

DROITS AUTOCHTONES ET COLONISATION

Kathia MARTIN-CHENUT

Directrice de recherche au CNRS, UMR 8103 ISJPS

Florence RENUCCI

Directrice de recherche au CNRS, UMR 8171 IMAF

Nora STIRN

Docteure en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La référence à la situation coloniale s'accompagne en général d'une domination du droit des colonisateurs sur les normes locales, en particulier dans un système dit « assimilationniste ». On pourrait citer des exemples très divers illustrant cette imposition pure et simple. Dans cette perspective, le droit commun serait donc l'écrasement d'autres normes au profit de celle du pays occupant.

Toutefois, l'observation des expériences coloniales dans leur diversité – comme nous le verrons à travers des expériences en Amérique latine et en Afrique – démontre que la situation est plus complexe selon les territoires. Parallèlement au droit (adapté ou non) qui vient des métropoles européennes, s'épanouissent des formes très diverses de tentatives de dialogue, de rapprochement, de fusion ou de tissage des droits, dont l'expérience pourrait s'avérer particulièrement instructive dans la perspective d'un nouveau *Jus commune*. Certes, leur originalité ne doit pas être surévaluée car le pluralisme juridique s'étendait à de nombreux pays avant la période coloniale, notamment à l'intérieur de l'Empire ottoman ou dans les anciens royaumes d'Afrique.

C'est d'ailleurs plus globalement l'expérience coloniale dans son ensemble qui est intéressante puisqu'à partir de conceptions différentes du droit commun, elle nous fait réfléchir sur l'opportunité tantôt d'une homogénéisation ou au contraire d'une harmonisation, sur les motivations ayant justifié ces choix d'organisation et sur la fabrication concrète d'un modèle juridique colonial. L'expérience coloniale révèle les difficultés de conciliation entre l'esprit et la règle, bipolarité au cœur de cette recherche et qui ne doit pas être forcément perçue comme un élément négatif, mais au contraire comme un élément favorisant l'émergence d'un *Jus commune* pluriel¹. Il n'est pas question ici de fournir des réponses exhaustives

1. V. dans cet ouvrage, la contribution de M. DELMAS-MARTY, L. HE, S. MALJEAN-DUBOIS, « Entre les règles et l'esprit des règles ».

aux questionnements soulevés par les interactions entre droits autochtones et modèles juridiques coloniaux, mais plutôt d'exposer quelques éléments qui pourront contribuer à une réflexion plus approfondie sur le sujet. Dans cette optique, nous proposerons une typologie de ces expériences (I) avant de nous interroger sur les voies d'un rapprochement entre « la règle et l'esprit de la règle » (II).

I. DIVERSITÉ DES EXPÉRIENCES ET DES MODÈLES JURIDIQUES COLONIAUX

En matière de droit commun, nous pouvons déjà identifier trois types d'expériences en partant des exemples français, ibérique et anglais (colonisation latino-américaine et africaine). Le premier type d'expérience se traduit par l'imposition du droit dominant (A), le deuxième type d'expérience part du droit autochtone en vue de le transformer et de le rapprocher du droit du colonisateur (B), enfin, le troisième type d'expérience est marqué par des tentatives de combinaison de systèmes disparates afin de faire émerger du commun (C).

A. – Faire du droit dominant le droit « commun »

Le premier exemple d'expérience est souvent présenté comme l'exemple type de la politique française. Les autorités coloniales auraient cherché à imposer et à étendre leurs règles juridiques, en particulier les codes, tant sur le fond que sur la forme. Le rayonnement du Code Napoléon et le mouvement de codification qu'il engendra en Europe renforce ce préjugé. Nous utilisons le terme de *préjugé* à dessein car, comme souvent, la réalité est plus complexe.

Ce vaste mouvement d'uniformisation s'est donc traduit par une exportation du droit du colonisateur outre-mer. En 1805, par exemple, le *Code civil des Français* entre en vigueur en Guadeloupe pour l'ensemble de la population. Ce constat semble également pouvoir se vérifier dans les colonies africaines. Dès le XV^e siècle, les colonisateurs portugais d'abord, puis français et britanniques, imposèrent de manière plus ou moins effective leur domination sur les anciens royaumes du continent africain en remplaçant peu à peu les règles coutumières africaines par leurs propres normes juridiques et institutionnelles. Les politiques coloniales, présentées dans un premier temps comme une manière d'accompagner les sociétés africaines dans leur assentiment volontaire à ce nouveau modèle de gouvernance, avaient en réalité pour objectif d'obtenir de gré ou de force une conversion à la fois institutionnelle et idéologique des populations autochtones. L'expérience de la colonisation ibérique dans les Amériques relève aussi de cette catégorie à travers l'exportation du droit espagnol².

2. Les Amériques ont été notamment colonisées par les Espagnols et les Portugais. Les deux couronnes se sont partagées la région (Traité de Tordesillas de 1494). Le droit

Toutefois, ce mouvement ne s'est traduit qu'imparfaitement dans la pratique. Selon les territoires et les populations, les colonisateurs ont rapidement fait preuve de différentialisme, si bien qu'il existe une tension constante entre uniformisation du droit et différentialisme. L'une de ses formes est le statut politique des populations au sein d'espaces locaux, nationaux ou impériaux. Le régime de l'indigénat, qui fut instauré d'abord dans une partie de l'Algérie par deux décrets du 29 août 1874 et du 11 septembre 1874 avant d'être étendu aux autres territoires colonisés, prévoit en effet que : « les peuples colonisés sont français » avant de nuancer en précisant qu'ils ont en réalité « la qualité de sujet et non de citoyen »³ – une distinction qui venait de la jurisprudence et avait été reprise dès le sénatus-consulte de 1865 sur la citoyenneté en Algérie. Cette construction juridique, qui fut également utilisée par les Italiens⁴, institue de fait un statut discriminatoire, réservé aux peuples autochtones des pays colonisés, dont l'interprétation est laissée à la discrétion des administrateurs coloniaux et/ou des juges. Ainsi, l'arrêté du 30 septembre 1887 au Sénégal utilise le terme « d'indigènes non citoyens français », quand pour la Côte d'Ivoire en 1901 le mot « indigène » est expliqué comme visant « non seulement les autochtones qui n'ont pas acquis la qualité de citoyens français par naturalisation, mais encore les diverses personnes de couleur, qui, venues de régions voisines ou même de contrées étrangères (...) ne possèdent pas, dans leur pays d'origine, l'assimilation européenne », et à Madagascar, la même année, « les personnes résidant dans la colonie et dans ses dépendances, nées soit à Madagascar, soit dans d'autres possessions françaises, n'ayant pas la qualité de citoyen français, ou une nationalité étrangère reconnue »⁵. Ces différences de définitions nous démontrent à la fois les limites théoriques et pratiques de la « politique indigène » quant à une possible tentative d'uniformisation du statut des peuples colonisés. Outre la question du statut politique, un autre grand « symptôme » de ce différentialisme est le maintien d'un certain pluralisme par l'intermédiaire des droits locaux – coutumes comprises – dans des domaines juridiques précis, comme les questions familiales et de statut personnel. L'exportation du droit commun est en effet fonction de la nature des normes juridiques. Les règles de statut personnel et, plus largement familiales, ne sont pas attaquées

portugais a été exporté au Brésil, mais ce droit a lui-même subi l'influence du droit espagnol en raison d'une circulation de systèmes juridiques entre colonisateurs : l'Espagne ayant envahi le Portugal, les *Ordenações Filipinas* ont été en vigueur au Brésil pendant des décennies.

3. M. FABRE, « L'indigénat : des petites polices discriminatoires et dérogoires », in B. DURAND, M. FABRE ET M. BADJI, *Le Juge et l'Outre-mer, Tome 5. Justicia illiterata : aequitate uti ? Les dents du dragon*, Centre d'Histoire judiciaire éditeur, Lille, 2010, p. 281.

4. Sur la question sujétion/citoyenneté en Algérie et la reprise de ce modèle par les Italiens, v. F. RENUCCI, *Le statut personnel des indigènes en Algérie et en Libye. Comparaison entre les politiques juridiques française et italienne (1919-1943)*, thèse, droit, Aix-Marseille, 2006, p. 171 et s.

