HAL open science

Le “ tailleur ” et ses modèles d’hier à demain

Mamadou Badji, Frédéric Caille

To cite this version:

Mamadou Badji, Frédéric Caille. Le “ tailleur ” et ses modèles d’hier à demain : Approches juridiques et politiques croisées France-Sénégal. Faculté des Sciences Juridiques et Politiques Université Cheikh Anta Diop (Dakar); Faculté de Droit Université Savoie Mont Blanc (Chambéry), pp.237, 2022. halshs-03624661

HAL Id: halshs-03624661

https://shs.hal.science/halshs-03624661

Submitted on 4 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

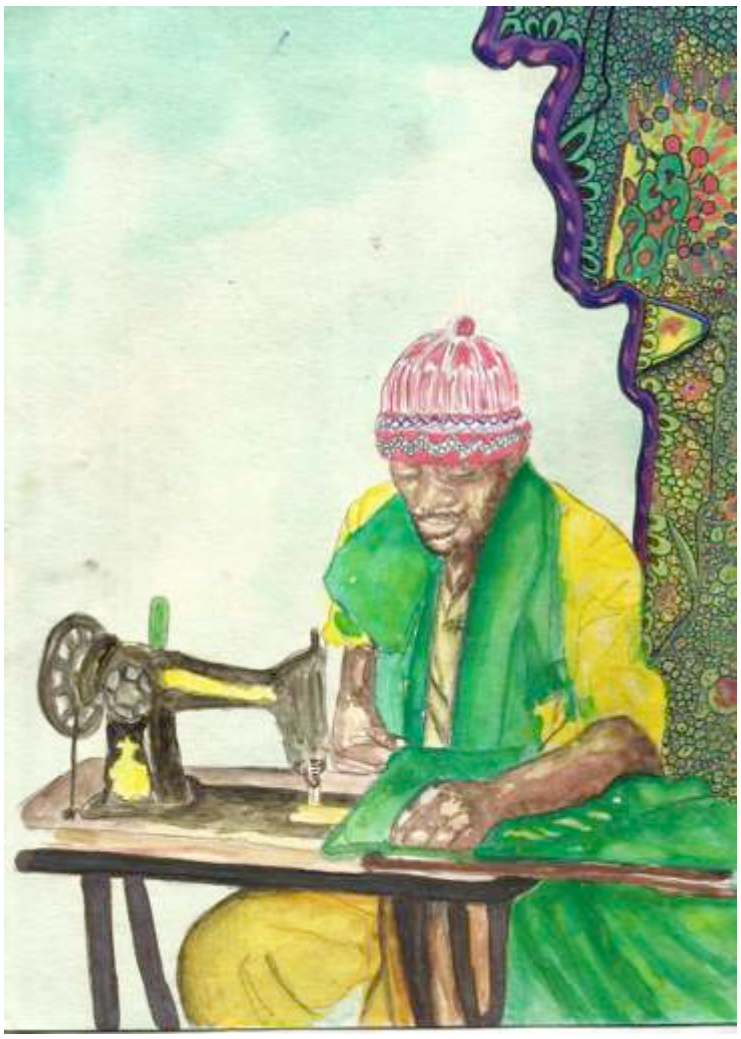
Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Sous la direction de

Mamadou Badji et Frédéric Caille

Le « tailleur » et ses modèles d'hier à demain

Approches juridiques et politiques croisées France-Sénégal



UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
Chambéry/Dakar, mars 2022

Le présent ouvrage rassemble les actes des Secondes Rencontres Internationales Roger Decottignies organisées par la Faculté de Droit Université Savoie Mont Blanc et la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques Université Cheikh Anta Diop à Dakar les 8, 9 et 10 Avril 2019

La coordination scientifique des rencontres et des actes a été assurée par :
Mamadou Badji, Professeur d'Histoire du Droit, Université Cheikh Anta Diop, Doyen honoraire de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, désormais Recteur de l'Université Assane Seck de Ziguinchor : mamadou.badji@ucad.edu.sn
Frédéric Caille, Maître de Conférences HDR en Science Politique, Université Savoie Mont Blanc, Faculté de Droit, chercheur au Laboratoire Triangle UMR 5206 ENS Lyon : frederic.caille@univ-smb.fr

(En couvertures : peintures de Banna Sadio, diplômé de l'Ecole des Beaux-arts de Dakar, 2019. https://bannasadio.com)

La Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar a été formellement créée en 1957, trois ans avant la proclamation de l'indépendance de la République du Sénégal, sous la responsabilité du professeur de Droit Privé français Roger Decottignies. Elle fait suite à « l'Ecole supérieure de Droit » initiée au sein de « l'Institut des Hautes Etudes de Dakar », que le recteur Jean Capelle a souhaité établir dès 1950, à rebours des autorités coloniales qui lui refusent le qualificatif « d'universitaire ». Roger Decottignies dirigera l'une et l'autre. Il participera activement aux travaux de rédaction des premiers codes « de la famille » et « des obligations civiles et commerciales » du Sénégal, quittant Dakar en 1959, avant de poursuivre sa carrière en France et de devenir le premier président de l'Université de Savoie à Chambéry. Il ne sera pas le seul universitaire français à avoir contribué à la formation des enseignants en droit et des juristes sénégalais, qu'ils soient magistrats, avocats, ou administrateurs civils. Ainsi le doyen Alain Bockel, pour le Droit Public, lui succédera-t-il à la tête de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de Dakar quelques années plus tard, juste après le doyen et professeur de Droit Privé, et futur président de la République du Sénégal, Abdoulaye Wade. Les Rencontres Internationales Roger Decottignies symbolisent la continuité mémorielle et pratique de ces collaborations. Elles ont tenu une première session en mai 2016 consacrée à l'histoire croisée des recherches et du droit de l'énergie solaire entre la France et le Sénégal (Caille et Badji, 2018) [1].

[1] Caille, Frédéric, et Mamadou Badji, éd. 2018. *Du soleil pour tous. L'énergie solaire au Sénégal : un droit, des droits, une histoire*. Chambéry - Dakar - Québec: éditions science et bien commun. https://scienceetbiencommun.pressbooks.pub/soleilpourtous/)

Contributrices et contributeurs

Mamadou Badji

Bruno Berthier

Frédéric Caille

Grégoire Calley

Frédéric Charlin

Myriam Donsimoni

Bernard Durand

Georgette Suzanne Guiliwal A Bigbong Epouse Ateba

Ndèye Coumba Madeleine Ndiaye

Blaise Alfred Ngando

Geneviève Pignarre

Serigne Momar Sarr

Jean-Michel Servet

Sommaire

INTRODUCTION **5**

PREMIERE PARTIE : MODELES D'ENSEIGNEMENT ET DE FORMATION JURIDIQUE **18**

Le tailleur, ses modèles et « l'outremer » : « un pont trop loin » **19**

Le modèle républicain a-t-il un avenir en Afrique ? **38**

La création de la faculté de droit de Dakar (1950-1960) **45**

Libre propos sur la préférence locale à l'emploi dans l'outre-mer français : le cas de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie **60**

SECONDE PARTIE : DROIT PRIVE ET DROIT DES PERSONNES, MODELES ET EVOLUTIONS **75**

D'un modèle, l'autre : droits privés français et sénégalais. Un maillage étroit, sans maille à partir (?) **76**

La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine **102**

La figure juridique contemporaine de l'adultère : regard croisé entre la France, le Sénégal et le Cameroun **117**

L'œuvre du professeur Roger Decottignies en droit privé africain : l'exemple du Sénégal **133**

TROISIEME PARTIE : CONSTRUIRE LE « BIEN COMMUN », MODELES, DEFINITIONS ET EMPRUNTS ENTRE FRANCE ET SENEGAL **148**

Comprendre les communs d'hier pour (re)produire présentement ceux de demain **149**

Un modèle de réciprocité au service de l'homo sociabilis. Changer de tailleur pour changer de modèle **166**

Aide-toi et le solaire t'aidera. Les leçons des objets solaires d'Abdoulaye Touré (1954-2020) **181**

Transactions sociales autour des bénéfices collectifs de communs : une étude de cas dans le delta du Saloum **197**

Le tailleur et l'ambiguïté de ses modèles : une illustration historique de la réduction contre nature des communs alpins ancestraux au gabarit de la tradition juridique romaniste **211**

Caille Frédéric, Maître de conférences HDR en Science Politique, Faculté de Droit Université Savoie Mont Blanc/Laboratoire Triangle ENS Lyon

Introduction

Lecteur qui entre dans ce livre accepte la surprise, la curiosité, la transdisciplinarité. Le neuf ne sortira pas des vieilles ornières. Si ton approche des choses du droit ne connaît pas concrètement ce qu'en font les femmes et les hommes, passe ton chemin. Si les rencontres et interactions entre cultures, les « *frictions* » comme les ont justement appelées récemment certains anthropologues, « *pour souligner le caractère étrange, inégal, instable et créatif de l'interconnexion au travers des différences* »[2], te semblent indifférentes et secondaires, ne te retourne pas.

Les journées des secondes Rencontres Internationales Roger Decottignies organisées par les Facultés de droit de Chambéry et de Dakar et tenues à Dakar les 8, 9 et 10 mai 2019, dont sont issus les textes qui suivent, furent à cet égard une expérience dont ne rend que très imparfaitement compte un ouvrage. La richesse et la qualité des échanges, leur chaleur humaine et la diversité des écoutes, les enrichissements et les convergences qui, au sentiment du plus grand nombre des participantes et participants, ont dépassé de beaucoup le courant des colloques académiques, ne peuvent malheureusement être restitués. L'écrit tend à souligner la succession de thèmes et d'approches différentes, là où la présence physique et les discussions confirmèrent l'intérêt du pari initial d'ouverture, à la fois disciplinaire, comparatiste, temporelle et méthodologique.

L'argument des rencontres portait sur les activités juridiques et politiques d'échanges, de réinterprétations et d'adaptations de modèles intellectuels et normatifs venus du passé ou de l'extérieur. Et l'image métaphorique sinon allégorique du « tailleur », et ses nombreuses dérivations tenant à la « taille », à la « coupe », à « l'ajustement », à la « vêture » et au « costume », à ce qui « habille » les interactions sociales, et donc « recouvre », « protège », « contraint », tour à tour ou tout à la fois, de manière à la fois pratique et symbolique, s'est révélée de ce point de vue un outil/support de réflexion plus stimulant encore que ne l'avaient supposé les organisateurs.

Les « tailleurs du droit », pour n'en prendre qu'une seule déclinaison qu'illustrent parfaitement plusieurs des textes qui suivent, peuvent en effet être entendus autant au sens des « jardiniers » d'Etats ou d'institutions qui « rabattent » et « réduisent » les buissons et les taillis des coutumes et des libertés locales, qu'au sens des patients couturiers et ajusteurs des normes et pratiques les unes aux autres, qu'il s'agisse des normes locales et des normes nationales, des normes issues des

[2] Anna Lowenhaupt Tsing, *Frictions. Délires et faux-semblants de la globalité*, La Découverte, 2020, p. 29, traduction de *Friction : An Ethnography of Global Connection*, Princeton University Press, 2005.

droits africains et des normes issues de la colonisation, des normes à fondements religieux et de celles se revendiquant de l'universalité des droits fondamentaux.

Entre l'Afrique et l'Europe, entre le Sénégal, le Cameroun et la France, entre les communautés rurales de Casamance et de Savoie, les lectrices et lecteurs trouveront de la sorte une riche et belle matière complétant les travaux de spécialistes déjà engagés sur les circulations des savoirs, les phénomènes de facilitation, de refus, de traduction ou d'acculturation des modèles normatifs, les acteurs juridiques, sociaux ou politiques qui au fil du temps et selon les contextes les supportent, les grands principes, enfin, qui s'y rencontrent ou s'y confrontent[3].

La pensée juridique occidentale peine encore à admettre qu'elle n'est l'expression que d'*un* « régime de juridicité » parmi d'autres, et qu'il est même d'autres rationalités que « cartésiennes » ou « propriétaristes » pour construire des « obligations », ou pour réguler des usages de ressources ou de terres. Anthropologue du droit, juriste, observateur savant du « *pluralisme juridique et normatif* » et du « *droit en situation interculturelle* » dès le début des années 1970, ainsi que plusieurs des intervenants que l'on lira ci-dessous, et travaillant lui-aussi depuis le Sénégal, Etienne Le Roy l'a bien synthétisé dans son écrit-testament paru peu après nos rencontres de Dakar[4]. Les « tailleurs du droit », on le vérifiera à de nombreuses reprises dans les communications ici rassemblées, ne sont pas condamnés, ni en Afrique ni en Europe, à de simples arbitrages entre le droit traditionnel et les concepts civilistes qui émergent de la modernité. Les « *métissages, bricolages ou bidouillages entre traditions et modernités* », anciens et contemporains, construisent la réalité du droit, car « *le droit n'est pas tant ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs et les citoyens* »[5]. Dans le cas sénégalais, un « *droit authentiquement nouveau* » a même pu être imaginé, rappelle-t-il, afin de « *répondre à la fois aux réalités africaines et à la technicité moderne* »[6], et si les résultats n'ont malheureusement pas été à la mesure des attentes, la notion de « communs/*commons* », par exemple, aujourd'hui redécouverte, et abondamment discutée dans le présent ouvrage par plusieurs de nos auteurs, montre que l'avenir, ici comme ailleurs, n'est jamais fini, ni écrit avant d'avoir été. De même on le verra en droit des personnes, du travail, de la famille.

---

[3] Les spécialistes sauront trouver la bibliographie déjà importante sur ce thème. Nous pouvons signaler simplement, comme point de départ, sans reprendre les références des auteurs des textes du présent ouvrage : Bourgues P.et Montagne C. (éd.), *La circulation des modèles normatifs*, Presses Universitaires de Grenoble, 2017 ; Kaluszynski M. et Payre R. (éd.), *Savoirs de gouvernement : circulation(s), traduction(s), réception(s)*, Paris, Economica, 2013 ; Merle I., « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, n° 7, 1997 ; Mignemi N., « Droit international, droit colonial, droit coutumier : quelques réflexions croisées autour d'un article d'Isabelle Merle », Billet. *Lectures en sciences sociales* (blog). 2015. https://semefr.hypotheses.org/1507

[4] Le Roy Étienne, *Pourquoi et comment la juridicité des communs s'est-elle imposée dans nos travaux fonciers ? Récit d'une initiation*, n° spécial de *Regards sur le foncier*, n° 8, Comité technique « Foncier & développement »/ AFD/ MEAE, 2019.

[5] Le Roy, *op. cit.*, p. 98 et 23.

[6] *Ibid.*, p. 30.

Le propos de l'ouvrage se structure selon la logique des journées et restitue ainsi trois grands temps ou domaines de réflexion : les modèles d'enseignement et de formation juridique, les évolutions contemporaines du droit privé et des droits de la personne, le concept aujourd'hui fortement redécouvert de « communs ». Chacun d'eux se trouve introduit et ouvert par un ou une « maître-tailleur » de l'analyse, ceci dit sans la moindre flagornerie comme le lecteur pourra s'en assurer, en la personne des trois professeurs émérites Bernard Durand, Geneviève Pignarre et Jean-Michel Servet, lesquels nous avaient fait l'honneur et l'amitié d'accepter notre invitation.

Le premier temps est ouvert par Bernard Durand et permet immédiatement de s'assurer combien il serait fort simplificateur de rabattre la circulation des échanges de procédures, de modèles et de conception de l'ordre juridique et politique sur une simple métaphore. Bernard Durand le montre avec une précision et une profondeur de vue toutes particulières. La diversité, dans les circulations, les exportations et les importations juridiques coloniales, est la règle. Et c'est bien le désordre normatif, pour la France comme pour l'Angleterre et toutes les autres puissances coloniales, dans la prétention à « habiller » d'un nouveau droit une autre société que la sienne, qui devient la norme. Au regard du « *temps long* » de l'histoire du droit, et sous la plume de Bernard Durand, la prétention des « *tailleurs de loi* » semble bien alors se rabattre sur le quotidien contrasté des « *couturiers coloniaux de la justice* », petites mains d'un pluralisme juridique plus ou moins adapté aux réalités locales et à leurs héritages, mais toujours fondamentalement ordonné par la distinction entre « *citoyens* » et « *sujets indigènes* ». Le « tailleur du droit » des outremers peine à arriver à « bon port », et peut-être en premier lieu parce qu'il n'est jamais sorti de celui-ci, ou jamais tout à fait, comme le remarque l'auteur, « marqué » qu'il est dès sa naissance par le droit et la justice « *de mer* », de la mer, c'est-à-dire aussi par son exceptionnalité et sa férocité loin des regards des métropoles. Faisant de nécessité vertu, poursuit l'auteur, le droit colonial, ou plus exactement « *les droits* » des diverses colonies, françaises comme étrangères, deviennent alors une gigantesque fabrique de tailleurs et de costumes assez largement incontrôlés, un « laboratoire » juridique et administratif que l'on pourrait dire « à intérêt comparatiste ajouté », s'il n'était malheureusement souvent si cruel et si éloigné de la lettre de ses objectifs, mais dans lequel un certain nombre d'observateurs verront non sans raisons et jusqu'à nous un lieu d'apprentissage et de réflexion sans beaucoup d'équivalent. Car il n'empêche, au final, le lecteur le découvrira dans une belle et forte conclusion, que même le costume le plus mal ajusté peut devenir une part de soi-même, et que retaillé ou adapté, mêlé d'influences diverses et souvent contradictoires, une part importante des habits, des matières, et de fait des « modèles » du droit issus de l'expérience coloniale, ont survécu dans les nations issues des indépendances.

Cet état de fait est aujourd'hui et plus que jamais, on le sait, un demi-siècle après les indépendances, au centre de nombreuses réflexions. Le professeur Blaise Alfred Ngando y participe ici à son tour, par son questionnement sur l'avenir du modèle républicain en Afrique. Il ne suffit pas, dit-il, de se réclamer d'un sigle, d'une

« *marque* », pour échapper à toute forme, explicite ou insidieuse, de copie ou de « *contrefaçon* ». En matière juridique en effet, les habits mal taillés ne sont pas seulement des faire-valoir de piètre confort et de résistance limitée. Ils sont, pour ainsi dire, la négation même de ce qu'ils prétendent vouloir être, c'est-à-dire la remise en cause de la simple possibilité d'une juridicité véritable, d'une mise en ordre normative du visible et de l'invisible inscrite et ancrée au cœur du mouvement vital de la société et des populations. De « *fausses républiques* » ne valent-elles pas moins que de vraies chefferies traditionnelles ? Suffit-il de recopier des constitutions pour les faire siennes ? Les réponses à ces questions ne sont pas simples mais il faut accepter à certains égards de « *soulever les mots* », de regarder autrement, comme celui ou celle qui jette le regard sous une grosse pierre pour vérifier si la vie s'y protège ou y dépérit… Tel est l'effort auquel nous invite l'auteur au travers de son analyse conceptuelle historique précise de la référence républicaine. Car si le « *peuple* », si la « *participation démocratique* » peinent autant à s'enraciner en Afrique, peut-être est-ce parce que les temps s'enjambent et se rejoignent, d'une juridicité à l'autre, après l'éclipse des colonisations et des postindépendances immédiates.

Comprendre les greffes et l'enracinement des juridicités, c'est aussi comprendre, et parfois d'abord, le travail de formation et d'apprentissage de celles et ceux qui en porteront la charge. Le tailleur du droit, comme tout artisan, a ses méthodes et ses maîtres qui l'ont initié à leur maniement. Et en la matière, comme le montre avec une précision et une ampleur rarement atteintes le professeur Mamadou Badji, l'exemple de la faculté de droit de Dakar revêt à n'en pas douter un caractère d'unicité indiscutable. A travers l'exemple du recteur Jean Capelle, notamment, nous découvrons certains de « *ces agents de la colonisation qui prennent à cœur les intérêts de la population qui leur a été confiée, en allant au-delà des missions étroites qui leur sont explicitement remises* ». Mathématicien, ingénieur, enseignant-chercheur, administrateur, on peine à qualifier celui grâce à qui, par-delà des politiques étatiques plus ou moins hostiles ou modérément favorables, une collaboration universitaire et humaine entre la France et le Sénégal parvient à se mettre en place sur quatre à cinq décennies. Face à Gaston Deferre, ministre réticent, Jean Capelle bataille, défend en effet une université pleine et entière, soutenu très tôt, dès 1947, par « *six députés originaires, pour la moitié, du Sénégal, mais aussi du Gabon, de Guinée et du Soudan* », dont Lamine Gueye et Léopold Sédar Senghor. Le mot même, si galvaudé hélas parfois aujourd'hui, « *d'universitaire* », associé ou non aux premières formations supérieures dakaroises, comme l'explique très bien Mamadou Badji, devient alors un enjeu, une conquête, un emblème… Jean Capelle, qui « *aurait voulu un corps enseignant de même niveau qu'en métropole, pour assurer l'équivalence des diplômes* », n'obtient dans un premier temps qu'un statut aménagé. Mais l'éducation est un outil d'émancipation. Et l'on se trompe toujours à croire pouvoir la retourner contre elle-même, Jean Capelle, le regard portant plus loin, le sait. Nous sommes en 1950, et les mesures dévalorisantes et restrictives des libertés académiques sont déjà un combat d'arrière-garde. En 1955, de retour à

Dakar, il appelle résolument « *à la formation des élites - de toutes les élites - dont l'Afrique a besoin, et à l'étude des problèmes techniques, économiques ou sociaux que pose la recherche du mieux-être et du progrès* », un programme toujours d'actualité. En 1957, enfin, presque par surprise, l'Université de Dakar est enfin créée, et malgré des moyens longtemps comptés, dont on découvrira le détail en lisant Mamadou Badji, elle parviendra années après années, par la collaboration et l'autonomisation, à faire émerger des structures et des savoir-faire dont le lecteur pourra apprécier tout le détail et l'importance et dont, à sa modeste échelle, le présent ouvrage se veut aussi un vivant témoignage.

Car le droit est un art de précision. Et chacune et chacun pourra à nouveau s'en assurer en suivant dans sa démarche, beaucoup plus contemporaine que les précédentes, le spécialiste du droit public appliqué qu'est Grégoire Calley. C'est en effet à l'observation d'un principe et d'enjeux beaucoup plus immédiats pour les ciseaux des « *tailleurs des droits* » d'aujourd'hui qu'il nous invite, en s'arrêtant avec une grande précision sur « *l'adaptabilité* », et sur l'adaptation de fait, de la notion de « *préférence locale* » ou de « *préférence nationale à l'emploi* ». La tradition juridique française, rappelle-t-il, est en effet assez hermétique par tradition aux encadrement normatifs du principe de « *libre choix des employeurs* » quant à leurs personnels. Et par ailleurs, les mesures et dispositifs de « *préférence à l'embauche* », quels qu'ils soient, s'opposent désormais assez frontalement tant aux grands fondements antidiscriminatoires des droits modernes qu'aux proclamations de liberté de circulation et d'emploi des principaux textes nationaux et supranationaux contemporains. Mais l'enjeu de favoriser et soutenir l'emploi de certaines populations n'en reste pas moins extrêmement stratégique et socialement très brûlant dans l'actualité la plus proche, tant en France que dans de nombreux pays du monde. Ainsi l'Afrique elle-aussi, comme le rappelle l'auteur, s'est-elle trouvée également traversée dans les dernières décennies par les espoirs, au moins formels, que recouvre le principe issu du droit anglo-saxon des affaires du « *Local Content* », à savoir une promesse « *sucrée* » de « *gagnant-gagnant* » dont s'accompagne de plus en plus régulièrement l'implantation sur le continent des grandes sociétés multinationales étrangères. En portant la focale sur le cas du droit français appliqué en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie, Grégoire Calley propose au lecteur une plongée en apnée dans deux laboratoires pour le droit francophone de la préférence locale, de ses objectifs de discrimination positive, et d'« *endo-réappropriation* » des structures administratives et économiques par les populations. S'agit-il de simples chatoiements de « *poissons exotiques* » de la législation publique et administrative, ou bien de formes déguisées de « *quotas* » et d'entorses au « *principe d'égalité* », sinon même, dans une perspective plus critique, de discriminations moins « *positives* » que « *naturalistes* » ou « *postcoloniales* » ? Le lecteur pourra s'assurer que l'auteur ne connaît pas l'ivresse de la plongée en eaux profondes. Et qu'il mesure avec beaucoup de lucidité et une belle limpidité d'écriture tant les fondements que les applications et la portée effective de ces législations inédites. Contiennent-elles, pour le Sénégal comme pour la France, un avenir pour la préservation d'une certaine équité entre

populations locales et de nouveaux arrivants dans l'accès au logement, aux services publics, ou à la propriété immobilière, ainsi que certains territoires ont déjà voulu l'expérimenter ? L'avenir n'est jamais fermé, et souhaitons d'abord que les tailleurs du droit d'Afrique, comme d'ailleurs, sachent y réfléchir avec rigueur.

Le second temps de l'ouvrage et des rencontres s'ouvre par la synthèse inédite et remarquable de Geneviève Pignarre consacrée au maillage étroit des droits privés français et sénégalais. Ayant travaillé au tout début de sa belle carrière chambérienne avec le doyen Roger Decottignies, la professeure émérite de droit privée nous y invite d'abord à comprendre un modèle civil sénégalais où contraste le droit des obligations, largement inspiré de la tradition romano germanique européenne, et marqué selon l'expression proposée par l'auteure par une forme de « *réappropriation affranchissante* », et le Code de la famille, beaucoup plus imprégné de la préservation des traditions africaines. C'est bien ce dernier, comme l'explique Geneviève Pignarre, et comme le montre plusieurs des autres communications ici présentes, qui demeure aujourd'hui encore à la croisée d'une évolution contrastée et très diversement évaluée, selon que l'on y lise un exemple de « *pluralisme juridique* », ou une « *réalisation incomplète* » du droit moderne. Par contraste, en matière plus large d'obligations civiles et commerciales, le regard porté sur les convergences des modèles français et sénégalais paraît en effet beaucoup plus consensuel. Un modèle de type *Common Law* semble notamment en voie de s'acculturer dans le monde des échanges et du commerce d'une rive à l'autre de la Méditerranée, en particulier au Sénégal par le biais des nouvelles dispositions du fameux traité relatif à l'*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* ou *OHADA*. Certes l'extension précise de cette « OHADA » – droit des sûretés, droit des sociétés, droit des personnes ?, etc. – demeure encore ouverte, en ceci qu'elle pourrait, comme le droit de l'Union n'a cessé de le faire en Europe, questionner les frontières de la souveraineté législative et judiciaire des différents Etats Africains. Mais « *un constat s'impose* », n'en relève pas moins Geneviève Pignarre, « *le développement du phénomène d'intégration juridique semble irréversible* », et il pourrait bien déboucher sur une véritable « *mutation-transformation* » du modèle de droit des obligations sénégalais. Ainsi que les tailleurs débutants autant que les civilistes chevronnés sauront l'apprécier, le tricot parfait de la précision et de l'éclairage pédagogique que nous propose Geneviève Pignarre s'étend dans une seconde partie, par-delà les obligations proprement dites, au droit du travail et au modèle social qui, en France, au Sénégal, et à l'international avec les conventions signées dans le cadre de l'ONU, sont aujourd'hui profondément redéfinis, rediscutés, redécoupés par un ensemble de mesures concernant notamment le cœur de la notion de « contrat », ou plus largement des principes de règlement des litiges (« le principe de faveur ») ou de « *flexibilisation* » croissante et tout azimut. Or si « *le droit du travail est sacrifié au droit du marché* » en France, si il est « *instrumentalisé au profit des techniques managériales de l'entreprise* », comme l'explique Geneviève Pignarre, la tendance n'est encore que potentielle au Sénégal, quand bien même il apparaisse difficile pour

l'heure de se soustraire à un mouvement mondial et malheureusement souvent très univoque.

Tels sont, on l'aura compris, les paradoxes des tailleurs du droit, que les habits dont ils abandonnent la coupe *ici* continuent longtemps d'être portés *là*. En matière de droit de la famille les exemples sont nombreux, ainsi que l'évoquait ci-dessus Geneviève Pignarre et comme permettent de bien le comprendre les trois autres textes de cette seconde partie. Le cas de la notion de « *bonnes mœurs* », si plastique, si évolutive, en même temps que si décisive pour la liberté privée des individus, est un premier cas très significatif que nous présente avec une rare érudition Frédéric Charlin. Disparue du droit français en 2016, où son espace d'action s'est trouvé peu à peu recouvert par celui de la « *dignité de la personne humaine* », elle est toujours présente dans les codes civils africains francophones. Une vêture tissée du lin traditionnel des coutumes, habitudes et perceptions locales, si l'on nous autorise l'image, s'est peu à peu recouverte en Europe du Lycra moderne des droits de l'homme, alors que l'on reste pour l'heure plus attaché à la fibre naturelle des usages des communautés en Afrique… Ainsi en est-il une nouvelle fois, comme nous le rapporte l'auteur, en matière de relations conjugales, ou para-conjugales, telles qu'acceptées très tôt par la jurisprudence de la Cour de cassation en France. Le « *concubinage régulier* », sans être encore licite, a ainsi très précocement pu être admis dans ses conséquences matérielles les plus importantes - dons, legs ou assurances – dès lors qu'il s'agissait d'une forme de « *vie maritale* » socialement respectable. L'évaluation des « *bonnes mœurs* » à la française, en somme, apparaît ainsi comme moins moralisatrice ou réactionnaire « *de principe* », ainsi qu'on pourrait le supposer de prime abord, que plus exactement « *de pratique* », la « *manière conjugale* » ou « *para-conjugale* » faisant ici tout, ou du moins beaucoup. A l'inverse la « *dignité* », principe de fondement plus libéral, actuel, donne toute entière au juge et au droit positif la liberté d'appréciation de ce qui déroge ou non aux choix personnels des individus. Frédéric Charlin nous invite en somme, dans la continuité de ses autres travaux, à déciller notre regard et à comprendre combien, dans le cas de catégories telles que les « *bonnes mœurs* », l'approche historique permet d'aplanir des oppositions rigides qui renverraient tout entière la « *tradition française* » à une approche légaliste rigide héritée de la Révolution, face à un « *droit du juge* » d'inspiration plus pragmatique et conventionnelle qui caractériserait la tradition anglo-saxonne.

C'est au cœur des relations familiales, une fois encore, que Georgette Guiliwal A. Bigbong nous entraîne, au plus profond de la taille exacte et de la découpe des contours et obligations du tissu conjugal et de son institutionnalisation. Une borne extrême, tour à tour et simultanément redoutable, fondamentale et illusoire, a longtemps signifié le travail des maitres tailleurs du droit dans ce domaine, en France, puis dans les droits africains francophones, notamment au Sénégal et au Cameroun. Il s'agit bien entendu de l'incrimination « *d'adultère* », une incrimination disparue en France depuis 1975 en tant que telle – ou du moins en tant que « *faute en*

soi » et non « *appréciée du point de vue des rapports interpersonnels des conjoints* » ainsi que la rappelle l'auteure -, ce qui signifie qu'elle a disparu d'abord de l'ordre pénal, mais une incrimination qui s'est maintenue par contraste dans les codes de l'Afrique de l'Ouest jusqu'à nos jours. Avec une précision remarquable, Georgette Guiliwal A. Bigbong nous guide donc simultanément dans l'histoire et dans l'application jurisprudentielle avant et après 1975 de cette « *faute* », une faute socialement élaborée et instituée en premier lieu, comme elle le souligne, sur le substrat de l'inégalité de genre. En s'avançant en effet avec le manteau protecteur de la préservation de la fidélité et de la confiance entre époux, l'adultère vise en réalité et avant tout à assujettir les femmes. Le constat, comme le rappelle l'auteure, est indiscutable dans le cadre patriarcal du Code civil français, et il prend un sens d'autant plus paradoxal dans des sociétés africaines où la préservation de l'unité et de la continuité familiale, du moins dans nombre de pratiques coutumières, primait, plus nettement qu'en Europe, sur l'octroi d'un privilège masculin de vagabondage sexuel. D'autant que le paradoxe est ici doublement temporel, insiste Georgette Guiliwal, puisque non content d'avoir bousculé dans un sens plus inégalitaire l'union matrimoniale traditionnelle, le droit français a comme abandonné en Afrique de l'Ouest la scorie pénale de « *l'adultère* » juridique, cette fiction de sanction de l'infidélité sur laquelle avait prospéré, durant près d'un siècle, tout le libertinage bourgeois et plus ou moins tarifé des hommes français pouvant se l'offrir, malgré la possibilité du divorce. Aux femmes la continence absolue, et très sévèrement réprimée dès tout écart, aux hommes les maisons closes : tel fut longtemps un « modèle français » beaucoup moins glorieux que celui du droit positif. Et selon la règle « aux mêmes maux les mêmes effets », il convient donc de souhaiter ardemment, comme le suggère l'auteure, que très vite, pour l'égalité entre conjoints, pour l'équilibre et la justice des relations entre hommes et femmes, pour la stabilité des familles, qu'au Sénégal comme au Cameroun, plus de 40 ans après la France, le système juridique parvienne à se décoloniser d'une norme aussi profondément sexuée et hypocrite que celle attachée à cette incrimination désuète.

Mais il ne suffit pas de vouloir pour pouvoir. Et il ne suffit pas de tailler le plus bel habit à ceux que l'on respecte ou que l'on aime pour qu'ils le portent. Les législateurs africains, avant et depuis les indépendances, ont pu s'en apercevoir, cherchant, avec « *la liberté de se doter à soi-même sa propre loi* », pour paraphraser Rousseau, la voie d'une « *rénovation* » en même tant que d'une « *refondation dans l'avenir* » de la conjugalité et de la famille proprement africaines. Roger Decottignies, sous le patronage symbolique duquel la coopération universitaire entre les facultés de droit de Dakar et de Chambéry a été instituée, est l'un des premiers à l'avoir clairement compris, comme nous le rappelle avec beaucoup de profondeur Madeleine Ndiaye. Le tailleur du droit n'est pas le maître des pratiques et des âmes. Et le « *vieux* » se glisse souvent dans la robe du « *neuf* », plus encore en matière familiales et matrimoniales que partout ailleurs. « *Les coutumes résistent encore contre vents et marées* » écrit l'auteure, qui nous guide, en spécialiste du droit privé, dans le difficile cheminement du droit de la famille, des femmes, des enfants, du mariage, en

Afrique et au Sénégal, un droit enraciné encore tant bien que mal dans le substrat matrilinéaire et communautaire de ses coutumes originelles, mais également serré et emmailloté de près depuis longtemps par les maitres tailleurs étrangers envahissants de l'islam et du droit civil français. Les travaux de Roger Decottignies, montre Madeleine Ndiaye, ne sont pas de l'histoire. Ils sont l'actualité encore chaque jour remise sur la table des tailleurs du droit, le combat toujours ré-ouvert de l'égalité civile réelle de genre. Les atermoiements, les ruses, les légalisations des pratiques illégales, les dérogations, les jurisprudences complices : tout concourt à l'échec ou à l'inhibition des tentatives de réformes, rappelle l'auteure, en interpelant là où il se trouve désormais celui qu'elle nomme, l'ayant à peine croisé à la fin de sa vie, « *le maître* » Decottignies. Car si le bilan, comme elle l'indique, est plus distinctement positif en droit des obligations, il n'est pas possible d'oublier, comme elle l'ajoute, que le pire n'est jamais impossible, et qu'une partie de la doctrine d'Afrique de l'Ouest craint aujourd'hui le retour de la répudiation masculine unilatérale, un comportement entré il y a longtemps en Afrique sous influence étrangère, et habillé désormais par « *la pratique du divorce pour incompatibilité d'humeur* ». Comme l'écrivait le maître Decottignies, pourtant, le but premier du dynamisme légal n'est pas « *de faire rentrer dans des catégories juridiques plus ou moins précises des situations de fait préexistantes* », mais bien au contraire de « *créer un mouvement nouveau, donner aux institutions une impulsion* », pour accompagner l'avenir meilleur de tout un pays et de toute sa population.

On aurait tort bien entendu, une fois pris note de ces enjeux du droit de la famille et des couples au Sénégal, et comme nous le montre plus particulièrement peut-être toute la troisième et dernière partie de notre parcours au sein des œuvres des tailleurs du droit et des institutions de France et d'Afrique, de limiter le travail juridico-constitutionnel de ce continent à celui d'un simple métissage plus ou moins hybridé ou conservatoire. La créativité juridique, sociale, économique et même technologique y tient effet également toute sa place.

Et c'est tout d'abord en mettant ses pas dans les analyses lumineuses et érudites de Jean-Michel Servet, professeur de socio-économie émérite dont le premier terrain d'enquête fut réalisé en Casamance en 1970, que le lecteur pourra se convaincre qu'il n'est pas bien évidemment de « tailleurs » et de « modèles » seulement en droit. Dans la conceptualisation, la légitimation, l'interprétation des modalités et des finalités des formes d'échanges et de production de biens et de services, l'Afrique tient en effet aujourd'hui une place toute particulière dans la mesure où ses sociétés ont, plus que d'autres, illustrées et portées à leur accomplissement des notions telles que « bien commun », « usages communs », et plus généralement l'ensemble des principes associés au « concept-méthode » de « communs-*commons* » revenu aujourd'hui au centre d'une partie des préoccupations académiques francophones, après un détour anglo-saxon qu'a couronné le prix Nobel d'économie d'Elinor Ostrom. « *La coexistence de la société civile, du marché et de la puissance publique* », et « *l'articulation de la personne*

humaine au collectif », comme le rappelle pour commencer Jean-Michel Servet, se trouvent au centre des préoccupations visées par cette notion polysémique. Et comme nous le montre l'auteur, en se centrant tout d'abord sur l'exemple de la chasse en Afrique, le « *commun* » ne s'oppose pas à toute forme de propriété ni au(x) bien(s) personnel(s) en tant que tel(s). Il marque seulement des formes de gestion et de régulations « *à plusieurs* », et en faveur du collectif, de certaines activités. De la sorte des finalités utilitaires – on ne peut pas bien chasser seul, on ne peut pas conserver la viande – deviennent des finalités sociales et signifiantes – le chasseur remet sa prise au « *Tout* » du groupe, il reçoit sa part en dernier, et la répartition n'est pas un « *partage* » au sens de « *séparation* » mais une expression du primat du groupe -. Et c'est la « *réciprocité* », nous explique avec une grande limpidité et une incursion au cœur de l'histoire de la pensée économique Jean-Michel Servet, qui est un concept structurant à partir duquel, dans les pas de Richard Thurnwald et de Karl Polyani, il devient alors possible de penser de telles réalités et de telles pratiques, hors des habits traditionnels de la vulgate économiste occidentale contemporaine de la « *dette* », ou même du « *don* ». La réciprocité est une valeur universelle mais qui s'incarne plus durablement sans doute encore en Afrique que partout ailleurs, sachant que l'auteur la distingue avec soin d'une simple « *égalité de tous* » ou de l'image naïve d'un « *communisme primitif* ». Les lectrices et les lecteurs sénégalais et plus largement africains reconnaîtront d'ailleurs nombre des exemples qui font toute la richesse et la valeur du texte de Jean-Michel Servet : droit « *de feu* » et droit « *de hache* », « *panier des ancêtres* », « *rizières Joola* », « *tontines* », tout autant de pratiques qui illustrent le constat que le mot pour dire « *dette* », dans de nombreuses langues ouest-africaines, est exactement le même que celui pour dire « *lien* » ou « *corde* ». Nous sommes tous attachés à la même ficelle, semblent donc vouloir nous dire depuis les racines de l'humanité ces coutumes. Et de la même manière, ou presque, la langue française nous répond que lorsqu'elle dit « *hôte* », « *don* » ou « *louer* », elle laisse bien ouverte la question de savoir qui « *a invité* » et qui « *a été invité* », qui « *a reçu* » ou qui « *a été reçu* », qui est « *le locataire* » ou qui est « *le propriétaire* ». Le primat, conclut Jean-Michel Servet en nous éclairant de ces convergences secrètes entre sociétés, est en effet donné dans tous ces exemples « *à la relation* », a contrario des termes liés au seul modèle contemporain dominant de l'échange, « *au marché* », tels que l'incarnent les mots de « *prêteur* » et « *emprunteur* », « *acheteur* » et « *vendeur* », ou « *locataire* » et « *loueur* ». Puisse les tailleurs futurs de nos mondes économiques lire ce beau texte.

Et ils se devront d'enchainer, de manière très convergente, avec la contribution de Myriam Donsimoni consacrée explicitement à la notion de « *réciprocité* » et aux capacités sociales créatives, réparatrices, redistributives, qui peuvent s'y trouver associées. « *La réciprocité* », nous explique avec passion l'auteure, « *n'est pas seulement l'apanage des personnes altruistes qui recherchent un mode poussé de socialisation* ». Il s'agit « *d'un véritable système économique performant, reposant sur un mécanisme économique et une structure sociale* », mais un système qui ne repose pas comme dans l'occident moderne sur un « *homo œconomicus* »

individualiste, calculateur et égoïstement édoniste, mais au contraire sur un « *homo sociabilis* » sociable, convivial, solidaire et prioritairement soucieux de la qualité de ses relations aux autres. Cet « autre » du modèle économique hégémoniste actuel Myriam Donsimoni le repère dans « *l'économie informelle* », « *la résilience* », « *la communauté* » dont font preuve journellement les sociétés des Suds, et au Sénégal notamment, c'est-à-dire dans toutes ces petites et multiples pratiques quotidiennes et familières qui n'appartiennent pas seulement au passé mais sont aujourd'hui encore bien vivantes et « *porteuses d'innovations aux formes diverses et variées qui constituent des moteurs cachés de la croissance et du développement* ». Dès lors, conclut l'auteure, ce n'est pas tant au « *marché* » en tant que tel que les tailleurs des liens sociaux et économiques d'une émergence harmonieuse pour les Etats d'Afrique doivent s'attaquer, mais bien à sa forme, à sa structure univoque calquée sur les institutions économiques internationales et leur apologie exclusive d'un « *homo œconomicus* » capitaliste dont la généralisation ne peut s'envisager indépendamment des vastes cohortes de démunis, de perdants et de laissés pour compte de la compétition productive et de la marchandisation généralisées.

Doux rêve ? Livre d'image d'utopies impossibles à réaliser ? L'exemple de l'expérimentateur et sensibilisateur dans le domaine des énergies renouvelables Abdoulaye Touré tend à montrer que les chemins de la couture des modèles socio-juridiques et économiques du futur mondialisé sont plus complexes que la simple résignation au statu quo et à l'état de fait ne pourrait le laisser croire. Présent au colloque de 2019 mais décédé en novembre 2020, Abdoulaye Touré, instituteur et ingénieur électronicien de formation sénégalais, ainsi que le montre Frédéric Caille dans le texte rétrospectif qu'il consacre à son parcours et son travail, est l'exemple même de l'une des figures complexes du monde postcolonial entrecroisé et déroutant qui est devenu le nôtre. Avec une volonté et un enthousiasme rarement démentis et communicatifs, Abdoulaye Touré a réussi en effet mieux que beaucoup, par la pratique, la réflexion et le discours, à mettre en correspondance des niveaux de réalité touchant aux enjeux de l'énergie très différents : « *la déforestation et le changement environnemental et climatique global, l'économie domestique rurale des femmes sénégalaises, l'autoproduction de matériels en Afrique, l'accès à l'énergie et donc à l'autonomie des populations des Suds, le changement des habitudes et traditions personnelles devant les enjeux énergétiques, tel qu'apprendre à cuisiner les plats traditionnels comme le thiéboudienne avec un four solaire* ». Reconnu et récompensé internationalement, filmé à de nombreuses reprises, Abdoulaye Touré a pensé à partir d'une modeste expérience d'utilisation de la chaleur solaire débutée dans une cour d'école d'une région rurale, pour purifier de l'eau et préserver les enfants d'une épidémie, le modèle original d'un triptyque spécifiquement adapté et urgent pour le Sénégal : « *reboisement* » / « *développement, construction et vente des cuisinières solaires* » / « *renforcement des capacités socio-économiques et de l'autonomie des femmes* ». Homme de culture et de tradition, il s'est ainsi situé « *au croisement de lignes de savoirs et de valeurs* » très contrastées et dont il s'est servi pour aborder non seulement la dimension technique, mais également les implications

socio-économiques, politiques et juridiques évidentes des « *technologies énergétiques* ». Aborder l'énergie comme un moteur de l'émergence et du développement, comme un droit humain fondamental, comme un « commun » approprié et partagé par l'ensemble d'une communauté, et non tel qu'un « paquet technoscientifique » directement descendu du nord industrialisé, telle est probablement la grande leçon que ce « tailleur » hors normes aura cherché au final à transmettre.

Et ce choix de vie, cette urgence vitale et sociale de préoccupation pour l'avenir du Sénégal qu'Abdoulaye Touré nous avait donné de partager, notamment aux rencontres de Dakar en 2019, c'est sans nul doute de sa connaissance des modes de vie et des impératifs des populations rurales d'Afrique de l'Ouest qu'il les avait pour partie extraites. Les lectrices et les lecteurs pourront s'en convaincre en accompagnant dans l'avant-dernier texte du présent recueil le jeune sociologue Serigne Momar Sarr dans une approche très empirique et d'une forte charpente théorique des pratiques communautaires contemporaines de gestion de communs dans la zone du delta du Saloum. Issue d'un long et rigoureux travail de thèse, son enquête nous entraîne dans la diversité des transactions entre genres, familles, générations, pour le partage ou l'appropriation différentielle de certaines des ressources communes. Il ne suffit en effet pas, comme le montre l'auteur dans son analyse, de transférer les « patrons » des tailleurs institutionnels et sociaux d'un tissu sur l'autre, et ainsi de l'Europe aux villages faisant face à la Casamance, pour réussir un vêtement de qualité. Aucune étoffe n'est un réceptacle passif et ce que la souplesse ou l'épaisseur de l'une permet pourra ne pas correspondre à la transparence ou la légèreté d'une autre. De même avance le jeune sociologue, le « patron » sociologique si performant de l'*Institutionnal Analysis Design* d'Elinor Ostrom, par-delà ses qualités indéniables, ne peut-il être « *plaqué* » sans aucune mise en perspective sur la gestion des communs communautaires de certaines régions du Sénégal, et particulièrement ici des ressources forestières et des fruits sauvages de la région du delta du fleuve Saloum. En l'espèce, comme le montre cette enquête fouillée et précise, de multiples ordres de « *transaction sociale* » autres que ceux de la seule contribution au « *bien collectif* », aussi réels soient ces derniers, viennent redoubler les règles de fonctionnement, et plus particulièrement encore de répartition, des revenus de celui-ci. Les bénéfices du bien commun alimentent de la sorte une diversité de préoccupations collectives, allant de l'entretien de la Mosquée du village à l'éducation des plus jeunes, en passant par l'alimentation en carburant des groupes électrogène assurant de l'électricité durant les fêtes annuelles et les divertissements qui les accompagnent. La question se fait alors complexe, comme le remarque avec précision et finesse Serigne Momar Sarr, de savoir où commencent et où s'arrêtent dans ce cadre les frontières du « *public* » et du « *privé* », du « *collectif* » et du « *catégoriel* » (enfants, femmes, étudiants, etc.) ? Plus encore, les stratégies de contrôle des bénéfices du « *commun* », et les frontières du bénévolat et des missions directement rétribuées du collectif, sont l'objet d'un jeu de négociations perpétuelles des acteurs. En un mot il ne s'agit une fois encore ni d'idéaliser ni de nier, mais bien

plutôt de comprendre, et de comprendre d'abord comment, pour reprendre la perspective de Jean-Michel Servet, ce qui fait « *fonction* » peut aussi et non contradictoirement faire « *sens* », c'est-à-dire se situer à la fois par-delà et avec le pragmatique et le matériel. Un peu comme l'ordre juridique d'ailleurs, le plus souvent.

Il n'est guère, ou du moins très peu, de montagnes au Sénégal. Ceci n'enlève rien, cependant, à l'intérêt du comparatisme socio-anthropologique et culturel que propose indirectement le riche aperçu de Bruno Berthier dans le dernier texte, une plongée dans l'univers complexe des « *communs alpins* », ces formes de propriété collective uniques en Europe et qui ont échappé, pour quelques-unes au moins, à toutes les tentatives d'habillage juridique postrévolutionnaires et à tous les tailleurs politiques et administratifs de la modernité. Ce particularisme a été abondamment étudié, et les lectrices et lecteurs ne pourront que féliciter l'auteur de l'extrême précision et de l'abondance des références auxquelles ce dernier les convie par ses commentaires précis et souvent stimulants. Qu'elles et ils le sachent déjà, ou l'ignorent totalement, elles et ils découvriront que des formes de nomadisme différentes, ici d'estive et en altitude, là vers les points d'eau ou vers les pâturages de saison sèche, ont pu conduire à des solutions, dans les Alpes françaises et au Sahel, en définitive assez similaires et convergentes. S'agit-il d'« *égoïsmes bien pensés* », comme semble vouloir y insister l'auteur ? Ou bien pourquoi pas de « *solidarités bien perçues* » ? La qualification et la portée des pratiques « *de communs* » reste un point de débat conceptuel, on l'a compris, y compris au sein du présent ouvrage, et notamment entre ce texte et ceux de certains des autres contributeurs. Mais au final ce débat importe probablement moins que le constat de l'efficience des communs et de leurs « *performances durables* », tant sociales qu'environnementales, de leur pertinence du point de vue des « *stress climatiques* » du passé et du présent, à savoir le froid du « petit âge glaciaire » ou les sécheresses récurrentes, suivant les continents. Bruno Berthier, sans s'abandonner à un fonctionnalisme simplificateur, rappelle ainsi avec précision l'ensemble des arguments tenant à la fois à l'espace naturel de vie des montagnards des Alpes et à leurs formes de société, aux contraintes naturelles et aux exigences sociologiques, avant d'examiner, par les lunettes des « tailleurs du droit » étatiques, la transposition, ou plus exactement les tentatives de transposition normatives des formes collectives « *d'accaparement* » et « *d'usages* » dans les codes juridiques modernes. En naissent comme il l'explique des « *hybrides* », monstres ou chimères, animaux juridiques fantastiques, c'est selon, êtres de droit tenus en laisse, domestiqués ou non, c'est selon également, par l'armée grouillante des « *feudistes* », « *albergataires* », « *essarteurs* », « *communiers* », « *indivis* » et « *consorts* », et tant d'autres, qui se bousculent au sein des notes du texte pour tenter de survivre au droit de fer de la propriété exclusive. Les populations nomades ou sédentaires du Sahel pourront peut-être ainsi lire dans l'histoire de ces résistances et des survivances résiduelles de ces « *nomades saisonniers d'altitude* » qu'ont été les sociétés agro-pastorales alpines un mince espoir, quant à la possibilité de parvenir à maintenir, dans la modernisation du droit du sol qui atteint aujourd'hui

toute l'Afrique et le Sénégal notamment, des modes de fonctionnement communautaires originaux appuyés sur la non-possession personnelle des terres à vivre. Mais elles trouveront surtout à penser, dans cette synthèse d'une rare richesse, à l'universalité de certaines dynamiques sociales, y compris dans les origines lointaines et strictement familiales de nombreux hameaux ou villages des Alpes, selon une logique qu'ils connaissent bien et qui dominait jusqu'à très récemment encore au sud du Sahara.

Comment mieux dire que c'est bien au final de ces homologies que se nourrit le travail des tailleurs et l'échange des modèles. En même temps que des défis de la vie individuelle et collective, aux formes changeantes mais partagés par toutes les femmes et tous les hommes de ce monde.

Première partie : modèles d'enseignement et de formation juridique

Bernard Durand, Professeur d'Histoire du Droit émérite, Doyen Honoraire de la Faculté de Droit, Université de Montpellier.

Le tailleur, ses modèles et « l'outremer » : « un pont trop loin »

Lorsque le Doyen Badji m'a demandé d'évoquer le tailleur et ses modèles, j'y ai vu malicieusement le moyen – en négligeant les guillemets sur le mot « tailleur » – de proposer un sous-titre qui aurait pu être « de Paco Rabanne à Aboubacar Fofana » ou encore « l'histoire du droit en Courrèges » ! Après tout, pour un Historien du droit qui sait combien sa discipline se nourrit abondamment de toutes les manifestations de la vie en société, l'histoire des « costumes » au cours des siècles - « d'hier à demain » est-il écrit - et même l'observation de tous ces « tailleurs » modernes illustreraient à profusion le sujet. Leur profil (souvent « architectes ») et les modèles qu'ils ont construit ne proposent-ils pas une « réinterprétation » inspirée d'un « passé culturel » (robes aux lignes géométriques, redécouverte du métal, tissage et tressage, plumes diverses) en même temps qu'ils les accompagnent d'accessoires ou de parfums revisitant les codes de la mythologie et de la symbolique. Et le thème est d'autant plus porteur qu'il s'agit « d'habiller » en faisant valoir les qualités des différentes marques et souligner les effets positifs pour celui qui les portera (tenue « fonctionnelle », vêtement adapté à « l'image » de celui qui le porte, son coût, sa cohérence avec l'espace et le temps… et cette intense couleur azur « d'outremer » dont on nous dit qu'elle a « le grand avantage de ne plus changer avec le temps ») ou négatifs… Vous imaginez combien un historien du droit peut aisément projeter sur la vie en société cette approche des modèles et des marques et en rappeler la complexité, les réussites et échecs, au fil du Temps et selon les Espaces… Sans doute, le Doyen Badji avait-il pris le soin de préciser qu'il fallait évoquer les « Approches juridiques et politiques croisées » mais aussi « France – Sénégal », une manière élégante de me rappeler qu'en 1971, je croisais à la faculté de Dakar le doyen Decottignies et débutait un long séjour dans cette faculté pour y consacrer des années d'enseignement et de recherches[7] ! Mais j'ai quand même jugé qu'il fallait prendre au mot même l'expression choisie… C'est ce qu'aurait fait un candidat à un concours de

[7] Voir tout récemment *Introduction historique au droit colonial*, « Un ordre au gré des vents », Bernard Durand, Economica, janvier 2015, 564 pages et *Les Justices en monde colonial*, « Un ordre en recherche de modèles » (coll. Pascal Vielfaure), IHD Montpellier, 2016, 760 pages. Ces questions ont été abordées également dans les 7 premiers livres consacrés au *Juge et l'outre-mer*, *Histoire de la justice*, Lille, 2004-2014. Il nous est impossible d'alourdir nos développements par des notes trop abondantes. Le lecteur saura trouver dans les ouvrages sur *Les grandes civilisations* (Arthaud) et d'*Ethnologie générale et régionale* (La Pléiade) les traits généraux dessinés en texte.

peur qu'on lui reproche d'être hors sujet… et c'est sans doute ce qu'il faut faire aussi pour dire autrement ce qui a été abondamment écrit dans des travaux antérieurs sur le droit colonial et ses modélisations[8]… c'est alors l'ensemble d'une histoire très ancienne des institutions et du droit qui pouvait être évoquée, une histoire au cours de laquelle ce tailleur qu'est le Temps a inscrit en bon greffier tous les modèles possibles et en bon juriste les a inscrits sous des noms variés, le droit colonial échouant sous un autre nom à l'histoire du droit. Le défi alors retombe sur l'historien du droit, écrasé par plusieurs siècles de modèles et de marques, multipliés à l'envi sur des territoires très nombreux, de taille variée, peuplés de « statures » différentes, livrés à l'invasion de ceux qui veulent les habiller, le plus souvent par la force, parfois à leur demande, souvent aussi sans se préoccuper de justifier l'adaptation de la marque…

Le champ est immense de sorte que j'ai aussitôt imaginé un autre sous-titre : « Un pont trop loin »… Qui n'a vu ce film relatant l'opération *Market garden*, tentée en septembre 1944, visant à s'emparer au plus vite de six ponts sur le Rhin et conclue en catastrophe à Arnhem lorsque le faible contingent de parachutistes a été submergé par des forces bien supérieures ? Ce sous-titre m'a semblé pouvoir être pour les historiens du droit un symbole, d'une part parce qu'il illustre bien l'inquiétude qui a pu habiter ceux qui, à compter de la création de l'Université de Dakar, ont progressivement renoncé à enseigner « nos ancêtres les Gaulois » et, en faisant cela, affronter des dimensions les conduisant bien au-delà d'une histoire du droit et des institutions « à la française » (même si celle-ci les avait déjà habitués à la variété des provinces, des statuts, du droit écrit et du droit coutumier, les premières codifications et les difficultés d'une lente unification par l'Etat, etc.,) pour y joindre toute la complexité d'une histoire du droit se situant aux croisements des cultures et d'un héritage pluriséculaire, dont la colonisation n'a été - un temps - qu'un avatar à la recherche de « modèles »… Comment construire alors des enseignements d'histoire du droit et des institutions puisant à ces héritages, assumant leur diversité et, en même temps offrir aux étudiants toutes les ouvertures d'un « passage » leur permettant d'aller jusqu'aux racines des institutions et du droit qui dépassent de loin le droit français comme le droit sénégalais ? Emprunter tous ces « ponts », les disperser en plusieurs enseignements, les faire parcourir par des doctorants invités à leur tour à enseigner leur histoire du droit tout en s'insérant dans une recherche allant bien au-delà des frontières, c'était les pousser à embrasser différentes civilisations et leur chevauchement ainsi qu'à découvrir combien les « modèles » révèlent toutes leurs ambiguïtés et leurs limites.

Car le mot « modèle », qui signifie « une figure destinée à être reproduite » et imitée en raison de sa perfection - un « modèle » lentement façonné - est aisé à saisir lorsqu'il s'agit d'une civilisation ou à une société donnée, partageant une histoire

[8] Compte tenu de l'orientation donnée à mon propos et son caractère très général, je ne donnerai en notes de bas de page que les références les plus ciblées permettant d'illustrer le propos. Sur les modélisations, voir « Approches comparatives et modélisations des administrations coloniales », *Kolonialverwaltung in Afrika zwischen zentraler Politik und lokaler Realität* (Hg. Von Herk Volkmar Heyen, Bernard Durand), Jarhbuch für europäische Verwaltungsgeschichte [JEV], Bd. 18, Baden-Baden, 2006, 1-20.

commune et des traits communs. Concentrés sur un même logement géographique, une même aire culturelle et une même société politique, y compris pour prendre en compte de minuscules groupes, eux-aussi centrés sur eux-mêmes et capables d'ériger en modèles leur raison d'être autant que leur mode de fonctionner, les modèles s'apparentent à ceux qu'auraient créés de « Grands Couturiers ». C'est cela au fond une histoire du droit signalée comme étant celle de « nos ancêtres les Gaulois »[9] et elle a satisfait – à juste titre d'ailleurs - des générations d'historiens du droit qui y ont vu l'émergence de « modèles » utiles : merci aux Romains d'avoir construit les racines du droit, aux Grecs d'avoir livré les bases d'une science politique et à la Monarchie française d'avoir construit l'Etat ! Il ne reste plus alors qu'à dire comment depuis l'esprit des Lumières, la fin de la Monarchie, la Révolution française, les Empires napoléoniens, les différentes Républiques, ont fait avancer les choses…

A ce titre, tous les espaces ont pu, dès l'origine puis au fil des temps, voir émerger des modèles destinés à attribuer une vision rationnelle de l'état des sociétés qui s'y développent, parfois pour suggérer que la solidité de l'organisation politique ou juridique a des ancrages célestes ou telluriques, parfois pour en expliquer le suivi par l'adoption de modèles de comportements. Ces modèles de fondation aident à imaginer les origines en même temps qu'ils aident à comprendre la manière dont ces sociétés se sont construites et « justifiées ». Certaines le font en développant dans leurs mythes de fondation l'action créatrice d'un Dieu et, sous des formes diverses, l'élaboration de règles de comportement « théocentriques », les autres en le faisant précéder par le passage du Chaos à un ordre laborieusement obtenu, d'autres encore en attribuant à un ancêtre le rôle fondateur d'une nature terrestre en harmonie avec le spectacle offert par le cosmos, toutes explications qui cumulent d'ailleurs aussi bien le recours à l'autochtonie, le lien avec la nature, avec les animaux, que celui d'un pouvoir cosmogonique ou théocratique attribué aux dirigeants. Les sages de la Chine très ancienne, quant à eux, ont consacré leur réflexion à la recherche de cet art suprême et conclu que son objet – en tant qu'il tient lieu de physique comme de morale – était d'aménager l'Univers en même temps que la société[10]. En procédant ainsi, ils ont d'abord constaté que la vertu propre du temps était de procéder par révolution – ce qui l'oppose à l'espace – de sorte que toutes les combinaisons ne sont que le symbole ou le fruit d'une interaction particulière de l'espace et du temps, d'une liaison entre eux. En quelque sorte, il s'agit « d'habiller le monde », d'aménager en même temps l'Univers et la Société et d'établir un système de correspondances, de modèles entre les deux, de sorte que les rites, les lois, selon lesquels fonctionne le cosmos seront transposés et imités par la société. Cette approche n'interdit pas à différentes écoles de varier les modèles par des recettes de comportements, d'attitudes : recette de gouvernement chez les politiciens et les légistes, recettes de persuasion chez les sophistes, de bien public et de vertu chez les confucianistes et moïstes, de longue vie et de santé chez les taoïstes, à moins que - pour d'autres

[9] J. Hilaire, « Nos ancêtres les Gaulois », *Annales africaines, faculté de droit et des sciences économiques de Dakar*, Pédone, Paris, 1964, p. 7-77.

[10] Pour ces approches, voir M. Granet, *La civilisation chinoise*, l'évolution de l'Humanité, Albin Michel, 1948 ; V. et D. Elisseef, *La civilisation de la Chine classique*, Arthaud, 1987 ; J. Needham, *Science et civilisation en Chine. Une introduction*, Ph. Picquier, Marseille, 1995.

sociétés – la justification par la seule nature sociale ou la correspondance entre les hommes et les animaux – par le canal du recours au mythe du feu - donnent satisfaction à l'explication du monde existant. Pour toutes les sociétés - des plus étroites aux plus étendues - et par ces correspondances, c'est l'ordre que l'on cherche à justifier et à préserver, aussi bien chez les Kotoko que chez les Mossis, en Egypte ou en Grèce, au point d'ailleurs de faire appel à un « désordre institutionnalisé et ritualisé » pour en convaincre les populations. Cette construction raffinée, peut se révéler dans beaucoup d'autres sociétés sans qu'il soit nécessaire d'imaginer une quelconque filiation, et confirmer les liens de correspondance entre le ciel et l'autorité politique, du Pharaon et le principe divin en Egypte aux pouvoirs cosmogoniques de royautés africaines - reproduisant par un rituel l'ordre du monde - et jusqu'au mandat du ciel reçu par l'Empereur de Chine et le conduisant à organiser ses décisions selon un calendrier minutieux, confié à un organisme. D'où, en retour et quasiment partout, le « retrait » de la reconnaissance lorsque les catastrophes se multiplient et le passage à un autre « roi », une autre dynastie ou à un autre système. Il en va ainsi dans les royautés africaines lorsque les Fêtes « nationales » régulières visent à rappeler le contrat social, permettre dons et contre-dons, marquer les nouvelles hiérarchies et parfois rappeler l'incontournable nécessité de la Royauté, garante de l'ordre[11].

Sans doute, toutes les sociétés n'ont pas vécu des bouleversements les conduisant à repenser leurs fondements[12]. Mais même lorsqu'une première révolution préscientifique vient éclairer d'un jour nouveau le regard porté sur la société en cause, le modèle suggéré n'abandonne pas immédiatement le recours à ces correspondances, l'intelligibilité nouvelle d'un cosmos autrement dévoilé restant la référence au nouvel ordre voulu par la société. Tel est bien le passage qui s'est opéré en Grèce, d'Hésiode à Clisthène, lorsque - sans renoncer tout à fait à Athènes aux mythes du conflit entre Zeus et Prométhée ou à celui d'une Athéna justifiant l'autochtonie des Athéniens – la révolution scientifique du VIème siècle avant JC est venue appuyer le passage à la démocratie et a validé une constitution (512) reproduisant non seulement les lois du système solaire telles que présentées par la théorie mystique des nombres et l'idéal mathématique de Pythagore (540-510) mais également imposant à l'espace politique et au temps politique le rythme décelé dans le cosmos. Cette rupture avec l'esprit religieux – initié avec le développement de l'école de Milet et l'école italique qui visaient à rendre intelligible le monde, à en expliquer l'harmonie – va projeter sur l'organisation politique une rupture

[11] On lira dans Denise Paulme, *La statue du commandeur*, (Paris, 1984), la description de la fête annuelle chez les Nzema de Grand-Bassam, les remontrances adressées au chef, p. 175-192.

[12] Cette expression de permanence, qui prend des formes diverses, se retrouve évidemment dans les règles qui régissent les sociétés et dont la fonction majeure va être « d'enfermer le temps » pour éviter qu'il les remette en cause. A sa manière, le Droit est un des champions de « l'enfermement » du Temps, tant il faut bien assurer un peu de stabilité, mettre en place des « institutions », c'est-à-dire au sens du mot latin *instituere* mettre en place des « choses qui durent » mais aussi l'enfermer dans des règles, des lois, des constitutions, des fictions… et aussi dans des « codifications » auxquelles même les Britanniques ont fini par adhérer dans leurs territoires d'outre-mer ! Mais l'enfermer aussi dans des commémorations, des fêtes nationales, sur la signification desquelles le passé nous éclaire : fête des fous, pour signifier que le temps ne doit pas venir perturber l'ordre établi et qu'il faut renouer le pacte social, ce que les sociétés africaines pratiquent également.

commandée par une sorte de « minéralisation » des institutions. Elle induira une révolution inspirée du cosmos, provoquant une nouvelle année politique divisée en dix mois, un nouvel espace politique obéissant à une rigueur mathématique, de nouvelles institutions elles-aussi marquées par le recours au chiffre et obéissant à l'idéal du cercle par l'Agora ; ce symbole d'égalité entre les citoyens nourrira l'idée que cette double révolution doit éviter d'être remise en cause, là aussi appuyée par l'institution de l'ostracisme qui permet d'écarter toute personne dangereuse pour la cité[13].

Mais qu'on ne s'y trompe pas. Mettre en évidence ces sociétés très connues ne doit pas faire croire que des groupes aux apparences plus modestes n'ont pas, d'identique manière, développé une cosmologie et mythologie toute aussi riche pour expliquer les fondements de leur société. Il en est ainsi chez les Boschimans avec l'observation du ciel qui leur inspire de nommer les planètes et les constellations pour expliquer par des mythes leur position et leur trajectoire et, par des rituels, leur adresser des prières largement dominées par la demande de nourriture[14]. Le rapport aux planètes est vu comme une correspondance entre le ciel - y compris les manifestations telles que la pluie - et les animaux, raconté sous différentes formes. La rationalité implique souvent aussi que l'acte de création a été mis en œuvre par une puissance telle qu'un dieu mais également par un ancêtre qui est situé au cœur même de cette création. L'affirmation d'une « autochtonie » (les hommes et tous les êtres vivants sont sortis de terre et lorsque les hommes, souffrant du froid, firent du feu, les animaux effrayés se sont enfuis, certains sont restés mais de terreur tous perdirent l'usage de la parole (Bushmen du bas Orange). Ces croyances vont commander aux comportements, aux chants, danses, rituels qui reproduisent ces fondements comme autant de garanties d'efficacité : chez les populations des forêts équatoriales (Bakas, Babingas, Bambutis…)[15], la chasse, vue comme une activité de cohésion, projette sur les comportements des références à la nature et impose de s'approprier des forces qui la régissent, ce qui va permettre d'agir sur le monde environnant et d'influencer le cours des évènements. Ainsi tout ce qui vient de la nature (feu, plantes, organes d'animaux…) est chargé de forces et est utile au succès comme à la protection du chasseur. Mais aussi préparation du filet, qui a une personnalité, porte un nom, et doit être préparé près du feu et être associé à diverses plantes et surtout préparer la chasse par une cérémonie (l'*Elumba* chez les Babinga). Et les ethnomusicologues qui étudient minutieusement de nos jours instruments, sons, rythmes, chants et danses des populations des forêts d'Afrique centrale et équatoriale, savent aussi combien ils racontent encore des modèles de fondation et ont en commun celui de faire partie d'une conception générale de l'univers en assumant une fonction symbolique[16].

---

[13] Voir M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Dalloz, 1994 ; P. Levêque et P. Vidal-Naquet, *Clisthène l'Athénien*, Les Belles Lettres, 1964.

[14] Victor Ellenberger, *La fin tragique des Bushmen*, Amiot-Dumont, Paris, 1953 ; Michel Anselme, *Indiens d'Amazonie, Pygmées-Bochimans,* éditions du Rocher, 1991.

[15] Colin Turnbull, *Le peuple de la forêt*, Stock, 1963. Frantz Tille, *Au cœur de la forêt vierge, Avec les pygmées Babinga*, Albin Michel, 1990.

[16] Voir par exemple Sylvie Le Bomin et Jean-Emile Mbot, « Sur les traces de l'histoire des Pygmées du Gabon : résultats de cinq ans de prospection », *Journal des Africanistes*, 82-1/2, 2012, p. 277-318.

Mais l'historien du droit est parfois tenté d'affronter aussi bien « le temps long » que l'histoire de civilisations qui se chevauchent ; persuadé que cet autre regard est nécessaire à la compréhension d'un monde complexe, il fera sien la belle affirmation de Braudel, qui veut que les civilisations ne soient pas seulement un espace, une histoire, une société, mais aussi des économies et des mentalités collectives ainsi que des « gares de marchandises » où l'on embarque et débarque des bagages hétéroclites[17]. Il l'avait déjà affronté avec un Empire romain qui avait opéré des emprunts à d'autres modèles (ou décidé de rejets), modérer son droit classique en droit vulgaire, ou avec un monde grec investissant, avec Alexandre, la Perse et y créant des « villes » de diffusion d'un hellénisme teinté d'universalisme, une aventure reprise lorsque le monde arabe a entamé son expansion, investi une partie du monde grec puis mis en place en Afrique les hégémonies soudanaises aux contours incertains… ou lorsque la « mondialisation », commencée dans la domination des mers et les grandes découvertes, s'est poursuivie dans les entreprises hégémoniques de la colonisation[18]. Il faudra dire alors si ces imposantes civilisations solidement inscrites dans le temps et dans l'espace ont pu inspirer les institutions et le droit d'autres peuples, lorsque les conquêtes sur d'autres sociétés sont venues, à compter du XVIème siècle, poser avec acuité un double défi. Celui d'abord de la difficulté, voire l'impossibilité de plaquer les modèles existant sur des espaces différents, sur des populations aux cultures différentes, elles-aussi façonnées par un temps différent, pour en faire « un monde du milieu » ou « au carrefour de deux mondes » ; celui, ensuite, d'imaginer une variété de marques de domination, de possession, mot désignant l'identification d'un objet par un signe dans le but de le rendre reconnaissable, puis ensuite de s'interroger sur la pertinence de l'imitation de quelques « modèles parachutés » et « consciemment adoptés ». Pour y faire face, chacune des nations concernées a su mettre en avant une ou plusieurs « marques » et prendre le soin d'en proclamer la primauté, tant dans le domaine de l'administration, de la justice, que du droit, autant de modèles affichés qui, bien que souvent contrariés ou corrigés, ont pu donner un temps à l'entreprise coloniale un semblant de logique (I). Mais au vrai, chacun a dû céder du terrain devant les réalités et s'en remettre au pragmatisme des petites mains coloniales : ce sont eux également - juges, administrateurs, commandants et autres - qui ont fait vivre les modèles au gré des territoires en les améliorant d'innovations sous forme de « vêtements sur mesure » (II).

I - Modèles d'affichage et marques de « circonstances »

Il a été beaucoup débattu sur la nature d'un phénomène colonial dessiné en plusieurs vagues. A l'évidence d'abord l'Etat en charge d'un territoire a multiplié en droit interne ces interventions « souveraines », souvent contraignantes et destinées à assurer l'ordre colonial, imposant ainsi, en partie du moins, son propre modèle mais

[17] Fernand Braudel, *Grammaire des Civilisations*, Arthaud – Flammarion, 1987, p. 40-68.
[18] Arnold Toynbee, *L'Histoire*, Bordas, 1985, Les « modèles helléniques et chinois » et « un aperçu des civilisations », p. 69-117. Du même, *La grande aventure de l'humanité*, Elsevier, 1977.

un modèle contrarié, à la fois de l'intérieur et par l'extérieur. Dans ces conditions, les historiens du droit mais également toutes les sciences sociales pourtant largement mobilisées, ont eu quelques problèmes à imaginer et à définir UN modèle capable d'englober le phénomène colonial dans son ensemble et à déceler une unité cachée dans la rencontre entre plusieurs sociétés mises un temps en commun[19]. En revanche, la confrontation entre des sociétés très différentes va imposer à la colonisation d'affronter *a minima* l'investissement du modèle inscrit chez les colonisés par un modèle porté par les colonisateurs ! Cette « écorce projetée », inscrite dans les transferts mis en place, a vite pris acte du besoin d'en reconnaître l'originalité et à rechercher une conciliation ou à faire une synthèse entre des tendances opposées, utilisant les différences et cherchant à les réduire ou à les supprimer. C'est donc sur un champ plus réduit que les modèles peuvent être perçus de manière moins volatile et donc sur un espace précis et sous l'aspect de marques.

A - Des « vêtements de représentation »

Il suffirait de quelques mots pour nier sur les terres coloniales l'application d'un modèle républicain s'identifiant par les mots « liberté, égalité, fraternité »… Ce « pont trop loin » - déjà bâti en excluant la Constitution, en tolérant l'esclavage, en limitant au strict minimum l'accès à la citoyenneté, en réduisant les libertés publiques y compris pour les citoyens venus de France et en réduisant autant que faire se peut l'accès au vote[20] tandis qu'il fait du Président de la République et des gouverneurs des « législateurs » - sera finalement réduit à des slogans de direction administrative, exprimés par quelques grands coloniaux et vite repris par une doctrine en quête de logique : ce sera l'administration directe pour la France, vite édulcorée en association, l'*indirect Rule*, chantée haut et fort par Lugard mais souvent contredite, ou le maintien d'un assujettissement avoué par la Hollande mais qui, passé au crible des réalités, dévoilera vite ses limites. Car ces Empires devaient poser à leurs gouvernants une question insoluble : comment gouverner et administrer « à la mode nationale » des pays si éloignés, si différents par leur taille et leur économie, peuplés de populations disparates, privés en outre, pour certaines d'une implantation démographique forte en provenance de métropole et qui démentent, à chaque expérience, la possibilité d'unifier rationnellement des sociétés aussi différentes les unes des autres qu'elles le sont elles-mêmes de la société nationale, par des « institutions indépendantes des temps et des lieux » ? Il suffit pour cela de puiser dans la diversité des territoires pour y vérifier nombre des contre-exemples. Politiquement, pour le Royaume Uni, certains territoires étaient colonies de la couronne (Kenya et Rhodésie du Nord), protectorats (Ouganda et une partie du

[19] Aborder cette dimension nous entraînerait trop loin sur une « colonialité » susceptible, à la manière du concept de « féodalité », d'englober un « modèle » colonial. Cette réflexion exigerait de longs développements pour évoquer les approches s'inspirant des écoles de sociologie se liant au droit pour expliquer tout à la fois le « flou » du droit, l'origine d'un droit « déconstruit », voire « l'autopoïèse » à la Niklas Luhman.

[20] « Citoyens et Sujets en demande de Justice : Quand la politique s'en mêle ! », *Le Juge et l'Outre-mer, tome 7, le retour d'Orphée*, 2014, p. 145-201.

Kenya), ou encore Condominium (Soudan Anglo-Egyptien et Nouvelles-Hébrides). Administrativement, des nuances subsistaient entre le Kenya et l'Ouganda ou la Sierra Leone (soumis de fait à un gouvernement direct assez semblable à celui de l'Inde avant qu'on y introduise quelques modifications) et le Nigeria, soumis au système de Lugard, ainsi que d'autres pays mais où il fallut parfois créer de toutes pièces des « chefs indigènes ». Quant à l'Inde, les 200 millions d'indiens, au XIXème siècle, ont évidemment fortement marqué les choix du Gouvernement britannique, contraint d'arrêter les quelques principes qui lui permettraient de se maintenir[21] : séparation entre « l'Inde britannique » soumise au gouvernement direct et le pouvoir quasi absolu d'un vice-roi, appuyée par une armée indienne et des fonctionnaires et juges indiens et « les Etats indiens » soumis au gouvernement indirect et le respect absolu des traditions. Bref, un régime évoluant sans cesse, caractérisé par une plasticité qui contribue à équilibrer autorité impériale et autonomie indigène. Les colonies allemandes qui ont été directement placés sous l'autorité de l'Empereur sont dirigés par des Gouverneurs (ou commissaires capitaines comme aux Marshalls) qui disposaient d'un pouvoir exécutif autocratique et de pouvoirs législatifs leur permettant d'appliquer les principes du Gouvernement direct par l'intermédiaire de chefs africains dont ils avaient fait des fonctionnaires. Mais, lorsque c'était nécessaire (dans certaines parties du Cameroun et du Ruanda), ils pratiquaient l'administration indirecte, laissant les chefs traditionnels exercer leurs pouvoirs sous le seul contrôle de résidents[22]. Quant à la France, on peut évacuer les fantasmes savamment entretenus autour d'une politique coloniale qui aurait pris pour but « l'assimilation » ou « l'association », aussi hypocrites l'une que l'autre. Elles ne s'expriment qu'au travers des partis politiques qui les ont portées et qui, parvenus au pouvoir, choisissent la « stabilité » et donc la stagnation. La première est perçue comme « irréalisable » et la deuxième est un paravent commode mais fallacieux à une pratique de « possession » qui n'exclut pas cependant un idéal et ne mérite pas pour cette raison le qualificatif d'assujettissement.

Et si les installations ont ensuite permis à chaque nation de décider de sa « marque » et à multiplier à satiété ses modèles de gouvernement et d'administration inspirés de son corpus constitutionnel, jalousement préservé, un examen attentif permet de souligner quand même que chacune a usé - au gré des territoires et des sociétés rencontrées - des mêmes projections (colonies, protectorats et protectorats coloniaux, condominium, concessions), d'administration (administration directe, indirecte, association...), de projection de gouvernement (commander, éduquer, maintenir l'ordre, mobiliser...), de droit (décrets présidentiels, lois, décrets gouvernementaux, statuts, coutumes, codifications...), d'institutions judiciaires.... Ces affichages ont été sans cesse retravaillés car, il est facile de prendre acte que l'assimilation revendiquée par la France s'est vite évaporée, que l'*Indirect Rule*, qualifiant les colonies britanniques, s'est souvent - faute de chefs - muée en administration directe, que la réticence du jury par la France a été rejointe par des

[21] Même si dès 1833 la « doctrine Macauley » imaginait un transfert de compétences et même si ces transports se sont révélés insuffisants au 20ème siècle.
[22] D. K. Fieldhouse, *Les Empires coloniaux à partir du XVIIIe siècle*, Bordas, 1965, n.8 p. 313.

Anglais eux-aussi optant pour des formes moins libérales, des adaptations que l'on retrouve dans les colonies hollandaises, belges, italiennes ou allemandes, mais rapprochements toujours contredits par tel ou tel territoire investi par un « bricolage empirique »[23]. Cette absence d'uniformité, de principes généraux applicables à toutes les colonies, et la diversité des statuts juridiques comme la grande liberté laissée à chaque colonie, sont tels qu'on a pu écrire « qu'étudier le système colonial anglais, c'est en faire l'étude colonie après colonie »[24].

