Togo a offert récemment (1975) au gouvernement et dont nous citons ce qui suit: «L'idée que l'oeuvre de codification doit être réalisée en faisant évoluer les coutumes n'a de valeur que dans certaines circonstances. Dans d'autres circonstances, il faut absolument combattre le droit coutumier et le faire disparaître, car il fait obstacle à une transformation nécessaire de la société». Nous trouvons une pareille tendance à des réformes et à l'unification du droit dans d'autres pays africains également; pour n'en citer que quelques-uns: Sierra-Léone<sup>5</sup>, Ghana<sup>6</sup> et Uganda<sup>7</sup>.

1 Voir notre: A la Recherche de la Justice, quelques aspects du droit matrimonial et de la justice coutumière dans le Nord du Togo, Leiden-Hasselt, 1977; et B. E. Harrell-Bond & U. Rijnsdorp: Family Law in Sierra Leone, Research Report, Centre d'Etudes Africaines, Leyde, 1975.

2 Law and Development – The Future of Law and Development Research, International Legal Institute, New York, 1974; voir aussi: La Réforme agro-foncière en Afrique de l'Ouest francophone, in: African Perspectives, (éd E. A. B. van Rouveroy van Nieuwaal), 1979, no. 1, Leiden, à paraître.

3 D. M. Trubek: Towards a social theory of law – an essay on the study of law and development, The Yale Law Journal, 1972, vol. 82, p. 10.

4 F. Messanvi: L'organisation judiciaire au Togo en matière civile, I. R. N. S., Lomé-Togo, 1976.

5 Harrell-Bond et Rijnsdorp, op. cit., p. 97 – 116.

6 J. Dopheide-Goldschmidt et C. Flinterman: Recht en Ontwikkelingssamenwerking, Nederlands Juristen Blad, année 51, 1976, p. 73–82.

7 E. Cotran: The place and future of customary law in East Africa, East African Law Today, series 5, 1966.

Dans cette réformation du droit, le législateur togolais a généralement tendance à prendre le droit importé pour guide, sans que ceci signifie d'ailleurs dans le sens strictement légal que le droit coutumier soit aboli, comme l'a fait par exemple l'Éthiopie<sup>8</sup>. Le législateur part ici de la conception que le droit unifié est favorable à l'évolution socio-économique et socio-politique du pays. On craint que la diversité du droit empêche le développement économique, tandis que du point de vue social il est pourvu aux besoins de diverses figures de droit (hypothèque, assurances, législation sociale, coopérations, etc.) auxquelles le droit coutumier ne pourvoit pas. Le droit unifié devra alors servir d'outil au moyen duquel des buts divers socio-politiques peuvent être réalisés.

Laissant de côté les motifs qui ont amené le législateur africain à unifier le droit, nous nous demandons cependant si au fond un droit unifié fabriqué en hâte ne poserait pas davantage de problèmes qu'il n'en résoud. Ailleurs nous avons démontré déjà en détail par un exemple du droit matrimonial des Anufòm au Nord-Togo<sup>9</sup> qu'il y a un décalage entre les conceptions du droit du Tribunal Coutumier de Première Instance de N'zara<sup>10</sup> et celles des Anufòm eux-mêmes<sup>11</sup>. Ceci résulte en partie de l'effort de ce Tribunal d'introduire le droit moderne, en partie aussi de ce que le juge n'a des connaissances défectueuses du droit coutumier local. Dans cette optique nous ne pouvons que souscrire à l'opinion de Kuper et Kuper qui disent<sup>12</sup> «that one of the results of a hasty unification may be to stimulate the diversity of deviating customs».

Si nous laissons là ce problème épineux de l'unification du droit, la question reste de savoir quelle est, dans la pratique, la place (limitée) du droit coutumier vu cette tendance à l'unification du droit national au Togo.

Dans le passé colonial, le législateur colonial au Togo (comme, du reste, partout ailleurs) a reconnu le droit coutumier comme étant le droit en vigueur pour la population autochtone, tout en imposant à la validité de ce droit restrictions importantes. Dans un article suivant (dans ce même Journal) nous exposerons quels ont été les points de vue théoriques auxquels le législateur colonial allemand s'est placé ce qui concerne cette question. Quant aux idées du législateur français nous ne donnons qu'une esquisse très brève, car ici une littérature abondante est à la disposition du lecteur<sup>12a</sup>.

Nous espérons à démontrer que la situation actuelle du droit coutumier au Togo ne diffère guère du temps colonial, car, si le droit coutumier se trouve formellement sur le pied d'égalité avec le droit moderne (ou droit importé), il occupe toujours, en pratique, la position du droit d'exception, tandis que la juridiction coutumière est considérée comme la juridiction d'exception.

A la fin de cet article nous démontrerons à l'aide de quelques résultats des recherches effectuées dans le Nord du Togo comment deux juges coutumiers – le Tribunal Coutumier de Première Instance et le Chef Supérieur des Anufòm à N'zara – dans le règlement de litiges comparables en viennent à rendre des jugements matrimoniaux tout à fait différents. De cet exemple il est bien évident que la justice rendue par le Tribunal Coutumier de Première Ins-

8 R. David: Les Sources du Code Civil Ethiopien, *Revue Internationale de Droit Comparé*, no. 3, 1962, idem: A Civil Code for Ethiopia, considerations on the codification of Civil Law in African Countries, *Tulane Law Review*, 37, 1963, p. 187–204.

9 Voir notre: A la Recherche de la Justice, etc., p. 165–217.

10 Dans le cadre du «recours à l'authenticité» on a proposé, en 1974, à Sansanné-Mango, de donner à cette ville le nom que lui donnent les Anufòm, notamment N'zara: voir la Togo Presse du 24 novembre 1974.

11 Voir aussi notre: To claim or not to claim, changing views about the restitution of marital payments among the Anufòm, North Togo, *African Law Studies*, no. 12, 1975, p. 102–128; idem: Law and the Family in Africa, (éd. S. A. Roberts), Mouton – La Haye/Paris, 1977, p. 93–114.

12 Leo et Hilda Kuper (éds.): *African Law: Adaptation and Development*, Berkeley, University of California Press, 1965, p. 23.

2a Voir pour un aperçu détaillé et récent: G. A. Kouassigan – Quelle est ma Loi?, Tradition et Modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone, Pedone, Paris, 1974.

tance et celle du Chef Supérieur – son homologue traditionnel – s’opposent en ce qui concerne le droit matrimonial. Or, ils sont l’un et l’autre à la disposition des justiciables en quête d’une réparation juridique satisfaisante. Voilà donc une excellente occasion pour le justiciable de profiter du fait qu’il existe deux instances judiciaires comparables.<sup>13</sup>

D’autre part les justiciables constituent à leur tour le moyen par lequel le Chef Supérieur et le Juge de Paix (Président du Tribunal Coutumier de Première Instance) entrent en compétition. Ainsi tout litige peut impliquer quatre parties dans une manipulation mutuelle. Quoi qu’il en soit, le Juge de Paix et le Chef Supérieur devront certainement tenir compte de leurs points de vue mutuels.

Non seulement cette situation met-elle en cause les garanties légales – quel droit de quel juge a force de loi? – mais elle permet aussi à bien des justiciables d’envisager, grâce à un emploi sélectif<sup>14</sup> de recours juridiques, d’autres fins que la simple réparation d’un tort ou un arrangement raisonnable, telles que la libération d’obligations coutumières ou la possibilité de l’emporter sur un adversaire et aussi le pur intérêt personnel. Dans ces circonstances la juridiction risque d’être dupée, elle aussi. En fait il s’agit ici de problèmes sociaux d’une importance extrême, puisqu’il s’agit de déterminer la politique à suivre en ce qui concerne le développement et la réforme du droit. Et dans tout ceci il reste important de savoir quelles seront, à l’avenir, la place et la fonction attribuées au droit coutumier au Togo.