5. M. FABRE, *art. cité*, p. 285.

frontalement par les autorités coloniales françaises dans la plupart des cas afin de tenir compte du degré d'évolution des mœurs des populations colonisées et de l'inadéquation de certaines règles européennes aux réalités locales⁶. Il en va différemment des normes juridiques autochtones régissant le droit foncier. Quant au droit foncier précolonial, la terre était traditionnellement considérée par les populations autochtones non pas comme un bien économique divisible mais comme possédant avant tout une valeur collective et donc inaliénable par essence. Dans le droit foncier traditionnel, on ne vendait donc pas la terre mais seulement l'usage de celle-ci. L'instauration par le droit colonial du concept de propriété privée est venue chambouler en profondeur la gestion des terres auparavant confiée au chef communautaire et revenant à présent à l'autorité coloniale ou à de riches propriétaires étrangers. À l'inverse, d'autres normes paraissent plus facilement imposables dans l'esprit des colonisateurs : c'est le cas du droit fiscal. L'impôt⁷ est pensé comme vecteur d'intégration pour les populations africaines au régime colonial – auquel s'ajoutent évidemment des considérations purement économiques. Cet exemple pose d'ailleurs une question plus générale : est-il plus facile d'imposer un droit commun dans certaines matières juridiques et pourquoi ?

La tension entre uniformisation du droit et fixation de « différences » s'explique en partie par la vision que les colonisateurs ont des autochtones. L'un des principaux arguments mobilisé est le degré présumé de civilisation. Incas et Aztèques avaient des systèmes d'organisation complexes et des systèmes juridiques considérés comme développés par les colonisateurs parce que regardés avec des lunettes européennes. Les peuples autochtones de la région du cône sud n'ont pas été perçus comme aussi « évolués »⁸. Selon les régions des Amériques où les ordonnancements castillans se sont implantés, les lois et coutumes des peuples autochtones ont plus ou moins survécu. De même, les colonisateurs français ont établi une hiérarchisation des populations en fonction du degré de complexité de leur système juridique. L'Afrique subsaharienne et la Nouvelle-Calédonie se trouvent au bas de cette pyramide, alors qu'en haut se situent les droits asiatique, hébraïque et musulman. Toutefois, cette hiérarchie ne commande pas automatiquement d'aller vers l'assimilation ou le différentialisme. Paradoxalement, des situations radicalement distinctes engendrent la même attitude des colonisateurs. Les sujets musulmans d'Algérie, par exemple, voient leurs statuts personnels en principe respectés, tout comme les populations d'Afrique subsaharienne, alors

6. C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses Universitaires de Namur, 2005, p. 80.

7. A. ADU BOAHEN, *Histoire générale de l'Afrique, Tome VII, L'Afrique sous domination coloniale, 1880-1935*, UNESCO, Paris, 1989, p. 244-246.

8. Il faut aussi noter la forte présence de la religion catholique et le mandat apostolique d'évangélisation assumé par les colonisateurs, outre le gouvernement des terres. Le droit autochtone de la famille était notamment combattu par les missionnaires et fonctionnaires royaux.

qu'ils se situent à l'opposé dans les hiérarchies coloniales. Dans le premier cas, ce respect est notamment dû à la crainte des révoltes, tandis que dans le second, il est davantage lié au fossé présenté parfois comme insurmontable entre les normes familiales françaises et africaines.

Un autre fondement essentiel de la tension entre uniformisation et différencialisme repose, comme dans les métropoles européennes, sur la capacité présumée des personnes. À sujets limités, droits limités : les femmes, les enfants mineurs, les étrangers, se voient privés de nombreux droits. Outre-mer s'y ajoutent les « indigènes ». Bien qu'il s'agisse en partie d'hommes majeurs, les autochtones sont considérés comme des incapables, des enfants, « pas encore des hommes »⁹ – comparaison qui se mue rapidement en théorie autorisant qu'ils soient éduqués et/ou punis selon des règles spécifiques. En Amérique latine comme en Afrique subsaharienne, l'invasion et la conquête européennes ont pu se justifier par le fait que les peuples amérindiens n'avaient « ni foi, ni roi, ni loi » (sans religion, sans organisation politique et sans droit)¹⁰. Au XVI^e siècle la condition juridique de « misérable » était appliquée aux Indiens, qui en « Nouvelle Espagne » étaient soumis à une juridiction inspirée des tribunaux pour les pauvres¹¹. La vision européenne sur les natifs oscille entre un sauvage qui doit être combattu (les « guerres justes », l'esclavage et le génocide) et un enfant qui doit être protégé et éduqué (la doctrine de la « tutelle des indiens », l'évangélisation, la « pacification » des tribus, etc.)¹². De même, les peuples autochtones africains étaient par exemple tantôt qualifiés de « grands enfants », tantôt de « non adulte » par la rhétorique de l'époque¹³. Cette dernière conception finit par prévaloir dans les ordonnancements juridiques locaux, à partir du XIX^e siècle, et les États se voient confier la mission de « civiliser » les autochtones.

Il résulte de cette tension des conséquences divergentes, voire contradictoires, selon le point d'observation du chercheur. Ainsi, dans les matières où les droits locaux ont été remplacés par les normes françaises dans une perspective d'écrasement, se dégage une « négation de la différence »¹⁴ au profit de la construction d'un empire colonial basé sur une conception uniformisée du droit. À l'inverse, en se plaçant du côté du maintien de formes de pluralisme, comme dans le domaine du droit de la famille, ou encore en observant la multiplication des

9. G. GOZZI, *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, « primavera arabe »*, Bologne, Il Mulino, 2015, p. 65-66.

10. Les Européens se sont même demandés si les Amérindiens étaient des êtres humains (voir la célèbre Controverse de Valladolid ou encore la bulle *Eritas ipsa* du pape Paul III).

11. Le « *Juzgado general de naturales* ». V. W. BORAH, « El juzgado general de indios en Nueva España », Fondo de Cultura Economica, 1985.

12. Fait symptomatique de cette conception : au XIX^e siècle, le juge compétent pour traiter les Amérindiens était, au Brésil, le juge des orphelins (décret du 3 juin 1833).

13. A. ADU BOAHEN, *Histoire générale de l'Afrique, Tome VII, L'Afrique sous domination coloniale, 1880-1935*, UNESCO, Paris, 1989, p. 235.

14. *Ibid.*, p. 150.

statuts politiques établie sur une stricte hiérarchie culturelle et/ou raciale, se dessine plutôt un droit éclaté. L'uniformisation va grandement mettre en danger la survivance des pratiques locales coutumières, perçues et sanctionnées comme une volonté de résistance au régime colonial, donc un frein à la centralisation et à la modernité. La justice coutumière est de plus en plus associée aux anciens, au village, et parfois même aux affaires de sorcellerie¹⁵. Les institutions coutumières et les normes locales qui ont été préservées sont en effet jugées de façon dépréciative par les colonisateurs. Après les Indépendances, elles ont été soit rejetées, soit intégrées et reprises par certains États africains, ou elles sont devenues un sanctuaire identitaire, à l'instar du droit de la faille en Algérie.

Face à des formes de résistance réelles ou projetées, les autorités coloniales ont parfois choisi une autre méthode pour s'imposer : partir des normes autochtones pour les modifier partiellement de l'intérieur. Le résultat de cette méthode pourrait être définie comme un « droit commun de transition » car l'objectif (conscient ou inconscient) n'est pas de figer un droit commun mais de modifier (ou faire « évoluer » en reprenant toujours les lunettes européennes) lentement les droits locaux de l'intérieur pour les amener un jour vers le droit métropolitain.

B. – Transformer « de l'intérieur » des droits locaux

Les transformations « de l'intérieur » des droits locaux s'appuient sur des techniques diverses. Les plus visibles sur le terrain colonial sont la traduction, l'option de législation, l'infiltration des juridictions coutumières ou traditionnelles par des agents coloniaux ou encore la codification.

Ces transformations internes peuvent être conscientes ou inconscientes. Les traductions de textes juridiques musulmans au tout début de la période coloniale en Algérie en offrent un bon exemple. Les traducteurs qu'ils soient juristes ou non, ont souvent réorganisé partiellement ou totalement leurs travaux selon une logique formelle (séparation droit public/droit privé notamment ou organisation en livres, chapitres, etc.) qui correspondait à leur schéma mental et culturel. Certains l'ont fait inconsciemment, d'autres en connaissance de cause parce qu'ils considéraient que l'organisation du droit français était la meilleure et/ou qu'il s'agissait de rendre plus lisible au public européen un droit musulman jugé touffu, contradictoire, sans règles générales et peu compréhensible. La méthode utilisée pour la traduction des termes juridiques renforçait cette acculturation puisque plutôt que de conserver le terme d'origine ou d'inventer un nouveau mot, beaucoup de traducteurs ont repris les termes de droit français ou de droit romain qui leur paraissaient proches, engendrant très souvent des confusions dans la pratique (on pense notamment à l'introduction du terme de

15. E. LE ROY, *Les Africains et l'institution de la justice : entre mimétisme et métissage*, Paris, Dalloz, 2004, p. 37.