B - Des « robes » de terrain

Dans ce domaine encore - et si « la République s'exporte » - on peut encore vérifier la confrontation « entre les approches valorisantes et les réalisations plus modestes du terrain ». Du moins, la société judiciaire coloniale présente-t-elle en revanche une unité remarquable, une fois admis que la fonction de juger est confiée à une variété de personnels qui n'appartiennent pas tous au métier de magistrat. Mais une fois accepté que l'on isole ceux qui sont magistrats, le magistrat colonial apparait dans toute son originalité : placé sous l'autorité du gouverneur et du procureur, au même titre que les avocats, les notaires, les huissiers et les greffiers, prêtant serment à la colonie, privé d'inamovibilité, dépendant d'une administration qui ne le considère pas comme « bienvenu » et qu'il juge le maintenir dans une situation humiliante, déplacé très souvent et donc remplacé au pied-levé par des intérimaires, souvent absent de sa juridiction, disposant de pouvoirs variables selon les emplois remplis, le magistrat colonial peine à s'y retrouver dans une législation souvent incomplète et contradictoire. Quant à l'historien du droit, il se perd dans les projets incessants de « réorganisation », alors même que tout reste « sous le sabre du gouverneur » et que le procureur général centralise un pluralisme juridique consacré par l'existence de deux justices, l'une à destination des citoyens, l'autre destinée aux sujets indigènes. Du moins, la jurisprudence offre-t-elle d'innombrables exemples d'une « justice à tout faire », aussi bien employée à intervenir sur des « valeurs de la nuit » (que certains juristes auraient préféré voir s'éteindre sans qu'on les traduise en justice) qu'à réagir « par justice »... au préjudice des textes. Et les projets révèlent-ils des richesses d'imagination – parfois concrétisées – comme ce fut le cas pour les procédures visant à faciliter l'accès aux justiciables en inscrivant simplicité et économie. A cet effet, pas moins de cinq procédures au civil ont-elles fonctionné selon les colonies et selon les tribunaux, celle des justices de paix, celle commerciale, une procédure administrative, s'ajoutant à celle du code de procédure civile et une procédure « sur mémoires » en AEF, mélange de deux procédures connues en France, l'une, d'ailleurs inusitée, prévue dans les articles 93 à 116 du code de procédure civile sous le titre des délibérés et instructions sur écrit mais ordonnée par le juge alors qu'elle est ici à la disposition des parties, l'autre étant employée dans la pratique de la

[23] Jean-François Klein et Claire Laux (dir.), *Les sociétés coloniales à l'âge des Empires, Afrique, Antilles, Asie (années 1850 - années 1950)*, Ellipses, 2012.
[24] Voir Samia El Mechat (dir.), *Les administrations coloniales XIXe-XXe siècles, esquisse d'une histoire comparée*, Presses Universitaires de Rennes, 2009.

métropole quand il s'agit d'affaires compliquées et où les parties rédigent de part et d'autres des mémoires qui n'excluent d'ailleurs pas les plaidoiries. Mais si le souci d'aller vite domine au pénal, il est également accompagné par celui de trouver, dans les différentes colonies, le moyen de mettre en place une procédure pénale que des administrateurs ou des intérimaires peuvent dominer aisément sans risque d'encourir trop de recours, d'où le choix assez largement fait de choisir au pénal la procédure correctionnelle pour ne retenir la procédure criminelle que dans de rares colonies[25]. Quant à la question des jurys – finalement écartés massivement du monde colonial – l'assessorat qui se multiplie pour chaque colonie sonne le glas d'une ambition d'unité[26]. Le traité de droit colonial de Dareste, qui en soulignait l'étonnante complexité, était encore en dessous d'une vérité que nous avions énoncée en quelques traits : « Selon les colonies, le tirage au sort des assesseurs avait lieu pour la session (AOF, AEF, Guyane, Indes, Madagascar, Indochine lorsque les accusés sont indigènes) quel que soit le nombre d'affaires, ou bien avait lieu pour chaque affaire (en Indochine mais seulement lorsque les accusés sont européens, à la Côte des Somalis, Saint-Pierre-et-Miquelon, Océanie, où il n'existe pas d'époque fixée pour les sessions d'assises). Il pouvait être effectué en audience publique (comme en AOF) ou en chambre du conseil (comme en Indochine ou en Océanie) ou indifféremment lorsque les textes ne disaient rien comme à Madagascar, en AEF ou en Nouvelle-Calédonie. Certains décrets prévoyaient le remplacement des assesseurs empêchés, d'autres non (comme à Madagascar où le Président de la cour criminelle tirait au sort le nom d'un autre assesseur) et les condamnations des défaillants variaient selon les colonies. Ici on leur faisait prêter le serment des jurés (Indochine par exemple), là celui des magistrats (comme en Nouvelle-Calédonie depuis 1927), partout on dispensait les assesseurs de garder le secret des délibérations (mais pas les magistrats !) sauf en Nouvelle-Calédonie, et, comme le fait remarquer un auteur, on voit mal pourquoi ici on croyait bon de rappeler qu'ils devaient se décider « avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre » mais qu'en Guyane et aux Indes, « cela n'est pas nécessaire »[27].

Ainsi l'historien du droit se surprend à constater que malgré ces handicaps institutionnels, les magistrats coloniaux ont pu progressivement orienter leurs décisions, faire bouger les lignes d'une jurisprudence et dire un droit finalement pas si « colonial » que cela. Sans doute le doit-il en partie à une Cour de cassation – seule en charge pour toutes les colonies – qui se veut attentive à assurer une unité et une cohérence dans les décisions et attachée par le contrôle des motifs[28] à corriger les scories d'un système qui, sur place, met du temps à digérer les obstacles placés sur sa

[25] Pour de plus abondants détails voir notre article : « A la recherche d'un modèle de procédure pénale aux colonies, pragmatisme et dogmatisme sous la troisième République », in *Cahiers Aixois d'histoire des Droits de l'Outre-mer français*, PU d'Aix-Marseille, n° 2, 2004, p. 160-173.

[26] « Assesseurs ou jurés ? Variations coloniales sur le Code d'instruction criminelle », *in Du compromis au dysfonctionnement : les destinées du Code d'instruction criminelle, 1808-2008*, actes du colloque international, 24 et 25 janvier 2008, Histoire de la justice, 2009, p. 139-159.

[27] M. Ardant, *Les juridictions criminelles dans les colonies françaises*, Thèse droit, Paris, page 261.

[28] « Motivations des décisions de justice et contrôle des motifs – la pratique judiciaire coloniale sous la troisième République », in: *Ratio decidendi, Guiding Principles of judicial Decisions*, W. Hamilton Bryson et Serge Dauchy (dir.), Duncker et Humblot- Berlin, 2006, p. 247-270.

route. Tandis que le Conseil d'Etat cherche à corriger de son côté les abus qui jalonnent un parcours colonial qui sait le plus souvent se faire discret[29]. Mais il le doit aussi à « la place du désordre »[30] qui permet à tel ou tel magistrat de mettre en avant des « préférences » ou de porter des « préjugés » utiles à bousculer des « règles » et à corriger des injustices.

C - Des marques « de naissance »

Comme autant de vêtements griffés, les marques marines ou les accompagnements marins sont contemporains des premiers pas coloniaux, comme autant d'inspirations involontaires ou d'imitations calculées. Les premiers grands navigateurs ont imaginé qu'ils pouvaient par de simples marques (un terme de marine), exprimées par des métaphores, inscrire leur présence sur des territoires entiers absolument inconnus. Cette naïveté a été partagée par toutes les Nations qui en ont usé abondamment selon des formules adaptées à leur propre système de pensée (cérémonies, longitudes et latitudes, désignation des richesses, marques sur des arbres ou élévation d'une croix), imaginant des frontières impossibles à vérifier[31]... S'il est difficile d'en mesurer avec précision l'impact, il reste que dans l'occupation des territoires, dans les premiers choix d'autorités qui ont été faits et dans les installations ponctuelles envisagées entrent pour une part les leçons de la mer. Inspiré tout d'abord par le droit de la guerre, décroché en mer des règles européennes et inspiré par les guerres religieuses usant du *requerimiento*, le monde colonial est pour un temps sous le régime de la force ; il l'est aussi sous celui de la menace, y compris contre les nouveaux arrivés (l'Allemagne, l'Italie) qui doivent prendre des précautions pour toucher terre et s'y établir, voire s'enquérir de la bonne volonté des nations déjà présentes ou user de subterfuges commerciaux pour s'y faire accepter, tel le Portugal prenant mille précautions avant de s'imposer à Sao Tomé, Principe et Guinée Equatoriale ou l'Italie abordant en Somalie. Les nouveaux arrivants restent soumis à la loi du plus fort et à l'obligation de « baisser pavillon », souvenir d'une mer « sans frontières » : « zones d'influence » des puissances maritimes affichées en « eaux territoriales », « portes ouvertes » pour les pêcheries toujours rediscutées, contrôles accompagnant l'interdiction de la traite, délivrance de laissez-passer et détournement vers la Sierra Leone en cas de doute, souverainetés revendiquées mais mises à mal en permanence, espaces contestés. On ne peut donc s'étonner que les Etats qui finissent par s'y imposer ont eu à imaginer des solutions originales, toujours orientées vers la concentration - du moins souhaitée - du pouvoir, la diversité des statuts - commandée par l'incertitude des « temps » et la crainte de devoir « en rabattre » en matière de souveraineté, ce qui ne préserve pas des conflits

---

[29] Sur ces questions, abondamment étudiées, on peut se reporter à *Histoire de la Justice en France du XVIIIe siècle à nos jours*, Ed. Jean-Pierre Royer, Nicolas Derasse, Jean-Pierre Allinne, Bernard Durand et Jean-Paul Jean, PUF, 5e édition 2015, titre deuxième « La République s'exporte : la justice coloniale entre République et Empire », p. 753-833.

[30] Raymond Boudon, *La place du désordre*, Quadrige, Presses Universitaires de France, 1984.

[31] P. Seed, *Ceremonies of possession in Europe's conquest of the new world, 1492-1640*, Cambridge University Press, 2010.

répétés, des frontières incertaines et contestées (avec des questions toujours en suspens), les saisies d'îles plusieurs fois captées et rendues au gré des conflits, une instabilité qui n'est pas sans rappeler « la machine à laver de la mer » ! Il est important, en effet, pour les nations (en guerre ou qui le seront demain) de s'assurer un approvisionnement régulier et sécurisé, autrement dit « autonome » de toutes les matières premières indispensables à une indépendance absolue dans la lutte qu'ils mènent. Il est prudent de surveiller les progrès des marines étrangères, de suivre attentivement les installations des factoreries, de disposer aux bons endroits de dépôts de charbon permettant d'assurer aux navires un approvisionnement certain.

Et sur l'espace terrestre même, le regard des nations concurrentes va se perpétuer. Aux traités d'alliance et de protectorat passés avec des chefs indigènes sont venus s'ajouter les traités conclus avec les autres puissances. Dicté par le fait que les dernières venues dans l'aventure avaient besoin de régler les questions avec les premiers installés, le traité de Berlin et les nombreuses conventions passées avec les autres puissances[32] proclamera la doctrine de l'Hinterland. La colonisation est ici une œuvre diplomatique et le droit international a de fait construit une partie du « phénomène colonial », selon l'expression de Georges Scelle, indépendamment de la position qui est celles de ceux, parmi les internationalistes contemporains, qui ne voient dans le droit colonial qu'une élaboration de droit interne. Or le choix des statuts des territoires (condominium, protectorats coloniaux…), les tracés des frontières sont le fruit de rivalités internationales tout autant que les choix de zones d'influence ou de portes ouvertes dans le domaine économique l'ont été, ouvrant ainsi la prudence de chaque nation allant jusqu'à faire machine arrière sur certains de leurs choix, c'est-à-dire un processus de colonisation « bridé par l'international ».

Et - c'est la troisième inspiration marine - …- du moins partielle - dans la nature de l'autorité confiée à ceux qui ont eu en charge, à l'origine, la direction des territoires coloniaux. Le souvenir des mers va se retrouver dans l'autorité reconnue aux dirigeants parce que les conquêtes gardent longtemps le souvenir de la nécessité d'une autorité absolue, identique à celle d'un capitaine de navire et surtout une justice de « bâtiments de mer », largement confiée à « des seconds » ! Une autorité également remise un temps entre les mains des Compagnies de colonisation - en raison des exigences d'un commerce largement dominé par elles ; « outils d'envahissement et de première mise en valeur des contrées inorganisées » (Leroy-Beaulieu) - enterrées ensuite pour la France - les « compagnies souveraines » prospèreront pour d'autres pays. L'Angleterre ne lésina pas, délivrant des Chartes sur le modèle de l'Ancien Régime qui confiaient à ces sociétés commerciales des « droits souverains », tels qu'établir des impôts, gouverner, administrer, édicter des lois, rendre la justice, passer des traités… La Couronne se gardait bien d'ailleurs d'intervenir, comme elle en avait le droit, que ce soit pour nommer des juges ou contrôler le budget, n'oubliant pas, jusque dans les clauses elles-mêmes, de prévoir

[32] Ainsi, par exemple, la convention anglo-allemande qui fixe la délimitation des sphères d'influence en Afrique du 1 juillet 1890 (*Drucksachen des Reichstages*, 1890, n. 166) ou celles conclues pour la Nouvelle-Guinée et les mers du sud en juillet 1886.

que l'interprétation de la charte doit l'être « dans le sens le plus libéral et le plus favorable aux intérêts de la Compagnie ».

D - Des marques « en héritage »

L'inspiration des institutions de l'ancien régime a fait longtemps parler pour les colonies « d'un Ancien Régime après l'Ancien Régime »[33]. Outre le lent travail de regroupement d'ethnies en un seul futur Etat – une approche qui évoque l'action monarchique revendiquant ses « naturels » -, cette inspiration se révèle dans l'autorité confiée à des gouverneurs, aux droits de police perpétués dans l'indigénat, à l'inscription des pas géométriques, à la simplification de la procédure et bien sûr à la reconnaissance des coutumes, adaptées si besoin aux conditions nouvelles dans la plupart des domaines du droit et de l'organisation diverse des justices en vigueur dans les métropoles ! Cette approche n'est pas d'ailleurs seulement une marque mais sans doute un « modèle » conforme à un « pluralisme juridique » [34] déjà très marqué en France au sein des provinces frontières et qui a survécu au sein des Etats indépendants en dehors cette fois de toute idée de domination. Un travail récent[35] a mis l'accent sur « l'hybridité juridique » au sein des Etats européens de 1600 à 1900 : Suède, Valence, Catalogne… Une complexité lentement « appropriée » par les Etats. Or, dans les colonies, « lieux d'un pluralisme à géométrie variable »[36], le droit propre du colonisé (codifications, tribunaux coutumiers, tribunaux musulmans) impose des choix et des passages, qui rappellent également ce souvenir d'Ancien Régime qu'est le droit circonstanciel, un droit entre les mains des juges et de leur « pouvoir d'arbitrer » avant que l'Etat ne s'en empare !

Autrement dit, à la différence des métropoles, ici le « droit n'est pas enfermé », ni la Constitution, ni le législateur, ni le juge ne viennent en paralyser la « fuite » : « En fait », écrivait Hubert Deschamps dans son *Histoire générale de l'Afrique noire*, « la doctrine, dans les années de la plénitude coloniale, est morte »[37]. Et cette absence d'apriorisme était professé par Delafosse qui évoquait l'adaptation aux circonstances destinée à trouver un équilibre à ces contradictions, un droit circonstanciel en charge d'adaptation permanente… ou, pourquoi pas, la mise en œuvre inconsciente de la théorie du chaos, parfaitement adaptée au « désordre colonial » pour en minimiser les inconvénients.

---

[33] « Modèles et Précédents de la justice coloniale », *rapport intermédiaire au GIP*, Mission de Recherche Droit, 2005, 68 pages.

[34] Jean-Philippe Bras, « Introduction », *in Faire l'histoire du droit colonial, op. cit.*, p.22. « Robinson et Vendredi : du bon usage du pluralisme juridique », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, 2011/2, p. 79-92.

[35] Sean Patrick Donlan and Dirk Heirbaut (Ed.), *The Law's Many Bodies, Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c1600-1900*, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Duncker & Humblot. Berlin, 2015, 269 pages.

[36] *Faire l'histoire du droit colonial, op. cit.*, Ph. Bras, « Introduction », p. 19.

[37] Hubert Deschamps, *Histoire générale de l'Afrique noire de 1800 à nos jours*, tome 2, PUF, Paris, 1971, p. 381.

II - Des « vêtements sur mesure » : Les « petites mains » coloniales ?

Sur place, les « acteurs » ont fait la démonstration de l'éloge des incertitudes : lois contradictoires, absence d'unité législative entre les territoires y compris sur de simples questions de procédure, promulgations contrôlées, pouvoirs variables, initiatives locales, souvent commandées par les évènements, les ont portés à innover. Très tôt, les responsables locaux ont même su dire combien les outils utilisés ou les orientations prises étaient contraires aux buts visés, selon la belle phrase en vigueur dans l'Empire espagnol pour dire aux gouvernants que leurs ordres ne seraient pas suivis : *obedezco pero no cumplo* ! Je suis votre serviteur mais je ne ferai pas ce que vous me demandez… une antienne formulée ensuite dans toutes les colonies, d'un officier allemand qui affirme que « cela ne se fera pas » à un administrateur britannique qui expliquera que « pour décider de quelque chose en Inde, il vaut mieux y avoir été », résistances individuelles qui se vérifient aisément lorsqu'on étudie la non application des textes législatifs. Par leur formation même, les *districts officers*, recrutés en tant que meneurs d'hommes, en bénéficient largement…

Tout en critiquant les mesures exigées dans leur territoire, les administrateurs français ne manquent pas de louer les solutions adoptées dans les colonies voisines. Déjà en 1911, le Ministère des colonies français prônait en son sein la création d'un « bureau de la colonisation comparée », persuadé qu'il était de l'importance d'ouvrir quelques fenêtres sur les choix des autres pays dans ce domaine et convaincu par la nécessité, pour un pays qui colonise, de conduire « une politique » en gardant un regard sur les « politiques » menées par ses « concurrents »[38]. Et, à la même époque, un auteur français bien inspiré cherchait à inviter les pratiques anglaises ou hollandaises à la table de réflexion sur l'administration coloniale française[39]. Henri Labouret, professeur à l'Ecole coloniale, affirmait avec force en 1930 : « La science coloniale est faite de comparaisons »[40]… ce que confirme malicieusement une thèse soutenue en 1999 à Grenoble qui rappelait la controverse franco-britannique entre quatre personnes ayant activement participé entre 1930 et 1950 à la formation des administrateurs et cherché à développer une science administrative ou politique des colonies. Comparant la nature et les différences entre systèmes français et anglais d'administration coloniale en Afrique tropicale, l'auteur soulignait que les spécialistes anglais y voyaient beaucoup de différences et les Français beaucoup de ressemblances…

Bien loin de n'être que « caprices », les mesures prises sont souvent jugées plus que pertinentes. Ainsi de ces travaux récents qui ont mis l'accent sur ces transferts d'expériences en matière économique et en particulier en droit commercial ou en droit maritime, les compagnies internationales introduisant de nouvelles pratiques au gré de leurs besoins, imitées par leurs concurrentes tandis que les stratégies locales ont accru l'autonomie de certaines régions, conduites lors des

[38] Centre des Archives d'Outre-mer (CAOM), Fonds ministériel, Affaires politiques (61), 2516 ; 10.
[39] Voir les articles de Joseph Chailley-Bert, infatigable promoteur de l'aiguillon comparatif.
[40] « A la recherche d'une politique coloniale », in *Le monde colonial illustré*, n. 82, juin 1930, page 133.

transferts de colonies entre nations à abandonner des pans entiers du droit des nations dépossédées (Québec, Louisiane, Ceylan, le Cap, Guyana, etc.)… ou à revenir vers une innovation en provenance de ces nations. Bref une tentation habituelle de s'inspirer des politiques observées sur des colonies étrangères voisines dans de nombreux domaines, mais aussi de plonger dans l'exercice de l'expérimentation rationnelle, une stratégie observable partout, aussi bien dans le sens de colonie à colonie que dans le sens de colonie à… métropole ou inversement. En 1991, les juristes français, par la voix de Roland Drago, s'interrogeaient sur l'intérêt à étudier « le laboratoire » que fut pour l'administration métropolitaine l'administration coloniale, en comparant régimes législatifs et déconcentration des compétences de l'une avec les réformes récentes de l'autre[41].

De même, les relations entre anthropologues et juristes se sont renforcées pour dépasser les simples enseignements au sein des Universités ou des écoles coloniales et déboucher sur une anthropologie sociale de terrain. Déjà, certains travaux émanant des administrateurs, l'étonnant foisonnement de notes diverses rédigées pour la recension d'un procès qui inondent les revues d'observations sur la pertinence d'une décision, avaient montré que les anthropologues avaient atteint l'un de leurs buts en persuadant les acteurs de la colonisation que toute mesure à appliquer doit être passée aux cribles de ses effets. Mais, dans le but d'une plus grande efficacité, il a été laissé parfois à la décision d'une autorité coloniale le choix d'embaucher un ou plusieurs anthropologues, afin de percevoir les changements en cours, des changements occasionnés par les échanges, les diffusions, tout ce qui a été transformé par les techniques, les institutions, les pratiques en vigueur dans le système colonial et qui a généré des avancées ou au contraire des reculs ou des retours à d'anciennes traditions. Et malgré, quelques réticences, Evans Pritchard n'en soutenait pas moins cette proposition de créer de postes d'anthropologie dans l'administration coloniale. Il y voyait l'intérêt pour tout fonctionnaire colonial, sans même considérer la question d'utiliser ces connaissances pour résoudre un problème pratique, de s'intéresser à la vie « sociale » des territoires dans lesquels il est en poste et de les « administrer sans doute beaucoup plus équitablement et efficacement »[42]. C'est là, pour des administrateurs, tout l'intérêt d'une recherche « fonctionnaliste »[43] qui peut leur permettre d'orienter les mécanismes de travail et de productivité économique ou encore, de façon plus générale de leur faire choisir une ligne d'action dans le domaine politique et juridique[44]. Et cela même si les

[41] In *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 83-92. Voir également les articles publiés dans l'ouvrage sur *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, La documentation française, Paris, 2004, dont notre article : « Migration et expérimentation : l'exemple colonial français », pp. 135-155.
[42] E.E. Evans Pritchard, *Anthropologie sociale*, Petite Bibliothèque Payot, 1969, p. 147 et 151.
[43] Roger Bastide, *Anthropologie appliquée*, Petite bibliothèque Payot, n° 183, 1971, p. 27
[44] D'utilisation délicate, certaines théories ont été démenties par les populations. Ainsi des travaux prestigieux d'Henry Maine portant sur l'identification d'un modèle patriarcal et ses applications en droit successoral, adoptées quelque temps en Inde, au grand dam des populations venant protester et démontrer que ce n'était en rien leurs usages, ou au Vietnam, en droit de la famille pour lequel on a cru « moderne » d'appliquer le code de Gia-Long, vanté par les historiens, alors que les populations continuaient à vivre au rythme du Code des Lê, plus ancien mais toujours en vigueur chez elles.

relations entre décideurs et anthropologues n'ont pas toujours été idylliques et même parfois franchement teintées d'hostilité[45]ou que certaines conclusions se sont révélées socialement négatives, dysfonctionnements qui n'entament en rien le rôle essentiel joué par une anthropologie qui est venue en aide aux interrogations que se posaient juges et administrateurs.

Conclusion

La première guerre mondiale avait fait trembler en profondeur, sans encore la détruire, la « marque » coloniale. Si la possession des ports coloniaux et les populations coloniales y avaient joué un rôle important, les interventions du président Wilson avaient mis en avant, lors de la fin des colonies allemandes, la priorité du mandat. Cette projection des mandats, l'idée conjointe de désintéressement et d'encadrement, avait nourri la pensée de Georges Scelle, en 1932. S'il voyait encore quelques justifications à la colonisation, il la voulait corrigée par la « fin de l'exclusivisme colonial » et même par un mode de gouvernance confié à une structure supra nationale[46] et donc l'invasion d'un « international » en charge de miner en profondeur le système colonial. Mais il faudra encore bien du temps et beaucoup de déraisons pour que le modèle de la raison l'emporte, malgré les avancées en faveur des droits de l'homme, du self-Government, de la *paramountcy*, du *trusteeship* et autres ambitions « d'éthicité », autant de « modèles de changements », finalement surplombés par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, une deuxième guerre mondiale et des guerres de libération, démontrant ainsi le rôle majeur laissé à l'international et l'incapacité des Etats à repenser leurs modèles !

C'est que les différentes nations ont été incapables, sur l'Afrique comme pour l'Asie, de prendre pour cible le devenir des colonies et leur sort futur et de dégager une politique coloniale prospective et continue vers l'indépendance… Cette « absence », expliquée en partie par un contexte international de compétitions aurait été appuyée, sur le terrain, par une action administrative pragmatique de maintien et donc, en quelque sorte, la « démission du politique devant l'administratif ». Les politiques se sont révélés incapables de prendre la mesure d'un monde devenu celui « du temps de la vitesse et des espaces » [47], laissant entre les mains d'une succession de ministres (100 sous la troisième République) incapables de sortir de l'ambiguïté[48], le soin de gérer un Empire. Ils ont été portés par une opinion publique qui se signale selon les époques par un désintérêt ou un engagement qui lui fait

---

[45] M.J. Herskovits, *Les bases de l'anthropologie culturelle*, Petite bibliothèque Payot, n° 106, 1967, p. 318.

[46] Anna-Thida Norodom, « Les internationalistes et la difficile appréhension du 'phénomène colonial' », *Faire l'histoire du droit colonial, op. cit.*, p. 203-221.

[47] Voir sur ces questions notre article « Les colonies et l'économie des dictatures : expérimentation et projections », in *Die Andere Seite des Wirtschaftsrechts, Steuerung in den Diktaturen des 20. Jahrhunderts*, Frankfurt, 2006, pages 143-178. Également, « Migration et expérimentation en droit : l'exemple 'colonial' français », in *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, La documentation française, 2004, pages 135-153.

[48] Gilberte Lang, *Albert Sarraut, Ministre des colonies*, Thèse de troisième cycle dactyl., Université de Bordeaux I, 1983, p. 8.

réclamer, poussée par tel ou tel groupe de pression, telle politique ou telle autre. « Administrées mais non gouvernées », les colonies ont été en l'état d'une « dentelle » constamment retravaillée par des petites mains[49] en vue d'améliorer la « tenue » ! L'Administration, qui vit au jour le jour la dialectique coloniale, a cherché un équilibre entre les prétentions des féodalités économiques et sa volonté de direction d'une mise en valeur économique, entre la mise au pas des autorités traditionnelles et les besoins à chaque instant de s'appuyer sur les chefs locaux, entre surveillance des cultes et impossibilité de se passer du clergé colonial comme des marabouts, entre ordre public colonial et respect des coutumes, entre diffusion d'un droit d'inspiration française et nécessité de ne pas heurter les coutumes d'inspiration musulmane, entre justice française et justice indigène, entre interventions des autres ministères et demandes qui leur sont faites, entre gestion interne des colonies et réactivité à l'égard des évènements extérieurs qui s'invitent à la réflexion, dont les révoltes internes et les tensions internationales ne sont pas les moindres.

En revanche, ce déficit ne doit pas occulter pour un historien du droit le fait que les mouvements perçus semblent obéir, bien des années avant les indépendances, à une direction qui implique le droit proprement dit et la manière de le dire. Il y aurait donc une stratégie de présence visant à substituer progressivement à la force la conversion ou l'adhésion d'une partie de la population aux traits les plus marquants des institutions et du droit, en quelque sorte de convaincre les populations d'adopter quelques caractéristiques de l'habillage[50]. Ainsi de cette progression des textes et des décisions de justices qui, mises bout à bout, assument des transformations en profondeur révélant ici ou là des rapprochements avec le droit métropolitain : accroissement des garanties du droit, reconnaissance des droits coutumiers mais « remodelés », révision de la contrainte par corps, renonciation progressive à l'indigénat, diminution des prétentions domaniales, abandon de la séparation des églises et de l'Etat, nouvelle politique foncière indigène, attention portée aux motivations, protection accrue en Conseil d'Etat pour les justiciables coloniaux, sanctions dirigées contre l'administration, etc. Ainsi, sous sa dimension de « mathématique appliquée » et le rôle que joue le droit dans tous les domaines, domine cette volonté de chaque nation d'en « gélifier » l'essentiel en « modèle » et d'en transmettre les principes aux futurs Etats. La recherche dans ce domaine montre que l'enjeu en est majeur car il garantit, lors des successions d'Etats, le maintien de valeurs partagées tout autant que le suivi en commun de législations et de règles. Cela ne saurait surprendre l'historien du droit. Bien plus tôt dans le temps, lors des transferts de territoires colonisées d'une nation à une autre au début du XIXème siècle, les justiciables avaient vu dans le maintien de « l'ancien droit » un avantage de sécurité (Québec, la Guyana, Sainte-Lucie, Maurice, Ceylan et autres colonies hollandaises)[51].

---

[49] Olivier Colombani, *Mémoires coloniales, La fin de l'Empire français d'Afrique vue par les administrateurs coloniaux*, La découverte, Paris, 1991, p.16.

[50] « Partir ou/et rester ? » in *Le Juge et l'Outre-mer*, tome 7, « Le retour d'Orphée », 2014, p. 15-105.

[51] Le Mexique, qui avait nié, par anticolonialisme, son héritage hispanique et une large partie de son histoire de Nouvelle-Espagne, pour s'identifier comme « américain », voire ensuite « indigéniste »,

Un partage se produira ainsi au sein des Etats devenus indépendants entre les revendications anciennes et les conversions nouvelles. La modernité a eu ses exigences pour le Sénégal aussi. D'une part, en effet, les revendications en faveur du respect des coutumes et des chefs coutumiers seront ensuite délaissés au bénéfice d'une modernisation toute opposée consistant à les supprimer dès l'indépendance acquise, ce qui ne signifie pas qu'au quotidien et au sein des populations les références au passé ne continuent pas à s'exprimer juridiquement et sous forme de « droits populaires »[52] ; et d'autre part, cette « mue » est avouée par ceux-là même qui découvrent « oubliées manifestations, spéculations doctrinales, prises de positions politiques » et « redeviennent corps et âme » les étudiants en droit qu'ils étaient et l'apprentissage d'un métier qui les absorbe totalement dans un monde qui les fascine[53], même si, là encore, s'imbriquent chez eux comportements modernistes et pluralistes. Cette mue se révèle collectivement dans le statut des magistrats, dans la façon d'exprimer le droit et dans les jurisprudences élaborées, dans l'adoption des symboles, telles que les audiences solennelles de rentrée et port de la robe, entérinées par les jeunes Etats « qui y trouvent sans doute une forme de légitimité républicaine » et un appui à la pérennité[54]. Sur bien des points, l'indépendance a été – comme pour beaucoup de pays nouvellement indépendants – celle d'une « sculpture à la cire perdue »[55], non pas seulement parce que l'ancien colonisateur qui l'accompagne y voit un intérêt[56] mais parce que le nouvel Etat tire de cette continuité – même en « image » - stabilité et reconnaissance internationale en même temps que toute latitude pour mettre en place ses institutions politiques, faire évoluer sa constitution, repenser l'autorité judiciaire en pouvoir judiciaire, instaurer puis supprimer sa Cour Suprême, régler les rivalités d'ambitions, assurer ses équilibres.

A chaque nouvel Etat, ensuite, de se réapproprier les initiatives et de reconfigurer le modèle à sa guise. Tel est le cas pour le Sénégal décidant de codifier le statut personnel, de choisir la laïcité et de ne pas reconnaitre de distinctions de religion, de sexe ou de caste, non sans s'attirer localement reproches ou promesses

---

s'est progressivement « re-castillanisé » pour remettre à l'honneur son « expérience ibéro-américaine de la diversité dans l'unité ». Voir Héctor Aguilar Camin, Nexos, 25 mars 2019, *Courrier international*, n° 1484 du 11 au 17 avril 2019, p. 44-45

[52] Norbert Rouland, *Aux confins du droit, Anthropologie juridique de la modernité*, Editions Odile Jacob, 1991, voir les pages 143 et ss, « Les droits cachés », et p. 197 et ss. « Droit fantôme et flou du droit ».

[53] Ousmane Camara, *Mémoires d'un juge africain, Itinéraire d'un homme libre*, Karthala – Crepos, 2010, p. 69.

[54] Nada Auzary-Schmaltz, *La magistrature coloniale, Faire l'histoire du droit colonial* (dir. Jean-Philippe Bras), IISMM – Karthala, 2015, p. 155.

[55] Jean Fremigacci, Daniel Lefeuvre, Marc Michel dir., *Démontage d'Empires*, Riveneuve éditions, 2012.

[56] Si depuis les indépendances, les juristes ont pu vérifier au sein de la société sénégalaise, ce qui a été retenu, rejeté, complété par des emprunts, d'un droit inspiré en partie du système français, ils ont pu également souligner pourquoi, encore pour quelques temps, quelque secteurs vitaux (les renseignements, la surveillance du territoire, l'espace aérien et les frontières, le réseau administratif de communications) sont restés entre les mains d'autorités françaises tandis que d'autres (l'Université, par exemple, qui accueille alors beaucoup d'étudiants venant de la sous-région) voulaient une « coopération » en appui progressif de sénégalisation !

d'irrespect[57]. Il reste évidemment que reste posé aux juristes et politologues sénégalais la question de savoir quel « modèle » en définitive est sous-jacent à leurs institutions et à leurs droits et de prendre la mesure des choix, aussi bien ceux qui attestent des progrès de la scolarisation que les orientations assumées sur le respect du pluralisme tout autant que les orientations économiques ou politiques assumées et critiquées[58]. Parions pourtant que, pour un historien du droit, anciens colonisateurs et colonisés découvriraient avoir en commun des modèles dépassant de très loin dans le temps la seule époque de leur rencontre.

[57] Tel avait été aussi le cas du Maroc qui a assuré la continuité entre la Cour de cassation française et sa Cour suprême, conservé les garanties des droits de la défense, la valeur du consentement, le droit de la responsabilité, le contrôle des abus de l'administration, voire enrichi cette continuité sur d'autres points. Mais cela a été aussi le cas d'un Vietnam qui, après quelques années de refus absolu, est revenu lentement à des références juridiques inspirées par l'ancien colonisateur. Voir les articles dans *Continuités ou ruptures, Cour de cassation en France, Cour suprême au Maroc* (dir. Bernard Durand et Martine Fabre), Centre d'histoire judiciaire éditeur, Lille, 2010 ; « Code civil français et législation des pays d'Afrique du Nord, entre œuvre juridique et constitution civile », *in La présence du code civil dans le monde arabe, Bicentenaire du code civil,* Rabat, 2004, pages 87-102. Voir également *Histoire de la codification juridique au Vietnam* (textes réunis par Bernard Durand, Philippe Langlet, ChanhTam Nguyen), Faculté de Droit, Montpellier, 2001, 396 pages.

[58] Voir par exemple les pages consacrées à « Cinquante ans d'indépendance et de crise politique », Abdoul Aziz Diop, « Le modèle sénégalais menacé par une régression dynastique » et Tom Amadou Seck, « Seule l'éducation résiste », *Le Monde diplomatique*, mai 2010, p. 16-17.

Blaise Alfred Ngando, Professeur Agrégé d'histoire du droit, Directeur du Centre des Ressources Documentaires, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé 2 – Soa

Le modèle républicain a-t-il un avenir en Afrique ?

Le mot « République »[59] est devenu familier en Afrique, omniprésent dans le lexique politique et juridique, accessible à la compréhension du plus modeste citoyen[60]. Il provient du latin *res publica* qui signifie « chose publique », en opposition au *regnum* qui veut dire la « chose du roi ». A Rome, en 509 avant Jésus Christ, la République remplaça la Monarchie, et désormais, le *populus* (ensemble de la population) fut appelé à jouer le rôle anciennement dévolu au roi, devenant ainsi la source autonome du pouvoir politique[61].

I - Genèse du modèle républicain en Occident

Mais, à l'origine, le terme « République » n'est pas nécessairement synonyme de « Démocratie »[62]. « *La République* »[63] (*Politeia*) de Platon idéalise un Etat stable, doté d'une Constitution et de règles, et respectueux de la philosophie. Mais le disciple de Socrate se méfie de la Démocratie, régime de l'incertitude, qui ne lui paraît pas apporter des garanties suffisantes. C'est dans « *la Politique* »[64] *(Politikie)* d'Aristote que le concept de « République » est pour la première fois à peu près précisé et défini. Son constat est qu'il faut reconnaître une spécificité du pouvoir politique, qui ne peut être confondu avec le pouvoir royal ou celui qui s'exerce au sein de la famille et à l'égard des esclaves. D'après le Stagirite, le pouvoir proprement politique s'exerce par la Démocratie, un « *gouvernement d'hommes libres et égaux* » où chacun peut un jour recevoir la charge de gouverner. « *De la République* »[65] de Cicéron fera de la « cité » un espace finalisé où la chose politique est inscrite non seulement comme centre mais aussi comme point de départ de la philosophie. « *Si le peuple conserve son droit (...),* écrit-il, *c'est là le seul Etat qu'on puise justement appeler république, c'est-à-dire la chose du peuple* »[66]. Après une éclipse, l'idée républicaine trouve d'abord une reformulation chrétienne chez Saint Augustin (354-430) puis chez saint Thomas d'Acquin (1227-1274), avant de réapparaitre sous la plume de Marsile de

---

[59] Tenzer Nicolas, *La République*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1993.
[60] Badie Bertrand, *L'Etat importé - Essai sur l'occidentalisation de l'ordre poitique*, Paris, Fayard, 1992.
[61] Clerici André et Olivesi Antoine, *La République romaine*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1965.
[62] Gaudemet Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, 7ème édition, Paris, Montchrestien, 2002 ; Humbert Michel, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 6ème édition, Paris, Dalloz, 1997.
[63] Platon, *La République*, traduction Robert Bacou, Paris, collection GF, Flammarion, 1966.
[64] Aristote, *la Politique*, traduction J. Tricot, Paris, Vrin, 1970.
[65] Cicéron, *De la République*, traduction Ch. Appuhn, Paris, GF-Flammarion, 1988.
[66] *Ibid.*

Padoue (« *Le Défenseur de la paix* », 1324), et par la suite dans le contexte de la *Renaissance* chez des auteurs comme Nicolas Machiavel (« *Discours sur la première décade de Tite-Live* », 1531). En 1576, le terme « République » est curieusement employé en France par Jean Bodin dans le contexte de l'Ancien Régime. Son ouvrage, « *Les six livres de la République* »[67], décrit les principes symboliques et l'organisation juridique de la Monarchie française. « La République, écrit-il, est le droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine »[68]. En 1748, dans « *L'esprit des lois* »[69], Montesquieu considère le gouvernement républicain comme « *celui où le peuple en corps, ou seulement une partie du peuple, a la souveraine puissance* »[70]. Au cours du même XVIIIème siècle, Jean-Jacques Rousseau, dans son ouvrage « *Du contrat social* »[71] (1762), définit la « République » comme « tout État régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être ; car alors seulement l'intérêt public gouverne et la chose publique est quelque chose. Tout gouvernement légitime est républicain»[72]. Le terme « République » est donc ici synonyme de « gouvernement », de « bonne gouvernance ». Plusieurs courtisans du XVIIIème siècle écrivent des poèmes où ils louent la « bonne gestion » par Louis XIV de la « République »[73]. « République » prend alors le sens de communauté d'esprit ou d'idée, dans le sens d'une recherche du bien commun. Au moment de la Révolution française[74], en référence à la « République romaine » qui s'est établie à la suite de la Monarchie, le régime politique qui fait suite à l'Ancien Régime est baptisé « République » en référence à l'idéal de gouvernement romain[75]. Le 21 septembre 1792, en conséquence de la proclamation de l'abolition de la royauté, la Première République française est déclarée. Par la suite, en langue française, le mot « République » s'est confondu avec le mot « Démocratie » par opposition au despotisme et à la Monarchie. Ce qui fera dire à Michel-Henry Fabre que « la République est un système politique dans lequel la propriété de l'Etat appartient au peuple »[76]. Maurice Agulhon dira pour sa part que la République est « un système sans roi, ni dictateur, un Etat de droit, une démocratie libérale »[77], c'est-à-dire finalement « un régime politique dans lequel la fonction de chef d'Etat n'est ni héréditaire, ni viagère »[78]. En clair, dans une République, il y a séparation entre la sphère privée et la sphère publique ; le chef de l'Exécutif n'a aucun droit de propriété sur les biens de la cité qui appartiennent au peuple souverain. Dans une Monarchie, le roi exerce une autorité personnelle sur ses sujets, et dirige son

---

[67] Bodin Jean, *Les six livres de la République : 1576*, 6 volumes, Paris, Fayard, 1986.
[68] *Ibid.*
[69] Montesquieu (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois* (édition R. Derathé), Paris, Garnier, 1973.
[70] *Ibid.*
[71] Rousseau Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, GF-Flammarion, 1971.
[72] *Ibid.*
[73] On trouve chez Blaise Pascal le concept de « République chrétienne » (*Pensées*, liv. XXIV, 15) que reprennent Voltaire ou Rousseau dans leurs écrits. On voit encore apparaître celui de « République des Lettres » comme chez Montesquieu (*Lettres persanes*, CXLII 6).
[74] Méthivier Hubert, *La fin de l'Ancien régime*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1970.
[75] Leca Antoine, *La genèse du droit*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998.
[76] Cité, Duhamel Olivier- Mény Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 924.
[77] Cité, *Ibid.*, p. 923.
[78] *Ibid.*

royaume comme s'il s'agissait de sa possession, tandis que dans une République, le gouvernement est en principe la chose publique (*res publica*), aux mains de l'ensemble des citoyens.

II - L'extension du modèle républicain en Afrique

Apparue en Europe occidentale en réaction contre la Monarchie, la « République » va progressivement se mondialiser en même temps que le concept d'Etat devenu à l'échelle planétaire la figure imposée de l'organisation politique. C'est ainsi qu'en accédant à la souveraineté internationale, la quasi-totalité des Etats africains se proclamèrent « République ». Les institutions mises en place étaient une reproduction de celles des pays européens qui les avaient colonisés[79]. Les Etats d'Afrique entendaient ainsi promouvoir les principes d'un gouvernement qui ne soit pas de droit divin. C'est pourquoi l'idée du « peuple » a été constitutionalisée comme seule source de la légitimité. Pour marquer une attention à la volonté populaire, le mot « peuple » est surabondant dans les lois fondamentales africaines, tout comme l'idée démocratique y est consacrée[80]. Avec la chute du « *mur de Berlin* » en 1989, le modèle de la démocratie libérale[81] héritée des révolutions américaine et française s'est théoriquement étendu en Afrique. Ce modèle suppose d'une part que la source de tout pouvoir, le fondement de toute autorité réside dans la collectivité des citoyens, et d'autre part que le peuple n'a pas de responsabilité directe dans la gestion des affaires publiques. Du fait de la généralisation du suffrage et de l'éligibilité, chaque citoyen a la possibilité, non seulement de participer en tant qu'électeur, à l'élection des gouvernants, mais encore d'accéder, en tant qu'élu, à l'exercice des responsabilités politiques. La logique du gouvernement représentatif est toutefois infléchie et complétée dans plusieurs pays d'Afrique par des éléments de démocratie directe (référendum), destinés à en corriger les abus et à combler la distance qui risque de se creuser entre gouvernants et gouvernés. Cette consécration de l'idée démocratique dans les « Républiques » d'Afrique induit l'idée que les fonctions publiques ne sont pas héréditaires et que le pouvoir peut être remis en cause à tout moment par le biais des élections. A cet égard, des transitions démocratiques[82] se sont opérées ces dernières années dans plusieurs Républiques du continent, sous le regard ou la pression de la « communauté internationale ».

---

[79] « On recopia les constitutions, les organisations administratives, juridiques, législatives et militaires de l'un ou l'autre pays » (Eboussi Boulaga Fabien, *Les Conférences nationales en Afrique noire*, Paris, Khartala, 1993, p. 96).

[80] Cabanis André et Martin Michel Louis, *Le constitutionalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Publications de l'Institut universitaire André Rycmans, Bruylant – Académia, 2010.

[81] Burdeau Georges, *La démocratie*, Paris, Editions du seuil, 1956. Lire aussi, Dockès Emmanuel, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, 2005. Kelsen Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004.

[82] Lire le Blog du journaliste Régis Marzin : article du 18 décembre 2016 « *Démocraties et dictatures en Afrique : bilan 2016 et perspectives 2017, Après 2016, l'année des coups d'Etats électoraux, 2017 l'année de la gestion des crises électorales ?* » (https://regardexcentrique.wordpress.com/2016/12/18/democraties-et-dictatures-en-afrique-bilan-2016-et-perspectives-2017/).

En vue de consolider leurs démocraties, les Républiques d'Afrique ont, au delà de l'alternance politique, aménagé des cadres institutionnels pour mieux affirmer, assurer et protéger les libertés des citoyens. Cette réglementation des libertés présente un double aspect : d'une part, elle a pour effet de limiter les libertés publiques, de conditionner leur exercice au nom de l'ordre public. D'autre part, elle les protège en garantissant leur exercice aussi bien par l'acceptation du principe de la hiérarchie des normes que par l'intervention des juridictions pour sanctionner. Qui plus est, les moyens de communication de masse (presse écrite, radio, télévision, Internet) sont devenus les instruments essentiels des démocraties contemporaines : ils contribuent à une plus grande clarté de la politique en favorisant la liberté d'expression et en informant les citoyens des abus éventuels du pouvoir.

En consacrant l'idée démocratique, les « Républiques africaines » ont intégré la citoyenneté[83] comme concept essentiel et fondateur autour duquel se construit la vie de la cité. Puisant sa source dans l'Antiquité grecque (*politeia*) et romaine (*civitas*), la citoyenneté est une qualité qui confère la participation à la gestion des affaires de la Cité, en étant pleinement intégré à la communauté politique. Mais contrairement à la cité antique où la dignité de citoyen était réservée aux seuls hommes libres par nature, l'Etat-Nation qui s'est étendu en Afrique dans le sillage de la colonisation occidentale considère tous les hommes comme étant par nature libres et égaux en droits, comme ayant tous une égale vocation à être intégrés dans le corps politique de la Nation. La citoyenneté dans les Républiques d'Afrique implique donc l'existence d'une seule identité politique, liée à l'appartenance à la collectivité nationale. Elle est le marqueur d'identité le plus puissant, qui transcende les particularismes et les diversités sociales.

En se proclamant « République», les Etats d'Afrique ont également admis qu'il existe un espace public commun à ceux dont la morale individuelle ou la religion individuelle est différente. Dans ces pays, l'idée de laïcité[84] s'impose comme un élément de l'héritage passé notamment dans l'espace francophone par l'ancienne puissance coloniale française. Ainsi, la formule figurant dans l'article 1er de la Constitution française de 1958 selon laquelle « la France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale », se trouve presque exactement dans la plupart des lois fondamentales en Afrique francophone.

III - La réception du modèle républicain en Afrique

Mais à côté de l'énumération des droits du citoyen et autres principes républicains comme la laïcité, « l'on attend prioritairement d'une loi fondamentale qu'elle définisse les institutions destinées à régir le pays, avec la détermination de leurs compétences et l'organisation de leurs rapports réciproques »[85]. Or, sur ce plan, par delà les aspects formels, les équilibres sont différents et manifeste est la

---

[83] Schnapper Dominique, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?* Paris, Gallimard, 2000.
[84] Gauchet Marcel, *La religion dans la démocratie, parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, 1998.
[85] Cabanis André et Martin Michel Louis, *Le constitutionalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, *op.cit.*, pp. 47-48.

prépondérance de certains organes sur les autres, notamment s'agissant du Chef de l'Etat qui marque la rupture avec l'idéal républicain, rappelant à bien des égards la sacralité et l'omnipotence de la chefferie précoloniale africaine. En effet, en dépit de la proclamation dans toutes les Constitutions africaines du principe de la séparation des pouvoirs, l'on constate le plus souvent une hypertrophie des pouvoirs[86] au profit du Président de la République, chef de l'Etat[87]. Clé de voûte de tout l'édifice constitutionnel, le Président assure la direction effective de l'exécutif en même temps qu'il concentre entre ses mains l'essentiel du pouvoir. Ce qui avait faire dire au Professeur Gonidec[88] que « le peuple dont on dit qu'il est souverain n'est rien ou presque rien », qu'« il est esclave », qu'« il est marginal, ou absent, dans sa grande majorité, et dans la plupart des Etats, du jeu politique ». Le Président détermine la politique de la nation, nomme aux emplois civils et militaires, nomme et révoque les ministres. Le chef de l'attelage gouvernemental est presque partout un Premier ministre administratif. Quant aux organes censés *a priori* être les plus représentatifs du pays, c'est-à-dire les assemblées issues du suffrage universel, sans être totalement évanescents, ils restent confinés à un rôle qui ne saurait se comparer à celui de leurs homologues des régimes politiques occidentaux. La plupart des lois qui sont votées par l'organe détenteur du pouvoir législatif tirent leur contenu des projets d'origine gouvernementale. Le Président tient de la Constitution le monopole du pouvoir réglementaire. De plus, il a le pouvoir de « légiférer » par voie d'ordonnances entre les sessions « parlementaires »[89]. Tout comme il est très souvent à la fois chef de l'État et chef de parti. Dans ces pays, même l'indépendance de la justice pourtant inscrite dans la Constitution est relative. Les magistrats peuvent être affectés en tout lieu, voire démis de leurs fonctions par le Conseil supérieur de la magistrature, généralement présidé par le chef de l'État.

Ce fonctionnement qui tranche avec le régime républicain interpelle l'anthropologue qui voit ressurgir sous le masque républicain la figure du roi africain précolonial[90], personnage sacré, exceptionnel, immortel, issu d'une lignée précise, maître des forces surnaturelles bénéfiques ou maléfiques, exerçant tout à la fois les fonctions législatives, exécutives et judiciaires[91]. Sauf qu'à la différence des chefferies précoloniales où le droit était en principe au dessus du pouvoir, la « République africaine » est très souvent marquée par l'inverse : la transcendance du pouvoir par

---

[86] Gonidec P.-F., *Les systèmes politiques africains*, Paris, L.G.D.J, 1974. Lire aussi Kamto Maurice, *Pouvoir et droit en Afrique noire : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., Paris, 1987 ; Bourmand Daniel, *La politique en Afrique*, Paris, Montchrestien, 1997 ; Mbembe Achille, *De la Postcolonie Essai sur l'imagination politique dans l'Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2000 ; Bayart Jean-François, *L'Etat en Afrique la politique du ventre,* Paris, Fayard, 1989.

[87] Guèye Babacar, « *La démocratie en Afrique : succès et résistances* », dans *La Démocratie en Afrique*, *Pouvoirs*, n°129.

[88] Gonidec P.-F., *Les systèmes politiques africains*, *op.cit.*, p. 5.

[89] Voir Agondjo-Akawe Pierre-Louis, « L'Etat africain, un Etat hybrique, néo-colonial », dans *L'Etat moderne horizon 2000. Aspects internes et externes*, Mélanges offerts à P. – F. Gonidec, Paris, LGDJ, 1985, pp. 23-45

[90] Ziegler Jean, *Le pouvoir africain*, Paris, éditions du Seuil, 1979.

[91] Bayart Jean-François, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs*, n°129.

rapport à un droit ineffectif ou d'application incertaine[92]. Même s'il s'écarte constitutionnellement du modèle traditionnel de légitimité, le pouvoir « républicain » africain est curieusement en quête d'une assise sacrée comme ce fût autrefois dans les royautés de l'époque précoloniale.

Pourtant, au lendemain des Indépendances, les nouvelles « Républiques africaines » voyaient dans les rois et chefs les reliques d'un passé révolu. Ce mouvement de désacralisation du chef africain avait été amorcé par le pouvoir colonial qui projetait ainsi de saper complètement les fondements du pouvoir traditionnel. Or, bizarrement, depuis ces derrières années, l'institution royale ou cheffale revient en force dans l'esprit des Africains[93]. Presque partout en Afrique, les rois et chefs sont issus des nouvelles élites dont le parcours s'est effectué le plus souvent en ville, dans les services publics, l'administration, la diplomatie, et même dans les entreprises privées. Cet esprit cheffal est ancré dans les mentalités de ceux qui gèrent le pouvoir d'Etat ou qui y aspirent. Aussi, Maurice Kamto[94], soulignait-il que « le Président de la République du Zaïre est le 'chef traditionnel' d'un Etat moderne », que le « Zaïre est une 'chefferie moderne' » : « les normes constitutionnelles en vigueur continuent, expliquait-il, de proclamer que le Zaïre est une république, un Etat unitaire démocratique, social et laïc. Mais dans la mesure où l'on ne peut relever aucune trace de la conception occidentale de l'Etat et de la démocratie dans la culture bantoue, le 'recours à l'authenticité' va permettre aux Zaïrois de se doter d'une organisation étatique bien à eux. Cette conception de l'Etat fait du Zaïre un 'grand village', et pour utiliser le terme ethno-politique adéquat, une 'grande chefferie' organisée autour d'un homme ayant le monopole de l'autorité et revendiquant la grâce et la sacralisation du chef traditionnel »[95].

En conclusion, la « République africaine » se caractérise par l'enracinement d'une culture citoyenne importée d'Occident qui se heurte à la persistance d'une mentalité cheffale liée à la structuration hiérarchique des sociétés africaines. Mbombog Nkoth Bisseck[96] notait à cet égard que « tout projet de démocratisation des structures politiques africaines qui tend à nier, à marginaliser, à s'aliéner ou à faire disparaître la réalité que constitue le pouvoir traditionnel africain conspire contre l'intégrité socioculturelle, la paix, la perspective de développement harmonieux et d'intégration positive de ces peuples dans la modernité et l'universalité ». D'où l'intérêt pour les Africains d'aménager des régimes constitutionnels originaux, qui tranchent avec la reproduction systématique des modèles importés et inadaptés aux mentalités locales, pour ainsi réconcilier les institutions avec le vécu, la réalité

---

[92]Kamto Maurice, *Pouvoir et Droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, *op.cit.*, p. 297.

[93] Perrot Claude-Hélène et Fauvelle-Aymar François-Xavier, *Le Retour des rois : Les Autorités traditionnelles et l'État en Afrique contemporaine,* Paris, Karthala, 2003.

[94] Kamto Maurice, *Pouvoir et droit en Afrique noire : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, *op.cit.*, pp. 304-305.

[95] *Ibid.*

[96] « Démocratie et structures politiques traditionnelles au Cameroun », dans *Vous avez dit Démocratie ? Le processus de démocratisation au Cameroun : Défis et perspectives, sous la direction de Kum'a Ndumbe III,* Editions AfricAvenir/Exchange &Dialogue, 2008, pp. 25-85.

effective du pouvoir. Car comme le notait déjà le juriste autrichien Eugen Ehrlich[97], « le centre de gravité du droit ne réside point, même à notre époque, comme en tout temps, dans la législation ni dans la science juridique ni dans la jurisprudence des tribunaux, mais plutôt dans la société elle-même »... Ce qu'il nommait : « *le droit vivant* » !

[97] *Grundlegung der Soziologie des Recht, 1913.*

Mamadou Badji, Professeur d'Histoire du Droit, doyen honoraire de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de Dakar, recteur de l'Université Assane-Seck de Ziguinchor

La création de la faculté de droit de Dakar (1950-1960)

Un haut fonctionnaire français joue un rôle décisif dans la création de la Faculté de droit de Dakar, celle-ci étant inséparable de la mise en place de l'Université. Il s'agit du recteur Jean Capelle. C'est l'archétype de ces agents de la colonisation qui prennent à cœur les intérêts de la population qui leur a été confiée, en allant au-delà des missions étroites qui leur sont explicitement remises, jusqu'à se lancer dans des opérations qui vont bien plus loin que ne le souhaitent les autorités métropolitaines, au risque d'être désavoués. Il rêve très tôt de constituer une véritable université sénégalaise, puis de l'adapter aux spécificités du pays[98]. Ses projets dépassent largement les intentions du gouvernement qui entend, en ce domaine, calquer les modalités d'installation de l'institution dakaroise sur le modèle de ce qui se fait dans le reste de l'Empire[99], en commençant par des structures très modestes et dans le respect de l'équilibre des responsabilités entre les membres du gouvernement, en l'occurrence entre le ministère de l'Education nationale et celui de la France d'outre-mer.

Par la suite, une fois l'établissement d'enseignement supérieur en place, son développement doit s'inspirer des schémas traditionnels, conformément à ceux qui sont en honneur dans la métropole. Plutôt que de mettre en place une institution spécifique adaptée aux besoins du pays, les pouvoirs publics préfèrent reproduire exactement le modèle français contrairement à ce que souhaite Jean Capelle. Il s'en

---

[98] André Bailleul, *L'Université de Dakar : institutions et fonctionnement 1950-1984*, thèse de droit public, Dakar, 1984 (dir. : Seydou Madani Sy), p. 18 et s. Il s'agit d'un travail important (436 pages) auquel nous faisons de fréquentes références dans cet article. Le directeur de cette thèse Seydou Madani Sy a été doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques de 1968 à 1971, et recteur de l'Académie de Dakar de 1971 à 1986.

[99] Le modèle souvent invoqué, en cette première moitié du XXe siècle, est celui de l'Université d'Alger. C'est une loi du 20 décembre 1879 qui crée quatre écoles spécialisées : Ecole de médecine et de pharmacie qui se targue de remonter à 1833 (remarquons cette antériorité de la médecine, à Alger comme plus tard à Dakar) et qui prend le nom d'Ecole préparatoire de médecine et de pharmacie (1854), l'Ecole des sciences (1868), l'Ecole des lettres (1879) et l'Ecole de droit (1879). C'est par une loi du 30 décembre 1909 qu'elle est érigée en Université d'Alger. Cf. Jean Bastier, « L'enseignement du droit à Alger de 1879 à 1914 », *Les facultés de droit de province au XIXe siècle. Bilan et perspectives de la recherche,* Toulouse 2009, pp. 519 à 542. Par la suite, et avec l'indépendance, il y a l'arabisation de l'enseignement supérieur tandis qu'interviennent une série de réformes institutionnelles. Finalement, il est procédé, en 2010, à une division entre les Université d'Alger 1, 2 et 3, la première regroupant, les Facultés de droit, de médecine et d'études religieuses, ce qui renoue, sans que l'on puisse y voir aucun phénomène de mimétisme, avec la tradition les trois Facultés professionnelles dans l'Europe du Moyen Age, celles auxquelles ouvre la Faculté des arts. Du moins l'Université d'Alger n'a-t-elle pas perdu, de nos jours, le souvenir de ses origines, sans que l'on puisse la soupçonner de quelque complaisance que ce soit avec l'ancienne colonisation française. De fait, la date de 1909 figure aujourd'hui encore sur les armoiries de l'Université, surmontant il est vrai une inscription en anglais : « Algiers University », ce qui revient à minimiser l'influence française.

rend bien compte. Refusant toute langue de bois lorsqu'il fait le récit de son expérience africaine, publié quelque trente-cinq ans plus tard, il se décrit comme pleinement conscient alors des obstacles, ou à tout le moins des mauvaises volontés à surmonter, ce qui le rend sans illusion : « *J'avais au contraire de bonnes raisons de me méfier de l'administration de la France d'outre-mer* »[100].

Il est vrai que le recteur Capelle a un profil de carrière un peu spécifique, mêlant passage par le secteur privé, puis, alternativement, exercice de l'enseignement et des responsabilités administratives tantôt en métropole, tantôt au Sénégal. Né à Calès en 1909, donc originaire de Dordogne, il fait figurer dans sa bibliographie du *Who's who* qu'il a travaillé dans les usines Citroën avant la guerre[101]. C'est ensuite qu'il passe des responsabilités pédagogiques à la gestion de grands établissements publics et inversement : professeur à la Faculté des Sciences de Nancy, puis directeur à l'Ecole Nationale Supérieure d'Electricité et de Mécanique, puis encore maître de conférences à Polytechnique. Suivent de hautes responsabilités : directeur général de l'Instruction publique en Afrique occidentale française de 1947 à 1949, en poste à Dakar ce qui lui permet d'y mettre en place un Institut des Hautes Etudes ; recteur de l'Université de Nancy de 1949 à 1954 ; puis de retour en Afrique comme directeur général de l'enseignement et recteur de l'Académie d'AOF de 1954 à 1957, ce qui correspond à la création de l'Université de Dakar.

C'est ensuite le retour en métropole avec diverses fonctions comme directeur de plusieurs écoles d'ingénieurs[102], également au ministère de l'Education nationale et même député gaulliste de la Dordogne de 1968 à 1973. Toutes ces expériences éclairent ses projets et ses réalisations en matière d'enseignement supérieur, notamment pour ce qui est de la Faculté de droit, et même si cela n'est pas sa discipline d'origine[103]. Il se présente à la fois comme une personnalité du monde politique, un familier des cabinets ministériels et un universitaire reconnu dans son domaine. Il fallait ces diverses qualités pour mener à bien ses projets, contre des oppositions venant de tous côtés en métropole, notamment lorsqu'il s'oppose à Gaston Deferre, ministre de la France d'Outre-Mer en 1956-1957, lorsqu'il veut promouvoir des établissements rattachés à l'Education nationale.

Capelle décède en 1983, laissant le souvenir d'un esprit original, au point d'avoir pris la défense du latin comme langue vivante susceptible de concurrencer l'anglais comme langue internationale des lettrés[104]. Le souvenir fait bien les choses : à des milliers de kilomètres de distance, deux amphis lui sont dédiés, l'un à l'Université de Dakar, l'autre à l'Institut National des Sciences Appliquées de Lyon, soit les deux institutions d'enseignement supérieur qu'il a fortement contribuées à mettre en place. Pour ce qui est de la première, il a joué un rôle moteur en deux circonstances décisives : en 1950, lors de la création de l'Institut des Hautes Etudes

---

[100] Jean Capelle, *L'éducation en Afrique noire à la veille des indépendances (1946-1958)*, Karthala, 1980, p. 164.
[101] *Who's who in France*, 1982, p. 251. Ce qu'il n'indique pas en revanche, c'est qu'il participe alors à la conception de la boite de vitesse de la 2CV, ce qui est lié à sa thèse soutenue en 1938 sur la théorie des engrenages.
[102] Notamment de l'INSA de Lyon, le premier d'un réseau qu'il souhaite généraliser en France.
[103] Il fut major à l'agrégation de mathématiques en 1933.
[104] Cf. son article « Le latin ou Babel », dans *Bulletin de l'Education nationale* du 23 octobre 1952.

de Dakar et, notamment de son Ecole Supérieure de Droit (**I**), puis en 1957, lors de la transformation des structures mises en place sept ans plus tôt, respectivement en Université de Dakar et en Faculté de Droit et de Sciences Economiques (**II**).

I – 1950 : la création de l'Ecole supérieure de droit au sein de l'Institut des Hautes Etudes de Dakar

C'est à l'occasion de son premier poste à Dakar, de 1947 à 1949, que Jean Capelle jette les bases de la future Université et, notamment, de l'Ecole de droit. Moins de trois mois après son arrivée, il fait en effet ses propositions au ministère de la France d'Outre-Mer pour développer l'éducation en Afrique de l'ouest. Il est vrai qu'en matière universitaire, il a trouvé un certain nombre d'institutions d'enseignement supérieur déjà existantes et vivaces, puisque certaines remontent à près d'un demi-siècle. C'est le cas de l'Ecole Africaine de Médecine de Dakar, fondée dès 1918 par le général Le Dantec, ce qui marque la forte et durable vocation de cette ville en matière de formation de médecins de haut niveau. A l'époque, cependant, il ne s'agit pas encore de diplômer des docteurs en médecine, mais plutôt de former des assistants médicaux qui servent d'adjoints pour les médecins militaires responsables de cercle.

Autre institution prestigieuse et ancienne : l'Institut Français d'Afrique Noire (IFAN), créé en 1936, qui témoigne de la volonté d'implanter une recherche de haut niveau, cette fois dans le domaine des sciences sociales[105]. Par ailleurs, au lendemain de la Seconde guerre mondiale, l'idée de doter l'Afrique subsaharienne française d'établissements d'enseignement supérieur fait progressivement son chemin. Ainsi, dès 1945, inaugurant le Conseil du gouvernement général, le gouverneur général Pierre Cournarie, annonce les projets à venir en ce domaine : « *Une commission instituée par le ministère des Colonies a présenté au ministre, un projet de création outre-mer d'un certain nombre d'universités ; Dakar serait choisi comme le siège de l'un de ces établissements* »[106].

C'est donc pour prolonger cette ancienne et forte tradition, et pour tenir ces promesses, que Jean Capelle présente un programme très maximaliste : « *Je crois que l'heure est venue de jeter les bases d'une Université de Dakar et de placer l'ensemble de l'enseignement d'Afrique occidentale française sous le contrôle de l'Education nationale* ». Cette proposition est doublement audacieuse dans la mesure où, d'une part, à l'époque, les autorités métropolitaines considèrent qu'il serait prématuré d'envisager une institution de niveau universitaire ; et du fait que, d'autre part, il ne s'agit de rien moins que de déposséder le ministère en charge des anciennes colonies d'Afrique subsaharienne. Pour autant, le projet ne manque pas de soutien puisqu'il est officiellement approuvé par six députés originaires, pour la moitié, du Sénégal, mais aussi du Gabon, de Guinée et du Soudan. Lamine Gueye et

[105] L'IFAN est intégré en 1963 à l'Université de Dakar et change de nom en 1966 pour devenir Institut Fondamental d'Afrique Noire, ce qui lui permet de ne pas modifier son sigle. Il devient IFAN Cheikh Anta Diop en 1986.
[106] Faty Faye, *Les enjeux politiques à Dakar (1945-1960) : ville d'espoir*, L'Harmattan 2000, p. 189.

Léopold Sédar Senghor font partie de ce groupe qui appuie Capelle et se portent for pour « *leurs collègues absents de Paris* »[107].

L'année suivante, en septembre 1947, à l'occasion de l'ouverture de la session du Grand conseil de l'AOF, le Haut Commissaire Paul Bechard apporte également son appui au projet : « *Nous devons, sans délai, donner à la jeunesse africaine studieuse qui a pu acquérir les diplômes de fin d'études secondaires, la possibilité d'accéder sur place à l'enseignement supérieur* »[108]. De fait, le nombre d'étudiants issus des colonies d'Afrique et inscrits dans les Universités de la métropole est en augmentation rapide : 167 en 1930, 1 492 en 1950 et 5 116 en 1958, il est vrai surtout nombreux en provenance du Maghreb. A s'en tenir aux jeunes gens originaires de Côte d'Ivoire, du Dahomey, de Haute-Volta, de Mauritanie, du Niger, du Sénégal et du Soudan – regroupés dans les statistiques -, leur nombre passent, pour ces trois années, de 2 à 165, puis à 895[109].

En attendant une décision à portée générale et, d'un certain point de vue, pour la préparer, les autorités de Dakar prennent deux sortes d'initiatives. Elles prouvent en quelque sorte le mouvement « en marchant », et elles ouvrent trois formations destinées à permettre aux étudiants de s'engager dans les futures filières : en médecine d'abord, en 1948, avec la création du certificat PCB (physique, chimie, biologie) qui ouvre aux études de médecine[110], en droit et en science en 1949 par la mise en place des cours de première année du baccalauréat en droit et de la propédeutique scientifique, dite PCN (physique, chimie et sciences naturelles). Par ailleurs, un projet est soumis au Grand conseil de l'AOF. Il prévoit la création d'un Institut universitaire en s'appuyant sur le modèle que constituent les Universités des trois territoires anglophones voisins, le Ghana, la *Gold Cost* et le Nigeria. Trois éléments montre que l'on est bien dans la ligne esquissée par Jean Capelle puisque la future structure est présentée comme « *universitaire* », puisque le contrôle doit en être confié au ministre de l'Education nationale, et puisqu'il est prévu que les personnels auront le statut « *d'enseignants du supérieur* ». En fait, les autorités françaises ne se rallieront que très partiellement à ces trois aspects.

C'est un décret du 6 avril 1950[111] qui crée finalement l'Institut des Hautes Etudes de Dakar, donc en lui refusant l'adjectif « *universitaire* », mais selon un schéma déjà expérimenté dans d'autres territoires de l'Empire colonial. Les

---

[107] « *Les parlementaires africains soussignés, certains d'être d'accord avec leurs collègues absents de Paris, approuvent les idées de réforme proposées par le Recteur Capelle – Paris le 1er avril 1947* ». Ont signé : Yacine Diallo (député de Guinée), Jean Silvandre (député du Soudan), Lamine Gueye (député du Sénégal), Léopold Sédar Senghor (député du Sénégal), Hilaire Aubame (député du Gabon) et Ousmane Sené Diop (député du Sénégal). Il vaut de constater que les députés représentants les autres pays voisins se rallient au projet dakarois auquel ils confèrent ainsi une dimension évidemment régionale.

[108] Les élèves du secondaire au Sénégal sont 8 700 en 1960 (*Annuaire statistique*, 1961 p. 520).

[109] *Annuaire statistique*, 1959, 65e vol., p. 55. Par comparaison, les étudiants originaires de Centrafrique, Gabon, Congo et Tchad évoluent au cours de ces mêmes années de zéro à 46 et 243 (*id.*).

[110] Le projet est clairement de préparer la création d'une Université. L'hebdomadaire *Marchés coloniaux* ne s'y trompe pas : « *Le 20 janvier 1949, a eu lieu, dans le hall du lycée Van Lo à Dakar, la cérémonie inaugurale des cours de PCB qui marque la naissance d'une université dans la capitale fédérale de l'AOF* » (n° 168 du 29 janvier 1949).

[111] Décret n° 50-414 du 6 avril 1950 (*JORF*, 7 avril 1950, p. 3812-3813).

responsables de la métropole reprennent passivement des modèles anciens[112]. Ce n'est pas le seul point où le projet est rogné par rapport aux perspectives initiales. D'abord, la tutelle en est confiée au ministère de la France d'outre-mer *et* à celui de l'Education nationale. Ensuite, quant aux enseignants, il est prévu d'utiliser des missionnaires, des personnels détachés de l'enseignement supérieur métropolitain, des personnels du statut du cadre général de la France d'outre-mer, enfin des chargés de cours recrutés par le gouverneur général de l'AOF. Ces dernières dispositions ne correspondent pas aux souhaits de Jean Capelle, qui aurait voulu un corps enseignant de même niveau qu'en métropole, pour assurer l'équivalence des diplômes.

En fait, le système du « cadre général de la France d'Outre-Mer » aboutit à une dévalorisation du corps dans la mesure où il officialise une distinction entre les postes en métropole, et ceux qui sont attachés à l'Outre-Mer. Il en résulte que les meilleurs éléments répugnent souvent à quitter le territoire national car ils auraient l'impression de déchoir. Le recteur Capelle le déplore et réclame que soient envoyés à Dakar des enseignants « *choisis parmi les professeurs titulaires les plus qualifiés des universités françaises, et qui accepteraient d'assurer à Dakar une activité annuelle d'une durée suffisante (un semestre et non pas deux à trois semaines)* »[113]. C'est dans ces conditions et avec ce handicap que quatre écoles supérieures sont prévues : médecine, sciences, lettres et droit.

Autre écart entre les intentions du recteur Capelle qui aurait voulu une large autonomie de la nouvelle structure et le texte finalement adopté : l'Institut des Hautes Etudes est très étroitement contrôlé[114]. L'organe de décision est le Conseil de l'Institut, présidé par le recteur et composé des directeurs d'Ecoles et de quatre membres choisis annuellement par le Haut Commissaire. Les directeurs sont nommés pour trois ans au terme d'un processus qui fait intervenir de nombreuses institutions puisqu'il est successivement prévu une présentation par le conseil de l'Institut, un avis en provenance des Universités tutrices, une proposition émanant du Gouverneur général et, enfin, une décision prise par le ministre de la France d'Outre-Mer. On a l'impression que, s'agissant du Conseil de l'Institut, le système tourne en rond, sous l'autorité des institutions de tutelle. Le contrôle ne se limite pas à des contrôles effectués par les autorités administratives héritées de la colonisation. S'y ajoute le parrainage des Universités de Paris et de Bordeaux par l'intermédiaire d'une commission mixte présidée alternativement par les recteurs de ces deux académies et composée des directeurs d'Ecoles et des doyens de Facultés : elle contrôle les programmes et la désignation des présidents de jury[115]. Pour faire bonne mesure, les Ecoles n'ont pas la personnalité morale, pas même de budget.

---

[112] C'est ainsi qu'a été créé en Tunisie en 1945 l'Institut des hautes études de Tunis qui regroupe notamment le Centre d'études juridiques de Tunisie qui remonte à 1922 (Kmar BENDANA, « Aux origines de l'Université tunisienne : l'Institut des hautes études de Tunis », *Revue d'histoire maghrébine*, 1998, n° 89-90, p. 97-106).
[113] André Bailleul, *op. cit.*, p. 128.
[114] Art. 4 à 10 du décret du 6 avril 1950.
[115] Ce contrôle n'est jugé « *guère acceptable* » par le recteur Capelle qui considère que « *pour pouvoir préparer la constitution d'une véritable Université dans les meilleurs conditions, il faudrait, dès à présent, que l'Enseignement Supérieur de Dakar soit rendu indépendant de l'Université tutrice* » (Jean Capelle, *op. cit.*, p. 168).

Pour ce qui est de l'Ecole Supérieure de Droit, elle se dote immédiatement d'une seconde année puisque la première est antérieure à la création de l'Institut. C'est en 1951 que sont délivrés les premiers diplômes de licenciés, à la suite d'examens ouverts aux 24 étudiants inscrits alors en troisième année[116]. Deux autres diplômes sont également créés dans le cadre de cette Ecole de droit. Ils annoncent deux directions vers lesquelles l'enseignement et la recherche juridiques vont s'orienter : d'une part le Certificat de Droit et Coutumes d'Outre-Mer, qui révèle le souci de ne pas négliger les normes traditionnelles et authentiquement africaines ; d'autre part le Diplôme d'Etudes Administratives de l'AOF qui prépare la mise en place d'un corps de fonctionnaires issus du continent dont ils vont avoir la charge.

Les effectifs augmentent régulièrement parmi les juristes : 65 au cours de l'année 1949-1950, 82 en 1950-1951[117], 145 en 1951-1952, 137 en 1952-1953, 186 en 1953-1954, 131 en 1954-1955, 183 en 1955-1956, enfin 193 en 1956-1957[118]. L'importance de ces cohortes fait des études juridiques la filière la plus suivie, avec des nombres toujours supérieurs aux sciences, aux lettres et à la médecine, qui atteignent respectivement 168, 124 et 96 étudiants en 1956-1957[119], selon une hiérarchie inchangée au cours de la dizaine d'années de fonctionnement de l'Institut. Si l'affectation des postes d'enseignants titulaires en 1950-1951, entre les quatre écoles reflète plus ou moins la répartition des effectifs, avec treize juristes contre neuf scientifiques, huit ensignants en médecine et quatre en lettres[120], l'évolution ultérieure ne favorise pas le droit avec, en 1957-1958, onze juristes seulement, vingt-huit scientifiques, vingt-six médecins et neuf littéraires[121].

II – 1957 : création de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques au sein de l'Université de Dakar

Après cinq ans comme recteur de Nancy, Capelle revient à Dakar en 1954. Ce n'est pas sans appréhension qu'il accepte cette mutation[122]. Il se souvient des freins que les agents publics locaux lui ont opposés, lors de son premier séjour : « *J'étais*

---

[116] André Bailleul, *op. cit.*, p. 29

[117] Pour un témoignage présenté par un des premiers étudiants africains inscrits à l'Ecole Supérieure de Droit de Dakar (il chiffre d'ailleurs à 27 seulement le nombre d'étudiants en droit en 1950-1951), voir Ousmane Camara, *Mémoires d'un juge africain : itinéraire d'un homme libre*, Karthala 2010, not. p. 31 et s. Sans doute décompte-t-il seulement ceux qui sont présents en cours. L'absentéisme paraît donc important. Il est vrai que, se retrouvant ensuite boursier en France, Camara n'est guère plus assidu : « *On me voit partout sauf à la Faculté de droit où cependant je suis censé justifier la bourse d'études octroyée par le gouvernement français* » (p. 45).

[118] Ces chiffres – très légèrement différents d'une publication à l'autre - sont extraits de André Bailleul, *op. cit.*, annexe I-4 et de Faty Faye, *op. cit.*, p. 191. Par rapport à une tendance générale à l'augmentation, on remarque à plusieurs reprises des fléchissements. Faty Faye reconnaît que « *nous ne pouvons pas avancer de raison pour ces trois diminutions* » (*ibid.).*

[119] André Bailleul, *op. cit.*, annexe I-4.

[120] Le recteur Capelle constate, pour sa part, que, pour la rentrée 1950, le nombre des agrégés de droit et de médecine est de trois dans les deux cas. Il réclame trois agrégés de droit et quatre de médecine pour la rentrée 1951 (Jean Capelle, *op. cit.*, p. 197-198).

[121] André Bailleul, *op. cit.*, p. 36. Bailleul constate en outre le fort apport que constituent les vacataires qui « *viennent renforcer un corps professoral insuffisant en nombre* ».

[122] « *Je n'avais aucune raison d'abandonner mes fonctions de recteur de Nancy, car elles ne me procuraient que des satisfactions, dans un climat de confiance sans faille* » (Jean Capelle, *op. cit.*, cité, p. 164).

déjà tombé dans une situation qui constituait un véritable piège, puisque, répondant à l'appel et à la confiance des hauts responsables, je devins presque aussitôt la cible de leurs subordonnés »[123]. Revenu malgré tout[124], il reprend son projet d'Université et le présente dans une note du 5 novembre 1955. Il est encouragé dans ses efforts par l'augmentation régulière des élèves présents dans l'enseignement secondaire sénégalais : 5 100 en 1957, 7 000 en 1959, 8 700 en 1960[125]. Il poursuit un double objectif qui peut paraître contradictoire puisqu'il s'agit de rien moins que de garantir aux institutions universitaires de Dakar rigoureusement le même niveau que leurs homologues européennes, notamment françaises et, simultanément, de les adapter aux besoins du continent dont elles relèvent.

Pour atteindre le premier but, il convient que le corps enseignant se voit appliquer les mêmes procédures qu'en France : mêmes comités consultatifs, mêmes procédures de cooptation, et surtout - critère décisif- mêmes possibilités de mutation d'une université métropolitaine à celle de Dakar, et réciproquement. Pour ce qui est du second objectif, il implique que la nouvelle institution d'enseignement supérieur soit « *au service de l'Afrique noire, c'est-à-dire qu'elle doit s'attacher à la formation des élites - de toutes les élites - dont l'Afrique a besoin, et à l'étude des problèmes techniques, économiques ou sociaux que pose la recherche du mieux-être et du progrès* »[126]. Enfin, l'organisation des programmes doit trouver le bon équilibre pour concourir à l'obtention des deux résultats recherchés : il sera nécessaire d'adopter les mêmes dénominations et les mêmes examens qu'en France pour leur assurer « *la même consécration et la même valeur d'utilisation* » ; il faudra, en même temps, que les programmes soient « *élaborés pour les besoins de l'Afrique et [...] illustrent les données scientifiques permanentes par des applications africaines* »[127].

Le rapport de Capelle ne se limite pas à une énumération optimiste de bonnes intentions problématiques, donc difficiles à atteindre. Il n'entend pas proposer une imitation servile du modèle universitaire français. Il a conscience de ses insuffisances, tant du point de vue de la formation, « *trop exclusivement professionnelle* », que de la recherche, « *médiocre* ». En fait, c'est d'un schéma nord-américain qu'il se réclame, ce qui est audacieux pour l'époque. Il rejette les principes napoléoniens qui fondent l'organisation de l'Université sur une division en Facultés qu'il juge trop rigide. En cela, il annonce, avec plus de dix ans d'avance, les critiques formulées en 1968. Ce qu'il prévoit, ce sont des structures destinées à favoriser la meilleure mobilisation possible de toutes les capacités disponibles, avec la coexistence de trois sortes d'institutions.

Il s'agit, en premier lieu, des départements qui doivent regrouper, pour chaque grand domaine, les moyens humains et matériels auxquels toutes les formations et toutes les recherches pourront faire appel dans une logique que l'on dira plus tard d'« *interdisciplinarité* ». En l'occurrence et pour ce qui est de l'Université de Dakar, il

---

[123] *Ibid.*
[124] En fait, il est sollicité par le Haut-Commissaire Cornut-Gentile et par les parlementaires d'AOF, au premier rang desquels Senghor (*Id.*, p. 163).
[125] *Annuaire statistique*, 1961, 67e vol., p. 520.
[126] La citation est extraite de la thèse de Bailleul, *op. cit.*, p. 40.
[127] *Id.*, p. 41.

préconise cinq départements dans le secteur des sciences dites « *dures* » (mathématiques, physique, chimie, sciences de la terre, biologie) et cinq dans celui des sciences humaines et sociales et des beaux-arts (lettres, ethnologie, arts et, pour ce qui nous intéresse droit et sciences économiques).