Le déclenchement de la Première Guerre mondiale en août 1914 mit une fin abrupte à la domination allemande au Togo, car, quelques jours après le début de la guerre, les troupes anglaises de la Côte d’Or (= Ghana) et les troupes françaises du Dahomey (= La République Populaire du Bénin) ont envahi la colonie allemande et ont conquis le territoire entier. Le 26 août 1914, les Allemands se sont rendus inconditionnellement, et le lendemain les commandants anglais et français ont conclu un accord provisoire concernant la division de l’ancienne colonie allemande. Les cercles de Lomé et de Kpalimé avec les subdivisions de Yendi au Nord du Togo seraient mis sous l’administration britannique et le reste sous la souveraineté française.

Dans l’article 119 du Traité de Versailles (1919) l’Allemagne avait renoncé de la manière définitive à ses territoires d’Outre-Mer. En même temps le Traité avait prévu une division plus détaillée de l’ancienne colonie allemande. Au territoire français on ajouta entre autres la ville de Lomé. La société des Nations attribua à la France la partie française du Togo comme territoire sous mandat. En 1946 ce mandat devint tutelle, qui se termina le 27 avril 1960, date de l’Indépendance complète du Togo.

Bien que le Togo eût un statut spécial parmi les territoires d’Outre-Mer, son organisation administrative était tout à fait semblable à celle des territoires coloniaux français en Afrique Occidentale. Mais nous n’avons pas l’intention d’approfondir ici la politique juridique française à l’époque coloniale. Car ce problème a été exposé amplement ailleurs, et à ce propos nous renvoyons à la littérature.<sup>15</sup> Ici nous nous bornerons à quelques remarques générales à propos de l’attitude du législateur français en ce qui concerne la validité du droit coutumier au Togo actuel. Comme c’était le cas dans toutes les autres colonies françaises, le législateur français distinguait entre ‘citoyen français’ et ‘sujet français’, ou pour ce qui était du Togo,

13 Voir aussi notre: Qui Terre a, Guerre a: Disparité entre la manière coutumière et la manière moderne d’obtenir des droits fonciers à N’zara au Nord-Togo, Recueil Penant, 1977, no. 756, p. 149; en anglais: Disparity between Law and Social Reality in Africa, in: Kro-niek van Afrika (éds. pour ce numéro: B. E. Harrell-Bond et E. A. B. van Rouweroy van Nieuwaal), 1975, no. 1, p. 47–59.

14 R. E. S. Tanner: The selective use of legal systems in East Africa, Scandinavian Institute of African Studies, Uppsala, Suède, 1970.

15 Voir entre autres: A. Girault: Principes de colonisation et législation coloniale, Tome I, II et II, 2, Paris (1921, 1922 et 1929); P. Darestre: Traité du Droit colonial, 2 volumes, Paris, 1931–1932; J. Chabas: La justice française en Afrique Occidentale Française, in: Annales Françaises, 1955, p. 79; G. A. Kouassighan: Quelle est ma loi, Paris, 1974, K. Opoku: Traditional law under French colonial rule, in: Verfassung und Recht in Übersee, 1974, p. 145.

entre ,citoyen français' et ,sujet administré français sous mandat' (dès 1946: sous tutelle française). A ces deux statuts juridiques on avait rattaché d'une part le droit (civil) français et d'autre part le droit coutumier. Ces deux systèmes de droit étaient appliqués par des tribunaux différents: on parlait de tribunaux de droit (civil) français, et de tribunaux de droit coutumier (ou de droit local). Il était possible de passer des premiers aux derniers (en théorie), mais non vice-versa. Bien que la législation coloniale n'ait pas manifesté expressis verbis sa préférence du droit français **dans la loi**, il était clair que le législateur français considérait le droit importé comme préférable, puisqu'étant appliqué par des magistrats professionnels et non par des administrateurs comme c'était le cas dans le droit coutumier. Dans le contexte de la **politique française d'assimilation**, la devise était (ou est toujours?) que le droit français était à préférer et que ce droit – même si ce n'était que l'élite qui tombait sous son régime – était mieux équipé à s'adapter aux demandes de la société africaine en évolution. Bref, le droit français était considéré comme le droit du plus ,civilisé' et le droit coutumier comme le droit inférieur. Ce point de vue colonial n'a cessé, à notre avis, d'influencer l'attitude du législateur togolais en ce qui concerne la validité du droit coutumier au Togo, son évolution et sa place dans le droit national du Togo.

## 1. Situation actuelle au Togo<sup>16</sup>

Lorsqu'en 1946 la Constitution Française stipula, dans son fameux article 80, que désormais chaque habitant des territoires coloniaux français serait ,citoyen' et que la distinction entre ,sujet français' et ,citoyen français' fut abolie, cela ne signifia pas que, par là, chaque justiciable dans ces territoires dût ressortir à un seul et même droit civil, c'est-à-dire le droit civil français. En effet, l'article 82 de cette Constitution montrait de manière irréfutable que le récent ,citoyen' continuait à être soumis à son propre droit coutumier, à moins qu'il n'eût renoncé formellement à ce droit<sup>17</sup>. Donc si cette Constitution déclarait que chaque habitant de l'empire français avait obtenu le statut de citoyen, cela se rapportait au droit public<sup>18</sup>.

La situation coloniale que chaque Togolais ne ressortait pas à un seul et même droit civil, a été maintenue par le législateur togolais après l'Indépendance en 1960. Car, si la Constitution togolaise de 1961<sup>19</sup> stipule, dans l'article 2, première clause, que chaque citoyen togolais est égal devant la loi, cela ne veut pas dire que chaque citoyen soit soumis au même droit civil. L'égalité dont parle la Constitution Togolaise se rapporte au premier lieu aux droits et aux obligations que la loi a accordés, respectivement a imposés à chaque Togolais en tant que citoyen.

Le principe colonial de deux groupes de justiciables qui ont chacun leur statut personnel auquel était lié un droit différent, fut maintenu. Dans l'époque coloniale, la population autochtone, portant le statut civil de droit local, était soumise au droit local, tandis qu'à la population européenne et à ceux qui y étaient juridiquement équivalents, s'appliquait le droit civil français, parce qu'ils portaient le statut civil de droit français.

Au Togo, ces deux concepts ont cédé la place à statut coutumier et à statut de droit moderne. Quant à son continu, le statut coutumier de l'article 34 de la Loi relative à l'Organisation Ju-

16 Voir aussi notre: Droit moderne et droit coutumier au Togo, Recueil Penant, 1975a, no. 747, p. 5–18.

17 Article 82: «Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil français . . . conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé». Le statut personnel a ici un sens plus large que dans le droit privé international. Dans le sens de la Constitution de 1946, le statut personnel comprend le droit coutumier tout entier, la jouissance duquel le 'sujet' – après 1946 'citoyen' – avait gardé.

18 P. J. Gonidec: Droit d'Outre-Mer, Paris, 1959–1960, tome II, p. 235.

19 14 avril 1961, J. O. du Togo, numéro spécial du 17 avril 1961, remplacée en 1963, mais abolies toutes les deux depuis le coup d'état du 13 janvier 1967.

diciaire<sup>20</sup> est analogue au concept juridique français de statut civil de droit local<sup>21</sup>: c'est le droit coutumier qui s'applique au porteur de ce statut, mais dans des limites, bien entendu, tracées par la loi et la jurisprudence.

En rapport avec la réalité, le législateur togolais est parti de la présomption que la grande majorité des Togolais règle ses papports juridiques selon les normes de leur propre droit, en d'autres termes: le législateur togolais présuppose que chaque citoyen togolais est porteur du statut coutumier et est soumis au droit coutumier, ce qui est, d'ailleurs en rapport avec le point de vue pris par la jurisprudence à l'époque coloniale française<sup>22</sup>. A cette époque, le point de vue était défendu que le porteur du statut civil de droit français pouvait simplement prouver qu'il ressortait au droit civil français parce que depuis toujours l'état civil pour les Européens était beaucoup mieux tenu à jour que le soi-disant 'état civil local'<sup>23</sup>.

On peut conclure de ce qui précède que le statut coutumier, auquel chaque Togolais est supposé de vivre, serait considéré comme le statut commun et le droit coutumier comme le droit commun, tandis que le statut moderne serait considéré comme le statut d'exception et le droit moderne comme le **droit d'exception**.