« fiançailles » ou encore des confusions autour de la nature du « mariage » et de ses conséquences juridiques)¹⁶.

Un deuxième outil de transformation des droits de l'intérieur consiste à attirer les populations soumises aux droits locaux vers le droit du colonisateur. En Algérie¹⁷, une option de législation est instaurée à cette fin. Cette option de législation n'est prévue à l'origine que pour les litiges civils et commerciaux. Elle n'est pas générale au sens où elle ne s'applique qu'au litige soulevé. La jurisprudence va l'étendre également aux questions de statut personnel ; une initiative qui sera consacrée par le décret du 10 septembre 1886¹⁸. Ce décret prévoit deux modalités d'option : l'une expresse, l'autre tacite. L'option tacite a suscité des controverses car les justiciables connaissaient peu le droit français ou étaient mal renseignés¹⁹. Dans l'Afrique coloniale portugaise, des logiques proches ont été – certes plus tardivement – appliquées. Les colonisateurs lancèrent à partir de 1954 une vaste entreprise d'uniformisation des procédures juridiques, inspirée des modèles des politiques d'assimilation coloniale française, en invitant les populations colonisées à renoncer à l'application des lois coutumières et à se conformer au système légal portugais. Au Mozambique, par exemple, le choix de l'assimilation ne fut pourtant que très peu suivi par les populations autochtones. D'ailleurs, en 1961, à peine 1 % de la population autochtone se verra attribuer le statut d'assimilé²⁰. Des exemples de cet outil d'option de législation, peuvent également être identifiés en Amérique latine. C'est par exemple le cas du Brésil avec le Statut de l'Indien (*Estatuto do Indio*)²¹. Mais là aussi dans le cadre d'une politique assimilationniste (v. *infra*).

Un troisième outil est l'infiltration d'agents coloniaux au sein de la justice autochtone. Il s'accompagne parallèlement de la mise à l'écart ou du contrôle toujours plus étroits des autorités traditionnelles et coutumières, ainsi que d'une réduction constante de leurs compétences. En Afrique subsaharienne, la politique coloniale française a favorisé l'émergence de nouveaux types de juges et de juridictions par la création de tribunaux coloniaux centralisés et la nomination de juges uniques extérieurs à la communauté autochtone concernée, en ignorant les rattachements familiaux sur lesquels reposait jusqu'alors le fonctionnement des sociétés coutumières précoloniales. Les sociétés traditionnelles perdent ainsi progressivement leurs compétences judiciaires au profit des autorités étatiques coloniales. À ce titre, la matière pénale est expressément exclue de leur domaine

16. F. RENUCCI, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Cahiers de la Justice* 2016/4, p. 493-501.

17. Cet outil va ensuite être étendu par décret au reste de l'Empire.

18. *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1886, III, p. 184.

19. F. RENUCCI, *Le statut personnel...*, *op. cit.*, p. 127.

20. A. SACHS et G. H. WELCH, *Liberating the Law : creating popular justice in Mozambique*, Londres, Zed Books, 1985, p. 127.

21. Loi 6001 de 1973, article 6.

de compétence. Dans toute l'Afrique coloniale francophone, les juridictions autochtones précoloniales sont remplacées en 1903 par ce que le colonisateur appelle des « tribunaux coutumiers », qui seront présidés, à partir de 1920, directement par l'administrateur colonial. De ce fait, les chefs coloniaux qui occupaient auparavant la fonction de juge unique, sont alors réduits à un rôle subalterne d'assesseur ou complètement écartés de la fonction juridictionnelle²².

En Algérie, les juridictions cadiales sont maintenues, mais elles entrent en concurrence avec les juges de paix. De plus, les autorités françaises créent une procédure d'appel, confiée à des magistrats français et à la fin du XIX^e siècle une chambre de révision musulmane près la cour d'appel d'Alger voit le jour, composée elle aussi par ces magistrats²³. Le processus est similaire dans d'autres empires européens. Le Rwanda-Burundi et le Congo belge voient leurs juridictions traditionnelles se maintenir jusqu'en 1926 avant d'être définitivement assimilées elles-aussi au système juridictionnel colonial pyramidal. Ainsi, durant la période coloniale rwandaise, les juridictions traditionnelles *gacaca* sont, par exemple, dévaluées car considérées par le colonisateur comme hiérarchiquement inférieures aux tribunaux coutumiers, auxquels revient dorénavant le jugement d'infractions graves comme l'homicide. Elles ne sont plus sollicitées que pour le règlement de litiges concernant des propriétés volées ou des querelles d'héritage²⁴. Il en est de même dans le Burundi voisin où les juridictions *bashingantabé* se voient pareillement vidées de leur substance communautaire par des réformes successives les intégrant dans le système judiciaire colonial, tout en leur imposant l'utilisation du droit écrit importé d'Europe plutôt en lieu et place du droit coutumier autochtone²⁵. Au final, en Afrique subsaharienne francophone, malgré l'apparence d'un dédoublement de juridiction, l'on constate en réalité une domination nette des procédures coloniales. Cette uniformisation devait favoriser le développement au sein des populations colonisées d'une conception unitaire du droit, une conception chère aux juristes et administrateurs coloniaux français.

Dans certains territoires sous domination française, les magistrats ont produit une jurisprudence abondante en matière de droits locaux. Ces magistrats ont développé plusieurs attitudes : respect strict des droits locaux, respect strict *de ce qu'ils croient être* les normes locales, respect global des normes avec des adaptations pour les rapprocher du droit français au nom de l'équité ou de l'ordre public colonial. Il s'agit toutefois là d'affaires qui ne concernent que des autochtones et

22. E. LE ROY, *op. cit.*, p. 102-103.

23. Sur l'analyse de cette jurisprudence, on se reportera à l'ouvrage – un classique – de J.-P. CHARNAY, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XX^e siècle*, Paris, PUF, 1991.

24. K. ANDRIEU, *La justice transitionnelle*, Paris, Gallimard, 2012, p. 174.

25. A. NEE et P. UVIN, « Silence and dialogue: Burundian's alternatives to transitional justice », in R. SHAW, L. WALDORF et P. HAZAN, *Localizing transitional justice : interventions and priorities after mass violence*, Stanford, Stanford University Press, 2010, p. 178.

sous certaines conditions, car, du moment qu'un citoyen français ou d'un autre pays européen est impliqué, arguments et solutions sont envisagés sous un autre jour. Aujourd'hui encore, les approches et les pratiques des juges français devant le pluralisme juridique en France demeure une question d'actualité, notamment en Nouvelle-Calédonie²⁶.

Un des derniers outils utilisés pour tenter de transformer de l'intérieur le droit est la codification des normes autochtones. Ce fut le cas par exemple du Burundi où certaines coutumes ont été partiellement intégrées au sein du système de normes officielles dans des domaines tels que le droit foncier, le droit des successions et certaines parties du droit de la famille²⁷. Ce fut également le cas du Code Morand, du nom du doyen de la Faculté de droit qui en fut le principal promoteur. Ce Code, réalisé au tournant des XIX^e-XX^e siècles, ne fut pas promulgué mais il servait de *corpus juris* aux magistrats. Sur certaines règles, Morand tente clairement de modifier le droit musulman, par exemple en matière de *droit de djeb* (contrainte matrimoniale), d'âge du mariage ou encore d'interdiction des mariages entre musulmans et non musulmans²⁸. Il s'appuie alors sur l'ordre public ou sur des règles du droit musulman permettant d'introduire des normes provenant d'autres écoles ou juristes de l'Islam²⁹. Il emprunte cette dernière technique à David Santillana qui, peu de temps auparavant, avait entrepris, à la demande des autorités françaises et tunisiennes la rédaction d'un Code des obligations³⁰. Ce Code toutefois va plus loin car il ne s'agit pas de transformer timidement de l'intérieur, mais de trouver la communauté de règles entre des systèmes *a priori* divergents, ce qui représente un troisième type d'expérience.

C. – Faire émerger le commun de la combinaison de systèmes divergents

Le Code des obligations tunisien a en effet cette particularité de mélanger des règles de droit musulman avec celles du droit français et de différents pays

26. C. DEMMER et B. TRÉPIED (dir.), *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et post-coloniales sur la Nouvelle-Calédonie, Cahiers du Pacifique Sud Contemporain*, 2017, hors-série n° 3 ; J. PINSARD, « Le long chemin de l'accès à la justice en outre-mer », *Délibérée* 2018, 5(3), p. 49-53.