En second lieu, et parce qu'il n'entend pas abandonner les formations ayant fait leur preuve dans la préparation de professions précises, des écoles vont y être consacrées. Ils les souhaitent au nombre de quatre, tenant compte de ce qui existe déjà à Dakar : en médecine et pharmacie pour préparer aux métiers de la médecine ; dans le secteur vétérinaire ; dans les domaines technologiques pour délivrer les diplômes d'ingénieurs ; enfin en matière de pédagogie pour former les professeurs de l'enseignement moyen.

Enfin, il préconise la mise en place d'Instituts de recherche, puisque cette dernière « *est source de vie de tout enseignement supérieur digne de ce nom et parce qu'elle prépare les données des progrès de la société de demain* »[128]. Là encore Capelle intègre les structures déjà en place, sans que la liste proposée alors soit exhaustive : les civilisations africaines dont on n'a pas de peine à comprendre qu'il s'agit de prolonger l'IFAN, mais aussi l'océanographie, les maladies tropicales, la latérisation des sols, etc.[129]

Le projet Capelle de 1955 souhaite enfin une assez large autonomie : à la tête de chaque composante - écoles, départements et instituts -, il y aurait un doyen ou un directeur, assisté d'un assesseur et s'appuyant sur un conseil composé des professeurs titulaires, des maîtres de conférences et des agrégés. Ce conseil déciderait pour les éléments les plus importants de la vie de la composante : budget, personnel, enseignement, enfin recherche. En fait, les institutions les plus importantes se situent au niveau de l'Université, avec trois organes qui conseillent le recteur et, parfois, décident : le Comité de direction composé des chefs de composantes, qui constitue l'organe permanent présidé par le recteur ; le Conseil d'administration, qui ajoute aux chefs de composantes un nombre égal de personnalités extérieures, en charge de donner un avis sur les réformes de structures et qui vote le budget ; enfin l'assemblée des professeurs titulaires, qui donne son avis sur les créations et les transformations de postes, qui présente le projet de budget et qui tranche en matière disciplinaire.

Les grands équilibres traditionnels dans l'Université sont donc respectés dans ce projet avec une forme d'autogestion du corps enseignant, avec un pouvoir de propositions vis-à-vis du recteur en matière structurelle et de répartition des postes, avec enfin un pouvoir budgétaire confié aux organes collégiaux[130]. L'élément le plus original et novateur pour l'époque tient au souhait d'accorder une présence importante à des personnalités extérieures « *choisies en raison de l'intérêt que l'enseignement ou la recherche peut présenter pour les activités dont elles ont la*

---

[128] Extrait du rapport cité par André Bailleul, *op. cit.*, p. 43.

[129] A noter qu'au milieu des années 1950 s'est fait jour, dans l'opinion publique, une inquiétude, jamais totalement apaisée depuis cette date, à propos de la priorité reconnue aux études supérieures. Dans le journal *L'Indépendant* du 6 octobre 1955, un article intitulé « Les hautes et les basses études » déplore la trop grande importance accordée à la formation d'une élite (médecins, magistrats, avocats et professeurs) plutôt qu'à celle des agents de maîtrise et d'ouvriers qualifiés « *qui constituent la véritable armature d'une société* ». En notre début du XXIe siècle, ce débat n'est pas clos.

[130] André Bailleul, *op. cit.*, p. 44.

charge ». Il est vrai que cette présence d'éléments étrangers à l'Université était déjà plus ou moins prévue au sein du Conseil de l'Institut des Hautes Etudes.

Cette fois encore, il n'est que très partiellement tenu compte des propositions concrètes du recteur Capelle[131]. C'est quasi par hasard, parce qu'il est membre du Conseil de l'Enseignement Supérieur, qu'il apprend que les autorités métropolitaines ont fait de choix de la facilité en décidant de transformer l'Institut des Hautes Etudes de Dakar en Université française, la dix-huitième puisqu'il y en déjà dix-sept sur le territoire national. L'article 2 du décret fondateur, celui du 24 février 1957[132] indique que « *le statut de l'Université de Dakar et des établissements qui la constituent est celui des Université et des établissements correspondants de la France métropolitaine* ». C'est dans ces conditions que les anciennes Ecoles sont transformées en Facultés : une pour le droit et les sciences économiques[133], une pour les lettres et les sciences humaines, enfin une pour les sciences. Pour ce qui est des disciplines médicales, elles commencent par prendre la forme d'une Ecole Nationale de Médecine et de Pharmacie avant d'être transformées en Faculté mixte de médecine et de pharmacie par un décret du 23 mai 1960.

Il y a un contraste absolu entre les intentions affichées par les acteurs locaux du développement de l'Université de Dakar, qui entendent promouvoir une institution authentiquement africaine, et les dispositions arrêtées par les autorités métropolitaines qui n'acceptent aucune différence avec les homologues françaises. Les discours prononcés lors de l'inauguration de la jeune Université, le 9 décembre 1959, sont sans ambiguïtés sur la volonté d'affirmer la spécificité du nouvel établissement d'enseignement supérieur, en dépassant le cadre étroit du modèle français. Le souci d'établir des contacts avec des structures comparables un peu partout dans le monde apparaît dans le choix des quatre professeurs étrangers choisis pour bénéficier du titre de docteur *honoris causa* à l'occasion de la cérémonie d'inauguration. Ces quatre personnalités correspondent aux spécialités des quatre grandes Facultés structurant l'Université : ainsi, pour ce qui est de la science juridique, il s'agit d'un professeur de droit international de l'Université de Naples,

---

[131] La création d'établissements d'enseignement supérieur en Afrique subsaharienne suscite des appréhensions en métropole. Le 1er janvier 1959, Michel Alliot, directeur de l'enseignement supérieur de Madagascar, qui a promis de créer une Université à Tananarive, déjeune avec le Haut Représentant français sur place qui lui indique son opposition à la création de cette Université : « *Il me confia son idée : 'Vous savez, toute université produisant des étudiants, tous les étudiants devenant communistes et les étudiants devenant des ennemis de la France et de Madagascar, peut-être vaut-il mieux ne pas créer d'Université'. Je cru devoir rétorquer que si l'on ne formait pas les Malgaches ici, on les formerait en France où ils deviendraient encore plus communistes. Il répliqua avec beaucoup de finesse : 'Oui, mais ils ne reviendront pas'.* » (Michel ALLIOT, « Récit de quelques passages (1940-1963), dans *Un passeur entre les mondes. Le livre des Anthropologues du Droit disciples et amis du Recteur Michel Alliot*, Publications de la Sorbonne, Paris 2000, p. 62). Alliot se souvient des difficultés qu'il a rencontrées d'autant plus que l'Université de tutelle (Aix-en-Provence) ne voulait pas affecter de postes (p. 67).

[132] Décret n° 57-240 du 24 février 1957 (*JORF*, 28 février 1957, p. 2297-2298). Conclusion du rapport précédant ce décret : « *L'Université de Dakar sera la première constituée dans les territoires d'outre-mer et symbolisera la volonté de la France de porter au niveau le plus élevé l'éducation culturelle et l'instruction professionnelle des peuples de l'Union française* » (p. 2298). Il a été modifié par le décret n° 57-847 du 29 juillet 1957 (*JORF* 30 juillet 1957, p. 7507).

[133] Roger Decottignies, « De l'Ecole à la Faculté de droit de Dakar », *Annales africaines*, 1958, p. 7-10.

Rolando Quadri[134]. Ses autres collègues honorés sont respectivement originaires du Wisconsin pour ce qui est des sciences, de Port-au-Prince pour les lettres, et d'Hambourg pour la médecine.

Les propos tenus par les personnalités présentes sont très clairs sur la vocation africaine de la nouvelle institution. Les Français participent de cette tendance. Le recteur utilise une formule qui demeure prudente en invitant la structure ainsi créée à être « une Université française au service de l'Afrique ». André Boulloche, ministre de l'Education nationale, se place dans une perspective de mise en place de dirigeants africains et souhaite qu'elle s'efforce de « *former une élite véritable capable non seulement de prendre les postes de commande mais aussi de travailler à son tour à la promotion culturelle des masses, à l'orientation du plus grand nombre vers les tâches techniques, à la sélection et à la formation d'une élite authentique, enfin au développement économique du pays qui est la condition de tout* »[135].

Les personnalités africaines présentes en cette occasion vont plus loin dans les ambitions. Senghor, qui préside à l'époque l'Assemblée fédérale du Mali, reprend certains de ses thèmes favoris sur la négritude : si « l'Université de Dakar est française, ce ne peut être pour ressusciter un impérialisme culturel qui n'est plus de ce siècle, c'est pour se mettre au service de l'Afrique ». Son premier rôle demeure de « *faire des négro-africains des hommes du XXe siècle accordés à l'incivilisation des quanta et de la relativité, à la civilisation de l'atome* ». De façon symétrique, le président de l'Union Générale des Etudiants de l'Afrique de l'Ouest (UGEAO), Daouda Sow, décrit la mission de la nouvelle institution : « *on doit y sentir battre le cœur de l'Afrique d'hier et de demain* ». Il lui appartient de s'affirmer comme « *un foyer de chercheurs à vocation africaine mais au service de l'Universel et de la Vérité ; elle doit également participer à l'édification de la nouvelle culture, symbiose de la culture française et de la culture négro-africaine* ».

La réalité est assez différente des intentions affichées. Le modèle français s'impose absolument[136] et les textes ne laissent aucun doute à ce sujet. Il est vrai qu'à l'époque, les institutions d'enseignement supérieur de la métropole, au seuil d'une période de croissance rapide des effectifs et d'augmentation spectaculaire des moyens, sont convaincues d'avoir atteint une forme de perfection dans le respect de valeurs ayant fait leurs preuves. Elles se complaisent dans une ambiance de tranquille confiance que les événements de la fin des années 1960 vont cruellement démentir. L'on impose donc le même système à Dakar, en toute bonne conscience, ou

---

[134] Rolando Quadri (1907-1976) a successivement été professeur dans les Universités de Padoue, d'Urbino, de Pise, de Naples et de Rome mais également d'Alexandrie et du Caire. Œuvres principales : *La giurisdizione degli stati stranieri* (1941*), Diritto internazionale pubblico* (1949) *Lezioni di diritto internazionale privato* (1955) et *Cours général de droit international public* (1964).

[135] André Bailleul, *op. cit.*, p. 54.

[136] En 1960, le ministre de la Coopération Jean Foyer souhaite développer à Dakar et à Madagascar, puis à Abidjan et Brazzaville, une Université « *utile aux pays concernés* ». Lucien Paye, recteur de l'Université de Dakar, fait alors pression sur Alliot, arguant que le projet de Foyer est une folie, qu'il avait obtenu de Senghor et de son gouvernement « *un mémorandum refusant de changer l'Université de Dakar dans le sens souhaité par le ministre français* » et qu'il fallait faire de même à Madagascar pour éviter un effet de contagion. Alliot refuse. Cela incite Senghor à demander « *que l'on africanise l'Université de Dakar* » d'autant qu'il visite en septembre celle de Madagascar et voit ce que l'on peut faire (Michel Alliot, art. cité, p. 69).

inconscience. Il en va ainsi en ce qui concerne les inscriptions, les examens, les diplômes : « *sont applicables à l'Université de Dakar et aux établissements qui la constituent les dispositions législatives et réglementaires en vigueur dans les Universités de la France métropolitaine et dans les établissements correspondants de ces Universités, notamment en ce qui concerne les conditions dans lesquelles l'Université de Dakar et les établissements de cette Université pourront délivrer des inscriptions, faire subir des examens et conférer des grades* »[137].

Il est un domaine où les textes révèlent cependant la situation inférieure réservée à Dakar. Il s'agit des dispositions fixant le nombre de postes mis à disposition de l'établissement. Un décret de 1958 prévoit une dotation alignée sur l'institution de métropole la moins bien abondée puisqu'il est précisé que le nombre de chaires sera « *au moins égal à celui des chaires attribuées dans la Métropole à la faculté du même ordre qui en compte le moins* »[138]. C'est dire que les autorités françaises mettent d'emblée une limite rigoureuse à leur générosité. Du moins un décret de 1958 décide-t-il que ces personnels enseignants relèvent désormais du ministère de l'Education nationale et non plus de celui de la France d'outre-mer. Les conditions de nominations et d'avancement, ainsi que les garanties de carrière sont identiques à celles de leurs collègues de la métropole.

On se souvient que c'était un souhait du recteur Capelle. Cette équivalence entre les personnels d'origines africaine et française satisfait aussi les étudiants, prompts à penser que leurs professeurs sont de moins bonne qualité[139]. Ils affectent de craindre que « *la réforme ne soit, en fait, qu'un changement de vocable, une simple couverture pudiquement jetée sur la scandaleuse pauvreté de l'enseignement supérieur à Dakar* ». C'est avec une tranquille cruauté qu'ils exigent le départ de la première génération d'enseignants dont ils reconnaissent pourtant le dévouement. Ils appellent de leur vœu « *un corps professoral qui viendrait relever les survivants de la période héroïque et qui sont les premiers à se rendre compte qu'ils n'ont pas leur place dans une Université digne de ce nom* »[140].

L'organisation prévue par les décrets de 1957, lors de la création officielle de l'Université de Dakar, s'aligne sur les textes applicables aux établissements français

---

[137] Art. 4 du décret du 24 février 1957.
[138] Art. 4 du décret du 29 juillet 1957.
[139] La valeur réelle ou supposé du corps enseignant de l'Institut des Hautes Etudes de Dakar est, dès la début des années 1950, une source de polémiques qui opposent la principale organisation étudiante, l'AGED (Association Générale des Etudiants de Dakar) aux autorités coloniales et universitaires, y compris de Bordeaux et Paris au sein de la commission mixte mise en place par le décret de 1950. Une lettre du 22 novembre 1953 du président de l'AGED, Moustapha Diallo, adressée au Haut Commissaire, dénonce « *la carence et l'inaptitude du corps professoral de l'Institut* » et réclame « *ou le renouvellement intégral du corps professoral, ou la suppression de l'Institut des Hautes Etudes de Dakar* ». Une position si extrême suscite nombre de protestations au sein des autorités officielles. En fait et par rapport à la discipline qui nous intéresse - le droit - les exemples cités par le représentant de l'AGED au congrès de l'UNEF à Toulouse montrent que ce sont surtout les enseignants de médecine qui sont visés (Faty Faye, *op. cit.*, p. 195 à 198). Sur cette question des plaintes syndicales contre le médiocre niveau des enseignements et plus généralement sur le syndicalisme étudiant à cette époque, cf. le témoignage d'un étudiant en lettres (mais qui indique suivre également des cours de droit) Amady Aly Dieng, *Mémoires d'un étudiant africain : de l'école régionale de Diourbel à l'Université de Paris (1945-1960)*, Dakar, CODESRIA, 2011, not. p. 60-61.
[140] Bulletin *Dakar-Etudiant* d'avril 1957.

du même type[141]. Les Facultés bénéficient de la personnalité civile et de l'autonomie financière. Trois institutions président à leur destinée : l'assemblée de Faculté composée des professeurs titulaires, des agrégés maîtres de conférences et des chargés de cours, ainsi que des représentants des maîtres-assistants et des assistants et qui se prononcent sur les enseignements (programmes et titulaires) et surtout sur le choix du doyen ; le conseil de Faculté qui ne comprend que les professeurs titulaires et qui prend position sur les postes vacants et les questions budgétaires ; enfin le doyen nommé par le ministre de l'Education nationale parmi les personnalités proposées par le conseil de l'Université et par l'assemblée de Faculté, étant entendu que c'est cette dernière qui a généralement le rôle décisif.

C'est un professeur de droit privé, originaire de Fourmies dans le département du Nord, qui, précédemment directeur de l'Ecole Supérieure de Droit, obtient les premières responsabilités décanales à Dakar : Roger Decottiginies. Il prépare et exécute le budget, engage et ordonnance les dépenses, enfin est responsable de la police à l'intérieur de la Faculté. Pour ce qui est du recteur, il s'appuie sur le Conseil de l'Université composé de trois représentants de chaque Faculté, dont le doyen, et de trois personnalités extérieures… L'architecture de cette organisation s'inspire très évidemment du modèle français, ce qui ne peut satisfaire les Sénégalais et empêche de réaliser les améliorations souhaitées par rapport à un schéma d'origine napoléonienne, remontant au début du XIXe siècle, donc fort éloigné des besoins de l'Afrique du XXe siècle.

L'accession à la qualité de Faculté permet du moins aux juristes de se doter de diplômes d'études supérieures dans des spécialités correspondant à ce qui existe généralement en France à l'époque : histoire du droit, droit public, science criminelle, science politique et science économique. L'ouverture de la Capacité en Droit en 1957, accessible sans condition de titre, attire 90 étudiants lors de sa création pour atteindre 273 en 1959-1960[142]. S'y ajoutent trois certificats : économie politique et sociale, droit et coutumes d'outre-mer, enfin diplôme de l'Institut d'Etudes Administratives Africaines, divisé en deux cycles, l'un sous forme d'enseignements à distance (près de 600 inscrits et 45 diplômés), l'autre destiné au perfectionnement des cadres administratifs supérieurs de la fonction publique. Ce dernier Institut est créé en 1959[143] et annonce la future Ecole Nationale d'Administration du Sénégal. Enfin, en 1960, c'est la mise en place du Centre de Recherches, d'Etudes et de Documentation sur les Institutions et les Législations Africaines (CREDILA)[144].

Le nombre total des étudiants continue à croître : 1 040 en 1958 (contre 741 boursiers en métropole la même année) pour passer à 1 285 en 1960. La répartition par origine nationale est la suivante : environ 25 % de Français, 30 % de Sénégalais et

---

[141] André Bailleul, *op. cit.*, p. 50.
[142] André Bailleul, *op. cit.*, p. 58.
[143] Arrêté du 9 avril 1959 du ministre de l'Education nationale approuvant une délibération du Conseil de l'Université de Dakar, création d'un Institut d'Etudes Administratives Africaines à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques à Dakar (*JORF* 25 avril 1959, p. 4547). Il s'agit essentiellement d'une structure d'enseignement du premier et du second degré afin « *d'assurer aussi bien la formation que le perfectionnement des fonctionnaires africains, à quelque Etat qu'ils se rattac*hent » (art. 2 de l'arrêté du ministre de l'Education nationale du 20 avril 1960).
[144] Arrêté du 17 mai 1960, *JORF* du 28 mai 1960, p. 4841.

45 % d'Africains en provenance d'autres pays. Il y a quelques différences d'une filière à l'autre puisque la proportion des Français est plus forte en science et celle des Sénégalais en droit, constatant ainsi le prestige de l'Ecole de Dakar en matière juridique[145]. D'une façon générale, les étudiants juristes demeurent les plus nombreux : 369 en 1957-1958, 564 en 1958-1959, 529 en 1959-1960[146]. Le droit est toujours en tête, suivi par les littéraires et les scientifiques, enfin par les médecins. Les effectifs des professeurs augmentent également : en droit il s'agit de onze enseignants en 1957-1958, dix en 1958-1959 et vingt-cinq en 1959-1960. Paradoxalement, les créations y sont moins nombreuses que dans les autres disciplines, où les effectifs étudiants sont pourtant moins importants : 26 en lettres, 44 en sciences et 52 en médecine. Cette répartition absurde n'est pas très différente de celle que l'on constate en métropole, et s'explique notamment par le fait que les juristes ont parfois tendance à limiter leurs demandes[147].

Conclusion

L'indépendance du Sénégal va entraîner, pour l'Université de Dakar, une situation paradoxale, régie par un accord de coopération portant sur l'enseignement supérieur, conclu dès le mois de juin 1960 avec la France. Première disposition, formulée dès l'article 1er : le transfert de l'Université de Dakar et des établissements qui en dépendent est prononcé, de sorte qu'ils deviennent des établissements publics relevant du pays qui les abrite, à l'époque la Fédération du Mali[148]. Seconde disposition : l'article 3 du même accord prévoit que « *l'Université de Dakar et les établissements qui la composent ou en dépendent, continuent d'être régis par les dispositions applicables à la date d'entrée du présent accord* ». Autrement dit, les autorités sénégalaises renoncent à exercer tout de suite leur autorité. Elles préfèrent conserver les textes français régissant l'enseignement supérieur, tant pour ce qui des personnels que des diplômes. On ne peut imaginer que les responsables politiques de l'époque aient vu dans ce système autre chose qu'une situation très provisoire donnant aux autorités académiques nationales le temps de définir un ambitieux programme de réformes adaptées au pays. En fait, le provisoire va durer près de dix ans, d'autant que cet alignement sur l'ancienne puissance coloniale présente quelques avantages tant pour les personnels qui bénéficient du statut français[149] que des étudiants dont les diplômes ont la même valeur qu'en France[150].

---

[145] André Bailleul, *op. cit.*, p. 60-61.
[146] Faty Faye, *op. cit.*, p. 191.
[147] La tendance est, à l'époque, la même en France.
[148] L'accord de coopération, daté du 22 juin 1960, est passé avec la Fédération du Mali. Son article 1er indique que « *l'enseignement supérieur est dispensé par l'Université de Dakar et les établissements qui la composent ou en dépendent* ». Après l'éclatement de la Fédération quelques mois plus tard, le Sénégal se proclame substitué aux droits et obligations résultant de l'accord du 22 juin 1960.
[149] Art. 6 de l'accord : « *Sont applicables aux personnels en service à l'Université de Dakar les dispositions régissant les personnels des mêmes catégories des Universités françaises [...]* ».
[150] Art. 10 de l'accord : « *Les grades et diplômes conférés par l'Université de Dakar ont, au Mali [à l'époque le Sénégal fait partie de la Fédération du Mali] comme en France, la valeur des grades et diplômes d'Etat* ». Dans son livre de souvenirs *Sur les chemins du droit avec le général* (Fayard, 2006), Jean Foyer, universitaire, Garde des sceaux, énumère les motifs qui poussaient à l'époque

Cependant, deux accords postérieurs vont tenter de faire évoluer ce cadre juridique, quoique sans en remettre en cause les bases. Le premier, conclu en août 1961, prend en compte l'éclatement de la Fédération du Mali. Il conserve la plupart des dispositions précédentes en ajoutant la possibilité de créer de nouveaux établissements non calqués sur le modèle français, ainsi que l'installation d'un Conseil de l'enseignement supérieur de la République du Sénégal[151]. C'est à ce dernier qu'il revient de proposer le futur plan de développement des formations universitaires et de la recherche scientifique du pays. Va s'ajouter, par échange de lettres entre les autorités françaises et sénégalaises, une commission mixte dont les travaux, ainsi que ceux des instances mises en place en application de l'accord de 1961, permettent de négocier le troisième accord, en mai 1964 : il précise les conditions de validité de plein droit des diplômes dans les deux pays, il prévoit des adaptations au Sénégal des dispositions françaises, il promet des bourses et des stages au profit des étudiants… Les progrès sont encore limités.

C'est pourtant à partir de cette base contractuelle, et en en respectant les exigences, que le Sénégal va adopter une série de textes réformateurs dont le plus important est constitué par la loi n° 67-45 du 13 juillet 1967, laquelle organise la nouvelle Université et ses Facultés sous la forme d'établissements publics dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière. C'est dans ce cadre, qui s'éloigne progressivement du modèle français, mais selon un mouvement que beaucoup jugent encore trop lent, que les effectifs étudiants connaissent une augmentation très rapide et à laquelle les autorités ont de la peine à faire face. Le nombre total franchit la barre des 2 000 en 1965 et celle des 3 000 en 1967, ce qui fait un quasi triplement en huit ans. Durant cette période, les juristes perdent la première place pour passer à la troisième, après les littéraires et les scientifiques[152], évolution qui ne correspond pas forcément à celle des débouchés. Elle ne correspond pas non plus à l'augmentation du nombre total des professeurs qui ne croît que de 60 %. Le déficit est d'autant plus préjudiciable qu'il est inégalement réparti : en 1967-1968, 101 enseignants en médecine, 55 en sciences, 44 en lettres et seulement 26 en droit[153].

L'on pourrait se contenter de constater ces insuffisances du taux d'encadrement pour imaginer comprendre les causes des événements de 1968 et 1969. S'y ajoute, bien sûr, un mouvement général de revendications dans les Universités, presque dans le monde entier, ce qui n'est pas contradictoire avec la première explication puisqu'à peu près partout aussi les effectifs étudiants ont connu une augmentation brutale, sans que les moyens mis à disposition aient permis d'y faire face. L'on ne peut évidemment s'en tenir là. Les exigences formulées alors

---

certains universitaires à souhaiter maintenir ces liens entre Universités sénégalaise et française (ils craignaient « *un enseignement supérieur 'au rabais'* » p. 142). Pour ce qui le concerne, Foyer affirme avoir toujours été convaincu que « *l'université d'Etat d'un pays qui devenait indépendant ne pouvait guère être gérée à la mode française par les bureaux de l'ancien Etat colonisateur* ». Il prétend avoir défendu cette thèse auprès du gouvernement de l'époque.

[151] Art. 3 et 13 de l'accord du 20 août 1960, décret n° 61-362 du 21 sept. 1961 créant le Conseil de l'enseignement supérieur de la République du Sénégal.

[152] André Bailleul, *op. cit.*, p. 112-113.

[153] *Id.*, p. 113. Il faut y ajouter 14 enseignants à l'IFAN pour arriver à un total de 247, dont 77 sont d'origine africaine.

dépassent largement les revendications à caractère plus ou moins corporatif, concentrées sur des créations de postes. Nul doute qu'un sentiment général de malaise et de mal-être trouve ses racines dans les déceptions d'une indépendance qui n'a pas tenu toutes ses promesses. Sans qu'il faille surestimer le rôle des mouvements inspirés du marxisme, cette doctrine a au moins influencé la formulation générale de la protestation. La dénonciation des héritages de la colonisation[154] trouve d'autant plus facilement sa place que, dans nombre de domaines, notamment en matière universitaire, les choses semblent avoir peu changé[155]. Ainsi, l'Union Générale des Etudiants Sénégalais constate que « *cette Université obéit uniquement aux impératifs français* » et réclame une africanisation totale des cadres, « *seul moyen sûr pour donner l'impulsion nécessaire au développement du pays* »[156].

Les résultats des discussions au sein d'une commission nationale de réforme composée de représentants de syndicats d'enseignants, d'étudiants et de travailleurs ainsi que des propositions précises faites par un certain nombre de personnalités universitaires[157] permettent de dégager un ensemble de principes et de projets à mettre en œuvre. Il s'agit d'abord d'adapter l'enseignement au contexte africain des pays en développement et d'imposer une pédagogie mieux adaptée, à base de groupes de travail, de travaux dirigés plus nombreux et de pluridisciplinarité. Il n'est jusqu'à l'équivalence automatique des diplômes avec la France qui est discutée[158] : les formations sénégalaises doivent être reconnues au niveau international pour leur seule valeur. En même temps, l'Université de Dakar a le devoir d'affirmer son caractère régional, notamment en faisant une place aux autres Etats francophones de la zone sahélo-soudanienne, tant du point de vue des financements que de la composition du Conseil de l'Université. Elle doit être fondée sur la participation des enseignants et des étudiants, avec une place réservée aux personnalités extérieures. Elle doit développer la recherche et s'affirmer comme un acteur du développement économique dans le respect des valeurs africaines. Le programme est ambitieux. Dans leur enthousiasme et leur impatience, les acteurs des événements de 1968 et de 1969 espèrent tout réaliser en quelques mois. Il y faudra un peu plus de temps.

---

[154] Pour certains professeurs français en poste à Dakar, c'est une surprise et forte déception. Ainsi du doyen Decottignies qui refait carrière comme fondateur et président de l'Université de Savoie et dont il est révélateur que ses *Mélanges* ne fasse guère de place à l'Afrique, à l'exception d'un article du professeur Issa Sayeg (*Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Grenoble 2003). En fait, un tel traumatisme au sein du corps enseignant n'est pas exceptionnel, y compris dans la France de l'époque.

[155] Jean Foyer décrit sa surprise, lisant les programmes des cours de droit délivré à Dakar en 1962, de constater que les institutions étudiées (les rois mérovingiens en histoire du droit, le fermage au titre des baux ruraux, la sécurité sociale…) n'ont rien de caractéristique de l'Afrique. Il rapporte le conseil du doyen de l'époque à Nicole Catala, jeune agrégée : « *Notre rôle ici est de faire que cette faculté reste aussi semblable que possible aux autres facultés françaises* ». Et Jean foyer de conclure : « *On croit les universitaires français progressistes, que feraient-ils s'ils étaient conservateurs* » (Jean Foyer, *op. cit.*, p. 143).

[156] André Bailleul, *op. cit.*, p. 131.

[157] André Bailleul attribue un rôle important à Assane Seck, ministre de l'Education nationale, à Paul Teyssier, recteur de l'Université et Pierre Fougeyrollas, directeur de l'IFAN (*op. cit.*, p. 144).

[158] Sur la volonté de mettre fin à l'équivalence des diplôme « *en vue de limiter la 'fuite des cerveaux'* » (Assane Seck, *Sénégal, émergence d'une démocratie moderne 1945-2005 Un itinéraire politique*, Paris, 2005, p. 94.)

Grégoire CALLEY, Maître de conférences en droit public, Université Savoie Mont Blanc, (en délégation à l'Université de la Polynésie française – GDI)

Libre propos sur la préférence locale à l'emploi dans l'outre-mer français : le cas de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie

Dans son sens le plus strict, la préférence à l'emploi désigne un système accordant à certains candidats une priorité de recrutement sur d'autres qui ont pu se présenter dans les mêmes conditions à la procédure d'embauche. Les dispositifs d'incitation financière des employeurs au recrutement de certaines catégories d'individus pourraient à première vue se rattacher à cette logique préférentielle. Mais même s'ils favorisent l'embauche de catégories bien identifiées de personnes, de tels systèmes ne créent à proprement parler aucune obligation juridique pour l'employeur qui reste non seulement libre de pourvoir ou non le poste mais aussi libre de l'attribuer au candidat de son choix. Les dispositifs préférentiels d'accès à l'emploi ne peuvent à notre sens exister que dans l'unique mesure où le pouvoir de s'adjoindre des collaborateurs est entamé par la nécessité juridique de confier l'exercice des fonctions professionnelles à une personne plutôt qu'à une autre. Les multiples mécanismes de réservation de l'accès à l'emploi à certaines catégories d'individus ne semblent pas davantage relever de la préférence à l'emploi. A cela une raison simple. L'interdiction de candidature qu'ils fixent en amont préserve en effet le pouvoir d'appréciation de l'employeur sur toutes les candidatures autorisées.

Ainsi délimitée, la préférence à l'emploi a pu parfois recevoir de manière remarquable un écho général dans des systèmes normatifs étrangers[159]. Le droit français ne consent aujourd'hui cependant à ce système de recrutement qu'une place très résiduelle, confinée au sein du corpus juridique applicable à l'outre-mer.

L'article 24 de la loi du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer constitue une illustration récente des privilèges qui peuvent être concédés à ce titre[160]. En organisant un régime de mutation prioritaire au titre du retour outre-mer des fonctionnaires qui y justifient du centre de leurs intérêts moraux et matériels, cette disposition vient en effet d'instiller une dose de préférence dans le processus de nomination aux emplois publics. Aussi intéressante soit-elle, cette évolution ne concerne cependant que le cadre somme toute assez étroit de la gestion des mobilités

[159] L'article 121 de la Constitution fédérale Suisse consacre, par exemple, le principe de préférence nationale pour l'accès à l'emploi (art. 121) et constitue de ce point de vue un exemple emblématique.
[160] Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, 1 ° mars 2017, v. M. Maisonneuve, « La priorité au retour des fonctionnaires ultramarins », *AJDA*, 2018, p. 564.

géographiques ultramarines des fonctionnaires d'Etat. Mais le droit français de l'outre-mer va aujourd'hui beaucoup plus loin en organisant des dispositifs préférentiels susceptibles de formater les conditions d'accès à l'emploi de l'ensemble de la population d'un territoire ultramarin. Tel est le cas des systèmes de préférence à l'emploi applicables en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie.

L'étroitesse du champ d'application géographique de ces deux mécanismes n'enlève rien à leur originalité. Car la priorité d'accès à l'emploi organisée dans ces territoires ultramarins prend la forme non pas d'une préférence nationale mais d'une préférence locale dont l'appréhension ne manque pas d'interpeller. Force est de reconnaître en effet que l'évocation de dispositifs préférentiels d'accès à l'emploi est - en France comme à l'étranger – le plus souvent orientée vers la concession d'avantages fondés sur la détention de la nationalité. Certes, des initiatives tendant à imposer un principe de « *Local Content* » aux grandes entreprises étrangères attributaires de contrats publics d'exploitation prolifèrent aujourd'hui, en particulier sur le continent africain[161]. Les obligations d'embauche qui en résultent ne semblent néanmoins pas spécifiquement concerner la main-d'œuvre locale mais plus généralement la main-d'œuvre nationale. Il faut donc souligner l'audace dans ce domaine du droit français. Non pas d'ailleurs que le débat politique français soit complètement hermétique à l'organisation d'une priorité locale à l'emploi. Mais l'évocation d'un tel système préférentiel n'avait jusqu'alors jamais véritablement dépassé le cadre des simples déclarations, éventuellement formalisées dans la rédaction de chartes dépourvues d'effets coercitifs [162].

Originale d'un point de vue juridique, la préférence locale à l'emploi est aussi une exigence ambiguë. Car si la précision des textes relatifs aux modalités de détention de la nationalité rend finalement assez aisée l'identification du « candidat national », on peine en revanche à cerner a priori le « candidat local » qu'il conviendrait d'avantager pour occuper les emplois à pourvoir dans ces deux territoires ultramarins. On imagine bien sûr sans peine que l'octroi du privilège de recrutement induit au minimum un rapport particulier de l'individu avec un territoire et que la résidence devrait de ce point de vue constituer un critère logique bien que non exclusif. Mais nul besoin d'insister longtemps pour comprendre que les systèmes de préférence locale à l'emploi laissent des marges de manœuvre importantes pour déterminer ceux qui ont vocation à en profiter.

Nul besoin non plus d'insister longtemps pour comprendre que la préférence locale à l'emploi est amenée à prospérer dans un univers juridique résolument hostile. Le corpus juridique national comme le corpus juridique supranational traduisent à la vérité une défiance générale à l'égard de ce mécanisme centrifuge et clivant. Il suffit de songer à l'article L1132-1 du code du travail qui interdit la discrimination à l'embauche fondée notamment sur « *l'origine* », « *l'appartenance*

---

[161] O. Caslin, « Préférence nationale : au tour des africains, », *Jeune Afrique*, 22 juillet 2013.

[162] V. De Rudder, « A Marseille, la préférence locale » contre les discriminations à l'embauche », Le racisme à l'œuvre, *Hommes et Migrations*, 1998, p. 28. V. la signature le 24 mai 2017 d'une charte locale de l'emploi en Corse par plusieurs organismes professionnels et syndicaux, la signature le 11 juin 2015 d'une charte en faveur de l'emploi à la Réunion ou encore la signature d'une charte pour l'emploi local à Paris, *Le Monde.fr*, 31 mai 2017.

ou la non-appartenance à une nation » ou sur le « *lieu de résidence* ». Comment ne pas songer également aux règles découlant du droit de l'Union européenne avec les principes de libre circulation des travailleurs (article 45 du traité de Rome) et de non-discrimination selon la nationalité (article 18 du traité de Rome et article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), à celles découlant du droit européen avec l'interdiction générale de la discrimination proclamée dans l'article 1 du Protocole n° 12 annexé à la CEDH ou encore à celles découlant du droit international avec l'article 25 du pacte sur les droits civils et politiques, les articles 23 et 28 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et la Convention 111 de l'Organisation Internationale du Travail. Le droit constitutionnel ne semble pas davantage plus favorable à la préférence locale à l'emploi dont l'application est susceptible à première vue de heurter le principe d'égalité, la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, la libre administration des collectivités territoriales ou encore le droit à l'emploi.

La préférence locale à l'emploi ne peut en définitive être mise en œuvre qu'à titre dérogatoire, à la faveur d'un ancrage normatif spécifique et suffisamment élevé. Tel est précisément le cas des dispositifs applicables à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie qui puisent leur sève dans un ensemble de dispositions constitutionnelles et organiques tout à fait spéciales. En Polynésie française, la préférence locale découle directement de l'article 74 de la Constitution qui permet à toute collectivité entrant dans son champ d'application d'instituer « *en faveur de sa population* » « *des mesures justifiées par les nécessités locales* », « *en matière d'accès à l'emploi* (...) ». L'article 18 de la loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française est venu préciser les modalités de mise en œuvre de cette possibilité[163]. La préférence locale pratiquée en Nouvelle-Calédonie prend quant à elle racine dans l'article 77 de la Constitution qui constitutionalise l'accord de Nouméa et l'article 24 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie[164]. Ces dispositions constitutionnelles et organiques servent aujourd'hui de support aux lois du pays par lesquelles la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française ont introduit dans l'ordre juridique ce mécanisme préférentiel[165].

---

[163] L'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose que « dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés ».

[164] L'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose que « dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés ».

[165] Pour la Polynésie française, il s'agit de la loi du pays n° 2019-18 LP/APF du 8 juillet 2019 relative à la promotion et à la protection de l'emploi local, *JOPF*, 16 juillet 2019, p. 12927. Pour la Nouvelle-Calédonie, il s'agit de la loi du pays n° 2016-17 du 19 décembre 2016 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local pour l'accès aux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 22 décembre 2016, p. 13894, de la loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC*, 12 août 2010, p. 6934 et de la loi du pays n° 2016-18 du 19 décembre 2016 relative à la résorption de l'emploi précaire dans les fonctions

A la lecture de ces bases textuelles, il apparaît nettement que la préférence locale n'est admissible dans l'ordre juridique national que dans l'unique mesure où elle poursuit un objectif compensatoire (**I**). C'est là une condition essentielle liée à la régularité de sa mise en œuvre. Mais l'appréhension précise des privilèges de recrutement qui en découlent suppose par ailleurs de connaître le champ de ces dispositifs préférentiels (**II**) ainsi que leur effectivité véritable (**III**).

I – Objectif compensatoire poursuivi par la préférence locale à l'embauche

L'organisation d'une préférence locale à l'emploi en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie est justifiée formellement par la nécessité de compenser les inégalités dont pâtissent les populations de ces territoires en matière d'insertion professionnelle. Pour répondre à cette exigence, les lois du pays ont mis en place une régulation du marché local de l'emploi.

A – Préférence locale et discrimination positive

Les mécanismes de préférence locale organisés dans les territoires français du Pacifique par les articles 18 et 24 des lois organiques susmentionnées ont parfois pu être rattachés à une logique de discrimination positive[166]. La chose est juste si l'on s'entend bien sur la vocation de la discrimination positive mise en œuvre.

Incontestablement, la préférence locale vient consentir des avantages destinés à compenser des inégalités de départ entre la population ultramarine concernée et la population métropolitaine. Cette inégalité de départ résulte des effets conjugués sur les ultramarins de l'étroitesse du marché insulaire de l'emploi et de l'éloignement d'autres bassins d'emplois qu'ils soient étrangers ou français. Pour résumer les choses, non seulement les marchés calédonien et polynésien de l'emploi ne génèrent qu'un nombre restreint d'offres d'emploi – compte tenu de la puissance limitée de l'appareil productif insulaire – mais en plus les demandeurs d'emplois locaux ne disposent pas des mêmes facilités de mobilité qu'un demandeur d'emploi métropolitain, par exemple, pour trouver un emploi au-delà de sa zone de résidence. Pour faire simple, le résident métropolitain disposerait en raison de son exogéneité de possibilités d'insertion professionnelle supérieures à celles du résident ultra marin. Ce qui justifierait d'accorder au premier un avantage compensatoire sur le second, conformément à la logique qui sous-tend toute discrimination positive.

En revanche, l'organisation d'une préférence locale en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie ne semble pas procéder d'une discrimination positive qui

---

publiques de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 22 décembre 2016, p. 13897. Pour des études sur la question, v. A.-M. Gavard, « Protection, promotion et soutien de l'emploi local en Nouvelle-Calédonie », *Dr. soc. 2013*, p. 154 et G. Calley, « Préférence locale et accès aux emplois des administrations calédoniennes », *RDP*, n° 6, 2018, p. 1537. Pour l'heure, aucune loi du pays n'est venue organiser dans ces territoires une préférence locale pour l'accès aux professions non salariées, même si les dispositions organiques précitées intègrent dans leurs champs cette modalité d'exercice des activités professionnelles.

[166] O. Bui-Xan, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », *Les Petites Affiches*, n° 36, 21 février 2005, p. 12.

aurait pour vocation de compenser des inégalités de départ au sein même de la population résidente. Non pas qu'aucune inégalité socio-économique de nature à compromettre l'insertion professionnelle ne puisse être recensée entre les différentes communautés résidant sur ces territoires, bien au contraire. Mais lorsqu'on examine attentivement ces systèmes de préférence locale à l'embauche, on s'aperçoit qu'ils s'attachent avant tout à pénaliser le nouvel arrivant, sans aucunement chercher à réduire le fossé qui peut parfois séparer les différentes communautés locales dans l'accès à l'emploi. Cette absence de prétention à corriger les « inégalités ethniques » au sein de la population résidente n'empêchera certes pas ces systèmes de contribuer à l'amélioration de l'insertion professionnelle des résidents les plus défavorisés. Mais, telle qu'elle est organisée dans les lois du pays, calédonienne et polynésienne, il n'est pas sûr que la préférence locale à l'emploi permette de restaurer une égalité dans l'accès à l'emploi des résidents en gommant les inégalités communautaires originelles. On pourrait du reste craindre que la mise en œuvre de tels dispositifs préférentiels renforce plus qu'elle n'atténue ces inégalités de départ et confortent les « leadership » communautaires dans ce domaine. En tout cas, la question de savoir à qui profite véritablement la préférence locale à l'emploi dans ces territoires mérite d'être posée. La réponse – forcément embarrassante – ne semble aujourd'hui pouvoir être valablement donnée qu'au moyen d'études statistiques ethniques dont la réalisation n'est cependant autorisée à titre dérogatoire qu'en Nouvelle-Calédonie[167].

En tout état de cause, la préférence locale à l'emploi ne parviendra à résorber les inégalités dont pâtissent les populations résidentes que dans l'unique mesure où son application amènera les candidatures à s'orienter vers les catégories d'emplois pénuriques.

B – Préférence locale et régulation du marché de l'emploi

Si l'organisation d'une préférence locale à l'emploi n'interdit en elle-même nullement le séjour sur le territoire, elle peut en revanche fortement le dissuader. Nul besoin d'insister longtemps pour comprendre en effet que le candidat au séjour en Polynésie française ou en Nouvelle-Calédonie peut au final être dissuadé de poursuivre son entreprise en raison des contraintes que la préférence locale fait peser sur ses perspectives d'insertion professionnelle. Aucune des lois du pays précitées ne se réclame d'un objectif de maîtrise du mouvement migratoire et en particulier de celui en provenance de la métropole. Il n'empêche que, dans le cas tout particulièrement de la Nouvelle-Calédonie, la préférence locale à l'emploi au profit des populations résidentes ne peut que difficilement être déconnectée du passé colonial et de la volonté affichée dans l'accord de Nouméa d'en finir avec plusieurs décennies d'assimilation du territoire à une colonie de peuplement. En tout état de cause, si la préférence locale ne poursuit pas formellement un but politique, il faut

[167] Voir sur ce point l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO*, 7 janv. 1978, p. 227 et l'article 19 du décret n° 2003-485 du 5 juin 2003 relatif au recensement de la population, *JO*, 8 juin 2003, p. 9765. V. également la délibération n° 02-111 de la CNIL du 9 déc. 2002 portant avis sur le projet de décret en Conseil d'État pris pour l'application du titre V de la loi n° 2002-276 du 27 février 2000.

bien concéder qu'en Nouvelle-Calédonie elle prépare judicieusement le terrain à un processus d'émancipation de cette collectivité (article 3.2.1. de l'Accord de Nouméa) auquel le résultat du référendum d'autodétermination du 4 novembre 2018 n'est pas venu mettre un terme, bien au contraire[168]. En favorisant la représentation dans la vie professionnelle des calédoniens installés depuis longue date, la préférence locale promeut une « endo-réappropriation » des structures administratives et économiques de nature à distendre un peu plus les liens de ce territoire avec la métropole.

Formellement, les systèmes calédonien et polynésien de préférence locale poursuivent un objectif général de protection, de promotion et de soutien de l'emploi local pour reprendre les termes utilisés dans la rédaction des dispositions organiques et des lois du pays. Ils cherchent à organiser le fonctionnement le plus harmonieux possible du marché local de l'emploi afin de mettre la population résidente à l'abri des dysfonctionnements propres aux économies libérales (chômage excessif, précarité de l'emploi, dumping social…). Pour atteindre cet objectif, les lois du pays polynésienne et calédonienne mettent en place un système de régulation de l'accès à l'emploi fortement dérogatoire au principe d'égalité. Fondé sur la spécificité du lien qui unit le demandeur d'emploi au territoire, ce système est certes inspiré par une volonté louable de protéger les demandeurs d'emplois locaux. Mais il véhicule aussi immanquablement une logique protectionniste destinée à pénaliser le nouvel arrivant dépourvu de ce lien privilégié avec le territoire. On serait même tenté de dire qu'il s'agit de sa raison d'être. Il faut dire que dans des économies insulaires dont le marché du travail n'est pas configuré pour générer un volume important d'offres d'emplois, l'afflux de nouveaux demandeurs d'emplois est problématique. Il expose en effet les populations résidentes à une compétition accrue et à un risque de détérioration des conditions de leur insertion professionnelle. Ce constat ne vaut bien sûr pas systématiquement pour l'accès à toutes les catégories d'emplois. En particulier, compte tenu de l'atteinte qu'elle porte au principe d'égalité mais aussi à la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle ou encore la libre administration des collectivités territoriales, l'organisation d'une préférence locale ne saurait légalement être pratiquée pour réguler l'accès aux emplois pénuriques s'agissant desquels le vivier des candidats locaux n'est pas suffisant pour répondre aux offres proposées. Mais on peut comprendre que la fragilisation de la situation sociale des populations ultra-marines déjà installées sur les territoires constitue un enjeu politique suffisamment puissant pour encadrer l'accès des nouveaux arrivants à des emplois dont l'occupation suscite déjà une compétition intense entre candidats locaux.

En définitive, les systèmes calédonien et polynésien de préférence locale introduisent dans l'ordre républicain une sorte de prime à l'antériorité de l'installation, selon une logique bien connue du premier arrivé, premier servi. La réussite macro-économique de cette régulation de l'accès à l'emploi local repose pour beaucoup sur la production d'un effet incitatif sur la candidature du nouvel arrivant dépourvu de tout privilège de recrutement. Conscient de la difficulté qu'il éprouvera

[168] D. Turpin, « La consultation relative à l'autodétermination et les élections provinciales en Nouvelle-Calédonie ou le droit constitutionnel revisité », *RDP*, n° 4, 2019, p. 1013.

pour accéder à certains emplois dont l'occupation donne lieu à l'application d'un privilège de recrutement, le nouvel arrivant orientera ces candidatures vers les emplois qui échappent à l'application de ce privilège, c'est-à-dire vers les emplois s'agissant desquels on a le plus besoin de lui… Seules des études statistiques à long terme permettront de mesurer les effets vertueux d'un tel système sur l'accès à l'emploi des populations locales.

Toujours est-il que l'organisation d'une préférence locale pose la question juridique capitale de savoir qui a vocation à être protégé à compter de l'entrée en vigueur du dispositif normatif. Autant il nous semble logique au regard du corpus organique et constitutionnel de donner en matière de recrutement un avantage aux résidents polynésiens et calédoniens sur les résidents métropolitains voire étrangers qui souhaiteraient s'installer en Polynésie française ou en Nouvelle-Calédonie à compter de l'entrée en vigueur de la législation. Autant une différenciation pratiquée en matière d'accès à l'emploi entre individus déjà installés au moment de l'entrée en vigueur du dispositif semble nettement plus discutable. Dans le premier cas, l'octroi de l'avantage de recrutement ne vient en effet que compenser une inégalité de départ entre résidents ultra-marins et demandeurs d'emplois exogènes qui tient pour beaucoup à l'éloignement des résidents calédoniens et polynésiens d'autres bassins d'emplois. Dans le second cas, on peine à comprendre ce qui pourrait venir justifier au regard du principe d'égalité qu'au sein de l'ensemble des individus domiciliés sur le territoire avant l'entrée en vigueur du dispositif certains disposent subitement d'un avantage de recrutement qui ne serait pas reconnu aux autres. On serait au passage plutôt enclin à affirmer que compte tenu de sa connaissance nécessairement moins aboutie du tissu économique local, le demandeur d'emplois installé depuis peu sur le territoire souffre a priori d'un handicap par rapport à celui installé de longue date…

L'introduction par les lois du pays d'une différenciation entre les demandeurs d'emplois qui résident déjà sur le territoire au moment de leur entrée en vigueur nous semble à la vérité dépourvue de fondement juridique. La lecture de l'article 74 de la Constitution et de l'article 3.1.1 de l'Accord de Nouméa qui fournissent tout deux le socle constitutionnel de la préférence locale à l'emploi indique d'ailleurs que les dispositifs susceptibles d'être mis en œuvre sont destinés à protéger les résidents[169]. On notera sur ce point tout ce qui sépare la législation calédonienne de la législation polynésienne. Alors que la première a organisé une différenciation tous azimuts dans l'accès à l'emploi des individus qu'ils soient ou non domiciliés sur le territoire au moment de l'entrée en vigueur du dispositif préférentiel, la seconde se refuse à

[169] L'article 74 de la Constitution qui évoque l'adoption de « *mesures prises par la collectivité en faveur de sa population* » - et non pas en faveur de certaines catégories de sa population - semble venir à l'appui d'une telle interprétation. Bien que la notion de « population d'une collectivité » ne soit pas définie dans cette disposition, il semble logique de considérer qu'elle est constituée par les individus résidant sur son territoire indépendamment de leur durée de résidence ou de leur nationalité. L'article 3.1.1 de l'Accord de Nouméa qui évoque l'adoption de « *mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants* » est encore plus clair.

pratiquer une telle différenciation au détriment de ceux qui sont déjà installés sur le territoire au moment de cette entrée en vigueur[170].

Toujours est-il qu'en Nouvelle-Calédonie comme en Polynésie française, le champ comme le contenu de l'avantage compensatoire susceptible d'être procuré fait l'objet d'une délimitation juridique contraignante.

II – Avantage procuré par la préférence locale à l'embauche

Les dispositions des lois organiques précitées contiennent des dispositions qui permettent d'identifier les personnes éligibles à la préférence locale. Cependant, l'avantage de recrutement qui est leur est effectivement concédé en application des lois du pays mérite d'être relativisé.

A - Détermination des candidats avantagés

En Nouvelle-Calédonie, les détenteurs du privilège de recrutement sont les « *citoyens de la Nouvelle-Calédonie* » et les *« personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence* » (article 24 de la loi organique précitée relative à la Nouvelle-Calédonie). En Polynésie française, le privilège de recrutement est concédé aux « *personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence* » et à celles « *justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières* » (article 18 de la loi organique précitée portant statut de la Polynésie française).

A la lecture de ces dispositions organiques, on comprend que les citoyens de la Nouvelle-Calédonie forment une catégorie à part à laquelle ne saurait être opposée une quelconque durée de résidence pour bénéficier du privilège de recrutement. C'est en quelque sorte la singularité de leur rapport civique au territoire calédonien qui justifie l'octroi par l'article 24 d'un privilège de recrutement sans aucune considération de durée de résidence[171]. On notera tout de même que si ce privilège a bien été reconnu par la loi organique aux citoyens calédoniens indépendamment de leur durée de résidence, il ne l'a en revanche pas été au profit de leurs conjoints ou concubins. Et on peut donc s'interroger sur la constitutionnalité de l'article 2 bis de la loi du pays du 19 septembre 2016 et de l'article Lp. 451-2-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Ces dispositions permettent en effet au conjoint ou au concubin uni depuis au moins deux ans au citoyen calédonien de bénéficier du privilège de recrutement sans considération aucune de sa durée de résidence effective sur le territoire. Ce faisant, elles s'inscrivent en faux par rapport à la formulation des dispositions organiques précitées.

---

[170] Voir l'article LP 5 de la loi du pays précitée du 8 juillet 2019 qui prévoit que « *les demandeurs d'emploi déjà inscrits au service en charge de l'emploi avant l'entrée en vigueur de la présente loi du pays n'ont pas à justifier de la durée de résidence* ».

[171] Pour une présentation des modalités de détention de la citoyenneté calédonienne, v. notamment V. Hipeau, « Les ambiguïtés de la citoyenneté calédonienne dans la république française », *RFDA*, 2014, p. 1103, L. Havard, « La réalisation de la citoyenneté calédonienne », *RDP*, 2013, n° 5, p. 1179 et M. Chauchat, « La fraude à la sincérité du corps électoral en Nouvelle-Calédonie », *Jus Politcum*, décembre 2014, n° 13.

Pour tous les autres candidats, c'est bien la durée de leur résidence sur le territoire qui doit servir à déterminer leur éligibilité à l'avantage de recrutement. Mais la détermination de la durée de résidence exigée pour bénéficier de la priorité d'embauche ne saurait être arrêtée par les autorités locales sans prendre en compte l'atteinte qu'une telle différenciation dans l'accès à l'emploi porte au principe d'égalité. D'un point de vue juridique, la préférence locale à l'emploi ne peut en effet être organisée qu'à la condition d'être strictement nécessaire à la protection de l'emploi local et d'être fondée sur des critères objectifs et rationnels en lien avec cette protection. Enoncée dès le 15 mars 1999 par le Conseil constitutionnel au titre de l'interprétation à donner de l'article 24 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, cette exigence sera retranscrite dans la formulation de l'article 18 de la loi du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et le Conseil d'Etat n'aura de cesse de s'y référer dans ses multiples prises de position contentieuse et non contentieuse sur les lois du pays calédonienne et polynésienne[172]. Le défaut de conformité à cette exigence explique d'ailleurs pour beaucoup l'échec des premières mesures élaborées en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie pour favoriser les résidents ou plutôt certains résidents[173]. En réalité, la préférence locale n'est considérée régulière par les juridictions constitutionnelle et administrative que dans l'unique mesure où elle permet de surmonter les difficultés de recrutement véritablement rencontrées par les personnes résidentes pour accéder aux emplois. Il en résulte que la détermination de la durée de résidence exigée pour bénéficier de la priorité d'embauche doit être strictement proportionnée à l'ampleur des difficultés réellement rencontrées par les candidats locaux pour accéder à l'emploi. Plus ces difficultés sont importantes, plus la durée de résidence doit être élevée. L'intensité des difficultés de recrutement rencontrées par les autochtones pour accéder à l'emploi constitue en quelque sorte le curseur permettant de déterminer la durée de résidence susceptible d'être régulièrement exigée pour bénéficier d'une préférence à l'embauche. On comprend à cet égard mieux que le Conseil d'Etat ait censuré en 2009 le premier dispositif polynésien de préférence locale à l'emploi au motif qu'il imposait une durée unique de résidence pour bénéficier de la priorité locale de recrutement, sans la faire varier selon l'intensité des difficultés de recrutement véritablement rencontrées par la population résidente[174].

---

[172] Conseil constitutionnel, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie et Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Société Polynésie intérim et autres, n° 329047, Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Haut-commissaire de la République en Polynésie française, n° 328776, Conseil d'Etat, avis sur le projet de loi du pays relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, 17 novembre 2005, n° 372-237, Conseil d'Etat, avis sur le projet de loi du pays relative au soutien et à la promotion de l'emploi local, 2 avril 2009, n° 382-639.

[173] Voir tout particulièrement l'annulation en 2009 par le Conseil d'Etat des dispositifs polynésiens de préférence locale à l'emploi applicables à l'emploi public comme à l'emploi privé, Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Société Polynésie intérim et autres, n° 329047, Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Haut-commissaire de la République en Polynésie française, n° 328776.

[174] Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Société Polynésie intérim et autres, n° 329047 et Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Haut-commissaire de la République en Polynésie française, n°328776 et la note de M. Verpeaux, *AJDA*, 29 mars 2010, p. 625.

La modulation des durées de résidence en fonction de l'intensité des difficultés de recrutement rencontrées par les résidents constitue l'assise juridique apparente du système. Néanmoins, avant de faire varier la durée de résidence selon l'intensité des difficultés d'accès à l'emploi local des résidents, encore faut-il élaborer une méthode rigoureuse d'évaluation de ces difficultés. Dans sa décision précitée du 15 mars 1999 relative à l'organisation de la préférence locale calédonienne, le Conseil constitutionnel avait recommandé de raisonner « *par type d'activité professionnelle* » et par « *secteur d'activité* ». Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat précité du 25 novembre 2009 annulant le dispositif polynésien de préférence locale à l'emploi, la rapporteuse publique préconisait une approche similaire[175]. Mais comment établir la difficulté d'accès à l'emploi de la population résidente ? Les lois du pays précitées empruntent une méthode similaire. Le système calédonien se réfère au taux d'occupation des emplois par les résidents de plus de 10 ans et par les citoyens calédoniens. Le système polynésien prévoit quant à lui que les mesures de protection de l'emploi ont vocation à être déclenchées lorsque l'occupation de chaque catégorie d'emplois est marquée par un « *pourcentage significatif de recrutements de salariés dont le numéro d'inscription à la CPS a été attribué depuis moins de 10 ans* »[176]. Ce pourcentage significatif de résidents de moins de 10 ans est fixé à 10 %.

Assurément, ces critères sont discutables. A notre sens, la difficulté rencontrée par la population locale pour accéder à l'emploi local doit être mesurée par le croisement de trois types de données : le nombre d'offres d'emplois recensés dans la catégorie d'emplois concernés, le nombre de candidatures déposées par l'ensemble des personnes résidentes disposant de la qualification exigée et le nombre de recrutements effectivement réalisés par les employeurs locaux.

A première vue, les systèmes calédonien et polynésien ne cherchent pas à déterminer les difficultés des résidents pour accéder aux emplois locaux mais simplement à vérifier que ces emplois sont bien « trustés » par les résidents de plus de 10 ans en Polynésie et par les résidents de plus de 10 ans et les citoyens calédoniens, en Nouvelle-Calédonie. Et on a du mal à comprendre en quoi la faiblesse de la représentation dans l'emploi local de ces catégories de résidents pourrait être significative des difficultés rencontrées par toutes les autres. On peut en effet imaginer que des emplois ne soient pas trustés par les résidents de plus de 10 ans sans pour autant qu'existent des difficultés pour les résidents à les occuper. Soit parce que ces emplois ne sont pas attractifs, soit parce le vivier des personnes suffisamment qualifiées pour les occuper n'est pas suffisant.

En réalité, les dispositifs calédonien et polynésien donnent plus l'impression de promouvoir l'établissement arbitraire de quotas de représentation professionnelle que de réguler l'accès à l'emploi pour garantir le fonctionnement harmonieux du

---

[175] Voir les conclusions de J. Burguburu sur l'arrêt Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Société Polynésie intérim et autres, n° 329047, *op. cit.*

[176] Voir la nouvelle rédaction de l'article Lp. 5531-1 du code du travail de la Polynésie française introduite par l'article 1 de la loi du pays précitée.

marché du travail. Quoiqu'il en soit, la portée véritable du privilège de recrutement ainsi concédé ne doit pas être surestimée.

B - Relativisation de l'avantage procuré

En Polynésie française, le dispositif récemment institué ne concerne que l'accès aux « *emplois salariés du secteur privé* ». Les raisons de cette mise à l'écart n'apparaissent pas clairement. Il n'en reste pas moins que se trouve ainsi soustraite à la préférence locale une frange considérable des emplois polynésiens.

En Nouvelle-Calédonie, la volonté de protéger l'emploi local concerne certes l'emploi public comme l'emploi privé. Mais plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, le dispositif ne couvre que l'embauche dans les seules fonctions publiques locales : la fonction publique des communes de Nouvelle-Calédonie et la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie. Les opérations de recrutement des agents de la fonction publique d'Etat - qui représentent près du quart des agents publics employés en Nouvelle-Calédonie - ont en effet été exclues de l'application de tout privilège local de recrutement[177]. Ensuite, le dispositif applicable au recrutement dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et dans la fonction publique des communes de Nouvelle-Calédonie n'a pas été conçu pour régir toutes les procédures de recrutement ayant cours dans ces deux fonctions publiques. On notera tout particulièrement que le recrutement par concours interne a été tenu à l'écart de toute forme d'avantage[178]. Tel est le cas également de toute une série de décisions en matière de mutation, d'avancement de grade, d'accueil en détachement ou encore de promotion interne. L'avantage ne concerne au fond que « l'entrée » dans les fonctions publiques calédoniennes et ne s'étend nullement au déroulement de la carrière des agents déjà titularisés au moment de l'entrée en vigueur de la loi du pays.

Enfin, une part importante des mesures prévues pour favoriser l'emploi public local calédonien ne traduit aucunement la mise en œuvre d'une préférence locale, stricto sensu. Tel est le cas précisément de celles mises en place pour favoriser l'accès des candidats locaux à l'emploi public titulaire des deux fonctions publiques susmentionnées. La loi du pays du 19 décembre 2016 prévoit certes l'organisation de deux concours externes distincts, l'un réservé aux candidats bénéficiaires de la préférence locale, l'autre réservé aux candidats de droit commun. Mais un examen attentif des dispositions textuelles révèle que le mécanisme offre de manière paradoxale aux employeurs publics la possibilité inverse de donner la priorité à l'excellence sur la résidence....

En premier lieu, c'est en effet au même jury que revient la charge d'apprécier les mérites respectifs des candidats éligibles à la préférence locale et de ceux qui ne le sont pas. Le programme des épreuves étant commun aux deux concours, on

---

[177] Alors même que la lecture de l'article 24 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie semblait laisser une porte ouverte à l'application de la préférence locale aux opérations de recrutement des agents contractuels dans la fonction publique d'Etat, v. sur ce point notre étude, G. Calley, « Préférence locale et accès aux emplois des administrations calédoniennes », *op. cit.*, p. 1548.

[178] Tel est le cas également du recrutement par voie d'intégration directe des fonctionnaires de l'Etat mis à disposition.

comprend que le lit est ainsi fait à l'appréciation comparative des mérites des candidats aux deux concours. Et on notera sur ce point que les dispositions de la loi du pays calédonienne permettent au jury de tirer les conséquences des écarts de niveaux en l'investissant de la faculté de modifier la répartition initiale des postes entre les deux concours selon la performance globale des candidats aux deux concours.

En second lieu, les candidats lauréats des deux concours sont seulement inscrits sur une liste d'aptitude. Cette inscription est certes indispensable à la nomination en tant que titulaire. Néanmoins, rien n'oblige un employeur à nommer dans l'emploi offert au recrutement un lauréat du concours réservé plutôt qu'un lauréat du concours de droit commun. La loi du pays n'a donc pas souhaité contraindre le processus de nomination. C'est dire au fond que l'avantage concédé en matière d'accès à l'emploi titulaire par la préférence locale produit au mieux des effets sur la réussite au concours mais n'engendre aucun privilège de recrutement.

En réalité, on le comprend, la préférence locale ne concerne véritablement en Nouvelle-Calédonie comme en Polynésie française que les opérations de recrutement contractuel. Mais là encore, l'intensité préférentielle des avantages concédés reste très relative. Les candidats locaux sont en effet avantagés sur la base d'un système de priorité sur les nouveaux arrivants qui ménage tout de même fortement le principe d'égalité. Tout d'abord aucun des systèmes n'interdit radicalement l'acte de candidature d'une personne non éligible à la préférence locale. A la vérité, seul son recrutement est susceptible d'être prohibé dans certaines circonstances. Mais cette mise à l'écart ne peut être régulièrement pratiquée qu'à « *égalité de mérite* » entre les candidats ou « *à égalité de compétences, compte tenu des qualifications et de l'expérience professionnelle requises* » pour occuper l'emploi[179]. Ces formules semblent à bien des égards introduire un biais dans l'application de la préférence locale. En tout cas, elles ne permettent pas d'écarter qu'un candidat éligible à la préférence locale et disposant des compétences requises pour occuper l'emploi puisse être évincé au profit d'un candidat non éligible plus qualifié que lui pour occuper l'emploi. De ce point, le recours à une formule indiquant que le candidat local est recruté en priorité dès l'instant où il dispose des « compétences suffisantes » pour occuper l'emploi aurait permis de lever le doute et d'accroître l'intensité préférentielle du dispositif. Ce n'est du reste pas un hasard si cette dernière formulation est privilégiée dans le cadre des revendications en faveur de l'institution en Corse d'un système de préférence locale[180].

---

[179] Voir sur ce point la rédaction très explicite de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française mais aussi les prises de position contentieuses et non contentieuses du Conseil d'Etat : Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Société Polynésie intérim et autres, n° 329047, Conseil d'Etat, 25 novembre 2009, Haut-commissaire de la République en Polynésie française, n° 328776, Conseil d'Etat, avis sur le projet de loi du pays relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, 17 novembre 2005, n° 372-237, Conseil d'Etat, avis sur le projet de loi du pays relative au soutien et à la promotion de l'emploi local, 2 avril 2009, n° 382-639.

[180] Voir sur ce point l'article 12 de la charte pour l'emploi local en Corse, disponible en ligne, https://www.corse.fr/impiegulucale/attachment/1546724/

Relatif, l'avantage procuré par la préférence locale peut aussi être parfois éludé par les employeurs.

III - Effectivité de la préférence locale à l'embauche

Parce qu'elle entame la discrétionnalité des opérations de recrutement, la préférence locale à l'embauche pose inévitablement la question de son application véritable par les employeurs. Pour garantir la mise en œuvre du privilège de recrutement qu'elles instituent, les lois du pays ont mis en place des mécanismes coercitifs dont l'efficacité reste cependant sujette à caution.

A - Création de mécanismes coercitifs

Les lois du pays applicables en Nouvelle-Calédonie ont prévu des procédures spécifiquement destinées à garantir la mise en œuvre par l'employeur de la priorité locale de recrutement. En Nouvelle-Calédonie, les employeurs qui souhaiteraient recruter un candidat non éligible à la préférence locale peuvent saisir aux fins d'avis une commission paritaire de l'emploi local chargée de recenser l'existence éventuelle de candidats éligibles à la préférence locale et dotés de compétences équivalentes (article Lp 451-12 du code du travail de Nouvelle-Calédonie). Mais le dispositif institué par les lois du pays du 27 juillet 2010 et du 18 décembre 2016 ne fait pas reposer l'effectivité de la préférence locale sur la seule recherche de la concertation. Par ailleurs, la direction du travail et de l'emploi de la Nouvelle-Calédonie dispose en effet du pouvoir d'infliger des pénalités à un employeur qui persisterait dans le recrutement d'un candidat au mépris de la priorité d'embauche reconnue à un autre (article Lp 451-15 du code du travail de Nouvelle-Calédonie).

En Polynésie française, l'intensité coercitive des procédures organisées par les articles Lp 2 et suivants de la loi du pays précitée relative à la promotion et à la protection de l'emploi local semble encore plus forte. Tout d'abord, « *toute offre d'emploi correspondant à une activité professionnelle soumise à une mesure de protection de l'emploi local fait l'objet d'un traitement préalable par le service en charge de l'emploi* ». Cette intervention préalable du service compétent en matière d'emploi ne s'impose certes pas lorsque l'employeur a recruté proprio motu un candidat éligible à la préférence locale. Mais, hormis ce cas, le traitement du dossier par l'administration entame la liberté de l'employeur de recruter en dehors de la préférence locale. Un tel recrutement n'est en effet possible qu'après établissement par l'administration de l'impossibilité de pourvoir l'offre par des bénéficiaires du privilège de recrutement ou après l'écoulement d'un délai d'un mois au cours duquel l'Administration a tout loisir de présenter à l'employeur des candidatures répondant aux exigences de la préférence locale. La loi du pays polynésienne prévoit de la même manière un arsenal répressif sous la forme d'amendes administratives en cas de recrutement au mépris des exigences découlant de la priorité locale d'embauche. Mais la mesure coercitive la plus remarquable consiste incontestablement dans les dispositions de l'article Lp 2 qui organisent l'impossibilité pour les employeurs de

percevoir des aides individuelles à l'emploi et à l'insertion professionnelle en cas d'embauche d'une personne non éligible à la préférence locale. Cette mesure qui ne distingue a priori pas selon que le recrutement de la personne non éligible est intervenu en présence ou non d'une candidature déposée par un candidat éligible semble à bien des égards excéder ce qui est strictement nécessaire à la promotion de l'emploi local. Elle ne parvient en tout état de cause pas à dissiper les doutes que l'on peut nourrir sur l'efficacité véritable de ces mécanismes coercitifs.

B - Efficacité limitée des mécanismes coercitifs

Tout d'abord, l'efficacité des mécanismes coercitifs mis en place dans les législations polynésienne et calédonienne est limitée par le fait même qu'ils se contentent de proscrire le recrutement ou, plus exactement, certains recrutements. Mais ils n'obligent aucunement l'employeur à recruter un candidat éligible à la préférence locale qui n'aurait pas emporté sa conviction sous le seul prétexte que celui-ci est investi d'une priorité de recrutement. Autrement dit, si la préférence locale s'oppose parfois au recrutement d'un candidat non éligible à la préférence locale, elle ne garantit nullement le recrutement des candidats qui y sont éligibles... Mieux encore, rien juridiquement n'oblige l'employeur à se séparer par voie de licenciement du candidat recruté en violation des règles de priorité locale à l'embauche. On l'a vu, les amendes ou les mesures de privation d'aides prévues dans les dispositions des lois du pays s'efforcent bien de dissuader l'employeur de conserver dans ses effectifs l'agent ainsi recruté. Mais l'impact financier potentiel de ces amendes n'est pas suffisamment important pour conduire systématiquement les employeurs à rectifier l'illégalité en licenciant l'agent recruté de manière illégale. Cela est particulièrement vrai en Nouvelle-Calédonie où la loi du pays a prévu par ailleurs que le licenciement d'agents recrutés en méconnaissance des règles de priorité locale de recrutement donnerait lieu au versement par les employeurs d'une indemnité de licenciement équivalent à 6 mois de salaire. La mise en balance des coûts associés à la régularisation et de ceux associés à la persistance dans l'illégalité pourrait dans certains cas être très favorable à la deuxième branche de l'option.

Ensuite, en Nouvelle-Calédonie comme en Polynésie française, le contrôle du respect par les employeurs de la préférence locale suppose que ces derniers transmettent préalablement à l'Administration leurs offres d'emplois. Or la pratique révèle qu'un nombre important de recrutements s'opère en dehors de toute transmission préalable de l'offre d'emploi au service administratif compétent. Le déclenchement des procédures coercitives supposera donc d'obtenir en premier lieu des employeurs le respect des procédures de transmission des offres d'emploi applicables dans ces deux territoires. Sinon, il y a fort à parier que la priorité locale à l'embauche ne s'appliquera pas faute pour l'Administration d'avoir eu connaissance de la vacance de l'emploi et de la mise en œuvre d'une procédure de recrutement.

Enfin, rien ne s'oppose au contournement par l'employeur des règles instituées pour garantir une priorité locale d'embauche. La méthode la plus habile consiste sans doute à recourir à l'externalisation des prestations. C'est ainsi que certains

d'employeurs contraints de renoncer à salarier un candidat non éligible pourraient chercher à le convaincre de collaborer à l'entreprise dans un cadre libéral.

L'institution d'une préférence locale à l'emploi en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie ne semble devoir présenter dans ces deux territoires qu'une portée limitée. Plus précisément, c'est moins sur le terrain économique que politique que les bénéfices d'un tel système sont attendus. Les propos d'Edouard Fritsch, Président de la Polynésie française, après l'adoption de loi du pays organisant dans ce territoire une préférence locale à l'emploi sont à cet égard très significatifs. Ce texte « a une portée psychologique sur ceux qui pensent que les Français volent les emplois des Polynésiens. Ce texte est notre réponse à ces allégations et va apaiser les esprits. C'est à ce prix-là que l'on aura la paix sociale »[181].
Si la préférence locale à l'emploi constitue le vecteur d'un maintien harmonieux d'un lien entre la métropole et ces deux territoires lointains du Pacifique, elle ne saurait constituer l'unique piste à explorer pour favoriser l'insertion professionnelle des populations locales concernées. L'amélioration de la formation des candidats locaux aux emplois pénuriques en est une autre dont l'évidence n'avait d'ailleurs pas manqué de retenir, par exemple, l'attention de la Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie dans un rapport du 9 octobre 2015 consacré à l'emploi public[182]. Et il ne faudrait pas à ce titre que la préférence locale à l'emploi serve dans ces territoires de prétexte à l'atténuation des efforts qui doivent être déployés dans ce domaine.

Au-delà des interrogations qu'elle peut véhiculer au sujet de son champ d'application, de son contenu, de sa régularité ou encore de son effectivité, la préférence locale à l'emploi semble devoir tôt ou tard être rattachée à une autre interrogation relative à sa transposition dans d'autres secteurs de la vie sociale. Cette logique appliquée au recrutement professionnel peut-elle en effet servir de source d'inspiration à la mise en œuvre d'autres mécanismes préférentiels destinés cette fois à avantager les populations locales dans l'accès au logement, à certains services publics voire à la propriété immobilière, comme cela a pu être organisé dans certains territoires finlandais, italien ou… corse[183] ? L'état du droit national s'oppose bien sûr à une telle transposition, y compris en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française[184]. Mais qui sait si l'implantation durable et réussie d'une préférence locale à l'emploi ne pourrait pas un jour servir de fondement à la mise en œuvre dans ces deux territoires habitués aux traitements juridiques spécifiques d'une préférence locale plus étendue ?

---

[181] Propos d'E. Fritsch retranscrits par Radio1 Tahiti, *https://www.radio1.pf/protection-de-lemploi-local-le-prix-de-la-paix-sociale-pour-edouard-fritch/*.
[182] Voir CTC Nouvelle-Calédonie, Rapport d'observations définitives concernant la gestion de la politique de la Direction des ressources humaines et de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie, 9 oct. 2015, www.ccomptes.fr/fr/documents/31183.
[183] F. Viangalli et P. Yolka, « Accès à l'immobilier et résidence en Corse », *AJDA*, 2019, p. 761.
[184] Voir tout particulièrement s'agissant de l'assujettissement de l'accès à la propriété immobilière en Corse à une condition de résidence, CAA Marseille, 3 décembre 2018, n° 16MA03760.

Seconde partie : droit privé et droit des personnes, modèles et évolutions

Geneviève PIGNARRE, Professeur de Droit Privé émérite, Université Savoie Mont Blanc, Faculté de Droit.

D'un modèle, l'autre : droits privés français et sénégalais. Un maillage étroit, sans maille à partir (?)

1 - Premières vues. Le tailleur est un homme inspiré[185]. Inspiré est celui qui fut à l'origine de ce beau colloque fondé sur une idée aussi forte qu'humoristique. Le tailleur a besoin de patrons, il taille, découpe, transforme, crée… des modèles. Il observe, analyse transforme ses modèles. Mais qu'est-ce qu'un modèle ?

2 - Définitions du modèle. Le modèle peut être appréhendé comme une « catégorie définie comme un ensemble de caractères et à laquelle peuvent se rapporter des faits ou des objets réels ». Une catégorie n'est telle que si elle est faite de critères, de la reproduction de la réalité concrète ainsi que de la contemplation de figures idéales que forgent et véhiculent l'histoire, la philosophie, les idéologies, la morale. Les modèles puiseraient à plusieurs sources matérielles, idéologiques, économiques, anthropologiques. Ainsi compris, les modèles concentrent en eux les orientations essentielles du régime juridique applicable aux situations qu'ils désignent.

3 - Modèle de quoi ? Modèles pour qui ? Il s'agit des modèles de législation, modèles dans la législation, pour nous, le Code civil, bien sûr, en droit des obligations, en droit de la famille aussi, portés le Doyen Roger Decottignies qu'on honore en ces jours. Nul n'ignore, en effet que l'illustre Doyen a participé à l'élaboration du Code civil sénégalais en général, et de celui de la famille en particulier. Modèle social également. Pourquoi s'autoriser cet appel au droit du travail ? Il ne suffit pas d'évoquer la postérité du louage de services, ancêtre du contrat de travail et le texte, aujourd'hui modifié, de l'article 1211 du Code civil sur le contrat à durée indéterminée ; j'ai pour moi le patronage d'un grand juriste. Dans son ouvrage sur les mondialisations du droit, Jean-Louis Halpérin[186] évoque les flux et reflux de l'ordre public social, mot clef du modèle social français, fer de lance de bien des pays européens.

4 - Annonce du plan. La question se pose de savoir jusqu'où ces flux et reflux ont aidé la découverte et l'implantation d'autres systèmes. En lien avec ce qui nous préoccupe aujourd'hui, on recherchera donc quel fut le destin des modèles du Code, hier, aujourd'hui, et à l'horizon de demain. Dans le système privatiste sénégalais, il est possible de discerner un modèle fait sur mesure, c'est le modèle civil (I), et un modèle réversible, c'est le modèle social (II).

---

[185] En théorie du droit, voir notamment, M. Badji, O. Devaux et B. Gueye (dir.), *Dire le droit en Afrique francophone*, *Droit Sénégalais n°11*, PUTC, Toulouse, 2013.

[186] J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.

I - Un modèle civil fait sur mesure

5 - Convergences des droits français et sénégalais. L'étude simultanée des droits français et sénégalais fait apparaître de grandes similitudes. S'observe dans chacun de ses droits la réception d'un modèle de type romano germanique. A cet égard, il est possible de parler à propos du second par rapport au premier d'une forme de « réappropriation affranchissante », en droit sénégalais, des concepts civilistes français (A). La convergence se poursuit - et va même au-delà - si l'on songe que, sous l'influence de la mondialisation des échanges, de l'européanisation puis de l'internationalisation des rapports commerciaux, l'influence, singulière au sein de chacun des deux droits concernés des droits de *Common law,* devient très prégnante (B).

A – Réception en droits français et sénégalais d'un modèle de type romano germanique

6 - Principe de continuité par rapport au droit issu de la colonisation. Au moment où les pays africains accèdent à la souveraineté internationale dans les années soixante, s'instaure un ordre juridique autonome dans chaque Etat. Optant pour le *statu quo,* les premières constitutions vont consacrer le principe de la continuité de la législation issue de la colonisation. Ainsi voit-on se manifester en droit sénégalais de fortes convergences avec son homologue français (1). Ce constat effectué, il importera de vérifier le degré de profondeur de l'implantation de ce modèle français en droit sénégalais (2).

1 - Réception du Code civil de 1804 en droit sénégalais

7 - Réceptions contrastées en droit des obligations et droit de la famille. En droit des obligations, le Code civil français est source de droit positif au Sénégal. On assiste à une véritable conservation du modèle français par acceptation volontaire (a). Mais si le droit des obligations et d'autres avec lui, -on songe au droit pénal-, cédèrent progressivement à l'assimilation juridique, le droit de la famille, lui, a résisté, et a même continué de le faire après la codification de 1972. Le Code de la famille a été le point d'achoppement des différentes conceptions juridiques de l'organisation des rapports familiaux et il constitue, de ce fait, un enjeu fondamental. C'est dire que les problèmes ne se sont pas posés de la même manière en droit de la famille sénégalais, lequel donne à voir un modèle contrasté, conjuguant continuité et changement (b).

a) Le Code civil des français : un modèle conservé par le droit sénégalais en droit des obligations

8 - Evolution sans révolution. Jusqu'au 1er janvier 1967, la théorie générale des obligations résultait au Sénégal du Code civil français promulgué par un arrêté du

Gouverneur auquel s'ajoutaient des dispositions spéciales aux obligations commerciales.

9 - La genèse du modèle en droit des obligations. Dès l'indépendance, le nouvel Etat sénégalais se préoccupa de se donner une législation nationale en matière de droit des personnes et des obligations. Sous la présidence du premier président de la Cour suprême, M. Isaac Forster, fut constituée une commission de rédaction de quinze membres. Un comité de rédaction fut désigné pour rédiger l'avant-projet[187]. L'Assemblée nationale adopta le texte et une loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 fut votée pour la partie générale du code des obligations civiles et commerciales, suivie en 1966 de la partie réservée aux contrats spéciaux.