Cependant, comme sera clair par la suite, le législateur au Togo s'est placé au point de vue justement opposé: c'est le statut coutumier qui est considéré comme le statut **d'exception** et le droit coutumier comme le **droit d'exception**, tandis que le statut moderne est considéré comme le statut **commun** et le droit moderne comme le droit **commun**. Il y a du soutien pour le point de vue auquel nous nous sommes placés dans le fait que le législateur au Togo ne mentionne nulle part le concept de statut de droit moderne, ni indique qui y ressort. Ce n'est que dans quelques publications que ce concept est mentionné.

Tout en étant analogue au statut civil français colonial, le contenu du statut de droit moderne n'y est certainement pas tout à fait identique: premièrement non pas toutes les lois qui étaient du droit positif en France, furent également déclarées en vigueur au Togo<sup>24</sup>; deuxièmement, le législateur togolais ne cesse (n'a pas cessé) de promulguer de nouvelles lois qui sont du droit positif pour ceux qui portent le statut de droit moderne au Togo, mais qui n'entrent naturellement pas en vigueur en France. Peu à peu il s'est donc évolué (il s'évolue) un statut personnel authentiquement togolais dont le contenu devient de moins en moins identique au statut civil français colonial<sup>25</sup>. De là vient que ce que l'on indique de nos jours au Togo par le terme de **droit moderne** ne peut simplement être identifié au droit civil français.

Outre qu'il s'évolue un statut de droit moderne authentiquement togolais, le législateur s'est **formellement** placé à un autre point de vue par rapport à la relation des deux statuts personnels et des systèmes de droit qui y appartiennent.

Dans la période coloniale française la jurisprudence<sup>26</sup> s'est placée au point de vue que le droit civil français, était supérieur au droit coutumier et que le droit importé devait être considéré comme le droit **commun**, comme le droit général et préféré et que la justice qui était qualifiée pour appliquer ce droit – la justice française – était la **justice de droit commun**. Mais, à notre avis, cette idée de la supériorité a priori du droit français au droit coutumier est aveillée de nos

20 Loi no. 61-17, relative à l'Organisation Judiciaire du 12 juin 1961; à partir d'ici de citer comme O. J. 1961.

21 La loi O. J. 1961 est moins précise dans sa terminologie que la législation coloniale, car a u lieu de parler d u statut civil coutumier, elle ne parle que de statut coutumier. A tort, à notre avis, parce que ce terme ne montre pas tout de suite que cette dualité de statuts civils n'existe que dans le domaine du droit civil, et non pas dans le domaine du droit pénal, car pour celui-ci la situation a été maintenue – depuis 1946 – que chaque Togolais, sans considération de son statut personnel, est soumis au droit pénal français.

22 L. Riou, Les juridictions coutumières au Togo, Editogo, Lomé 1967, p. 41-42.

23 Une des occupations des Tribunaux Coutumiers qui consomment bien du temps sont les séances vouées aux actes supplétifs (actes de naissance, etc.).

24 Gonidec, op. cit., tome II, p. 524.

25 Atsu Koffi Améga: Prière pour un Code civil, Recueil Penant, 1966, p. 275.

26 Riou, op. cit., Th. Acouetey, unité ou dualité de statuts dans le droit de la famille au Togo, Revue Juridique et Politique, tome XXI, 1967, p. 41; J. D. Laloum: Manuel du Juge de Paix, Editogo, Lomé, 1963, p. 6; van Rouveroy van Nieuwaal, op. cit., 1975a, p. 8.

jours. L'opinion courante est que les deux statuts personnels et les systèmes de droit qui y appartiennent ont fini par être traités, en **théorie**, sur un pied d'égalité<sup>27</sup>.

A notre avis, c'est aussi à cette égalité que fait allusion l'article 2, première clause (nommé ci-dessus) de la Constitution Togolaise de 1961, en même temps qu'à l'égalité de chaque Togolais à l'égard du droit public. Afin de **garantir** l'égalité de chaque Togolais aussi sur le terrain du droit civil, le principe de la dualité de statuts a été maintenu après l'Indépendance, pour que chacun puisse régler ses relations socio-juridiques par ce droit qu'il croit le mieux correspondre à ses conditions de vie.

Cette manière de voir devait mal cadrer avec une déclaration légale que le droit moderne serait supérieur au droit coutumier, et pour cette raison une déclaration pareille n'est nulle part incorporée **explicitement** dans la loi.

Cependant, maintenant que cette manière de voir n'est plus acceptée sans réserve, on s'attendrait aussi à ce que le droit moderne ne soit plus considéré comme le droit commun. Pourtant la Loi O. J. 1961 déclare franchement dans son article crucial 34 et contrairement à ce que nous prétendons dans un article récent au **Recueil Penant** (voir note<sup>16</sup>) que les tribunaux de droit moderne – successeurs de la justice française de l'époque coloniale – sont des juges de droit commun, qui appliquent en principe le droit moderne à moins que l'un d'entre eux ne s'oppose à son application.

Comme l'étaient les tribunaux français par le passé, les tribunaux de droit moderne sont qualifiés pour rendre la justice sur chaque Togolais, sans considération de son statut personnel, aussi bien suivant les règles du droit moderne que suivant celles du droit coutumier. Ils ont, pour employer un terme de l'époque française **plénitude de juridiction**. Les tribunaux coutumiers ne sont qualifiés pour rendre la justice que sur eux qui ont le statut coutumier et suivant les règles du droit coutumier. En fait, ceci a quand même placé le droit coutumier, comme avant 1961, dans la position de **droit d'exception**, tandis que la juridiction coutumière est considérée comme la **justice d'exception**. Il est évident que les principes français durant de longues années ont influencé fortement le législateur au Togo lors de réaction de la loi O. J. 1961<sup>28</sup>.

D'ailleurs, **dans la pratique** le terme de droit commun, employé pour droit moderne, induit en erreur, parce que ce n'est qu'une fraction de la population au Togo qui est soumise entièrement à ce droit. Cependant, le terme est moins ambivalent si l'on se rend compte que le législateur togolais a associé **inconsciemment**<sup>29</sup> le droit moderne avec le droit commun et qu'il a voulu voir ce dernier comme le **droit de préférence**, et le droit coutumier comme – provisoirement peut-être? – **droit d'exception**, sans attribuer dans la loi une supériorité au droit moderne, ni donner **expressis verbis** une position d'exception au droit coutumier.

## 2. Juge de Paix – Chef Supérieur à N'zara au Nord-Togo

De ce qui précède il sera clair que le Togo, comme tant d'autres pays africains, se trouve toujours dans une situation de pluralisme juridique. Cette situation se caractérise par la coexistence d'une part d'un droit en grande partie occidental, ou moulé sur l'exemple occidental (le droit moderne) et d'autre part d'une grande variété de systèmes de droit coutumier qui diffèrent selon la région (le droit coutumier). Ce droit coutumier a obtenu, comme nous

27 Op. cit., 1975a, p. 9.

28 Dans le même sens: Riou, Laloum déjà cités.

29 Non pas consciemment, parce qu'alors le législateur aurait agi en opposition avec sa propre disposition constitutionnelle concernant l'égalité de chaque citoyen togolais devant la loi.



avons vu déjà surtout dans le domaine du droit privé, une certaine reconnaissance, et il est considéré comme le droit en vigueur par la grande majorité des Togolais.

Sur le plan strictement légal, l'administration de la justice nationale au Togo relève jusqu'à présent d'une organisation de juges professionnels,<sup>30</sup> mais pourtant cette organisation judiciaire comprend aussi des juridictions coutumières – les tribunaux coutumiers.

Dans un sens plus large, cependant, l'administration de la justice comprend aussi l'action des chefs coutumiers lorsqu'ils interviennent dans le règlement des litiges. Cette intervention est admise à titre de **conciliation**, et les Anufòm du Nord-Togo sont bien conscients de la distinction entre ces deux sortes d'organismes juridictionnels, mais ils considèrent l'action des deux instances – le Tribunal Coutumier de Première Instance et les chefs coutumiers – comme étant juridictionnelle, dans la langue anufò: **sherea**, la dérivation du mot arabe al shariah – la loi coranique<sup>31</sup>.

Cette situation ne veut cependant pas dire que les Anufòm ne se rendent pas compte que le Tribunal Coutumier de Première Instance appartient à la justice nationale à laquelle est liée l'autorité gouvernementale que l'on doit respecter.