27. V. D. KOHLHAGEN, « Oser une refondation de la justice africaine : attentes citoyennes et alternatives au Burundi », in C. EBERHARD, *Le courage des alternatives*, Paris, Karthala, 2012, p. 183.

28. Plus largement sur ces questions, v. J. SURKIS, *Sex, Law and Sovereignty in French Algeria (1830-1930)*, Cornell University, 2019.

29. O. ARABI, « Orienting the gaze: Marcel Morand and the codification of *le droit musulman algérien* », *Journal of Islamic Studies* 2000, n° 11, p. 43-63.

30. F. RENUCCI, « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *Faiseurs de droits, les juristes internationalistes, une approche globale, Revue Monde(s), histoire, espace, relations*, numéro dirigé par D. KÉVONIAN et P. RYGIEL, mai 2015, p. 39.

européens. La majorité des articles est justifiée, en marge, par des sources tirées des normes musulmanes, de droits européens, de la *Medjella* ottomane ou du droit romain. L'assise romaine y joue un rôle important de « liant » pour Santillana qui s'insère ainsi dans le débat sur les possibles ressemblances entre droit romain et droit musulman. L'un des éléments de méthode utilisé par Santillana est l'analogie, i.e. la volonté de rechercher ce qui est commun dans des droits qui sont, pour ce juriste, par nature égaux. Dans cette méthode analogique, le droit romain, à visée universaliste, joue un rôle de berceau. C'est en tout cas la conviction profonde de Santillana qui ne le quittera plus jusqu'à ses *Institutiones*³¹. Ce choix de l'analogie provient également de sa croyance en « l'identité essentielle de l'esprit humain »³². C'est donc aussi une approche pragmatique des droits par ce qui les rapproche, comme l'illustre l'exemple de la bonne foi en droit. Qu'on le définisse comme une forme de transplant³³, d'hybridation ou de symbiose des droits³⁴, ce code a le très grand intérêt de montrer qu'un droit mixte est réalisable dans la pratique, qu'il peut aboutir à un objet matériel qui a été promulgué et qui a été défini par la doctrine comme le premier exemple de « droit tunisien », qu'il peut s'exporter (notamment au Maroc) et se pérenniser puisqu'il est toujours en vigueur³⁵.

Un autre exemple intéressant de combinaison de systèmes disparates tiré de la période coloniale est celui de *l'indirect rule* proposant ici aussi non plus une uniformisation du droit colonial au détriment des pratiques coutumières autochtones, mais un mécanisme reconnaissant l'intérêt de la coexistence de ces pratiques et de la coordination des droits locaux avec les droits coloniaux. En Afrique, ce modèle se développe principalement dans les colonies britanniques considérant les coutumes des sociétés colonisées comme complémentaires aux droits importés du système de *common law*. Cette politique, associée au premier gouverneur britannique du Nigéria, Lord Frederick Lugard, considère que la meilleure manière d'instaurer l'hégémonie coloniale est de conserver et d'utiliser les institutions traditionnelles africaines existantes en les reconnaissant officiellement³⁶. Les Britanniques se borneront alors surtout à éradiquer

31. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, Rome, Istituto per l'Oriente, vol. 1, 1943 (1^{re} éd. 1938).

32. D. SANTILLANA, *Code civil et commercial tunisien. Avant-projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana*, Paris, Picard, 1899, p. XII-XIII.

33. S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2018, en particulier le chapitre sur « Les greffes juridiques », p. 65-96.

34. J. MONÉGER, « Les Codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulmans et européens des obligations », in *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 173-179.

35. V. en particulier D. E. STIGALL, *The Santillanas Code. The Civil Codes of Tunisia, Morocco and Mauritania*, Rowman and Littlefield, 2017.

36. A. ALLOT, « What is to be done with african customary law ? », *Journal of African Law* 1984, 28(1/2), p. 58.

ce qu'ils nomment les « mauvaises coutumes », en particulier dans le domaine judiciaire (*repugnancy clause*), telles que les ordalies considérées comme barbares. Se développe ainsi une forme de dualisme juridique entre la notion de *custom* rassemblant les coutumes africaines traditionnelles, et la notion de *customary law*, droit écrit et dont la sanction revient non plus aux sociétés traditionnelles mais à l'État central³⁷. En Ouganda par exemple, un *Order-in-Council* de 1902 dispose à l'article 12 que le gouverneur se doit de « respecter les lois et coutumes indigènes existantes, à l'exception de celles qui pourraient s'opposer à la justice et à la moralité »³⁸. L'article 20 prévoit, quant à lui, le maintien du droit traditionnel pour les populations colonisées, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale. Ce droit traditionnel demeurera par ailleurs non écrit tout au long de la période coloniale.

En matière judiciaire, on retrouve également ce dualisme systémique, même si la supériorité de l'ordre judiciaire métropolitain reste clairement affirmée³⁹. Le système judiciaire colonial est dès lors divisé entre les *High Courts* et les *Magistrate Courts*, d'une part, et, d'autre part, les tribunaux indigènes appelés les *Native Courts*⁴⁰. Ces deux ordres judiciaires sont indépendants l'un de l'autre et n'appliquent pas le même droit puisque les juridictions coloniales vont appliquer la *common law*, alors que les juridictions traditionnelles continueront d'appliquer les coutumes précoloniales.

On observe donc, dans le système colonial anglophone en Afrique, une certaine acceptation des sociétés africaines traditionnelles et de leurs droits qui, en règle générale, ne sont pas considérés comme étant en contradiction avec l'idéologie coloniale de justice⁴¹. Là où, au contraire, l'administrateur colonial français ne voit que « l'envers de nos propres sociétés »⁴². L'élaboration d'un droit commun pluraliste semble ainsi se dégager du modèle colonial anglophone, qui organise, parallèlement à cette combinaison des normes coloniales et des normes coutumières, une forme d'harmonisation par la création, en 1902, d'une juridiction régionale spécialisée dénommée *Court of Appeal for Eastern Africa*, chargée de veiller à l'harmonisation du droit sur l'ensemble de

37. E. LE ROY, *op. cit.*, p. 97 ; A. ALLOT, art. cité, p. 56-57.

38. A. ALLOT, « The Development of the East African legal system during the Colonial Period », in D. A. LOW et A. SMITH, *History of East Africa*, vol. III, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 363.

39. V. A. ALLOT, « L'influence du droit anglais sur les systèmes juridiques africains », in G. CONAC, *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Économica, 1980, p. 5-13.

40. E. COTRAN, « Tribal factors in the establishment of the east african legal system », in P. GULLIVER, *Tradition and transition in East Africa*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, p. 131.

41. J. OBARRIO, « Traditional justice as rule of law in Africa : an anthropological perspective », in C. L. SRIRAM, O. MARTIN-ORTEGA et J. HERMAN, *Peacebuilding and the rule of law in Africa : Just Peace ?*, Londres, Routledge, 2011, p. 26.

42. A. ALLOT, « The Development of the East African... », art. cité, p. 79.

la région, en favorisant notamment le retrait des lois territoriales coutumières contradictoires⁴³.

Malgré ces avancés en matière d'esquisse d'un droit commun, les dernières années de la colonisation britannique sur le continent africain opèrent un glissement du processus de combinaison ou de coordination traduit par l'*indirect rule* vers un processus d'uniformisation appelé « *integration* » aux dépens des pratiques coutumières autochtones. D'abord au niveau du droit, puisque les règles de *common law* finissent par s'imposer dans un certain nombre de domaines précédemment traditionnels comme le droit de la famille (monogamie), dans le droit de la responsabilité ou encore le droit des contrats⁴⁴, puis au niveau des tribunaux où se met en place un système de contrôle au profit des tribunaux de *common law* qui furent chargés de veiller au bon fonctionnement des *Native Courts*⁴⁵.

Le régime colonial portugais s'est également en partie inspiré de la combinaison promue par le modèle britannique alliant droit civil portugais et droit coutumier africain⁴⁶. Les populations colonisées sont ainsi soumises au pouvoir direct de Lisbonne, tout en conservant dans un premier temps un régime de *Native Courts* inspiré du modèle anglo-saxon avec application de principe du droit coutumier précolonial. Ainsi, lorsqu'un litige est présenté devant ce juge traditionnel, si le droit applicable ou appliqué par les parties relève de la sphère coutumière orale, c'est alors la procédure traditionnelle qui s'applique aux parties. En revanche, dans tous les autres cas et dans l'hypothèse d'un conflit de normes, ce sont les règles de droit portugais qui l'emportent vis-à-vis des règles coutumières⁴⁷. Le système des « *repugnancy clauses* » appliqué par les Britanniques fut également repris par l'administration coloniale portugaise afin d'écarter les coutumes qui contreviendraient à la moralité et à la bonne gestion de la souveraineté portugaise. Ce système permit dès lors à l'administration coloniale d'asseoir progressivement son influence en favorisant autant que possible l'application du droit privé portugais en cas de conflit avec les valeurs coutumières autochtones. La délimitation des terres agricoles, l'accès à la propriété individuelle, le droit des successions et le droit de la famille constituent les principales zones de pénétration du droit colonial⁴⁸. Néanmoins, à partir de 1954, les Portugais décident eux aussi d'uniformiser les procédures juridiques et suppriment ainsi définitivement le régime dualiste

43. *Ibid.*, p. 348.