On peut noter l'extrême vélocité de cette codification réalisée en quelques mois. Une des raisons majeures en est que le nouveau dispositif tirait l'essentiel de sa matière du droit antérieur ; le large consensus existant sur le principe même de la codification a aussi permis d'accélérer processus. Enfin, la croissance économique étant un impératif essentiel pour le Sénégal, il devenait nécessaire de vivifier la matière des contrats et des obligations qui intéresse, plus que tout, la vie économique d'un pays (et la France son principal partenaire commercial).

Le Sénégal est imprégné de la tradition juridique française, on connaît l'importance de l'influence de celle-ci ; il a donc l'expérience de la législation codifiée. La partie générale du Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) ne fait que reprendre sur de nombreux points les dispositions du Code civil en tenant compte de la jurisprudence qui l'avait dans une large mesure codifiée et complétée. Il importait de substituer aux mécanismes juridiques traditionnels des règles modernes inspirées des institutions européennes. A travers le droit civil français, c'est ainsi toute la construction romaine des obligations qu'a reprise le Sénégal.

A un degré moindre, le Dahir marocain formant Code des obligations, le Code civil allemand, le Code suisse des obligations, le Code civil italien (à qui le Sénégal a emprunté l'unification des obligations civiles et commerciales) et le Code civil éthiopien ont marqué eux aussi de leur empreinte les nouveaux textes.

10 - Le droit des obligations : un modèle utilisé en droit sénégalais[188]. En dépit des proclamations de principe professées par le gouvernement en place, le COCC s'inspire plus d'une conception individualiste que socialiste du droit contractuel. Le grand principe est celui de la liberté des conventions : l'homme détient par nature le pouvoir de créer des liens de droit, sa volonté est autonome, tous les individus sont sur un pied d'égalité formelle ; par contre, dans la partie réservée aux contrats

---

[187] Ce comité était composé des professeurs Decotignies, Chabas, Desprez et Benglia.

[188] Voir Tosi J.-P., *Le droit des obligations au Sénégal*, Bibliothèque africaine et malgache, 1981. R. Decottignies R., « Réflexions sur le Code civil sénégalais des obligations », *Annales africaines*, 1962, p. 171 et s., et « L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais », *Annales africaines*, 1964, p. 79 et s ; David R., « La refonte du Code civil dans les Etats africains », *Annales africaines*, 1962, p. 160 ; Farnsworth A., « Le nouveau code des obligations au Sénégal », *Annales africaines*, 1963, p. 73. Samb Adde Y., « La genèse du COCC. Entre legs colonial et réalités locales », *in* Ndiaye Isaac Yankhoba, Correa Jean-Louis et Aziz Diouf Abdoul (dir), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC), Cinquante ans après*, vol 1 et 2, Dakar, Credila L'Harmattan Sénégal, 2018, vol. 2, p. 513 et s.

spéciaux, est prise en compte l'inégalité concrète des contractants et/ou la coordination des intérêts des parties à l'intérêt général.

Le Sénégal ayant choisi les voies africaines du socialisme pour promouvoir son développement économique, il fallait en tirer des conséquences en droit privé, en tenant compte de l'existence et des effets du plan quadriennal de développement pour soumettre les activités économiques aux objectifs de la planification ; mais cette directive est restée un vœu pieu ; on n'en trouve pas de trace dans le COCC. Le Code sénégalais se présente donc comme un droit commun des obligations de facture classique, voire conservatrice ; avec des dispositions sur les contrats spéciaux d'esprit plus moderne, dirigiste. L'unification de principe des obligations civiles et commerciales n'est donc pas totale.

b) Le droit sénégalais de la famille : un modèle contrasté fait de continuité et de changement[189]

11 - Un modèle composite. S'il accède à la souveraineté internationale en 1960, le Sénégal ne se dote d'un code de la famille qu'en juin 1972. Quelques mots sur ce droit de la famille avant et après la codification de 1972 donneront une idée du modèle en forme de mosaïque du droit de la famille[190]. La famille africaine a subi plusieurs assauts au cours du temps. Si l'Islam ne l'a pas sérieusement menacée, la colonisation, en revanche, a été pour elle une étape difficile à franchir. Puis est venu le temps des indépendances, pendant lequel le droit traditionnel fut tellement secoué que l'on a pu dire que son glas avait sonné. Mais même pendant cette période difficile, sa résistance a été remarquable. Le droit traditionnel, lié à des mythes authentiquement africains, est également pétri de la religion musulmane, l'Islam s'étant implanté en Afrique au premier millénaire.

12 - Avant et après l'accession à la souveraineté nationale : force de la tradition. La tradition est singulièrement vivace en matière familiale. Cela s'explique par le fait que la conception africaine de la parenté est particulière dans ses fondements comme dans ses structures internes. Dès lors, tout législateur africain se doit de tenir compte de cette réalité et d'autres qui lui sont comparables.

La remarque vaut pour la période 1960 à 1972, que caractérise ce que l'on peut nommer le choix de la conciliation. Cette période est en effet marquée par une réflexion sur la gestion étatique des rapports entre les différents membres de la société au sein de la cellule familiale[191]. Les problèmes qui surgissaient dans tous les domaines étaient immenses. Il fallait très vite rattraper le retard accumulé sur le plan économique, politique, social. Il fallait également bouleverser les mentalités, ce qui était encore plus ardu.

---

[189] Pour une étude détaillée du droit de la famille au Sénégal, voir l'intervention de notre collègue Ndèye Coumba Madeleine Ndiaye publiée ci-après.

[190] Ces développements s'inspirent de l'étude de Ndiaye Y., « Le nouveau droit africain de la famille », *Ethiopiques*, n° 14, avril 1978.

[191] Ces développements s'inspirent de l'étude de Brossier M., « Les débats sur le droit de la famille au Sénégal. Une mise en question des fondements de l'autorité légitime ? », *Politique Africaine*, 2004/1, n° 96, pp. 78-98. Voir également de la même auteure, *Les débats sur la réforme du Code de la famille au Sénégal. La redéfinition de la laïcité comme enjeu du processus de démocratisation*, mémoire DEA, Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2004.

Les premiers temps de l'indépendance ont consacré une véritable « déroute » du droit traditionnel : deux catégories de Sénégalais persistent que ne distinguent plus leurs droits et leurs obligations, mais leurs façons d'être[192]. Roger Decottignies pouvait écrire dans son fameux « Requiem pour la famille africaine », « l'indépendance avait deux ans à peine lorsque sonna le glas de la famille africaine ». Mais la réalité fut cependant la plus forte et le législateur colonial français, conscient du fait que le droit traditionnel et le droit moderne étaient profondément opposés, a posé le principe du maintien des institutions privées traditionnelles en Afrique. Ceci a permis au droit traditionnel de résister avec succès. Toute cette législation qui fait une place de choix à la coutume, est donc intervenue à une époque où les pouvoirs publics rejetaient l'idée du principe de la conservation des coutumes locales et entreprenaient la réforme du droit sénégalais dans le sens de l'unification conformément aux prescriptions de la conférence de Dakar du 31 janvier 1961. L'idée force à ce stade était celle de la conciliation, terrain de choix de la tradition africaine[193]. Exemple symbolique, celui de l'institution de la dot au Sénégal, qui a eu une histoire fort tourmentée pendant toute la colonisation, et qui est aujourd'hui consacrée par le Code de la famille.

13 - Avec l'institution du code de la famille le 12 juin 1972[194] est institué un « compromis entre la tradition et la modernité ». Pour Monsieur Kéba Mbaye, le Code sénégalais, s'il devait être dansé, serait un chassé-croisé : deux pas en avant vers le droit moderne, un pas en arrière vers le droit coutumier. Rien d'étonnant à ce que, dans ce pays du dialogue « où naîtra la civilisation de l'universel », apparaisse une famille de tradition[195]. Résultat d'un travail d'élaboration consensuel, le Code aurait essayé d'opérer une synthèse « subtile » entre le droit moderne inspiré de l'école juridique française (ce qui lui sera amplement reproché), le droit traditionnel issu des coutumes locales, et le droit islamique émanant du Coran[196].

---

[192] L'article 10 de l'ordonnance N° 5056 du 14 novembre 1960 délimite les domaines respectifs de la loi et de la coutume : « En ce qui concerne leur capacité de contracter et agir en justice, l'état des personnes, la famille, le mariage, le divorce, la filiation, les successions, les donations et testaments, les citoyens ayant conservé leur statut traditionnel sont régis par la coutume ».

[193] Cette idée de conciliation a singulièrement inspiré le législateur colonial qui non seulement l'a maintenue mais l'a renforcée, en créant, en dehors des Tribunaux destinés à rendre la justice entre les parties de statut coutumier, des procédures de conciliation confiées à des chefs traditionnels. La loi reconnaissait même au Président du Tribunal assisté de deux assesseurs, le pouvoir de concilier les parties, c'est-à-dire de rapprocher les esprits, de réconcilier les hommes, selon les règles du droit coutumier. Le succès de cette procédure typiquement coutumière fut considérable. Ainsi se vérifie cette vérité éternelle rappelée par Solus : « ... le mérite de toute législation est essentiellement relatif. La meilleure loi est celle qui convient le mieux à l'état politique et social, aux besoins économiques, à la religion, aux mœurs du peuple dont elle doit régir les rapports juridiques ». Cité par Ndiaye Y., *in* « Le nouveau droit africain de la famille », *op. cit.*

[194] Le code de la famille a finalement été adopté au titre de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972. Le souci du gouvernement était de le « populariser avant janvier 1973 », selon le mot d'ordre lancé par l'Union progressiste sénégalaise (UPS).

[195] Ndiaye Y., *op. cit.* Plus récemment, N'Diaye M., *La réforme du droit de la famille. Une comparaison Sénégal-Maroc*, Montréal, PUM, 2016.

[196] À propos de ce projet, le ministre de l'Information de l'époque, Ousmane Camara, indiquait que « la mise en œuvre d'un Code civil sénégalais s'imposait donc par l'institution d'un droit de la famille unique, élément indispensable de l'élaboration de l'unité fondamentale de la nation ». Les dirigeants sénégalais ont pu affirmer que « l'oralité d'un système juridique et l'hétérogénéité des coutumes étant incompatibles avec l'accession à la vie internationale et les obligations du développement économique,

Le vote du Code de la famille devait mettre un terme au pluralisme de statuts issus de la période coloniale : statut de droit positif, statuts islamisés, statuts animistes et statuts chrétiens se mêlant alors de façon complexe. Le Code de la famille devait ainsi réaliser leur unification en conciliant le respect des principes proclamés par la Constitution, celui des règles religieuses considérées comme intangibles pour les croyants, et, celui, enfin, de certaines valeurs traditionnelles. Le législateur se devait de dégager des règles adaptées aux conditions de vie actuelle[197]. L'élaboration du Code de la famille a été ainsi marquée par une conception ouverte du droit : le texte regroupe, dans un même corpus, des articles valables pour l'ensemble de la population et d'autres correspondants aux convictions personnelles de chacun[198]. Quand il n'était pas opportun, ou possible, de mettre en cause le droit traditionnel[199], le législateur l'a fait cohabiter avec les règles du droit moderne. Cette législation voulait « révolutionner les habitudes des sénégalais »[200]. Ce code entend en effet moderniser les rapports au sein de la famille en impulsant la nucléarisation du noyau familial. On songe principalement aux questions d'état civil, de statut de la personne, liées au mariage (mono ou polygamique), à la dot, au divorce, à la filiation, aux successions et héritages.

2 - Les modèles du code civil sénégalais : le degré de profondeur de l'implantation

14 - Une implantation à géométrie variable. L'implantation du modèle français est très profonde du fait de la convergence étroite en droit des obligations entre droit français et droit sénégalais (a). En droit de la famille, à l'inverse, c'est une forme de pluralisme juridique qui prédomine, encore que… étant donné la complexité de la notion de « parenté ». Le degré de profondeur d'implantation n'est cependant plus du tout le même, tant le droit issu du législateur colonial cohabite avec le droit traditionnel plus résistant que jamais (b).

a) En droit des obligations, le droit sénégalais offre un modèle de convergence avec le nouveau Code civil français

15 - L'avenir du Code civil sénégalais comme source d'inspiration convergente avec la réforme du droit français des obligations. Certes, la cause subsiste en droit

---

l'élaboration d'un Code civil sénégalais est devenue absolument nécessaire ». « Code de la famille et … 794 mille tonnes d'arachides », *Afrique nouvelle*, n° 1284, 30 avril 1972.

[197] Gomis G. J., « Les députés ont commencé à examiner les 854 articles du code de la famille », *Le Soleil*, 31 mai 1972 : « De code de ce genre, le Sénégal n'en a jamais eu. C'est le Code civil français et le droit musulman qui réglaient nos vies, selon qu'on appartenait à la religion chrétienne ou islamique. Le 1er janvier 1973 marquera donc la fin de 142 années de présence du Code français et 1 393 années de présence du Code musulman » (cité par Brossier M., *in Les Débats sur la réforme du Code de la famille au Sénégal*, précité).

[198] Une partie du code de la famille est spécifiquement réservée aux populations musulmanes. On songe en particulier au droit des successions.

[199] Le droit traditionnel correspond au droit coutumier et au droit musulman tel qu'il est pratiqué au Sénégal. Le droit traditionnel est essentiellement musulman, au regard de l'ancienneté de la pratique islamique au Sénégal.

[200] Gomis G. J., *op. cit.*, Fonds documentaire du Journal *Le Soleil*, 31 mai 1972.

sénégalais, tandis que l'ordonnance de 2016 en France lui a substitué le contenu du contrat. Ceci étant, les points de convergence sont multiples. Pour exemple, lors du colloque intervenu en 2017 sur le COCC, 50 ans après l'adoption du Code civil sénégalais [201], le professeur Isaac Ynakoba Ndiaye proposait de développer l'obligation de loyauté à tous les stades de la vie du contrat, avec le déploiement dans l'orbite de celle-ci des obligations d'information et de renseignements. On ne peut s'empêcher d'établir des rapprochements avec les articles 1103 et 1112-1 nouveaux du Code civil, qui, respectivement, ont trait à l'obligation de bonne foi ainsi qu'à l'obligation générale d'information.

En droit de la responsabilité, il suggérait pareillement de faire figurer le principe de précaution dans la loi, à l'instar de son inscription dans la Constitution française ; il formulait le souhait de voir codifier la responsabilité du fait des produits défectueux, ce qui a été réalisé par l'ordonnance de 2016 ainsi qu'en matière de troubles de voisinage, à l'instar de ce que préconise le projet de réforme en droit de la responsabilité civile. L'on pourrait multiplier les exemples, à l'endroit de l'admission de la faute lucrative, de l'action de groupe, des dommages et intérêts punitifs…

Ainsi le COCC s'inspire, mais aussi, à l'occasion, se démarque-t-il, et parfois même devance-t-il le droit français.

b) En droit de la famille, le droit sénégalais offre-t-il un modèle de « pluralisme juridique »[202] ou de « triomphe du droit moderne »[203] ?

16 - Prudence et modération. Dès la proclamation de l'indépendance, le Sénégal a entrepris une œuvre législative de portée considérable. Mais malgré la position de tête qu'il occupe parmi les Etats africains en matière d'élaboration de codes, sa démarche, en droit de la famille, a toujours été caractérisée par la prudence et la modération. « Très tôt, reconnaît Monsieur Kéba Mbaye, l'unification des deux catégories de règles juridiques s'était amorcée ». Au lieu de mettre en parallèle les deux systèmes juridiques, chacun suivant sa voie propre indépendamment de l'autre, l'on a plutôt cherché à les mettre en convergence, à multiplier les points de contact entre le droit coutumier et le droit moderne.

17 - Le Code de la famille, loin d'être une victoire sans péril ?[204] Implicitement, le droit traditionnel finit presque toujours par rendre incohérente l'orientation du Code, comme le montre l'exemple de la disposition fondamentale sur la dualité des formes de mariage[205]. S'il avait été salué initialement pour son caractère innovant, le Code de

[201] Ndiaye I. Ynakoba, *Le Code des obligations civiles et commerciales, 50 ans après*, vol. 2, leçon inaugurale précitée, pp. 31 et s. De même Fall Adde Papa Talla, « Requiem pour le COCC ? », *ibid.*, pp. 3337 et s.

[202] Sidibé A. Sow, *Le Pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, Paris, LGDJ-Lextenso, 1992 ; Mbembe A., « L'Afrique entre localisme et cosmopolitisme », *Esprit*, n°10, oct. 2002, pp. 65 et s.

[203] Kouassigan K. A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, éd. A. Pedone, 1974.

[204] Ndiaye I. Y., « L'envers du droit traditionnel dans le Code de la famille », *Revue Burkinabè de droit*, 1996, n°29, pp. 55 à 72.

[205] L'article 114, alinéa 1er, du *Code de la famille* consacré à la dualité des formes, dispose que : « Selon le choix des futurs époux, le mariage peut être célébré par l'officier de l'état civil ou constaté par lui ou

la famille a progressivement été critiqué pour son inadéquation, tant aux nouvelles réalités socioéconomiques, qu'aux convictions religieuses de chacun. De ce fait, le Code va devenir le terrain d'affrontement entre un courant islamique et un courant positiviste. On peut distinguer trois périodes dans l'évolution des débats.

18 - Le temps de l'indulgence, tout d'abord (1973-1983). Le président Léopold Sédar Senghor demande aux Sénégalais d'en faire preuve, toute remise en cause de la loi étant considérée comme prématurée : « Chaque homme sénégalais doit, s'il en est besoin, faire sa révolution intérieure pour regarder le monde avec un œil neuf et se convaincre que l'homme et la femme sont des êtres égaux ayant la même dignité et, partant, des droits rigoureusement égaux ».

19 - Le temps du bilan critique, ensuite (1983-1987). L'anniversaire des dix ans d'application du Code a donné lieu à de nombreux colloques qui le critiquent sur un certain nombre de points, par exemple sur son « hypocrisie en ce qui concerne l'action en reconnaissance de paternité »[206], ou sur les dix causes légales de divorce retenues[207]. D'autres auteurs demandent la restauration « des cadis dans les tribunaux musulmans afin de juger les musulmans qui voudront s'adresser à eux »[208].

20 - Le temps des réformes, enfin (1989). Un projet de loi voté à l'Assemblée nationale en janvier 1989 modifie le Code de la famille et améliore certaines procédures afin de mieux protéger les intérêts légitimes de l'épouse. La polémique est relancée en 1996 autour du projet de loi limitant la polygamie à deux épouses, projet qui n'aboutira pas[209]. Depuis 1998, le débat semble s'être polarisé autour de la question de la puissance paternelle et de la revendication d'une autorité partagée entre les deux conjoints. Un projet de loi reconnaissant l'autorité parentale, et plus seulement paternelle, fut rédigé, mais finalement bloqué avec le changement de pouvoir en 2000.

21 - Perspectives d'avenir. Les débats sur le Code de la famille rendent caduque l'opposition formelle entre recours au droit coutumier/religieux et au droit étatique. L'acculturation par l'occidentalisation juridique du droit ne semble plus apte à rendre compte de la complexité des phénomènes liés à l'application du droit de la famille au Sénégal. Un projet de code de statut personnel applicable aux musulmans et devant se substituer au code actuellement en vigueur a été proposé au cours de l'année 2002 par le Comité islamique pour la réforme du Code de la famille au Sénégal (Circofs). Celui-ci est toujours en attente de publication.

---

son délégué, dans les conditions prévues par la loi. Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ». En vérité, selon M. Brossier, étude précitée, « l'article 114 laisse planer le doute : il régit la situation la plus simple, c'est-à-dire le choix de la forme civile de mariage, mais est mis en défaut lorsque le choix est autre. Les questions restent dès lors ouvertes : l'option en faveur du mariage coutumier est-elle donnée à tous les époux ? Comment observe-t-on une coutume ? Quelles sont les coutumes matrimoniales en usage au Sénégal ? L'expression 'observer une coutume' relève en effet d'une multiplicité de sens ». Sur cette question, Ndiaye I. Y., « L'envers du… », *op. cit.*

[206] L'enfant naturel n'est pas reconnu par les imams orthodoxes.

[207] Lire Niang M., « Dix ans après son adoption, le Code de la famille objet de controverses », Fonds documentaire du Journal *Le Soleil*, 24 janvier 1983.

[208] Diagne C., « Réajuster le Code de la famille », Fonds documentaire du journal *Le Soleil*, 28 février 1987.

[209] Le législateur avait institué une pluralité de régimes.

B – Influence en droits français et sénégalais d'un modèle de type *Common law*

22 - Un ou plusieurs modèles en droit des obligations ? Du fait de la commercialisation du droit, on assiste au sein des traditions privatistes à une progression spectaculaire des transplants juridiques. La mondialisation du droit du commerce international correspond à la fois à l'extension de règles communes à travers l'OMC, et à l'adoption dans les droits internes de règles de plus en plus souvent d'origine anglo-saxonne pour les législations relatives aux entreprises et à leurs activités. En droit français, comme en droit sénégalais, on assiste à la remise en cause dans l'un et l'autre système de la prééminence des modèles établis, au profit des modèles de droit de *Common law*. Pour autant, cette nouvelle vague de transplants ne signifie pas nécessairement uniformité. Nous constaterons ainsi que, sous cette influence prégnante, des structures, autres, se dessinent (1) ; de nouvelles logiques d'action se mettent en place (2).

1 - Des structures reconsidérées, modifiées, bouleversées

23 - Profils de mondialisation : des contrastes structurant les nouveaux piliers du droit des obligations. Les mondialisations des 19ème et 20ème siècles ont diffusé des modèles occidentaux qui sont à la source des règles utilisées dans le commerce international. De son côté la CVIM (Convention Internationale sur la Vente de Marchandises), ou les pratiques globalisées sur le commerce des marchandises, montrent que la convergence croissante vers un droit commun des obligations s'accommode du maintien des traditions privatistes, fortifiées par les particularités techniques de ces branches du droit - notamment du fait de leur lien avec la procédure civile -, et transmises par des doctrines nationales attachées aux concepts forgés à l'intérieur du système juridique considéré. Ces contrastes entre la circulation de principes communs qui servent d'assise juridique au commerce international et la persistance de traditions privatistes dans l'architecture du droit des contrats et de la responsabilité civile structurent ces deux piliers, étendus aujourd'hui à travers les deux nébuleuses qui les gouvernent : le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Il faut ainsi recoudre deux faces d'un même système dans le respect des catégories conceptuelles propres à chaque Etat, de la diversité des procédures ainsi que de leurs institutions judiciaires.

Sur la base de ces structures, le droit français, mais aussi le droit sénégalais par capillarité, sont considérés comme parmi les plus structurés sur la base de traditions anciennes.

24 - Que sont nos modèles devenus ? Modèles absorbés, modèles dépassés ? En matière de droit des obligations, l'exemple de la liberté économique est fondateur. Celle-ci suppose la liberté de contracter, de choisir son contractant (sous réserve de l'ordre public). La liberté du commerce et de l'industrie est reconnue de nos jours dans la plupart des pays du monde : chacun cherche à maximiser ses profits et limiter

ses pertes. En même temps, les Etats, même les plus libéraux, recourent à la régulation ; en ce sens, protection de la partie faible - consommateurs face aux producteurs -, loyauté de la concurrence - protection des victimes d'accidents de toutes sortes -, en constituent des illustrations topiques de façon à ce que les transferts de patrimoines ne se traduisent pas par une expropriation d'une des parties ou un enrichissement sans cause de l'un par rapport à l'autre.

2 - De nouvelles logiques d'action

25 - Atténuation des divergences de modèles. L'harmonisation des droits favorisée par l'Union Européenne se heurte parfois à la résistance des catégories nationales distinctes, en raison du double attachement de ces Etats à l'économie de marché comme à l'Etat Providence. Ces divergences existent, mais sont atténuées par une analyse fonctionnaliste : bien que différents, les systèmes européens tendent vers une logique de transplantation de modèles dont il faut analyser les facteurs (a), puis le contenu (b).

a) Les facteurs de transplantation des modèles : externalisation de la production normative

26 - En droit continental sous l'effet de l'acculturation des règles de Common law au sein de la famille romano germanique, on assiste à une remise en cause des modèles établis, sous l'effet des droits venu d'ailleurs. De nouvelles logiques se profilent : au caractère fragmentaire et sectoriel des instruments du droit de l'Union européenne touchant au droit privé, la doctrine a répondu en élaborant des instruments de droit prospectif, qui ambitionnent de construire le droit privé européen comme une branche du droit complète et cohérente. Ces codes savants, dont les principes européens de droit des contrats, et ceux élaborés, au plan international, sous l'égide de l'UNIDROIT, constituent l'archétype, imprègnent de plus en plus, le droit français des obligations.

27 - Les instruments européens et internationaux. Du *jus commune* aux codifications savantes en droit européen, le droit privé européen se construit progressivement, à la fois en tant que branche du droit, notamment à travers les instruments du droit de l'Union européenne, et en tant que discipline juridique, c'est-à-dire comme savoir juridique. Le rôle de la doctrine apparaît primordial dans cette construction[210]. Les projets publiés couvrent par exemple la théorie générale des contrats (*Principes du droit européen des contrats*, dirigés par O. Lando), le droit de la responsabilité civile (*Principles of European Tort Law*), voire tout le droit patrimonial (*Draft Common Frame of Reference*, dirigé par C. von Bar). La doctrine joue aussi un rôle dans la diffusion des concepts dans les différents systèmes juridiques (songeons par exemple à l'estoppel, aux intérêts négatif et positif, à la théorie des incombances...). Cette diffusion est favorisée par l'apparition de manuels, de cours, de diplômes consacrés au droit privé européen, alors même que celui-ci demeure très incomplet. Quelle que

[210] Ou reconstruction dès lors que le *jus commune* médiéval est considéré comme un précédent.

soit la manière dont celui-ci est envisagé, la doctrine tient ici un rôle essentiel de réservoir d'idées.

28 - Sur le plan international. L'Institut International pour l'Unification du Droit privé, « UNIDROIT »[211], est une organisation intergouvernementale ayant son siège à Rome, dont l'objet est l'étude des moyens et des méthodes destinées à la modernisation, à l'harmonisation et à la coordination du droit privé, et plus particulièrement du droit commercial. Il comprend 63 Etats des cinq continents, avec différents niveaux de développement économique, et représentants les différentes traditions juridiques. Il s'est donné pour objet d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles juridiques. Géré par un Conseil de direction, ses travaux sont menés par un groupe de travail.

Dans le *Préambule des Principes d'UNIDROIT* (version de 1994), ses auteurs ont déclaré qu'il existait des règles générales propres à régir les contrats du commerce international, qui s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat. Elles peuvent être mises en œuvre lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « Principes généraux du droit », la « *lex mercatoria* », dont la naissance remonte à Berthold Goldman ou tout autre formule similaire. De telles règles pourraient être utilisées afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit uniforme, et servir de modèle aux législateurs nationaux.

La *lex mercatoria* constituerait ainsi une méthode de solution des conflits du commerce international conçue par la pratique, sans qu'il y ait eu lieu de faire référence aux dispositions nationales. L'existence et l'effectivité même de celle-ci est néanmoins discutée en doctrine. Nombre d'auteurs lui reprochent, notamment, d'être incomplète et imparfaite, de constituer une organisation sans moyens, de par l'absence de coercition, et partant, de ne pouvoir disposer de dispositifs aussi efficaces que ceux des États[212]. Trait d'union parfait entre droits français et sénégalais, notons la préparation par l'UNIDROIT d'un « projet d'Acte uniforme OHADA » sur le droit des contrats, sous la direction de Marcel Fontaine, mais par la suite abandonné, car considéré comme étant trop pétri d'Unidroit.

29 - En droit africain du fait de la mise en place du Traité de l'OHADA[213]. Avec les lois post indépendance, le législateur africain veut moderniser le droit pour créer un

---

[211] L'adresse du site Web d'UNIDROIT est : https : //www. unidroit. org/.

[212] Notons que dans une procédure d'arbitrage qui concernait un différend portant sur un marché international, les parties qui avaient soumis ce différend à un arbitre, qui avait décidé que le litige serait réglé selon les seuls usages du commerce international. Il avait estimé que la « *lex mercatoria* » constituait le droit le plus approprié à la solution du litige à l'exclusion de toute loi étatique. La Cour d'appel saisie par l'une des parties d'un recours en annulation l'avait rejeté. Devant la Cour de cassation, cette partie avait reproché à la Cour d'appel d'avoir violé les articles 1496, 1502 - 3°, et 1504 du Code de procédure civile. En réponse au pourvoi, la Cour de cassation a estimé qu'en se référant à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre avait statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission. Dès lors, il n'appartenait pas à la Cour d'appel, saisie du recours en annulation ouvert par les articles 1504 et 1502 - 3°, du nouveau Code de procédure civile, de contrôler les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue ». Le pourvoi a été rejeté (Cass. 1ère civ., 22 octobre 1991, n°89-21528).

[213] Minkoa She A., « Le Code civil des français, un modèle utilisé dans les pays d'Afrique francophone », *in* Revet Th. (dir.), *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 523 et s.

environnement favorable au développement. L'avenir du droit africain doit ainsi être scruté à l'aune de l'avènement de l'OHADA (traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires). Comme l'indique son article premier, ce traité a été mis en place en vue de « l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption des règles communes et adaptées à la situation de leurs économies par la mise en œuvre des procédures judiciaires appropriées, par l'encouragement au recours à l'arbitrage simples, modernes, par le règlement des différends contractuels ».

Dans le COCC sénégalais, qu'ils le redoutent ou l'appellent de leurs vœux, les juristes ne peuvent que constater l'influence grandissante de ce droit de l'OHADA en droit positif. « Il exerce sans retenue son hégémonie acceptée par tous les Etats membres »[214]. Le Traité de l'OHADA est extensible à souhait : il suffit d'un acte uniforme et d'une décision unanime du conseil des ministres. Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure (art. 10 du Traité). C'est dire l'importance et l'ampleur qu'il est susceptible de revêtir par rapport aux législations des Etats membres.

30 - Les organes communautaires. L'UEMOA (Union Economique et Monétaire Ouest Africaine) limite la souveraineté des Etats adhérents, quand elle n'aboutit pas à son abandon. Pour exemple, en 2008, à la suite d'une directive de l'UEMOA, le Sénégal a adopté la loi uniforme du 3 septembre 2008 relative à la répression en matière de chèques, de cartes bancaires, instruments et procédés électroniques de paiement.

31 - La Fondation pour le droit continental. Sous sa houlette, et avec l'assentiment du secrétariat permanent de l'OHADA, a été confiée à trois professeurs (J. Issa-Sayegh, P. G. Pougoue et F. M. Sawadogo) la mission de concevoir un projet de texte en matière d'obligations, de preuve et de prescription. Celle-ci a abouti à la remise d'un « projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », remise au secrétaire de l'UNIDA (Association pour l'Unité du Droit en Afrique), le 9 décembre 2015[215]. Notons que les questions abordées par ce projet de texte uniforme dépassent largement le domaine du droit des affaires (voir par exemple, l'article 288 relatif aux responsabilités des parents du fait de leurs enfants). Les rédacteurs en ont eu conscience : « Le projet débordant très largement le domaine strict du droit des affaires pour cerner la vie juridique quotidienne, il y aurait alors quasiment un abandon général de souveraineté législative et judiciaire sur tout le droit des obligations, de la preuve et de la prescription, difficilement acceptable par tous les États membres de l'OHADA », tant et si bien que le projet pourrait prendre la forme « d'une loi-type à proposer aux États de l'OHADA ou aux

[214] Voir Likillimba G-A., « La codification du droit des obligations dans l'espace OHADA », *in* Ndiaye Isaac Yankhoba et *alii.*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 361 et s.

[215] Le projet de texte uniforme aborde le droit des obligations au sens le plus large qui soit. Il traite d'abord des sources de l'obligation (titre I) : contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits. Il envisage ensuite le régime de l'obligation (titre II) : les modalités de l'obligation, la cession des obligations, le droit à exécution, l'extinction des obligations, la prescription et la preuve des obligations. Il comprend, enfin, des dispositions relatives aux conflits de lois en matière d'obligations.

organismes régionaux d'intégration économique comme l'UEMOA et la CEMAC (Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale), lesquels pourraient (...) s'en inspirer à des degrés divers pour moderniser leur législation interne ou pour élaborer des règlements régionaux ». Autrement dit, ce projet n'est pas, à strictement parler, du droit OHADA.

Au vu de ces développements, un constat s'impose : le développement du phénomène d'intégration juridique semble irréversible. Sous l'égide de l'OHADA, ont déjà été uniformisés, le droit des suretés, le droit des sociétés. En droit des obligations *stricto sensu* existe, on l'a vu, un projet alternatif d'Acte uniforme... L'avenir seul dira si celui-ci est en sursis ou appelé à mourir de sa belle mort... Dans l'hypothèse de son intégration en droit positif, on assisterait à une véritable mutation-transformation dans le modèle de droit des obligations en droit sénégalais.

b) Le contenu des transplantations effectuées ou à effectuer

32 - Des similitudes et des rapprochements. L'inspiration venue des droits anglo-saxons s'observe, en droit français, depuis la réforme opérée en 2016 et achevée par la loi de validation du 20 avril 2018 ; en droit sénégalais, par la pénétration du droit de l'OHADA dans les législations nationales. On recensera rapidement quelques idées clefs, sachant que, ici, le droit sénégalais des obligations, par une sorte de « mimétisme à rebours »[216], a inspiré le droit français issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Les principaux objectifs du renouveau contractuel se matérialisent par :
- La recherche de la justice contractuelle, de l'utilité sociale du contrat, de son efficacité économique.
- La protection du contractant vulnérable.
- La consécration de concepts « mous » tels le raisonnable, la proportionnalité, la notion de déséquilibre significatif.
- La sécurisation des avant-contrats.
- La consécration du contrat d'adhésion (on en reparlera).
- La montée de l'unilatéralisme : possibilité de déterminer le prix de manière unilatérale dans les contrats de prestations de services.
- La transformation de l'office du juge, devenant un auteur et un acteur prééminent dans le débat judicaire.

En droit de la responsabilité civile, notons également la convergence de propositions entre les projets de réforme français et les préconisations de la doctrine sénégalaise, qu'il s'agisse de :
- L'admission de la responsabilité contractuelle.
- Des règles spécifiques au dommage corporel.
- De l'introduction des dommages et intérêts punitifs.
- De l'obligation de minimiser le dommage.

[216] Ndiaye I. Ynakoba, « Le Code des obligations civiles et commerciales, 50 ans après », leçon inaugurale précitée, p. 17, *in* Ndiaye Isaac Yankhoba et *alii.*, *op. cit.*

33 - Conclusion provisoire. Une fraction de la doctrine sénégalaise[217] craint un « risque d'attaque létale de l'OHADA » qui menacerait le COCC dans sa partie contractuelle. L'ultime attaque s'avèrerait même imminente, depuis la remise-présentation de l'avant-projet alternatif en droit des obligations[218]. Le Rapport de présentation du texte prévoit que « l'orientation générale est de réussir une conciliation entre liberté, sécurité et loyauté ». Le juriste français ne sera pas dépaysé par ce droit des contrats, qui présente de grandes similitudes avec celui retenu par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. C'est ainsi que l'on retrouve dans le projet de texte uniforme des notions qui nous sont familières telles que : la promesse unilatérale, le pacte de préférence, la violence économique, l'exécution en nature, l'anéantissement ou la révision pour imprévision, la sanction des clauses abusives, etc. On y croise même l'« objet » et la « cause » pour les nostalgiques…

II - Un modèle social réversible

34 - Influence primordiale du code du travail français. Après l'indépendance, le pilier législatif de base sénégalais était essentiellement constitué par la loi n° 61-34 du 15 juin 1961, portant Code du travail et plusieurs fois modifiée. En 1997, le code de 1961 a été complètement abrogé et remplacé par un nouveau texte.

Le droit du travail français sur lequel s'est calqué le droit du travail sénégalais avec l'avènement du Code du travail de 1972[219] constitue un idéal-type de modèle social. L'adoption des codes sénégalais marque le passage d'une période de négation totale du droit du travail à une phase positive et féconde. La France, premier pays à s'être doté d'un Code du travail, a élaboré au cours des codifications successives y étant relatives un socle de droits et garanties constituant la base de l'encadrement législatif moderne. Ce cadre commun aux droits français et sénégalais constitue un modèle de « patron » (A). Modèle de texture flexible, néanmoins (B), tant sa réversibilité conduit, sous l'effet des lois de la rentabilité et du profit, à son effritement.

A – Un modèle de « patron » : le cadre commun aux droits français et sénégalais

35 - Proximité des règles applicables. Ce ne sont pas seulement des rapprochements formels mais de véritables convergences de fond qui se manifestent lorsque l'on envisage l'encadrement des textes qui s'appliquent en droit du travail dans les deux pays étudiés (1). Eclatent en revanche de profondes divergences, dans la doublure intérieure, la « parmenture » respective, en quelque sorte, des droits français et sénégalais (2).

---

[217] Ndiaye Y. Ynakoba, Leçon inaugurale précitée.
[218] Cf supra n° 30.
[219] Voir Kanté A., *Droit social sénégalais, (Droit du travail, Droit de la protection sociale)*, Dakar, Credila l'Harmattan Sénégal 2017.

1 - De profondes convergences dans le bâti des pièces à coudre

36 - Droits d'ici, droits d'ailleurs. Les convergences repérées entre la France et le Sénégal se déclinent aussi bien lorsque l'on envisage les textes supranationaux applicables dans les deux pays concernés (a), que lorsque l'on se penche sur le modèle de contrat que constitue l'adhésion, désormais promu depuis la réforme du code civil (b).

a) Convergences situées dans le droit fil des accords supra nationaux

Des instruments européens

37 - La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs est une charte de l'Union européenne. Adoptée le 9 décembre 1980 lors du Conseil européen de Strasbourg, elle a été signée par les chefs d'État ou de gouvernement de onze des États membres de l'époque ; le Royaume-Uni alors dirigé par Margaret Thatcher a d'abord refusé de la signer, ce qui eut pour conséquence de ne pas la rendre juridiquement contraignante, jusqu'en 1998, date à laquelle ce pays l'a ratifié (constat qui doit compter désormais avec le retrait de ce pays de l'Union européenne). Cette charte est mentionnée à l'article 151 du TFUE (Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne)[220]. Cet article insiste sur la valeur politique de cette déclaration d'intention. La CJUE (Cour de Justice de l'Union Européenne) s'inspire, au demeurant, de cette charte dans sa jurisprudence.

38 - La charte sociale européenne est une convention du Conseil de l'Europe, signée le 18 octobre 1961 à Turin et révisée le 3 mai 1986 à Strasbourg qui énonce des droits et libertés et établit un système de contrôle qui garantit leur respect par les États parties. Entrée en vigueur en 1999, elle remplace progressivement le traité initial de 1961[221].

Cette Charte, établie de manière à améliorer la Convention européenne des droits civiques, énonce des droits sociaux fondamentaux, tels que le logement, la santé, l'éducation, l'emploi, les conditions de travail la réduction du temps de travail, le droit de grève, la convention collective, la rémunération égale à travail équivalent, l'allocation de maternité, la protection juridique et sociale, la circulation des personnes, la non-discrimination, la protection contre la pauvreté et contre l'exclusion sociale ainsi que les droits des travailleurs migrants et des personnes handicapées. Les États parties soumettent un rapport chaque année, dans lequel ils indiquent comment ils mettent en œuvre la Charte en droit et en pratique. Dotée d'une dimension supranationale, les pays signataires s'engageant à la respecter, la charte sociale européenne ne dispose néanmoins que d'une efficacité limitée en ce

[220] « L'Union et les Etats membres, conscients de droits sociaux fondamentaux tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989… ».

[221] Le protocole de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives (entré en vigueur en 1998) permet de saisir le Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS) de recours alléguant de violations de la Charte.

qu'elle ne peut adresser aux Etats concernés que des recommandations dépourvues de force exécutoire[222].

Des instruments internationaux

39 - Conventions et traités passés dans le cadre de l'ONU. Ces instruments internationaux ne visent pas spécifiquement le droit du travail mais ce dernier est concerné par elles. Ainsi des pactes de 1966 : Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP, entré en vigueur en 1976) et le Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels (PIDESC, signé et entré en vigueur en 1976). Le premier interdit le travail forcé, reconnaît le droit de se syndiquer, pose le principe de non-discrimination ; le second proclame le droit à gagner sa vie par le travail, le droit à la formation, à une rémunération équitable et égale entre hommes et femmes, le droit syndical, le droit de grève, l'interdiction du travail des enfants. Certaines de ses dispositions sont d'application directe.

A ces conventions s'ajoutent des conventions internationales passées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (OIT, laquelle siège à Genève), créée en 1919 par le traité de Versailles et devenue, en 1946, la première institution spécialisée des Nations Unies. L'OIT réunit les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs, dans le but de recommander des normes internationales minimales et de rédiger des conventions internationales touchant le domaine du travail[223].

40 - Répercussions en droit interne. On note des convergences importantes en ce qui concerne la décentralisation et la promotion du dialogue des partenaires sociaux, l'instauration de mesures favorables aux travailleurs par la mise en œuvre du très important principe de faveur. En droit sénégalais, des sources autres que l'OIT existent au plan multilatéral, avec la mise en place de multiples organisations régionales ou sous-régionales de type communautaire. Avec les mouvements de réforme et de rationalisation de ces organisations internationales, certaines ont disparu (CEAO), tandis que d'autres ont été portées sur les fonts baptismaux (exemples types : l'OHADA et l'UEMOA, Union Economique et Monétaire Ouest Africaine)[224].

---

[222] De plus, les représentants du CEDS sont élus par les représentants du Conseil des ministres (représentants des ministres des Affaires étrangères des États membres) dont le travail prépare celui du Comité gouvernemental représentant les chefs d'État, qui n'est pas une institution communautaire et ou la supranationalité ne s'exerce que fort peu.

[223] L'OIT comprend une conférence générale annuelle, un conseil d'administration composé de 56 membres (28 représentants des gouvernements, 14 des employeurs et 14 des travailleurs) et le Bureau International du Travail (BIT) qui assure le secrétariat de la conférence et du conseil. Le pouvoir du BIT est très limité : il consiste à publier un rapport annuel et regroupe surtout des économistes et des statisticiens. Leurs rapports défendent depuis quelques années l'idée que le chômage provient d'un manque de croissance (de 5% dans les années 1960 à 2% aujourd'hui), lui-même suscité par une baisse de la demande. Son remède est celui d'un consensus mondial sur un modèle vertueux de croissance économique, ainsi que sur des réflexions stratégiques au niveau national (du type hollandais par exemple).

[224] Au plan bilatéral, les pays africains francophones ont conclu beaucoup de conventions en matière sociale, conclues avec l'ancienne puissance coloniale pour régler les problèmes relatifs au mouvement de migration des travailleurs, ou avec d'autres pays africains dans le but de réguler les mouvements de travailleurs, de coordonner les législations sociales ou de régler des problèmes imposés par la nécessité

b) Convergences affirmées par le biais du modèle du contrat en droit civil et en droit du travail

41 - Consécration par le Code civil du contrat d'adhésion comme modèle de contrat entre le fort et le faible. Alors même que le contrat de travail est par principe un contrat d'adhésion, le nouvel article 1110 du Code civil dispose dans sa rédaction définitive : Le contrat de gré à gré est « celui dont les stipulations sont négociables entre les parties », tandis que le contrat d'adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ce texte élargit la définition du contrat d'adhésion à tous les contrats comportant « un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Pareille définition est d'une très grande importance[225]. Il n'est plus possible, aujourd'hui, de soutenir que la catégorie des « contrats d'adhésion » se réduit aux seuls « contrats de masse », proposés par un professionnel à une multitude de contractants potentiels.

Cela a été souligné car, d'une part en effet, le critère de la négociabilité a succédé à celui de la négociation pour faire le départ entre les contrats de gré à gré et d'adhésion, et d'autre part, il n'est plus fait référence aux conditions générales s'agissant du contrat d'adhésion, désormais défini comme celui « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Le domaine des contrats d'adhésion s'en trouve considérablement élargi. Il est désormais clair que ce n'est pas tant la présence d'une négociation effective que la possibilité de négocier ou non qui permet de distinguer les deux catégories de contrats. S'il est une raison d'être première à une réforme du droit des contrats, elle réside dans l'intégration, dans le droit commun, de la figure des contrats structurellement déséquilibrés et des règles générales qui lui sont propres[226]. La consécration légale du contrat d'adhésion participe de la recherche de « justice contractuelle » qu'ont entendu promouvoir les initiateurs de la réforme.

Inspirée par les travaux de Monsieur Thierry Revet, mais plus radicale encore, l'analyse de Monsieur Nicolas Clément place le contrat d'adhésion au centre du modèle contractuel mis en place par les réformateurs. Ainsi note-t-il que « la sauvegarde du contrat de gré à gré n'a d'autre conséquence que de préserver un champ d'application plein et entier à l'autonomie de la volonté, de la même manière que Salleiles avait proposé, en son temps, de tenir la situation de l'adhésion à l'écart du contrat. L'hétéronomie figure bien davantage l'émanation du dirigisme ; un droit modelé par et pour le contrat d'adhésion ». Il nous semble donc que la réforme

---

d'asseoir un bon voisinage. Elles peuvent enfin avoir pour objet d'adapter et d'appliquer les conventions multilatérales aux réalités particulières des pays concernés. De nombreux accords de bilatéraux de coopération culturelle, scientifique, technique, économique et commerciale peuvent contenir des dispositions relatives aux conditions de séjour, d'emploi et de travail, des travailleurs étrangers.

[225] Sur cette notion observée par la doctrine, notamment, Chantepie G. et Latina M., *op. cit.*, n° 228 ; Chénedé F., « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil », *JCP* 2016, 776, pp.1334 et s. ; Revet Th., « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016. 5, spéc. p. 9 ; Mercadal B., *op. cit.*, n° 151 et s.

[226] Revet Th., « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », préc., n° 9.

entérine un changement du modèle du contrat. Par suite, ce ne serait pas l'adhésion qui, comme l'a suggéré Monsieur Thierry Revet, constituerait « l'avant-garde d'un droit des contrats structurellement déséquilibrés » ; ce serait « ce droit des contrats structurellement déséquilibré qui constituerait l'émanation d'un droit de l'adhésion » Ainsi conçu, le contrat d'adhésion pourrait bien devenir le contrat du droit commun »[227].

42 - Police des clauses abusives dans les contrats d'adhésion. L'article 1171 nouveau du Code civil offre la possibilité d'éradiquer les clauses abusives en ces termes : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». La lecture de ce texte retient l'attention. Perce ici une nouvelle convergence, si l'on songe que la jurisprudence en droit social place le contenu du contrat sous haute surveillance. Ainsi a-t-elle instauré progressivement un droit des clauses du contrat de travail à partir duquel les juges s'efforcent de traquer les dispositions qui, d'une façon ou d'une autre, s'avèreraient disproportionnées ou contraire à la finalité et au but recherché[228].

2 - De nettes divergences dans la parmenture des droits du travail sénégalais et français

43 - Flexibilisation croissante du droit français par rapport au droit sénégalais. Même si, à l'image du droit français, le droit sénégalais connaît depuis une vingtaine d'années un renforcement des mesures de flexibilité, on note de réelles différences et contrastes entre les deux droits. Les premières s'apprécient à l'aune du principe de faveur (a), les seconds s'évaluent au regard du pacte citoyen fondé sur le dialogue social (b). Qu'en reste-t-il désormais ? Quasiment abandonné en droit français, ne sont-ils pas menacés en droit sénégalais ?

a) Un modèle résiduel en droit français : le principe de faveur

44 - Domaine résiduel du principe de faveur. En droit français, la règle de faveur est appliquée comme mode de résolution des conflits, fonctionnant sur le mode d'inversion de la hiérarchie des normes : entre deux règles potentiellement applicables, est choisie celle qui est la plus favorable aux salariés, fut-elle placée dans une position

[227] Clément N., *Contribution à la pensée juridique des sources d'obligations. Etude de doctrine à l'heure de la réforme du Code civil*, thèse soutenue à l'USMB 6 septembre 2018 n°s 88-89, pp. 171 à 174.

[228] Conformément à l'article L.1121-1 du Code du travail, aux termes duquel : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

hiérarchiquement inférieure à celle qui n'est pas retenue. Pour la Cour de cassation, c'est un principe fondamental du droit du travail[229].

Mais depuis une quarantaine d'années, progressivement mais sûrement, le principe de faveur ne cesse de s'amoindrir. Dès 1978, Gérard Lyon-Caen parlait à ce sujet de l'effondrement du droit du travail ; on en jugera en évoquant la notion « d'« ordre public » en droit du travail, tout à fait particulière à la France, difficilement séparable de la règle de faveur. Trois catégories d'ordre public sont classiquement répertoriées en droit du travail : l'ordre public absolu, l'ordre public social et l'ordre public dérogatoire. *Brevitatis causa*, le premier pose un certain nombre de règles auxquelles l'on ne peut déroger (ni favorablement ni défavorablement) ; le second fixe un plancher législatif au conventionnel dont les parties peuvent s'écarter mais uniquement dans un sens favorable au salarié (*in melius*) ; le troisième fixe un seuil auquel les parties peuvent déroger défavorablement (*in pejus*). L'ordre public social au temps de la prospérité et de la croissance (songeons aux « Trente glorieuses » allant de l'après seconde guerre mondiale jusqu'aux premiers chocs pétroliers des années soixante-dix) a constitué l'ordre public de base au sens du droit du travail, les parties par le truchement de la convention collective ou/et du contrat de travail visant à améliorer le minimum législatif.

Les temps ont bien changé depuis lors. Sous l'effet de la montée croissante du chômage, des mutations économiques et technologiques, de la concurrence mondialisée, le législateur a introduit une flexibilité, permettant aux entreprises, d'adapter, par le truchement des négociations dites de concession, voire de déroger *in pejus* aux règles légales. Sous ces différents coups de boutoir, la part réservée à l'ordre public dérogatoire, initialement cantonnée aux règles sur la négociation du temps de travail, s'est nettement accrue, celle réservée à l'ordre public social devenant, corrélativement, résiduelle[230]. La loi n° 2016-1088 du 8 juillet 2016, loi Pénicaud, dite « loi travail » relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels , et, un an plus tard, les ordonnances dites « Macron » en date du 22 septembre 2017[231], illustrent de manière topique, cette évolution.

Aujourd'hui, si ce principe demeure dans les rapports entre la loi et la convention collective (art. L.2251-1 C. trav.) et entre la convention collective et le

---

[229] Cass. soc.17 juill. 1996 ; 7 mars 2001, Bull. civ., n° 106 ; mais le Conseil constitutionnel refuse de lui reconnaître une valeur supra-législative : Cons. Const. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC ; GADT, n° 181 ; Cass. soc 29 janv. 2014, n° 13-400.67 (P+B) : non transmission d'une QPC fondée sur le principe de faveur. Pour le Conseil d'Etat, c'est un principe général du droit (1973).

[230] On distingue désormais, à ce jour, dans la partie consacrée au temps de travail : l'Ordre public, le champ de la négociation collective, les règles supplétives. Il est possible de déroger (favorablement ou défavorablement) aux règles d'ordre public par voie de convention collective, sauf quand le législateur précise nommément qu'une telle possibilité est exclue. Quant aux règles supplétives, elles s'appliquent à défaut de précisions conventionnelles.

[231] Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ; Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective. Ces ordonnances ont été validées par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018. [231] Sur le principe de faveur en droit sénégalais, voir Issa-Sayegh J., *Droit du travail sénégalais*, NEA LGDJ, Dakar, Abidjan, Lomé, Bibliothèque africaine et malgache, n° 42, 1987.V. aussi, O. Ndiaye, la crise du droit du travail au Sénégal, mémoire présenté sous la dir., de M.-P. Rokhayatou Sarr Traore, année 1994-1995.

contrat de travail (art. L.2254-1 C. trav.), le législateur (surtout en 2016 et 2017) apporte toujours de nouvelles exceptions, toujours de nouvelles atteintes, et ce particulièrement en permettant par voie d'accord collectif d'entreprise de déroger *in pejus* aux règles de l'accord de branche, voire de la loi.

b. Un modèle en discussion : le dialogue social dans tous ses états

45 - En droit français : un modèle plus performatif qu'effectif. L'article 1er du Code du travail est consacré au dialogue social mais n'a aucune force obligatoire : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence ».
46 - En droit sénégalais : un modèle fortement institutionnalisé mais faiblement intériorisé[232]. En droit sénégalais, le dialogue social est institutionnalisé à travers deux instruments :
47 - La Charte nationale du dialogue social. Signée le 22 novembre 2002[233], elle résulte d'une convention entre l'Etat, les employeurs et les travailleurs en vue d'instaurer, de façon permanente, le dialogue social dans les relations professionnelles En 2009, un comité de dialogue social est institué dans chaque entreprise. Un code de conduite énonce les règles de procédure à respecter pendant le déroulement du dialogue social.
48 - Le Pacte national de stabilité sociale et d'émergence économique. Il a été signé le 15 avril 2014 par dix-neuf parties représentant les employeurs et les travailleurs et par le gouvernement. Conclu pour une durée de trois ans, et ouvert à tous les partenaires sociaux, il exprime la volonté de tous de créer les conditions optimales d'un dialogue social. En lien avec ce pacte, existe le Haut Conseil du Dialogue Social.

[233] Cisse M. et Diop A., *Le dialogue social au Sénégal*, Etude nationale BIT, 2004 ; Diop M., *Flexibilité de l'emploi en droit français et sénégalais*, Thèse de droit, Grenoble, Nov. 1996.

B- Un modèle de texture flexible : plis et surplis de l'ambiguïté et de la contradiction du droit du travail français

49 - De l'hétéronomie à l'autonomie (collective). Produit d'une sédimentation historique longue, le droit du travail a connu des périodes de flux et de reflux. Il connaît, au tournant du 20ème siècle, une période d'épanouissement, déployant ses fonctions en direction de la santé des salariés, de la rémunération et du salaire, ainsi que de la protection des travailleurs en cas de perte de revenus. Puis sous l'effet des chocs pétroliers et de la décroissance, de la mutation des modes de production, la flexibilité a pénétré le droit du travail, avec le développement des contrats précaires, et l'amélioration des conditions de travail a cédé devant la lutte contre le chômage et l'exclusion. Depuis une trentaine d'années, l'incitation légale à la négociation collective s'est considérablement développée. Mais le passage de l'hétéronomie à une forme d'autonomie collective peut engendrer le meilleur comme le pire. La convention collective n'est plus seulement un mode de création d'avantages nouveaux, elle constitue de plus en plus la voie d'une destruction possible des protections légales. Elle est aussi devenue un outil de flexibilisation des conditions d'emploi et de travail. Parallèlement, la convention collective d'entreprise a été favorisée au détriment de la convention de branche, ce qui a encore renforcé la fonction gestionnaire de la convention collective, au détriment de celle, historique, d'égalisation et d'amélioration de la condition salariale. Les réformes les plus récentes issues des lois travail de 2016 et des ordonnances dites Macron, de 2017, ont accentué ce processus déjà largement amorcé. Pour le dire avec les mots du colloque et rester dans l'esprit qui nous anime, s'opère désormais une sorte de détricotage du droit du travail (1), lequel pourrait bien être sacrifié sur l'autel d'un tout puissant droit du marché (2).

1 - Le détricotage du droit du travail

50 - Risques de disparition du modèle social traditionnel français. Les évolutions des dernières années montrent qu'il existe des risques avérés que ne disparaisse le modèle social français, longtemps chef de file d'un droit progressiste (a). En droit sénégalais, ce ne sont que des risques potentiels qui, du fait de la flexibilisation croissante du droit du travail au Sénégal, pourraient compromettre le modèle social chèrement acquis (b).

a) Les risques avérés en droit français : l'anti-modèle véhiculé par la loi travail puis par les « ordonnances Macron »

51 - Dans les relations individuelles, le choix a été fait de se focaliser sur la barémisation des indemnités en cas de licenciement. Pourquoi ? Parce cette nouvelle disposition illustre de manière topique l'internationalisation du droit pour une question précise qui concerne la rupture du contrat de travail. Également, parce que la France comme le Sénégal sont concernés par au moins un de ces textes. L'article

L.1235-3 du Code du travail institue un plancher et un plafond de rémunération qui varient en fonction de l'ancienneté[234].

52 – Un barème de montants planchers spécifiques aux TPE (très petites entreprises). Par dérogation au barème de base, des planchers d'indemnisation moins élevés sont appliqués lorsque le licenciement est opéré dans une entreprise de moins de onze salariés[235]. Notons que ces planchers dérogatoires ne valent que pour un salarié ayant, au plus, dix ans d'ancienneté. Au-delà, il convient de suivre le barème « général », soit trois mois de salaire minimum.

53 – Les cas d'exclusion du barème. Ces barèmes d'indemnités ne s'appliquent pas en cas de licenciement nul. Dans ce cas, le salarié, s'il ne demande pas à réintégrer l'entreprise ou si la réintégration est impossible, a droit à une indemnité d'au moins six mois de salaire. Aucun plafond n'est prévu. Les cas de nullités sont ceux prévus à l'article L.1235-3-1 modifié du Code du travail. Il s'agit : de la violation d'une liberté fondamentale, entendue comme une atteinte au droit de grève, au droit d'ester en justice ou à la liberté syndicale selon le rapport joint à l'ordonnance ; des faits de harcèlement moral ou sexuel ; d'un licenciement discriminatoire ; d'un licenciement faisant suite à l'action en justice du salarié en matière d'égalité professionnelle ; d'un licenciement faisant suite à la dénonciation par le salarié de crimes et délits ; de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ; de la protection attachée au congé de maternité ou de paternité et au statut de victime d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

54 – La modulation de l'indemnité prud'homale en fonction de l'indemnité de licenciement. Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte des indemnités de licenciement versées par l'employeur[236]. Autrement dit, si le salarié licencié abusivement a perçu une indemnité de licenciement élevée, le juge peut minorer en conséquence le montant de l'indemnité prud'homale.

55 - Clore le débat ? Conventionnalité ou inconventionnalité des barèmes prévus ? Un débat essentiel s'est instauré sur la conventionnalité ou l'inconventionnalité de ces dispositions, sachant que le Conseil constitutionnel a considéré qu'elles n'étaient pas inconstitutionnelles[237]. Les juges prud'homaux n'adoptent pas une interprétation uniforme[238]. S'appuyant directement sur l'article 24 la charte sociale européenne, le Conseil des Prud'hommes de Troyes, a admis le 13 décembre 2018, l'effet direct de la Convention pour condamner un tel barème. Il se fonde également sur la décision du comité européen des droits sociaux ayant déjà condamné un barème comparable à

---

[234] Ainsi, avec un an d'ancienneté, la fourchette va de, un mois de salaire brut au minimum, 2 mois de salaire brut, au maximum. A l'autre extrémité, pour une ancienneté égale ou supérieure à 30 ans, la fourchette est de 3 mois au minimum, 20 mois au maximum. Pour envisager l'intégralité des barèmes, on se reportera à l'article L 1235-3 C. trav.

[235] C. trav., art. L. 1235-3 modifié.

[236] C. trav. art. L. 1235-3 modifié.

[237] Est ici en cause le principe de réparation intégrale. Mais on sait qu'il n'a pas de valeur constitutionnelle, les sages de la rue Montpensier ayant considéré que les dispositions sur les barèmes ne sont pas contraires à la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'est, au demeurant, livré à un contrôle des plus superficiels, mais depuis 2008, il refuse de vérifier la conformité des lois aux textes Conventionnels.

[238] C. Prud'hs du Mans 26 sept. 2018, jugement n° 17/00538.

celui de la loi française comme portant atteinte au principe de réparation intégrale[239]. Ces planchers et plafonds s'imposent au juge**.** En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, si le salarié ou l'employeur refuse une réintégration dans l'entreprise, le juge accorde au salarié une indemnité dont le montant est compris entre les planchers et plafonds fixés dans le tableau ci-dessous, en fonction de l'ancienneté du salarié[240]. Ce barème est aussi appliqué en cas de résiliation judiciaire du contrat de travail ou de prise d'acte du contrat de travail jugée aux torts de l'employeur[241]. L'indemnité prud'homale peut se cumuler, le cas échéant, avec les indemnités versées en cas d'irrégularité en matière de licenciement économique, dont certaines sont par ailleurs diminuées par l'ordonnance, mais dans la limite des montants maximaux prévus par le barème[242].

56 - Avis rendus par la Cour de cassation. Réunie en formation plénière et solennelle le 17 juillet 2019, la Cour de cassation a rendu deux avis, n°15012 et n°15013[243], favorables au barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, dit « barème Macron ». La haute juridiction a ainsi considéré que le barème institué fixant un plancher, mais surtout un plafond, en cas de licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, est conforme aux textes internationaux ratifiés par la France.

On sait que les Avis rendus par la Cour de cassation ne sont pas dotés de force obligatoire. L'article 441-13 du Code de l'organisation judiciaire disposant que : « l'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande ». Les juridictions inférieures sont donc libres ou non de les suivre. Ceci explique-t-il cela ? Le Conseil de prudhommes de Grenoble, saisi de cette question, a rendu un jugement le 22 juillet 2019 s'affranchissant du contenu de ces Avis[244], et a fait œuvre de résistance. Il a ainsi écarté le barème « afin de permettre une réparation adéquate au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT ». Il reviendra à la Cour de cassation, le jour où elle sera saisie sur le fond et non plus simplement sollicitée pour avis, de confirmer sa position. Mais quelle que soit sa réponse – aisément prévisible compte tenu de la teneur des Avis -, les juridictions du premier et second degré pourront toujours, sans méconnaître les règles du Code de l'organisation judiciaire, se fonder

---

[239] Cons. Prud,hs de Troyes 13 déc. 2018, jugement n° 18/00036. V. dans le même sens, C. Prud,hs de Lyon, jugements n° 21/122018, n° 18/01238 ; C. Prud'hs de Montpellier 17 mai 2019, jugement n° 18/00152,

[240] C. trav. art. L. 1235-3 modifié.

[241] C.. trav. art. L. 1235-3-2 nouveau.

[242] C. trav. art. L. 1235-3 modifié.

[243] V. Dalloz actualité, 18 juill. 2019, et les observations de T. Coustet. Dans son avis n°15013, le plus complet, la haute juridiction considère que : « Les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers. Les dispositions précitées de l'article L. 1235-3 du Code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail. »

[244] Cons. Prud. 22 juill. 2019, jugement n° 18/00267.

sur le droit communautaire et européen pour contester la validité et/ou la conventionnalité des barèmes en cause[245].

57 - Dans les relations collectives, le choix a été fait de mettre l'accent sur l'articulation des conventions collectives en concours. La négociation collective peut être pour l'employeur un utile moyen d'éviter la protection des travailleurs. Ainsi par principe et sauf exception dûment répertoriée, l'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche même s'il est moins favorable.

b) Les risques potentiels en droit sénégalais

58 - La négociation collective en devenir ? Du côté du Sénégal, il n'existe pas à ce jour de négociation obligatoire comme cela a été instauré en droit français. La négociation de concession, avec la possibilité de déroger *in pejus*, n'a point encore vu le jour. Le législateur sénégalais n'a pas élaboré de loi se rapprochant de la « Loi travail » ou des « ordonnances Macron ». Quel sera le devenir pour la négociation collective au Sénégal ? Si l'on en croit une doctrine autorisée[246], les risques d'une flexibilisation à outrance avec les conséquences qu'on lui connaît ne sont pas à exclure. L'internationalisation des relations professionnelles s'inscrit dans une évolution qui semble inéluctable et à sens unique.

2) Le droit du travail sacrifié au droit du marché

59 - Marché du travail et « managérisation » de l'entreprise. Le droit du travail, rouage des politiques publiques, remplit à leur égard le rôle de relais. Ce trait qui s'est accentué au fil des difficultés économiques et de la conjoncture a engendré l'instrumentalisation du droit du travail au service des politiques de l'emploi afin de résorber le chômage, devenu un fléau national. Sur ce socle s'est construit et a prospéré un véritable droit du marché du travail, mais qui s'est fait au détriment des règles protectrices fondatrices du droit du travail (a). Parallèlement, le tout économique, l'américanisation des modes de gestion du personnel a entraîné une véritable « managérisation » de l'entreprise fonctionnant principalement par le biais des outils de gestion (b).

a) Le droit du travail corrodé par un droit du marché du travail

60 - Apparition d'un droit du marché du travail. Le droit du travail est modifié pour fluidifier le marché du travail, ce qui mécaniquement entraînerait plus d'embauche ou moins de précarité. Ainsi, pour les tenants de cette théorie, au nom de l'idéologie libérale, la rupture du contrat réduirait le nombre de chômeurs. Même le contrat est

[245] Notons cependant que la Présidente de la Cour d'appel de Reims, Mme Christine Robert-Warnet, a fait part à l'audience statuant sur ce problème en référence au jugement du Conseil de de Prud'hommes de Troyes, de sa volonté de « prendre connaissance de l'avis de la Cour de cassation avant de statuer » (v. Dalloz actualité du 25 juin 2019, obs. de T. Courtet préc.). Les arrêts à venir seront-ils de nature à juguler la nouvelle fronde qui s'annonce ? La question est posée.

[246] Voir l'intervention de M. Bachir Nyang dans la présent colloque.

instrumentalisé au service de cette idéologie, avec la croyance également que la réglementation applicable au contrat de travail est déterminante dans le niveau national du chômage[247].

b) Le droit du travail instrumentalisé au profit des techniques managériales de l'entreprise.

61 - Droit du travail et techniques de gestion de l'entreprise. Le droit du travail est aussi devenu une technique de gestion de l'entreprise. Il offre des ressources pour organiser l'entreprise en permettant d'aménager le temps de travail, de répartir les tâches, de mettre en place une organisation des services, d'avoir une gestion fine du personnel avec des statuts différents. On prendra pour exemple type de dévoiement de la négociation collective les accords collectifs de gestion de l'emploi. Ils sont conclus en vue de fixer en commun un ou plusieurs sujets relatifs aux conditions d'emploi, de travail, et aux garanties sociales (qui s'inscrivent dans une opération de restructuration). Accords intégratifs dans l'ordre du pouvoir, ils portent sur l'exercice du pouvoir de gestion, prérogative de l'employeur. Théoriquement, c'est l'idéal, ils devraient permettre de mener une authentique négociation, de faire infléchir l'employeur, de pénétrer dans l'orbite de son pouvoir ; mais en réalité, ces accords montrent la prégnance de l'employeur et de son pouvoir dans la négociation collective[248]. Dans la mesure où il peut y avoir une résurgence de la coïncidence entre l'intérêt de l'entreprise et celui de l'employeur, ces accords peuvent être très corrosifs pour les piliers du droit du travail, que sont le contrat de travail comme la négociation collective.

Conclure : Entre droit du travail et droit civil : un chassé-croisé de modèles ?

62 - Un modèle social en friche. Que reste-t-il du pacte citoyen ? Les doctrines structurant le droit du travail, rançon de sa complexité, ont été des doctrines révolutionnaires, libérales, du bien commun, et réformistes, avec des tendances plus ou moins accentuées selon le moment. Aujourd'hui, c'est le tout économique qui prévaut avec le triomphe des thèses libérales. La protection du travailleur cède devant celle de l'entreprise[249] et de la concurrence gouvernée par la loi du profit, du rendement, de l'efficacité et de la gestion. Il ne suffit pas, en période de crise, de proposer un moyen de réduire les coûts au profit d'une maximisation des utilités[250].

---

[247] Peskine E. et Wolmark C., *Droit du travail*, Paris, Hypercours, 13ème éd., 2020, p. 11.

[248] Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse de droit privé, Paris, Nanterre, soutenue le 30 novembre 2018 (dir. A. lyon-Caen)

[249] Voir ainsi la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite Loi PACTE, qui ambitionne, notamment, d'ancrer dans le paysage économique français « des entreprises libérées, des entreprises plus innovantes, des entreprises plus justes dans le but de lever les freins à leur croissance ». A ce sujet l'étude de Debarats I., « De l'entrée de la RSE dans le Code civil », *Droit social* 1/2019, pp. 47 et s.

[250] Au sens commun, l'efficacité, du latin « *efficax* », « *acis* » (« agissant », « qui réussit », « qui réalise », « qui produit de l'effet »), désigne ce « qui produit l'effet qu'on en attend ».

Car, en contrepoint, la fracture inégalitaire se creuse dangereusement. Songeons aux heures sombres que la France a connu avec la crise des gilets jaunes[251]. Ce fut et demeure une crise pas seulement sociale, mais sociétale, tout un chacun a pu en juger. La révolte « des faibles » contre « les forts ».

63 - Un modèle contractuel soucieux de la protection de la partie faible désormais promu le Code civil. L'efficacité du contrat, pour réelle et importante qu'elle soit, ne doit pas être réduite à l'efficience économique. La prise en compte des déséquilibres entre parties contractantes est tout aussi nécessaire. Curieusement (?), le modèle protecteur applicable aux acteurs sociaux puise sa sève aux sources du droit civil. Qui n'entend Portalis, « les codes se font avec le temps, à proprement parler on ne les fait pas ». Ce « retour à l'origine » n'est pas surprenant dans le contexte actuel de hiérarchisation des règles. Monsieur Alain Supiot a montré avec éclat comment le phénomène de (re)féodalisation du droit habille désormais le tissu des relations humaines, professionnelles et sociales.

Pour notre tailleur-modèle, le vêtement uni, c'est bien, le camaïeu de couleurs, c'est mieux, surtout lorsqu'il est composé des couleurs du Sénégal.

[251] Radé C., « Gilets jaunes et chiffon rouge », *Droit social* 5/2019, p. 369.

Frédéric CHARLIN, Maître de conférences en Histoire du Droit à l'Université Grenoble Alpes, Membre du CESICE, membre associé du GREHDIOM

La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine

L'application historique de la notion de bonnes mœurs en droit français (notion supprimée en droit français des contrats par la révision du Code civil de 2016, alors que la plupart des Etats francophones d'Afrique y font encore référence dans leurs codes civils) montre une jonction entre des traditions héritées de l'ancien droit et les impératifs de l'ordre public moderne. Cette notion moralisante, non enfermée dans une définition stricte, est adaptable au contexte dans lequel elle a vocation à s'appliquer. Sa perception est tributaire de l'histoire du droit civil, du poids des coutumes – anciennes ou actuelles –, des usages et mœurs de la société considérée.

L'ambivalence des « bonnes mœurs » en tant que normes de contrôle contraint les juristes à accepter que « certaines matières soient rebelles à la définition »[252], même si une délimitation s'accommode de simples filiations. Les bonnes mœurs, indissociables de l'ordre public en droit français, concernent essentiellement la sphère privée des personnes physiques[253]. Le doyen Carbonnier résumait ainsi les bonnes mœurs aux « coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle pour un lieu et un temps donné »[254]. L'actuel article 6 et l'ancien article 1133 du Code civil[255] en ont fait un instrument de moralisation du contrat sous peine de nullité absolue, comme dans d'autres droits européens[256]. Les bonnes mœurs traduisent généralement dans la règle de droit une certaine moralité[257] permettant d'écarter les

[252] Gérard Cornu, *in Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (suite et fin)*, *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, 4, pp. 1175-1185 (rapport de synthèse).

[253] L'expression latine *boni mores* renvoie aux « bonnes habitudes de vie ». La notion est entendue en droit comme « un consensus social (dont le fondement rationnel est incertain) se cristallisant autour d'interdits communément admis, et ce plus particulièrement dans le domaine des mœurs sexuelles » (Bénédicte Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, PUF, 2005, p. 8). Les versions contemporaines du dictionnaire *Larousse* définissent les bonnes mœurs comme un ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale.

[254] Jean Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PUF, 1998, t. IV, *Les obligations*, p. 142.

[255] Les articles 900, 1131 et suivants, 1172 et 1387 du Code civil sont d'importance égale en la matière. Julien Bonnecase décrivait l'article 6 comme une « énigme » (« La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 92).

[256] Le cas de la Suisse est intéressant, faisant l'objet d'une thèse comparatiste sur les bonnes mœurs dans différents droits (Jean-Baptiste Zufferey-Werro, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, thèse de droit, Fribourg, EUF, 1988).

[257] Quand le *ius* était encore défini comme la recherche du « juste », les bonnes mœurs indiquaient ce que le juge devait découvrir en tant que gardien de la tradition. Or, la réduction du droit à un ensemble

comportements très minoritaires au nom d'une « normalité » sociale, au sens durkheimien.

L'application judiciaire de la notion de bonnes mœurs au XIXe siècle s'inscrit ainsi en continuité des normes sociales conformes à la tradition civiliste et à l'ordre moral incarné par l'État et l'Église. La notion de bonnes mœurs, non absolument conservatrice dès lors qu'elle accompagne l'évolution de l'ordre social, apparaît « extrêmement complexe, très fluctuante dans la mesure où elle est douée d'une capacité englobante autorisant l'interférence des prescriptions de toute origine : normes morales, principes chrétiens, valeurs sociales »[258]. Le culte légaliste du premier XIXe siècle, malgré la survivance de coutumes régulièrement invoquées dans les prétoires, imprime sa marque au Code civil tel qu'il est interprété alors par les juristes. Pour les Révolutionnaires, la loi englobe l'ensemble des rapports sociaux dans une nouvelle morale civique (pour les Conventionnels, les bonnes lois favorisent les bonnes mœurs), alors que les mœurs que défend Portalis sont censées relever de la seule vie privée, comme dans l'ancien droit. Les rédacteurs du Code civil ne voient dans les bonnes mœurs qu'un complément de la loi, leur approche réaliste contrastant avec le messianisme légaliste censé parfaire les hommes[259]. Sous cet angle, l'intérêt porté à l'enfant n'est que le vecteur d'une discipline morale guidant la famille incarnée par son chef. Tributaire de son contexte politique et social, le potentiel normatif des bonnes mœurs se dégage surtout de l'approche prétorienne. La jurisprudence rendue en la matière est relativement stable jusqu'aux années 1970[260], tant par le nombre de cas traités que par le sens des décisions, même si cette approche est déjà plus confinée au XXe siècle à travers des cas résiduels d'application.

Le déclin de l'invocation des « bonnes mœurs » en droit civil, jusqu'à leur quasi- disparition du Code Napoléon, ne laisse-t-il pas une place grandissante au développement du concept plus philosophique et plus libéral de la dignité humaine, dont l'application procéderait « non par exclusion mais par insertion » [261] ? Historiquement enracinée mais assez récente en droit positif, la « dignité humaine » garde une part de mystère[262]. Étymologiquement, la dignité renvoie à la *dignitas* antique, procurée par le rang ou le statut social ; qualité propre aux dignitaires, elle

---

de règles et la professionnalisation des juristes ont contribué à séparer le droit et les mœurs. Les « bonnes mœurs » ont donc joué un rôle secondaire dans le rendu de la justice, le juge lui-même ne représentant plus dans la communauté l'homme vertueux.

[258] Édith Géraud-Llorca, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », *in Les bonnes mœurs*, 1994, Paris, PUF, p. 62 ; Jean Foyer, « Les bonnes mœurs », *in 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 509-515. L'auteur refuse de dissocier les deux notions, les bonnes mœurs pouvant même fonder la dignité humaine en « historicité ».

[259] Le *Discours préliminaire* de Portalis rappelle que « les vertus privées font les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens ».

[260] *Op. cit.* ; André Laingui, « Est-il encore possible d'outrager les bonnes mœurs ? », *in* Bernard Teyssié (dir.), *L'honnête homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 235-252.

[261] Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 516.

[262] Béatrice Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 345.

recouvre l'idée générale de respect et d'honneur[263]. Le mouvement ultérieur de conceptualisation kantienne de la dignité, caractérisé par la diffusion d'une culture aristocratique dans les sociétés européennes[264], est commun aux trois cultes monothéistes[265]. Un processus de laïcisation et de subjectivisation du droit a modelé la dignité humaine en une notion ontologique reliée aujourd'hui aux droits de l'homme[266]. Une série de textes condamne les actes contraires à la dignité, quoique sans véritable définition[267]. Permettant de distinguer les humains des autres êtres vivants, la dignité est une notion à prétention universelle, qui oblige au respect de l'homme, pour lui-même et son alter ego[268]. Il faut alors délimiter les rôles respectifs du droit positif et du droit naturel dans une approche épistémologique : « Alors que la dignité remettait à l'ordre du jour le jusnaturalisme, sa consécration dans l'ordre juridique participe à un triomphe du positivisme juridique. [...] Le respect de la dignité ne sera que ce que le droit veut qu'il soit »[269].

Aborder une telle notion dans l'histoire du droit civil suppose de s'intéresser à la jurisprudence autant qu'à la doctrine. L'apparition de la dignité humaine en droit positif soulève des questions qui « écrasent le temps », stimulant notre besoin de comprendre un assemblage d'éléments rationalisés *a posteriori*. Importée de la philosophie et de la religion, la notion de dignité humaine est confiée au juge comme norme directrice de protection de la personne quand la loi ne suffit plus, chaque

---

[263] C'est l'acception de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'article 6 associe les « dignités » à une fonction ou à une institution.

[264] James Q. Whitman, « Enforcing Civility and Respect : Three Societies », *The Yale Law Journal*, vol. 109, n°6, April 2000, p. 1385. Cette thèse est discutée (v. par ex. Stéphanie Hennette-Vauchez, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°48, 2009, p. 64.

[265] Sur ces questions, voir Simone Gaboriau, Hélène Pauliat (ed.), *Justice, éthique et dignité*, actes du colloque de Limoges, 19-20 nov. 2004, PU Limoges, 2004, en part. les contributions de X. Bioy (au sujet du christianisme) et N. Baccouche (concernant l'islam).

[266] Charlotte Girard, Stéphanie Hennette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, pp. 23-27. Les approches française et allemande de la dignité humaine sont assez proches, alors que la notion est très différente en droit américain (*ibid.*, pp. 145-175). En Allemagne l'influence de la doctrine, mieux acceptée comme source de droit, est plus présente dans l'approche juridictionnelle. La dignité humaine constitue à la fois un droit subjectif fondamental (même si la doctrine n'est pas unanime là-dessus) et un principe objectif d'interprétation, servant de correcteur à une interprétation insuffisante de la Loi fondamentale. La dignité joue ici le rôle d'un concept dynamique.

[267] Benoît Jorion, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, n°1, pp. 197-233, p. 198. L'auteur souligne l'étonnement légitime lié à une « absence de formulation juridique explicite » de la dignité, malgré son influence ancienne sur la norme. Il cite par exemple le décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848, « considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine [...] ».

[268] Cette définition renvoie à la jurisprudence *Morsang-sur-Orge* du Conseil d'État (CE, 27 oct. 1995, « Commune de Morsang-sur-Orge », *AJDA*, déc. 1995, p. 942 ; Gilles Lebreton, « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *D.* 1996, jurisp., p. 177). Les auteurs s'exprimant sur cette affaire (O. Cayla, B. Mathieu, B. Edelman, entre autres) en adoptent tous une lecture différente. L'arrêt *Perruche* du 17 novembre 2000, qui ne fait aucune référence textuelle à la dignité, a donné lieu à une discussion entre les mêmes auteurs sur le thème de la dignité (Olivier Cayla, Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2000).

[269] Félicité Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, thèse de droit, Lilles, 2007, p. 416. La séparation du droit et de la morale, qui a favorisé l'émergence des droits subjectifs, n'est jamais définitive. La morale reste une notion fluctuante, qui garde sa vocation à intégrer le droit positif pour mieux le réguler à un moment donné.

citoyen devant être traité dignement. Il s'agit tout autant de protéger l'individu contre la société grâce aux droits subjectifs, que contre lui-même[270]. Source d'une meilleure utilisation des droits et libertés, l'invocation de la dignité humaine complète et aiguille le droit positif[271]. L'emploi universalisé du terme est d'ailleurs fédérateur, car il permet d'anticiper les cas futurs d'atteinte à la personne humaine. Dans un esprit relativement transversal, les juristes ont contribué à problématiser la dignité humaine, considérant sa vocation à régénérer un ensemble de droits et de principes[272]. La doctrine civiliste a redoublé d'intérêt depuis les lois « bioéthique » de 1994[273] jusqu'au projet de loi en cours de discussion[274]. La garantie du respect de la dignité humaine est indifférente au consentement de l'intéressé au nom de l'indisponibilité du corps humain (d'après la jurisprudence du lancer de nain)[275]. Reconnu par la Cour de cassation à travers la prohibition des conventions de mère porteuse en 1991[276], ce dernier principe d'inspiration jusnaturaliste repose sur la dignité humaine[277]. Il faut alors admettre que « la dignité sous-tend ainsi presque tout le droit, ce qui a fait dire à la doctrine qu'elle était la 'véritable toile de fond de notre droit privé' »[278]. La dignité humaine est rangée, à tort ou à raison, parmi les principes fondamentaux qu'elle côtoie dans la doctrine.