La présentation la plus simple de cette dualité montre une certaine stratification: nous trouvons une **superstructure** hiérarchisée des Tribunaux Coutumiers et une **infrastructure** également hiérarchisée des chefs coutumiers. A la suite notamment des différences de milieu, d'éducation professionnelle et de position sociale entre les Juges appartenant à la superstructure d'une part, et les chefs coutumiers appartenant à l'infrastructure d'autre part, cette stratification représente des idées assez fondamentalement différentes concernant l'administration de la justice et le droit coutumier en vigueur. Dans la superstructure nous trouvons des Juges ayant une attitude progressiste et dans l'infrastructure, par contre, nous reconstruisons les chefs coutumiers prenant comme point de départ les principes et les institutions traditionnelles.

Toutefois, ces idées divergentes ne constituent pas nécessairement des anthithèses absolues, puisque les chefs coutumiers eux aussi ne manquent pas d'être conscients d'une évolution rapide dans les normes socio-juridiques, et que d'autre part, le Juge de Paix se voit placer devant des cas où la loi lui prescrit d'appliquer le droit coutumier sous certaines réserves quand même<sup>32</sup>.

Il n'en est pas moins vrai que l'administration de la justice constitue un champ conflictuel entre, d'une part, une tendance à la modernisation et à l'unification du droit, tendance imposée et dirigée de manière centrale, et d'autre part une tendance conservatrice venant de la base et de l'intérieur et dirigée au niveau local. A ce point de vue la justice des deux sortes de la justice locale (Juge de Paix – Chef Supérieur) s'opposent en ce qui concerne le droit coutumier. Mais quoi qu'il en soit, ils sont tous les deux à la disposition des justiciables en quête d'une réparation juridique. Cette situation permet aussi à bien des justiciables d'envisager, grâce à un emploi sélectif des recours juridiques, d'autres fins que la simple réparation sociale rompue, d'un tort ou d'un arrangement raisonnable, telles que la libération d'obligations coutumières ou la possibilité de l'emporter sur un adversaire et le pur intérêt personnel.

Ou autrement dit: cette situation donne au justiciable comme nous avons dit déjà à l'introduction non seulement l'occasion de réaliser une réparation juridique ou compromis au moyen de ces institutions, mais lui donne aussi la possibilité d'opposer les deux instances judiciaires.

---

30 Van Rouveroy van Nieuwaal, 1975a, op. cit.,

31 Idem: La justice coutumière au Nord-Togo, Recueil Penant, 1976a, no. 751, p. 37.

32 Van Rouveroy van Nieuwaal, op. cit., 1977a, ch. II et ch. VI.

C'est probablement sur le plan de rupture entre le droit moderne et le droit coutumier, c'est-à-dire là où dans le même contexte local les justiciables soumettent des litiges semblables soit au Juge de Paix, soit au Chef Supérieur des Anufòm, comme le chef coutumier suprême, soit encore aux deux consécutivement, que l'on peut faire la comparaison la plus nette entre les deux sortes de justice.

Cette situation se présente dans la région où nous avons fait notre première enquête sur le droit matrimonial coutumier et la justice coutumière, c'est-à-dire dans la circonscription de Mango, où agit d'une part le Juge de Paix et d'autre part le Chef Supérieur des Anufòm. La grande différence<sup>33</sup> dans le nombre de litiges soumis à l'arbitrage des deux instances citées dans des périodes comparables soulève la question à savoir à quel point les Anufòm acceptent le Juge de Paix comme une partie de leur justice. Ce n'est que dans certains cas spéciaux, tels l'instance en rupture de mariage, opposition aux fiançailles et réclamations des prestations matrimoniales, que le Tribunal est un juge recherché. Souvent seulement parce que l'on s'attend – et spécialement la jeune femme – dans ces questions qui s'écartent du modèle traditionnel à de plus grands supports des propres exigences que de la part du Chef Supérieur, qui est moins prêt à soutenir des instances en rupture de mariage, car il est plus lié à des normes et institutions traditionnelles<sup>34</sup>.

A ce propos un seul exemple concernant des différents points de vue de l'une et de l'autre juridiction sur le système de mariage peut être illustratif. Voici quelques remarques générales du système d'échange de femmes<sup>35</sup>.

### 3. Exemple: Echange de femmes

Jusqu'à présent le Juge de Paix à N'zara applique la norme que le système d'échange de femmes, pratiqué par les Anufòm surtout par eux qui ne sont pas islamisés, s'oppose aux règles de l'ordre public togolais et constitue une atteinte violente aux droits individuels les plus primordiaux, c'est-à-dire le droit de choisir librement son conjoint. A cet égard le Juge de Paix à N'zara suit fidèlement la justice coloniale. Car le système de donner et de retourner une femme entre des groupes lignagers ne s'accorde pas avec la conception occidentale du mariage. Ce principe anufòm est regardé comme une atteinte inadmissible aux droits de la femme. L'argumentation est que la femme est poussée et repoussée entre les deux groupes d'intéressés comme un pion sur un échiquier.

Jusqu'à une époque récente les juristes togolais recevaient leur éducation en France, et y étaient formés dans la tradition que le droit français était plus équipé et plus propre à servir de modèle pour le droit national unifié que le droit coutumier africain. Cela s'applique particulièrement aux idées concernant la relation homme-femme, qui sont basés sur les principes chrétiens. Le jeune juriste africain est pénétré de l'idée que le mariage est une affaire individuelle entre un homme et une femme, et n'établit pas, comme dans beaucoup de systèmes du droit coutumier africain, des relations entre des groupes lignagers. Le système de donner les femmes en mariage n'est pas seulement jugé être en opposition aux règles de l'ordre public togolais, mais il est même méprisé, comme p. e. au Sierra-Léone:

« . . . All Sierra Leonian lawyers have been trained abroad in English jurisprudence, as there is no law school in the country. Only a handful have been exposed to a curriculum

33 Voir aussi van Rouveroy van Nieuwaal; op. cit., 1977a, Annexe A et B, p. 235 – p. 243.

34 Si l'on se demande quels sont au fond les facteurs qui empêchent que le Juge de Paix joue aussi un rôle actif dans l'administration de la justice dans la circonscription de Mango, je vous renvoie à van Rouveroy van Nieuwaal: op. cit., 1977a; p. 220–223.

35 Pour une description plus détaillée, voir notre A la Recherche de la justice, etc., op. cit., 1977a, p. 125 ss.



which acknowledged the value of legal systems other than those of Western origin. Lawyers have been schooled in an atmosphere in which the superiority of Western Christian concepts of the family was eulogized and where, if they were considered at all, the dominant attitude towards traditional African family practices was one of contempt»<sup>36</sup>.

Cependant, cette idée a été combattue entièrement par nous-mêmes dans notre publication A LA RECHERCHE DE LA JUSTICE que la femme soit un objet apathique dans cet échange; ou comme les Anufòm eux-mêmes reconnaissent: **bara ti fèmè, byèsò iti ba kâ**, c.-à.-d. la femme est le roi, le garçon est un petit garçon. Pourtant, en donnant si manifestement la priorité aux droits individuels de la femme et en partant de la conception que l'homme et la femme soient des individus autonomes, le Tribunal Coutumier à N'zara néglige, à notre avis, la conception anufò que le mariage n'est pas en **premier lieu** une relation individuelle entre homme et femme – bien que cet aspect soit loin d'être méconnu – mais est regardé surtout comme un lieu entre deux groupes lignagers avec des intérêts communs. Le lien matrimonial entre des personnes est un trait d'union qui établit et confirme des relations entre deux patrilignages. Et le fait que, si l'un des époux vient de mourir – ou dans le cas que la femme abandonne son mari – la relation entre les deux patrilignages continue à subsister, prouve de l'autre côté que les Anufòm attachent à cette relation socio-juridique plus large une plus grande valeur qu'au mariage individuel qui est né de cette relation.