44. A. ALLOT, « What is to be done... », art. cité, p. 58.

45. J. OBARRIO, « Traditional justice as rule of law in Africa : an anthropological perspective », in C. L. SRIRAM, *Peacebuilding and the rule of law in Africa : Just Peace ?*, Londres, Routledge, 2011, p. 27.

46. L. F. THOMAZ, « La chronologie historique de Timor Oriental », *Archipel* 2017, vol. 93, p. 217.

47. N. COISSORO, « African customary law in former Portuguese territories, 1954-1974 », *Journal of African Law* 1984, 28(1/2), p. 74.

48. *Ibid.*, p. 72-75.

au profit du seul droit portugais⁴⁹. Au Mozambique, les juridictions traditionnelles continueront tout de même de fonctionner de manière officieuse jusqu'aux réformes de 1961.

En définitive, compte tenu de la diversité des contextes coloniaux, il paraît difficile de dégager des expériences coloniales précitées l'émergence d'un véritable droit commun. Cependant, on constate qu'un mouvement commun semble néanmoins se dégager des diverses techniques de coordination et/ou d'unification opérées par les colonisateurs vis-à-vis des droits et procédures autochtones qui persistent généralement de manière plus ou moins institutionnalisée au sein du système juridique colonial.

De ces expériences, dont la visée dominatrice pourrait être relativisée dans certains cas, on peut tirer un certain nombre de caractéristiques qui mériteraient d'être confrontées à d'autres terrains du pluralisme juridique et qui nous paraissent riches d'enseignement pour tout juriste ou décideur public qui se trouverait dans cette situation de confrontation entre la sphère coutumière et l'autorité étatique centralisée. Elles peuvent traduire des voies de rapprochement entre la règle (qui renvoie aux normes de conduite dont la fonction est de mesurer et de borner) et l'esprit (qui renvoie aux valeurs, au contexte qui sous-tend les règles, et dont la fonction est de donner cohérence aux règles et de poser des objectifs).

II. LES VOIES DE RAPPROCHEMENT ENTRE LA RÈGLE ET L'ESPRIT

Dans le cadre de cette recherche et de sa grille méthodologique, la bipolarité entre la règle et l'esprit de la règle est aussi applicable à l'étude des droits autochtones et de la colonisation, même si cette bipolarité n'est pas aussi nette que dans les autres exemples étudiés⁵⁰, du fait de l'enchevêtrement de coutumes précoloniales, de processus d'acculturation et d'imposition du droit, mais aussi des processus de coordination, voire d'harmonisation entre droits autochtones et le droit de la colonisation. La bipolarité, qui ne doit pas être comprise comme une opposition binaire, mais comme une mise sous tension pouvant devenir complémentarité, est illustrée notamment par les tentatives d'adaptation juridique (A), de reconnaissance des droits autochtones (B) et par la recherche de consensus (C).

49. *Ibid.*, p. 74.

50. V. dans cet ouvrage les chapitres précédents de cette Première Partie.

A. – *Adaptation*
au profit des droits de la colonisation

Outre le rôle fondamental joué par la doctrine, l'adaptation juridique s'est faite (et se fait toujours) grâce au rôle joué par les « opérateurs du droit »⁵¹.

Dès l'Ancien Régime, et même dans les cas où un « droit commun » est imposé, la règle métropolitaine peut-être adaptée *ad minima*. En outre, il existe un mécanisme sur place pour permettre d'empêcher qu'une norme jugée en inadéquation avec son terrain y soit étendue avec des enjeux politiques évidents puisqu'il s'agit d'étendre un droit à une population qui n'y sera pas nécessairement réceptive. Dans ce contexte, le rôle du gouverneur est, durant la période coloniale, important car il a le pouvoir de refuser l'extension d'une norme en ne signant pas le décret d'application. Les départements et collectivités d'outre-mer français ont conservé cet esprit, soit par le rôle des autorités locales et décentralisées, soit par des règles d'application particulières du droit commun. Dans les Amériques aussi, si un mouvement d'extension par domination des droits des métropoles a eu lieu, il y eut ensuite un important travail d'adaptation par pragmatisme et par casuisme dans l'application du droit au cas concret par les fonctionnaires royaux, les gouverneurs locaux, etc.

Toutefois, l'adaptation des droits aux indépendances s'est souvent faite au détriment d'une véritable reconnaissance de la diversité des normes autochtones, mettant progressivement à l'écart les coutumes au profit de l'héritage juridique européen. En Afrique subsaharienne, après les volontés initiales d'africanisation du droit et de modernisation des sociétés traditionnelles dans les premiers temps des indépendances, les autorités politiques africaines abandonnent ces idéaux au profit des modèles juridiques européens et se lancent alors dans la rédaction de nouveaux codes pour synthétiser les principes issus des coutumes traditionnelles ancestrales, tout en les remodelant dans un style occidental. C'est le cas par exemple du Ghana en matière de droit de la famille dès 1962, ou encore de l'Ouganda en matière de mariage, de droit des successions et de droit foncier⁵². Mais cette première politique d'harmonisation et de mutualisation de diverses sources du droit n'a malheureusement pas rencontré un franc succès et ces réformes furent rapidement abandonnées au profit de politiques de simplification du droit jugées plus rapides à mettre en œuvre⁵³.

Cette seconde évolution se vérifie particulièrement dans le domaine du droit civil dans des pays comme le Kenya, la Zambie, le Malawi, ou encore la Tanzanie⁵⁴. L'habillement traditionnel, le mariage, la possession de biens ou

51. Expression empruntée au sociologue du droit Boaventura de Sousa Santos.

52. A. ALLOT, « The unification of laws in Africa », *The American Journal of Comparative Law* 1968, 16(1/2), p. 62.

53. *Ibid.*, p. 66.

54. *Ibid.*, p. 63.

de terres, ou encore le commerce, qui étaient régis localement, se trouvent à présent réglementés par des lois générales issues de codes ou de la *Common Law*⁵⁵. L'unification du droit pénal ayant déjà été engagée pendant l'ère coloniale, les nouveaux gouvernements africains ont ainsi perpétué cette évolution matérialisée par l'apparition de codes pénaux régissant notamment les procédures de déroulement du procès et d'administration de la preuve qui étaient auparavant spécifiques à chaque société africaine traditionnelle⁵⁶.

Cette rassemblement entre les pratiques coloniales et les politiques post-indépendances correspond à ce que le politologue Achille Mbembe dénomme « la post-colonie »⁵⁷. Mais, cette politique dite de « modernisation des institutions » s'inscrit également dans une perspective économique de libéralisation de l'individu et des échanges entre les pays africains et l'Occident et donc dans la recherche de bases juridiques communes, qui s'est opérée aux dépens des diversités juridiques et culturelles africaines. On retrouve ces argumentations dans les rapports de conférences successives de Londres (décembre 1959-janvier 1969) concernant l'avenir du droit africain qui concluent « que l'uniformité de la règle de droit pourrait indiscutablement représenter une précieuse contribution à l'administration du droit. (...) Il est généralement exact d'avancer qu'il existe de nombreuses variations entre les communautés et selon les régions, particulièrement en matière de droit indigène et de coutumes qui pourraient ou devraient être éliminées, créant ainsi un plus haut degré d'uniformité que ce qui existe actuellement »⁵⁸.

Concernant les *Local Courts* et le droit coutumier, c'est à la Conférence de Dar el Salam (1963) que le sort du droit coutumier a été fixé largement⁵⁹. Concernant enfin l'intégration du droit coutumier au sein du droit moderne, c'est la Conférence d'Ibadan⁶⁰ (1964) qui a posé les jalons de l'harmonisation en s'appuyant sur le pouvoir des juges et de la jurisprudence comme vecteur

55. *Ibid.*, p. 61.

56. *Id.*

57. A. MBEMBE, *Afriques indociles, christianisme, pouvoir et États en société postcoloniale*, Paris, Karthala, 1988 ; E. LE ROY, « Quels projets de société pour les Africains au XXI^e siècle ? », in C. KUYU (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2005, p. 62.