Le « croisement » des notions de bonnes mœurs et de dignité humaine permettra de montrer leur rapport plutôt divergent à l'égard de l'ordre public. Les

---

[270] *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, *op. cit.*, p. 241 et s. La première acception est ici privilégiée involontairement par le choix de la Cour de cassation comme sujet d'étude.

[271] La parité hommes-femmes est fondée sur une interprétation renouvelée du principe d'égalité par une revendication liée au « genre ». Pour une synthèse sur la question, Elsa Fondimare, « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », *Revue des Droits de l'Homme*, URL : http://revdh.revues.org/855).

[272] La distinction n'est pas fondamentale dans l'ensemble des travaux académiques qui y sont consacrés : Luc Perrouin, *La dignité humaine en droit*, Toulouse (dir. B. Beigner), 2000 ; Nathalie Marret, *La dignité humaine en droit*, Poitiers (dir. G. Giudicelli-Delage), 2000 ; Nathalie Bourgeois, *La sauvegarde de la dignité humaine en droit public français*, Reims (dir. S. Purgeault), 2001. Le sujet est abordé sous divers angles : X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, Toulouse, Dalloz, 2003 ; Sandy Sichel-Licari, *La protection pénale de la dignité du salarié*, Nancy, 1999 ; Valérie Debien, *Catégories pénales des infractions d'atteinte à la dignité de la personne : analyse critique*, Cergy-Pontoise, 2002.

[273] Louis Josserand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, chron., p. 1.

[274] Il s'agit du projet de loi discuté en conseil des ministres le 24 juillet 2019.

[275] Le principe, figurant dans les versions initiales du projet de loi, n'a pas été repris dans la loi du 29 juillet 1994.

[276] Ass. pl., 31 mai 1991. Le Comité consultatif national d'éthique avait auparavant formulé cette notion (par ex., CCNE, avis n°21 sur la non-commercialisation du corps humain, 13 déc. 1990).

[277] Alain Sériaux, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, *in* A. Sériaux (dir.), *Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, pp. 147-164 ; Michelle Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et le principe d'indisponibilité de la personne, *RTD Civ.*, 1970, p. 661.

[278] Dominique Fenouillet, *J.-Cl. Civil*, Art. 16 à 16-12, Fasc. 10 et 12. La doctrine est loin d'être unanime, dès lors qu'il existe un courant hostile à la juridicisation d'un principe vaguement défini (Frédérique Dreifus-Netter, « La conscience du juge dans le droit des personnes », *in* Jean-Marie Carbasse, Laurence Depambour-Tarride, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 328). La méthode d'approche suscite aussi des divergences dans la doctrine, qui peut se montrer pragmatique ou militante, même lorsqu'elle dénonce les mauvais usages du principe de dignité (par ex., Claire Neirinck, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *in* Philippe Pédrot (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges offerts à Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, pp. 39-50).

bonnes mœurs, dans la filiation traditionnelle d'une prétention morale transcendante, ont été progressivement vidées de leur contenu par la jurisprudence jusqu'à la fin du XXe siècle (1). La dignité humaine, découlant plutôt d'une morale individualiste et libérale abstraite, apparaît comme un concept moteur servant à guider l'invocation des droits et libertés devant la justice (2).

I - Les bonnes mœurs, notion moralisante interprétée avec souplesse

A - La conciliation des bonnes mœurs et du concubinage

La sauvegarde de la liberté du mariage justifie *a contrario* la nullité des conventions dont l'objet est le maintien du concubinage, même s'il n'est pas adultérin. Il en va ainsi des billets motivés par le maintien d'un concubinage, dont la cause est déclarée fausse au visa des articles 900, 1131 et 1133 du Code civil[279]. La Chambre civile de la Cour de cassation rappelle en 1893 que les époux peuvent faire dans leur contrat de mariage toutes les dispositions qu'ils jugent appropriées, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et ne portent atteinte ni aux droits du mari comme chef, ni aux dispositions prohibitives du Code civil[280]. Les mœurs impératives du mariage se résument aux prohibitions légales et à leur garant, la puissance paternelle. Un arrêt de 1821 affirme par ailleurs que la « convenance parfaite des parties » importe tellement au bonheur conjugal qu'une clause pénale stipulée pour l'inexécution d'une promesse de mariage est nulle comme n'ayant pas de cause licite[281]. Le visa de l'article 1133 rappelle que le libre choix du mariage est la véritable source des bonnes mœurs, incompatibles avec une clause pénale qui serait la seule motivation de l'union. Notons qu'aujourd'hui, la « dignité » des fiancés serait certainement invocable pour demander l'interdiction d'une telle clause contractuelle.

Au demeurant, la jurisprudence de la première moitié du XIXe siècle n'est pas absolument conservatrice. En 1820, la Cour de cassation énonce en effet que le concubinage, prouvé par acte authentique, n'est pas une cause de nullité des libéralités consenties entre concubins. Le concubinage n'existant pas à l'époque du testament, le legs du testateur à la fille légitime de sa concubine est donc déclaré valable[282]. C'est dans un cas différent qu'un arrêt de 1816 annule les dons effectués entre des concubins adultérins[283]. À l'époque, seules sont donc tenues pour immorales ou contraires aux bonnes mœurs les libéralités consenties entre concubins et dont la cause est la formation, la poursuite ou la reprise de rapports adultérins. La relation de concubinage n'est pas en cause dans l'appréciation du rapport juridique

[279] Req., 23 juin 1887, *S.* 1887, 1, 361.
[280] Civ., 27 mars 1893.
[281] Req., 6 juin 1821, *S.* 1823, 1, 41.
[282] Req., 28 juin 1820, *S.* 1820, 1, 421. Dans le silence du Code civil, contrairement à l'ancien droit sur l'incapacité de donner ou de recevoir entre concubins, les tribunaux ont admis très tôt que le concubinage n'était pas une cause de nullité des libéralités testamentaires consenties entre concubins, même en cas d'adultère. Seules étaient tenues pour contraires aux bonnes mœurs les libéralités dont le motif « impulsif et déterminant » était la formation, la poursuite ou la reprise de rapports illégitimes (*pretium stupri*).
[283] Civ. 13 août 1816, *S.* 1816, 1, 343.

entre le disposant et le bénéficiaire, car le critère important mais non décisif est le moment auquel intervient la libéralité, laquelle est jugée plus immorale dans un temps proche du début de la nouvelle liaison. Enfin, toute libéralité consentie pour un motif autre que la formation ou le maintien de relations illégitimes est tenue pour valable, ce qui autorise la plupart des dons et legs. Dans une approche pragmatique, la jurisprudence de la Cour de cassation définit plus tard les critères de cette souplesse, qui ne signifie pas forcément plus d'indulgence.

D'après un arrêt important rendu en 1914, « le caractère illicite de la cause d'une obligation peut être établi par tous les modes de preuve sans distinction, notamment par des circonstances extrinsèques à l'acte et par tous documents régulièrement versés aux débats ; [...] ainsi, la preuve qu'une femme mariée, bénéficiaire d'un legs universel, a obtenu cette libéralité en devenant, avec l'accord de son mari, la concubine du testateur pendant de longues années, peut résulter d'aveux ou de confidences faites par son mari, ainsi que d'autres circonstances souverainement constatées par les juges du fond. »[284]. La preuve était facilitée en l'occurrence par l'aveu du mari s'étant rendu complice d'un acte frauduleux... Ce type d'hypothèses ne vise que les cas les plus apparents d'illicéité, selon l'appréciation souveraine des juges du fond. Historiquement la Cour de cassation s'est rarement immiscée dans les méandres de la vie conjugale pour y déceler des entorses aux lois civiles ou aux bonnes mœurs ; seule l'évolution ultérieure du droit positif et des revirements de jurisprudence peuvent faire paraître l'ancien Tribunal de cassation comme réactionnaire... La haute juridiction laisse toujours aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement l'existence de la cause impulsive et déterminante d'une libéralité, en se réservant de la qualifier comme immorale ou contraire aux bonnes mœurs[285]. La jurisprudence admet depuis longtemps que la preuve de la cause d'une libéralité peut être recherchée dans des circonstances extrinsèques, ce critère n'opérant que dans un sens pour vérifier si un don ou legs fait par un mari à sa maîtresse (aide matérielle, paiement d'une dette, ...) n'est pas illicite, le doute étant toujours permis sur la corrélation entre la libéralité et le « mauvais pas » franchi. La jurisprudence civile est restée stable dans l'annulation de donations servant exclusivement à maintenir un concubinage adultérin[286], jusqu'au célèbre revirement de 1999 confirmé à plusieurs reprises[287], notamment par l'Assemblée plénière en

---

[284] Req., 4 mars 1914, *D.* 1914, 27.

[285] Civ. 1ère, 14 nov. 1961, *Bull.*, 1961, 1, 526 (« Le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait avec le bénéficiaire des relations illicites, même adultères ne suffit pas pour invalider l'acte, dès lors que le mobile du disposant, souverainement apprécié par les juges du fond, est étranger à ces relations. ») ; Civ. 1ère, 4 nov. 1982, *Bull.*, 1982, 1, 319 (« Les libéralités entre concubins ne sont frappées de nullité que si elles ont pour cause impulsive et déterminante la formation, le maintien ou la reprise de relations immorales, et les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain de l'existence d'une telle cause immorale. »).

[286] Civ. 1ère, 4 janv. 1995 ; Civ. 1ère, 2 avril 1996 ; Civ. 1ère, 11 mars 1997.

[287] Civ. 1ère, 3 fév. 1999, *Bull.*, 1999, I, n°43, p. 29. N'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire. Pour rappel, ce revirement a été opéré par la cassation d'un arrêt d'appel contre les conclusions de l'Avocat général. Egal. Civ. 1ère, 25 janv. 2000 ; Civ. 1ère, 16 mai 2000 ; Civ. 1ère, 14 nov. 2000. Auparavant, la jurisprudence a toujours validé les libéralités entre concubins, même adultères, lorsqu'elles tendaient par exemple :

2004[288]. L'influence du droit européen des droits de l'homme, au nom de la dignité humaine, permet d'exclure toute forme d'appréciation judiciaire supposant une trop grande immixtion dans la vie privée des personnes[289]. L'adultère en tant que faute civile qualifiée comme telle par la jurisprudence a donc vécu… à la charnière des bonnes mœurs conjugales et du droit de divorcer[290], malgré la résistance de certaines juridictions du fond sur le sort des donations dans les concubinages adultérins. À un autre titre, les bonnes mœurs ont longtemps été déclarées incompatibles avec une convention rémunérant un entremetteur pour faire aboutir un projet de mariage[291]. Il est vrai que la discrétion ne pouvait y suppléer, à l'époque où le « négociateur » ne travaillait pas encore dans le cadre de sociétés spécialisées opérant sur Internet. Cette évolution est similaire à celle de la jurisprudence rendue en matière de courtage matrimonial, en présence de contrats qualifiés comme immoraux. Ces derniers risquaient en effet d'altérer la liberté du consentement dès lors qu'un tiers s'engageait à accomplir des démarches en vue d'un mariage, stipulant une prime en retour sous réserve de la conclusion du contrat. La Cour de cassation a abandonné son ancienne position à ce sujet dès 1944[292].

B - Le jeu du critère des bonnes mœurs dans les successions

Dans le cadre d'un mariage, une donation est annulable pour cause illicite si elle est motivée même indirectement par une convention de séparation amiable[293]. La Cour de cassation admet en 1907 la recherche de nullité d'un acte illicite dans des

---

- à réparer le préjudice causé par la rupture de la relation et à exécuter un devoir de conscience à l'égard d'une concubine restée seule et sans ressources (Civ. 1ère, 11 mars 1918, *D.* 1918, p. 100 ; Civ. 1ère, 6 oct. 1959, *D.* 1960, p. 515) ;
- à récompenser le bénéficiaire des soins prodigués au disposant malade (Civ. 1ère, 14 nov. 1961, *D.* 1962 somm. p. 69 ; *RTD Civ.*, 1962, p. 313 ; Civ. 1ère, 4 nov. 1982, *Bull.*, 1982, 1) ;
- à rétribuer l'aide apportée dans le cadre d'une activité professionnelle (Civ. 1ère, 14 nov. 1960, *Bull.*, 1960, 1, n°494 ;
- à célébrer une longue vie commune, consacrée peu après la donation par un mariage (Civ. 1ère, 11 fév. 1986, *Bull.*, 1986, 1, n°21.

[288] Ass. pl., 29 oct. 2004. Egal. Civ. 1ère, 25 janv. 2005.

[289] Ainsi, par un arrêt du 28 janv. 1997 (*D. Famille*, 1997, n°184, obs. B. Beigner), la 1ère Chambre civile avait énoncé que les juges du fond avaient souverainement apprécié qu'en raison de la stabilité et de la permanence du concubinage, il était exclu que la donation alléguée d'une villa ait eu pour objet de faciliter cette relation « déjà bien établie et que rien ne menaçait ». La notion de durée du concubinage s'introduisait dans la recherche du caractère immoral ou illicite de la libéralité consentie.

[290] La Cour de cassation a énoncé, quant au comportement de la maîtresse ou concubine à l'égard du conjoint de son partenaire, examiné sous l'angle des articles 1382 et 1383 (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, *Bull.*, 2000, n°136) que « le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité civile de son auteur à l'égard de l'épouse ». Si certains commentateurs s'en sont émus, comme Philippe Delebecque (*D.* 2002, somm., p. 1318), cette solution s'inscrit dans un processus de contractualisation (donc de relativisation) du devoir de fidélité, la relation adultère, faute civile de l'époux infidèle, n'en étant pas une pour son partenaire. Le divorce est devenu l'affaire quasi-exclusive des conjoints. Le juge aux affaires familiales juge encore la faute du conjoint entraînant une « violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune » (article 242 du Code civil).

[291] Civ., 1er mai 1855, *D.* 1855, 1, p. 147.

[292] Req., 27 déc. 1944, *D.* 1945, 121.

[293] Civ., 2 janv. 1907. Les héritiers du donateur invoquaient la nullité de la donation faite à la femme survivante.

« circonstances extrinsèques ». Le problème est de savoir sous quel angle apprécier la contrariété aux bonnes mœurs dans un acte qui subordonne l'obligation à une conduite honnête et licite, conforme à la morale. Les juges du fond valident l'exigence de cette condition sous réserve qu'elle ne dépende pas de la seule volonté de son auteur. Or, tel n'est pas le cas de la clause d'un contrat de mariage en régime dotal par laquelle les époux réservent à la femme l'administration de ses biens dotaux, qui est reconnue comme licite[294]. Des conditions rigoureuses imposées à un futur mariage n'en sont pas moins jugées conformes, dès lors que le destinataire est libre d'en accepter ou non les termes. Mais dans un arrêt rendu en 1903, la Cour de cassation prohibe comme pacte sur succession future contraire à l'article 6 du Code civil une clause de contrat de mariage stipulant que le droit de retour des ascendants « ne fera pas obstacle à l'effet des avantages et dispositions pouvant résulter pour le futur époux, soit du contrat de mariage, soit de la loi »[295]. Dans le cas d'un père de famille procédant au partage anticipé de ses biens, la donation entre vifs sous réserve d'usufruit, faite à la condition de ne pas aliéner ou hypothéquer du vivant du donataire les biens transmis, est jugée valable[296]. Dans d'autres cas, sans être déclarée contraire aux bonnes mœurs, une condition successorale apparaît simplement impossible à réaliser, tel le legs fait à une commune pour doter l'école primaire et soumis à la condition du choix de l'instituteur par le curé de la paroisse en tant que membre de la famille du testateur et moralement digne de ses parents. La mention de cette condition « principale » dans la libéralité entraîne donc l'annulation du legs[297]. Un siècle plus tard, la Cour de cassation annule au même titre une clause contractuelle pour « cause impossible », dans la mesure où la clause exclut d'une garantie d'assurance des faits contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à l'honnêteté et d'une manière générale ceux « relevant de la compétence des tribunaux pour enfants »[298].

C - L'invocation des bonnes mœurs dans d'autres cas

La jurisprudence puis le législateur ont rendu conforme aux bonnes mœurs la pratique de l'assurance-vie, qui faisait redouter des projets malintentionnés[299]. Ce type de contrat était assimilé à une libéralité indirecte dont le montant représente les primes du souscripteur. Cette position calquée sur celle de la Cour relative aux libéralités entre concubins revient à dire que la désignation de personnes en qualité de bénéficiaires encourt la nullité pour cause immorale, dès lors que le souscripteur désigne sa maîtresse pour maintenir, reprendre ou rétribuer un adultère[300]. L'admission comme bénéficiaire du concubin d'un souscripteur marié, tout d'abord récusée[301], a été admise lorsque la stabilité de la relation peut la justifier[302]. Est ainsi légalement reconnue la désignation comme bénéficiaire d'une concubine avec

[294] Civ., 17 fév. 1886, *D.* 1886, 1, 249. Les immeubles dotaux deviennent imprescriptibles, s'ils ne sont pas compris dans les exceptions légales au principe d'imprescriptibilité.
[295] Ch. réunies, 2 juillet 1903, *D.* 1903, 1, 353.
[296] Civ., 20 avril 1858, *Bull.* 1858, n°68, p. 114.
[297] Civ., 20 nov. 1878, *D.* 1879, 1, 303.
[298] Civ. 1ère, 17 déc. 1991.

laquelle l'assuré (marié) vivait depuis onze ans, en raison de la stabilité de cette relation, l'assuré entendant ainsi garantir des ressources à sa maîtresse et à ses enfants. Dans un autre cas, le don d'un fiancé à son futur beau-père en vue du mariage, sous condition résolutoire, n'est pas jugé contraire aux bonnes mœurs, en l'absence d'atteinte à la liberté de consentir à l'union[303].

La société française assimile aujourd'hui les effets du concubinage à ceux du mariage, notamment pour qualifier l'existence d'un préjudice moral. Avant les années 1960, la Cour de cassation refusait que la concubine puisse se prévaloir d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » pour obtenir réparation du dommage causé par le décès accidentel de son concubin[304]. Plus tard, la Chambre criminelle a admis l'action en réparation de la concubine, d'abord sous réserve de l'absence d'adultère, puis dans tous les cas[305]. La Chambre mixte a tranché dans le même sens la divergence des chambres civile et criminelle en 1970[306]. Le concubinage est défini dans le Code civil depuis la création du Pacte civil de solidarité entre personnes de sexe différent ou de même sexe[307]. L'article 515-8 indique que le concubinage est une « union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Au demeurant, l'assimilation des différents types de couples dans l'application du critère de l'intérêt légitime à agir dépasse la question des bonnes mœurs et se justifie bien plus au regard de la dignité des personnes.

Par ailleurs, comment apprécier les conditions d'ordre matrimonial relatives à une obligation ? En 1994, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel décidant que la créancière d'une prestation conditionnée à l'obligation de viduité, qui avait respecté cette obligation, ne perd pas son droit à en obtenir le paiement[308]. Est jugé sans effet le moyen au pourvoi analysant le fait de subordonner l'octroi d'une rente compensatoire à l'absence de remariage de la créancière comme une incitation immorale à l'union libre. Généralement, les clauses de célibat sont soumises au contrôle du juge du droit, par exemple dans le contrat passé avec une institution qui défend une forme de morale dans son activité. En l'absence de « nécessités impérieuses liées à la nature des fonctions ou leurs conditions d'exercice », une

---

[299] Loi du 13 juillet 1930, art. 56 devenu L. 132-1 et s. du Code des assurances.
[300] Civ. 1ère, 3 fév. 1976, *Bull.* 1976, 1, n°51 ; *D.* 1976, IR, p. 127 ; Civ. 1ère, 8 nov. 1982, *Bull.* 1982, 1, n°321, *D.* 1983, IR, p. 207.
[301] Civ. 1ère, 6 oct. 1957, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1957, p. 398.
[302] Civ. 1ère, 13 déc. 1989, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1990, p. 180.
[303] Civ. 1ère, 4 avril 1978.
[304] Civ., 27 juillet 1937, *D.* 1938, 1, 5 ; *S.* 1938, 1, 321 ; Civ. 2ème, 7 avril 1967, *D.* 1967, 496.
[305] Crim., 20 janv. 1966, *D.* 1966, 184 ; Crim., 20 avril 1972, *JCP* 1972, II, 17278.
[306] *D.* 1970, 201 ; *JCP* 70, II, 16305 ; Crim. 19 juin 1975, *D.* 1975, 679.
[307] Depuis la loi du 15 novembre 1999, figure au livre premier du Code civil un titre douzième : « Du pacte civil de solidarité et du concubinage ». L'article 515-1 le définit comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». L'élaboration du Pacs avait soulevé des questions sur l'évolution sociale restrictive des droits et obligations liés au mariage, précisément au regard du devoir de fidélité, d'où le contrôle de constitutionnalité de la rupture unilatérale du pacte assimilée par ses opposants à une forme de répudiation, laquelle est toujours (théoriquement) rejetée dans le droit du divorce. L'acceptabilité du Pacs reposait sur une réalité sociale, l'extension du concubinage, et une revendication juridique, la reconnaissance des couples homosexuels.
[308] Civ. 2ème, 2 fév. 1994.

clause de célibat insérée dans le contrat de travail d'une assistante sociale rurale est ainsi considérée comme nulle[309].

En matière commerciale, la Cour de cassation a annulé au visa de l'article 10 de la C.E.D.H. une marque intitulée « *puta madre* », car le rapprochement des termes employés revenait à qualifier une mère de femme sans moralité[310]. Sans surprise, la jurisprudence a maintenu la solution d'après laquelle une ancienne employée de maison de tolérance ne pouvait se prévaloir d'un contrat dont la cause est contraire aux bonnes mœurs pour demander un solde de salaires[311]. La haute juridiction considère également qu'il est illicite pour le preneur à bail d'un immeuble qui y installe une maison de tolérance de réclamer une indemnité pour l'installation sanitaire effectuée gratuitement[312]. Au demeurant, l'adage *Nemo auditur*... n'empêche pas que la nullité d'une convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs soit demandée par une partie au contrat[313]. Notre dernière illustration est plus originale : les honoraires fixés « abusivement » par un avocat exploitant la fragilité d'un client ont été jugés contraires aux bonnes mœurs[314]. Le critère de la dignité humaine paraissait d'ailleurs tout autant adapté, protégeant à la fois le client en détresse et l'image de la profession.

Les bonnes mœurs n'ont pas connu immédiatement un déclin absolu, la notion ayant conservé la même vigueur en restant invocable en matière contractuelle. La jurisprudence a joué un rôle équilibré suivant l'évolution du droit positif, en amont du développement d'un concept philosophique libéral et plus dynamique.

II - La dignité humaine, concept libéral et individualiste en développement

A - La dignité humaine porteuse d'une nouvelle lecture des droits subjectifs

Le juge est investi d'un nouveau pouvoir de « faire » le droit, au-delà de son application concrète, comme en matière de droits et libertés. Un auteur indique à juste titre que la dignité humaine perd en intensité ce qu'elle gagne en étendue, autrement dit qu'elle pourrait fonder toutes les revendications. La dignité humaine « constitutionnalisée » en 1994[315] et intégrée dans la partie du Code civil relative au corps humain[316] a irrigué des pans entiers de notre droit. La conciliation des

---

[309] Soc., 7 fév. 1968, *Bull.* 1968, n°86.
[310] Com., 29 mars 2011 (visa de l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle et de l'article 10 de la C.E.D.H.).
[311] Soc., 8 janv. 1964, *Bull.* 1964, n°25.
[312] Civ. 1ère, 15 fév. 1967, *Bull.* 1967, n°67 (application de l'adage *Nemo auditur*...).
[313] Civ. 1ère, 25 janv. 1972, *Bull.* 1972, 1, n°25, p. 22.
[314] Civ. 1ère, 18 janv. 2000.
[315] Cons. Const. 27 juillet 1994, déc. n°94-343-344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, JO 29 juillet 1994 ; *D.* 1995, somm. p. 299, obs. L. Favoreu et T.-S. Renoux ; *D.* 1995, jurisp. p. 237, note B. Mathieu.
[316] D. Fenouillet souligne que « c'est la dignité de la personne qui fonde l'apparition progressive, en droit positif, de l'Humanité. Ce n'est pas un hasard, à cet égard, si l'intronisation de la dignité dans le

principes se fait parfois au détriment de certains d'entre eux, comme le droit de propriété. La Chambre criminelle maintient ainsi sa solution d'après laquelle louer un logement insalubre est contraire au droit au logement garanti au nom de la dignité humaine[317], préfigurant le « droit au logement » opposable, intégré au droit civil comme un nouveau droit-créance[318].

La souffrance au travail retient l'attention du juge pénal face à des conditions « indignes »[319]. En l'espèce, un dirigeant d'entreprise s'était rendu coupable de soumission de personnes vulnérables à des conditions de travail brutales par le recours à des hurlements permanents, des insultes publiques et diverses formes d'humiliation. Les attendus font référence aux cadences et conditions de travail faisant des salariés « le prolongement d'une machine-outil », allusion implicite à une sorte d'esclavage moderne. L'interprétation stricte de la loi pénale exige de relever une situation de vulnérabilité, qui résulte de l'absence de qualification de la personne et du chômage dans ce secteur d'activité. Par sa conception extensive, l'invocation de la dignité humaine contribue à enrichir les débats doctrinaux en droit pénal du travail, les salariés défendant d'autant mieux leur droit de ne pas être réduits à de simples moyens. Soumettre le personnel à de telles conditions de travail demeure certes contraire aux bonnes mœurs dans l'entreprise, mais le critère de la dignité des salariés justifie plus sûrement la sanction pénale de l'employeur – quand bien même les salariés auraient consenti aux traitements subis. La dimension individuelle du salarié et de sa souffrance, plus intelligible qu'une approche globale des mœurs dans l'entreprise, apparaît beaucoup plus efficiente en termes de droits subjectifs. Tel mode « paternaliste » de gestion d'une entreprise ne saurait donc justifier des conditions de travail contraires à la dignité humaine. Précisément, la nationalité française et le contrat de travail (à durée indéterminée) des salariés ne suffisent pas à rejeter l'hypothèse d'une situation de vulnérabilité vis-à-vis de l'employeur. Rien ne saurait ainsi justifier les violences, brimades, injures et autres vexations constitutives d'une atteinte à la dignité[320]. Par ailleurs, la communication sans motif aux membres du personnel de faits relatifs à un salarié nommément désigné est jugée comme une atteinte à la dignité humaine distincte de la perte d'emploi. Cette solution exprime nettement le rejet d'une forme de délation nuisible à la vie – comme aux bonnes mœurs – dans l'entreprise[321]. La Chambre criminelle a précisé que l'atteinte à la

---

Code civil est allée de pair avec celle de l'Humanité, sous sa dimension génétique : l'espèce humaine », art. cit., fasc. n°10, § 54.

[317] Crim., 11 fév. 1998, *Bull. crim.* 1998, n°53, p. 143. Caractérise « l'hébergement incompatible avec la dignité humaine », dans les termes de l'article 225-14 du Code pénal, le fait de louer, à titre onéreux, à une famille de trois personnes dont un enfant et une femme enceinte, un logement de 20 m² qui, contrevenant aux dispositions du règlement sanitaire départemental, présente une humidité et des conditions de chauffage mettant en péril la santé des occupants.

[318] Loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, intégrée au Code de la construction et de l'habitation (et à l'article 415 du Code civil).

[319] Crim., 4 mars 2003, *Bull. crim.* 2003, n°58, p. 211. La décision est fondée sur l'article L.225-14 du Code pénal (« Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende »).

[320] Crim., 23 avril 2003, *Bull. crim.* 2003, n°85, p. 334.

[321] Soc., 25 fév. 2003, *Bull.* 2003, 5, n°66, p. 62.

dignité humaine pouvait émaner de toute personne, indépendamment du rapport hiérarchique ou d'autorité entre les intéressés[322]. La même atteinte peut être caractérisée sans égard au degré d'autorité professionnelle ou familiale, y compris dans le rapport entre un subordonné et son supérieur.

Le mouvement d'individualisation et de subjectivisation des droits tend à inverser les données de notre problématique. Par exemple, le choix délibéré d'une « mère porteuse » par un couple n'étant pas en mesure de procréer et l'intention libérale de la candidate sont-ils contraires à la dignité humaine, dans l'optique d'une inscription du futur enfant à l'état civil ? L'intérêt supérieur de ce denier est-il conditionné après la naissance ? La Cour de cassation a répondu négativement à propos de jumeaux nés en Inde de mère porteuse, dont les parents demandaient l'inscription à l'état civil en France, acceptée en première instance et rejetée en appel[323]. Par deux arrêts du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que dans une telle hypothèse le droit à la vie privée des enfants n'était pas respecté et que l'État allait au-delà de ce que lui permet sa marge d'appréciation en refusant de reconnaître le lien de filiation, pourtant établi à l'étranger entre ces enfants et leurs parents d'intention (qui plus est avec leur père biologique respectif). Ce refus est jugé comme portant atteinte à l'identité des enfants et incompatible avec leur intérêt supérieur. Notons que la Cour d'appel de Paris a fait droit le 18 septembre 2018 à la demande d'adoption plénière de jumelles nées d'une gestation pour autrui au Canada, où celle-ci est légale. Sujet à suivre…

La jurisprudence rendue en matière d'image interdit aussi de publier des clichés violant la dignité d'un mort et/ou de sa famille. La photographie de la dépouille mortelle d'un préfet assassiné sur la voie publique, représentant distinctement le corps et le visage de la victime[324], est ainsi jugée comme contraire à la dignité humaine. À côté de l'atteinte supposée à la vie privée de la famille (non confirmée par le juge), la dignité reconnue au défunt rend illicite toute publication du cliché mentionné, même si le droit subjectif du défunt n'a plus de destinataire. Un autre arrêt a qualifié par ailleurs l'exposition commerciale de cadavres humains de contraire au respect, à la dignité et à la décence avec lesquels ils doivent être traités[325]. Il apparaît que la dignité humaine peut transcender la distinction entre la personne vivante et le défunt afin de protéger le souvenir d'un être cher. Par ailleurs,

---

[322] Crim., 23 avril 2003 (affaire différente de la précédente, n. 69). La Cour rappelle que la loi n'exige pas que l'auteur soit l'employeur ou le bailleur de la victime.

[323] Civ. 1ère, 13 sept. 2013, *Bull.* 2013, 1, n°176. Le 17 mars 2011, le TGI de Nantes avait ordonné la transcription des actes de naissance des enfants sur le fondement de l'article 47 du Code civil et de « l'intérêt supérieur de ces enfants, dont la considération doit être primordiale dans toute décision les concernant selon l'article 3-1 de la convention européenne des droits de l'homme ». Le tribunal avait rappelé qu'en droit français la convention de gestation était nulle et avait considéré que « la conséquence des agissements contraires à la loi française » du père « ne peut être de priver les enfants, dont la filiation est certaine et établie vis-à-vis de leur père français, de l'état civil auquel ils ont droit en France ». Les jumeaux « ne peuvent être considérés comme le produit d'un contrat prohibé dont les existences pourraient être niées, mais comme des sujets de droit étrangers aux arrangements de leurs auteurs », d'après le tribunal. La Cour d'appel de Rennes avait infirmé cette décision dans un arrêt du 10 janvier 2012.

[324] Civ. 1ère, 20 déc. 2000, *Bull.* 2000, 1, n°341, p. 220 (visas des articles 16 du Code civil et 10 de la C.E.D.H.).

[325] Civ. 1ère, 16 sept. 2010, *Bull.* 2010, 1, n°174 (visa de l'article 16-1 du Code civil).

la publication d'une partie du corps de la victime d'un accident est apparue comme justifiée par la nécessité de l'information du public. Cette décision signifie *a contrario* qu'une personne doit être nommément visée pour que les photographies d'une campagne de sensibilisation soient déclarées illicites[326]. L'atteinte à la dignité humaine nécessite donc une approche juridique rigoureuse. La haute juridiction a également censuré une cour d'appel condamnant un journal pour avoir publié un article consacré aux accidents de la route avec la photographie d'un jeune homme inanimé étendu sur un brancard, le visage ensanglanté, entouré des secouristes. D'après la Cour, la justification par la nécessité de l'information des lecteurs aurait dû être recherchée par la cour d'appel[327]. Ces derniers cas montrent la difficulté à identifier le sens dans lequel la dignité doit être invoquée. Le droit subjectif peut être garanti au sens large à une victime au nom de sa dignité, alors qu'une approche morale classique protégerait plutôt la *dignitas* des morts.

B - La dignité humaine utilisée comme principe objectif

Invoquer la dignité humaine permet en général d'opposer un droit à un individu ou à la société sur des fondements variés : le Code pénal, l'article 16 du Code civil ou la C.E.D.H. La Cour de cassation, dans une affaire reliant la dignité humaine aux mœurs, a affirmé qu'il est impossible d'invoquer l'adultère comme cause de divorce au sein d'un couple qui a convenu d'une liberté sexuelle totale, en l'occurrence à l'aide d'une vidéo contraire à la dignité humaine[328]. Le couple dispose conventionnellement de l'ensemble de sa vie privée sur laquelle le juge n'a aucun droit de regard. La source d'une preuve de faute conjugale doit ainsi s'effacer au nom de la dignité propre des époux, qui n'a pas vocation à les voir s'opposer l'un à l'autre. La dignité humaine protège les parties en présence, là où les bonnes mœurs auraient plutôt invité le juge à qualifier une faute de comportement conjugal.

Les droits des malades font également l'objet d'une jurisprudence en développement. La Cour de cassation a jugé ainsi que le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient est fondé sur l'exigence de « respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »[329]. Visant les anciens articles 1165 et 1382 du Code civil, cet arrêt manifeste une forte exigence de transparence dans l'information médicale, le juge adoptant une approche plutôt objective de la dignité pour garantir les droits du patient. La dignité propre au corps médical n'autorise aucune entrave, même au nom d'une volonté de ménager un patient condamné par la maladie, pour minorer la gravité de l'état de santé dans la communication du diagnostic à la famille.

---

[326] Civ. 2ème, 8 avril 2004, *Bull.* 2004, 2, n°191, p. 162. La publication ne mettait pas en évidence le « détail litigieux ».
[327] Civ. 2ème, 4 nov. 2004, *Bull.* 2004, 2, n°486, p. 414 (décision rendue au visa des articles 9 et 16 du Code civil et de l'article 10 de la C.E.D.H.).
[328] Civ. 2ème, 12 oct. 2000.
[329] Civ. 1ère, 9 oct. 2001, *Bull.* 2001, 1, n°249, p. 157.

Conclusion

Le déclin des bonnes mœurs comme norme civiliste a permis l'épanouissement de la dignité humaine, qui ne garantit pas une meilleure séparation du droit et de la morale[330]. La comparaison des notions dans le temps et l'espace soulève la question de leur rapport historique. Les bonnes mœurs sont une notion ouvertement moralisatrice ; la dignité humaine associée aux droits de l'homme est beaucoup plus libérale, ne permettant de reprocher rien à personne et protégeant l'humanité[331]. Avant même leur quasi-disparition du Code civil en 2016, les bonnes mœurs ont été considérés comme remplaçables par un nouvel ordre public fondé sur la dignité humaine, par une partie de la doctrine[332] soutenant que la notion a cédé la place à la dignité sous l'effet de l'individualisme juridique, conjugué à la libéralisation des mœurs.

Les bonnes mœurs et la dignité humaine n'ont pas de filiation commune, même si elles ont sans doute vocation à occuper un terrain similaire. Une différence les éloigne toutefois : le consentement de l'intéressé, sans influence sur la condamnation d'un acte jugé « indigne ». « L'avantage de la dignité sur les bonnes mœurs apparaît ainsi écrasant : quand les bonnes mœurs sont moralisantes et exclusives ; la dignité se révèle humaniste et consensuelle »[333]. La dignité de la personne humaine l'empêche d'être instrumentalisée en vue d'un objectif particulier ; la personne digne n'est pas réductible à un moyen[334], ce qu'on peut encore dire d'une personne de bonnes mœurs. Le défi tient moins à la recherche de différences entre les deux notions qu'à la compréhension d'un mouvement de fond. L'appréciation morale traditionnelle saisit la personne à un instant donné, « en contradiction totale avec sa dignité d'homme complexe et perfectible »[335]. Sanctionner les bonnes mœurs revient à qualifier un comportement marginal suivant des critères éprouvés, alors que qualifier une atteinte à la dignité humaine invite le juge à postuler un avenir idéal de la personne. Si l'équilibre du droit civil nécessitait parfois un recours à la morale pour délimiter les bonnes mœurs, la dignité humaine sollicite le droit et le juge.

---

[330] Le critère de la conformité des mœurs à une norme comportementale est moins accepté dans un droit laïc. Selon B. Lavaud-Legendre, « paradoxalement, il semble que les bonnes mœurs permettaient de respecter la frontière entre morale et droit, grâce aux limites imposées à son utilisation. Désormais, il est à craindre que toute référence morale dans le droit positif ne se fasse au détriment d'une distinction claire entre morale et droit et, partant, au détriment de la sauvegarde des libertés individuelles. Le remplacement des bonnes mœurs par la dignité est le signe du passage d'une logique téléologique à une logique déontologique, soit à une logique du devoir » (*op. cit.*, p. 239-240).

[331] Sur cette notion, v. Jean-Luc Chabot, « Droit naturel ou morale naturelle ? », *in* Martial Mathieu (dir.), *Droit naturel et droits de l'homme*, Grenoble, PUG, 2011, pp. 23-32.

[332] Dominique Fenouillet, *art. cit.*

[333] Anne Simonin, « L'indignité ou les bonnes mœurs républicaines », *in* Robert Belot (dir.), *Tous républicains ! Origine et modernité des valeurs républicaines*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 214.

[334] Kant exprime la même idée : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, soit dans ta propre personne, soit dans la personne d'autrui, comme une fin, et que tu ne t'en serves jamais comme d'un moyen » (*Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris (trad. J. Barni), Librairie de Ladrange, 1848, p. 71).

[335] Philippe Le Tourneau, « 'Bien faire l'homme' : de la morale avant toute chose ! », *in* Jacques Krynen (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Lextenso, 2005, pp. 21-51.

Les principes de liberté et d'égalité dans leurs diverses acceptions sont ainsi revigorés par l'objectif d'une égale dignité des individus. Alors que la moralisation des rapports sociaux était assurée par des notions civilistes, leur humanisation invite aujourd'hui à les revoir sous l'angle jusnaturaliste de la responsabilité. Indépendante de toute appréciation de valeur, la dignité humaine donne pourtant au juge un pouvoir difficile à maîtriser. Les critères de la jurisprudence passée sur les bonnes mœurs ne sont guère transposables à la situation actuelle. Avant 2016, le Code civil ne permettait de sanctionner que les comportements les plus visibles, dans le respect de la vie privée[336], justement au nom du respect de la dignité. Le rapport du droit à la morale continue de nous interroger sur l'acceptabilité de normes extérieures au droit dans la sphère judiciaire. Le dernier confinement des bonnes mœurs dans leur invocation conforme à la dignité humaine n'aura donc apaisé que temporairement le débat…

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle globalement que les magistrats ont fait une application raisonnable des bonnes mœurs, loin de tout zèle moralisateur ou religieux. L'objet de la matière est d'autant plus stimulant au regard des réflexes légalistes du XIXe siècle, propices à l'intériorisation d'une nouvelle culture juridique chez les hommes de loi. Cette période transitoire du droit français pourrait susciter une comparaison intéressante avec les droits civils africains et notamment le droit sénégalais, dans lequel la notion de bonnes mœurs joue un rôle continu (avant, pendant et après la période coloniale). Or, au moment de la codification civile au Sénégal, cette notion commençait à être considérée comme inutile en droit français (surtout après l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1999). L'intérêt est de chercher à savoir si, et pourquoi, la notion de bonnes mœurs garde son importance en droit civil sénégalais, en raison du poids des coutumes en vigueur, des usages familiaux et de l'influence de l'islam en tant que religion dominante. Il faudrait être en mesure de voir en quoi, sur le temps long, la jurisprudence fait une application rigoureuse ou plutôt conciliante de cette notion, dont la connotation religieuse peut être sensiblement atténuée par la laïcité, au nom d'une vision libérale des droits de l'homme.

[336] Le contrôle des bonnes mœurs devait porter sur un élément précis des actes juridiques, d'où la distinction théorisée au sujet de la cause. Selon le Doyen Carbonnier, si les deux aspects de la cause, comme but ou intérêt du contractant, se trouvaient ensemble à « l'arrière-plan du consentement », par contre, « quand il ne s'agit que de savoir si elle existe, il suffit d'en prendre une vue schématique, tandis que, lorsque l'on recherche si elle est licite (ou morale), il faut la regarder de plus près, en faire apparaître la couleur et le contexte » (Jean Carbonnier, *Les obligations*, Paris, Thémis, 1998, t. 4, pp. 121 et s.). Avant la réforme de 2016, c'est au nom d'une cause licite qu'il fallait aller au-delà et examiner les motifs personnels du donateur ou du testateur, d'où l'opposition entre les partisans de la cause objective, pour lesquels confier au juge un pouvoir important d'appréciation était une atteinte à la liberté individuelle, et les défenseurs de la cause subjective considérant à l'inverse que l'acte juridique, même à titre gratuit, émane d'une personne vivant en société et doit supporter un contrôle de conformité au nom de l'ancien article 1133 du Code civil.

Georgette Suzanne GUILIWAL A BIGBONG Epse ATEBA, Docteur en droit privé, Université de Yaoundé II, Soa-Cameroun

La figure juridique contemporaine de l'adultère : regard croisé entre la France, le Sénégal et le Cameroun

A l'origine, l'influence de l'adultère dans les relations personnelles des époux est consubstantielle à la conception socio-anthropologique du divorce et du mariage. En France, société réfractaire à la polygamie, le divorce a été admis après la révolution et l'adultère a été consacré comme cause péremptoire de divorce, en guise de condamnation à la violation de l'obligation de fidélité prescrite aux époux à l'article 212 du Code de civil de 1804. Le divorce pour faute est alors une concession faite au principe de l'indissolubilité du mariage[337], au nom d'un certain réalisme, qui conduit à prendre en considération l'existence de situations de fait intolérables, et non pas en référence à l'idée d'un mariage de nature dissoluble.

La conception indissoluble du mariage était également entretenue dans les traditions d'Afrique noire[338]. En dépit de leur apparente diversité, les règles juridiques qui régissaient les peuples d'Afrique avant la colonisation présentaient des ressemblances certaines dans leurs aspects essentiels. Elles exprimaient « un air de famille », comme le déclare Keba Mbaye, empreint d'une « *recherche constante du consensus* »[339]. Ainsi, le mariage était considéré comme le centre de la vie de la collectivité. Une alliance entre deux familles qui allait au-delà de l'union des deux conjoints, dans l'objectif d'assurer à l'avance un lien indéfectible destiné à durer toute la vie[340].

Cependant, dans la mouvance des politiques coloniales, la question de savoir s'il est opportun et adéquat d'admettre ou non la dissolution du mariage par le divorce ne s'est pas posée aux différents législateurs africains qui ont eu à organiser le

---

[337] Principe consacré par le droit canonique et jadis existant dans nos cultures africaines, qui a été jusqu'à la Révolution celui du droit positif français. Voir Youssoupha Ndiaye, « Le divorce », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome VI, chapitre XV, p. 279.

[338] Kéba Mbaye cite dans ce sens le mariage indissoluble des Niarofalo chez qui la veuve, en cas de décès du mari, reste mariée à ce dernier et demeure soumise à l'obligation de fidélité. Les enfants nés depuis le décès du mari étant réputés conçus par lui, même si la réalité démontre le contraire (« Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest », *Revue sénégalaise de droit*, 1967, n°1 p. 33). De même, au Cameroun, A. Nguema dans sa thèse relève qu'autrefois le lévirat était largement appliqué au Cameroun occidental. Et que les tribunaux coutumiers n'hésitaient pas à refuser de dissoudre le mariage pour cause de mort de l'un des époux. Rattachée à la famille de son mari par la dot, la femme devait retrouver dans cette famille un autre partenaire comme époux. Cette règle coutumière abolie de nos jours rendait le mariage indissoluble (*Les causes de dissolution du mariage au Cameroun*, Thèse de doctorat 3e cycle, p. 63).

[339] Keba Mbaye, « Le destin du Code civil en Afrique », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 517.

[340] Awa Yade, « Stratégies matrimoniales au Sénégal sous la colonisation », *Cahiers d'études africaines*, 2007, pp. 623-642.

divorce. Tous ont importé le principe sans discussion, érigeant de ce fait l'adultère en cause péremptoire de divorce dans une société phallocratique et favorable à la polygamie. Le Code civil est parti du Sénégal où la France s'est établie depuis 1628, puis s'est étendu par étape dans les autres colonies françaises comme le Cameroun. Il a traversé une partie de l'histoire du droit africain où il a été l'outil essentiel de la réglementation de la vie familiale des populations dans les différents stades de l'évolution des différents pays[341]. Mais alors, en transbordant sur le sol africain la notion de divorce pour faute d'adultère conçue pour la France, l'on n'a pas l'impression que les maîtres tailleurs ont réellement protégé la famille et les liens du mariage, eu égard à la banalité et vulgarité de l'adultère dans la société[342].

Cette inquiétude n'a pas laissé le colonisateur indifférent même dans son propre contexte social. Alors, sous l'impulsion de l'évolution de la structure familiale, et de concert avec d'importants changements sociaux, notamment la montée de l'égalité des sexes, la hausse des concubinages, des naissances hors mariage et des divorces, l'éclatement du modèle unique de la famille basée sur le mariage, etc., un grand mouvement de réforme du droit de la famille débute dans les années 1960 en France. Et l'on s'interroge sur le point de savoir si le visage juridique actuel de l'adultère en France correspond encore au régime juridique hérité par les droits africains ? Autrement dit, y a–t–il encore concordance dans le traitement de l'adultère en France, au Cameroun et au Sénégal de nos jours ?

En effet, en France, le traitement judiciaire de l'adultère est doublement modifié par la loi de 1975[343] : au pénal, le délit d'adultère est supprimé, tandis qu'au civil, l'adultère cesse d'être une cause péremptoire de divorce pour venir se glisser dans une catégorie large et flexible des fautes causes de divorce[344]. Force est pourtant de constater que le mouvement n'a pas suivi dans les pays africains de tradition juridique française, notamment au Cameroun et au Sénégal : ces systèmes juridiques rament à contre-courant en ce qui concerne le traitement de l'adultère.

C'est cette démarcation entre les deux systèmes juridiques que cette étude se propose d'établir dans une démarche comparatiste et exégétique. Tandis que le droit français tolère et dépénalise l'adultère (I), les droits sénégalais et camerounais signent et persistent avec la sanction de l'adultère dans le mariage (II).

I - La tolérance contemporaine de l'adultère en droit français

Au-delà de l'abolition des sanctions sévères discriminatoires à l'égard de l'adultère de la femme mariée[345], deux changements majeurs marquent la tolérance dans le

---

[341] Keba Mbaye, « Le destin du Code civil en Afrique », *ibid.*, p. 515.

[342] Dans les coutumes africaines, on retrouvait des adultères consentis, en cas de stérilité du conjoint par exemple ou de l'impuissance du mari. Il n'était pas courant dans tous les cas de dissoudre une union pour cause d'adultère, dans le but de préserver les intérêts des enfants et des deux familles unies par le mariage.

[343] Loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce en France.

[344] Commaille J., « D'une sociologie de la famille à une sociologie du droit - D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales », *Sociologie et sociétés*, XVIII-1, 1986, pp. 113-128 ; Théry I., *Le démariage. Justice et vie privée*, 2e éd., Paris, 1996 ; Commaille et de Singly, *La question familiale en Europe*, Paris, L'Harmattan, 1997.

traitement légal de l'adultère en droit français et une conception moins autoritaire de la relation entre le droit et le mariage après la réforme de 1975. Dans un premier temps, le divorce n'est plus la sanction immédiate de l'adultère, il est désormais soumis à l'appréciation du juge, cette nouvelle conception marquant ainsi un relâchement des effets de l'adultère dans l'ordre des rapports personnels des époux (A). Dans un second temps, le délit d'adultère n'est plus sanctionné pénalement, une dépénalisation (B) marquant la reconsidération du caractère privé de l'union dans le mariage, bien que celui-ci demeure une institution solennelle.

A- Le relâchement des effets de l'adultère dans les rapports personnels des époux

Contrairement aux mesures taillées avant dans le Code civil relativement aux causes du divorce, les fautes conjugales ne sont plus strictement sanctionnées par le divorce dans la réforme de 1975 y compris l'adultère. Tout dépend de la qualification qu'en font les époux dans leurs rapports personnels. Le législateur allège ainsi le caractère fautif de l'adultère (1) et en laisse l'appréciation successivement aux conjoints et au juge (2).

1 - *L'allègement du caractère essentiellement fautif de l'adultère dans le mariage*

De la cause péremptoire de divorce à une faute conjugale appréciable par le juge à la lumière des rapports interpersonnels des époux, l'on peut affirmer aujourd'hui qu'en France le caractère essentiellement fautif de l'adultère dans les rapports interpersonnels des époux a été battu en brèche, bien que le devoir de fidélité subsiste à l'article 212 du Code civil[346].

En effet, antérieurement à 1975, le Code civil énumérait trois cas de divorce pour faute[347] : « l'adultère », « la condamnation à une peine afflictive et infamante », et enfin « les excès, sévices et injures ». Les deux premiers cas constituaient des causes péremptoires de divorce, de telle sorte que le juge, si les faits étaient établis, devait prononcer le divorce ; le troisième cas était dit « cause facultative », le juge ayant le pouvoir d'accueillir ou de rejeter la demande en divorce. La réforme de 1975 substitue à ce système de causes concrètes, nommées, déterminées, une seule cause abstraite, générale et indéterminée. Désormais, l'article 242 du Code civil affirme : « *Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ».

---

[345] Cette abolition étant le fait de l'écroulement des fondements majeurs de sa plus lourde condamnation, à savoir l'ordre de la filiation légitime et la hiérarchie des époux dans le mariage.
[346] C'est un devoir d'ordre public, cela signifie qu'un époux ne peut renoncer à s'en prévaloir.
[347] Articles 229 à 232 du Code civil.

Au regard de l'évolution contemporaine de la structure familiale, cette nouvelle terminologie se veut plus moderne, neutre et dédramatisante[348], les anciens termes étant jugés « *archaïques, désuets et ambigus* »[349]. Surtout, elle confère aux époux un grand pouvoir d'évaluation de leurs rapports interpersonnels et de détermination des règles de leur mariage ; bien que tout cela soit remis à l'appréciation du juge. Il serait donc possible, sous le prisme de la vie conjugale, qu'une *violation identique* des devoirs conjugaux soit ou non retenue selon que, dans un couple, elle rende ou non intolérable le maintien de la vie commune.

C'est une nouvelle figure pour l'adultère. Le changement est une véritable cloison avec la sévérité d'autrefois. Auparavant, quelle que soit sa nature (simple passade ou relation durable), et quel que soit son contexte (bonne entente ou graves conflits entre les conjoints), il était automatiquement sanctionné par le divorce. Depuis 1975, non seulement l'adultère a disparu de la loi en tant que cause péremptoire de divorce pour être englobé dans une notion-cadre, mais en plus, son caractère fautif est désormais soumis à l'appréciation du juge.

D'après Mme Nagy, l'adultère a perdu son caractère intrinsèquement fautif puisque la matérialité d'un acte d'adultère ne conduit pas automatiquement au prononcé du divorce[350]. Or, tant que l'obligation de fidélité existe, l'adultère en sera une violation et reste une faute conjugale dont la gravité est, sous certaines conditions, laissée à l'appréciation du juge, notamment le contexte conjugal, la nature tolérable ou non de la vie commune. Dans cette optique, l'adultère qui ne rend pas le lien conjugal intolérable constitue une faute légère et n'est pas cause de divorce. La présomption légale de gravité survit sous forme d'une présomption judiciaire en cas de divorce. Et nous pensons comme certains auteurs que seuls les effets de l'adultère quant à sa sanction ont connu le changement[351]. Changement pouvant se justifier par l'idée de stabilité des mariages et de sauvegarde de l'intérêt des enfants dans les politiques matrimoniales, au regard de la banalité et de la vulgarité du phénomène social d'adultère. Cette position va en droite ligne avec la conception traditionnelle africaine du traitement de l'adultère. L'on observe couramment dans nos coutumes que l'adultère en lui-même est tolérable en tant faute[352] ; mais ses conséquences sur le climat conjugal sont condamnables.

L'allègement de l'adultère en tant que faute *en soi* marque le passage à un système qui ne prévoit aucune faute conjugale abstraite, mais seulement des faits pouvant constituer des fautes conjugales à la lumière des relations inter-personnelles entre les époux. La loi n'impose donc plus un modèle d'organisation conjugale unique

---

[348] Voir Véronika Nagy, « La catégorie juridique de l'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975 : La redéfinition contemporaine du mariage comme une union égalitaire et privée », *Revue Internationale EFG*, mai 2007, p. 7.

[349] Blary-Clément M., *De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce*, thèse de doctorat de droit Université Lille II, 1989, p. 69.

[350] *Op.cit.*

[351] Mayaud Y., « L'adultère, cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », RTD Civ.1980, pp. 504 et s. ; Vassaux J., Liberté individuelle et devoirs des époux, Thèse de doctorat Université de Lille II 1989, p. 524 et s.

[352] Surtout pour ce qui est de l'adultère de l'homme : discrimination encore en vigueur dans notre vécu social aussi bien au Cameroun qu'au Sénégal.

et rigide, mais donne aux individus une certaine autonomie. Là encore s'exprime le principe pluraliste qui domine l'esprit de la réforme de 1975, soit le refus de voir le droit imposer un modèle matrimonial monolithique, et la volonté de « laisser à chaque couple qui se fonde le sentiment de pouvoir se donner sa propre constitution »[353].

Dans cette nouvelle configuration, la jurisprudence, instance d'application des lois, joue un rôle stratégique dans la matérialisation de la tolérance de l'adultère. Ainsi les juges prennent-ils en compte au moment de l'appréciation de la faute les responsabilités des époux dans l'acte d'adultère commis.

2 - *L'appréciation judiciaire de l'adultère en fonction des responsabilités des époux et non plus de manière absolue*

Dans l'ancienne conception de l'adultère, le demandeur était dispensé de démontrer la gravité de l'adultère dont il faisait état, étant donné qu'il était une cause péremptoire de divorce. Depuis 1975, l'adultère ayant perdu son caractère péremptoire, il *« ne peut être en soi cause de divorce »*[354], son caractère de gravité étant soumis à l'appréciation du juge qui le confronte au climat de la vie des époux. Fort de cet état de chose, l'on peut dégager une définition jurisprudentielle de l'adultère cause de divorce, au regard des situations de négation de ce grief par les juges en raison du « défaut de gravité », au sens de l'article 242 de Code civil.

L'on retient ainsi deux situations d'adultère rejetées en tant que faute cause de divorce par la jurisprudence : l'adultère de connivence et l'adultère-consolation. Des situations à la fois différentes et similaires de par leur nature qui est la violation du devoir de fidélité. Elles présentent plusieurs points communs.

Tout d'abord, ces deux adultères ne sont pas à l'origine de la désunion : l'un a lieu avant la désunion, dans le cadre d'un accord entre les époux, l'autre a lieu après la désunion, et n'en est que la conséquence. Ensuite, ils ne sont pas le fruit de la seule volonté du conjoint qui le commet. Dans le cas de la connivence, la volonté des deux conjoints est en jeu, puisque le conjoint trompé consent, voire incite à l'adultère ; de toute façon l'adultère est accompli avec sa permission explicite[355]. Ce type d'adultère est souvent vécu au Cameroun dans le but de résoudre la stérilité ou l'impuissance de l'homme. Tandis que dans le cas de la consolation, le conjoint est comme poussé à l'adultère par les agissements de l'autre. Un conjoint commet des fautes conjugales, en général l'abandon du domicile conjugal suivi de la mise en ménage avec un tiers. À la suite de la séparation de fait, une procédure de divorce est engagée ; après un certain temps, l'époux abandonné noue une nouvelle relation, laquelle est constatée bien après la séparation de fait ou l'ordonnance de non conciliation. L'adultère de

---

[353] Carbonnier J, *Essai sur les lois*, Paris, répertoire du Notariat Défrenois, 1978, p. 239.
[354] C.A. Bordeaux, 19 nov. 1996.
[355] Ainsi, la cohabitation de l'épouse avec un homme au domicile conjugal est un élément insuffisant à justifier le divorce, dès lors qu'il y avait accord du mari, ce ménage à trois étant toléré par lui depuis longtemps (C.A. Bordeaux, 3 juill. 1986) ; de même, le mari qui a écrit à un ami pour lui demander d'entretenir des relations sexuelles avec sa femme ne peut reprocher l'adultère à sa femme (C. A. Bordeaux, 21 mars 2000.C.A.).

l'époux esseulé, cet « adultère-consolation », n'est alors pas retenu comme une faute cause de divorce.

Enfin, le troisième point commun, qui résume aussi les deux premiers, est le fait que ces deux adultères ne s'inscrivent pas dans un schéma conjugal époux adultère coupable / époux trompé victime. Dans le cas de la connivence, l'époux trompé n'est pas victime de l'adultère ; conformément à l'article 242 du Code civil, il n'est pas outragé et l'acte ne rend pas intolérable le maintien de la vie commune[356]. Et dans la consolation, c'est l'époux adultère qui occupe la place de victime dans l'histoire du couple[357]. En un mot, on ne peut pas être coupable d'adultère dans l'absolu : c'est uniquement par rapport au conjoint trompé, qui doit être victime passive de l'adultère, que ce fait devient une faute cause de divorce. La faute cause péremptoire de divorce est définitivement bien loin ; l'adultère n'existe plus comme faute « en soi », mais est un fait dont le caractère fautif ne s'acquiert que dans le cadre des relations interpersonnelles des époux[358]. La responsabilité dans la désunion est le critère déterminant de l'examen du caractère fautif de l'adultère de l'un et de l'autre conjoint.

En somme, l'on constate une conception moins autoritaire de l'adultère, notamment de ses conséquences dans le couple. L'adultère, qui met en jeu à la fois la question de la nature contractuelle ou institutionnelle du mariage (à travers la force astreignante du devoir de fidélité), la nature même du devoir de fidélité (à travers la nature des actes qui le transgressent) et l'organisation des relations personnelles entre les époux[359], pourrait être redéfini au regard de la jurisprudence comme étant : *un acte à forte connotation sexuelle commis de son plein gré par un individu marié avec un tiers de sexe opposé, le mariage de cet individu marié n'étant de préférence ni l'objet d'une séparation de corps, ni l'objet d'une instance de divorce, et qui sera fautif si la responsabilité en revient au seul époux qui le commet et s'il conduit, par un mécanisme de cause à effet, à la faillite conjugale, s'inscrivant ainsi dans un schéma conjugal constitué d'une part d'un conjoint adultère responsable de la*

---

[356] Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, LGDJ, 1993, p. 400.

[357] Il a été décidé que l'adultère de l'épouse ne constitue pas une faute au sens de l'article 242 du Code civil lorsque celui-ci peut s'expliquer par le désarroi moral dans lequel la plongeaient les agissements antérieurs du mari (C.A. Nancy, 6 mars 1995). Dans le même sens, l'intention de l'époux de refaire sa vie avec une autre femme, révélée clairement par une liaison stable de plusieurs années et la naissance d'un enfant, excuse le comportement adultère de l'épouse, intervenu plusieurs années après le début de l'infidélité du mari. Les exemples sont nombreux et les situations relativement similaires (C.A. Paris, 10 oct. 1990, Cass. 2ᵉciv. 22 mars 1995, C.A. Paris, 11 sept. 1997). Seule variante : l'abandon n'est pas la seule circonstance possible. D'autres fautes graves, telles les violences et les brutalités, sont susceptibles d'être considérées comme ayant pu conduire un conjoint à « rechercher ailleurs un climat plus serein » (TGI Albertville, 27 nov. 1979) ou à « aller chercher un réconfort à l'extérieur de son foyer » (C.A. Bourges, 19 févr. 1997).

[358] La jurisprudence l'a clairement exprimé dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui, pour motiver son refus de prononcer le divorce dans un cas de double adultère de connivence où chacun des époux fondait sa demande en divorce sur l'adultère de l'autre, invoque l'intention du législateur de 1975 : « En ayant modulé les cas de divorce, notamment par consentement mutuel ou sur demande acceptée, pour rupture de la vie commune et pour faute, le législateur a entendu réserver à ce dernier les seules procédures dans lesquelles la faute adverse, présentant les caractères énoncés à l'art. 242 C. civ. était prouvée selon les règles de la procédure civile, et que le juge doit s'en montrer d'autant plus rigoureux dans l'admission de cette preuve et la caractérisation de cette faute ».

[359] A travers l'appréciation de la gravité des violations des devoirs matrimoniaux.

désunion (coupable) et d'autre part d'un conjoint non-adultère non-responsable de la désunion (victime)[360].

En outre, l'adultère a été dépénalisé dans la réforme française de 1975.

B - Dépénalisation et égalité de traitement de l'adultère

La violation du devoir de fidélité prévu à l'article 212 du Code civil constitue l'adultère et est vécu comme une trahison, qui pourra être appréhendée comme une tromperie, une grave inconduite, une injure. Cette conception avait été sans doute à la base de la pénalisation de l'adultère même si, malheureusement, la mutualité des devoirs prescrite par l'article 212 n'avait pas été intégrée dans la sanction de l'adultère, laquelle se voulait plus sévère à l'égard de la femme. La réforme de 1975 peint un nouveau visage manifestant non seulement la fin des inégalités de traitement, mais aussi la rupture des peines en matière d'adultère. Ce qui amène à penser à une reconsidération du mariage comme une institution privée et égalitaire.

1. *La rupture des sanctions pénales et inégalitaires en matière d'adultère*

Aujourd'hui, on ne songerait pas spontanément à appréhender l'adultère en termes d'asymétrie des sexes. Pourtant, jusqu'en 1975, lorsque l'adultère est réprimé en France, il est principalement considéré comme une faute féminine, l'adultère du mari étant soit ignoré, soit bien plus faiblement sanctionné[361]. L'inégalité de traitement, justifiée par le risque propre à l'adultère féminin d'introduction d'enfants étrangers dans la famille, renvoie aussi à la hiérarchie des époux dans le mariage, selon laquelle le mari est le chef de son épouse. Enfin, au regard du mariage institution civile mis en place par le Code civil français de 1804, l'adultère de l'épouse est une grave transgression, passible de réclusion criminelle, tandis que celui du mari n'est fautif que s'il prend la forme de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal[362]. L'inégalité des époux face à l'adultère s'inscrit dans une conception asymétrique des sexes fondée par la « nature », dans une société phallocratique et patriarcale[363].

La réforme de 1975 non seulement supprime l'infraction d'adultère du Code pénal en annulant l'excuse du crime passionnel du mari qui surprendrait un amant en flagrant délit d'adultère[364], mais aussi sonne la fin d'une inégalité de traitement multiséculaire. Pour comprendre ce changement, il est nécessaire de s'interroger sur les arguments qui soutenaient auparavant la condamnation plus sévère de l'adultère de la femme mariée.

---

[360] V. Nagy V., *op cit*. p. 9.

[361] Au regard du mariage-sacrement élaboré par l'Église aux alentours du XIe siècle, l'adultère représente à la fois un péché de chair et la violation du devoir de fidélité, qui s'imposait avec plus de la force à l'épouse qu'au mari.

[362] Ancien art. 324 du Code pénal.

[363] Qui fait du mari le dépositaire du public et le chef de la famille, et de l'épouse la gardienne du privé et l'inférieure de son mari.

[364] Ancien art. 324 du Code pénal.

Traditionnellement, la gravité de l'adultère de la femme trouve une justification dans la crainte d'introduire un enfant adultérin dans la famille légitime. Ce raisonnement était rendu possible par le lien qui unissait tout rapport sexuel à un potentiel acte de procréation. Or ce lien est rompu par les lois du 28 décembre 1967 et du 17 janvier 1975 qui autorisent respectivement la contraception et l'avortement. Cela étant, l'adultère de l'épouse cesse de constituer automatiquement un risque d'introduction d'enfant étranger au sein de la famille. De plus, dans un contexte où le mariage était le seul foyer d'enfants légalement reconnus, le caractère dangereux de l'introduction dans la famille légitime d'un enfant adultérin, qui donnait à un enfant naturel une place d'enfant légitime, constituait une atteinte à l'ordre de la filiation légitime. Mais, rompant avec le principe de prévalence de la filiation légitime en vigueur depuis le Code civil de 1804, la loi du 3 janvier 1972 pose le principe général de l'égalité des filiations légitime et naturelle. Que celle-ci soit simple ou adultérine (art. 334 du Code civil)[365]. De cette façon, le mariage cessant d'être l'unique source de filiation légalement reconnue, l'atteinte que porte à l'ordre de la filiation légitime le risque de procréation induit par l'adultère de l'épouse est nécessairement moins grave.

Force est cependant de constater que la question d'enfants adultérins n'était qu'un prétexte. Jamais, par exemple, il n'a été question de traiter avec moins de sévérité les adultères des femmes stériles ou déjà enceintes – tout était établi par la discrimination classique de traitement entre l'homme et la femme. Or, à la veille de 1975, nombre de réformes ont contribué au progrès de l'égalité entre les hommes et les femmes, autant en ce qui concerne la sphère publique qu'en ce qui concerne les relations entre les époux[366]. Notamment, la loi du 18 février 1938 a supprimé le devoir d'obéissance que la femme mariée devait à son mari[367], tandis que la loi du 13 juillet 1965 portant sur la réforme des régimes matrimoniaux associe l'épouse à la gestion de la communauté de biens et lui permet d'avoir une autonomie professionnelle. Parallèlement, la puissance paternelle a également été remise en cause, pour être remplacée par l'autorité parentale exercée conjointement par les deux époux par la loi du 4 juin 1970 : le mari cesse d'être le chef de famille.

La loi du 11 juillet 1975 s'inscrit donc dans cette évolution tendant à l'égalité des époux en soumettant à un accord commun des deux époux le choix du domicile conjugal, en supprimant la possibilité laissée au mari de contrôler les correspondances de son épouse, et en mettant fin au traitement discriminatoire qui existait à l'égard de l'adultère de l'épouse, lequel perd son caractère d'offense faite par une inférieure à son supérieur.

Par cette nouvelle configuration juridique de l'adultère, la réforme s'inscrit dans une logique de privatisation des relations conjugales et de l'adultère.

2. *Une reconsidération privée du mariage*

[365] La loi du 3 décembre 2001 parachève ce mouvement : les enfants adultérins bénéficient dorénavant d'une stricte égalité successorale avec les enfants légitimes.
[366] Voir Duby G. et Perrot M., *Histoire des femmes en occident*, T5, Paris, Plon, 1992.
[367] Ancien art. 213 du Code civil.

La place de l'adultère dans le droit français a indéniablement été bouleversée. Cette mutation s'inscrit dans un changement complexe de l'ordre social. Les normes touchant à la place des sexes, au mariage et à la filiation ont subi un bouleversement qui a remis en cause le modèle familial hérité du Code civil. Les trois principes moteurs de cette remise en cause sont l'égalité des sexes, le refus d'imposer un modèle familial unique, et la nouvelle place accordée à l'enfant. C'est ce même principe de refus de la norme unique qui a amené le législateur de 1975 à supprimer le caractère péremptoire de l'adultère, qui en faisait une faute abstraite et absolue, pour en soumettre le caractère fautif à l'appréciation du juge, afin que puisse être prise en compte le pluralisme des situations conjugales. Cette nouveauté va de pair avec le changement de contenu du devoir de fidélité, qui ne peut plus strictement se définir comme une obligation d'exclusivité sexuelle, ce qui ne l'empêche pas de rester une valeur importante aux yeux des Français[368].

De toute cette évolution transparait une certaine « *privatisation* » de l'adultère, corrélative d'une « *privatisation* » générale du mariage. Le mariage est de moins en moins considéré comme une affaire publique, et se trouve de plus en plus traité comme une question individuelle. Aussi l'adultère n'est-il plus, ni dans les esprits, ni dans la loi, une atteinte portée à la société toute entière, mais une faute privée concernant principalement les individus. Enfin, la place nouvelle accordée à l'enfant a fait de l'intérêt de l'enfant une référence de plus en plus importante dans le droit de la famille contemporain ; ce qui a pour effet d'en faire, pour ce qui est du règlement des conséquences du divorce, le premier critère de décision judiciaire, loin devant la question de la culpabilité ou de l'innocence des époux. Le droit français rejoint par-là l'esprit traditionnel africain du règlement de l'adultère.

Dans le même sens, la sanction est désormais altérée au regard de la validité des libéralités consenties à l'amant ou à la maîtresse. L'adultère tenu pour un événement purement privé n'est plus en soi susceptible d'altérer la validité des libéralités consenties à cette occasion, lesquelles ne sont plus appréhendées comme contraires aux bonnes mœurs et à la morale au sens des articles 1131 et 1133 du Code civil. Par arrêt du 29 octobre 2004[369], l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a décidé de soustraire les modes de transmission des patrimoines (les libéralités entre vifs ou à cause de mort) à la surveillance « moralisatrice » des juges. Marquant ainsi une rupture avec la jurisprudence traditionnelle qui privilégiait l'opinion personnelle des juges sur les mœurs acceptables, entre les libéralités adultères tenues pour valables lorsqu'elles traduisaient un « devoir de conscience » du disposant et celles

---

[368] Selon l'enquête sur la sexualité des Français, pour neuf personnes sur dix, la fidélité est essentielle au bonheur du couple (Bajos et al., *La sexualité au temps du sida*, ARNS,1995, p. 204). En 1999, la fidélité est considérée comme importante par 85 % des 18-26 ans, par 80 % des 27-35 ans, par 76 % des 36-44 ans, par 80 % des 45-53 ans, par 75 % des 54-62 ans, par 85 % des 63-71 ans, par 89 % des plus de 71 ans (Duboys Fresney (dir.), *Atlas des français. Grand angle sur un peuple singulier*, Paris 2002, p. 89).

[369] Bull. n° 12 ; BICC n° 612, p. 7, pourvoi 03-11238. L'assemblée Plénière en 2004 a ainsi confirmé un arrêt du 3 février 1999, pourvoi n° 96-11946, qui avait mis fin à la jurisprudence suivant laquelle les libéralités entre concubins étaient nulles si elles avaient pour cause impulsive et déterminante la formation, le maintien, ou la reprise de relations illicites.

qui étaient déclarées annulables pour cause immorale parce qu'elles avaient eu pour cause « impulsive et déterminante » l'établissement, le maintien ou la reprise des relations adultères.

Cette évolution a récemment été entérinée par la haute juridiction française en 2015, en jugeant que « l'infidélité conjugale » n'était plus « contraire à la représentation commune de la morale » dans une affaire opposant le député Patrick Devedjian au magazine *Point de vue*, plus précisément pour un article évoquant la relation extraconjugale de l'élu. À l'appui de leur argumentaire, les juges rappellent au passage que « l'adultère a été dépénalisé depuis près de quarante ans ».

En somme, on observe que la loi du 11 juillet 1975 a atténué le caractère de gravité de l'adultère. Au pénal, l'adultère n'est plus une faute, de même l'adultère de la femme mariée est désormais dépouillé de sa gravité spécifique, pour devenir l'égal de celui du mari. Au civil, l'adultère a perdu son caractère intrinsèquement fautif ayant pour conséquence le prononcé automatique du divorce. Ce changement va à contre-courant du visage juridique que revêt l'adultère en droit sénégalais et camerounais depuis les indépendances jusqu'à nos jours.

II - La sanction persistante de l'adultère en droits camerounais et sénégalais

L'étude de l'évolution du mariage pendant la période coloniale révèle que les stratégies matrimoniales au Sénégal furent très complexes, du fait de l'ouverture du pays au monde extérieur[370]. La rupture avec les coutumes, la liberté de mariage, ont entrainé le fait que les hommes n'ont plus eu besoin de recourir au soutien familial pour s'acquitter des prestations traditionnelles. Par conséquent, ils n'étaient plus obligés de se soumettre aux pressions familiales favorables aux mariages préférentiels[371]. Le caractère indissoluble du mariage a pris un coup par l'admission du divorce. Or on s'aperçoit que le Code civil français continue d'influencer l'œuvre législative dans certains pays du continent noir, parmi lesquels le Sénégal, et le Cameroun ; malgré la tolérance marquante de l'adultère en droit français depuis 1975, ces deux systèmes maintiennent la sanction qui contraste d'ailleurs avec la réalité vécue. L'on note au civil une condamnation à deux vitesses de la faute d'adultère cause de divorce dans les deux systèmes (A), et au pénal un maintien sévère de la répression (B), parfois au détriment de la stabilité des couples et de l'intérêt des enfants.

[370] Économie de marché, urbanisation, scolarisation…Voir Awa Yade, « Stratégies matrimoniales au Sénégal sous la colonisation », *op. cit.*.
[371] D'autant plus que le droit colonial tendait à supprimer l'ingérence des parents dans la formation du mariage.

A- L'adultère au civil : une faute sanctionnée à deux vitesses dans les deux systèmes

L'admission du divorce a plutôt fragilisé le mariage africain[372] ; avant les indépendances des pays d'Afrique francophone, les causes légales de divorce admises par la coutume tournaient autour de la répudiation ou de la disparition de l'un des conjoints. À la faveur des bouleversements économiques et sociaux intervenus à partir de 1900, une pléthore d'autres motifs est venue se greffer sur celles-ci, et fragiliser davantage les liens du mariage. Le Doyen Decottignies écrit dans ce sens que *« les époux respectueux de la loi qui empruntent la porte étroite dont le législateur a bâti le chambranle ne sont pas pour autant pris au piège du mariage… le nombre effarant de divorce dans certaines populations africaines est significatif d'un état d'esprit peu compatible avec une union durable… »*[373]. En matière d'adultère, c'est le divorce-sanction qui est réglementé en ce qu'il repose sur la violation des obligations conjugales ou familiales. L'adultère est tantôt une cause péremptoire de divorce comme au Cameroun (1), tantôt une cause facultative comme au Sénégal (2).

1. *L'adultère, cause péremptoire de divorce en droit camerounais*

Le Cameroun fait partie des pays africains francophones dont le Code de la Famille est toujours en chantier et qui par conséquent sont encore régis par les articles 229 à 232 du Code civil français en matière de divorce. Aux termes de ces dispositions, l'adultère de l'un des époux figure au premier rang des causes de divorce. Il est considéré comme une cause péremptoire de divorce. A cet égard, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, il est obligé de prononcer le divorce à la demande d'un des conjoints, contrairement à la solution contemporaine du droit français étudiée plus haut en la matière. Ces deux conceptions sont désormais aux antipodes, et la démarche camerounaise est à rebours de celle de l'ancien colonisateur.

Notons également que contrairement à la loi sénégalaise, le droit camerounais maintient la distinction classique entre l'adultère de la femme et celui de l'époux, celle-ci ne pouvant s'en prévaloir que si le mari a entretenu sa maitresse au domicile conjugal. La femme est ainsi dans une situation plus défavorable que celle de l'homme. Cette position trouve certainement une justification dans l'idée que l'adultère de cette dernière peut entraîner une confusion de parts et, dans ce cas, le mari est présumé être le père de l'enfant pourtant adultérin, conformément à l'adage *Pater is est quem nuptiae demonstrant*[374].

---

[372] Voir Jacques Binet, *Le mariage en Afrique noire*, Paris, Editions cerf, 1959.
[373] Decottignies Roger, « Requiem pour la famille africaine », *Annales africaines*, 1965, p. 278.
[374] Voir art. 191 du Code de la Famille sénégalais.

2. *L'adultère, cause facultative de divorce en droit sénégalais*

Le Code civil est partie du Sénégal pour accompagner les colonisateurs jusque dans les contrées reculées des rives de l'Oubangui et du Chari[375]. La nécessité d'achever la décolonisation et d'assurer le développement dès les indépendances, a fait naitre un besoin impérieux de mettre en œuvre de nouvelles législations pour l'institution d'un droit de la famille unique, élément indispensable à l'édification de l'unité des nations[376], fragmentées en ethnies ou en tribus.

C'est ainsi qu'en droit sénégalais l'on note une légère avancée comparativement aux textes hérités. L'article 166 du Code de la Famille non seulement met sur le même pied d'égalité l'adultère et les autres violations graves ou renouvelées des devoirs et obligations du mariage, mais il n'en fait également plus une cause péremptoire de divorce. Bien plus, il n'y a plus de distinction entre l'adultère de la femme et celui du mari. L'adultère est simplement une cause facultative du divorce, laissée à l'appréciation du juge.

Cette conception se rapproche de celle du droit français dans la mesure où le juge détient une large marge d'appréciation de l'opportunité d'un divorce face à l'adultère. La faute est intrinsèquement moins grave qu'en droit camerounais. Mais l'adultère est toujours pénalement puni dans les deux systèmes.

B - Le maintien d'une pénalisation égalitaire de l'adultère

Dans la majorité des sociétés africaines, l'adultère de la femme était assimilé à un crime passible de châtiments corporels, voire de la peine de mort[377], alors que la tolérance était portée vers l'adultère de l'homme, considéré comme un éventuelle polygame. La loi musulmane, quant à elle, condamnait les coupables à la flagellation. Cet acte qualifié de grave venant de la femme n'avait pas la même portée en droit français, où il était considéré comme un délit ; à ce titre, la justice indigène a cherché à commuer les peines en condamnation à une amende ou à la prison[378].

L'adultère par l'adoption des lois françaises est ainsi devenu un délit puni par le Code pénal au Sénégal et au Cameroun, sans distinction de sexe (1). Cependant, cette sanction contribue-t-elle réellement à la stabilité des mariages dans le contexte africain ? Elle semble plutôt être une source de fragilisation des liens matrimoniaux (2).

---

[375] Voir Keba Mbaye, « Le destin du Code civil », *op. cit.*

[376] Voir « Rapport de présentation du Code de la famille du Sénégal ».

[377] Courant R. *Coutumiers juridiques de l'Afrique Occidentale Française*, vol. 1, Sénégal, Paris, Larose 1939.

[378] Sarr D. « Jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal : les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 », *Annales africaines*, 1975, pp. 143-178, cité par Awa Yade, Stratégies matrimoniales au Sénégal sous la colonisation.

1. *La condamnation pénale et égalitaire de l'adultère*

Il y a lieu de relever que l'égalité de traitement entre le mari et la femme qu'a institué le Code de la Famille sénégalais a été intégrée dans la loi pénale sénégalaise en matière de répression de l'adultère ; et en ce qui concerne la réglementation de sa preuve, contrairement au Coran par exemple qui exige que l'adultère de la femme soit prouvée par quatre témoins[379]. Force est de constater la rupture avec la conception ancienne qui ne considérait que l'adultère de la femme, et le qualifiait d'ailleurs de crime punissable de mort. Avec l'admission de l'égalité de tous devant la loi en matière de droits de l'Homme, le législateur sénégalais a rompu même avec les textes français initiaux hérités de la colonisation, contrairement au droit camerounais qui a récemment fait sa mue en ôtant toute discrimination de genre dans la pénalisation de l'adultère dans le nouveau Code pénal.

Cela étant, les deux législations[380] font des époux les maîtres du jeu, et il leur est réservé le droit de dénoncer l'adultère et d'arrêter la condamnation. La poursuite de l'infraction ne peut être engagée que sur plainte du conjoint offensé. Tout comme ce dernier reste maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre son conjoint en acceptant de reprendre la vie commune.