D'un côté la femme est bien consciente que son mariage est une jonction entre les patrilignages mutuelles et constitue une confirmation de la bonne entente entre les deux. Elle ne voudra donc pas compromettre cette réaction pour rien. Un refus trop persistant du partenaire lui vaut en outre le risque d'une malédiction par ses ancêtres. De l'autre côté cette situation incite ses parents à procéder soigneusement et avec délibération dans le choix de l'époux, afin que la chance soit si petite que possible que la jeune fille refuse l'époux que l'on lui a choisi. La position de la femme mariée dans le patrilignage de son mari n'est certainement pas celle d'une personne sans droits. Elle dispose de garanties légales à cause de la relation fixe entre son propre patrilignage et celui de son mari. Le mari et les autres alliés ne veulent pas compromettre cette relation en brusquant la femme avec le risque qu'elle s'en aille au patrilignage de son père.

Cependant, la femme est aussi traitée avec un grand respect, car aussi bien son mari que le patrilignage de celui-ci sont conscients que son pouvoir procréateur est une garantie de la continuité de leur patrilignage. Dans son rôle de mère et de procréatrice elle puise de la dignité et un état de protection judiciaire; si elle était brusquée, sa menace de s'en aller – avec ses enfants – forme une sanction préventive puissante. Ceci contrairement à sa position dans le patrilignage de son amant où – du moins dans la première période quand les relations de son amant et son patrilignage ne sont pas encore stabilisées – elle se sentira moins sûre.

Donc, se placer dans ce contexte sur le point de vue – comme le fait le Tribunal Coutumier à N'zara – que le système anufò tient trop peu compte des désirs et des droits de la femme elle-même, est, à notre avis, une sous-estimation de la socio-réalité des Anufòm. La conception du Tribunal Coutumier signifie ici l'introduction d'une idée de droit – «chaque individu est libre dans le choix de son époux» – qui provisoirement peut-être n'est pas encore compatible avec les idées anufò sur le lien qu'établit le mariage entre des patrilignages.

Voilà le danger est là qu'il aura une distance dangereuse entre le droit du Juge et le droit coutumier en vigueur<sup>37</sup> Doit-on s'étonner dans une pareille situation que le Tribunal Coutumier

36 Harrell-Bond et Rijnsdorp, op. cit., 1975, p. 109.

37 J. F. Holleman: Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law, in: Law and Society Review, 1973, vol. 7, no. 4, p. 602.

à N'zara ne reçoive – même dans des litiges concernant le mariage – qu'un nombre limité d'affaires par an?

#### 4. Chefs coutumiers

Ce que nous venons d'exposer pourrait donner l'impression d'une certaine préférence pour la juridiction du Chef Supérieur plutôt que pour celle du Juge de Paix. Cependant, qu'on soit prudent. Il y a bien des Juges de Paix qui se donnent la peine de pénétrer jusqu'au noyau du litige. Pour cela nous vous revoiyons volontiers à notre article sur le droit foncier coutumier à N'zara: **Qui terre a, guerre a**<sup>38</sup>. Dans ce cas le Juge de Paix a bien compris qu'un homme d'un niveau social supérieur a abusé de sa position aux dépens de l'allié analphabète. En ce cas c'était le Chef Supérieur qui, pour des raisons personnelles diverses, abandonna le lésé à son sort et expédia le litige aussi vite que possible. Mais dans d'autres cas aussi nous avons constaté plusieurs fois que le Juge de Paix essaie de concilier les parties, il faisait quelque fois des efforts pour réaliser un échange de femmes<sup>39</sup>. Ceci est contraire à la jurisprudence usuelle durant de longues années dans cette matière, mais il est clair que ce juge était d'opinion, en vertu de sa conviction juridique de ce moment que cette solution serait le jugement qui s'accorderait le mieux avec les relations sociales entre les parties. Enfin, la question se pose de savoir si le Chef Supérieur, en tant que membre d'une bureaucratie traditionnelle, peut toujours trouver la solution la plus acceptable pour les membres d'une classe inférieure, qui surtout à la campagne, maintiennent strictement la règle qu'il faut pour une femme donnée en mariage en retourner une autre femme comme contre-prestation aux premiers donneurs de femme.

Ce qui précède montre combien les conceptions occidentales du droit matrimonial sont toujours dominantes dans la justice du Tribunal Coutumier à N'zara. Mais on trouve cette dominance pénétrante aussi dans le domaine du droit public. L'exemple suivant concerne la position juridique des chefs coutumiers au Togo.

Abstraction du fait que les chefs coutumiers remplissent certaines tâches administratives, il importe plutôt de savoir dans le cadre de cet article, dans quelle mesure le législateur au Togo les considère comme des **juges**. Le législateur colonial considérait les chefs coutumiers comme des **conciliateurs** et non pas comme des juges. C'est ainsi que l'article 13 du décret relatif à l'Organisation Judiciaire de 1922<sup>40</sup> attribua aux chefs coutumiers la compétence de concilier des parties en matière civile et commerciale. Le décret relatif à l'Organisation Judiciaire de 1933<sup>41</sup> y ajoute dans son article 5 le passage suivante: «Ce préliminaire de conciliation ne fait obstacle, en aucun cas, à l'engagement ultérieur des instances». A l'époque coloniale française les chefs coutumiers n'avaient donc la compétence légale que de concilier, et puisque la conciliation n'était pas considérée comme justice, ils n'étaient pas des juges dans le sens des décrets cités.

Or, le législateur au Togo est allé encore plus loin en omettant de faire mention de cette compétence dans la loi relative à l'Organisation Judiciaire de 1961<sup>42</sup>. Dans le sens strictement légal un Juge de Paix de N'zara a raison de dire que «l'article 1 de cette loi, qui énumère toutes

38 Recueil Penant, 1977b, no. 756, p. 149.

39 Van Rouveroy van Nieuwaal, op. cit., 1975b, p. 115.

40 Décret du 22 novembre 1922, Journal Officiel du 26 novembre 1922, modifié par un arrêt du 16 mai 1928.

41 Décret du 21 avril 1933, arrêté de promulgation du 26 juin 1933, J. O. 1933, p. 386.

42 Journal Officiel du Togo, no. 61-17.

les juridictions, est limitatif. Les chefs coutumiers ne sont des fonctionnaires de l'administration que dans la mesure où les autorités leur en donnent compétence».

Nous ne voulons pas ici entrer en des considérations théoriques quant à la distinction entre 'justice' et 'conciliation'<sup>43</sup>. Les Anufòm eux-mêmes ne distinguent pas très nettement ces deux concepts, tout en se servant de termes différents pour le règlement des litiges à des niveaux différents qui peuvent varier de justice à conciliation. Pour le terme général de 'rendre justice', ils emploient le terme **sherea kâ**, où **sherea** est un abâtardissement de l'arab *sharia*'h (voir supra) et **kâ** signifie le verbe parler. La justice du Tribunal Coutumier est indiquée par le terme **sherea nazara**, 'la justice du blanc' (voir supra aussi), et celle du Chef Supérieur est appelée **sherea kâ fêmè deka**<sup>44</sup>. Le Juge de Paix et le Chef Supérieur sont des **sherea-kâ-fòm**, des juges; cependant les Anufòm se servent moins souvent du terme **sherea kâ** pour indiquer le règlement de litiges par le chef du village. Dans ce cas on emploie le terme de **shèshè-su**, qui signifie égaliser (**shè**: égal/lisse), lisser et de là mettre d'accord/concilier.

Le point de vue du législateur togolais est donc seules les instances nommées dans l'article 1 de la Loi O. J. 1961 ont la compétence légitime de rendre la justice. Quelle que soit la base de ce point de vue, il signifie en tout cas que les chefs coutumiers ne sont pas considérés comme des instances judiciaires et qu'ils ne sont pas intégrés dans l'administration de la justice nationale.

Les conséquences de ce là sont de deux sortes: d'un côté les chefs coutumiers sont depuis l'époque coloniale française placés sous l'autorité du Ministre de l'Intérieur; c'est lui qui est responsable de l'administration et des organes administratifs; et de l'autre côté il n'y a pas d'arrangement légal détaillé concernant les compétences judiciaires des chefs coutumiers sauf les arrêtés de 1949<sup>45</sup>.