58. A. ALLOT, « What is to be done... », art. cité, p. 64.

59. La « Conférence sur les tribunaux locaux et le droit coutumier » de Dar es Salaam eut lieu du 9 au 19 septembre 1963 et réunit 12 États africains (Côte d'Ivoire, Ethiopie, Ghana, Kenya, Nigeria, Nyassaland, Ouganda, Rhodésie du Nord, Sierra Leone, Soudan, Tanganyika et Zanzibar) ainsi que dix États observateurs et l'ONU. Figuraient à l'ordre du jour « Les tribunaux locaux et leur place future en Afrique », La « révolution du droit coutumier » et « La formation des magistrats et la représentation légale » ; voir le compte-rendu publié par la *Revue internationale de droit comparé*, vol. 16, n° 3, 1964, p. 611-617.

60. A. ALLOT, « The unification of laws in Africa », art. cité, p. 67.

d'adaptation de la coutume « aux nécessités contemporaines »⁶¹. D'autres facteurs d'uniformisation peuvent être cités comme, par exemple, le choix d'une langue unique de rédaction des actes comme ce fut le cas en Tanzanie qui impose le Swahili dans la rédaction des actes juridiques⁶².

De manière générale, cette première séquence suivant l'ère des indépendances symbolise encore et surtout la négation du pluralisme juridique africain par l'aboutissement des politiques d'uniformisation, trop inspirées par les pratiques laissées par les colonisateurs européens.

B. – Internormativité et reconnaissance des droits autochtones

Même si pendant des siècles un processus d'homogénéisation a été en vigueur, à partir de la fin du XX^e siècle la reconnaissance et la valorisation de l'identité culturelle des peuples autochtones, de leurs coutumes et de leurs droits ont vu le jour. Le rôle du droit international, – et notamment du droit international des droits de l'homme – dans cette évolution ne peut pas être négligé⁶³. Dès les années 1970 la voix de peuples autochtones victimes de violations de droits humains multiples (discriminations, déplacements forcés, dépossession de leurs terres, obstacles à la perpétuation de leurs rites et modes de vie...) a été entendue au sein des instances internationales⁶⁴.

Au niveau régional africain, en atteste par exemple la doctrine de la « renaissance africaine » développée par l'Union africaine, concept qui a été par la suite codifié le 24 janvier 2006 au sein de la *Charte de la Renaissance Culturelle Africaine* qui pourrait constituer une base de travail vers l'émergence d'un droit commun au niveau régional⁶⁵. Il ne s'agit plus seulement d'adaptation, mais d'une harmonisation qui tient compte des droits autochtones à part entière.

61. J.-M. FENRICH, P. GALIZZI et T. HIGGINS, *The future of African customary law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 84.

62. A. ALLOT, « The unification of laws in Africa », art. cité, p. 74.

63. V. L. CLOUD, L. LACROIX, I. BELLIER, *Les droits des peuples autochtones : Des Nations Unies aux sociétés locales*, Paris, l'Harmattan, 2017.

64. V. not. la Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones adoptée en 2007 à la suite d'un très long processus de négociation ; la Convention n° 169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de 1980 ; la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001 et sa Convention sur la sauvegarde du patrimoine culturel et immatériel de 2003 ou encore sa Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005. V. égal. la Recommandation générale n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (notamment § 5, « e ») et l'Observation générale n° 11 (2009) sur les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant (§ 75).

65. V. égal. UNION AFRICAINE, « *Panafricanisme et Renaissance Africaine* », XXI^e session ordinaire du sommet de l'Union africaine, Assembly/AU/Dec.474-489(XXI), 27 mai 2013.

En Afrique, le début des années 1990 a marqué le retour d'un processus de démocratisation et de réflexion sur l'évolution de l'identité africaine commencé aux premiers temps des indépendances dans les États africains anciennement colonisés. Ces politiques de décentralisation participent au retour en faveur de la sphère locale et du droit coutumier dans le paysage juridique africain. C'est le cas de l'Ouganda a entamé en 1992 une politique de décentralisation opérant « un retour vers l'espace coutumier » avec la création, au premier niveau de juridiction, de *Local Council Courts* compétentes aussi bien en matière de droit civil que dans l'application des coutumes traditionnelles et qui sont installées soit au niveau du village, de la paroisse, de la ville, soit au niveau de la circonscription⁶⁶. Au second niveau de juridiction, la *High Court*, pour sa part, exerce également des attributions en matière de droit coutumier, conformément à l'article 15 du *Judicature Act* de 1996, ainsi qu'en tant que juridiction d'appel des *Local Courts*, comme prévu par l'article 32 du *Local Council Courts Act* de 2006. Néanmoins, ces juridictions dualistes demeurent tout de même assimilées au système judiciaire national et relèvent de ce fait de mécanismes de fonctionnement qui les rapprochent davantage de la justice étatique que des procédures de justice locales propres aux sociétés africaines d'origine précoloniale. Au Mozambique, le début des années 1990 marque aussi l'émergence d'une reconnaissance progressive des organes locaux traditionnels sur le territoire national⁶⁷. Cette reconnaissance, certes partielle, sera finalement formalisée dans la nouvelle constitution en 2004.

Ces processus nationaux doivent être observés en lien avec ceux ayant lieu au niveau régional. La communauté africaine se prolonge aussi dans une culture « régionale » après la transformation de l'Organisation de l'Unité africaine en Union africaine comme nouvel organe régional politique à la suite de la Déclaration de Syrte de 1999, ou encore de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) en 1993 dans le domaine du droit des affaires.

Au niveau régional interaméricain, la Déclaration américaine sur les droits de peuples autochtones adoptée en 2016⁶⁸ consolide le processus de protection des droits des peuples autochtones au sein du système interaméricain de protection des droits de l'homme qui, depuis les années 1990, a pris en compte le particularisme de ces peuples et a su l'intégrer à sa jurisprudence en vue de sauvegarder leurs droits.

On assiste en Amérique latine à une résurgence de la reconnaissance des droits coutumiers des peuples autochtones après des processus d'acculturation imposés pendant des siècles. Les pays d'Amérique latine consacrent aujourd'hui dans leurs constitutions la diversité ethnique et culturelle de leurs États⁶⁹, certains

66. REPUBLIC OF UGANDA, *Local Council Courts Act*, 2006, article 3.

67. S. CADETE FORQUILHA, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Mozambique : discours, pratiques, dynamiques locales », *Politique africaine* 2010, vol. 117, p. 52.

68. AG/RES.2888 (XLVI-O/16), 15 juin 2016.

69. Le rôle joué par la Convention n° 169 de l'OIT, ratifiée par la majorité des pays latino-américains, dans cet évolution constitutionnelle doit être rappelé. Le dernier

pays allant plus loin, comme en témoignent les constitutions bolivienne et équatorienne, qui reconnaissent explicitement en tant que « droit » les systèmes juridiques autochtones. Ces pays ont inscrit dans leurs constitutions des concepts ancestraux concernant la relation entre l'Homme, la communauté et la nature⁷⁰.

Pourtant l'exemple du Brésil montre comment le chemin vers une telle reconnaissance est long et semé d'obstacles⁷¹. Pendant le premier siècle de colonisation, c'est le droit portugais qui s'est appliqué intégralement, sans aucune reconnaissance du droit des Indiens⁷². Puis, fut développée la politique d'intégration des « sylvicoles » à la « communion nationale »⁷³. Et c'est dans la constitution de 1934 que les Indiens sont mentionnés pour la première fois explicitement en tant que membres de la nation et titulaires de droits, mais toujours sous l'angle de leur assimilation. Il a fallu attendre la Constitution de 1988 pour assurer aux peuples autochtones un droit à une identité culturelle (laquelle doit être mise en valeur et protégée) ainsi qu'une capacité pleine d'agir en justice. Dans les conflits interindividuels, la jurisprudence brésilienne hésite encore à reconnaître pleinement l'application d'un droit coutumier⁷⁴. Toutefois quelques évolutions de la jurisprudence sont notables, comme celle qui reconnaît l'autonomie

rapport de la rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones auprès du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (A/HRC/42/37, 2 août 2019) cite divers exemples de reconnaissance législative voire constitutionnelle des droits et systèmes de justice autochtones (§ 52 à 60).

70. La notion de « *buen vivir* » (bien vivre) : *sumak kawsay* (en Equateur) et *suma qumaa* (en Bolivie), issue des cosmologies autochtones, établit de nouvelles relations entre l'Homme, la communauté et la nature.