En droit sénégalais, l'époux coupable d'adultère sera puni d'une amende de 20.000 à 100.000 francs[381]. Le complice de l'adultère sera passible de la même peine que le coupable. Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité seront, outre le flagrant délit, celles résultant de l'aveu ou des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. Mais la sanction du délit d'adultère parait plus sévère en droit camerounais.

L'on peut notamment lire à l'article 361 du Code Pénal du Cameroun que : *« (1) Est puni d'un emprisonnement de deux (02) mois à six (06) mois ou d'une amende de vingt-cinq mille (25 000) à cent mille (100 000) francs la femme mariée qui a des rapports sexuels avec un autre que son mari._(2) Est puni des mêmes peines prévues à l'alinéa 1 ci-dessus le mari qui a des rapports sexuels avec d'autres femmes que son ou ses épouses. Toutefois, la preuve de l'existence d'une union polygamique incombe au mari ».*

Cet article marque une révolution dans le Code pénal camerounais en ce qu'il vient mettre un terme à la différence classique qui existait entre l'adultère au civil et au pénal. En effet, au civil l'adultère se définit comme les relations sexuelles entre un époux et une personne autre que le conjoint. Le Code Pénal du Cameroun avait quant à lui fait une distinction entre l'adultère du mari et celui de la femme. Jusqu'alors, était coupable d'adultère la femme mariée qui avait des rapports sexuels avec un autre que son mari ; tandis que pour tomber sous le coup de cette infraction, le mari devrait avoir eu, au domicile conjugal, des rapports sexuels avec d'autres femmes que

---

[379] Ndir M.L., « Réflexions sur le mariage et le divorce en pays musulman », *Afrique documents*, 1965, cité par *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, p. 291.
[380] Voir articles 329 à 331 du Code pénal sénégalais
[381] Article 330 du Code pénal sénégalais.

son ou ses épouses, ou hors du domicile conjugal, des relations habituelles avec une autre femme.

Cela étant, pour établir l'adultère du mari hors du domicile conjugal, celui-ci devait avoir eu des relations sur une longue période. Alors que dans le domicile conjugal, un seul acte suffisait à établir l'infraction. Et pourtant, s'agissant de la femme mariée, le lieu de commission de l'infraction, de même que la constance de celle-ci, étaient indifférents. Le mari avait juste à prouver que sa femme avait entretenu des rapports avec un autre que lui. Cette discrimination vient d'être corrigée par la relecture de l'article 361 dans le nouveau Code. Désormais, plus de favoritisme à l'égard des hommes. Les faits constitutifs du délit d'adultère sont identiques chez tous les conjoints qu'il s'agisse du mari ou de la femme. Ils consistent à avoir des rapports sexuels avec une personne autre que son conjoint. La poursuite de l'infraction ne peut être engagée que sur plainte du conjoint offensé. Tout comme ce dernier reste maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre son conjoint en acceptant de reprendre la vie commune. Du coup, la conséquence la plus grave de l'adultère au Cameroun demeure le divorce tel que l'illustre la rareté des décisions pénales en la matière.

En outre, la polygamie étant admise au Cameroun, tout comme au Sénégal, l'article 329 du Code pénal sénégalais prévoit une particularité pour les maris polygames afin que les usages tolérés par la coutume ne puissent constituer en eux-mêmes l'adultère. Eviter par exemple qu'une des épouses fasse reproche à son mari d'un quelconque adultère pour n'avoir pas respecté le partage équitable des nuits entre les épouses[382]. Obligation est faite au mari ayant plus d'une conjointe d'apporter la preuve de l'existence d'une union polygamique. Précision néanmoins au passage que sous peine d'être coupable de bigamie, le mari doit avoir contracté tous ses mariages sous le même régime de la polygamie[383].

Mais alors, les conjoints parviennent-ils à un accord pacifique après une condamnation pénale de l'un pour cause d'adultère ? La reprise de la vie commune n'est en effet pas toujours évidente, et les relations matrimoniales s'en trouvent souvent fragilisées.

2. *Vers une fragilisation du lien matrimonial par la condamnation sévère de l'adultère*

Loin d'encourager l'adultère, nous pensons qu'il est temps que les sociétés africaines de tradition juridique française mettent en exergue leurs us et coutumes en la matière. En dehors des coutumes choquantes telle que la discrimination dans le traitement, le Cameroun tout comme le Sénégal devraient adapter leurs stratégies et politiques matrimoniales à leurs solutions juridiques traditionnelles pour une application efficace de la règle de droit.

Pour ce qui est du divorce par exemple, il est pratiquement impossible dans nos traditions de permettre à une femme camerounaise de quitter son foyer pour un

[382] Voir. art. 149 al. 2 du Code de la Famille sénégalais.
[383] Art. 362 CPC sénégalais.

simple adultère de son époux, tant que le climat conjugal n'en est pas gravement affecté. L'on aboutit donc tout comme le droit français à cette conception privée de l'acte d'adultère mettant en cause trois personnes. Entre personnes consentantes, si elles ne le sont pas, cela ne s'appelle plus adultère et cette pratique relève de la liberté individuelle, tout comme il appartient au conjoint de ne pas accepter la chose et de demander le divorce. Bien qu'étant une faute, ce sont les conséquences de l'adultère qui sont réprimées dans nos coutumes. Le droit français l'a d'ailleurs dépénalisé, tout en laissant l'appréciation de l'opportunité du divorce au juge et au conjoint eux-mêmes.

S'agissant de la pénalisation de l'adultère en droit sénégalais et camerounais, la protection des familles, avec en tête la préservation des intérêts de l'enfant, n'est pas toujours une garantie dans cette politique matrimoniale, lorsqu'on connaît le caractère péjoratif de la condamnation pénale dans les sociétés africaines. En l'occurrence, l'on ne saurait traduire son conjoint en justice et prétendre reprendre la vie commune après la peine. C'est illusoire en Afrique où le mariage est une union de deux familles ! Cette politique ne fait qu'accentuer la fréquence des divorces. Il serait plus opportun de laisser l'appréciation du climat matrimonial aux époux, comme l'a fait le « tailleur français du droit » d'aujourd'hui. Ce dernier a compris que les mesures d'hier ne s'accommodent pas à la politique préconisée, notamment la stabilité des couples. Il a redéfini le mariage comme une union égalitaire et privée. Nos droits traditionnels africains ne sont pas loin de cette conception. Dans ce contexte, nous pouvons retrouver des adultères de connivence, comme autrefois dans nos coutumes où le mari impuissant ou stérile permettait à sa femme, dans le secret, de concevoir des enfants adultérins, et ceci pour la pérennité de leur union.

Il arrive même, pour le bien-être des enfants, que les époux parviennent à négliger ou à être indifférents aux adultères de l'un et de l'autre, tant que le lien matrimonial n'est pas intolérable. En réalité, si le nombre des adultères est si important et si on en parle autant chez nous, c'est qu'il y a un réel problème au niveau du mariage. Mariages arrangés, mariages par intérêt matériel, mariages forcés, mariages de très (très) jeunes filles… Peut-être est-ce là qu'il faudrait regarder, dans les conditions des unions, dans les pressions, les enjeux et les stratégies.

Sans qu'il cesse d'être une faute conjugale, le maintien de l'emprisonnement pour cause d'adultère n'avance pas le renforcement de la structuration des familles, et encore moins la stabilité de l'union dans la société camerounaise par exemple où la polygamie de l'homme est présumée. En droit traditionnel, l'adultère reste une faute pénale et la condamnation des coupables d'adultères est souvent pécuniaire et /ou en nature[384] en guise de dédommagement de l'époux cocu et de réparation de l'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans la communauté. Le législateur camerounais pourrait pencher vers cette solution.

[384] Le chef condamne le coupable à apporter des chèvres, des kolas, du vin qu'il déposera à la chefferie.

Conclusion

Le croisement est de taille entre la conception actuelle des maîtres tailleurs du droit et celles des systèmes hérités de leur tradition juridique en matière d'adultère, ce qui donne au phénomène une figure juridique hétérogène. L'on pourrait dire que la démarche du droit français est à rebours de celle des systèmes sénégalais et camerounais. Le changement est marquant en France : de fait intrinsèquement grave, l'adultère devient un fait dont le caractère fautif est relatif au contexte conjugal. Autrement dit, la gravité de l'adultère, qui était toujours – du moins pour l'adultère féminin – contenue dans l'acte lui-même, en est désormais comme décollée sous le fondement de l'égalité de sexe et de l'égalité de traitement entre les enfants : à présent, il existe des actes d'adultère non-fautifs, car les époux ne peuvent désormais plus se rendre coupables d'adultère dans l'absolu, mais seulement l'un par rapport à l'autre. En plus, l'adultère n'est plus un délit sur le plan pénal, et le mariage est redéfini comme une union privée. Tandis qu'au Sénégal et au Cameroun, les politiques matrimoniales n'ont pas véritablement avancé. Faute grave cause de divorce, l'adultère est toujours pénalisé sous le prétexte de la stabilité des mariages. Or, cette facilité du divorce, en déphasage avec le principe traditionnel de l'indissolubilité du mariage dans les coutumes africaines, semble plutôt favorable à la précarité du mariage au regard de l'ampleur du phénomène d'adultère dans la société moderne à tendance polygamique. Il en est de même pour l'emprisonnement pour cause d'adultère. A l'exemple des maîtres tailleurs, il est question pour les sociétés africaines de se détacher des règles importées d'un autre contexte et de codifier leurs propres solutions traditionnelles pour un droit en adéquation avec les pratiques et le contexte social : À chaque société son droit.

Ndèye Coumba Madeleine NDIAYE, Agrégée de droit privé, Université Cheikh Anta Diop

L'œuvre du professeur Roger Decottignies en droit privé africain : l'exemple du Sénégal

Je dois avouer que je suis très embarrassée aujourd'hui. En effet, pour la communication de ce thème je ne suis pas sûre d'être la mieux qualifiée. Quelqu'un qui malheureusement n'a pas pu se présenter à ces journées internationales a beaucoup à partager sur la pensée du professeur Roger Decottignies[385]. Il s'agit du professeur Yves Lassard. Il a été très proche du professeur Roger Decottignies pour avoir été son étudiant et son ami. Yves Lassard fait part toujours et avec admiration des enseignements du professeur Decottignies. C'est la raison pour laquelle, en 2005, il l'a recommandé à la doctorante qui cherchait ses repères dans la grande université Pierre Mendes France Grenoble 2 que j'étais alors.

Malgré ce constat qui aurait dû me dissuader de me lancer, je vais vous dire pourquoi donc j'ai accepté de faire cette communication. Car j'ai le devoir et le grand plaisir de vous livrer le peu que je sais sur l'affection que le professeur Decottignies portait à l'Afrique, particulièrement au Sénégal et à son peuple. Mon propos à ce titre n'est pas fondé sur des liens personnels qui m'unissaient au professeur Decottignies mais sur un fait. J'ai reçu en mars 2005 du professeur Decottignies la version intégrale des travaux du comité des options pour l'élaboration du code de la famille et l'avant-projet du code sénégalais de la famille. Alors qu'il était malade, il m'a envoyé ces documents après un entretien téléphonique durant lequel il m'avait bien dit : « *grâce à vous ces documents retournent chez eux* ».

Le doyen Roger Decottignies, originaire de Boulogne en France, attaché au droit africain, désireux de le reconstruire, fut le tailleur de plusieurs œuvres consacrées à la réflexion sur le droit africain. Dans le temps, dans la matière et dans l'espace, sa contribution fut révélatrice.

D'abord, de 1958[386] à 1977, il a alimenté des revues de publication africaines dont les *Annales Africaines*. Les plus connues de ses travaux publiés dans cette revue sont : « *L'état civil en Afrique occidentale française* », en 1958, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », en 1962, « *L'apport européen dans l'élimination du droit privé sénégalais* », en 1964. On insistera sur son écrit intitulé « *Requiem pour la famille africaine* », en 1965, dans lequel il a passé en revue les

[385] Au Sénégal, le président Abdoulaye Wade est l'un de ceux qui ont été proches du professeur Decottignies pour avoir travaillé à ses côtés dans la Faculté de droit de Dakar et pour avoir été avec lui au sein du petit groupe que constituait le comité des options pour l'élaboration du Code de la famille.

[386] C'est aussi l'année où il est élu professeur de la faculté de droit. En 1956, il part pour le Sénégal où il enseigne à l'école de droit de Dakar. « *Il a mis en place les études juridiques au Sénégal* » expliquait Louis Terraux, président de l'Académie de Savoie, où Roger Decottignies avait été admis en 1996.

différentes réformes relatives aux droits ivoirien, malien, guinéen, gabonais. Le professeur a aussi publié dans *La revue sénégalaise de droit* née en 1967[387] certaines de ses œuvres phares dont « *Prière à Thémis pour l'Afrique* », en 1967, une sorte d'avant-propos pour le premier numéro, et « *La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations* », en 1977.

Ensuite, les matières explorées sont nombreuses, le droit privé était son domaine de prédilection mais ses connaissances en droit administratif n'étaient pas à négliger. Il suffit de lire son écrit consacré au projet de loi sur le *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal* dans lequel il distinguait brillamment ce texte et le *Code des obligations de l'administration* en voie de voir le jour à l'époque, en soulignant que « *le législateur sénégalais a éprouvé, semble-t-il, beaucoup plus d'hésitation à franchir une… frontière : celle qui sépare le droit privé et le droit administratif* »[388]. L'occasion pour l'artisan du droit de révéler ses talents en droit international privé lui fut donnée lorsqu'il démontrait « l'unification du droit des obligations sur le plan international » dans la deuxième partie de son document sur « La résistance du droit africain en matière d'obligations ».

Artisan complet, il avait des talents d'écrivain qui lui permettaient de faire passer ses messages dans un style singulier qui capte l'attention. Par exemple en parlant de la disparition de la famille africaine, il écrivit :

« *Pour l'avenir, il faut… prendre des précautions pour éviter la résurrection des mœurs que l'on condamne. Car, la famille africaine risque de revenir à la vie sans attendre la trompette du Jugement dernier. Par-delà sa tombe, elle tourmente les législateurs de l'Afrique nouvelle qui veulent l'enterrer à jamais. Comme un fantôme irrité, elle continue à s'agiter et le bruit de ses chaînes résonne dans les nouvelles lois africaines en leur donnant un ton bien différent de celui des lois françaises. Dès lors en cet anniversaire de la famille africaine défunte, comment ne pas songer pieusement à sa mort, mais aussi à sa résurrection. L'une ne va pas sans l'autre dans la liturgie de la messe de requiem…* »[389].

Enfin, faudrait-il préciser que plusieurs législations sont visitées dans ses travaux. Le professeur a exploré avec aisance dans ses écrits publiés des ordres juridiques africains divers, dont ceux du Mali, de la Tunisie, de Madagascar, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée, du Togo, du Gabon et du Sénégal.

Sa contribution aux travaux du Comité des options pour l'élaboration du *Code de la famille* en 1966 en sa qualité de doyen de la Faculté de droit de Dakar fut légendaire. Et au-delà du droit de la famille, il a largement contribué à la construction du droit privé sénégalais et plus généralement du droit privé africain. Ainsi sa participation à ce qu'est devenu le droit privé sénégalais est considérable (II), ce qu'il ne pouvait réussir sans analyser au préalable le sort des droits traditionnels dans les législations africaines modernes (I).

---

[387] *La revue sénégalaise de droit* a remplacé alors la *Revue ASERJ (Revue de l'Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques).*

[388] Decottignies R., « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines*, 1962, pp. 171-180, spéc., p.176.

[389] Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », *Annales africaines*, 1965, pp. 251-286, spéc., pp. 259-260.

I - Le professeur Roger Decottignies et l'étude du sort des droits traditionnels africains

Au lendemain des indépendances, il fallait nécessairement réfléchir sur l'orientation à donner aux législations africaines. Face à la diversité des textes[390] qui s'appliquaient et face à la nécessité d'adopter une législation commune pour chaque pays, la réflexion aux fins d'adoption de textes effectifs et efficaces s'imposait. Ce problème se posait particulièrement pour la matière familiale[391]. A cette occasion de la construction des droits africains, là où certains auteurs occidentaux fusillaient les coutumes[392] sans s'exercer outre mesure à un effort d'analyse et de connaissance de ces dernières, le professeur Decottignies, en véritable législateur, avait fait l'état des lieux pour en tirer des conclusion sur les rapports entre le droit moderne et le droit coutumier. En 1967, dans la prestigieuse *Revue Sénégalaise de Droit*, il priait la déesse grecque de la justice Thémis pour la réussite des entreprises de construction du droit africain dans cette « *Prière à Thémis pour l'Afrique* » déjà mentionnée. Le droit africain qu'il avait déjà ausculté en 1965, et son diagnostic, avaient révélé la prééminence du droit moderne au détriment des coutumes familiales africaines. Dans « *Requiem pour la famille africaine* », le grand maître avait annoncé la mort de la famille africaine, pour tout de suite signaler l'évidence de sa résistance et de sa survie.

---

[390] Les coutumes négro-africaines, les droits musulmans, le droit occidental considéré comme le droit moderne… L'éviction des coutumes négro-africaines se justifiaient par leur extrême diversité. Chaque localité avait sa coutume ou plusieurs coutumes. Or, la politique du législateur était d'adopter des règles uniques applicables à tous. Les directives données au Comité des options par le Ministre de la Justice en attestent. Elles se résument ainsi en ces points:
« - Elaborer un seul Code pour une seule Nation.
- Dans l'impossibilité d'imposer une règle uniforme à tous les citoyens sénégalais, aménager de rares dérogations.
- En cas d'identité de toutes les coutumes, le Code de la famille devra s'en inspirer, tout en adaptant leurs dispositions communes aux conditions de la vie moderne.
- En cas d'opposition entre le statut traditionnel et le statut moderne, dégager une solution de compromis, voire une règle originale, en distinguant ce qui est proprement religieux de ce qui est réputé comme tel par erreur, déformation ou extension abusive.
- A l'égard du droit musulman, seul sera observé ce qui est impérativement prescrit par le Coran. »
Voir Camara F.K, « Le code de la famille ou de l'usage de la religion comme alibi à la législation de l'inégalité de genre », Premier colloque AUF « Aspects de l'Etat de droit », Dakar, Université Cheikh Anta Diop, Institut des Droits de l'Homme et de la Paix, 2006, p. 4.

[391] Nous rappelons l'allocution du ministre de la justice prononcée le 26 mars1966 lors de l'installation du Comité des options pour l'élaboration du *Code de la famille* : « Il n'existe pas d'Etat solide qui ne recouvre une nation dotée d'un seul et même statut », *Travaux du Comité des options*, t. 1, séance du 26 mars, p. 3 *in fine*. Voir aussi les commentaires de A. Cisse, « Regards sur le 'projet de code de statut personnel islamique'. Contribution au débat sur l'avenir de la famille sénégalaise », in *Droit Sénégalais, revue de la Faculté de Droit de Toulouse*, n°4, 2005, pp. 1-11.

[392] Un auteur a soutenu à propos des coutumes négro-africaines « qu'elles sont la cause du niveau extrêmement bas où est restée la société africaine, la cause du sous -développement sous toutes ses formes ». David R., « La refonte du Code civil dans les Etats africains », Penant, 1962, p. 353.

A - L'affirmation de l'orientation des droits africains vers le droit moderne

La messe de requiem prononcée pour le repos de l'âme de la famille africaine en 1965[393] marque la position du professeur Decottignies sur la place des institutions familiales traditionnelles africaines dans les ordres juridiques africains d'après les indépendances.

« *L'indépendance avait deux ans à peine lorsque sonna le glas de la famille africaine* »[394] : tels étaient les propos du professeur Decottignies se référant à certaines législations africaines[395]. Il faut bien dire que cette messe avait bien sa raison d'être. Et l'on peut même ajouter, selon le thème du présent ouvrage, que l'étude du professeur Decottignies est un modèle « *taillé à la morphologie des législations africaines* »...

En effet, les législations africaines modernes ont, dans leur quasi-unanimité[396], ignoré les structures familiales traditionnelles qui existaient avant l'influence des systèmes étrangers[397]. Le visage de la famille a changé à l'ère des législations africaines d'après les indépendances. Plusieurs institutions ont été combattues à commencer par la dot[398]. Perçue dans les coutumes négro-africaines comme un symbole rendant des services très importants, le versement de la dot était une manifestation du consentement des parents. Il compensait la perte subie par la famille qui s'appauvrissait avec le départ de la fille nubile[399]. En effet tous les bras étaient utiles dans les sociétés traditionnelles africaines, car l'être humain était considéré comme une entité économique[400]. La dot donnait donc des garanties sur l'accueil réservé à la fille par son mari et les siens, et elle assurait une certaine stabilité de l'union. Il fallait d'ailleurs restituer la dot lorsque la fille quittait le foyer de son gré.

---

[393] Le professeur Roger DECOTTIGNIES s'est particulièrement fondé sur l'influence du code civil français qui n'a pas manqué de remettre en cause les coutumes traditionnelles négro-africaines qui régissaient la matière familiale.

[394] Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », *op. cit.*, p. 251.

[395] Loi malienne 62-17 du 3 février 1962 formant Code du mariage et de la tutelle, modifiée par la loi 63-19 du 25 janvier 1963 ; Loi guinéenne 15 AN-61 du 23 août 1961, J.O. 15 septembre 1961, p. 243.

[396] Si certains pays comme le Sénégal ont adopté un code propre avec une certaine influence du droit moderne, d'autres ont carrément intégré le *Code civil* français dans leur ordre juridique, tels par exemple le Cameroun et le Niger.

[397] En matière successorale, le professeur Amsatou Sow Sidibe n'a pas manqué de souligner l'éviction des coutumes traditionnelles du système successoral au Sénégal. Sidibe A.S., *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral au Sénégal*, Paris, LGDJ, 1991.

[398] En ouvrant la session du Comité des options pour l'élaboration du Code de la famille, M. Alioune Badara Mbengue, garde des sceaux, disait : « Dans un pays dont les ressources limitées ne peuvent se perdre en dépense de prestige ou de vanité, le luxe et l'ostentation de certaines cérémonies familiales ainsi que les obligations sociales qui en découlent sont à éliminer ». Voir Mbaye K. (dir.), « Introduction », dans *Le droit de la famille en Afrique et à Madagascar*, *op. cit.*, pp. 19 et 20.

[399] Mbaye K. (dir.), *ibid.*, p. 17 ; Traore S., « Droit coutumier et coutumes », *Annales Africaines*, 1990-1991, p. 48 ; Seck O., *Le poids de la tradition dans la famille au Sénégal : exemples tirés des Wolofs, des Sérères, des Peuhls, des Toucouleurs, des Soninkés, des Malinkés et des Djolas*, *op. cit.*, p. 30.

[400] Voir Mbaye K., *Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest*, *op. cit.*, p. 39 ; aussi Geismar L., *Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal*, Saint-Louis, imprimerie du gouvernement, 1933, p. 33.

La dot permettait aussi le rattachement de l'enfant à la famille du père[401]. En effet la société africaine était une société matrilinéaire[402]. Au fil du temps, la dot est devenue un prix s'arrondissant de versements excessifs au point d'être considéré comme le prix de vente de la femme[403]. Il fallait mettre un terme à ces pratiques dénaturant l'institution[404] et mettant en péril les objectifs de développement des pays africains. La première réaction offensive contre la dot s'est manifestée par l'adoption le 14 septembre 1951 du décret Jacquinot. Et certains législateurs africains, à défaut d'opter pour une suppression de la dot comme l'ont fait le législateur ivoirien et le législateur gabonais, l'ont ensuite particulièrement encadrée[405].

La prééminence de la famille dans la formation de l'union matrimoniale n'a pas non plus échappé à l'assaut contre les pratiques traditionnelles. En effet, les futurs époux devaient obéir à la famille et le mariage était plus un arrangement entre familles[406]. Cette pratique fut d'abord combattue par le décret Mandel de 1939 qui fixait l'âge de la nuptialité à 14 ans pour les filles et 16 ans pour les garçons, et les législateurs africains ont largement suivi l'exemple de ce décret[407].

Encore fallait-il revenir sur la forme du mariage. Le mariage était purement à caractère religieux. La présence de l'homme de culte était indispensable pour la célébration du mariage. Le professeur Roger Decottignies en avait conscience en écrivant : « *la coutume se contente parfois de renvoyer aux rites observés par les parties, mais le mariage purement civil n'est guère concevable dans un système où le droit ne se sépare pas de la religion*» [408]. Les législateurs africains ont certes bien avancé sur la voie de la sécularisation du mariage. Mais dans cette entreprise, les efforts ne sont pas unanimes, et l'autorité du mariage civil est posée à des degrés différents suivant les pays. Par exemple, là où dans certaines législations le mariage

---

[401] Il est soutenu que dans certaines coutumes négro-africaines, « la dot engendre des enfants ». Il en est ainsi chez les Zoulou. Voir Gluckman M., « Parenté et mariage chez les Lozi de la Rhodésie septentrionale et les Zoulou de Natal », in Radcliffe-Brown A.R ans Forde C.D, *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Paris, PUF, 1953, pp. 213-273, spéc. p. 244.

[402] Voir Kandji S. S. M., Camara F. K., Diop A. B. (préf.), *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, Paris-Montréal, L'Harmattan, 2000.

[403] René Maran écrivait qu'en Afrique le mariage tient à la fois de la vente et du troc. Maran R., *Légendes et coutumes nègres de l'Oubangui-Chari : Choses vues*, Paris, Fayard, 1933, p. 359.

[404] Mbaye K., *Le droit de la famille en Afrique et à Madagascar*, *op. cit.*, p. 19.

[405] Le montant légal maximum de la dot est fixé à 3000 F CFA. Cette somme fixée est dérisoire par rapport au coût actuel de la vie. Pourtant, le législateur s'entête à la maintenir et prévoit même des sanctions en cas de violation de la règle. En effet, en cas de divorce, l'époux ne peut obtenir de remboursement qu'à due concurrence. Des sanctions pénales sont aussi encourues sur le fondement de la loi de 1967 sur les dépenses excessives.

[406] C'est ainsi que M. G. Gbenou affirme à propos du mariage dans les coutumes dahoméennes que « le mariage est avant tout une affaire de famille. Cette affaire se traite entre les deux familles intéressées suivant un processus variable selon les coutumes, mais toujours soigneusement réglé ». Gbenou G., « La famille dahoméenne », *RJPIC*, t. XXI, n° 1, 1967, p. 48 s., spéc., p. 51. G.A. Kouassigan aussi partage cet avis. Il soutient à propos du mariage négro-africain que « ce ne sont pas les futurs époux qui sont en présence dans les négociations et la conclusion du contrat, mais leurs familles respectives représentées par leurs chefs ». Le mariage ne créait pas la famille en Afrique noire : voir Kouassigan G.A, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, A. Pedone, 1974, pp. 210-214.

[407] Au Sénégal, l'art. 111 du code de la famille fixe l'âge du mariage à 16 ans pour la fille et à 18 ans pour le garçon, sauf dispense d'âge délivré par le juge.

[408] Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », *op. cit.*, p. 264.

purement religieux est frappé de nullité[409], d'autres limitent le rôle de l'officier de l'état civil à l'enregistrement du mariage[410].

La tyrannie du mari était aussi à combattre. Aussi Roger Decottignies disait-il qu'il fallait protéger la femme de la précarité, car elle pouvait être à la merci d'une répudiation unilatérale du mari qui pouvait intervenir de façon discrétionnaire quelle que soit la durée du mariage[411]. Le principe de la répudiation devait alors être condamné « *si l'on entendait faire accéder en Afrique noire la femme mariée à la dignité d'une épouse véritable* »[412]. En réalité, il faut distinguer les règles de l'Afrique noire traditionnelle de celle l'Afrique ayant subi l'influence étrangère. En Afrique noire, le système était le matriarcat et la femme avait un statut privilégié. Ces règles purement africaines de concert avec le droit moderne qui prônent le respect des droits humains commandaient le rejet à l'unanimité de la répudiation par les législations africaines[413].

Sur le plan patrimonial, la femme tire aussi des nouvelles législations africaines des avantages considérables. Les règles coutumières de gestion des biens ont été écartées au profit de l'indépendance économique de la femme[414]. La reconstruction des régimes matrimoniaux s'imposait ainsi, mais la séparation de corps détient une place de choix[415]. Les raisons en sont multiples, notamment le système de la dot impose un système séparatiste. De plus l'islam est une religion partisane du système séparatiste, et ce système est inéluctable dans une union polygamique.

Et avant de clore le chapitre des mésaventures des systèmes familiaux africains parfaitement décrits par le grand maître Decottignies, il convient nécessairement d'analyser la polygamie parce que c'est l'institution dont la résistance est la plus spectaculaire[416]. Cependant c'est une institution qui a bel et bien été combattue par les législations africaines[417], même s'il faut reconnaître que les armes utilisées différent. L'on note en effet une diversité de législations en matière de polygamie[418].

---

[409] Loi guinéenne de 1954, loi ivoirienne de 1964, loi gabonaise de 1963.
[410] Loi sénégalaise de 1961.
[411] Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », *op.cit.*, p.266.
[412] *Ibid.*
[413] Art. 1er loi guinéenne 57 AN-62 ; art.99 loi ivoirienne 64-375.
[414] L'art. 371 du Code de la famille prévoit que la femme, comme le mari, a le plein exercice de sa capacité civile sous réserve des limites légalement prévues.
[415] L'art. 368 al. 3 dispose que la séparation des biens constitue le régime de droit commun ; mais les époux peuvent choisir l'un des deux autres régimes (il s'agit du régime dotal et du régime communautaire de participation aux meubles et acquêts) organisés par la loi.
[416] Aux termes de l'art. 133 du Code de la famille, le mariage peut être conclu :
- soit sous le régime de la polygamie, auquel cas l'homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses ;
- soit sous le régime de la limitation de polygamie ;
- soit sous le régime de la monogamie.
Faute par l'homme de souscrire l'une des options prévues à l'article 134, le mariage est placé sous le régime de la polygamie.
[417] La tentative du législateur sénégalais est maladroite. Deux critiques peuvent être adressées à cette institution. D'abord, en droit sénégalais, l'option de statut conjugal est une prérogative de l'époux. Il y a là une rupture d'égalité des conjoints car l'avis de l'épouse n'est pas recueilli. Ensuite, le régime juridique de l'institution, ne favorise nullement la monogamie, contrairement à ce que laisse penser la démarche du législateur Celle-ci, orientée a priori vers une préférence pour le mariage monogamique, montre, sans gros efforts interprétation, la facilité d'accès à la polygamie à quatre. En effet, le choix du

Ceci nous permet de faire une transition vers la réalité de la résistance des institutions africaines, elle aussi bien constatée et étudiée par le professeur Decottignies, soit selon ses propres termes la « *résurrection* » de la famille africaine.

B- Le constat de la grande résistance des institutions africaines

Il est question ici de s'interroger sur la mesure de l'éviction de coutumes des législations africaines. Cette question a interpellé le grand maître à plusieurs points de vue, notamment en ce qui concerne le droit des obligations et le droit de la famille. Cependant, si en droit des obligations la résistance de la tradition ne se pose pas avec acuité, il en est tout autrement en droit de la famille. C'est dans cette matière que la réflexion sur l'emprise du droit traditionnel sur les législations africaines modernes a toute sa pertinence. Le professeur Decottignies s'est lancé dans cette étude et en a tiré des résultats : la mort de la famille africaine est certaine, mais il faut concevoir sa résurrection sans outre mesure ni formalités exagérées[419]. En effet, remarquait-il, « *il n'est nul besoin de rassembler les anges et de faire sonner les trompettes de l'Apocalypse pour ressusciter la famille africaine triomphante. En vérité, elle n'est point morte* » [420].

D'abord, la résistance des populations africaines à l'obligation légale de recourir à l'état civil pour la célébration du mariage est flagrante[421]. Les législateurs africains l'ont tellement compris qu'ils ont été obligés de baisser la barrière sur ce point en admettant les mariages coutumiers non enregistrés à l'état civil. Le meilleur exemple est celui de la législation sénégalaise qui fait produire au mariage coutumier non constaté les effets juridiques du mariage régulier (célébré par l'officier de l'état civil ou par lui constaté), avec comme seule sanction l'inopposabilité de cette union

---

futur époux est limité par l'option qu'il a faite, dans le cadre d'un précédent mariage, en faveur de la monogamie ou de la polygamie restreinte. Cependant, en l'absence d'une quelconque manifestation de volonté, l'époux est présumé avoir opté pour la polygamie à quatre. Voir notre article, « Liberté individuelle et formation du mariage en droit sénégalais », *Annales Africaines*, vol. 2, 2014, pp. 44-74, spéc. P. 58 s..

[418] La polygamie a fait l'objet de critiques de la part de certains auteurs. V. Camara F.K, « Le Code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre », *Nouvelles annales africaines*, n° 2-2008, p. 19 s. La plupart des législations modernes ne lui accordent aucune légitimité pour ses multiples incohérences sociales et juridiques, particulièrement son inadaptabilité à la conception actuelle du mariage. C'est le cas de la Côte d'ivoire (loi n° 64-381 du 7 octobre 1964, J.O.R.C.I. n° 59 spécial du 29 octobre 1967, p. 1463), de la Guinée (loi 4/AN/68, J.O.R.D.G. n° 7 du 1er avril 1968, p. 71), du Bénin (Loi n° 2002 – 07 Portant Code des personnes et de la famille). Le Maroc admet la polygamie (plus précisément la bigamie) mais l'a soumise à des conditions rigoureuses : Article 39 du Code de la famille du Maroc (DAHIR (décret royal au Maroc) n° 1-04-22 DU 12 HIJA 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la Loi n° 70-03 portant Code de la famille-Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 [6 octobre 2005], p. 667). D'autres législateurs modernes l'ont adoptée pour une effectivité de leurs lois, autrement dit pour une reconnaissance sociale de leurs lois, c'est le cas du législateur sénégalais. C'est aussi le cas de celui du Mali (loi 62-17 A.N.R.M. du 3 février 1962, J.O.R.M. n° 111 spécial du 27 février 1962, p. 1), de celui du Cameroun (loi du 11 juillet 1968 relative à l'état civil).

[419] Au Sénégal, compte tenu de l'impossibilité d'évincer les coutumes, un arrêté fixant le nombre des coutumes applicables au Sénégal à 68 a été pris (arrêté du Ministre de la Justice du 28 juin 1961, JO 18 mars 1961, p. 359).

[420] Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », *op.cit.*, p. 274.

[421] On peut citer d'autres domaines, tels que l'enregistrement des naissances, des décès.

aux services publics de l'Etat pour défaut de preuve[422]. En effet, dans la législation sénégalaise de la famille, l'état des personnes se prouve principalement par les actes de l'état civil[423].

Les époux qui ont respecté les formalités du mariage ne sont pas non plus condamnés à rester en union. Le divorce est bien admis[424] sur le fondement de l'interdiction des engagements forcés, mais il ne peut être prononcé que par le juge. Cependant, il bénéficie de singulières facilités dans certaines législations par l'existence de causes élastiques. En effet, si la répudiation par le mari est désormais sanctionnée à l'unanimité par les législations africaines, elle n'a pas disparu pour autant. En droit sénégalais, le législateur a prévu une cause de divorce qui est l'incompatibilité d'humeur. Une cause « fourre-tout », à tel point que la doctrine la plus autorisée s'inquiète « *d'une possible exhumation de la répudiation que l'on croyait définitivement ensevelie* »[425].

Le statut de l'enfant dans les législations africaines marque aussi la résistance des coutumes familiales. En effet, les distinctions entre les différents types de filiation n'apparaissent guère dans les coutumes africaines[426]. Ces distinctions ont été introduites avec l'influence étrangère. Il s'agit de l'islam dépeint comme réfractaire au rattachement de l'enfant naturel à son père[427], et du droit français de l'époque qui admettait des distinctions entre enfants selon l'origine de leur filiation[428]. Les législations africaines ont bien subi ces influences mais elles ont gardé certaines règles coutumières. Ainsi, la règle *mater semper certa est* est admise aussi bien pour la maternité en mariage que pour la maternité hors mariage : la preuve de la maternité résulte de l'accouchement[429]. Par ailleurs, dans les rapports avec son père

---

[422] Le code de la famille qui prévoit deux formes de célébration du mariage à savoir le mariage célébré par l'officier de l'état civil et le mariage par lui constaté. Cependant, prenant en compte la réticence des populations à recourir aux services de l'état civil et voulant éviter l'annulation d'un nombre important de mariage, le législateur sénégalais admet le mariage coutumier non constaté. Aux termes de l'art. 146 du Code de la famille, le mariage non constaté est valable, mais il ne peut prévaloir à l'égard de l'Etat, des collectivités publiques et des établissement publics ou privés pour prétendre notamment au bénéfice des avantages familiaux. Voir Guinchard S., « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *RIDC*, 1978, p. 811, spéc. pp. 826-832. Voir aussi Ndiaye I. Y., « L'envers du droit traditionnel dans le Code de la famille », *RBD*, 1996, pp. 58-72.

[423] Art. 29 du Code de la famille.

[424] Le divorce est réglementé dans les articles 157 à 180 du code sénégalais de la famille. L'art. 166 prévoit dix causes du divorce dont l'incompatibilité d'humeur, qui est une cause très prisée dans la pratique à côté des injures graves.

[425] Avec la pratique du divorce pour incompatibilité d'humeur, la crainte du retour de la répudiation sous une forme déguisée est bien fondée. Voir Ndiaye I.Y., « Réflexions sur une cause du divorce : l'incompatibilité d'humeur », *EDJA*, n° 13, 1987, p. 2 et ss.

[426] Voir notre thèse, *op.cit.*, p. 14, p. 49. Voir aussi Ndiaye V. Y, « Le nouveau droit africain de la famille », *Ethiopiques*, n° 14, avril 1978.

[427] Notre thèse, p. 237 et ss.

[428] C'est avec la loi de 1972 que la législation française a admis l'égalité des filiations avec les dispositions de l'art. 334 du Code Civil qui disposait que: « l'enfant naturel a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur… ». Cependant, des efforts ont été entamés au fur et à mesure depuis le code civil de 1804. Le processus d'amélioration de l'égalité s'est poursuivi avec la loi de 2004 sur les droits de l'enfant adultérin avant d'en arriver à l'ordonnance de 2005, entériné par la loi de 2009, qui ne distingue plus les filiations.

[429]Aux termes de l'art. 189 du Code de la famille, « La filiation maternelle résulte du fait même de l'accouchement », Art. 19, al.1 de la loi n° 64-377 du 7 octobre 1964 en Côte d'Ivoire - Art. 193, al.1 du

sur le plan successoral, le droit sénégalais reconnait des droits à l'enfant illégitime dans les successions de droit musulman[430]. Il est légataire d'une part égale à celle d'un enfant légitime[431], là où le droit musulman orthodoxe le déclare inexistant à l'égard de son père[432]. D'autres législations offrent un meilleur traitement à l'enfant naturel, il en ainsi de celle de la Côte d'Ivoire[433], de celle de la Centrafrique[434], de celle du Gabon[435].

Au regard de toutes ces résistances au lendemain des indépendances, il était légitime pour le maître de se demander : « *Qui l'emportera dans cette lutte éternelle et universelle du passé et de l'avenir ? Cette famille africaine de l'an II de l'indépendance, décrêpée mais toujours métissée de traditions coutumières, est de toute évidence une famille de transition : où se rangera-t-elle par la suite ? Dans le clan des anciens ? Au côté des modernes ? Nul n'étant prophète en son pays, encore moins dans le pays des autres, c'est peut-être le moment de citer ici un proverbe qui a cours chez les Lébous, les Wolofs, les Peuls et les Toucouleurs : 'Le jour du Jugement dernier, le soir de la Résurrection, ton père t'ignorera, ta mère ne te reconnaîtra pas, seul ton oncle maternel pensera à toi'. Ni le droit coutumier, ni le droit français ne peuvent se reconnaître dans la nouvelle famille africaine. Mais on peut faire confiance aux détenteurs des traditions familiales pour utiliser au mieux la nouvelle législation afin de donner à la famille africaine le repos éternel* »[436].

Code togolais de la famille - Art. 35 du Code de la parenté du Mali - Art. 414 du Code civil gabonais - Art. 320 du Code des personnes et de la famille du Bénin. En droit français, la règle n'est admise que récemment avec l'Ordonnance de 2005. L'acte de naissance établissait immédiatement et définitivement la filiation maternelle lorsque la mère est mariée, alors que l'ancien art. 337 du Code civil disposait qu'il faut attendre que la possession d'état soit constituée pour que la filiation soit établie : « L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ».

[430] Le Code sénégalais de la famille a prévu deux systèmes successoraux : le système successoral de droit moderne et le système successoral de droit musulman. Les successions musulmanes s'appliquent, aux termes de l'art. 571, aux « personnes qui de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman » - V. GUINCHARD (S.), « Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille » (2ème partie), Penant 1978, n° 761, pp. 325-352, spéc. p. 334. V. aussi DIOUF (A.A), L'article 571 du Code de la famille, les successions musulmanes et le système juridique sénégalais, Nouvelles Annales africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, 2013, pp. 241-289.

[431] Cette règle est prévue par l'art. 220, al. 2 CF qui dispose que : « Lorsque l'enfant naturel a été reconnu par son père en application des dispositions des art. 193 et 211, il ne peut succéder comme héritier à l'auteur de la reconnaissance dans le cadre des dispositions du titre III du livre VII. Toutefois, sauf disposition écrite contraire émanant du de cujus, il est réputé légataire d'une part égale à celle à laquelle il aurait pu prétendre s'il avait été légitime », v. notre thèse p. 297 s..

[432] Cette règle ne résulte expressément d'aucune disposition du Coran ou de la Sunna (pratiques du prophète de l'islam qui font parties des sources du droit musulman). Il s'agit d'une interprétation d'un texte (hadith) et la doctrine majoritaire a émis une position en faveur l'exclusion de l'enfant né hors mariage de la famille de son père biologique – V. notre thèse, La statut juridique de l'enfant né hors mariage en droit sénégalais, pp. 243-247.

[433] L. n° 64-377 du 7 octobre 1964 relative à la paternité et à la filiation, JOR.C.I. 27 octobre 1964, p. 148 s.

[434] Loi centrafricaine du 20 novembre 1964, J.O du 15 décembre 1964.

[435] Le droit gabonais par exemple est très tolérant à l'égard de l'enfant incestueux. En effet, les articles 435 et suivants du Code gabonais soumettent la filiation incestueuse au régime de la filiation naturelle simple. Cela signifie que la paternité incestueuse, comme la maternité incestueuse, peut être établie suivant les moyens utilisés pour les enfants naturels simples.

[436] Decottignies R., « Requiem pour la famille africaine », *op. cit.*, pp. 285-286.

Les interrogations du professeur Decottignies étaient bien fondées. Et l'on dit au grand maître, là où il est, que les législations africaines peinent à se ranger. Les coutumes résistent encore contre vents et marées[437]. Leur autorité se confirme en matière familiale, faisant échec aux réformes[438], ou inhibant toute tentative de réforme[439].

L'œuvre active du professeur Decottignies s'est aussi distinguée par sa contribution à la construction du droit privé africain.

II - Le professeur Roger Decottignies et l'état du droit privé positif sénégalais

A des degrés divers, le professeur Decottignies a indiscutablement participé à la construction du droit privé africain et particulièrement du droit sénégalais. Cette implication se manifeste par un dynamisme dans la construction du droit sénégalais de la famille (A), et par une réflexion influente sur la construction du droit sénégalais des obligations (B).

A - La contribution à la construction du droit sénégalais de la famille

Les travaux du Comité des options pour l'élaboration du Code de la famille furent capitaux pour la construction du droit sénégalais de la famille. L'on ne pouvait légiférer sur le domaine aussi sensible de la matière familiale, impliquant des réalités

---

437 Le statut de la femme, par exemple l'âge du mariage de la fille qui est de 16 ans, n'est pas harmonisé avec la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples appelé protocole de Maputo du 11 juillet 2003. Certains droits de l'enfant, notamment le droit à la filiation, sont aussi violés au regard de la convention internationale relatives aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

438 Le Mali a tenté une réforme de son droit de la famille : « La réforme du Code de la famille [au Mali] poursuit un double objectif : il s'agit de favoriser un élan de modernisation tout en préservant les fondements de notre société » avait déclaré le Président de la République du Mali, Amadou Toumani Touré, lors de la présentation du projet de réforme du Code de la famille. Mais il a dû se rendre compte que cette conciliation était difficile à réaliser. En effet, la loi n'a pas été promulguée malgré qu'elle sait été votée par une majorité écrasante des députés à l'Assemblée nationale. Ceci est dû à la grande résistance opposée par les chefs religieux et à la pression du haut conseil islamique malien. Ainsi, la loi a été remise en deuxième lecture au parlement. *Le Quotidien*, 24 septembre 2009, n° 2011, p. 16. Au final, le texte adopté par l'Assemblée nationale malienne le 2 décembre 2011 a modifié voire même supprimé les articles les plus progressistes en faveur des femmes. Au total, 49 articles ont été modifiés pour un Code de la famille qui en compte plus de 1 000. Parmi les points les plus litigieux, figure l'âge du mariage chez la femme, passé à 16 ans - contre 18 dans l'ancien texte. L'homme reste l'unique chef de famille, alors qu'il avait été proposé de remplacer le terme de « puissance paternelle » par « autorité parentale » qui, pour beaucoup, consacrait l'égalité hommes/femmes. Désormais, le chef de famille réglera les questions de succession et de divorce - soit de manière coutumière, soit par le droit civil en établissant un testament.

439 Les difficultés liées à la réforme du droit de la famille sont réelles. C'est la raison pour laquelle le législateur n'a fait que de minimes retouches aux règles adoptées depuis 1972. Cette difficulté est soulignée par la doctrine. Ainsi, le professeur Sidibe a affirmé : « Réformer le droit de la famille est une tâche exaltante, mais également très ardue. C'est une tâche délicate car la famille est une question sensible, très proche des convictions philosophiques, sociales et religieuses des individus ». Sidibe A.S, « L'évolution de l'autorité dans les familles sénégalaises », *in Afrique Juridique et politique. Revue du CERDIP*, vol. 2, n° 2, 2003, p. 124.

sociales et sociologiques diverses, qu'après avoir impliqué tous les acteurs (chefs coutumiers, chefs religieux, juristes, députés et autres experts ...). Le Sénégal y a procédé en plusieurs étapes[440], dont l'ultime fut la mise sur d'un pied d'un Comité pour discuter des règles et faire des recommandations au gouvernement. Le professeur Roger Decottignies était l'un des membres de ce Comité qui discutait de l'orientation à donner aux différents domaines du droit de la famille tels que les cérémonies familiales, le domicile et l'absence, les fiançailles, le mariage, les successions *ab intestat*, les donations et testaments, les incapacités. Les régimes matrimoniaux étaient curieusement les grands absents des discussions, du moins ils n'ont pas fait l'objet de discussions autonomes.

Les contributions du professeur Decottignies ont été dans ce cadre très éclairantes, et surtout fondées sur la défense des droits fondamentaux conformément au droit moderne. Je le dis non pas pour donner de la matière à mon propos, mais parce que j'ai trouvé dans ses positions de l'appui à mes arguments quand j'avais à démontrer dans ma thèse[441] que le statut discriminatoire de l'enfant naturel en droit sénégalais de la famille ne se justifie point[442]. En effet, lorsqu'il a été question de discuter sur la recherche judiciaire de paternité, seul le professeur Roger Decottignies a plaidé pour l'admission de la recherche judiciaire de paternité. Ses propos étaient les suivants : il faut d'abord « *traiter... uniquement de la reconnaissance volontaire et pour ce que l'on appelle la reconnaissance forcée, vous la transformez en action en indication de paternité qui est en réalité une action alimentaire puisqu'elle a uniquement pour objet de donner droit à des aliments à l'enfant, sans réciprocité d'ailleurs, sans aucun droit successoral, étant entendu qu'il s'agit simplement d'une filiation de fait qui a des conséquences uniquement alimentaires comme en droit allemand* », et d'autre part parce qu'en « *interdisant l'établissement judiciaire de la filiation paternelle, on enlève à l'enfant un droit qui lui est reconnu depuis 1912* »[443].

---

[440] La gestation du Code sénégalais de la famille fut longue et difficile. Son élaboration n'a pu avoir lieu qu'en 1972, c'est-à-dire 12 ans après l'accession du Sénégal à la souveraineté internationale. Dans le souci de faire correspondre la loi moderne aux règles traditionnelles, le Code de la famille n'a pu être élaboré qu'à l'issu de deux phases : une phase sociologique avec le recensement de toutes les coutumes à l'aide d'un questionnaire de 400 rubriques, se rapportant à la famille, diffusé auprès des autorités administratives, judiciaires et religieuses du pays. Une commission de codification du droit des personnes a été instituée à cet effet par le décret du 12 avril 1961 (Décret n° 61-145 M.Y., JO du 24 avril 1961, p. 610). L'enquête réalisée a abouti à la publication d'un arrêté fixant le nombre des coutumes applicables au Sénégal à 68 (arrêté du Ministre de la Justice du 28 juin 1961, JO 18 mars 1961, p. 359). La deuxième phase est celle de l'élaboration effective du Code par un Comité constitué par l'arrêté du 22 juillet 1966. La mission de ce Comité fut strictement technique. Il était chargé de mettre en forme les options retenues. Le travail du Comité des options aboutit à un avant-projet du Code de la famille présenté en deux fascicules de 854 articles. Cet avant-projet adopté par le gouvernement devint le projet définitif qui fut soumis à l'Assemblée nationale. En mai 1967, devenu le projet de loi 58-72, le projet du Code de la famille fut transmis à la commission de la législation, de la justice, de l'administration générale et du règlement intérieur. C'est à la première session ordinaire de l'année 1972 que l'Assemblée nationale allait être saisie du projet de la loi 58-72. Les débats sur le projet ont commencé à la séance du 30 mai 1972. Après discussion, les 854 articles du projet de loi allaient être adoptés et la loi portant Code de la famille était définitivement élaborée. Elle fut promulguée le 12 juin 1972 sous le n° 72-61, publiée au JORS du 12 août 1972, p. 1295 et entra en vigueur le 1er janvier 1973.

[441] Ndèye Coumba Madeleine Ndiaye, *Le statut juridique de l'enfant né hors mariage au Sénégal*, thèse de doctorat droit privé, université Cheikh Anta Diop, Dakar, 2013, p. 242.

[442] V. notre thèse, p. 232 et ss.

[443] En 1912, c'est le Code civil français qui était applicable au Sénégal.

Ces propos attestent qu'il était un fervent défenseur des droits de l'enfant, dont son droit primaire, celui d'être rattaché à son auteur[444].

Mais il n'a pas été suivi dans ce sens. Ses arguments selon lesquels « c'est l'enfant qui exerce l'action, le père ne fait que la subir », et qu'il soit incroyable que la religion interdise à un homme d'être défendeur à une action en justice, n'ont pas convaincu les membres du Comité. A la formule qu'il avait proposée : « *La filiation naturelle peut faire l'objet d'une reconnaissance volontaire expresse ou implicite, d'une action en recherche de paternité. L'enfant naturel a les mêmes droits que l'enfant légitime* »[445], a été substituée la règle qui a malheureusement été adoptée et selon laquelle la recherche judiciaire de paternité est interdite. Cependant, l'enfant pourra faire établir sa paternité par tous moyens si son prétendu père a procédé à son baptême, ou lui a donné un nom[446].

Il faudrait par ailleurs souligner que Roger Decottignies a contribué à faire retenir d'autres règles protectrices, et l'on peut citer notamment la putativité[447], la prise en charge du loyer de la veuve par la succession du mari pendant le délai de viduité[448], le rejet de la répudiation[449], l'indignité successorale en épurant du texte sénégalais les incohérences et imperfections du droit français, compte tenu des difficultés d'interprétation et d'application de ces textes dans la pratique[450].

L'implication du professeur Decottignies dans la construction du droit privé sénégalais s'est aussi manifestée par son analyse du droit sénégalais des obligations.

B - La contribution à la compréhension du droit sénégalais des obligations

L'avènement de la législation sur le droit des obligations fut magnifié par le professeur Decottignies. Dans ses « *Réflexions sur le projet de Code sénégalais des obligations* », en 1962, il soutenait que ses travaux « *avaient pour objet de montrer*

---

444 L'art.7 CIDE prévoit le droit de l'enfant de connaître ses origines. Ce texte dispose que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

445 *Travaux du Comité des options pour le Code de la famille*, séance du 25 avril 1966 « paternité et filiation », p. 55.

446 Art. 196 du Code de la famille : « L'établissement de la filiation paternelle est interdit à tout enfant qui n'est pas présumé issu du mariage de sa mère ou n'a pas été volontairement reconnu par son père, exception faite des cas prévus à l'article 211 ». Art. 211 : « Nonobstant l'interdiction édictée par l'article 196, l'enfant pourra établir sa filiation paternelle si le prétendu père a procédé ou fait procéder à son baptême ou lui a donné un prénom ».

447 Selon lui « dans le code ivoirien on dit : l'annulation du mariage produit effet simplement pour l'avenir. En ce qui concerne le passé, c'est seulement dans l'hypothèse où vous démontrez la mauvaise foi de l'un des époux, que l'on peut retirer à l'époux de bonne foi, les conséquences de la légitimation de son mariage. On ne fait plus, si vous voulez, de la bonne foi une condition pour bénéficier de la putativité, mais on sanctionne la mauvaise foi. Ce qui paraît une formule beaucoup plus heureuse ». *Travaux du comité des options pour le Code de la famille*, t. II, séance du 18 avril 1966, la dissolution du mariage, p. 50.

448 Il soutenait que « la succession doit supporter le loyer de la veuve pendant le délai de viduité ». *Ibid.*, t. II séance du 16 avril 1966, le mariage, p. 39.

449 Après une argumentation bien soutenue et référence faite au droit comparé, il soutenait : « je ne suis pas pour la répudiation », *Ibid.*, t. II séance du 16 avril 1966, le mariage, p. 48.

450 *Ibid.*, t. II, séance du 19 avril 1966, successions ab intestat, 1ère partie, p. 27 et ss.

que les bienfaits d'une codification nouvelle ne sont pas pure chimère. Le législateur semble avoir tiré quelque profit de l'occasion qui lui était offerte de faire du neuf. Sans renier le passé, dans la mesure où il lui léguait un instrument législatif d'une valeur incomparable, le Sénégal entend aller, suivant l'enseignement des plus célèbres privatistes, 'par le Code civil, au-delà du Code civil lui-même' »[451].

Ses réflexions, sur un texte qui n'était qu'un projet, étaient d'une importance capitale, car à cette époque où les pays d'Afrique réformaient leurs institutions à un rythme accéléré il était important que des réflexions doctrinales soient menées sur les projets de texte, donnant ainsi au législateur des éclairages sur la pertinence de la codification envisagée. A vrai dire, il était impératif pour un Etat nouvellement indépendant qui se préoccupait de sa croissance économique de se doter d'un instrument qui régule les transactions civiles et commerciales. En effet, la vie juridique de chacun et la vie économique du pays entier est un tissu serré d'obligations. Le droit des obligations constitue le soubassement de toutes les transactions qu'elles soient civiles ou commerciales. Ainsi, la codification s'est faite sans grande peine, mais il faut reconnaître aussi que ceci est dû au fait qu'une bonne frange de la population ne s'intéresse pas à la codification des obligations civiles et commerciales. La matière, loin d'être aussi sensible que le droit de la famille, qui touche les convictions religieuses et coutumières, n'intéressait que les spécialistes. Les hommes d'affaires ne se sentaient pas toujours directement concernés par la réforme de dispositions dont ils ont préféré ne pas se soucier. En effet, le développement des affaires dans le cadre du secteur informel était et reste très important. Quant au grand public, il ne pouvait attacher la moindre importance à des réformes qu'il ne comprenait pas, car les règles étaient importées et n'étaient pas du tout pratiquées. Aucune contestation majeure ne s'est alors soulevée.

Peut-être fallait-il souligner cependant la frayeur des juristes face aux réformes. En effet, ces derniers sont par tendance conservateurs : « *Les privatistes sont trop fiers de la stabilité du droit qu'ils enseignent pour ne pas être sceptiques sur les mérites de cette nouvelle législation. L'expérience leur a d'ailleurs prouvé que les réformes pratiquées depuis un siècle et demi contenaient rarement du meilleur, souvent du pire* »[452]. Mais la frayeur est souvent bien dissimulée, et ce fut le cas lors de l'élaboration du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, d'autant que la réforme des obligations était nécessaire et que le législateur sénégalais y était allé d'un pas assuré, bénéficiant de l'aval de la doctrine autorisée.

En effet, le professeur Decottignies a remarqué avec une pertinence particulière que le législateur sénégalais, faisant preuve d'originalité, a certes intégré les paradigmes classiques du droit des obligations[453], mais n'en a pas moins continué à viser son objectif principal qui était le développement économique. Ainsi sont intégrés dans le COCC les principes moraux sur lesquels repose le rapport

---

[451] Decottignies R., « Réflexions sur.... », *op. cit.*, p. 172.
[452] *Ibid.*, p. 171.
[453] L'autonomie de la volonté y a trouvé une place de choix avec ses corollaires, tels que la liberté contractuelle (liberté de contracter ou de ne pas contracter, libre détermination du contenu du contrat, consensualisme), ou la force obligatoire du contrat.

obligatoire : la bonne foi[454], le respect de la parole donnée[455], la nécessité de sanctionner les fautes[456]. Cependant, le facteur économique prend une importance en raison de la nécessité du développement. C'est en fonction de cet impératif que le Sénégal a donné à son droit des obligations des traits particuliers par rapport au Code civil français.

L'originalité du droit sénégalais des obligations fut brillamment étudiée par le professeur sous deux aspects montrant que le législateur sénégalais a procédé d'abord par simplification du droit français, en éliminant toute une série de notions ou de distinctions du droit civil. On citera la novation qui ne fait plus l'objet d'une réglementation propre, l'indivisibilité qui se confond avec la solidarité, dont les effets sont étendus. Le Code sénégalais ignore aussi la distinction complexe de la responsabilité contractuelle et délictuelle[457].

Un autre procédé utilisé par le législateur sénégalais a consisté dans une large commercialisation des règles du droit des obligations. Ainsi, la liberté contractuelle joue non seulement pour la conclusion du contrat, mais aussi pour la transformation de l'obligation avec l'adjonction de la cession de contrat à côté de la cession de créance. Aussi, la sécurité, très chère au droit commercial, a reçu un écho favorable en droit des obligations. La situation du créancier se trouve renforcée par une réglementation des astreintes[458] empruntée à la pratique judiciaire, et la lésion n'est qu'exceptionnellement admise[459]. La sécurité des tiers est assurée par l'absence d'effet translatif du contrat. Celui-ci ne transfère la propriété que par l'exécution de l'obligation de délivrance[460].

Un autre mérite relevé par le professeur Decottignies de la codification est l'unification du droit sénégalais des obligations. En effet, il a souligné qu'à la diversité des règles dont le législateur sénégalais disposait pour l'élaboration du droit des obligations, le Code a substitué une législation unique. Au-delà de cet effet commun à toute entreprise de codification, le Code sénégalais des obligations va plus loin dans cette unification en rejetant toute distinction entre les obligations civiles et commerciales[461], entre les obligations de droit moderne et coutumier. L'unification

---

454 L'art. 103 COCC dispose qu' « en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

455 Par exemple l'art. 68 al. 2 COCC dispose que « la condition est réputée accomplie lorsque le débiteur obligé sous cette condition en a empêché l'accomplissement au mépris des règles de la bonne foi ».

456 L'art. 118 COCC dispose qu'« est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ».

457 En effet, le COCC ignore la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. L'article 118 se contente en terme général de préciser qu'est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui.

458 L'art. 196 COCC dispose que « l'exécution de toute obligation peut être obtenue par une astreinte prononcée par le juge compétent pour constater l'existence de l'obligation ».

459 L'art. 75 COCC dispose que « la lésion résultant du déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de sa formation n'entraîne la nullité ou rescision du contrat qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi ».

460 Aux termes de l'art. 5 COCC, « le créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance, seul volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions particulières à la propriété foncière et aux meubles immatriculés ».

461 De nos jours la matière commerciale est régie par le droit OHADA, entrepris depuis la mise sur pied de l'harmonisation du droit des affaires avec le traité de 1993. Les premiers actes uniformes ayant vu le jour datent de 1997.

n'ayant pas franchi la frontière qui sépare le droit civil et le droit administratif, la rédaction du Code des obligations de l'administration[462] était cependant annoncée.

Le souci d'efficacité du législateur, quoique normal, fut aussi remarqué. Sous la plume du grand maître on lit ainsi : « *Ce désir d'efficacité doit devenir un souci majeur dans une économie de développement. Il n'appartient plus seulement au législateur de faire rentrer dans des catégories juridiques plus ou moins précises des situations de fait préexistantes. Grâce à la règle de droit, il doit créer un mouvement nouveau, donner aux institutions une impulsion destinée à assurer la croissance économique* »[463].

L'on ne pourrait mieux clore cette communication que sur cette leçon du maître Decottignies à propos du rôle du législateur, car il fut lui-même un grand législateur africain.

[462] Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant code des Obligations de l'Administration, J.O 1965, p. 945.
[463] Le concept de « droit du développement » a été depuis bien discuté et théorisé par des voix autorisées.

Troisième partie : construire le « bien commun », modèles, définitions et emprunts entre France et Sénégal

Jean-Michel SERVET, Professeur de socio-économie émérite, Chercheur associé à Triangle-UMR 5206 ENS Lyon

Comprendre les communs d'hier pour (re)produire présentement ceux de demain

La plupart des acteurs des communs, leurs militants et leurs penseurs, les conçoivent quasi uniquement comme un élément de modernité. Leurs expériences et leurs projets font fort peu référence au passé[464]. Leur objectif est d'agir et de comprendre notamment par un dépassement d'oppositions simplistes entre Marché concurrentiel d'une part et Puissance publique de l'autre ; et pour ce faire en promouvant ce qui peut apparaître comme une nouvelle troisième voie. Identifier celle-ci nécessite de rompre avec la confusion fréquente entre bien public et commun[465]. Les dimensions archaïques des communs ne sont généralement pas présentées parce qu'elles ne sont pas intégrées comme opportunes pour leur essor actuel. En dehors de quelques rares exemples dans la gestion des terroirs, en particulier de pâturages, et la gestion traditionnelle de l'eau et de ses ressources, d'autres pratiques anciennes de communs ne sont pas intégrées[466]. Par « archaïque » j'entends non pas quelque chose de « primitif » et de « dépassé » ; mais un élément essentiel et fondamental, ainsi que ce qualificatif a été défini par Claude Lévi-Strauss dans *Les structures élémentaires de la parenté*. Il y écrit : « *Il s'agit de choisir entre deux interprétations possibles du terme 'archaïque'. La survivance d'une coutume ou d'une croyance peut, en effet, s'expliquer de deux manières : ou bien la coutume ou la croyance constitue un vestige, sans autre signification que celle d'un résidu historique épargné par le hasard, ou en raison de causes extrinsèques ; ou bien elle a survécu parce qu'elle continue, à travers les siècles, de jouer un rôle, et que ce rôle ne diffère pas essentiellement de celui par lequel on peut rendre compte de son*

[464] Les travaux de Maëlle Ramage (historienne du Moyen Âge, membre du réseau Roosevelt Paris Ile de France) sont une exception par une réflexion menée à partir de ses recherches doctorales soutenues en 2014 à l'université Paris 1 [information diffusée par http://www.les-communs-dabord.org/travail-et-commun-a-luniversite-du-bien-commun-23-mars-2019-paris/ ; voir « 'Travail' et 'commun' au Moyen Âge, deux notions qui ne se rencontrent pas », contribution à la rencontre *Travail et commun : repenser le concept de travail au XXI e siècle*, Université du Bien Commun Paris, séance du 23 mars à Maison du Libre et des Communs, 2018]. On trouvera dans le *Dictionnaire des biens communs* (Cornu Marie, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des communs*, Paris, PUF, 2016), quelques articles qui incluent cette dimension historique comme ceux consacrés aux « Bisses et consortages en Valais » (p. 134 *sq*.), au « Commoner » (p. 202 *sq*.), ou aux « Communautés de métiers » (p. 229 *sp*.).

[465] On la trouve notamment dans l'ouvrage de Tirole Jean, *Économie du bien commun*, Paris, PUF, 2016. Voir Servet Jean-Michel, 2016, « Une lecture critique de l'*Économie du bien commun* de Jean Tirole », *La Revue des Sciences de Gestion*, n°280, juillet-août 2016, pp.102-107.

[466] Le *Dictionnaire des communs* en donne de nombreux exemples, parmi lesquels … les traboules lyonnaises.

apparition initiale. Une institution peut être archaïque parce qu'elle a perdu sa raison d'être ; ou, au contraire, parce que cette raison d'être est si fondamentale qu'une transformation de ses moyens d'action n'a été ni possible ni nécessaire »[467].

Une forte occultation des dimensions « archaïques » des communs est manifeste par exemple parmi les emails échangés dans le « réseau francophone autour des biens communs » [https://bienscommuns.org/] actif depuis 2009. C'est le cas aussi de « *Demain* », un film de Cyril Dion et Mélanie Laurent projeté à partir de 2015, qui a eu beaucoup de succès en Europe et qui présente plusieurs expériences et expérimentations s'appuyant sur des communs[468]. Toutefois, on peut regretter que cet excellent documentaire en tant que réponse à des défis actuels soit silencieux sur les sources historiques de ces mouvements et innovations tant en Europe qu'à travers le monde. Les racines multiples de la solidarité que les communs portent n'apparaissent pas dans ce film. Lors de la manifestation organisée en septembre 2016 pour mon départ à la retraite à l'IHEID de Genève je l'avais fait projeter en le faisant suivre d'un débat entre acteurs locaux de l'économie sociale et solidaire. Toutefois j'avais aussi demandé qu'à la fin de la rencontre soit diffusée la musique d'un autre film, *La Trace* (1983) de Bernard Favre ; une histoire de colporteurs devenus de fait contrebandiers quand en 1860 une nouvelle frontière avait été tracée entre l'Italie et la France, après l'annexion par celle-ci de la Savoie[469]. Ce film est le seul où j'ai entendu certains acteurs s'exprimer en francoprovençal, la langue parlée jusqu'au début du XX e siècle par la plupart de mes aïeux du Faucigny, du Bugey, du Jura et du Forez, et encore courante (et officielle) seulement en Val d'Aoste (au nord-ouest de l'Italie), et que parlait Farinet, un faux monnayeur suisse que certains de mes anciens doctorants ont adopté comme nom collectif d'un ouvrage d'hommage. J'ai voulu ainsi manifester la nécessité de penser les fondements historiques des pratiques solidaires de l'économie, et non pas comme une volonté de retour passéiste, mais en tant que pratiques qui, de façon explicite ou implicite, ont développé la notion de commun et qui peuvent encore enrichir les développements actuels du concept de commun. Le commun fonctionne ici comme un « modèle », ainsi que nous y a invité la thématique générale du colloque présentée par Mamadou Badji et Frédéric Caille et, explicitement, diverses de ses contributions.

L'argumentation est développée ici en trois temps, avec une perspective socioéconomique. Tout d'abord est défini de ce qu'on entend par commun, à travers ses caractéristiques essentielles et comme compréhension d'une reconnaissance de l'interdépendance des activités humaines. Ensuite sont traités trois exemples monétaires exprimant cette interdépendance. Enfin, passant du passé au présent, est discutée la nécessaire transition démocratique permettant de distinguer des

---

[467] Lévi-Strauss Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, deuxième édition, Paris/La Haye, Mouton, [1947] 1967, p. 73.

[468] Voir la bande annonce du film *Demain*. https://www.youtube.com/watch?v=Bk2LnbrXx_I et une interview de Cyril Dion et Mélanie Laurent en 2014 sur ce projet [https://www.youtube.com/watch?v=rkXluaB5fSY].

[469] Voir la présentation du film dans https://salles-cinema.com/critiques-films/la-trace.

communs traditionnels de nouveaux communs ; une transformation qui doit renforcer et non affaiblir la pratique actuelle des communs.

1 - Qu'est-ce qu'un commun ?

Ce que l'on entend par commun[470] peut être sommairement compris à travers quelques caractéristiques essentielles. Il n'existe pas de commun par nature. C'est une démarche politique, au sens original de la cité grecque comme *polis*, qui fait qu'un groupe fixe les règles d'appropriation et d'usage, de conservation et de reproduction d'un bien (ou d'un service). Ce peut n'être qu'une fraction de celui-ci.

La gestion en est délibérative pour tenir compte des points de vue de toutes les parties prenantes[471]. Ce débat est une variété « d'arbre à palabres ». Une comparaison que mobilise aussi dans ce volume Carole Delroise. Toutefois le palabre ne prend pas le même sens et fonctionne différemment dans une société dite « démocratique » que dans une société « hiérarchique ». Cette particularité est abordée plus spécifiquement en troisième partie de cette contribution.

Il faut remarquer que, selon le bien et service concerné, il existe des différences importantes. Par exemple, entre : des ressources naturelles rares qu'il convient de préserver ; et des brevets et des biens culturels que l'usage n'use pas et qui, au contraire des précédents, s'enrichissent par la variété des utilisations et des usagers.

La monnaie présente une particularité forte : si ce ferment de l'activité économique ne circule pas, si elle est thésaurisée, cette ressource, loin de se conserver, diminue. La dépense, comme consommation et investissement, a un effet multiplicateur à niveaux local et global. Et cet effet est plus ou moins fort selon le type de dépenses et le degré d'endogénéité de celles-ci (autrement dit de façon inversée de fuites hors du système).

Penser en termes de commun, c'est : reconnaître qu'il existe une Totalité sociale (la société n'est pas une somme d'individus et elle n'est pas une invention de sociologues ou d'anthropologues) ; et comprendre l'interdépendance des activités humaines et des humains, qui construit cette totalité.

Les sociétés anciennes qui ne l'ont pas compris en propageant un degré élevé d'individualisme ont sans doute disparu, ou ont dû se réformer, car elles se sont révélés incapables de résoudre durablement la gestion et la préservation de leurs ressources essentielles.

Illustrons l'existence d'une gestion en commun dans les formes les plus anciennes de communautés humaines en observant des pratiques de chasse parmi des peuples de chasseurs-collecteurs. Des exemples ont pu en être relevés au Sud du continent africain. On les reprend ici en montrant que le gibier n'appartient pas à celui qui le tue. Ce caractère collectif de la chasse au gros gibier peut perdurer au côté

---

[470] Parmi les nombreux ouvrages consacrés au commun dans de multiples champs, on retiendra pour la qualité des synthèses et la diversité des approches le *Dictionnaire des communs*, *op. cit.*

[471] Dacheux Éric, Goujon Daniel, « La délibération, nouvelle frontière de l'économie ? », in Defalvard H., L'Horty Y., Narcy M., *Les nouvelles frontières de l'économie sociale et solidaires*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2013, pp. 197-214.

de chasses individuelles au petit gibier pratiquées par des populations dont le mode de vie est devenu principalement agricole[472].

Ce que l'on observe diffère totalement de la vision lockienne des origines de la propriété privée. Celle-ci est légitimée par le travail et elle a largement contribué à construire le discours économique libéral du XVIIIe siècle. John Locke ignorait (et implicitement a combattu) les communs, encore actifs alors en Europe dans les communautés rurales ou dans les corporations d'artisans et de commerçants. Trois quarts de siècle avant l'invention de la célèbre fable du troc par Smith, Turgot et Beccaria qui ont présumé un échange primitif dit « troc », John Locke dans *Two Treatises of Government* (1690) a donné le récit d'un échange de marchandise pour/contre marchandise (un *bartering*[473]) entre un natif et un trappeur suisse en Amérique du Nord, et entre deux indigènes sur une île déserte[474] ; un exemple repris du métis hispano-quechua Inca Garcilaso de la Véga dans son *Comentarios Reales de los Incas* (1609). L'objectif de Locke avait été de légitimer une théorie de la propriété (et non de fonder une origine de la monnaie comme le feront Smith, Turgot et Beccaria via une théorie de la valeur). Selon Locke, en troquant, les échangistes se reconnaissent réciproquement propriétaire des biens respectifs qu'ils proposent chacun à l'échange.

Je propose ici de revisiter ce fondement archaïque de la propriété chez les chasseurs-collecteurs pour y trouver non une richesse individuelle mais une richesse commune. Pour ce faire, à l'instar de John Locke, je prendrai l'exemple de populations qui nous paraissent exotiques et j'interrogerais leurs rapports au gibier ; la chasse étant à la fois un élément essentiel dans la vie de ces populations, tant d'un point de vue physique que social et imaginaire, et cette activité impliquant une attribution de rôles pour capturer le gibier et le tuer ; donc des formes d'interdépendances entre ceux vivant en communauté[475]. Notons aussi que la viande est un élément qui, sauf maitrise de technique de conservation, doit, sous des climats non glacières, être consommée assez rapidement et en tout cas n'a pas les qualités d'un bien durable. Le but n'est pas d'accumuler mais de satisfaire certains besoins de reproduction sociale. Celui qui abat un animal ne peut pas lui-même le consommer ; il peut seulement s'en voir attribuer une infime fraction après une distribution et redistribution où il peut être servi le dernier.

---

472 Comme en observant, parmi une population de riziculteurs des rivières du Sud la répartition des animaux tués, l'analyse Journet-Diallo Odile : *Les créances de la terre. Chroniques du pays jamaat (Jóola de Guinée-Bissau)*, Turnhout [Belgique], Brepols. 2007, chapitre premier.

473 Ce terme est employé dans ses *écrits monétaires* : Locke John, *Écrits monétaires*, traduits de l'anglais par Florence Briozzo et André Tiran, Paris, Classiques Garnier, 2011, pp. 58-59. Pour une approche synthétique de l'approche de la monnaie par Locke en lien notamment avec ses positions politiques, voir Desmedt Ludovic, « La Grande-Bretagne et l'empire aux seizième et dix-septième siècle : de Gresham à Locke », *in* : Blanc Jérôme, Desmedt Ludovic (dir.), *Les Pensées monétaires dans l'histoire. L'Europe, 1517-1776*, Paris, Classiques Garnier, 2014, pp. 477-524 ; ainsi que Théret Bruno, « Philosophies politiques de la monnaie : une comparaison de Hobbes, Locke et Fichte », *Œconomia*, 4-4 | 2014, pp. 517-589 [http://journals.openedition.org/oeconomia/1064], qui en particulier souligne la diversité des lectures de Locke.

474 Locke John, *Traité du gouvernement civil*, trad. Paris, GF-Flammarion, 1992, p. 153.

475 Il est remarquable qu'en France même la chasse au sanglier ait conservé certains éléments de la chasse collective. Voir : Vincent Odile, 1987, « Chasse et rituel », *Terrain*, n° 8, pp. 63-70.

Du fait d'une idéologie implicite de la justification de la possession par le travail, que l'on trouve argumentée par John Locke, ce qui nous apparaît comme étant la prise et donc le bien propre de celui qui a tué l'animal ne lui appartient pas. Il appartient à l'ensemble de la communauté. Et il peut même ne consommer que des parts d'animaux abattus par d'autres membres. Le commun fonctionne comme un élément hégémonique dans ces communautés. Toutefois, cela ne valide pas l'hypothèse d'un communisme primitif intégral imaginé par certains penseurs comme alternative à la fable du troc. Des biens restent attributs personnels. Généralement ils ne sont pas transmis après décès de leur possesseur. Mais soit ils sont abandonnés et personne n'y touche ; soit ils sont détruits. Ce qui limite fortement les possibilités d'accumulation et en toute hypothèse sa transmission.

Le partage[476] du gibier peut manifester le rapport au Tout qui constitue la société. Le chasseur doit alors d'abord remettre sa capture à un ancien et il reçoit sa part le dernier. Il reconnaît à travers cet ancien l'autorité du collectif immanent à sa communauté. Lors de cette distribution et des redistributions auxquelles la première peut donner lieu, les autres reçoivent donc avant lui leur dû. On observe ici un primat de l'usage sur ce qui serait la propriété individuelle. L'interdépendance des membres de la communauté est ainsi reconnue. Interpréter le partage du gibier comme un don contre don ferait implicitement de celui qui a abattu l'animal un premier propriétaire qui distribuerait ensuite ce qui lui appartiendrait parce qu'il aurait été capable de le prélever sur la nature. Le succès de son activité le légitimerait et la pression du groupe et/ou ses bons sentiments permettraient à ceux et celles qui, notamment du fait d'une moindre compétence ou à la suite d'un hasard défavorable, ont connu moins de succès en tant que chasseur d'en bénéficier. Et il serait possible d'affirmer que ce qu'il a cédé (don ou avance) lui donnerait en retour le droit de recevoir ensuite des autres. Nul besoin ici de traduire comme une dette vis-à-vis de sa communauté l'interdépendance manifestée par cette répartition. Le gibier est une possession collective dont des règles en fixent la répartition-partage. En vertu des coutumes de gestion de cette ressource que la communauté choisit/impose, chaque membre peut revendiquer une part. Il ne s'agit pas d'un rapport de dette. Des relations de dette ne se sont développées dans les sociétés agricoles qu'en même temps que des processus d'accumulation.

L'interprétation présentée ici est que le gibier est géré comme un commun par une communauté fonctionnant sur la base d'un principe de réciprocité (au sens de

---

[476] Faute de mieux, je reprends ici le terme « partage » nonobstant l'ambiguïté de ses usages actuels comme séparation. Sur ce point voir : Servet Jean-Michel, *De nouvelles formes de partage : La solidarité au-delà de l'économie collaborative*, Paris, Institut Veblen, 2014, [http://www.veblen-institute.org/De-nouvelles-formes-de-partage-la] ; « Un douteux retour du partage et de la gratuité », *in* : Vershuur Christine, Guérin Isabelle, Hillenkamp Isabelle (dir.), *Une économie solidaire peut-elle être féministe ? Homo Oeconomicus, Mulier Solida laria*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 139-151 ; avec Sahakian Marlyne, « Separating the wheat from the chaff: sharing versus self-interest in crowdfunding », in Assadi Djamchid (ed.) *Strategic Managerial Approaches to Crowdfunding Online*, Hershey Pennsylvania, IGI Global, 2016, pp. 295-312. Ainsi que les critiques : Théret Bruno, « La dette (et le don) contre le partage ? », in Farinet (dir.), *Pour une socioéconomie engagée*, Paris, Garnier Classiques, 2018, pp. 201-230.

Richard Thurnwald[477] repris par Karl Polanyi[478]), c'est-à-dire sur une logique de division/regroupement répartissant les rôles de chacun dans sa communauté. Le gibier est commun, pour ce qui est de son accès et de son partage, en tant que ressource reconnue d'une communauté de chasseurs ayant-droits et de ceux avec qui ils vivent ; une ressource dont les techniques de chasse permettent d'affirmer qu'elle est exploitée selon des techniques impliquant les divers membres de la communauté à différents niveaux et sous des formes variées de coopération ; une ressource dont le produit est partagé selon des règles auxquelles les membres de la communauté adhèrent. Des techniques aussi dont on peut remarquer que généralement elles tendent à assurer la reproduction.

Un autre exemple est celui du chasseur auquel des parents et des amis ont confié ou donné plusieurs flèches ; ceux-ci peuvent être homme ou femme. Le maître ou la maîtresse de cette flèche issue du carquois de celui ayant tiré celle fatale à l'animal procède à la distribution du gibier abattu. On comprend qu'il ou elle le fait comme dépositaire d'une autorité immanente au collectif. Les parts du gibier doivent être réparties de sorte que tous les membres de la communauté en bénéficient. Ce qui assure la reproduction physique de chacun et du groupe. Alain Testart indique que cela se pratique / pratiquait parmi les San (anciennement appelés Bushmen ou Bochimans) d'Afrique du Sud, du Botswana et du Sud-Ouest africain[479]. On trouve là, appliquée à l'usage des animaux chassés et à la dépouille partagée, une logique à l'origine d'une approche du produit de la chasse comme commun. Elle assure l'interdépendance dans leur reproduction des membres de ces communautés humaines à travers leurs droits et obligations réciproques, égaux ou hiérarchisés. Périodiquement ici des rites, là des métaphores, le manifestent et donc le rappellent

---

477 Thurnwald Richard, « Banaro Society. Social Organization and Kinship System of Tribe in the Interior of New Guinea », *Memoirs of the American Anthropological Association* III (4), Oct.-Dec. 1916, pp. 251-391. Thurnwald écrit à partir de son séjour en Nouvelle-Guinée entre 1913 et 1915. Pour une approche trois générations plus tard par un chercheur du CNRS : Juillerat Bernard, *La révocation des Tambaran. Les Banaro et Richard Thurnwald revisités*, Paris, CNRS Éditions, 1993.