Mais dans la pratique ce point de vue du législateur n'a jamais empêché que la juridiction par les chefs coutumiers ne fonctionnât pas, car avec la connaissance du gouvernement et sous le terme de **conciliation** cette forme de justice africaine subsistait et avait entre autres pour conséquence que le justiciable pouvait faire un 'emploi sélectif' des moyens judiciaires. Ces instances judiciaires pourvoient et pourvoient toujours à un besoin. C'est une forme d'administration de la justice locale dans laquelle les justiciables pour quelque raison que ce soit, continuent d'avoir confiance. L'opinion, indiquée souvent dans le milieu des juristes, que l'affluence des justiciables devant la justice par les chefs coutumiers devrait refluer dès que l'on se rendrait compte de la grande différence des frais de justice entre le Tribunal 'bon marché' et le Chef Supérieur 'coutumeux' n'a aujourd'hui – 12 ans après l'institution du Juge de Paix à N'zara – plus de force de persuasion. Raison de plus pour reconnaître que cette forme de justice pourvoit à un besoin auquel le Juge de Paix ne peut pas (encore?) pourvoir. Ce point de vue de législateur ne nous semble pas incroyable, si l'on prend en considération que dans l'Indonésie coloniale hollandaise aussi la justice rendue par les chefs coutumiers ne fut reconnue officiellement qu'en 1935<sup>46</sup>. A partir de cette année, cette justice locale put occuper une place humble dans la justice nationale. Longtemps avant cependant des juristes comme Van Vollenhoven<sup>47</sup> avaient reconnue cette justice comme étant la justice coutumière indonésienne propre, et l'avaient appréciée comme telle.

43 Voir aussi van Rouweroy van Nieuwaal, op. cit., 1976a, p. 37–38.

44 Littéralement: justice chez le Chef Supérieur.

45 L'arrêté du 2 octobre 1949, J. O. du Togo, no. 1145, articles 16 et 17; l'arrêté du 3 août 1958, J. O. du Togo, 59–121.

46 Indisch Staatsblad 1935, no. 102: erkenning van de dorpsrechtspraak in het gebied met gouvernementsrechtspraak.

47 Voir het Adatrecht van Nederlandsch-Indië, vol. II, Leiden, 1931, p. 247 etc.

Néanmoins en Indonésie d'aujourd'hui aussi la question reste actuelle afin de savoir à quel point et dans quelle mesure la justice des chefs coutumiers doit être placée dans le cadre de la justice nationale.

Sugijono, juge indonésien, reconnaît expressément que le juge national en Indonésie aurait à conseiller le chef de village avant de prononcer un jugement. De sa conclusion nous citons ce qui suit:

«contrairement au chef de village, les juges nationaux sont sujets à des mutations. S'ils sont déplacés dans une autre région, ils sont confrontés avec une société d'un autre droit coutumier (adat). Dans toutes leurs décisions ils doivent s'adapter à et tenir compte des sentiments adat et de la conviction de la justice de la population autochtone, afin qu'ils ne se heurtent pas à leurs propres concepts de droit. C'est pourquoi l'avis du chef de village est indispensable s'ils veulent prendre des décisions qui soient en accord avec la conviction de justice du peuple.

Un juge national a besoin d'expériences venant de la pratique. Il doit effectuer des comparaisons juridiques entre certaines communautés du droit, scruter des litiges spéciaux, entrer en contact avec le chef de village et le justiciable lui-même. Ce sont des facteurs dont le juge doit tenir compte avant de pouvoir prendre une décision digne».<sup>48</sup>

Notre expérience à N'zara a montré qu'il y a peu de contact entre le Juge de Paix et son homologue traditionnel, le Chef Supérieur. Lorsqu'au début 1971 le Juge de Paix fut remplacé, il sembla que son successeur (un homme d'âge avancé, avec des expériences administratives et juridiques de l'époque coloniale) entreprit des efforts pour entrer en contact avec le Chef Supérieur. Lors de la première rencontre des deux hommes à la maison du Chef de la Circonscription, le Juge de Paix fit savoir qu'il «trouverait normal, même désirable, si le Chef Supérieur continuait à traiter certains cas, comme des affaires de sorcellerie et des promesses en mariage compliquées, pendant le temps où je ne me serais pas encore familiarisé avec le milieu ici et le travail». Le juge ajouta: «il arrivera de temps en temps que je renvoie des gens à vous quand je suis d'avis que le litige pourrait mieux être traité par vous, à cause de vos connaissances des relations sociales» (information personnelle).

Ceci sembla annoncer un changement dans la relation Juge de Paix – Chef Supérieur. Son prédécesseur avait toujours négligé la pratique judiciaire du Chef Supérieur et s'en était détourné en l'appelant 'partiale'. Mais peu après sa nomination et entrée en service le nouveau Juge de Paix tomba malade. Durant plus de six mois il ne put remplir sa fonction. Quelques mois après son rétablissement il fut, début 1972, déplacé à Dapaôn (75 kilomètres au Nord de N'zara) pour y occuper la place libre du Juge de Paix. A ce que l'on dit, le Tribunal Coutumier de Première Instance est fréquemment consulté dans cette région. A cette situation a contribué le fait sans doute que la chefferie traditionnelle à Dapaôn n'est que faiblement établie. Par exemple, un Chef Supérieur y fait défaut<sup>49</sup>.

D'autre part on a l'impression que de nos jours les chefs coutumiers sont plus mêlés à l'administration du pays que dans le passé, lorsque le gouvernement colonial avait tendance à les repousser «into a secluded corner where they could nurse their remaining ritual and limited judicial functions»<sup>50</sup>. On pourrait conclure ceci entre autres du fait que les chefs coutumiers sont intégrés de manière active dans les réunions fréquentes du Parti Unique, le **Rassemblement du Peuple Togolais** (R. P. T.) et de l'**Union des Chefs Traditionnels** (U. C. T.) L'inconvénient est cependant que les chefs coutumiers en général, et le Chef Supérieur à Nzara dans la capitale des Anufòm au Nord-Togo en particulier, ont moins de temps à leur

48 Bijdragen voor Taal, Land en Volkenkunde, Leiden, 1971, p. 496.

49 Information du Juge de Paix dans cette région du Nord-Togo.

50 J. F. Holleman: Chief, Council and Commissioner, Assen, 1969, p. 340.

disposition pour remplir dûment leur fonction dans le droit coutumier, c'est-à-dire le règlement des litiges. Le Chef Supérieur se trouve ici dans une situation bien pénible: une participation insuffisante aux réunions du R. P. T. et de l'U. C. T. lui vaudra sans doute la critique de l'autorité centrale, qui lui fera le reproche d'un manque de loyauté, de l'autre côté il est menacé par le danger de discorde avec son peuple lui-même qui le peut moins conseiller pour des affaires diverses. Ceci est en même temps une illustration de la position ambivalente qu'occupe le Chef Supérieur – et avec lui d'autres chefs coutumiers – dans le système administratif local par rapport au gouvernement et la population. Pour la situation en Zimbabwe (Rhodésie) Holleman donne la description suivante:

«it is the chief's unevitable lot to be the bottom of the European upper half of the pyramid, and the top of the lower tribal structure. This dual position is fraught with difficulties, because it involves a reconciliation between two inherently conflicting roles and loyalties: that of faithful servant of an essentially foreign and superimposed Administration, and that of head and representative of an autonomous African tribal community whose support is equally vital to him. When the aims, of the Administration and the tribal community coincide, reconciliation is no problem but when these aims diverge, as they often do, the chief is in the unhappy position of seeking to satisfy one master without incurring the displeasure of the other. Usually a chief tries to steer a middle course, thereby running the risk of weakening his position on both sides». (voir note<sup>50</sup>).

Mais dans d'autres régions en Afrique on fait aussi mention d'une position ambivalente pour les chefs coutumiers<sup>51</sup>.

Ce que nous venons d'exposer ci-dessus nous amène à la question de savoir – une question, qui concerne plutôt la politique judiciaire du pays – si, et à quel point, le législateur au Togo est disposé à considérer les chefs coutumiers comme des membres compétents de la justice nationale. Avec 'compétent' nous voulons dire non seulement la reconnaissance légale de leur règlement des litiges, mais aussi, et cela n'est certainement pas moins important, dans quelle mesure le Chef Supérieur – étant le sommet de la pyramide hiérarchique des autorités traditionnelles – est soutenu officiellement dans l'exécution de ses jugements. Puisque ce dernier fait est inhérent au premier.