71. V. M. CARNEIRO DA CUNHA, *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*, São Paulo, Editora Claro Enigma, 2012 ; D. RIBEIRO, *Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996 ; A. C. WOLKMER (dir.), *Direito e justiça na América indígena : da conquista à colonização*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998 ; E. GALEANO, *Les veines ouvertes de l'Amérique latine : histoire implacable du pillage d'un continent*, Paris, Pocket, 2001.

72. Au début du XVIII^e siècle une reconnaissance indirecte du droit des Indiens peut être observée. Un texte de 1718 prévoyait que les Indiens n'étaient pas soumis à la juridiction royale.

73. L'idée étant que les populations natives devaient être civilisées pour permettre une homogénéisation de la population brésilienne. Ceci impliquait certes une protection (bien plus théorique que concrète) mais en vue de la négation des identités amérindiennes. Dans ce but fut créé, en 1910, le service de protection des Indiens. La Loi 6001 de 1973, Statut de l'Indien, prévoit trois catégories d'Indien : l'Indien isolé, l'Indien en voie d'intégration et l'Indien intégré (art. 4). Ce n'est qu'aux premiers que les juges cesseront d'appliquer le droit commun brésilien, puisque leurs affaires seraient réglées par leur « coutume ». Avec la Constitution de 1988 cette classification semble devenir obsolète.

74. Certaines décisions récentes vont dans ce sens, arrivant par exemple à reconnaître la polygamie, pourtant interdite par le droit commun brésilien, ou encore en leur autorisant les punitions interdites par la loi, comme les peines corporelles ou de bannissement.

juridico-pénale à une communauté autochtone⁷⁵. Il faut noter que le Statut de l'Indien de 1973 ouvrait déjà la voie à une telle évolution. Pourtant ses dispositions n'ont pas été suffisamment mobilisées en justice⁷⁶. Malgré ces évolutions, les populations autochtones brésiliennes (environ 305 peuples qui utilisent 274 langues différentes) sont toujours très vulnérables⁷⁷ et leurs droits et coutumes, même si reconnus formellement, sont rarement sauvegardés de manière effective.

Toutefois, la reconnaissance – même formelle – des droits et coutumes autochtones par les États membres favorise l'évolution de la jurisprudence régionale en matière de protection des droits des peuples autochtones et, dans un mouvement en sens inverse, la jurisprudence régionale contribue à la reconnaissance matérielle des droits de ces peuples, notamment par le renforcement des obligations positives imposés aux États. La jurisprudence régionale interaméricaine des droits de l'homme⁷⁸ interprète la Convention américaine⁷⁹ de manière à accueillir la

75. Ainsi, dans une affaire « entre Indiens » la justice brésilienne a reconnu la sanction fixée par la tribu elle-même, sous réserve qu'elle ne soit pas infamante ou qu'elle ne conduise pas à la peine de mort (art. 57 du Statut de l'Indien et art. 231 de la Constitution fédérale). Le raisonnement a été que le conflit avait été déjà jugé au niveau de la tribu, et qu'une peine de travaux collectifs à être accomplie dans une autre tribu fut prononcée par la communauté. Reconnaisant l'autonomie des Indiens pour sanctionner le crime, le juge brésilien a débuté la demande du parquet visant à l'application des peines prévues par la loi pénale. Le juge a invoqué, comme fondement de sa décision, l'interdiction de la « double sanction » (*non bis in idem*). L'application du droit pénal étatique devient ainsi subsidiaire. Le juge national a fait appel notamment à l'article 9 de la Convention n° 169 de l'OIT qui dispose : « 1. Dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectées. 2. Les autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine ». V. Tribunal de Justice de Roraima, TJ-RR, *Apelação Criminal* 0090.10.000302-0, rapporteur Mauro Campello, jugement du 18 déc. 2015, publié le 17 févr. 2016.

76. Si l'article 1^{er} de ce texte prévoit l'extension des « lois du pays » aux Indiens au même titre que tous les Brésiliens et si son article 6 prévoit une option de législation (notamment en matière familiale et commerciale) tout en sauvegardant leurs « us, coutumes et traditions », son article 57 prévoit que l'application par les groupes tribaux de sanctions pénales ou disciplinaires contre ses membres sera tolérée si elles ne sont pas cruelles ou infamantes, la peine de mort étant en tout cas prohibée.

77. En témoigne l'action en cours devant la Cour suprême fédérale (STF) qui dénonce une gestion de crise sanitaire liée au Covid-19 mettant gravement en péril l'existence même de certains peuples indiens (STF, ADPF 409).

78. V. A. A. CANÇADO TRINDADE, « Le droit à l'identité culturelle dans la construction jurisprudentielle en évolution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, p. 241-258.

79. À laquelle vient s'ajouter la Déclaration américaine des droits des peuples autochtones adoptée en 2016, qui pourra contribuer, en tant que paramètre d'interprétation, à

spécificité culturelle des peuples indigènes. Elle tient compte des diverses conceptions du monde qui sont les leurs pour protéger la propriété collective de leurs territoires⁸⁰, et va jusqu'à la protection du « projet de vie » des peuples autochtones interrompu, par exemple, par des violations des droits humains causées dans le cadre de grands projets de développement, ou encore à la réparation de dommages spirituels quand les peuples autochtones ont été mis dans l'impossibilité de pratiquer leurs rites. Un tel mouvement peut aussi être repéré dans le système africain de protection des droits de l'homme⁸¹.

Cette jurisprudence régionale, au lieu d'être interprétée comme une résistance à l'esquisse d'un droit commun universel doit plutôt être perçue comme un vecteur d'un droit véritablement commun (ou universalisable) qui suppose le pluralisme. D'ailleurs, les droits coutumiers africains et latino-américains ne possèdent-ils pas également des bases communes pouvant servir à esquisser l'émergence d'un droit commun ? Les éléments de cosmologie et l'aspect collectif des droits et obligations de ces communautés représentent sûrement une ébauche de « commun » sur lesquels pourrait reposer ce postulat.

Les processus nationaux, régionaux et mondiaux se complètent et se renforcent mutuellement dans l'esquisse d'un droit commun. Les pratiques juridiques autochtones sont aujourd'hui reconnues jusque dans le droit de l'ONU comme il a été mentionné plus haut. Peut également être rappelée la référence faite par l'ancien secrétaire général Kofi Annan, dans un rapport de 2004 concernant la reconstruction de l'État de droit et précisant : « Il convient d'accorder *toute l'attention qu'ils méritent* aux mécanismes traditionnels autochtones et informels en matière de justice transitionnelle et de règlement des litiges »⁸². Ces mécanismes offrent des garanties de convergence entre la norme et ses usages et doivent donc être pris en compte pour garantir le fonctionnement d'un système général dit « commun ». D'ailleurs, le dernier rapport de la rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones auprès du Conseil des droits de

renforcer la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de protection des droits de peuples autochtones.

80. Pour la Cour, les relations de ces populations avec la terre ne se résument pas à une question de possession, mais plutôt à une question de préservation de leur héritage culturel pour transmission aux générations futures V. Cour IDH, 31 août 2001, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Fond, réparation et coûts, Série C, n° 79, § 149. V. égal. Cour IDH, 24 août 2010, *Communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay*, Fond, réparations et coûts, Série C, n° 214, § 169.

81. V. p. ex., Comm. Afr. DH, 25 nov. 2009, n° 276/03, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group (au nom d'Endorois Welfare Council) c. Kenya*, concernant le déplacement des Endorois de leurs terres ancestrales.

82. Organisation des Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport du Secrétaire Général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, S/2004/616, 23 août 2004, p. 3.

l'homme des Nations Unies contient une étude thématique sur les droits des peuples autochtones et la justice. Elle se penche, selon son résumé, sur « les interactions et l'harmonisation entre la justice ordinaire et la justice autochtone ainsi que sur les possibilités offertes par le pluralisme juridique »⁸³. Ce rapport, qui s'est appuyé sur de larges consultations met en exergue les demandes des peuples autochtones de reconnaissance effective de leurs systèmes de justice par les autorités locales, régionales et nationales et l'absence de coordination efficace sur le terrain⁸⁴.

Dans la même perspective de corrélation entre le droit et la société, la recherche d'un consensus autour des normes adoptées semble également favoriser le rapprochement entre la règle et l'esprit.

C. – Recherche de consensus

Aussi étrange que cela puisse paraître dans un système impérial basé sur une volonté de domination, la recherche d'un consensus n'est pas absente dans l'expérience juridique coloniale.