478 Sur la réciprocité, voir dans ce volume la contribution de Myriam Donsimoni. Les principales occurrences du principe de réciprocité en tant que concept chez Polanyi sont dans *The Great Transformation* (trad. *La Grande Transformation*, Paris, Gallimard, [1944] 1983) pp. 75-76, 80, 85-86, 91, 93, 353, 355-357 et *Trade and Market* (Polanyi Karl, Arensberg Conrad M., Pearson Harry W., *Trade and Market* trad. fr. *Les systèmes économiques dans l'histoire et dans la théorie*, Paris, Larousse, [1957] 1975, nouvelle édition de cette traduction sous le titre, *Commerce et Marché dans les premiers empires. Sur la diversité des économies*, Le bord de l'eau, 2017**) pp**. 99-101, 244-249, 259. Voir aussi : Polanyi Karl, 1960, « On the Comparative Treatment of Economic Institutions in Antiquity with Illustrations from Athens, Mycenae, and Alalakh » *in* : Carl H. Kraeling, Robert M. Adams (ed.), *City Invisible*, Chicago, University Press, [article reproduit pp. 306-334 dans George Dalton (ed.), *Primitive, Archaic and Modern Economies. Essays of Karl Polanyi*, New York, Anchor Books, 1968, pp. 307-309 (traduit dans *Essais de Karl Polanyi*, ouvrage édité par M. Cangiani et J. Maucourant, Paris, Seuil, 2008, « L'analyse comparative des institutions économiques dans l'Antiquité »). Enfin : *La subsistance de l'homme*, Paris, Flammarion, [1977], 2011 (d'après l'édition par P. H. Pearson 1977) pp. 78-83, 87, 95-98, 108-110, 157, 381.

479 Testart Alain, *Avant l'histoire : L'évolution des sociétés de Lascaux à Carnac*, Paris, Gallimard, 2012, pp. 214-215). Il est surprenant à ce propos de cette distribution que Testart désigne ces pratiques de distribution du gibier comme un « don » alors que dans d'autres travaux (voir *Critique du don. Études sur la circulation non marchande,* Paris, Syllepse, 2007) il s'était lui-même évertué à montrer les ambiguïtés des usages de ce terme. Le recours à une analyse en terme de partage, par référence au concept de commun, paraît ici plus adéquate.

afin que chacun agisse en conséquence, en permettant de reconnaître des communs et de les mobiliser en tant que tels.

Pour être pleinement compris, l'attribution des parts du gibier ne doit pas être pensée comme la recherche d'intérêts équilibrés entre des partenaires qui seraient en position nécessairement d'égaux et dans une relation qui serait de type horizontal comme le transfert réciproque immédiat ou de contres parties différées[480]. Il repose sur une interdépendance volontaire, ou contrainte, des membres d'une communauté. La taille de celle-ci peut beaucoup varier ; tout comme le volume des relations impliquées et leur intensité au sein de cette communauté. Au cœur de la réalisation de ce partage est le fractionnement de la communauté. Celui-ci fait que les membres dépendent nécessairement les uns des autres symétriquement ou selon des compositions plus complexes impliquant plusieurs sections[481]. Ce qui les contraint à partager des conditions d'utilisation de certains biens tout comme les produits des activités de chacun. Des tensions en la matière peuvent conduire à un éclatement du groupe et la constitution de deux ou plusieurs communautés distinctes. Biens et activités sont aussi généralement eux-mêmes ordonnés (tous les morceaux du gibier ne sont pas considérés indifféremment ; toutes les fonctions accomplies par les uns et les autres ne sont pas pensées comme semblables et substituables). Ces communautés sont à leur manière hiérarchisées. Il serait donc erroné de penser la symétrie qu'indique la réciprocité dans le cadre de rapports uniquement horizontaux entre membres d'un groupe. La reconnaissance d'une totalité sociale passe par ce processus de segmentation/regroupement qui s'appuie aussi dans les sociétés de chasseurs-collecteurs sur des croyances et des pratiques multiples comme le totémisme, l'animisme ou le chamanisme. Au-delà de débats entre anthropologues sur leur appellation, ils manifestent la totalité sociale pour ceux et celles qui les vivent ; donc une relation de verticalité sans laquelle celles qui relèvent de l'horizontalité ne peuvent pas durablement fonctionner[482].

---

[480] Ce que Théret (*op. cit.*, 2018, p. 206) impute à une approche en termes de partage. La critique qu'il formule ici à l'encontre de celle-ci semble réduire le partage à une opération économique de répartition d'un bien, sans intégrer la reconnaissance de l'existence du groupe comme tout social que lui aussi inclut.

[481] Le terme « symétrie » revient souvent à propos du principe de réciprocité. Pour le comprendre, il faut se référer à la principale source de Polanyi en la matière : Richard Thurnwald. C'est parce que la communauté modèle est divisée en deux, qu'il y a en son sein des obligations symétriques entre les membres de chacune des deux sections. La division peut aboutir à un fractionnement en plusieurs éléments interdépendants comme, après l'*Essai sur le don* (Paris, PUF, [1923-1924], 2012), Marcel Mauss l'avait lui-même saisi lorsqu'il traite de « *système d'échange, de communauté, conditionné par des* séparations » (p. 20). Il y affirme que « *tous les groupes s'imbriquent les uns dans les autres, s'organisent les uns en fonction des autres par des prestations réciproques, par des enchevêtrements de générations, de sexes, par des enchevêtrements de clans et par des stratifications d'âges* ». Dans cette communication, Marcel Mauss cite comme type de divisions rendues ainsi interdépendantes non seulement les confréries mais aussi les castes (« La cohésion sociale dans les sociétés polysegmentaires », *Œuvres*, tome 3, Paris, Ed. de Minuit, [1931] 1969, pp. 11-27 [http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/oeuvres_3/oeuvres_3_01/cohesion_sociale.html].

[482] Ce qui est exprimé dans *La monnaie souveraine* (Aglietta Michel, Orléan André (dir.), *La monnaie souveraine*, Paris, Odile Jacob, 1998) puis développé dans *La monnaie révélée par ses crises* (Théret Bruno (dir.), *La monnaie révélée par ses crises*, Paris, Éd. de EHESS, 2007) à travers la triple dimension de la confiance : méthodique pour l'horizontalité, hiérarchique et éthique pour la verticalité. Le débat sur le primat de la verticalité sur l'horizontalité, ou l'inverse, que l'on peut être

Les relations entre les humains sont par conséquent des obligations dans l'ensemble formé par la communauté à laquelle ils appartiennent. Elles manifestent le Tout qui fait société de façon réelle et imaginaire. Aussi, les dons contre-dons et les réciprocités pratiques qui en résultent sont la conséquence de ces interdépendances nées du fractionnement.

Une hiérarchie de droits se constate particulièrement dans les droits fonciers et les droits de pêche. Ils apparaissent de l'extérieur comme un enchevêtrement de droits, qui manifeste leur articulation à partir d'une absence de droit individuel absolu d'aliénation du bien. Les dimensions collectives sont bien présentes avec une complexité généralement forte.

Les anciennes capacités d'accès à la terre désignées comme « droit de feu » et « droit de hache » prévalaient au Sénégal notoirement dans les espaces serer et wolof. Ils révèlent des formes de commun dans des sociétés hiérarchiques en ordonnant les droits de l'ensemble des occupants selon la chronologie de leur implantation. Il serait erroné d'assimiler leurs formes premières à des redevances foncières. Ce que montre bien le géographe Paul Pélissier[483] dans sa magistrale thèse intitulée *Les paysans du Sénégal. Les civilisations agraires du Cayor à la Casamance* (1966). Il remarque que non seulement le montant de ces droits a pu être symbolique mais que, dans certains villages, le droit de feu, droit des descendants des premiers occupants, consistait en une visite au domicile de son titulaire. On peut alors le comprendre comme un hommage et une reconnaissance de l'ordre social. Les ruptures socio-politiques ont pu le transformer dans certaines localités en de lourdes redevances foncières. Cette mutation a été fortement accentuée et accélérée lors du processus d'occupation coloniale et par la diffusion d'une culture commerciale, l'arachide.

Mais une partie du caractère commun de la terre s'est maintenue grâce à son inaliénabilité. Le fait que la terre ne puisse pas être vendue (et cela a été le cas jusqu'à la révolution « capitaliste » et de ce que l'on a désigné comme une *previous accumulation* [accumulation dite « primitive » ou plus exactement « préalable » ou « initiale »]) est un trait quasi-universel de la persistance des communautés rurales. Il y a réciprocité dans le sens où la reconnaissance du droit de feu, par les familles détentrices du droit de hache, est aussi une garantie pour celles-ci de pouvoir exploiter la terre. On retrouve là un des éléments constitutifs du principe polanyien de réciprocité : une division d'une société en fractions solidaires, division à caractère

---

tenté d'ouvrir me paraît vain car on doit penser une relation dialectique entre les deux, faisant que l'une ne peut pas s'exercer sans l'autre, comme il a été possible de le montrer puis de le vivre dans le processus de préparation au passage à l'euro (Servet Jean-Michel, *L'euro au quotidien. Une question de confiance*, Paris, Desclée de Brouwer, 1998). Compte tenu de cette interaction, il paraît préférable de comprendre la confiance comme une sorte de trépied plutôt que de lui donner trois dimensions (ce qui pourrait sous-entendre que celles-ci sont séparées).

[483] Paul Pélissier (1921-2010) a aussi été avec Assane Seck (1919-2012), lui-même professeur de géographie avant de devenir ministre, un des fondateurs de l'université de Dakar. Il a joué un rôle essentiel dans la formation de nombreux géographes africains. Pélissier Paul, *Les paysans du Sénégal. Les civilisations agraires du Cayor à la Casamance*, Saint-Yrieix, Imprimerie Fabrègue, 1966. Voir Chaléard Jean-Louis, Dubresson Alain, Lesourd Michel, Piermay Jean-Luc, Raison Jean-Pierre, « Autour de Paul Pélissier. Entretien en forme d'hommage », *EchoGéo* [En ligne], 13 | 2010, URL : http://journals.openedition.org/echogeo/12114 ; DOI : 10.4000/echogeo.12114]/

économique mais aussi politique et sociale. Cette interdépendance fait de la terre un commun incluant dans sa gestion, l'ensemble de ses parties prenantes.

Mes premiers terrains comme initiation à la recherche au Sénégal m'avaient conduit en 1970 et en 1971 chez les Joola de Basse-Casamance, que l'on désignait alors comme Diola[484]. Leurs rizières sont appropriées individuellement ou plus exactement par une famille vivant dans un *hank*, habitation composée de plusieurs cellules pouvant regrouper plusieurs couples de trois générations[485]. Mais pendant la saison sèche, après les récoltes, il existe un droit de faire paître le bétail sur l'ensemble des rizières indépendamment de la répartition des terres que je viens d'évoquer. C'est un avantage pour tous puisque ceux et celles qui cultiveront durant la prochaine saison des pluies bénéficieront de la fumure apportée par le bétail. On affirme souvent que chez les Joola, présentés par rapport aux autres « ethnies » comme une société farouchement égalitaire, les rizières étaient réaffectées selon la taille et donc les besoins des différents *hank*. En fait, j'avais noté des adoptions d'enfants, qui permettaient de rétablir un équilibre démographique entre groupes familiaux, que les naissances et les décès pouvaient troubler, et donc de conserver la répartition des droits d'usage des sols.

Résumons maintenant une des études d'Eveline Baumann[486] relatives aux droits de pêche dans le delta intérieur du Niger au Mali. Cette socioéconomiste de l'IRD illustre et analyse bien ces complémentarités à travers les diverses interventions et spécialisations des différentes communautés, généralement qualifiées d'ethnies : en l'occurrence dans son exemple pêcheurs bozo et somono, agriculteurs marka et éleveurs fulbe, qui doivent vivre en symbiose dans le même espace. Les Bozo pêchent en eaux peu profondes grâce à des barrages ; les Somono utilisent de grands filets et se déplacent sur le fleuve ; les agriculteurs pêchent aussi mais avec un outillage plus limité. Sont relevées au sein de chacune de ces ethnies la complémentarité des spécialisations selon le sexe, le groupe d'âge et les droits différenciés des groupes familiaux (en particulier celui des héritiers de celui dit « premier occupant »). On peut voir dans une réserve d'eau captant des poissons, les hommes pêchant avec des filets, les femmes utilisant des calebasses et les enfants leurs mains. Les différences dans la capacité d'accès à la ressource, dans l'usage de techniques et d'outils spécifiques et dans la répartition des tâches au sein de chaque groupe (en particulier selon le groupe d'âge et le sexe) rendent possibles un vivre

---

[484] Servet Jean-Michel, « Le système communautaire des Diola de Basse-Casamance (Sénégal) » *Cahier AEH* (Université Lyon 2) n° 14-15, 1978, pp. 189-250 ; « 'Monnaie'-riz et échanges à volume égal des Diola de Basse Casamance (Sénégal) », *Cahier Monnaie et financement* (Université Lyon 2), n° 7, 1978, pp. 1-27.

[485] Snyder Francis G., *L'évolution du droit foncier diola de Basse-Casamance (République du Sénégal) : Étude d'anthropologie juridique des rapports entre les hommes et les terres chez les Diola-Bandial*, Thèse Université Paris 1, 1973 ; Ki-Zerbo Françoise, *Les sources du droit chez les Diola du Sénégal : logiques de transmission des richesses et des statuts chez les Diola du Oulof (Casamance, Sénégal),* Paris, Karthala, 1997.

[486] Eveline Baumann en a, elle-même, fait la synthèse en s'appuyant sur ses propres en enquêtes de terrain et sur celles de l'anthropologue Claude Fay : « Quand 'épargner' rime avec 'protéger'. A propos du renouvellement des ressources naturelles (Mali, Géorgie) », in Farinet, *Pour une socioéconomie engagée*, *op. cit.*, pp. 178-198 (notamment ici pp. 182-189).

ensemble de communautés différentes exploitant une ressource fonctionnant comme un commun (l'eau et les poissons). Ainsi sont à l'œuvre non seulement des moyens techniques fonctionnels spécifiques mais des actions différentes qui manifestent une grande complémentarité ayant permis pendant des lustres d'assurer la reproduction des poissons. Cette symbiose est aujourd'hui mise en cause parce que, outre une pression démographique accrue, une logique d'accumulation via le marché concurrentiel s'est développée et que cette transformation a profondément corrompu les anciens modes de reproduction des ressources vivantes aquatiques et par conséquent les diverses communautés vivant dans un même espace géographique.

2. L'interdépendance des humains au cœur du concept de commun

Pour exprimer l'interdépendance des humains au cœur du concept de commun, je vais maintenant développer trois exemples monétaires dans le cadre des cultures africaines : la monnaie corde, le panier des ancêtres, et je revisiterais l'exemple des tontines dans la perspective du commun.

La monnaie corde

Le mot pour dire « dette » est dans de nombreuses langues ouest-africaines le même que celui pour dire « corde ». Notons que l'on le retrouve dans l'étymologie du mot français *obligation*, *lig* qui est une ligature, donc un lien. Tout comme en anglais *bond* est financièrement une obligation mais le même terme signifie aussi un lien physique et un lien social, une relation (y compris comme lien de servitude). Pour cette raison j'avais donné à un de mes ouvrages le titre de *Monnaies du lien*.

Remarquons que le sens des terme *client/patron* est souvent inversé en Afrique de l'ouest par rapport à leur usage en France où le client est l'usager d'un commerce et non l'inverse. Cela traduit que le sens premier n'est pas la position de chacun vis-à-vis des autres mais ce qui les lie ; leur interdépendance. Tout comme en français quand on dit « hôte », « don » ou « louer » on ne sait pas qui a invité et qui a été invité, qui a reçu ou a été reçu ou qui est locataire ou propriétaire. Prime la relation ; ce qui n'est pas le cas de termes liés au marché comme prêteur/emprunteur, acheteur/vendeur ou locataire/loueur.

Mais, on le voit, une corde c'est aussi ce qui attache, comme on le fait pour le bétail ou les esclaves…

Le panier des ancêtres

Un autre exemple, emprunté cette fois à l'Afrique centrale, est le panier des ancêtres. De façon symbolique se trouvent réunis dans un récipient les éléments symboliques du pouvoir… pour exprimer une communauté. Mais là on trouve simultanément expression de rapports de domination car ce sont des sociétés fortement hiérarchisées. Nous y reviendrons. Dans un certain nombre de sociétés d'Afrique Centrale (de l'actuel Congo et Angola par exemple), le souverain est maître

d'un *panier des ancêtres*, insigne de souveraineté considéré par les membres de ces sociétés comme le plus important de tous ceux connus. Le Musée Dapper à Paris en possède une belle collection. Il s'agit d'un panier (ou d'une corbeille) dans lequel sont enfermés des restes d'anciens chefs, en particulier leurs cheveux, ongles et phalange d'un doigt, mais aussi des objets et formes diverses en métal ou des perles, coquillages et fragments de pagnes du type de ceux qui circulent comme paléomonnaie. En les faisant entrer dans son « panier des ancêtres », le souverain les consacre, les identifie comme instrument monétaire. Selon Pierre Edoumba-Bokandzo, un objet dont un prototype ne figurait pas dans ce panier des ancêtres ne pouvait pas entrer par exemple dans les compensations matrimoniales[487]. On voit ainsi qu'à travers le contrôle de ces monnaies authentifiées par le souverain celui-ci exerçait et exprimait son pouvoir, sa souveraineté sur un des moments et sur un des objets clefs de la reproduction de ces sociétés et des lignages les composant et qui par la médiation de ce panier réunissant les éléments essentiels d'autorité pouvant incarner, à travers le chef, le groupe tout entier. Par le dépôt dans le panier, les biens précieux, dont le prototype monétaire, vont se trouver comme chargés de représenter la communauté comme un Tout et être vus comme source du pouvoir et de la loi commune. Le prototype monétaire est comme estampillé à cette fin et la monnaie va ainsi signifier et totaliser l'ensemble des rapports sociaux dont elle est à la fois un instrument et un symbole. La monnaie devient ainsi le miroir métonymique de l'ensemble de la société. Elle incarne alors les rapports entre les êtres humains et le Tout de ces sociétés : la partie devient le tout et le tout est dans chacune de ses parties. Le panier sacré et ses trésors ne font jamais l'objet d'un échange. On voit ici entrer en jeu un élément essentiel dans l'idée de commun : l'inaliénabilité.

« *Il ne peut y avoir de société, il ne peut y avoir d'identité qui traverse le temps et serve de socle aux individus comme aux groupes qui composent une société, s'il n'existe pas des points fixes, des réalités soustraites (provisoirement mais durablement) aux échanges de dons et aux échanges marchands* » affirme Maurice Godelier dans *L'énigme du don* en s'appuyant notamment sur les travaux d'Annette Weiner[488]. Selon Godelier, ces sphères de l'aliénable et de l'inaliénable (ce que les humains font entrer dans l'échange et ce qui est soustrait) ne sont ni juxtaposées, ni additionnées, mais sont interdépendantes.

« *L'inaliénabilité se fonde ou se légitime dans toutes ces sociétés sur la croyance en la présence dans l'objet d'une force, d'un esprit, d'une réalité spirituelle qui l'attache à la personne qui la donne et qui l'accompagne dans tous ses déplacements. Il nous semble que cette présence n'est que la figure que prend l'inaliénabilité des choses dans un monde où les hommes croient que les réalités visibles sont habitées et commandées par des forces invisibles* »[489].

---

[487] Edoumba-Bokandzo Pierre, *Le passage des monnaies traditionnelles à la monnaie moderne : ingérences et adaptation, cas du Congo*, Thèse de doctorat en Sciences biologiques et fondamentales appliquées. Psychologie, Paris, Muséum national d'histoire naturelle, 1997.
[488] Godelier Maurice, *L'énigme du don*, Paris, Fayard, 1996, p. 140 puis 53 ; Weiner Annette, *Inalienable Possessions*, Berkeley, University of California Press, 1992.
[489] *Ibid.*, p. 140.

Ces objets fonctionnent comme des points fixes par rapport à tout ce qui peut circuler et qui circule. Mais, dans ces sociétés, on rencontre une inégale répartition des biens inaliénables au sein de la population. À l'instar d'emblèmes, ils marquent des différences entre groupes et ces différences composent une hiérarchie entre ceux qui en sont les maîtres et ceux qui en sont dépourvus et dépendent de la sorte des précédents.

Le *panier des ancêtres* illustre la capacité qu'ont certaines sociétés de faire converger des éléments d'ordres hiérarchiques différents, de reconnaître les parties non comme des fractions indépendantes mais comme des éléments d'un Tout et ainsi de penser leur interdépendance, autrement dit la capacité qu'ont les membres de certaines sociétés de penser une totalité sociale, au-delà des fractionnements nécessaires à leur fonctionnement et reproduction.

Les tontines.

Le fonctionnement des tontines et en particulier la façon dont est réglée la conservation de la ressource monétaire seront rapidement mobilisés ici comme argument[490]. Le fonds régulièrement collecté auprès des membres de cette association d'épargne et de prêt et les règles de sa répartition entre ses membres peuvent être considérés comme un commun ; il y a un groupe qui fixe les règles de collecte et d'attribution du lot (il y a donc bien une communauté dont la taille et la durée peuvent varier considérablement) ; et ce groupe doit exercer les pressions nécessaires pour que celui ou celle qui a déjà reçu le lot continue ensuite de cotiser jusqu'à la fin prévue des tours de collecte et de distribution des fonds de cette tontine.

On peut considérer ces groupes d'épargne et de prêt comme un élément moderne dans de nombreuses sociétés africaines car étant souvent introduit il y a moins d'un siècle. Mes enquêtes en Casamance m'avaient permis d'affirmer que les tontines n'y étaient apparues localement qu'à partir de la fin des années 1950 parmi de petits salariés, même si certains avaient connu les tontines, avant et loin du Sénégal, pendant la Seconde Guerre mondiale quand ils avaient été enrôlés comme tirailleurs et jouaient ainsi avec leur maigre solde. Elles pouvaient parfaitement être comprises à partir de l'expérience des sociétés de cultures entre voisins et voisines permettant une entraide temporaire pour l'accomplissement de certaines tâches[491].

Dans d'autres régions de l'Afrique les tontines sont beaucoup plus anciennes et ont même suivi la déportation d'une partie des esclaves en Amérique et aux Caraïbes.

---

[490] Sur le fonctionnement des tontines, voir parmi de nombreux travaux ceux animés dans le cadre du réseau UREF-Aupelf par Lelart (Lelart Michel (dir.), *La Tontine. Pratiques informelles d'épargne et de crédit dans les pays en voie de développement*, Paris : John Libbey, 1990) et Servet (Servet Jean-Michel (dir.), *Epargne et liens sociaux, études comparées d'informalités financières*, Paris, Association d'Economie Financière, 1995) ainsi que les ouvrages de Mayoukou (Mayoukou Célestin, *Le système des tontines en Afrique. Le cas du Congo*, Paris, L'Harmattan, 1994) et de Henry, Guillerme-Dieumegard, Tchente (Henry Alain, Guillerme-Dieumegard Philippe, Tchente Guy-Honoré, *Tontines et banques au Cameroun : Les principes de la société des amis*, Paris, Karthala, 1991).

[491] Dupuy Claude, Servet Jean-Michel, « Pratiques informelles d'épargne et de prêt, exemples sénégalais », *in* Dale W. Adams, Delbert A. Fitchett, *Finance informelle dans les pays en développement*, Lyon, PUL, 1994, pp. 101-113.

Ainsi dès la fin du XVIII e siècle, la presse locale à La Jamaïque fait état de groupes d'épargne et de prêt entre esclaves, appelés « *esusu* »[492]. Or ce terme reprend la désignation des tontines, que l'on retrouve encore aujourd'hui parmi certaines populations du golfe du Bénin… d'où de nombreux esclaves de La Jamaïque avaient été déportés[493].

Est particulièrement remarquable dans une tontine leur fonctionnement associant des mécanismes qui sont ceux de la société et du contrat (du fait de la libre adhésion des membres et de l'utilisation individuelle des fonds) à des mécanismes ancestraux pour faire respecter les obligations de chacun ; mécanismes qui sont eux d'ordre statutaire, autrement dit de la communauté (au sens où Max Weber notamment les a distinguées en reprenant la thèse de Ferdinand Tonnies)[494]. Cette coexistence des deux types de relations n'est pas récente comme l'ordre historique souvent affirmée entre statut et contrat le laisse penser. J'avais noté aussi chez les Joola de Casamance la coexistence d'associations villageoises (à l'adhésion quasi-obligatoire de tous les ressortissants d'un même village) avec des sociétés de culture (où des voisins et voisines choisissaient volontairement de s'entraider afin de réaliser certains travaux agricoles).

3. Du passé au présent : les fondements socio-économiques d'une transition démocratique contemporaine s'appuyant sur les communs

Les sociétés africaines ont été, voire pour certaines fractions d'entre elles demeurent, des sociétés fondées non seulement sur des différences nourrissant des complémentarités fonctionnelles, mais sur des ordonnancements hiérarchiques facteurs de domination. Cela a été le cas de toutes les communautés humaines jusqu'à l'affichage de revendications d'une égalité potentielle de tous les humains, mais surtout de capacités réelles pour tous. Eveline Baumann le souligne dans ses études, précédemment citées, consacrées à la cohabitation de groupes différents dans le delta intérieur du Niger.

En dépit de la forte disparition des sociétés à statut par rapport à celles à contrat, devenues aujourd'hui la norme, les droits humains ne sont nulle part intégralement reconnus pour et par tous et toutes. Selon les sociétés, et au-delà des justifications qui peuvent limiter la prise de conscience d'une injustice voire d'une exploitation, les différences hiérarchiques entre hommes et femmes, mais aussi entre aînés et cadets, sont plus ou moins marquées. Les principes hiérarchiques pèsent le

---

[492] Un des plus anciens témoignages de cette pratique est celui d'un article publié en 1797 à Kingston à La Jamaïque par *The Columbian Magazine or Monthly Miscellany* (volume 3 p. 8) (cité dans Jamaica. National Savings Committee, *A Study of the partner system of saving in Jamaica*, slnd [1975 ?, Kingston]).

[493] Les esclaves disposaient d'un petit pécule. Celui-ci pouvait même être utilisé pour organiser des loteries où les esclaves pouvaient racheter leur liberté ; et même une fois libres, acheter des esclaves… Dans certaines lieux ces loteries ont été interdites parce qu'elles permettaient à certains esclaves de se libérer de leurs liens de servitude.

[494] Cette analyse est développée dans Servet Jean-Michel, « Community relations, individual, social and economics constraints in the savings and loans associations , *in* Cangiani Michele (ed.), *The Milano Papers. Essays in Societal Alternatives*, Montreal/New York/London, Black Rose Books, 1996, pp. 165-183.

plus lourdement dans les sociétés à castes, comme celles du sous-continent indien. Ayant vécu deux années en Inde, je mesure le poids de ce qui n'est pas seulement une complémentarité pratique mais constitue une forme d'inégalités entre membres d'une même société.

Dans certains pays, les différences ne sont pas affichées sur cette base de castes reconnues comme telles. Elles n'existent pas moins, à des degrés divers notamment entre ethnies et langues maternelles et entre sexes, avec des conséquences en matière d'emploi, de résidence, d'accès à certains lieux, de choix matrimoniaux et affectifs[495]. Ces discriminations engendrent de profondes inégalités dans la capacité différenciée de chacun d'agir et à peser dans les décisions d'ordre collectif. Et les difficultés et le temps nécessaire sont considérables pour éradiquer les discriminations non seulement dans les lois mais surtout dans les pratiques. Certaines disparaissent parfois du fait d'une rupture brutale et violente : comme en France en 1789 (avec la fin des ordres d'Ancien Régime) ou en Chine en 1949 (où, au-delà des égalités prétendues, de fortes discriminations ethniques et religieuses perdurent alors que d'autres sont nées entre adhérents du parti communiste chinois et autres membres de la société chinoise). Il n'y a donc rien de surprenant à constater que les communs aient été pensés et organisés dans des cadres hiérarchiques, dont tout ou partie peut perdurer aujourd'hui et impacter leur actuelle gestion.

Pour contribuer au développement de sociétés démocratiques, la gestion des communs nécessite une reconnaissance des besoins de tous les membres comme parties prenantes de chacun des communs. Et cette reconnaissance doit s'opérer aux divers échelons auxquels, par principe de subsidiarité ascendante, cette gestion est pertinente. Cela passe par une identification des interdépendances et des complémentarités des activités humaines. Le concept polanyien de *principe d'intégration économique* peut les éclairer en saisissant les formes d'interdépendance des activités humaines. Ce concept apparait donc comme un outil pertinent pour comprendre les communs et analyser l'articulation de leur gestion aux structures étatiques et marchandes. Reprenons la définition de ces principes polanyiens.

Une erreur courante est de confondre les principes d'intégration économique chez Karl Polanyi avec quatre grandes modalités de circulation des biens. Ces principes sont généralement définis à partir : d'une absence d'échanges pour le principe dit « domestique » ; d'échanges sous forme de dons-contre dons pour le principe dit de « réciprocité » ; d'échanges soumis aux lois de la concurrence et de la propriété privée pour le principe dit de « marché » ; et de transferts contrôlés par l'État pour le principe de prélèvement-redistribution.

Or, une lecture attentive des écrits de Polanyi oblige à rompre avec cette définition à caractère catallactique, tout aussi fréquente que sommaire. Les principes d'intégration économique peuvent être compris comme des formes

[495] Hillenkamp Isabelle, Servet Jean-Michel, « La pauvreté, enjeu international », in Christian Lequesne (ed.), *Frontière Ceriscope*, CERI, Sciences Po Paris, 2012, (http://ceriscope.sciences-po.fr/pauvrete).

d'interdépendance des activités humaines[496]. Celles-ci ne peuvent qu'inclure non seulement les modes d'échange et de transfert, mais aussi les processus de production. Sur cette base, le principe de marché peut être assimilé à la relation décentralisée de concurrence entre intérêts privés impactant totalement l'organisation économique, et celui de prélèvement-redistribution correspondre à une administration de l'économie. Comme les deux premiers principes, le principe dit « domestique » et celui dit « de réciprocité » doivent aussi être compris comme une logique de structuration des institutions saisissant l'ensemble des champs du processus économique.

Le principe dit en anglais « *domestic* » ne s'applique pas seulement aux ménages comme peut le laisser penser sa traduction par « domestique » [497]. Il renvoie à une gamme plus étendue d'organisations. Polanyi cite lui-même dans *La Grande Transformation* les couvents et manoirs. Pour cette raison, j'ai préféré le traduire comme « principe d'autosatisfaction » en l'illustrant par le fonctionnement des corporations d'Ancien Régime[498]. Cette application particulière *a priori* paradoxale, puisque les corporations fonctionnaient dans le monde marchand des cités (en Europe mais pas seulement), a eu pour objectif de montrer que certaines relations marchandes sont pleinement compatibles avec ce principe d'autosatisfaction. Dans l'univers des corporations où de fortes incertitudes frappaient les approvisionnements, il était essentiel que les marchés soient encadrés et qu'ils ne soient pas soumis à une concurrence débridée d'intérêts privés conduisant à la domination de monopoles. Les échanges ont pour objectif l'approvisionnement local de tous et cela dans des structures fortement hiérarchisées et non démocratiques.

On pouvait retrouver des logiques analogues en Afrique dans des relations et échanges de services entre des artisans (comme les forgerons ou les tisseurs) et les agriculteurs dans les communautés paysannes ; ainsi pour ce qui est des sociétés de cités États ou des royaumes au sein des groupes d'artisans. Les études réunies dans *Markets in Africa* par Paul Bohannan et George Dalton donnent de multiples exemples de ce fonctionnement de marchés autre que celui de la concurrence pure et parfaite[499].

---

[496] Blanc Jérôme, *Les monnaies alternatives*, Paris, La Découverte, 2018 ; Hillenkamp Isabelle, *L'économie solidaire en Bolivie, entre marché et démocratie*, Paris, Karthala, 2013 ; Saiag Hadrien, *Monnaies locales et économie populaire en Argentine*, Paris, Karthala, 2016 ; Servet Jean-Michel, « Le principe de réciprocité chez Karl Polanyi, Une contribution à la définition de l'économie solidaire », revue *Tiers Monde* n°190, avril-juin, 2007, pp. 255-273.

[497] Il est vrai que l'expression « production domestique » peut être comprise comme la production « nationale ». Mais ce n'est pas le sens qui vient spontanément à l'esprit. Sur la position de ce principe dans l'œuvre de Polanyi voir : Servet Jean-Michel, 2018, **« Quelques raisons de (re)lire 'Commerce et marché' », *Revue du MAUSS permanente*, 28 mai 2018 [en ligne].** http://www.journaldumauss.net/./?Quelques-raisons-de-re-lire-Commerce-et-marche**.**

[498] Servet Jean-Michel, « Corporations dans l'Europe d'Ancien Régime et principe d'autosuffisance. Comprendre le caractère moral des corporations d'Ancien Régime », in : Bernard Castelli, Isabelle Hillenkamp, Bernard Hours (dir.), *Economie morale, Morale de l'économie*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 55-86 ; « De la suppression des corporations en France (1776, 1791) » in Hillenkamp Isabelle, Servet Jean-Michel (dir.), *Le marché autrement*, Paris, Garnier, 2015, pp. 61-87.

[499] Bohannan Paul, Dalton George (ed.), *Markets in Africa*, Evanston (Ill.), Northwestern University, 1962. De façon générale sur la multiplicité des organisations marchandes voir Hillenkamp et Servet (dir.), *op. cit.*, 2015 et sa synthèse dans Hillenkamp et Servet, « La tragédie du marché. Comment tenir

Quant au principe de réciprocité, les dons contre dons auxquels il est généralement assimilé sont une conséquence de son application. Mais ce principe ne se réduit pas à ces transferts comme le montre la référence faite par Karl Polanyi aux travaux de Richard Thurnwald. Le principe de réciprocité fonctionne sur la base de la division d'une communauté en fractions dont les parties dépendent les unes des autres. Chacun se pense comme élément d'un tout et donc en lien avec les autres. On voit bien là la proximité de ce principe avec celui de la gestion des communs par des parties prenantes. On y retrouve aussi l'idée que nul ne peut prétendre être propriétaire exclusif d'un bien ou contrôler sans limite son approvisionnement s'il est indispensable aussi aux autres. Le travail est géré selon la même logique ; la même *économie morale* pour reprendre une expression judicieuse d'Edward P. Thompson[500].

Un autre élément de proximité entre gestion comme commun et principe d'intégration économique est la nécessité d'une complémentarité des formes d'intervention pour assurer un fonctionnement démocratique des sociétés. Si un unique principe d'intégration économique soumet le fonctionnement de l'ensemble d'une société, cette logique d'organisation tend à devenir totalitaire. Il n'est sans doute pas besoin d'argumenter pour ce qui est de l'administration de l'économie uniquement par l'État. Cela vaut aussi pour la logique néolibérale qui met les États au service des marchés[501]. On l'a vu avec les ajustements structurels dans les pays dits « en développement » ou « émergents » ainsi qu'après 2008 dans les pays dits développés avec les politiques de réponse à la crise notamment en Europe (avec réduction des déficits publics, privatisation de services collectifs d'enseignement et de soins, dérégulation du droit du travail, etc.). Leur logique est similaire du fait d'un primat donné à la propriété privée et à la concurrence des intérêts. Jusqu'ici son application dogmatique était apparue plus brutale dans les économies dites « en développement » que dans les économies dites « développées » parce que dans les secondes le degré élevé de financiarisation individualisée des populations permet d'utiliser de façon très intense les vecteurs monétaires et financiers pour soumettre les populations avec leur consentement apparent.

Le fonctionnement démocratique des sociétés exige une articulation des principes, autrement dit une pluralité économique. Et celle-ci se retrouve dans la gestion à différents niveaux des communs par des parties prenantes et l'articulation de cette logique tant à celle du marché qui autonomise qu'à celle de l'État qui prélève et redistribue.

Pour avancer dans le sens d'un développement nouveau des communs, il faut progresser de façon pragmatique dans deux domaines touchant à la pluralité : pour

---

compte de la construction sociale des marchés », *Notes et Études de l'Institut Veblen pour les réformes économiques*, janvier 2016, http://www.veblen-institute.org/La-tragedie-du-marche.html.

[500] Thompson Edward P., « The moral economy of the English crowd in the eighteenth century », *Past and Present*, n° 50, 1971, pp. 76-136.

[501] De nombreux travaux consacrés à l'autoritarisme inhérent à la mise en pratique du néolibéralisme, dont Laval Christian, *Démocratie et néolibéralisme,* Institut de recherche de la F. S. U, 2011, [Institut.fsu.fr/Democratie-et-neoliberalisme-par.html].

une complémentarité des pratiques économiques au sens que l'on vient d'évoquer d'une part, et pour ce qui concerne l'identité des personnes de l'autre.

La reconnaissance d'une économie plurielle

Penser une économie plurielle suppose de dépasser la modernité fondée sur une opposition simpliste État/Marché et d'inclure une troisième dimension : la société civile. Elle doit l'être à travers ses structures représentatives et non simplement par une représentation additionnée de membres de la société civile convoqués en certaines circonstances par des autorités politiques pour émettre des avis. Ces représentants doivent détenir un véritable pouvoir de décision et ne doivent pas être uniquement chargés d'appliquer des décisions prises en dehors d'eux dont leur rôle se réduirait à commenter leurs modalités pratiques d'application. Une gestion efficace de communs s'appuie aujourd'hui sur ce pluralisme économique[502]. Cette pluralité reconnaissant les trois champs du Marché, de l'État et des organisations de la société civile peut aussi contribuer à la promotion d'un ordre démocratique.

La reconnaissance d'une identité plurielle des personnes

Rares sont ceux et celles aujourd'hui qui n'appartiennent pas à plusieurs communautés. Cet éclatement du soi et cette multiplicité de nous vivant en cohabitation procurent des identités complexes. Il convient de ne pas les opposer. Il faut au contraire en penser les points de passage. Ils permettent la réalisation pratique des interdépendances des activités. La gestion des communs est fondée sur la richesse de cette diversité. Car, ne l'oublions pas, on n'assemble pas des éléments qui sont identiques ; mais des éléments aux différences reconnues.

[502] Parmi les multiples analyses de cette approche du pluralisme économique, retenons ici plus particulièrement Hillenkamp Isabelle, Laville Jean-Louis (dir.), *Socioéconomie et démocratie – l'actualité de Karl Polanyi*, Toulouse, Erès. 2013 ; Laville Jean-Louis, *Politique de l'association*, Paris, Le Seuil, 2010 ; Laville Jean-Louis, Elisabetta Bucolo, Pleyers Geoffrey, Coraggio Jose Luis (dir.), , *Mouvements sociaux et économie solidaire*, Paris, Desclée de Brouwer, 2017 ; Mendell Marguerite, « Karl Polanyi et le processus institué de démocratisation politique », *Revue du Mauss*, 2007/1 n°29, pp. 444-464.

Myriam DONSIMONI, maitresse de conférences en Economie, Université Savoie Mont Blanc, Faculté de Droit, Laboratoire PACTE-UMR 5194

Un modèle de réciprocité au service de *l'homo sociabilis*. Changer de tailleur pour changer de modèle

« Les peuples, les classes, les familles, les individus, pourront s'enrichir, ils ne seront heureux que quand ils sauront s'asseoir, tels des chevaliers, autour de la richesse commune. Il est inutile d'aller chercher bien loin quel est le bien et le bonheur. Il est là, dans la paix imposée, dans le travail bien rythmé, en commun et solitaire alternativement, dans la richesse amassée puis redistribuée dans le respect mutuel et la générosité réciproque que l'éducation enseigne ».

Marcel Mauss
Essai sur le don

Parce qu'il recherche la compagnie de ses semblables, l'homme, nous dit Aristote, est un « animal politique » ; la cité qu'il a constituée et dans laquelle il se complait est une réalité tout à fait naturelle. Il est dans la nature de l'homme de vivre en société. Mais l'homme a aussi tendance à privilégier son moi et à s'éloigner du « bruit et de la fureur » dans lesquels le plongent la société et la loi commune. L'impuissance de l'homme à se passer des autres n'a d'égal que son impuissance à vivre en parfaite harmonie avec ses congénères. C'est ce que Kant appelle « l'insociable sociabilité ». Elle fait de l'homme un être éternellement déchiré entre un égoïsme qui le pousse à agir pour lui et un altruisme qui l'incite à agir pour les autres.

Les théories économiques classiques et néoclassiques se sont saisies de cet égoïsme de l'individu pour décrire un système économique idéal structuré autour d'un individualisme méthodologique bien pratique car déculpabilisant : l'individu « rationnel », en optimisant sa « fonction d'utilité » (que l'on peut rapprocher de sa satisfaction), agit dans son propre intérêt mais aussi dans l'intérêt général. L'insociabilité de l'homme est apaisée, sa sociabilité est servie. Le marché, qui symbolise cette confrontation des intérêts individuels, conduit à un équilibre salvateur et permet au système de perdurer. Tout ce qui ne se règle pas sur le marché est regroupé sous le terme d'externalités, et les modèles économiques ne parviennent pas très bien à les prendre en compte correctement. Elles sont par exemple la pollution, le bruit, les embouteillages, les dépressions liées au travail…, lorsqu'elles sont négatives ; ou les joies de transmettre ce que l'on sait à nos enfants, les préférences pour nos amis, nos envies de progresser…, lorsqu'elles sont positives.

Ainsi, d'un revers de vocabulaire, tout un pan de ce qui caractérise et concerne une grande partie de l'activité humaine, est mis de côté par l'approche économique.

Les classiques nous avaient prévenus : l'économie s'occupe de la création de la valeur, la morale (à savoir l'Etat !) s'occupe de la question de sa répartition. Et nous voilà aujourd'hui avec des inégalités croissantes et indécentes, un marché en déséquilibre et un système capitaliste en crise, des pays développés et des pays sous-développés ! La rationalité et l'utilitarisme seraient-ils finalement incompatibles avec la raison et la morale ? Il eût été surprenant, à bien y réfléchir, qu'un système basé sur un individualisme forcené serve correctement les fondements fédérateurs d'une société.

Au lendemain des indépendances, les organisations internationales (FMI, BM) sont devenues les « tailleurs » des modèles de développement qui, avec la mondialisation et la propagation d'une « pensée unique » économique, sont passés de l'existence de « costumes sur mesure » à la fabrication de « modèles de grande distribution », imposant un modèle occidental sans se préoccuper de la morphologie du mannequin. Le tailleur a imposé un modèle économique unique : l'économie capitaliste basée sur la concurrence et la quête de l'enrichissement monétaire.

Aujourd'hui, deux systèmes coexistent aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement. L'un, prédominant dans les pays développés, est basé sur une économie capitaliste avec en son centre « *l'homo œconomicus* », et l'autre, prédominant dans les pays en développement, est basé sur l'économie de la réciprocité avec en son centre « *l'homo sociabilis* ». « *L'homo œconomicus* » est un homme de calcul, en perpétuelle quête de satisfaction personnelle ; ses préoccupations sont individuelles. « *L'homo sociabilis* » agit quant à lui pour faire plaisir aux autres et aussi à lui-même ; ses motivations sont liées à la qualité de ses relations avec les autres et ses préoccupations sont sociales. Autant il n'est pas possible de concilier les deux - car même s'ils coexistent leur logique de fonctionnement est totalement opposée -, autant nous pensons qu'il est possible de reconstruire un système en réconciliant le marché et la réciprocité : le marché pour l'efficacité, la réciprocité pour la sociabilité, la convivialité et la solidarité.

L'objet de cette réflexion est de mettre la réciprocité au cœur d'une nouvelle organisation de l'économie et de la société, et d'en faire un nouveau modèle de développement. Au lieu de séparer et de créer des inégalités, ce modèle créerait du lien social et rassemblerait. Il serait adapté aussi bien aux pays développés qu'aux pays en développement. Après avoir expliqué pourquoi nous pensons que l'approche des modèles économiques doit changer (I), nous présenterons ce que nous entendons par réciprocité (II), et dans quelles conditions elle peut constituer la base d'un nouveau système et réenchanter la modernité (III).

I – Une autre approche est nécessaire

Depuis plus d'un siècle, des économistes ont cru construire l'économie comme science en s'appuyant sur un avatar de l'homme appelé « *l'homo œconomicus* », défini comme un être égoïste, calculateur et asocial, dont l'objectif principal est de

maximiser son intérêt personnel (sa fonction d'utilité). L'économie libérale trouvait ainsi ses fondements dans des hypothèses de comportements qui, certes, existent, mais qui laissent de côté une part importante de ce qui caractérise l'homme en société, à savoir son besoin de tisser des relations, de faire plaisir et de partager. C'est en plus un être naturellement altruiste, qui aime être utile aux autres, et être reconnu, apprécié par ses semblables. Cette autre face de l'homme est ce que nous avons décidé d'appeler « *l'homo sociabilis* » (Samson I., Donsimoni M.)[503], et c'est, selon nous, le statut le plus naturel à l'homme. L'humain est avant tout un être social.

Les fondements de l'économie libérale reposent sur une vision biaisée de l'humain, qui oublie son côté social. Il en résulte des modèles et des préconisations qui se révèlent inadaptés. Il est grand temps de changer de modèle, de reconstruire l'économie et les sciences sociales sur des hypothèses plus réalistes, et de remplacer « *l'homo œconomicus* » par « *l'homo sociabilis* ». Il ne fait aucun doute que l'humain puisse être égoïste, indifférent, et pire encore. Les exemples ne manquent pas. Mais il ne fait aucun doute non plus que l'humain est un être social, qui a besoin de communiquer, de parler, de rire, de jouer et d'aimer. Il recherche la convivialité et la chaleur humaine. C'est une condition vitale pour son développement intellectuel et affectif, pour sa santé physique et mentale, et au bout du compte pour son efficacité économique. L'hypothèse d'un être asocial et autiste, qui ignore ses semblables et se suffit à lui-même, n'est pas crédible. Même en considérant que l'humain est autant égoïste et calculateur qu'altruiste et généreux, on peut admettre que si la science économique a fonctionné pendant près de 150 ans sur la première hypothèse, il est grand temps aujourd'hui de faire travailler l'hypothèse de « *l'homo sociabilis* », de substituer le commun à l'individualisme. Il faut changer le tailleur car le mannequin a changé. Osons le défi de mettre la réciprocité au centre d'un système alternatif à construire dans lequel l'acteur principal est l'homo sociabilis.

Le marché n'est pas particulièrement critiquable en soi, par contre il s'est accompagné du capitalisme, qui a consisté à ce que les richesses issues des échanges, du commerce, éventuellement d'une exploitation de rente, soient accumulées et détenues entre les mains d'un nombre restreint de personnes. Cela s'est traduit par une société de plus en plus inégalitaire. Accentué par la mondialisation, ce phénomène est devenu insupportable sur les plans économiques, sociaux et environnementaux, remettant en question, voire même mettant en danger une gestion partagée nécessaire à la bonne utilisation des communs et à leur pérennité. L'enjeu est de construire des modèles de développement non capitalistes dans des sociétés modernisées, mais pas sur le mode individualiste occidental (ni oriental ou moyen oriental… au vu des immenses financements chinois et arabes qui inondent l'Afrique aujourd'hui).

---

[503]Samson I., Donsimoni M., *Homosociabilis, la Réciprocité*, Paris, L'Harmattan, 2019. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjrzub6tcHkAhWKHxQKHd-3CtEQFjAAegQIABAB&url=http%3A%2F%2Fwww.editions-harmattan.fr%2Findex.asp%3Fnavig%3Dcatalogue%26obj%3Dlivre%26no%3D63454&usg=AOvVaw2jlJ3BrVltxI5dotwpTS0c

La réciprocité est un mode de fonctionnement économique qui a fait ses preuves et qui est familier à l'humain. Elle repose sur la solidarité et la sociabilité, qui sont les biens qui font le plus défaut à l'humanité aujourd'hui. Associée au marché, la réciprocité constitue, selon nous, un mode de fonctionnement et d'organisation qui peut résoudre un certain nombre de problèmes cruciaux.

II – Un système basé sur la réciprocité est possible

Lorsqu'en 1923 Marcel Mauss publie son ouvrage majeur *Essai sur le don*, il montre que toutes les sociétés humaines ont une économie régie par la réciprocité, sauf la nôtre[504] ! Il n'utilise jamais dans son texte le terme de « réciprocité », car il considère que « ce n'est pas à propos du don que s'imposait l'idée de réciprocité mais à propos du contrat »[505]. Dans les sociétés « développées », la réciprocité est remplacée par l'échange marchand. Le « *mana* », cette puissance spirituelle émanant du groupe dans les sociétés traditionnelles décrites par Mauss, a cédé la place à un gourou d'un nouveau genre : l'argent.

Il semble que nos sociétés actuelles connaissent une période de mutation, dans laquelle les modes de fonctionnement évoluent sous l'influence d'une prise de conscience qui se généralise. Elle se manifeste en réaction aux injustices créées par les systèmes économiques basés sur le capitalisme et se concrétise par un nombre croissant d'activités de l'économie collaborative, sociale et solidaire. Bien qu'en pleine évolution, ces activités restent marginales et poursuivent pour la plupart la logique du marché. Nous souhaitons aborder la question sous un angle plus large qui peut être formulé de la façon suivante : nos économies contemporaines pourraient-elles fonctionner avec un système réciproque ? C'est-à-dire un système dans lequel ce qui est officiellement retenu pour caractériser l'économie n'est pas un contrat seulement marchand, mais aussi social et moral.

1 - La réciprocité est une obligation sociale de donner

La conception de la réciprocité s'inspire de l'idée du don/contre-don observée par des anthropologues tels Malinowski[506] ou Mauss en Papouasie ou chez des indiens d'Amérique. Ces auteurs montrent que dans une situation de don/contre-don, le point crucial réside dans la contrainte que crée le don pour celui qui reçoit. Le don peut même être interprété comme un défi et engendrer une obligation de faire un don encore plus beau ou plus gros en retour. L'obligation morale instaure une relation qui peut cesser lorsque le contre-don annule le don.

---

[504] Mauss M., « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », 1924-1925, disponible sur le site : http://www.uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.htm

[505] Marcel Hénaff, « Mauss et l'invention de la réciprocité », *Revue du Mauss*, 2010/2, n°36, p. 71.

[506] Malinovski B., *Les Argonautes du Pacifique Occidental*, (1922) 1963, rééd. Gallimard, coll. « Tel », 1989.

Un système basé sur la réciprocité s'écarte d'une simple relation bilatérale de dons et contre-dons et s'appuie sur des considérations plus sociales dans le cadre de relations multilatérales. Il s'agit d'une forme d'échange autorégulé, où les dettes en cours entre les différentes entités ne sont jamais totalement réglées ; cette redevabilité impose la continuité des relations. La réciprocité consiste à échanger des biens pour créer du lien social. Tout membre d'un cercle d'échanges réciproques apporte au cercle des biens et des services selon ses moyens, et reçoit du cercle des biens et des services dont il a besoin. C'est ce que SC Kolm[507] appelle la « réciprocité générale » ; c'est un système dans lequel on ne sait pas forcément à qui l'on donne, ni de qui l'on reçoit. Cela permet d'éviter que les individus se trouvent dans une obligation morale de rendre, comme dans le don-contre-don. La réciprocité est une obligation sociale de donner, au sens où elle permet à chacun d'être utile, de participer à l'effort collectif selon ses compétences et ses moyens, avec pour seul jugement celui de sa propre conscience, celle inhérente à l'homo sociabilis.

La réciprocité n'est pas seulement l'apanage des personnes altruistes qui recherchent un mode poussé de socialisation, c'est un véritable système économique performant, reposant sur un mécanisme économique et une structure sociale. Dans ce système, même ceux qui n'ont pas d'argent peuvent obtenir des biens et des services : ils doivent pour cela échanger leur savoir-faire dans un domaine quelconque et obtenir un bonus en heure de travail qui peut tout à fait être une monnaie d'échange comme dans les systèmes d'échanges locaux (SEL) qui se multiplient aujourd'hui de par le monde.

En ce qui concerne la question de l'équilibre entre les contributions et les bénéfices des membres du cercle de réciprocité, l'expérience montre que pour les cercles anciens (communautés héritées), bien établis, ou les cercles bien intégrés entre des participants partageant les mêmes valeurs, le problème se règle tout naturellement, c'est-à-dire qu'il ne se pose pas. La norme de comportement réciproque est intériorisée et règle spontanément les pratiques. Par contre, pour les cercles de création récente (communautés construites), insérés dans un environnement d'économie de marché, une solution devra être apportée durant les premières étapes. En effet, un système d'échanges réciproques permettant de bénéficier de biens et des services sans passer par le marché peut éveiller la tentation pour certains d'avoir accès à ces biens « gratuitement », d'avoir un comportement opportuniste.

2 - La réciprocité doit être bienveillante

La réciprocité, comme le don, ne signifie pas la gratuité : il faut donner « pour » recevoir. Il se peut alors que la réciprocité soit le résultat d'un calcul et s'apparente à un contrat dans lequel les prestations sont équivalentes, du style : je te donne si tu me donnes. C'est une réciprocité conditionnelle qui se justifie par le fait que la coopération à laquelle elle donne lieu satisfait l'intérêt individuel, et n'implique aucun sacrifice. On trouve cette forme de réciprocité dans l'économie néolibérale

[507] Kolm S.C., *La Bonne économie : la réciprocité générale*, Paris, PUF, 1984.

classique, où l'achat de biens et de services s'effectue dans un système marchand moderne où la contrepartie justifie l'action. Il est alors difficile de séparer strictement la réciprocité du marché. Elle peut alors ne pas être toujours bienveillante. Les auteurs suisses Falk et Fischbacker[508] abordent la question de la réciprocité comme une réponse comportementale à une action considérée comme bienveillante ou malveillante. Ils considèrent que les individus adopteront un comportement réciproque pour récompenser des actes bienveillants - réciprocité positive -, ou pour punir des actes désobligeants - réciprocité négative -. La bienveillance est évaluée selon deux critères : les conséquences de l'action et les intentions de l'individu.

L'effet d'une action n'indique pas forcément l'intention qui la sous-tend, or celle-ci est primordiale pour distinguer ce qui relève du simple don-contre-don de ce qui est de la réciprocité. Les individus sont prêts à sacrifier une fraction de leur gain monétaire pour aider ceux qui ont été généreux à leur égard ; mais ils sont également prêts à sacrifier une fraction de leur gain monétaire afin de punir ceux qui les ont blessés. Gain matériel et gain psychologique s'associent pour déterminer la satisfaction que les individus retirent de la situation. Plus les individus seront individualistes et sensibles aux gains matériels moins ils se sentiront concernés par des considérations réciproques plus communautaires. L'homo œconomicus côtoie de près l'homo sociabilis.

Une réciprocité négative implique une punition. Si elle est injustifiée, elle va accroitre l'inégalité et l'injustice, et devrait donc être rejetée. Mais elle peut également, en punissant les tricheurs permettre au système de fonctionner correctement et de perdurer. Dans ce cas l'intention qui la sous-tend en fait un outil de gestion efficace pour que le système soit considéré comme juste. On comprend que la question de l'intention renvoie à l'attitude, c'est-à-dire à l'état affectif dans lequel se trouve un individu au moment de réaliser une action. Cet état d'esprit peut être positif ou négatif et modifier le contexte dans lequel s'instaure une relation. Les spécialistes de la question (Rosenberg et Hovland)[509] distinguent trois composantes qui s'articulent pour aboutir à une attitude :

- Une composante affective qui concerne les émotions positives ou négatives et qui correspond à la prédisposition de chacun à évaluer un objet (ou une personne) comme étant bon ou mauvais, intéressant ou inintéressant, etc.

- Une composante cognitive liée aux connaissances et croyances présentes et passées que l'individu a concernant cet objet ainsi qu'à la crédibilité que l'individu accorde à ces informations.

- Une composante conative qui est une composante énergétique qui consiste en une disposition à agir de façon favorable ou défavorable vis-à-vis d'un objet ; c'est-à-dire à la capacité d'effort d'un individu pour rendre son action ou sa réaction conforme à ses intentions.

---

[508] Falk A., Urs Fischbacher « A theory of reciprocity. Games and economic behavior », www.elsevier.com/locate/geb, 54 (2006) 293–315.

[509] Rosenberg M.J. et Hovland C.I., *An Analysis of Consistency Among Attitude Components*, New Haven, Yale University Press, 1960.

3 - La réciprocité est un art de vivre en société

Mauss écrit : « Le respect de l'intervalle juste entre deux dons est l'art de vivre en société »[510]. Autrement dit, l'intériorisation de la norme de réciprocité fait partie du processus de socialisation. Dans les pays développés, la réciprocité s'exprime dans le monde économique sous la forme des essais et expériences de l'économie sociale et solidaire, par le biais d'associations nombreuses, et son potentiel de développement est considérable. L'économie de la réciprocité se manifeste en réaction contre les effets du capitalisme, et se revendique de plus en plus comme un système alternatif à ce système dominant. Dans les pays en développement, c'est plutôt l'inverse : l'économie de la réciprocité constitue la base de la société et le capitalisme et l'économie de marché ne se trouvent que dans quelques poches : dans les grandes villes, dans les zones d'extraction et d'agriculture d'exportation (coton, café, cacao, soja, riz). Dans ces pays, l'économie de la réciprocité organise l'essentiel de l'espace et des ressources économiques, notamment à travers ce qui est communément appelé l'économie informelle. Elle s'exprime entre autres à travers les multiples communautés qui jouent un rôle toujours important dans ces sociétés.

La réciprocité a besoin de la communauté pour fonctionner. Si les communautés sont à construire ou reconstruire dans les pays développés à économie de marché, dans les pays en développement les communautés sont déjà très présentes et très actives. Mais il faut les « réenchanter » !

Savoir adapter son attitude à son comportement et à son environnement relève de l'intelligence sociale. Selon les modèles de l'intelligence sociale[511], il existe des règles que tout le monde partage, mais chaque groupe social possède les siennes. Nous ne nous comportons pas de la même manière avec notre patron et avec nos amis et nous ne nous comportons pas de la même manière selon les pays. Disposer d'une intelligence sociale permet d'observer et d'analyser correctement les personnes qui nous entourent et de décrypter en quoi elles sont uniques de sorte à adapter notre attitude ou notre réaction selon le contexte. L'intelligence sociale est en ce sens une arme de socialisation massive.

La réciprocité a besoin de l'intelligence sociale car elle est utile dans la sphère privée comme dans le monde professionnel, où elle contribue à instaurer des relations sociales de qualité et facilite le travail en équipe. Karl Albrecht[512] définit l'intelligence sociale comme « la faculté de bien s'entendre avec les autres tout en s'assurant leur collaboration ». Elle s'appuie sur des qualités telles que la sensibilité aux besoins et aux intérêts des autres, la générosité et la considération. De nombreux drames économiques et sociaux pourraient être évités avec un peu d'intelligence sociale : certaines situations de chômage, le drame des émigrés, etc.

---

[510] *Op.cit.*, p199

[511] Mise en évidence dans les travaux de Howard Gardner (auteur de la théorie des intelligences multiples) et reprise par le psychologue français René Zazzo.

[512] Albrecht K., *L'intelligence sociale : le nouvel art des relations humaines*, Éditons de l'Homme, Paris, 2008.

4 - L'économie de la réciprocité

Dans le monde en développement, l'économie de la réciprocité est largement dominante dans le secteur informel dont la contribution au développement est considérable : on peut l'évaluer à un tiers du PIB et à deux tiers de l'emploi. Elle est aussi omniprésente dans les pays développés, dans le champ de l'économie sociale et solidaire, mais également mélangée au capitalisme, dans des systèmes de production particulièrement performants comme dans la communauté des financeurs de start-up dans les parcs technologiques comme la Silicon Valley[513], ou dans les expériences citoyennes de grandes métropoles comme San-Francisco ou Séoul, Barcelone ou Berlin.

L'économie de la réciprocité repose tout d'abord sur la production des agents qui peuvent être pluriactifs dans le sens où au-delà d'un métier les individus peuvent avoir envie d'exercer plusieurs activités et mettre leurs compétences au service de la communauté. Le salariat est remplacé par l'initiative privée et l'entreprenariat. Ensuite, la manière dont chaque membre apporte ou contribue à la communauté et la manière dont il reçoit de la communauté ou dont la communauté le rétribue doit être gérée de sorte que s'instaure un principe d'équité, dont dépend la survie de la communauté. La communauté va s'assurer que les contributions de chaque membre et que les rétributions reçues de la communauté sont équitables entre elles. La mise en place et la généralisation d'une économie de la réciprocité nécessitent deux étapes : une première phase de transition où la réciprocité est partielle et une seconde où elle est complète. Dans la réciprocité partielle, il y a une comptabilisation des productions et des consommations des participants à la réciprocité. D'un côté, les producteurs réalisent un certain nombre d'activités, de biens et de services, pour la communauté ; de l'autre ils reçoivent des biens et services de la part du collectif. La circulation des biens et des services est fluide et immédiate ; le vendeur doit trouver un acheteur solvable, s'entendre avec lui sur un prix, puis sur la modalité du paiement. Dans la réciprocité complète, la comptabilisation n'est plus nécessaire, la circulation des biens et des services devient un geste aussi simple qu'apporter une part de tarte aux prunes à son voisin pour son dessert. Ce mécanisme est beaucoup plus puissant que le marché pour faire circuler des biens ou des services disponibles. Il est aussi plus performant pour accorder l'offre et la demande, puisqu'il exclut d'emblée toute possibilité d'offre excédentaire, comme des invendus ou du gaspillage par exemple, sauf si la qualité ne correspond pas aux attentes.

Le membre de la communauté qui reçoit le bien ou le service ne le reçoit pas des membres du cercle à qui il a fourni ; il le reçoit du cercle tout entier. Autrement dit, la réciprocité n'est pas une somme de relations entre des individus, mais c'est une somme de relations entre les membres d'une part, et la communauté toute entière d'autre part. Il est néanmoins nécessaire que les contributions d'un membre

[513] Ferrary Michel, « Pour une théorie de l'échange dans les réseaux sociaux. Un essai sur le don dans les réseaux industriels de la Silicon Valley », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2001/2, n° 111, pp. 261-290.

correspondent à ses consommations. La réciprocité permet de réaliser cette correspondance.

Selon le principe d'équité, chacun contribue selon ses capacités et reçoit en fonction de ses besoins. Les individus ne sont pas comparés en fonction de ce qu'ils possèdent, ni en fonction de la valeur ajoutée qu'ils créent, mais en fonction de l'effort qu'ils produisent, de leurs profils et de leurs préférences de consommation. Ils sont différents, mais considérés comme égaux. Quelles que soient leurs activités, elles sont considérées comme équivalentes. L'équivalence signifie que, pour la communauté, les membres ont des besoins comparables en termes d'habitation, de surface et de confort de logement, d'habillement, de transport, de loisirs etc. Les adaptations indiscutables vont dépendre de la taille et de la composition des familles. La variété des demandes et des besoins est grande et le poids des différents postes du budget varie inévitablement : certaines familles dépenseront plus pour l'alimentation, d'autres pour le logement et d'autres encore pour les loisirs ou la formation. Il ne sera pas difficile pour les communautés de fixer une norme de consommation moyenne équitable qui tienne compte de ces différences. Si des familles ont des besoins très inférieurs ou très supérieurs, elles pourront soit épargner, soit réduire leurs contributions dans le premier cas, soit augmenter leur contribution de réciprocité, soit recourir au marché dans le deuxième cas.

Il n'y a pas de différenciation sociale liée au travail. La réciprocité efface les différences liées à la « valeur » des activités ainsi que celles liées à la quantité d'effort que peut fournir chaque membre en raison de son âge et de sa santé. Les différences de qualification du travail sont liées à la naissance, à l'origine sociale, ainsi qu'à la formation et à l'expérience personnelle, ce qu'on appelle le capital humain. Il est grand temps de cesser de considérer le travail par sa valeur marchande, le salaire ou la valeur ajoutée ; il faut plutôt s'intéresser à son contenu, à savoir sa capacité créatrice, son intérêt pour celui qui l'exerce. Cette approche du travail suffit largement à motiver l'accumulation du capital humain. Quand un étudiant, un jeune en formation choisit une orientation, une spécialité, un métier, ce n'est que très rarement après une étude comparative des revenus attendus ; c'est presque toujours en fonction de ses possibilités et de ses centres d'intérêt ; ou bien c'est par défaut, quand il n'a pas d'autres choix.

Une question importante sera celle de la capacité de la réciprocité à révéler et à répondre à la demande des ménages. Le premier problème est qualitatif, le second quantitatif. En ce qui concerne la capacité des entreprises communautaires à produire les biens pour lesquels se manifeste une demande, le problème se règle facilement : un mécanisme similaire à celui du marché peut être mis en place, avec des essais et des erreurs, mais sur la base de relations plus directes avec les consommateurs et les usagers, sans passer par la médiation des prix. Une situation de coopération entre les producteurs peut être encouragée, toujours sur la base de relations directes qui sont rendues possibles par la proximité introduite par les communautés. Concernant les quantités produites, l'existence d'une demande non satisfaite déclenchera les mécanismes mis au point par les communautés pour modifier la gamme des biens et des services produits en son sein. Si, malgré tout, des

déséquilibres se manifestent, le recours à l'économie de marché reste toujours possible, offrant au moins une solution à court terme. Il y a des tâches ou des circonstances pour lesquelles l'économie de la réciprocité est la plus efficace, et d'autres où elle peut rencontrer certaines limites. Si la réciprocité assure une fluidité sans égale à la circulation des biens, elle le fait dans la limite même du cercle de réciprocité. La performance d'un système de réciprocité dépendra d'abord de sa capacité à réaliser une offre variée qui couvre l'essentiel des besoins de ses membres. Il est alors parfaitement concevable d'élargir le mécanisme aux relations entre les communautés, en constituant des accords de communautés, voire des communautés de communautés.

En plus de ses vertus de socialisation, le système économique de la réciprocité permet de faire disparaitre la pauvreté et l'exclusion. Il réduit considérablement les inégalités au sein de la communauté grâce à son principe d'équité. Il est un puissant facteur d'intégration sociale.

5 - La réciprocité a besoin de la communauté

Un système de production réciproque ne peut fonctionner sans des règles strictes de rappel à l'ordre ou d'exclusion à l'égard de ceux qui ne respectent pas la règle et ses valeurs. Cela passe nécessairement par la définition d'un intérieur et d'un extérieur au cercle de réciprocité. C'est à cet effet que sont créées des structures sociales spécifiquement consacrées à la réciprocité : les communautés. Elles constituent des cercles d'économie réciproque. Ces communautés peuvent être héritées ou construites : les premières, comme des villages ou des tribus, sont généralement traditionnelles et le fonctionnement réciproque fonde la communauté tout autant qu'elle s'en enrichit grâce au réseau de relations existant. L'autre type correspond aux communautés intentionnellement construites pour faire fonctionner un cercle d'économie réciproque (souvent sous forme associative). Cela peut être des éco-quartiers dans les villes, ou des cercles d'économie locale à la campagne. Ici c'est la pratique répétée de la réciprocité qui va construire des liens privilégiés de confiance et de sociabilité. Ces deux formes, héritées ou construites, représentent des extrêmes entre lesquels on trouve de nombreuses formes intermédiaires.

Les deux conditions pour qu'une structure sociale puisse devenir un système d'économie réciproque sont l'existence d'une définition claire de l'appartenance au cercle, et l'existence d'un mécanisme d'adoption et d'incorporation par chaque membre de la règle de fonctionnement de la réciprocité.

Les communautés, basées sur des valeurs partagées et sur la confiance, se substituent soit au marché, soit à l'État lorsque ces deux institutions sont inefficaces : crèches collectives, jardins collaboratifs, micro-crédits… Dans les pays en développement où l'État est défaillant et le marché presque inexistant, les communautés parviennent si bien à les remplacer qu'elles confèrent à ces pays une capacité de résilience extraordinaire face à la lenteur du processus de modernisation. Les configurations systémiques spécifiques des PED expliquent un certain blocage de la création des marchés et de la naissance de l'entrepreneuriat marchand. La nature

communautaire d'une multitude de micro-entreprises leur assigne plus une fonction de subsistance et de solidarité que d'efficacité et de rentabilité. D'un côté, la rationalité systémique de la communauté assure ainsi une très forte résilience aux pays en développement grâce à l'économie informelle. D'un autre côté, on a là un obstacle majeur au développement du marché, et au développement tout court.

Un système basé exclusivement sur des communautés (surtout si elles sont traditionnelles) est efficace sur le plan social mais inefficace pas sur le plan économique. Pour qu'un système basé soit la réciprocité soit viable sur le long terme, il faut y associer tous les bienfaits du marché afin de « réenchanter les communautés », notamment dans les pays en développement pour réenchanter la modernité.

III – Réenchanter la modernité grâce aux communautés

Pour réenchanter les communautés, il faut les faire rimer avec modernité. C'est le cas dans la plupart des communautés construites, mais les communautés traditionnelles ou héritées peuvent être sectaires et enfermantes. D'un point de vue « économique », la modernité correspond au modèle de développement industriel. La modernité qui caractérise les sociétés occidentales s'oppose aux cultures traditionnelles, plus représentatives des pays en développement. Mais la critique du libéralisme et de la rationalité, et le constat d'échec du système capitaliste a sonné la fin de la modernité occidentale. Ce constat correspond à la prise de conscience des populations, or, selon la « philosophie de la praxis » inspirée par A. Gramsci[514], cette prise de conscience conditionne l'évolution du processus de développement et par conséquent la modernité qui accompagne ce processus. La notion de modernité est donc une notion floue ; on peut dire qu'il y a modernité lorsque le système en vigueur correspond aux aspirations d'un peuple. Alors que jusqu'à maintenant la modernité était principalement économique, il est urgent qu'elle devienne aussi une modernité sociale[515].

On retrouve chez Nietzsche[516] l'idée d'une prévalence de la communauté par rapport à l'individu au sein de la société hiérarchique, liée à l'existence de relations fortes et immuables d'interdépendances entre individus. Cette idée de la prévalence de la communauté lui sert de point de départ à une argumentation qui vise à assimiler société hiérarchique et civilisation créatrice forte, porteuse des valeurs de vie dont l'Europe moderne, décadente et nihiliste constitue l'antithèse. Il conclut que l'individualisme sur lequel se fondent les modèles économiques a conduit à un égoïsme forçant l'individu à se croire trop important. Les pratiques et les comportements ont évolué à l'opposé de l'intérêt de l'espèce, d'où le désenchantement qui se manifeste de plus en plus ouvertement dans nos sociétés. Nietzsche reproche à la démocratie d'homogénéiser les individus. « L'homme devient

---

[514] Gramsci A., *Cahiers de prison*, Paris, 1983, p. 283.
[515] Berten A., « Modernité et postmodernité : un enjeu politique ? », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 89, N°81, 1991, pp. 84-112.
[516] Nietzsche F., *Fragments Posthumes*, XI, 1882, p. 379.

faible (pas de pensée indépendante) mais bon et tranquille ». Il défend l'individualité (individu d'exception et hors-norme), fleuron de la société hiérarchique inégalitaire, et non les individus qui finissent par être interchangeables et donc n'avoir plus de substance.

Notre point de vue, bien que moins radical que celui de Nietzsche, s'en inspire dans la mesure où les communautés constituent à notre sens, un cadre plus restreint que la société, dans lequel l'individu n'a pas à subir l'inégalité d'une hiérarchie mais la pertinence d'une organisation basée sur les complémentarités de ses membres, réunis autour de valeurs partagées. À travers ces liens fonctionnels, la communauté impose un rôle à chacun qui positionne l'individu dans le système et (re)donne un sens à son action. Les rapports de proximité qui existent dans les communautés donnent à l'individu des repères qu'il a perdus dans la société actuelle. Les relations qui se mettent en place relèvent et génèrent de la confiance entre les membres. Quatre points importants sont repérés pour ré-enchanter la modernité grâce à la communauté : 1 - Proximité : position et référence dans un monde global (valeurs communes, etc.) ; 2 - Hiérarchie : position et clarté dans les rôles et les missions, besoin de structuration ; 3 - Confiance : motivation et mentalité du partage ; 4 - Activité : émulation, sens à la vie.

Deux conditions sont nécessaires pour qu'un système basé sur la réciprocité et les communautés fonctionne : échapper à l'emprise du capitalisme ; se servir du marché pour moderniser les économies des pays en développement et faire coopérer le marché et les communautés.

1 - Échapper à l'emprise du capitalisme

La première étape, et non la moindre, est d'échapper à l'emprise du capitalisme. Dans les pays en développement, après l'échec des stratégies nationales d'industrialisation par endettement, les Plans d'Ajustement Structurel vont précipiter l'entrée des firmes capitalistes, au nom des vertus du libre-échange. Si ces firmes prolongent l'orientation exportatrice des pays concernés, et créent des emplois, elles déstructurent encore davantage les économies et les sociétés de ces pays. Le secteur privé est constitué soit par ces grandes entreprises étrangères qui imposent leurs règles, soit par de très petites entreprises, incontournables mais « informelles ». Elles ont longtemps été oubliées (par les politiques et les chiffres), alors que leur rôle économique et social est primordial. Riche et complexe, l'économie informelle est souvent porteuse d'innovations aux formes diverses et variées qui constituent des moteurs cachés de la croissance et du développement **(**Wunsch-Vincent S. et Kraemer-Mbula E.)[517]. Les entreprises du secteur informel fonctionnent sur le mode de la communauté et de la réciprocité**.** Elles doivent aujourd'hui être considérées en priorité et mise au centre d'un système formel réciproque.

En dehors du seul secteur informel, les pays en développement ont su maintenir des structures communautaires fortes qui expliquent leur résilience face à

[517] Wunsch-Vincent S. et Kraemer-Mbula E., *The Informal Economy in Developing Nations: Hidden Engine of Innovation?*, Cambridge University Press, 2017.

des programmes d'ajustement structurel inadaptés. Les problèmes sont souvent gérés à la façon des communs décrits par Elinor Ostrom[518]. Placer l'économie communautaire au centre du système économique consiste à faire de cette spécificité des sociétés en développement, le cœur de nouveaux modèles de développement bien mieux adaptés.

En finir avec l'action destructrice du capitalisme passe par la reconquête d'une autonomie basée sur un nouveau secteur privé qui va générer un capital national, la réarticulation des activités et des territoires et le recentrage des économies. Il s'agit de reconquérir les espaces économiques en dehors des pôles capitalistes (investissements étrangers, activités d'extractions, cultures d'exportation), puis de considérer la possibilité de s'en passer. De plus en plus d'initiatives de communautés locales visent à traiter directement avec les grandes entreprises pour consolider le tissu productif local et servir au mieux le développement du territoire (Doumbia S.)[519].

2 - Se servir du marché pour moderniser les économies des pays en développement

Se détacher du capitalisme ne signifie pas renoncer à l'économie de marché, bien au contraire. Le marché de libre entreprise a fait ses preuves pour approvisionner ménages et firmes en biens de qualité et à des prix abordables grâce à l'action de la concurrence et aux performances propres des entreprises. On n'a pas trouvé jusqu'à présent de substitut au marché qui pourrait assurer ses fonctions de manière aussi satisfaisante (le communisme a essayé en vain). Mais développer le marché tout en se débarrassant du capitalisme est une innovation systémique. Il faut donc songer à construire le marché sans ouvrir les vannes du capitalisme et en lui substituant les pratiques communautaires basées sur la réciprocité. Ce sont les valeurs de base du fonctionnement du secteur informel, omniprésent dans ces pays.

Le marché et l'échange permettent de concilier appropriation privée et communauté d'usage. Les biens, en circulant, instaurent des relations de partage et de coopération. L'intégration économique passe par la levée des obstacles divers et très nombreux à la circulation des humains et des marchandises pour établir des relations de proximité entre les acteurs. Ces relations de proximité créent la confiance nécessaire pour construire le marché, et mettre en place les conditions de la réalisation de gains de productivité et de la création de valeur ajoutée, point de départ de l'innovation et du développement économique. Dans ce contexte motivant, l'activité est pérenne.

Le vecteur décisif de la modernisation par les marchés est le soutien de l'Etat. Un entrepreneuriat domestique compétitif ne pourra émerger seul sans une impulsion de l'État, à travers la mise en place d'un cadre institutionnel favorable au

---

[518] Ostrom E., *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Editions DeBoeck, 2017.

[519] Doumbia S., *Le Partenariat Décentralisé entre Firmes Multinationales et Collectivités Territoriales : trois cas en Afrique de l'Ouest*, thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay, 2019.

développement d'une culture entrepreneuriale et à la fourniture des services au secteur privé. Ces fonctions ne devraient pas découler d'un copier-coller des règles et mesures occidentales mais devront être adaptées aux enjeux locaux, à l'organisation sociale particulière des pays en développement.

Un des outils primordiaux pour réaliser cette intégration est le droit de propriété. Aujourd'hui exclusif, il est l'origine de la disparition des communs, en raison de la coupure qu'il implique. De plus en plus de revendications et d'initiatives émergent pour revenir à (ou développer) des droits de propriétés inclusifs dans le cadre desquels le propriétaire déclare que l'usage de son bien est ouvert et où il décide des modalités de cette ouverture, notamment qui est concerné. Dans les communautés traditionnelles, certaines pratiques s'opposent à la modernité et au bien-être des membres ; le droit doit remédier à cela et assurer une évolution dans le bon sens. L'évolution du cadre institutionnel doit contribuer à combler les lacunes dans l'articulation des différents espaces économiques, sociaux, etc., même si certaines institutions coutumières subsistent.

Les structures communautaires doivent perdurer en se modernisant afin de devenir compatibles avec une économie de marché dynamisante. Le déblocage du développement économique passe par la construction d'une économie communautaire entreprenante et marchande qui va reposer sur la compatibilité des deux systèmes économiques, réciprocité et marché. Pour obtenir ce résultat, un complexe d'évolutions simultanées est nécessaire, mais le nerf de la guerre étant l'argent il faut assurer un accès au capital pour le micro-entrepreneur afin que la croissance de son entreprise ne soit plus tributaire de l'existence d'un autofinancement. Actuellement, les financements sont trop faibles pour permettre le développement de l'entreprise et, entre le micro-crédit et l'accès au système bancaire, il manque des instruments de méso-finance accessibles aux micro-entreprises. Le développement des monnaies locales pourrait être un des moyens à mobiliser.

Conclusion

Le modèle unique de développement issu du consensus de Washington a privilégié le capitalisme et *l'homo œconomicus*. Devant l'échec de ce modèle, autant sur le plan économique que social, nous pensons qu'il est temps que la paire de ciseaux change de mains, et qu'un nouveau tailleur fabrique un costume pour « *l'homo sociabilis* », qui est le statut le plus naturel à l'homme, celui par lequel il se réalise vraiment.

Le modèle nécessaire pour cela est une économie de réciprocité dans laquelle les communautés sont réenchantées. Tönnies a considéré que le passage de la communauté à la société s'était traduit par une perte de la morale ; « la grande ville et la société en général représentent la corruption et la mort du peuple », alors que « la vie communautaire, c'est-à-dire « toute vie commune et véritable est possession et jouissance réciproques en même temps que possession et jouissance de biens

communs »[520]. Les arguments présentés dans cet article invitent à réaliser ce retour vers la « vie communautaire ».

La modernité économique est décevante ; elle ne permet pas d'éviter les crises et ne protège pas les populations de leurs conséquences désastreuses. La réciprocité nous apparaît comme une réponse plus prometteuse en termes de bien-être et de développement. La réciprocité générale est théorique, en pratique elle n'est possible que dans des petits groupes, des communautés. La taille restreinte des communautés favorise une perspective assez idyllique qui efface toute dimension hiérarchique au profit de relations interpersonnelles directes. C'est une forme distanciée du marché et de l'État. La réciprocité va au-delà du simple don-contre-don. Elle constitue un art de vivre en société que les modèles économiques ont occulté. Elle a subsisté dans de nombreux pays en développement à travers de nombreuses communautés traditionnelles, qui contribuent à expliquer la résilience de ces pays face aux mesures économiques destructurantes qui leur ont été imposées. Elle réapparaît dans les pays développés à travers les actions de la société civile et les nombreuses expériences d'économie sociale et solidaire.