Qu'il soit clair qu'il ne s'agit pas ici de la marotte d'un seul chercheur européen qui a rencontré 'par hasard' une pratique judiciaire coutumière bien fonctionnant, mais de toute cette hiérarchie de chefs coutumiers, qui se chargent d'une grande partie de l'administration de la justice locale de tous les jours et empêchent par là que les Tribunaux Coutumiers soient submergés de litiges – un aspect très important que l'on tend trop vite à négliger.

D'ailleurs, aussi cette situation n'est pas spécifique du Togo. On trouve la même situation dans la Sierra-Léone:

«Despite the absence of any legislation which would have given them jurisdiction to try customary law cases. Tribal Headmen have assumed this role throughout the years since the Colony was founded . . .

During the course of this research we discovered more than thirty people who were unofficially serving as Tribal Headmen. All of them understood that their role included responsibility for hearing disputes and administering customary law: most of them held regular court sessions»<sup>52</sup>.

51 B. E. Harrell-Bond et U. Rijnsdorp: *Family Law in Sierra Leone*, Research Report, Afrika-Studiecentrum, 1975, p. 109; A. L. Epstein (éd.): *Contention and Dispute Settlement, aspects of law and social control in Melanesia*, Canberra, A. C. T., 1974, p. 17; P. Geschiere; *Traditionale Elders, Colonial Chiefs and Modern Intellectuals*, *Kroniek van Afrika* (actuellement: *African Perspectives*), 1975, vol. 2, p. 89-119.

52 B. E. Harrell-Bond et U. Rijnsdorp, op. cit.

Mais aussi hors de l'Afrique, comme en Indonésie et dans la Nouvelle-Guinée<sup>53</sup> il se produit des problèmes analogues. Ce dont il s'agit essentiellement, à notre avis, est la mauvaise **communication et l'aliénation** entre les Juges de l'Etat (ce que nous avons appelé ci-dessus : les juges de la superstructure) et les chefs coutumiers (ou les juges de l'infrastructure). Dans cet ordre d'idées et dans le cadre du désir de réformes judiciaires radicales (ayant pour but la formation d'un seul droit national) dans beaucoup de pays ex-coloniaux, Holleman a formulé ce problème de l'aliénation ainsi :

„The problem of estrangement is aggravated by the fact that, in many cases, the traditional local adjudicators (chiefs, headmen, village or family elders) are no longer officially recognized as part of existing judicial structure . . . This does not mean that they no longer operate. On the contrary . . . at the grass-roots level the means of dispute settlement continue to operate according to locally accepted norms and practices. Depending on the kind of wrong committed or redress sought, they are being employed rather than the officially appointed courts of justice and other government agents.

But how much legal authority is to be attached to their pronouncements in trouble-cases depends largely upon whether they are viewed folkwise or through official eyes. While their formal recognition may run counter to political aims and sensitivities regarding the often tender and vulnerable growth of national unity and of centrally directed development, their **non**-recognition tends to screen off this world of living folk law, obscuring its internal growth in regional and local diversity, and this inhibits the very chances of law reformers to direct its successful evolution towards a more uniform and integrated part of an emerging national legal system.

If, as I firmly believe, the most effective way of legal reform is by (suitably statutorily empowered) judicial rather than direct legislative action, and by building upwards from carefully examined groundlevel structures rather than by projecting lofty plans and premises downwards through the hierarchy of state authority **every effort should be made to open up to communicating** passages between officially recognized upper storys, and the non-recognized but crowded basement of existing legal structure<sup>54</sup>.

## Conclusion

Nous avons voulu ici montrer qu'il y a d'un côté le danger d'aliénation du Juge de Paix et les justiciables à qui il rend la justice, et de l'autre côté aussi nous avons voulu signaler la méconnaissance du législateur et des juges de la superstructure du rôle fréquent des chefs coutumiers dans l'administration de la justice locale. Très brièvement nous avons voulu aussi mentionner le fait que le Juge de Paix, ayant une formation à l'orientation occidentale et une attitude progressiste et étant dirigé de manière centrale à la modernisation et à la réforme du droit local en vigueur, introduit peut-être des règles de droit (matrimonial) qui – au moins provisoirement – ne sont pas encore compatibles avec les concepts des Anufòm eux-mêmes. Ceci est en même temps, à notre avis, une des causes du fait que ce Juge est toujours regardé par les Anufòm comme un étranger dans leur région.

53 J. F. Holleman et Suijono: Het belang van de adviezen van het dorps hoofd en de dorpsjustitie voor de nationale rechter in Indonesië, in: Bijdragen voor Taal, Land en Volkenkunde, Leiden, 1971, p. 492–496; G. J. van den Steenhoven: Formele en informele rechtspleging: in Indonesië: Jubileumbundel der Katholieke Universiteit Nijmegen, Deventer, 1974, p. 247.

54 J. F. Holleman: Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform, Law and Society Review, 1973, vol. 7, no. 4, p. 602.



Ici on peut se demander si la disparité entre le droit du Juge et le droit anufò n'est plus pire que «the pluralism of pre-national past for it means that the national body of law is bisected head from trunk. In such a situation to uphold a view that law proper is that statutes prescribe, or courts apply, would be juristic arrogance and sociological nonsense»<sup>55</sup>.

Vu dans ce contexte il semble utile de se demander continuellement si et dans quelle mesure les jugements des Juges de la superstructure s'accordent avec la réalité socio-judiciaire et quels sont les effets des jugements de ceux-ci sur les relations sociales entre les justiciables. Sous ce même rapport la jurisprudence de ce qui est aux yeux du législateur togolais la seule instance judiciaire à compétence légale dans la circonscription de Mango, pourrait bien soulever des questions de savoir à quel point ce droit du Juge de Paix ne s'écarte pas trop loin du droit anufò – ce qui met aussi en question la sûreté comme source d'information sur ce droit – et si la jurisprudence du Juge ne donne pas une image plus ou moins manquée de la réalité de son ressort.

De ce qui précède il se produit clairement combien les idées occidentales du droit sont toujours suivies dans le Togo de l'époque post-colonial. Formés professionnellement par l'esprit du Code Napoléon il paraît assez difficile aux juristes de se dégager du poids lourd du droit importé. Ce dont il s'agit au fond, c'est sans doute l'**endoctrinement** du juriste au Togo dans des idées du droit de l'Occident. Pendant ses études, orientées sur le droit français, il est instruit profondément dans le système de droit français, des idées de droit français, des procédures françaises, y compris le jargon qui les caractérise<sup>56</sup>. Il apprend que le droit est arrangé selon un système impeccable, subdivisé en diverses sections, mais surtout que le droit sur le plan national doit être une unité. On lui apprend que la diversité du droit est quelque chose de détestable, conception que le juriste néerlandais par exemple apprend aussi lors que l'on traite l'histoire du droit de la période des souverains.

Ceci nous ramène au point que c'est justement à cause de cette persistance de la pensée occidentale dans le système judiciaire et les conceptions juridiques, qu'il y a un danger réel que dans cette tendance pressante à l'unification du droit, le droit institué par l'Etat et imposé par les juges de la superstructure discorde de plus en plus avec la réalité du droit coutumier. Si on se demande sincèrement dans quelle mesure la loi et le droit du Juge officiel correspond encore à la réalité sociale, on doit applaudir de tout coeur à toute recherche à ce sujet.

Ici s'offre une énorme quantité de problèmes qui demandent à être étudiés, surtout au Togo où les études socio-juridiques récentes sont peu nombreuses, voire absentes. On pourrait alors entreprendre des recherches importantes de l'efficacité de la nouvelle législation<sup>57</sup> et des jugements des Juges de l'Etat, dans quelle mesure les Tribunaux Coutumiers jouent un rôle actif dans l'administration de la justice locale, y compris la fonction des chefs coutumiers. Hors de l'atmosphère de la justice, il y a abondance de questions sur des changements du droit de succession, le droit foncier et le droit de commerce. Ce sont des sections du droit qui sont exposées à des changements par suite de l'évolution considérable dans les situations socio-économiques, où c'est surtout la situation urbaine qui demande notre attention avec son industrialisation et l'affluence de la campagne vers les villes.