Ce consensus peut être à la fois interne et externe. Interne, dans la mesure où il s'agit de mettre en adéquation des normes sociales et des normes juridiques. Il a été reproché à Santillana d'avoir rédigé un Code des obligations tunisien mal adapté aux exigences sociales car trop en avance par rapport au contexte social dans lequel il s'inscrivait⁸⁵. Sans rentrer dans le débat que sous-tendent ces considérations – i.e. la controverse sur le droit moteur de l'évolution sociale ou au contraire confortant cette évolution – la réalité est plus complexe⁸⁶. Quoi

83. A/HRC/42/37, 2 août 2019.

84. Or ces systèmes diffèrent des systèmes de justice ordinaire notamment du fait des sources de droit appliquées, qui ne proviennent pas de lois codifiées ou de décisions judiciaires, « mais plutôt de récits transmis oralement, de conceptions du monde, de traditions spirituelles et autres traditions culturelles, de relations et obligations familiales ou claniques et du lien étroit que les peuples autochtones entretiennent avec leurs terres ancestrales » (§ 24). Ces systèmes cherchent plutôt à rétablir l'harmonie au sein de la communauté et mettent moins l'accent sur la sanction que sur la réintégration (§ 25).

85. M. ZINE, « Centenaire de la codification en Tunisie. Le Code des obligations et des contrats », in B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 187-195.

86. Cela dépend en effet des parties du texte dont il est question : « Si le Livre premier du COC, intitulé “Des obligations en général”, est resté – exception faite de quelques rares révisions législatives – presque intact jusqu'à nos jours ; et que le second Livre consacré aux “Contrats spéciaux”, plus inspiré des réglementations musulmanes en la matière, a connu plusieurs modifications, voire l'abrogation pure et simple de certains contrats jugés dépassés » (R. SAKRANI, *Au croisement des cultures de droit occidentale et musulmane. Le pluralisme juridique dans le code tunisien des obligations et des contrats*, Bonner Islamstudien, Hambourg, EB-Verlag, 2009, p. 28).

qu'il en soit, l'intention de Santillana était d'être attentif à l'applicabilité de ce code, comme il le rappelle dans son introduction. Il développera d'ailleurs sa perception des rapports entre le droit musulman et son applicabilité sociale dans un article publié en 1931 intitulé *Law and Society*⁸⁷.

Parallèlement, la recherche d'une certaine adaptation du code des obligations n'est pas uniquement liée à une démarche interne, mais également externe. Les autorités françaises vont chercher une légitimation au Code en demandant à Santillana à ce que des juristes tunisiens soient impliqués dans d'éventuelles corrections. Cette commission, composée d'Ulémas, est intervenue notamment pour examiner le deuxième Avant-projet⁸⁸. Bien que cela puisse paraître paradoxal en situation coloniale, souvent assimilée à une position de domination presque absolue, la légitimation par des spécialistes autochtones n'est pas exceptionnelle et peut prendre diverses formes. Par exemple, dans la codification de 1885 sur les questions foncières, le code est réalisé, dès l'origine, en coopération avec des spécialistes musulmans. Le « Code Morand », pour sa part, fut soumis à de nombreux cadis algériens en 1919 et 1926 afin d'obtenir leurs avis sur son « islamité »⁸⁹.

Il en va de même des tentatives britanniques et dans une certaine mesure portugaise de coordination, voire d'harmonisation, entre les normes coloniales importées d'Europe et les règles et procédures coutumières autochtones. Ces dernières plaident également en faveur de la recherche d'un consensus de la part des colonisateurs entre cette pluralité de normes et de systèmes.

Depuis les indépendances, les États africains semblent pourtant toujours prisonniers d'une forme de consensus par défaut se trouvant, comme à l'époque coloniale, d'abord à mi-chemin entre intégration et uniformisation. L'étude des périodes coloniales nous laisse penser que les nouveaux États africains ont finalement décidé d'opérer un transfert de paradigme dominant, en s'inspirant des procédures mises en place par le colonisateur, adaptées aujourd'hui au service de l'assise d'un pouvoir centralisé en recherche constante de reconnaissance et de légitimité. Mais il s'agit en réalité d'un compromis plus que d'un consensus.

À présent, les dernières évolutions vers la reconstruction d'une identité africaine entamée au début du XX^e siècle militent justement pour la nécessité de dégager un véritable droit commun, sur lequel pourrait se bâtir cette théorie de la renaissance africaine non seulement au niveau régional, mais également dans son rayonnement vis-à-vis des autres systèmes de droit au niveau mondial.

La quête de consensus prend une nouvelle dimension avec l'évolution du droit international en matière de protection des peuples autochtones, notamment

87. D. SANTILLANA, « Law and Society », in T. ARNOLD, A. GUILLAUME (eds.), *The Legacy of Islam*, Oxford, Clarendon Press, 1931, p. 283-310.

88. R. SAKRANI, *op. cit.*, p. 75 et s.

89. F. RENUCCI, *Le statut personnel...*, *op. cit.*, p. 49 et s.

l'exigence de consentement préalable à la suite d'une consultation libre et éclairée lorsque des mesures législatives ou administratives peuvent les concerner (article 19 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones). Mais, si les États sont tenus de reconnaître et de renforcer les institutions juridiques autochtones (article 5), celles-ci doivent être conformes aux normes internationales de protection des droits humains (article 34)⁹⁰. Comment atteindre alors un tel objectif ? Quelles articulations ? Quelles complémentarités ? Quelles adaptations pour bâtir un commun pluriel ?⁹¹

En conclusion, ce sujet invite à poursuivre le questionnement sur la place de l'expérience coloniale dans les savoirs, mais également en tant qu'expérience concrète.

La théorie du droit a plutôt tendance à s'appuyer sur les transformations contemporaines pour montrer la différence entre ce qui a été une conception « pure » du droit et une conception « hybride » où les acteurs sont multiples, où les justiciables choisissent leurs droits⁹². Or cette situation ne s'est-elle pas d'abord produite en situation coloniale ? En effet, si l'on reprend les caractéristiques mises en évidence par Massimo Vogliotti dans la définition de l'hybridation du droit (lequel constituerait une forme de renouveau juridique qui se développerait au XX^e siècle avec des auteurs comme Santi Romano), la modernité coloniale devient évidente car elle répond aux mêmes caractéristiques⁹³. Il est donc urgent de faire rentrer l'étude de la situation coloniale dans l'histoire intellectuelle et la théorie du droit, de mesurer l'influence qu'elle a pu avoir sur les contemporains⁹⁴

90. Les débats en Amérique latine autour de l'infanticide chez les Indiens est emblématique de l'importance d'une compréhension interculturelle des particularités des peuples autochtones et de leurs institutions et systèmes juridiques.

91. Certains systèmes de justice nationaux de l'Amérique latine invitent par exemple des anthropologues à intervenir devant les juridictions ordinaires afin d'expliquer aux juges certains éléments de la culture autochtone ou forment des juges à l'application des lois aux coutumes et pratiques des peuples autochtones (v. p. ex. A/HRC/42/37, 2 août 2019, § 93 et 95).

92. M. VOGLIOTTI, « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », *RIEJ* 2009, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/vogliotti-hybridation.pdf>.

93. Ces caractéristiques sont : *l'interprétation* « dans son sens étymologique de médiation », donc d'une prise en compte du contexte actuel plus que de l'esprit du texte ; *le cas* « en lieu et place de la norme », ce qui induit un changement de relation entre le droit et le fait (ni une vérité formelle, ni une vérité matérielle, mais une vérité judiciaire) ; *la puissance des juges*, « qui loin d'être de simples bouches de la loi, sont devenus les véritables architectes de l'ordre juridique », qui exécutent un véritable travail de tisseurs et dialoguent entre eux (notamment avec les autres juridictions dans les pays coloniaux européens ; avec les États-Unis ou autres dans le cas actuel), à la fois dans une visée de « fertilisation » et de « légitimité » (*op. cit.*, p. 111).

94. Excepté l'article récent de Gianluca BASCHERINI, « Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul Corso di diritto coloniale di Santi Romano », *Journal of*

et de déterminer quel a été son véritable rôle d'anticipation du droit ou de laboratoire juridique.

Enfin, les exemples que nous avons développés montrent très concrètement que le matériau colonial peut servir de support de réflexion aux questions actuelles, et, plus généralement, à la construction d'un nouveau *Jus commune* du fait qu'il constitue une véritable expérience de modèle/contre-modèle, de tensions, d'appropriations, parfois d'hybridation, et invite à interroger les rapports de domination, de reconnaissance et d'intégration entre les droits.

Constitutional History / Giornale di Storia Costituzionale, maggio 2013, issue 25, p. 318, peu de travaux mentionnent la place de la réflexion coloniale de Santi Romano, alors qu'il est le premier à avoir publié un cours de droit colonial.