Il est regrettable que le droit coutumier africain en général et le droit coutumier au Togo – pour autant qu'il y a des données disponibles là-dessus – ne reçoive que peu d'attention. On ne s'occupe presque pas d'études socio-juridiques. Ici ce sont aussi les moyens financiers qui font défaut. En ceci on dépend souvent de l'assistance venant de l'étranger, ce dont on ne se

55 Idem comme note 54: p. 603.

56 D. M. Trubek: Toward a social theory of law: an essay on the study of law and development, The Yale Law Journal, vo. 82, no. 1, novembre 1972, p. 10.

57 Par exemple la loi récente concernant la réforme agro-foncière du 6 février 1974, J. O. du Togo du 16 mars 1974, p. 113-115.

réjouit pas toujours, pour des raisons qui se laissent comprendre du point de vue psychologique. Cependant on peut regarder comme un signe encourageant la fondation, fin 1974, de l'**Association des Sociologues Togolais** à Lomé. On émit l'espérance que le gouvernement continuerait à donner des supports et que la réservation d'argent pour des recherches scientifiques sur le budget de l'Etat tournerait en habitude.

Cependant il est remarquable que le programme de recherches assez détaillé que l'on présente lors de la première réunion de l'**Association**, ne contient aucune proposition à des recherches socio-juridiques.

Et ceci nous suggère quand même des questions et des doutes sur la mesure dans laquelle la révalorisation de la culture traditionnelle dont on fait fréquemment mention<sup>58</sup>, aura des influences durables sur le processus de décolonisation du droit togolais qui est encore si pleinement pénétré du droit français. Qu'une première démarche prudente dans cette voie soit l'abolition définitive de prénoms importés, à l'exemple de Zaïre. Ce dont il s'agit en fait c'est ce que Verdier a su rendre de manière frappante:

«Il convient donc de renoncer à nos catégories et nos concepts pour approcher la réalité socio-juridique africaine. Sinon, on se condamne à faire du droit 'coutumier' – expression bien inadéquate depuis que la loi n'est plus du côté de la puissance coloniale et la coutume du côté des peuples colonisés – une curiosité folklorique et à porter des jugements partiels et superficiels à partir d'autres horizons culturels. En partant des concepts de la pensée africaine, restitués dans leur contexte culturel, il est possible de dégager les principes fondamentaux qui ont servi de base pendant des siècles à la famille lignagère et qu'il convient aujourd'hui d'adapter aux conditions nouvelles et de l'industrialisation».<sup>59</sup>

Si nous plaçons ceci dans le contexte togolais actuel, la question se pose de savoir quelle sera à l'avenir prochain la place et la fonction du droit coutumier dans le droit national (unifié) au Togo, surtout dans le cadre du droit de la famille à l'institution duquel, comme nous avons déjà mentionné ci-dessus, une proposition a été présentée en 1975-1976 au gouvernement du Togo. Le problème épineux sera comment le législateur amènera le Togolais au nom du développement économique et social, «à renier la conception traditionnelle de la famille faite de solidarité et de luttes en commun contre les incertitudes d'un médiocre aujourd'hui et d'un insaisissable lendemain au profit de la conception européenne faite de repli sur soi?»<sup>60</sup>.

Aura-t-on non seulement le pouvoir, mais aussi le désir sincère de se soustraire à la domination des idées du droit importé?

---

58 J. M. Pauwels: La réforme du droit civil au Zaïre: comment concilier la tradition et le développement? In: *Journal of African Law*, 1973, vol. 17, no. 2, p. 216–226; G. A. Kouassigan: Quelle est ma loi, tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone, Paris, Pédone, 1974, p. 289–295.

59 R. Verdier: L'image de la femme mariée dans les écrits des juristes français dans l'époque coloniale, *Kroniek van Afrika* (actuellement: *African Perspectives*), Leiden, 1975, vol. 1, p. 74.

60 Kouassigan, op. cit. (voir note 12a).

## **Kandyan Law and British Colonial Law: A Conflict of Tradition and Modernity – An Early Stage of Colonial Development in Sri Lanka**

By M. L. MARASINGHE

The article is intended to consider the problems of association between two types of legal systems based upon very different assumptions. The conquest of the Kandyan Kingdom brought about the acquisition of a sizeable land mass by the British, in Ceylon, inheriting a legal system based on certain Ethno-social and Religio-Cultural assumptions. The task of the British government was essentially one of reconciling some of the fundamental assumptions of the English Common Law with those of the Kandyan Law. The inequality in the application of the rules of law, the recognition of social stratification upon caste lines, the legalisation of torture and the recognition of Buddhism as the only lawful faith in the kingdom were some of the fundamental characteristics of the law and its institutions. The way by which the British government succeeded in assimilating such a system results in the modernization of a whole system of laws and institutions of a traditional legal system. This naturally creates a number of difficult socio-political problems. The article forms a part of a book on Law and Modernization in Sri Lanka which is presently being written by the author.

## **Use and Abuse of the “Modern” versus “Traditional” Law Dichotomy in South Africa**

By SANDRA BURMAN

This paper discusses whether it is useful to categorise multi-cultural societies as either traditional or modern, with specific reference to the South African situation where this categorisation has been used for over a century. The distortions it introduces in the approach of legal officers to indigenous legal systems, and the difficulties it has led to in South Africa in acknowledging changing customs are examined in relation to current anthropological debates and court cases. Its role in enabling South Africa's policy makers to achieve certain policy goals is then analysed in an historical framework, and the paper concludes with a discussion of whether the dichotomy might be useful in predicting the course of future legal development in South Africa were the African population to have greater control of their legal system.

## **Unité du Droit ou Diversité du Droit**

By E. A. B. VAN ROUVEROY VAN NIEUWAAL

The most complex questions for the African legislator are still the problems of adaptation, reform and integration of different laws into one national law system. These problems vary from country to country, from region to region even, due to a different social and economic development, but nearly always in a very fast way. They are increased by the colonial inheritance of diversity of law and culture. Most African governments decided after the Indepen-

dance to unify their different laws, as diversity of law is connected to underdevelopment, a view which has also its supporters in the Western world.

For the time being, Togo has still a dual legal system: modern and customary law exist side by side and formally both laws are at the same level, but in practice customary law is considered, as in colonial days, as the law of the exception (= *droit d'exception*) and modern law as the general law (= *droit commun*) although this law is only the law for a minority of the Togolese people.

In this article the author describes the intriguing situation when two totally different customary law courts are available for the people in a rather face to face society as the Anufò people in Northern Togo (West Africa). The Juge de Paix (President of the Tribunal Coutumier de Première Instance) and the Paramount Chief of the Anufòm (the highest traditional judicial institution) have differing viewpoints concerning the exchange of women and divorce. These differences may be attributable to the different cultural background, education and positions of the Juge de Paix and his traditional counterpart, the Paramount Chief: the first represents "modern" and mostly Western law (which in official and educated circles is also regarded as "progressive"), while the Paramount Chief represents traditional rules and values.

This does not mean, however, that in his decisions the Paramount Chief ignores rapidly changing ideas about an institution like marriage such as the fact that nowadays a woman cannot be forced to marry a man whom she does not want. On the other hand, in certain situations the Juge de Paix must apply customary law, and certainly cannot act in utter disregard of traditional ideas. Nonetheless there is a tension between de Juge de Paix who is directed by the central government to introduce new institutions, and the conservatism of the Paramount Chief. Consequently the two legal institutions are more or less competitive with each other. Since both are available to men and women who are looking for a favorable disposition of their disputes, there is an excellent opportunity for many a litigant to pay off these institutions against each other. At the same time, litigants are the means by which the Paramount Chief and the Juge de Paix compete with each other: thus every case is potentially an affair of four parties engaged in mutual manipulation. Intrinsically there may be nothing wrong with the "selective use of legal institutions", but some kinds of this selective use are objectionable. That is the case when litigants manipulate tribunals and tribunals manipulate litigants for non-legal ends. At that moment the protection of legal rights is called into question.