Mettre sur le devant de la scène un mode de fonctionnement qui a toujours existé et qui a montré son efficacité relève du bon sens. Mais, comme disait SC Kolm, « c'est une idée si banale » !

[520] Tönnies F., *Gemeinschaft und Gesellschaft*, *Communauté et Société*, 1887, réédité en 1912.

Frédéric CAILLE, Maître de conférences HDR en Science Politique, Université Savoie Mont Blanc, Faculté de Droit, Laboratoire Triangle UMR 5206-ENS Lyon

Aide-toi et le solaire t'aidera. Les leçons des objets solaires d'Abdoulaye Touré (1954-2020)

Abdoulaye Touré est décédé le 24 novembre 2020 à l'âge de 66 ans avant d'avoir pu achever le texte de sa communication « Promotion de l'entrepreneuriat social à travers la production locale d'équipements solaires dans les zones rurales », présentée aux rencontres de Dakar du 10 avril 2019. Le texte qui suit reprend les principaux éléments de cette communication et du parcours d'Abdoulaye Touré. Il rend hommage à son travail et il remplace notre propre communication (« *The Blessing of the Commons* : les énergies renouvelables ou le premier des communs »), tout en en conservant la perspective.

Abdoulaye Touré entrant dans le centre de formation de Méckhé, avril 2019

« Il est donc nécessaire d'interroger des individus dont les trajectoires se situent à la confluence de généalogies culturelles mais qui en font quelque chose qui ait un sens personnel pour eux ».

Anna Lowenhaupt Tsing, *Frictions. Délires et faux-semblants de la globalité*, La Découverte, 2020, p. 242., traduction de *Friction : An Ethnography of Global Connection*, Princeton University Press, 2005.

La vie d'Abdoulaye Touré se distingue par un double ancrage, à la fois dans l'histoire des énergies renouvelables de la fin du 20ème et du début 21ème siècle, et dans celle des structures communautaires, culturelles et politiques du Sénégal contemporain. Abdoulaye Touré est un individu intéressant à ce titre non seulement par sa richesse humaine, sa personnalité et son activité peu commune, pour un homme de sa génération, dans le domaine des énergies renouvelables, d'autant plus en étant originaire des Suds, mais également par ce que son parcours, ses analyses et ses engagements peuvent nous apprendre des enjeux et des défis qui concernent les énergies renouvelables, non seulement dans son pays d'origine, mais bien plus largement dans d'autres pays d'Afrique sub-saharienne, des Suds, ou même, sans doute, dans le monde entier. On parle rarement dans le domaine des énergies des précurseurs originaires des pays des Suds, dont quelques-uns pourtant ont eu une audience et une envergure internationales[521]. Même dans le cas de réalisations plus modestes et locales, sauf rencontre inopinée entre un reporter de guerre et un jeune adolescent entreprenant, ainsi qu'il en a été pour le jeune William Kamkwamba et son éolienne de village au Malawi, il est très rare de voir évoquer dans les pays les plus avancés des initiatives expériences d'auto-équipement énergétique venues des pays émergents[522].

Pour comprendre les origines de cette ignorance et de cette indifférence, comme l'anthropologue américaine Anna Lowenhaupt Tsing l'a bien souligné dans le domaine des politiques environnementales, il est sans doute nécessaire de remonter à la source d'un certain regard construit sur les habitants des Suds[523]. Il faut de la sorte commencer, explique-t-elle, par se distancier de certaines « *dichotomies catégorielles* » qui sont issues de l'extension des modes de pensée universalistes à l'échelle de la planète, et qui conduisent, par exemple, à inférer qu'un Sénégalais, en

[521] Voir notamment les scientifiques nigériens et indiens Abdou Moumouni Dioffo et Amulya K. N. Reddy : Frédéric Caille (ed.), *Abdou Moumouni Dioffo (1929-1993). Le précurseur nigérien de l'énergie solaire*, Chambéry - Dakar – Québec, éditions science et bien commun, 2018 ; Ravi Rayan (ed.), *Amulya Reddy. Citizen Scientist*, Hyderabad, Orient Blackswan Limited, 2009.

[522] William Kamkwamba et Bryan Mealer, *Une éolienne en Afrique*, Paris, Globe, l'école des loisirs, 2013 (réédition de *Le garçon qui dompta le vent*, Presses de la cité 2010). La page de couverture porte : « A 14 ans, William Kamkwamba a apporté une solution simple à l'un des problèmes les plus complexes de l'Afrique ». La réédition porte « prix spécial Afrique » et coûtait 3900 CFA soit 5,95 euros à Dakar en 2016.

[523] Anna Tsing Lowenhaupt, *Friction. Délires et faux-semblants de la globalité*, Paris, La découverte, 2020, Princeton University Press 2005 pour l'édition en anglais qui porte en sous-titre (plus explicite peut-être) *An Ethnography of Global Connection*.

matière d'énergies, est nécessairement « *en attente* », une attente de savoirs et de savoir-faire issus de l'extérieur, une attente d'une « *aide* », humaine, financière ou de quelque nature que ce soit. Dans ce type de « *regard construit* », par nature, l'habitant(e) des pays des Suds ne peut rien à avoir à nous apprendre sur l'énergie ou les énergies modernes, un présupposé qui touche d'ailleurs autant les Sénégalais eux-mêmes que les étrangers, et qui n'est pas sans incidence sur la saisie des questions sur le sujet dans le pays[524].

En l'occurrence, les dichotomies qui vont nous intéresser portent donc sur la qualification des personnes et sur leurs compétences, sur leur insertion dans des réseaux internationaux, sur leur capacité à obtenir des ressources extraterritoriales, y compris parfois en divergence avec les autorités de leur propre Etat, sur leur insertion dans des communautés locales et sur leur légitimité à y intervenir, sur leur relation personnelle aux catégories de la rationalité scientifique, de la foi, et sur leur lecture géopolitique du monde et des énergies, parmi d'autres choses. Dans le cas d'Abdoulaye Touré, nous voudrions donc évoquer en quoi et pourquoi ce jeune instituteur, devenu responsable de programme auprès du ministère de l'enseignement supérieur du Sénégal, puis « retraité-activiste » de l'auto-équipement énergétique des populations des Suds, et en premier lieu de l'Afrique de l'Ouest, est une personne qui correspond mal aux diverses dichotomies qui viennent d'être expliquées. Il ne s'agit donc pas de tenter une « biographie » en tant que telle, c'est-à-dire une mise en récit rétrospective et orientée[525], mais simplement de tenter de suivre les éléments d'un parcours de vie, et ceci pour nous demander, comme Abdoulaye Touré le faisait largement lui-même, dans quelle mesure ses propres expériences pratiques dans le domaine du solaire lui ont permis, au fil des années, d'évoluer vers une analyse beaucoup plus large et prospective du développement des énergies renouvelables, à la fois au Sénégal et dans les pays des Suds en général.

Comme nous allons le rappeler en effet, bien que citoyen Sénégalais et modeste instituteur de village au début de sa vie, Abdoulaye Touré n'est pas une personne qui a développé un point de vue sur les énergies uniquement depuis la perspective du « manque », de la « pénurie », de la « pauvreté », en ressources et en moyens, à laquelle, depuis les pays du Nord, on associe le plus souvent les questions énergétiques dans les pays des Suds. Au fil des discussions que nous avons tenues, de plusieurs rencontres et entretiens, il nous a été possible d'acquérir la conviction qu'Abdoulaye Touré, bien entendu, n'a jamais nié la réalité de ces problèmes, et notamment l'ensemble des trois défis conjoints qui ont été rassemblés dans la notion de « *Trilemne énergétique* » des pays des Suds : résoudre la pauvreté énergétique en tant que difficulté d'accès à l'énergie pour des raisons de coût, éviter le réchauffement climatique en tant que conséquence de la fourniture de l'énergie via certaines

---

[524] Le constat vaut aussi bien en matière technique que juridique ou d'action publique. Pour des illustrations diverses voir notamment les actes des premières rencontres internationales Roger Decottignies : Frédéric Cail le et Mamadou Badji (dir.), *Du soleil pour tous. L'énergie solaire au Sénégal : un droit, des droits, une histoire*, Chambéry - Dakar – Québec, éditions science et bien commun, 2018.

[525] On connaît les mises en garde célèbres sur ce point de Pierre Bourdieu : « L'illusion biographique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 62-63, juin 1986, pp. 69-72.

modalités, assurer la « sécurité énergétique » en tant que garantie d'accès de l'ensemble du pays à des sources primaires d'énergie[526]. Mais l'originalité de sa vision est d'avoir compris ce trilemne non pas comme une « fatalité », et une simple « dépendance » (dépendance aux capitaux et aux technologies du Nord), mais avant tout comme un « problème à résoudre », avec les ressources du savoir et des techniques modernes, mais aussi avec les atouts propres de l'Afrique subsaharienne et les engagements et compétences des personnes locales.

Abdoulaye Touré en effet, comme on va le voir, était l'exemple d'une personne qui pouvait à la fois utiliser et mobiliser la communication des pays du Nord, être présent dans les relations avec de grands réseaux de mise en image tel que *National Geographic*[527], des réunions internationales telles que la Cop 22 de Marrakech, ou des écoles d'ingénieurs européennes et nord-américaines, et se soucier par ailleurs zt d'abord, en premier lieu, d'enseigner le montage photovoltaïque et la construction de réverbères solaires autonomes à des artisans menuisiers et des électriciens de son village. Plus on le rencontrait et plus on s'intéressait à ses activités, et plus on était frappé par la convergence de ses analyses avec ce que défend une partie de la littérature académique internationale, par exemple sur la notion de « *low-tech* », ou sur la convergence actuelles renforcée de certains enjeux climatiques et énergétiques[528].

Son travail, en un mot, échappe comme le dit Anna Lowenhaupt Tsing « *à tous les stéréotypes sur la différence entre le Nord global et le Sud global* »[529], et particulièrement à l'idée qu'en matière d'énergies renouvelables il n'y a rien à apprendre d'un expérimentateur sénégalais, qu'il n'y a de « gain » et de « transfert » de connaissance possible que du Nord vers le Sud, et que les personnes du Sénégal ne sont que des récipiendaires de réflexions et de techniques venues d'ailleurs. Le parcours d'Abdoulaye Touré permet de vérifier que cette relation peut être, dans son cas, considérablement discutée et renversée. Mais il permet en outre de faire le lien avec d'autres expérimentateurs-analystes-militants des énergies renouvelables, lesquels ont pu, dans des contextes et dans des pays plus ou moins différents, et souvent bien des décennies plus tôt, faire des propositions très convergentes aux analyses auxquelles s'arrêtait Abdoulaye Touré dans les derniers mois de son existence.

---

[526] Julia Tomei et Danielle Gent, *Equity and the energy trilemma: delivering sustainable energy access in low income communities*, Londres, IIED, 2015, en ligne.

[527] Cette indication nous a été donnée par Abdoulaye Touré mais n'avons pas localisé le reportage. Pour les autres références audiovisuelles voir ci-dessous note 21 et ss.

[528] On a proposé récemment de définir les « low tech » comme « une heuristique » et « un ensemble d'outils, d'équipements, de démarches intellectuelles, orientées vers l'économie réelle de ressources » (Abrassart, Jarrige & Bourg, « Introduction : Low-Tech et enjeux écologiques – quels potentiels pour affronter les crises ? », *La Pensée écologique*, 5/1, 2020). La notion historique de « technologie appropriée » (*appropriate technology*) est convergente (voir l'UNESCO Thesaurus : http://vocabularies.unesco.org). A. K. N. Reddy, précurseur indien méconnu en France de la réflexion sur les énergies renouvelables dans les pays des suds, l'a souvent utilisée (F. Caille (ed.), *La bénédiction des communs. Penser les énergies depuis les Suds. Une anthologie de textes d'Amulya K. N. Reddy (1930-2006)*, Québec, éditions science et bien commun, 2022, à paraître).

[529] A. L. Tsing, *op. cit.*, p. 209.

Croire que ce qui « vient d'Afrique » est nécessairement de statut et de destination locale, et que ce qui « vient d'Europe » est au contraire de validité globale et universelle, est sans doute l'un des mythes les plus importants qu'a déconstruit l'anthropologie culturelle récente. Car la résonnance que peuvent prendre pour nous-même les objets solaires d'Abdoulaye Touré nous le montre : tout est à la fois local et global.

Le chemin vers le four solaire : eau, bois et énergie

Comme il l'a raconté à de nombreuses reprises, ce n'est pas en premier lieu en tant que source d'énergie mais pour ses propriétés purificatrices qu'Abdoulaye Touré, alors jeune directeur d'école de 34 ans en poste dans la région isolée du Fouta, près de Matam, s'est tourné vers le soleil. Du principe de la « *hot box* » ou « *boite à chaleur* », principe précisément décrit sinon « inventé » par Horace Benedict de Saussure en 1767, dix ans tout juste avant que ce scientifique genevois ne réalise la seconde ascension du Mont-Blanc, le jeune Sénégalais Touré extrait un moyen simple et peu onéreux de purification de l'eau en plein cœur des épidémies de diarrhée qui ravagent, deux cent ans plus tard, le sud du Sénégal, et qui frappent, en premier lieu, ses écoliers. Dans la brousse marquée par la sécheresse de la fin des années 1980, pas de bois, encore moins de gaz pour stériliser l'eau. Les mots de l'ancien directeur d'école sont repris 45 ans plus tard au moment de son départ pour la Cop 22 de Marrakech : « *Vous savez que le noir attire la chaleur. Les rayons du soleil sont captés à travers un vitrage, la surface noire transforme ces rayons en chaleur. Celle-ci est séquestrée sous l'effet de serre. C'est avec cette chaleur de 70° que nous sommes parvenus à avoir une eau potable* »[530].

Le « travail solaire » que commence en tant qu'instituteur Abdoulaye Touré est alors doublement commandé par l'urgence absolue et par une improvisation/expérimentation empirique totale. Une simple bassine couverte d'une vitre constitue le premier dispositif qu'il met en place avant que, devant la qualité des résultats, il ne se passionne, ne se documente, et ne découvre progressivement le potentiel considérable de chauffage et de cuisson du généreux soleil sénégalais. Nous sommes en 1990, un peu plus de 15 ans après le « *Congrès International Solaire* » du 2 au 6 juillet 1973 au palais de l'UNESCO de Paris, un congrès qui demeure la plus grande manifestation internationale jamais organisée sur les potentialités de captation et d'utilisation de la première source énergétique de la planète[531]. Les instituteurs du Fouta, stimulés par Abdoulaye Touré, rejoignent ainsi sans vraiment le savoir la fin du premier grand élan mondial vers les énergies renouvelables. Avec un léger retard, ils s'inscrivent dans la dynamique ouverte par le congrès de 1973 et que l'association américaine « *les Amis de la Terre* » avait appelé cinq ans plus tard, dans l'espoir d'une sorte de « performativité langagière », une « *décade solaire* », soit

[530] « Abdoulaye Touré, un ingénieur dans le champ de captage de l'énergie solaire », *Le Soleil*, 11/11/2016. Voir aussi : « Sénégal : Décès d'Abdoulaye Ndiaye Touré - Un 'rayon solaire' s'est éteint ! », *Le Soleil*, 20/11/2020.

[531] *Le Courrier de l'UNESCO*, janvier 1974, XXIIe année, n° spécial « Sources mondiales d'énergie. Les promesses du soleil », téléchargeable en ligne.

dix ans qui devaient changer le monde de l'énergie sur les bases que résumait le petit manuel sobrement intitulé *Sun !*[532].

Abdoulaye Touré ne s'est pas engagé dans la construction solaire, ni même ne s'est jamais ou presque présenté et situé en regard de ce mouvement solaire international. Son « *agentivité* »[533] s'est tout entière construite dans une urgence locale et une prise de conscience personnelle des potentiels du rayonnement solaire direct. Certes, l'ancien instituteur a à divers titres rejoint à la fois un mouvement transnational - celui du « *solar cooking* » et du militantisme technologique et développementaliste en faveur des cuisinières solaires -, et une préoccupation globale – la lutte contre la déforestation et/ou le réchauffement climatique - que marquera notamment la récompense de son travail et de son inventivité à la Cop 22 de Marrakech en 2016. Mais il est important de souligner qu'il a pour ainsi dire « reparcouru » de lui-même le chemin d'analyse et d'engagement dans l'action qui le conduira à devenir un défenseur et spécialiste de l'auto-équipement énergétique solaire individuel et rural en Afrique de l'Ouest.

Au début des années 2000, comme le note l'universitaire américaine Barbara Knudson dans une enquête internationale exhaustive sur les programmes, réalisations et projets en terme de cuisson solaire dans l'ensemble des pays du monde, Abdoulaye Touré se distingue en effet clairement, en Afrique, mais aussi en regard de beaucoup d'autres régions de la planète, par son autonomie d'action, le soutien des autorités nationales, et l'importance de ses résultats[534]. Encore directeur d'une école primaire, mais ayant retenu l'attention du président de la République et déjà responsable d'une commission solaire près du ministre de l'Instruction Publique – il deviendra entre 2007 et 2015 chef du Bureau Energie Solaire de la Direction Générale de la Recherche du Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche -, il est parfois surnommé dans son pays « *Mr Sun* » écrit-elle. Surtout, « *dans son présent poste, il a créé une quantité substantielle de publicité et d'activités, y compris émissions de télévision, visites dans les pays voisins pour étendre la technologie solaire au-delà des frontières sénégalaises, et de nombreuses démonstrations et formations dans tout le pays. (…) Il est clairement une personne dévouée et un rêveur, maintenant dans une position de plus d'influence, le rendant optimiste pour l'avenir de sa cause. Selon ses propres mots 'Quand on rêve seul, ce n'est qu'un rêve. Quand on rêve à plusieurs, c'est le début de la réalité'* »[535].

---

[532] Lyons Stephen (ed.), *Sun ! A Handbook for the Solar Decade*, St Francisco, Friends of the Earth, 1978.

[533] Le terme, qui traduit l'anglais « agency », désigne l'habilité d'une personne à agir pour un but considéré comme valable, de manière indépendante et libre, tout en s'inscrivant dans une dynamique sociale et relationnelle. La notion est très présente dans les travaux du prix Nobel d'économie Amartya Sen. Voir par exemple : Morin Émilie , Therriault Geneviève et Bader Barbara , « Le développement du pouvoir agir, l'agentivité et le sentiment d'efficacité personnelle des jeunes face aux problématiques sociales et environnementales : apports conceptuels pour un agir ensemble », *Éducation et socialisation* [En ligne], 51 | 2019, mis en ligne le 30 mars 2019.

[534] Knudson, Barbara, *State of the Art of Solar Cooking*. Unpublished, 2004, 244 pages. Il s'agit d'un inventaire exhaustif pour tous les pays du monde. La partie consacrée au Sénégal ne parle à peu près que qu'Abdoulaye Touré (pp. 74-76). Sur l'auteure, décédée en 2015, ses références et son parcours : https://solarcooking.fandom.com/wiki/Barbara_Knudson

[535] *Ibid.*, p. 75.

Membre du comité directeur d'un réseau de promotion de la cuisson solaire créé en 1988 qui a formé des dizaines de milliers de personnes à travers le monde, et qui rassemble aujourd'hui plus de 300 ONG et 158 fabricants dans 142 pays[536], l'universitaire américaine relève l'insertion progressive des projets de l'instituteur sénégalais dans des réseaux de coopération technologique ou en matière de reforestation, américains et chinois, ainsi que dans celui mondial des écovillages (Global Ecovillage Network[537]). On trouve même mentionné dans son texte le projet « *Palette* » d'éducation et d'insertion économique des femmes, lequel élargira nettement la portée du travail d'Abdoulaye Touré et se finalisera une dizaine d'années plus tard dans les Groupements d'Intérêt Economiques (GIE) locaux de « *Promotion de l'entreprenariat social à travers la production locale d'équipements solaires dans les zones rurales* »[538]. Barbara Knudson, au final, ne regrette que le fait que le travail de « *Monsieur Soleil du Sénégal* », bien que connu dans le monde de la cuisson solaire, reste peu accessible aux anglophones unilingues.

La réflexion sur les usages, la conception et la production locale de fours solaire d'Abdoulaye Touré ne relève pas on le voit d'une simple curiosité personnelle, d'une « marotte » d'un instituteur africain plus ou moins isolé et soucieux de se distinguer. La purification de l'eau en situation d'épidémie, la lutte contre la déforestation particulièrement importante au Sénégal - 3,9 million de km2 de forêt détruits entre 1860 et 1978, sur plus d'un siècle, 2 millions en douze ans entre 1978 et 1990[539] -, l'autonomisation énergétique et productive des familles et des femmes des milieux ruraux, sont les potentialités des fours solaires qu'il découvre peu à peu par la pratique, et qui transforment son expérimentation conjoncturelle des premières années en un véritable projet d'existence. « *La cuisson solaire n'est pas seulement une 'cause', c'est une technologie qui peut potentiellement sauver des vies et le monde* », relèvera quelques années après son rapport dans une conférence internationale à Grenade Barbara Knudson, un constat que ne cessera d'approfondir en une vingtaine d'année Abdoulaye Touré à partir de sa connaissance des enjeux et des impératifs de la société sénégalaise[540]. En cela, et à rebours de bien des schémas préconçus sur les coopérations technoscientifiques Nord-Sud, son parcours n'est pas

---

536 SCI - Solar Cookers International – a un statut consultatif auprès du Conseil Economique et Social des Nations Unies et revendique un rôle important de plaidoyer : https://www.solarcookers.org. Les organisations internationales ont pour l'heure principalement financé des programmes de cuisson solaire d'urgence et à bas coût pour certains grands camps de réfugiés en zone aride, au Tchad récemment et au Kenya dans le passé. Voir par exemple la vidéo récente sur le site de SCI : https://solarcooking.fandom.com/wiki/Introduction_to_solar_cooking

537 https://ecovillage.org/about/vision-mission-goals/

538 Il s'agissait comme indiqué au début de ce texte du thème et du titre de la communication qu'il réalisera lors des rencontres Decottignies de Dakar.

539 Abibatou Banda Fall, « L'impact des cuisinières solaires PCSA dans la conservation des équilibres écologiques et sociaux : cas de la commune de Ngaye Méckhé au Sénégal », dans A. M. Kanté (dir.), *Environnement, changement climatique et sécurité alimentaire en Afrique. Compréhension des enjeux et pistes pour l'avenir*, Dakar, CODESRIA, 2015, p. 9. Il s'agit du seul article scientifique (en outre précis et de qualité) consacré à notre connaissance au travail d'Abdoulaye Touré. Le nom PCSA - Projet Cuisinière Solaire d'Afrique – a été inventé par le concepteur pour différencier ses fours, utilisant des matériaux locaux et de récupération, d'autres modèles de cuisinières solaires.

540 Barbara Knudson, « A Global View: Solar Cooking in the 21st Century », Solar Cookers and Food Processing International Conference, Granada, 12-16 Juillet 2016.

celui d'une dépendance morale ou technique envers les grands réseaux internationaux, mais bien celui d'un chemin ascendant, lequel, comme il le relevait souvent, lui apportera en retour des savoirs, des matériels (notamment l'accès à des panneaux photovoltaïques chinois de qualité lorsqu'il s'engagera dans l'autoproduction), et des amitiés durables.

Cuisinières solaires, kits solaires individuels (en construction puis avec batterie et onduleur), réverbères démontés dans le centre de formation de Méckhé, avril 2019

Le soleil dans la société ou l'élargissement des objectifs

Le reportage de l'émission *Reflets Sud* de la chaine de télévision belge RTBF diffusé en septembre 2015 est l'un des enregistrements documentaires les plus complets réalisé sur le travail d'Abdoulaye Touré[541]. L'ancien instituteur, comme dans nombre de compte-rendu de son activité, une fois passé le tournant du 21ème siècle, y est désormais présenté comme un « *ingénieur* » spécialisé dans l'énergie solaire, sans contradiction apparente avec le début de son activité qui est précisément relatée. Abdoulaye Touré n'a pas repris des études depuis 2002 et le rapport de Barbara Knudson sur les fours solaires. Il n'a pas essayé dans cette quinzaine d'années de valider un « Master en énergies renouvelables » dans une quelconque université des pays du nord, master qui n'existe au demeurant alors que très rarement dans les offres de formation[542]. En fait, on le comprend, ses changements de « titre » et de « statut », bien que non totalement « apocryphes » (car il a suivi effectivement dans sa jeunesse une formation d'ingénieur électronicien avant de devenir instituteur), manifestent en premier lieu une partie de ce que transporte dans nos sociétés modernes le terme « *d'ingénieur* », c'est-à-dire la reconnaissance sociale d'une compétence à la fois scientifique, technique et d'organisation des formes de vie et de relation des individus au monde. Tout ce qui contribue en somme à ce que « l'ingénieur Touré » puisse nous parler des solutions qu'ouvre l'énergie solaire, là où « l'instituteur Touré » n'était qu'un original amusant[543].

Au Sénégal, 80% de l'énergie de cuisson vient du bois, soit 40.000 hectares de forêts détruits chaque année ou 4 hectares de déforestation par famille en zone de savane a calculé l'ancien instituteur[544]. Pour 60.000 francs CFA (90 euros), comme il l'explique au début du reportage, les menuisiers qu'il a formé dans sa région natale de Mékhé, à 120 km au nord de Dakar en direction de Saint-Louis, fabriquent un four solaire en bois, isolé avec des copeaux, et utilisant d'anciennes plaques offset d'imprimerie en aluminium de récupération pour la réflexion intérieure du soleil. Au prix de la bouteille de butane à 3500 francs CFA (3,5 euros), subventionnée pour 5 % depuis le début des années 1980 par les autorités publiques, afin de sortir le pays de la cuisson traditionnelle déforestratrice au bois/charbon de bois, le prix de ce four solaire construit localement, qui permet comme l'affirme l'une des mères de famille interrogées de réduire des ¾ les achats mensuels de gaz (de une bouteille/six jours à

---

[541] Emission *Reflets Sud*, RTBF, 2015, présentation Wendy Bashi, émission de rentrée 2015, 50 mn dont 27 pour le reportage au Sénégal. Une copie de ce film, comme de l'ensemble des autres documentaires cités ci-dessous, nous a été communiquée par Abdoulaye Touré lors de notre première rencontre en avril 2018. Nous devons celle-ci à l'initiative et à la collaboration de recherche avec Aïda Lorrain, étudiante en 5e année à l'École Supérieure des Beaux Arts de Nantes Métropole, réalisatrice du film *Le rêve solaire sur les traces de la Sofretes*, 2018.

[542] Voir pour la France les formations à la rentrée 2021 sur le site officiel de l'ONISEP : *https://www.onisep.fr/Ressources/Univers-Metier/Metiers/ingenieur-ingenieure-en-energie-solaire*

[543] *Culture technique*, « Les ingénieurs », n°12, mars 1984, notamment H. Vérin, « Le mot : ingénieur », pp. 19-27.

[544] *Reflets Sud*, *op. cit.* ; Abibatou Banda Fall, *op. cit.*, p. 10.

une bouteille/mois), est amorti en moins de six mois[545]. Près de 300 cuisinières solaires, au moment du film, ont été installées dans la région en 8 ans. Dans le village de MBour, sur l'île de Fatiouh, dans la région du Saloum, au sud de Dakar, dans lequel nous emmène ensuite le reportage, les cuiseurs solaires, installés avec l'aide d'une action du Fonds Mondial de l'Environnement (FME), préservent les pieds de la mangrove, vitale pour la reproduction des poissons et coquillages dont vivent les habitants, dont le nombre s'est nettement accru dans les années 1990 avec la migration de populations appauvries venues de l'intérieur. Dans *Le cri du delta du Saloum*, film qui évoque le même projet, et financé par les institutions internationales partenaires l'année précédente, une femme, justifiant les avantages de la cuisinière solaire en regard des fumées de la cuisson traditionnelle affirme : « *Nous pouvons désormais embrasser notre mari tout de suite, sans mauvaise odeur, cela est bon pour le ménage* »[546].

Le propos d'Abdoulaye Touré mêle plus que jamais en ce début du 21ème siècle, « *frictionne* » dirait Anna Lowenhaupt Tsing[547], des enjeux et des niveaux de réalité de l'énergie solaire très différents : la déforestation et le changement environnemental et climatique global, l'économie domestique rurale des femmes sénégalaises, l'autoproduction de matériels en Afrique, l'accès à l'énergie et donc à l'autonomie des populations des Suds, le changement des habitudes et traditions personnelles devant les enjeux énergétiques – tel aussi qu'apprendre à cuisiner les plats traditionnels comme le thiéboudienne avec un four solaire, un élément bien entendu fondamental expliquera le « *Monsieur soleil sénégalais* » à plusieurs reprises, et qui l'amènera même à publier avec les femmes des programmes expérimentaux un livre de recettes spécifiques. Le triptyque « *reboisement* » / « *développement, construction et vente des cuisinières solaires* » / « *renforcement des capacités socio-économiques et de l'autonomie des femmes* » est le premier aboutissement du parcours engagé plus de deux décennies auparavant dans une cour d'école d'une région rurale du pays pour purifier de l'eau et préserver les enfants d'une épidémie.

Devant les documentaristes belges, Abdoulaye Touré matérialise d'ailleurs de manière assez saisissante l'ensemble des liens dans lesquels s'inscrit son travail depuis ses débuts d'instituteur en brandissant le courrier, daté du 14 septembre 1989, de l'un de ses voisins de l'époque, un commerçant mauritanien obligé de s'enfuir du fait de troubles dans la région. Ce dernier lui indique, pour le remercier de son aide lors de son départ, l'endroit d'une bouteille enterrée contenant 175.000 Francs CFA (265 euros) pour servir aux premières expériences des fours solaires : « *Les villageois n'y croit pas mais moi j'y crois et je souhaite que le bon Dieu vous donne les moyens de réussir. Je pense et je souhaite que lorsque le four sera au point vous n'oublierai (sic) pas mon pays, comme vous me l'aviez fait comprendre* »[548].

---

[545] *Ibid.* ; le coût de la politique publique de butanisation, avec l'accroissement de la consommation, comme le note Abibatou Banda Fall (p. 12), n'a cessé de peser plus lourdement sur les finances publiques du pays, pour atteindre 16 milliards de francs CFA en 2016 (24 millions d'euros).
[546] Adam Sie, *Le cri du delta du Saloum*, FEM, SGP/GEF, UNDP, juin 2014, 35 mn.
[547] *Friction…, op. cit.*
[548] *Reflets Sud, op. cit.*

Ce ne sont pas des seulement on le voit des organismes internationaux, des évaluations, des expertises, qui transforment l'instituteur Touré en un « *ingénieur solaire* » remarqué et observé jusque dans les confins brumeux de Bruxelles ou de Washington. Ses premiers évaluateurs scientifiques appartiennent à cette catégorie que l'anthropologue des sciences Donna Haraway a justement dénommé « *modest witness* », les « *témoins modestes* » de la réussite d'une expérience – femmes, individus du peuple, populations des Suds, etc. -, lesquels s'opposent dans la création des sciences modernes au 19ème siècle aux « *témoins autorisés* » - hommes blancs, éduqués, de catégories moyennes et supérieures presque exclusivement[549]. Les « témoins modestes » d'Abdoulaye Touré sont la femme de l'île de Fatiouh, le commerçant mauritanien des environs de Matam, les femmes du village de Ndiop, dès 2007, dans la première restitution vidéo du programme du FEM/réseau des éco-villages du Sénégal[550], ou celles de Mékhé témoignant de leurs formations et des auto-investissements réalisés grâces aux économies générées par la vente et l'utilisation des « kits » et fours solaires[551]. Ce sont encore les étudiants de la Martin Luther King School et les élèves-ingénieurs américains financés par la fondation Sun Oven pour construire et tester un four solaire de boulanger mobile, atteignant aisément les 275 degrés, né du constat par Abdoulaye Touré du pain très dur distribué dans les zones les plus rurales du Sénégal[552]. Ou les quelques 300 menuisiers formés au total à la construction de cuisinières/fours solaires, de lampadaires solaires pour une maison, de village ou mobiles, de kits électriques individuels photovoltaïques de petite capacité et à très bas coût[553].

Les espoirs associés à l'effort de promotion et d'innovation solaire d'Abdoulaye Touré ne sont donc pas seulement pas seulement les siens. A peine émergé des bassines de purification d'eau recouvertes d'une vitre d'une cours d'école du sud du Sénégal, son projet de cuisson solaire enrôle des populations, des attentes et des visées sociopolitiques indissociablement environnementales, climatiques, économiques, locales et globales. « *L'énergie, c'est le moteur du développement* » répètera-t-il dans plusieurs des documentaires consacrés au centre de formation de Méckhé, tout en précisant par ailleurs : « *Les groupes vulnérables sont traditionnellement considérés comme des bénéficiaires de l'assistance apportée dans le cadre du cycle de programmation des projets et programmes. Cette approche*

---

549 Donna J. Haraway, *Modest Witness@Second_Millenium.FemaleMan©_Meets_On coMouse™. Feminism and Technoscience*, New York and London, Routledge, 1997. Voir aussi Laura Watts, *Energy at the End of the World. An Orkney Island Saga*, Cambridge, The MIT Press, 2018, p. 61.

550 Pape Atou Diaw, *Femmes et changements climatiques : le four solaire, une alternative pour une gestion durable des ressources forestières au Sahel*, université Laval Canada /PNUD, 13 mn,.

551 Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *La promotion de l'entreprenariat social à travers la production de kits solaires, avec les groupements féminins 'Femmes émergentes' et 'Shope Kadim' de la commune de Mékhé (département de Tivaouane – Région de Thiès – Sénégal) 2014-2017*, avril 2015, 13 mn. (Une version du film existe en wolof).

552 Cheikh Darou Seck,, *Solar Ovens In Mekhe. Celebrating YouthCan Day in Senegal*, avril 2010, 14 mn ; de même une séquence de fonctionnement et une présentation dans *Reflets Sud*, *op. cit.*

553 *Reflets Sud, op. cit.* ; *Video Sedhiou*, reportage tv Sénégal, sans date, avec une intervention, suite à la formation de 15 menuisiers dans la commune de Mékhé, du ministre de la recherche, qui promet la création d'un centre de recherche dans la commune, 2,20 mn. De même la présentation d'A. Touré lors du colloque de Dakar : *Promotion de l'entreprenariat social à travers la production locale d'équipements solaires dans les zones rurales*.

pourrait être améliorée en les positionnant comme des moteurs du changement social à travers un entreprenariat inclusif qui tire avantage des opportunités offertes par les secteurs porteurs au niveau local. Il en est ainsi du secteur des énergies renouvelables »[554].

Boutique solaire de Méckhé, avril 2019

Vers d'autres objets solaires : fabriquer et construire l'autonomie énergétique

L'instituteur Abdoulaye Touré ne s'est pas douté qu'en portant un intérêt aux capacités thermiques du soleil du Sénégal il serait conduit à rencontrer de nombreux scientifiques du monde entier. Le prix Nobel de physique 1992 Georges Charpak, promoteur en zone francophone de l'*Inquiry-Based Science Education* (IBSE) développée aux USA dès la fin des années 1950 par le programme *Hands On* (qui deviendra « *La main à la pâte* » en France)[555], a été de ces derniers, et c'est de sa rencontre que naîtra le projet PALETTE – *Préservation Adaptation Locale Enseignement de la Tradition au moyen des Technologies Emergentes*[556]. « *Ce n'est pas à l'Université que l'on forme les futurs ingénieurs, c'est à partir de la maternelle. Et il y a un système éducatif adapté à cela* », explique en avril 2018 Abdoulaye Touré en montrant les fondations du futur « éco-centre de formation » qu'il projette, prévoyant une boutique d'exposition, un atelier, deux salles de classes et, si les

[554] *Reflets Sud, op. cit.* ; Présentation d'A. Touré lors du colloque de Dakar, *op. cit.*, pour la seconde citation.

moyens le permettent, quelques chambres pour accueillir des étudiants du Sénégal et du monde entier[557].

Le projet PALETTE a échoué à s'implanter au niveau de l'orientation des politiques d'éducation scientifique et technique nationales ajoute-t-il. Mais il existe toujours et il a rempli certains de ses principaux objectifs : renforcer les capacités, former des menuisiers à la construction des fours solaires, des électriciens à l'installation des lampadaires et des kits photovoltaïques domestiques, des femmes à la gestion d'une boutique chargée de la vente et de la diffusion des matériels solaires, de la formation à la cuisson, ou de la commercialisation de produits finis de pâtisserie traditionnelle, et même accueillir pour les former des techniciens de Guinée, du Bénin, du Burkina Fasso, pour qu'ils puissent eux-mêmes diffuser des lampadaires solaires, des kits photovoltaïques et des fours PCSA[558]. « *C'est la chose qui me tient le plus à cœur, un éco-centre* », conclut-il, en évoquant l'importance du long terme et sa méfiance de ce point de vue à l'égard des tutelles et initiatives purement publiques, trop régulièrement soumises à des changements d'orientations et de financements.

En 2016, le magazine *Financial Afrik* retient Abdoulaye Touré au sein des « *100 qui changent l'Afrique* » au titre de « *précurseur de l'entreprenariat solaire à Ngaye Méckhé* »[559]. Dans sa ville, qui compte aujourd'hui plus de 20.000 habitants et fut l'un des centres importants d'exportation de l'arachide de la période coloniale, 50,2 % des résidents ont moins de 20 ans, le soleil est présent en moyenne 8h par jour (de 9h30 à 5h07 pour le mois d'août, le moins ensoleillé), la température minimale ne descend pas en dessous de 18°, il n'y a aucun cours d'eau mais d'importantes nappes phréatiques, et le couvert végétal jadis luxuriant est désormais très clairsemé, notamment sur les sols ferrugineux tropicaux lessivés à texture sableuse appelés « sols Dior » qui constituent 70% des superficies cultivables[560]. Ici, comme ailleurs au Sénégal, 89,10% des ménages en zone rurale utilisent le bois de chauffe et les femmes parcourent en moyenne 4 km par jour pour la collecte d'un

---

[555] Depuis 2011 cette initiative visant à l'amélioration de la qualité de l'enseignement de la science et de la technologie, lancée en 1995, est devenue une fondation associant l'Académie des sciences et les Écoles Normales Supérieures de Paris et de Lyon : https://www.fondation-lamap.org/node/28330/

[556] On trouve une présentation officielle sur le site marocain « Initiatives Climat », soutenu par la coopération suisse : « PALETTE vise à préserver le patrimoine culturel et traditionnel aux moyens de nouvelles technologies émergentes. PALETTE met à la disposition des enseignants des outils pédagogiques (albums, recueils de texte…) pour expliquer aux plus jeunes les fondements de la science et de la technologie. De plus, les parents reçoivent toute l'information nécessaire pour leur permettre de participer à l'éducation de leurs enfants et à l'utilisation des technologies émergentes. » (http://www.initiativesclimat.org/Porteurs-d-initiatives/PALETTE)

[557] Entretiens vidéo, F. Caille, 24 avril 2018, 2 h ; 14 avril 2019, 3h.

[558] Au Sénégal, dans le cadre d'un programme national, une centaine de cuisinières solaires ont été achetées à Méckhé et diffusées dans cinq localités. Le nombre total d'unités avait été estimé en 2009 à 370 par l'ONG ENDA dans un audit (voir ci-dessous).

[559] « Nos choix se sont basés sur l'impact des idées, des inventions, des réseaux, ou encore de la production médiatique dans le développement de l'Afrique ». A. Touré est à 8,18 mn : https://www.youtube.com/watch?v=BxohVOakRcM&t=3s

[560] Alain Papa Ndiana Sarr, *Contribution des énergies renouvelables à la promotion du développement durable et la lutte contre la pauvreté : cas des cuisinières solaires de Méckhé*, Mémoire de fin d'études diplôme d'Ingénieur en Aménagement du Territoire Environnement et Gestion Urbaine, Ecole Nationale d'Economie Appliquée, Dakar, septembre 2009, 85 pages. L'étude d'impact réalisée dans ce travail rejoint les conclusions de A. B. Fall (*op. cit.*) et est très positive sur les impacts individuels et collectifs des cuisinières solaires.

fagot de 20 kg utilisable en 3 jours. Elles sont les plus affectées par les conséquences sanitaires de la cuisson au bois et seraient les premières bénéficiaires d'une émancipation productive grâce à l'extension de l'électrification rurale par autoproduction photovoltaïque pour l'éclairage, la mouture de farine, la conservation frigorifique de produits alimentaires et laitiers[561].

La notion de « *Promotion de l'entrepreneuriat social à travers la production locale d'équipements solaires dans les zones rurales* » correspond donc étroitement à tous ces enjeux de l'Afrique subsaharienne et des zones les moins électrifiées des pays des Suds[562].

Mais Abdoulaye Touré n'a pas cependant seulement travaillé pour le Sénégal. En défendant l'importance d'une autoformation et d'un auto-développement technologique durable pour les pays du sud sahélien, il a également contribué à une sensibilisation énergétique qui concerne l'ensemble des populations de la planète. Certains spécialistes de la communication ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, et l'expérience des fours solaires de Méckhé est apparue ainsi, vers le début des années 2010, dans l'un des brefs spots de l'émission diffusée sur Tf1 « *C'est ma terre* », soutenue par Renault Eco2[563]. Un compteur électronique défilant à grande vitesse, dans les dernières secondes, nous y apprenait que chacun des cuiseurs solaires sénégalais évite la combustion de 1188 kg de bois chaque année, et donc le rejet consécutif dans l'atmosphère de 654 kg de Co2. « *Un geste + un geste et c'est ma terre qui va mieux* », concluait le générique, sachant cependant qu'un véhicule automobile actuel rejette en moyenne 14,8 kg de CO2 au 100 km, soit plus du double pour 10.000 km par an (1420 kg) de la quantité de CO2 évitée durant la même période par une cuisinière solaire[564].

---

[561] ENDA, *Audit du genre dans les politiques et programmes énergétiques : le cas du Sénégal*, ENDA/Ministère de l'énergie du Sénégal/réseau ENERGIA/Intelligent Energy Europe, août 2007, 92 pages. Des moulins à farine alimentés par panneaux photovoltaïques ont notamment été installés avec succès par l'Agence Sénégalaise d'Electrification Rurale.

[562] Voir par exemple pour l'Inde, parmi d'autres références : Abhishek Jain and Paul Kattumanpp, « Decision-Making and Planning Framework to Improve the Deployment Success of Decentralized Rural Electrification in India », in Silvia Hostettler • Ashok Gadgil Eileen Hazboun (ed.), *Sustainable Access to Energy in the Global South. Essential Technologies and Implementation Approaches*, UNESCO/EPFL/Springer, 2015, 129-145.

[563] Emission introduite par une chanson du chanteur français Christophe Mahé et dont le principe était de présenter en 2 mn « le projet d'une personne, particulier ou entrepreneur (lequel) nous montre en quoi elle a réussi à améliorer son habitation ou à produire de manière plus saine pour générer moins de CO2. A chaque fin d'émission nous pouvons voir combien ces personnes ont pu économiser de CO2 en faisant quelques efforts quotidiens ». (https://www.replay.fr/c-est-ma-terre.html).

[564] Selon le générique de l'émission : « *Laisser moins de traces c'est l'engagement de Renault Eco2* ».

Réverbère solaire mis au point par Abdoulaye Touré, Méckhé, Sénégal, avril 2018

Kit solaire installé chez un habitant, environs de Méckhé, avril 2019

Conclusion

Il faudra du temps pour que nous toutes et tous, anthropologues, analystes et historiens des énergies, jeunes sénégalaises et jeunes sénégalais, aménageurs et ingénieurs des pays des Nords et des Suds, planificateurs et entrepreneurs, citoyennes et citoyens de la gouvernance et non-gouvernance mondiale des conséquences du changement climatique global, nous puissions tirer toutes les leçons des objets solaires qu'aura su proposer au tournant des 20e et 21e siècles l'instituteur Abdoulaye Touré. De la redécouverte pratique à des fins sanitaires de stérilisation de l'eau d'un objet concret, utile et emblématique, le cuiseur-four-cuisinière solaire, il aura su en un peu plus d'une vingtaine d'années déduire et expérimenter des propositions de formation, de développement des capacités individuelles et collectives en matière d'énergies, de production de petits matériels, d'autonomisation et d'émancipation des femmes en milieu rural très diverses et stimulantes.

Homme de culture et de curiosités, formé en tant qu'ingénieur électronicien avant de devenir instituteur, originaire d'une famille de chefs religieux et traditionnels locaux importants, il se situait, de manière active, au croisement de lignes de savoirs, de valeurs et de traditions diversifiées. Les « technologies énergétiques émergentes », ainsi qu'il les a abordées, ne consistaient pas selon lui dans l'adoption passive et sur l'ensemble du globe de simples « paquets technoscientifiques » uniformes et industrialisés. C'est par les besoins des femmes et des hommes de chaque territoire, tels par exemple que cette remorque

solaire capable d'alimenter une petite pompe ou une sonorisation lors d'un mariage dans des hameaux éloignés, ou que son kit solaire pouvant permettre la recharge de deux téléphones, l'éclairage de quelques ampoules et l'alimentation d'une télévision 12 volts, qu'il a envisagé des solutions en relation avec les capacités financières des familles rurales. Et c'est à ce titre sans doute que la forme d'expertise sur les énergies dont il a témoigné dans son travail prend aujourd'hui toute sa valeur et pourrait valoir, en miroir, pour les pays aujourd'hui les plus énergétiquement avancés.

Abdoulaye Touré, collège de Médina Dakhar, avril 2019

Serigne Momar SARR, Maitre de conférences assimilé en sociologie, UFR des Sciences économiques et sociales (SES) Université Assane Seck de Ziguinchor (UASZ), Sénégal

Transactions sociales autour des bénéfices collectifs de communs : une étude de cas dans le delta du Saloum

Dans la théorie de la gouvernance des ressources communes, le curseur a été suffisamment placé sur les règles d'appropriation et un peu moins sur les bénéfices collectifs, notamment sur leurs finalités[565]. Au vrai, l'analyse des bénéfices collectifs constitue un angle mort de cette théorie. Or, il y a un lien majeur et fonctionnel entre les deux niveaux : majeur, parce que la bonne gestion génère des gains considérables ; fonctionnel, parce la rente économique incite à la conservation. C'est la contribution au développement économique local et la réduction de la pauvreté qu'il reste, cependant, à documenter davantage[566]. De ce point de vue, « *opérer un déplacement du questionnement sur le terrain du partage et de la distribution des richesses nous paraît pouvoir donner une tout autre portée et dimension à la problématique de la propriété commune ou partagée* »[567]. C'est l'absence de la dimension politique, au niveau de cette théorie, qui est le fond du problème.

L'objectif de cette contribution est double : elle étudie les possibilités de construire une action publique locale au terme d'intenses transactions sociales, pour déterminer les investissements à faire des bénéfices collectifs, malgré l'exclusivité de l'appropriation des ressources communes forestières par une seule organisation communautaire de jeunes et, elle interroge la capacité de l'approche par la transaction sociale[568] de faire évoluer l'IAD, notamment à travers la grammaire négociation/imposition au cours des échanges sociaux[569] dans les arènes ou situations d'action.

Les travaux socio-anthropologiques sur les ressources naturelles en milieu rural ouest-africain ont souligné la dimension politique en insistant sur les rapports

---

[565] Cf. Ostrom E., (2010 [1990]), *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles,* Bruxelles, De Boeck Supérieur.

[566] Cf. Roe D., Nelson F. & Sandbrooks C., (2009), *Gestion Communautaire des ressources naturelles en Afrique. Impacts, expériences et orientations futures*, Londres, IIED, Série Ressources Naturelles, n° 18, 222 p.

[567] Orsi F., (2013), « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, Vol. 14, 22 p, p. 16-17. En ligne, consulté le 02 mai 2016. URL : http://regulation.revues.org/10471.

[568] Cette approche est riche d'un éclectisme théorique où l'on peut retrouver, parmi les théories sociologiques les plus connues, l'analyse stratégique de Crozier, la théorie de la structuration de Giddens, l'interactionnisme symbolique de Goffman, l'individualisme méthodologique de Boudon, le structuralisme génétique de Bourdieu, la théorie de la régulation sociale de Reynaud… et même le don et le contre-don de Mauss.

[569] Cf. Blau P.-M., (1964), *Exchange and Power in Social Life*, New York, Wiley New York.

de force dans la gestion communautaire des ressources naturelles[570]. D'autres chercheurs — à l'image d'Allain[571]— se préoccupent de bonifier le cadre initial de l'*Institutional Analysis and Development* (IAD)[572] en intégrant des éléments tels que la négociation, qui témoigne de la nécessité d'aller au fond des « situations d'action » et de toutes les formes d'« arènes », ou scènes d'action, que décrit Ostrom (2005). À partir de l'IAD, une fenêtre est ouverte sur le *Social-ecological system (SES),* dans un versant pratique qui a pour ambition d'améliorer l'analyse institutionnelle. Le modèle SES a été réactualisé pour avoir un cadre heuristique plus robuste[573]. De nouvelles variables, en fonction des découvertes de terrain, peaufinent davantage le premier cadre établi.

Ostrom n'a donc de cesse de professer d'aller au-delà et de ne surtout pas sanctifier son approche, à commencer par elle-même qui en fait une « réévaluation » constante[574] sur des aspects particuliers comme les droits de propriété ou « *bundle of rights* »[575]. Dans ce modèle, on peut voir que ceux sont les individus eux-mêmes qui établissement un pont. En effet, pris dans un dilemme, leur interaction se fait suivant le contexte de la situation d'action et au niveau macro du système socio-écologique où se déroule l'essentiel de la régulation qui aboutit à des décisions décisives. Ce point n'est pas encore suffisamment exploré pour en tirer toutes les conséquences qui se donnent à voir[576]. L'enjeu est et demeure la robustesse des systèmes

---

[570] Cf. Lavigne Delville P., (2006), « Conditions pour une gestion décentralisée des ressources naturelles. Entre « community failures », « market failures » et « state failures », construire de nouveaux « communs » », in A. Bertrand, A. Karsenty et P. Montagne (dir.), *L'État et la gestion locale durable des forêts en Afrique francophone et à Madagascar*, Paris, CIRAD / L'Harmattan, p. 143-162. Lavigne Delville P. & Hochet P., (2005), « Construire une gestion négociée et durable des ressources naturelles renouvelables en Afrique de l'ouest », *Rapport de recherche*, Paris, Groupe de recherche et d'échanges technologiques (GRET)/Claims/AFD, 183 p. Weber J., (2000), « Pour une gestion sociale des ressources naturelles », *in* D. Compagnon et F. Constantin (dir.), *Administrer l'environnement en Afrique : gestion communautaire, conservation et développement durable*, Paris/Nairobi, Karthala/IFRA, p. 79-105.

[571] Allain S., (2012), « Négocier l'eau comme un bien commun à travers la planification concertée de bassin », *Natures Sciences Sociétés,* Vol. 20, p. 52-65.

[572] L'IAD est le modèle d'analyse longtemps utilisé par l'École de Bloomington pour l'étude des ressources communes vu la complexité et la diversité des terrains. Les individus interagissent à partir de situations d'action dans un espace qui est une scène (*arena action*) aboutissant à un résultat, voire des effets (*outcomes*). La situation d'action est au centre de l'IAD. Trois éléments essentiels sont convoqués : les conditions biophysiques, les caractéristiques de la communauté et les règles en vigueur. Il se passe beaucoup de choses dans la situation d'action, mais la globalité du cadre IAD ne permet pas toujours de tout cerner. Pour ses inspirations théoriques, voir Ostrom (2010b), notamment à la page 646.

[573] Cf. McGinnis M.-D. & Ostrom E., (2014), "Social-ecological System Framework : Initial Changes and Continuing Challenges", *Ecology and Society*, Vol. 19, 12 p. En ligne, consulté le 09 juillet 2016. URL: http://dx.doi.org/10.5751/ES-06387-190230.

[574] Cf. Ostrom E., (2009), "Design principles of robust property-rights institutions: What have we learned?" in G.-K. Ingram and Y.-H. Hong (eds.), *Property Rights and Land Policies,* Cambridge (MA), Lincoln Institute of Land Policy, p. 25-51.

[575] Schlager E. & Ostrom E., (1992), "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", *Land Economics*, Vol. 68, n° 3, p. 249-262.

[576] « Individuals coping with common-pool resource dilemmas in the field are also affected by a broader set of contextual variables related to the attributes of the social-ecological system (SES) in which they are interacting. A group of scholars in Europe and the United States are currently working on the further development of a framework that links the IAD and its interactions and outcomes at a micro level with a broader set of variables observed in the field » (Ostrom : 2010b :662).

socioécologiques[577]. Suivant cette perspective, il est intéressant de voir l'approche par la transaction sociale qui révèle la négociation dans toute sa complexité et la permanence du conflit avant de trouver un « *compromis pratique* »[578]. De plus, la transaction sociale montre « *toute l'importance des arrangements informels et quelquefois tacites, que le postulat de la rationalité amène trop souvent à sous-estimer en sociologie* »[579].

S'il est facile d'intégrer et d'analyser la dimension politique, il est délicat d'analyser les bénéfices collectifs, qui sont liés au type de droits de propriété sur les ressources naturelles. Du fait de la simultanéité de l'accès et des usages des ressources, la littérature sur les ressources communes n'en a pas fini avec les droits de propriété. Le mode d'appropriation est un déterminant sur les droits d'usage. Outre les règles d'appropriation, d'exploitation et de conservation, il convient d'analyser les mécanismes de partage et/ou de redistribution des bénéfices collectifs. Comment se matérialisent les possibilités d'une action publique locale produite au terme d'intenses transactions sociales, incluant l'ensemble des acteurs sous fond d'enjeu sociopolitique ? Des effets pervers de cette forme de régulation qui passe d'une dimension écologique à une dimension politique apparaissent-ils avec les gains générés au nom de la communauté, par une poignée de jeunes réunis autour d'une organisation communautaire, certes représentative, mais fonctionnant quelquefois dans l'informalité et controversée par le groupe social des femmes en première ligne des modes de gestion des ressources naturelles ? Peut-on retenir l'effet d'une économie morale et politique de la redistribution dans l'accomplissement du projet collectif ? L'action publique locale produite, qui s'inscrit dans la co-production de la société, est-elle un processus conscient au départ ?

Le delta du Saloum qui est localisé au centre-ouest du Sénégal est le terrain d'étude. Il est constitué d'un ensemble d'iles dont Dionewar où la pratique de terrain a été effectuée dans le cadre de cette recherche. C'est un delta qui présente tous les atouts d'une richesse en biodiversité mais qui subit fortement les contrecoups du changement climatique. Ce phénomène y est alors un défi majeur, tant sur l'aspect physique que sur l'aspect socioéconomique. Car, l'activité des communautés Niominkas et Socés, majoritaires dans les îles, est dépendante des ressources halieutiques et forestières. Sachant que les évènements extrêmes se multiplient et que l'aménagement du territoire est déficient, les contraintes biophysiques se font légion. L'État et les communautés locales mettent en œuvre, toutefois, un ensemble de mesures et de stratégies pour garder une certaine dynamique aux activités de production socioéconomique.

---

577 Anderies J.-M., Janssen M.-A. & Ostrom E., (2004), "A Framework to Analyse the Robustness of Social-ecological Systems from an Institutional Perspective", *Ecology and Society*, Vol. 9. En ligne, consulté le 09 juillet 2016. URL: http: //www.ecologyandsociety.org/vol9/iss1/art18.

578 Remy J., (1998), « La transaction sociale : forme de sociabilité et posture méthodologique », *in* M.-F. Freynet, M. Blanc et G. Pineau (dir.), *Les transactions aux frontières du social*, Lyon, Chronique sociale, p. 19-42.

579 Gibout C., Blanc M., & Foucart J., (2009), « Transactions sociales et sciences de l'homme et de la société », *Pensée plurielle*, n° 20, p. 7-11, p. 10.

Je documente d'abord ci-dessous le processus de négociation de la réglementation de l'accès et de l'exploitation du *Detarium senegalensis*[580] par une organisation communautaire de jeunes dénommée Comité de gestion des ressources naturelles (COGRN) à Dionewar du delta du Saloum. Je montre ensuite comment cette expérience rend compte d'une action publique locale, en ce sens que les bénéfices collectifs générés sont réinvestis dans divers besoins communautaires. J'analyse enfin la tournure de l'action collective de différents acteurs sociaux et institutionnels à travers leurs échanges sociaux comme les mesures d'impositions de règle de gestion des ressources en question. Dans les interstices, j'expose l'intérêt du rapprochement entre l'étude des communs et l'approche par la transaction sociale. Cet intérêt offre des possibilités d'évolution de l'IAD en complexifiant le concept de négociation dans les régimes institutionnels.

I - L'idée transactionnelle. Agir situationnel pour le territoire deltaïque et imposition au nom du bien commun

La territorialité peut désigner ce rapport intrinsèque que l'individu-membre de la communauté entretient avec sa culture et son environnement si bien qu'il le fait agir dans le sens de sauver son territoire en proie aux vulnérabilités, tout en mettant en valeur ses potentialités. L'agir situationnel apparaît ainsi dans le sens où, en raison de ces vulnérabilités, les acteurs sociaux mobilisent leurs ressources cognitives en vue de rendre viable l'état délétère qui impacte le quotidien. Réussir une telle entreprise n'est évidemment pas chose aisée. Il y a un moment déterminant pour négocier ce qu'il y a lieu de faire ou de ne pas faire. En 2009, les travaux de construction de la mosquée du lieu où j'enquête étaient arrêtés, faute de fonds nécessaire. La Commission de la mosquée avait demandé, à chaque famille, une participation symbolique, pour réaliser le projet mais, la somme recueillie était insuffisante. C'est alors que l'idée était venue à un « fils du village »[581], de commercialiser le *Detarium senegalensis* au nom de la communauté, afin d'avoir une opportunité de financement pour la réalisation de la mosquée, par tous et pour tous.

À partir de là, des jeunes du village, qui étaient remarqués par leur dynamisme, se sont positionnés pour la gestion des fruits de la forêt, alors que la Fédération locale des groupements d'intérêt économique des femmes (FELOGIE) s'en occupait depuis les années 1990, en plus des vasières et des plages. Ce qui ressemble à une « dépossession » est dépassé par l'argument de la finalité de l'exploitation du fruit qui sera au service de la communauté. Ce discours de légitimation trouve sa pleine expression dans la sociabilité qui perdure, peu ou prou, à travers les lignages matrilinéaires fondateurs du village. De plus, soutenus par le maire d'alors et les autorités religieuses et coutumières, les jeunes hommes et

[580] Appelé *ditakh* en wolof (langue nationale dominante au Sénégal)[580] et *toy* en sérère (grand groupe ethnique auquel les Niominkas du delta du Saloum appartiennent et c'est aussi la langue très répandue à l'intérieur du pays et sur la petite côte).

[581] Dans la tradition ethno-anthropologique, ce type d'individu est un acteur du milieu qui présente les atouts d'un leader communautaire en ce sens qu'il témoigne d'une certaine expertise dans un domaine, par des études et/ou des voyages, qui font de lui une personne-ressource quasi incontournable.

femmes, qui sont un peu dans tout (pêche, associations villageoises, petit commerce, petit gestionnaire…), vont ravir la vedette aux femmes. Ces différents soutiens leur valent une certaine légitimité à gérer exclusivement le *Detarium senegalensis*, de la surveillance jusqu'à maturation à la commercialisation, en passant par la cueillette. Ainsi naquit le COGRN. Le terme « ressource commune » est envers et malgré tout polysémique. Au sens large, cela veut dire « qui n'est pas appropriée de façon privative », « dont l'usage est possible par les acteurs membres d'un groupe social donné ». Au sens strict, ce sont des ressources régulées selon les principes d'Ostrom (un espace délimité, des ayants droits définis, des règles d'accès et d'exploitation, un système d'autorité issu du groupe social) qui suscitent des formes d'appropriation et de gouvernance. L'imposition des jeunes sur les femmes témoigne du caractère *sui generis* d'une ressource commune qui oscille entre « rivalité » et « non-exclusion ».

Le COGRN devient, du même coup, un outil de gouvernance qui aide la Commission « Environnement et Gestion des ressources naturelles » de la collectivité territoriale de Dionewar et appuie les agents des Eaux et Forêts à couvrir tout le terrain du delta. Il intervient, notamment, sur la régulation des ressources naturelles, le contrôle de la divagation des animaux, le signalement en mer et le nettoyage des plages, etc. Cette reconnaissance a entrainé le COGRN, quelquefois, dans une posture de concurrence face aux agents qui se basent sur le Code de la forêt autorisant l'accès libre. Mais, paradoxalement, lorsqu'il impose des amendes pour la cueillette d'un fruit de *Detarium senegalensis* à 500 F CFA[582] ou pour les animaux en divagation à 2 000 F par animal, il compte, justement, sur la sous-préfecture pour faire respecter les sanctions[583]. En conséquence, le système d'autorité est complexe et se consolide à travers la part de chaque acteur mobilisé ; l'aspect traditionnel de la légitimité prenant un pas le pas sur les règles officielles.

La question de la redistribution des bénéfices collectifs n'est pas un long fleuve tranquille. C'est le lieu de négociation et d'imposition d'un groupe social à un autre. La plupart des investissements vont à la mosquée. À ce niveau, le rapport de tout croyant à l'au-delà s'impose à tout choix porté ailleurs. Il en ressort certes un accord, mais il n'est pas l'objet d'une négociation équitable entre parties prenantes. Le bien commun est enchevêtré entre le symbolique et le social d'une part et, d'autre part, entre l'écologique et l'économique. Les enjeux liés aux vulnérabilités multidimensionnelles justifient cela. En clair,

« *La transaction sociale est donc un processus qui comprend de l'échange et de la négociation, du rapport de force et de l'imposition. Et justement, elle renvoie ici à la fois à des conflits d'intérêt, mais aussi à des conflits de valeur, plus ardus à démêler encore, quand entrent en jeu les multiples conceptions intériorisées par les acteurs. Elle suggère des négociations complexes, plus ou moins formelles, où les*

[582] Un franc CFA = 655.99 euros.
[583] Il y avait l'*Alkali*, autorité morale et religieuse à Dionewar dans la période précoloniale, coloniale et postcoloniale. Ses directives faisaient foi pour la réglementation de l'accès et des usages des ressources foncières, halieutiques, aquatiques et forestières. Même si la Loi sur le Domaine national en 1964 a reconfiguré l'organisation territoriale des ressources, ses normes d'antan inspirent, encore aujourd'hui, les modes de régulation moderne des ressources naturelles.

enjeux s'enchevêtrent et, en fonction d'un état de forces et de rationalités en présence ainsi que d'un environnement sociétal, débouche sur un compromis pratique »[584].

Le rapport de force, entre les différents groupes sociaux de genre et de génération, tire sa symétrie des rapports sociaux chez les Niominkas, groupe ethno-culturel auquel appartient cette population, avec une structure sociale qui confère à la femme un volume de travail central et, à l'homme, une figure d'apport multiforme mais porteuse de l'autorité. Les femmes sont les plus en vue dans les tâches quotidiennes, mais elles sont absentes lors des prises de décision dans des espaces sacrés comme la mosquée, où il a été décidé de faire des rentes du *Detarium senegalensis* la source de financement des travaux de construction. Ces réalités socioreligieuses constituent des freins à la confrontation réelle des intérêts particuliers même si elles demeurent décisives pour trouver un consensus. On peut s'apercevoir que la légitimité est sélective, même si la finalité vise à justifier les usages sociaux du bien commun. La gestion retirée à la FELOGIE dénote d'une imposition qui intervient à un moment où un intérêt jugé supérieur attire les faveurs de l'autorité traditionnelle ou locale. Une telle situation apparaît inattendue pour une communauté dite égalitaire mais qui présente des tensions sociales comme il est normal dans la vie sociale. C'est un temps important pour le déroulement et l'issue des transactions sociales dans leur trilogie de base négociation-échange-imposition.

Il semble même que le projet est de casser le monopole des femmes de la FELOGIE, de leadership prouvé mais d'âges avancés et donnant l'impression, auprès des organisations de jeunes, d'emplir l'espace des ressources du village sans partage. Leur jugement est certes trop appuyé, mais cela s'explique par la précarité des autres activités et la seule convoitise que constituent les ressources naturelles. Le GIE *Fatou rakhas bol*[585], par exemple, qui travaille en étroite collaboration le COGRN, en s'occupant de la transformation des fruits en jus, est constitué de dames, de la cinquantaine au plus, qui ont acquis leurs compétences au sein de la FELOGIE. Cette forme de fission crée un malaise lors des échanges sociaux, de la parenté à l'activité de production socioéconomique. Une combine politique s'est révélée dans cette configuration nouvelle de l'exploitation du fameux fruit, en ce sens que, les jeunes, qui ont pris les rênes du Comité, avaient soutenu, en 2009, lors des élections locales pour le poste de maire, un leader communautaire très en phase avec les enjeux environnementaux et, qui, une fois élu, a promu ces jeunes au sein de la nouvelle organisation. Les femmes, elles, avaient apporté leur soutien à un autre candidat. Le champ politique local s'est donc approprié cet espace communautaire, qui fait de la gestion des ressources naturelles une dimension politique. La mise en œuvre d'une action publique locale s'annonce difficile, mais bien possible, notamment par la légitimation de l'exclusion de l'accès aux ressources au nom de la collectivité.

---

[584] Gibout, Blanc et Foucart, *Op. cit.,* (2009 : 7)

[585] À partir de petites actions ponctuelles, comme le nettoiement du village lors de grandes rencontres, l'achat de bonbons et de biscuits pour la mosquée à l'occasion du *Gamu* [Cérémonie de commémoration de la naissance du Prophète Muhamaad PSL] annuel et la restauration pour les hôtes du village, ce GIE est parvenu à se positionner comme un pivot dans l'organisation des activités et des manifestations socioculturelles.

II. Le produit transactionnel. Une économie morale et politique des investissements sociaux de bénéfices collectifs.

Le problème principal qui est évoqué au sein du COGRN est le statut du bénévolat. « *Le bénévolat ne paie pas* ». Le paiement en espèces est nécessaire pour bon nombre de jeunes. La gratification produite par l'acte volontaire d'engagement est bien partagée mais elle ne saurait maintenir la motivation au beau fixe. « *Il faut tirer avantage dans ce que l'on fait* ». Par conséquent, quel que soit le sens élevé de l'engagement par le bénévolat ou le service à la communauté, des avantages matériels sont recherchés dans les bénéfices. Il ne suffit plus alors de recevoir les bénédictions ou remerciements de la communauté, si appréciables soient-ils. Il ne suffit pas non plus d'avoir une visibilité. Il faut nourrir son « homme », ne serait-ce que pour les bénévoles membres simples qui n'ont pas un travail convenable. Les membres clefs ont en effet pour leur part un travail et des réseaux qui leurs permettent de s'autonomiser. Même s'ils proclament haut et fort la ligne directrice du bénévolat, ils parlent pour les autres, qui les aident lors de la récolte en amenant leurs ânes ou leurs charrettes. Ceux-là n'en retirent que quelques fruits sous formes de cadeaux ou de la nourriture pour la monture. À ce niveau, l'introduction de l'économie sociale et solidaire, qui vise le bien commun sans exclure le juste salaire, serait envisageable comme alternative.

La question se pose alors de savoir quelle politique de motivation mettre en place afin d'appuyer les jeunes qui sont en quête de ressources alternatives. Certains leaders plaident pour l'octroi de 25 000 FCFA aux bénévoles après chaque campagne de récolte et commercialisation. Un système officieux d'octroi de crédit entre membres du COGRN a même été instauré au sein du bureau. Déjà, les comptes rendus d'exercice annuel des assemblées générales ne permettent plus d'exercer un contrôle efficient sur la rentrée des fonds. Les organisations communautaires pêchent en terme de renouvellement régulier des instances dirigeantes, de contrôle financier et de transparence des dépenses… Le fait est que le choix des personnes est basé sur la confiance dès le départ ; ce qui, de ce point de vue, n'exige pas directement le contrôle. Progressivement, il y a encastrement de l'organisation dans les rapports interindividuels.

L'action collective qui préside aux bénéfices collectifs reste ambigüe lorsqu'elle trempe dans le jeu des normes pratiques. La nature humaine étant imprévisible et hédonistique, il faut s'attendre à des comportements inappropriés. Par exemple, le projet qui émerge un jour d'un *cyber-café* est personnalisé du fait qu'une des membres clés du Comité a son mari établi au Canada et qu'elle voudrait avoir une connexion internet permanente pour utiliser convenablement le service *Skype*. La mise en place du réseau de raccordement des chaînes de télévisions résulte d'un projet pour suivre les grands championnats européens de football. Il en est de même pour l'achat du carburant pour faire fonctionner le groupe électrogène du village 24H/24 pendant les jours de fêtes (Nouvel an, *Eid fitr*, *Eid kabir*, *Gamu*…), afin d'égayer les rencontres amicales de divertissement, afin que tout le village en profite.

Les usages des ressources communes dépendent des bénéfices de l'activité d'exploitation. Ces bénéfices servent d'investissements en direction de l'espace public. Encore faut-il savoir où les mettre. Car l'entreprise mobilise des acteurs, avec leurs motivations propres, pour le domaine auquel ils appartiennent (parents d'élèves, commission de la mosquée, mutuelle de santé, étudiants, etc.), même si, d'une manière ou d'une autre, cette composition recoupe l'intégralité du lien social. Pour autant, la FELOGIE a été la première organisation communautaire à s'employer à la réalisation de besoins communautaires, après les premières initiatives de protection de la nature à travers la mise en place des « comités de plage ». On peut citer dans ses réalisations, par exemple, un financement à hauteur de 6 000 000 FCFA pour la construction de deux salles de classes au Collège d'enseignement moyen (CEM). Les écoliers qui décrochaient le Brevet de fin d'études moyennes (BFEM) avaient du mal à poursuivre leurs études secondaires, et ces salles de classe ont permis de démarrer la classe de Seconde, qui correspond à la première année du cycle du Lycée. Il y a eu d'autres contributions comme l'achat de ventilateurs et de moquettes pour la mosquée, l'octroi d'aides sociales aux nécessiteux, la mise en place d'une boutique à « prix réduits », etc.

Le COGRN apparaît, aujourd'hui, comme la véritable organisation vouée à satisfaire les besoins du village. Le chiffre d'affaires de la première année d'exploitation s'élevait à 2 200 845 FCFA. La Commission de la mosquée en a bénéficié à hauteur de 1 869 000 FCFA, pour des travaux de construction. Les autres investissements concernent des aides sociales, le financement de la mutuelle de santé, l'achat d'une échographie à 1 500 000 FCFA, le règlement de la prestation de la sage-femme du dispensaire à 150 000 FCFA/mois, le paiement du loyer des étudiants ressortissants du village à Dakar, la subvention de la mairie à hauteur de 150 000 FCFA pour l'organisation d'un festival[586], la mise en place d'un cyber café, le raccordement au réseau des chaines satellitaires de télévisions, le paiement du carburant du groupe électrogène pour faire fonctionner l'électricité 24H/24 en période de fêtes, etc. Au-delà de ces réalisations, le COGRN mûrit un certain nombre de projets pour marquer davantage son rôle dans le dispositif d'action publique locale à Dionewar. Il s'agit, précisément, de la mise en place d'un champ d'anacardier, d'une auberge, d'une boutique, d'un système de crédit. Cependant, l'exercice 2015 n'a produit que 525 000 FCFA, car les arbres ont été attaqués par des insectes. De plus, la salinisation a fait perdre des pieds d'arbres. Ce qui fait que l'exploitation reste soumise aux aléas et aux évènements extrêmes.

Il faut ajouter que d'autres organisations, à l'image de l'Association pour le développement de Dionewar (ADD) qui regroupe les ressortissants du village de Dionewar et doués d'une certaine assise, accompagnent le village dans des œuvres sociales et l'expertise technique. Que cela soit la dotation de médicaments pour le dispensaire, l'achat de livres pour l'école primaire, l'adduction d'eau, la construction de digues, etc., elle fait office de partenaire technique avec les structures de l'État et

[586] Pourtant il était décidé que 10% des recettes du CORGN reviennent à la mairie. Une Convention locale, intervenue plus tard pour formaliser les règles de gestion des ressources naturelles, a échoué face aux normes traditionnelles qui devraient suffire à assoir un consensus au sein de la communauté.

autres partenaires au développement, sous forme de plaidoyer. Toutes ces actions s'agrègent en finalité mais connaissent des trajectoires propres qui reflètent les motivations de leurs promoteurs. Selon Allain et Émerit, « *l'action publique locale* » désigne la possibilité de la mise en place de la politique publique, au niveau local et de manière négociée, entre les différents acteurs ayant une même préoccupation[587]. Dans la même lancée, Lavigne Delville et Hochet ont mobilisé le concept de négociation pour voir les conditions d'une gestion locale efficace des ressources naturelles et du foncier, dans un contexte de décentralisation, de logique développementaliste de l'État en Afrique de l'Ouest, et de recomposition sociopolitique des populations. Ces auteurs promeuvent une démarche d'« *action publique négociée* »[588].

La recherche a un grand pas à accomplir pour affiner les cadres d'analyse, et c'est pourquoi documenter la notion et les contours des « bénéfices collectifs » serait un pas décisif. Les individus interagissent à partir des situations d'action dans un espace qui est une scène (*arena action*) aboutissant à un résultat, voire des effets (*outcomes*). La situation d'action est au centre de l'IAD avec trois éléments essentiels : les conditions biophysiques, les caractéristiques de la communauté et les règles en vigueur[589]. Cependant, le modèle ne permet pas toujours de cerner tout ce qui se passe dans de telles situations. Ostrom n'a de cesse professer d'aller au-delà et de pas sanctifier son approche, à commencer par la « réévaluation » sur des aspects particuliers comme les droits de propriété ou l'arène du choix collectif, même si les principes de conception sont confirmés de nouveau dans leur validité[590]. La théorie des jeux reste une constante dans son analyse ainsi que la recherche des conditions de robustesse du système socio-écologique.

III. Une action collective ambiguë au prisme des relations de pouvoir et des conflits de représentations

Pour rappel, les trois problèmes majeurs que sont la mise en place, l'engagement crédible et la surveillance mutuelle qui servent à constater les cas de solidité, de fragilité et de défaillance de la théorie de la gouvernance ont pour toile de fond l'étude de l'action collective. Au début du travail d'Ostrom, les théories institutionnelles qui avaient cours ne parvenaient pas à expliquer ces problèmes, aussi jugera-t-elle qu'il faut d'autres variables validées par des travaux théoriques et

---

587 Allain S. & Emerit A., (2003), « Projets d'aménagement hydraulique, concertation et planification participative de bassin : une approche en terme d'« Action Publique Négociée », *Natures Sciences Sociétés*, Vol. 11, p. 255–265.

588 Lavigne Delville et Hochet, (2005), *Op. cit.*

589 Cf. Ostrom E., Gardner R. & Walker J., (1994), *Rules, Games and Common-Pool Resources*, Ann Arbor, University of Michigan Press. Ostrom E., (2005), *Understanding Institutional Diversity*, Princeton (NJ), Princeton University Press.

590 Ostrom E., (1999), "Institutional rational choice", in P.-A. Sabatier (eds.), *Theories of the Policy Process*, Boulder, Westview Press, p. 35-71. Ostrom E., (2009), "Design principles of robust property-rights institutions: What have we learned?" in G.-K. Ingram and Y.-H. Hong (eds.), *Property Rights and Land Policies,* Cambridge (MA), Lincoln Institute of Land Policy, p. 25-51. Ostrom E., (2010), "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems", *American Economic Review*, Vol. 100, n° 3, p. 641-672.

empiriques pour disposer d'un cadre d'analyse complet des « *appropriateurs* » des ressources communes auto-organisées et autogouvernées[591]. Les théories classiques de l'action collective ignorent en effet les variables « environnantes » qui sont non moins déterminantes pour attester, ou non, de la convergence d'intérêts qui favorise des bénéfices collectifs. Elles sont le plus souvent cantonnées sur le « *dilemme du prisonnier* », dont Simon[592] a déjà montré les limites.
Ostrom détecte trois éléments que les théories de l'action collective en vigueur ne prennent pas en compte :
1. Le besoin de refléter la nature incrémentielle et auto-transformante du changement institutionnel ;
2. L'importance des caractéristiques des régimes politiques externes dans une analyse de la manière dont les variables internes influencent les niveaux d'élaboration collective de règles ;
3. Le besoin d'inclure les coûts d'information et de transaction.

Cette méconnaissance conduirait à l'obstruction de l'analyse politique du changement institutionnel. En conséquence, son projet est d'arriver à une nouvelle génération d'analyse de l'action collective, pour mieux cerner le changement institutionnel à la lumière de l'analyse politique.

L'action collective peut simplement désigner la capacité d'agir en commun en vue d'un même objectif, ici entendu comme la production de gains par l'exploitation du *Detarium senegalensis*. Les conditions et mécanismes de fonctionnement de cette exploitation épousent les contours d'un jeu social fait de compromis et d'imposition, comme vu précédemment. Avec, néanmoins, beaucoup de chance de réussite, les principaux acteurs d'adonnent à une aventure en forme de « bricolage », qui ne signifie pas toutefois, l'absence d'agencéité. La spontanéité au cours des échanges sociaux qui alterne avec la stratégie au cours des négociations fait du bien commun une affaire traitée par un grand art. Si d'aventure un groupe social se risque à aller à l'encontre de ce qui présente toutes les caractéristiques d'une action publique, il supportera l'accusation de ne chercher à satisfaire que son propre intérêt économique.

Partant d'une étude empirique sur la gestion de l'eau et en se basant sur la tradition ostromienne, Allain intègre le concept de « *négociation* » dans la grille d'analyse de l'IAD, dans la mesure où les processus concrets par lesquels de nouveaux arrangements institutionnels parviennent à être créés peinent à être appréhendés dans le modèle[593]. De leur côté, Angeon et Caron analysent les modes de coordination entre acteurs locaux en vue d'une gestion durable des ressources naturelles sous une perspective institutionnaliste en mobilisant les apports de l'économie de proximité pour mettre en lumière la manière dont les dynamiques de relations sociales peuvent

[591] Ostrom (2010 [1990]), *Op. cit.*
[592] Simon H.-A., (1976), « De la rationalité substantive à la rationalité procédurale », *in* S.-J. Latsis (ed.), *Method and Appraisal in Economics*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, p. 129-148.
[593] Allain S., (2012), *Op. cit.*

être activées[594]. Pour notre part, l'approche par la transaction sociale a été préférée car elle intègre de fait la négociation dans son triptyque.

La gestion des ressources communes, par conséquent, plus qu'une question écologique, est une affaire d'économie morale et politique dans son processus et sa finalité. Les règles sont médiatisées à partir des valeurs sociohistoriques et s'expriment autour des rapports sociaux dans la communauté. Ces derniers entretiennent une arène locale, qui organise un espace de transactions sociales rendant possible l'action collective entre acteurs sociaux et entre acteurs sociaux et acteurs institutionnels (État, collectivité territoriale, ONG…). La dimension politique dans la gestion communautaire des ressources naturelles est ainsi réelle, même dans l'apparence d'une communauté homogène, impliquée et solidaire. À ce titre, identifier les « trames territoriales » est un moyen pour comprendre et saisir les enjeux de la ressource liés à la régulation dans un village où existe une forme de « *polycéphalie du pouvoir* »[595].

L'expérience de Dionewar prouve que le développement territorial (ou local) rencontre un succès si les conflits sont contenus dans des transactions sociales. Cette réussite ne peut être obtenue qu'à la faveur d'un cadre institutionnel facilitant, associé et convergent avec l'intérêt local. La nature de l'intervention de l'État est donc décisive pour la construction de l'action publique locale. En rapportant une étude effectuée en Afrique australe, Roe et al. ont signalé les effets pervers si la distribution des bénéfices est déséquilibrée[596] ; mais, globalement d'importantes réalisations voient le jour avec une organisation responsable. Le COGRN a commis des manquements sur la gestion de ces fonds, et des réactions d'opposition ont été notées, mais elles se sont estompées à la faveur d'une médiation. Le compromis sur le mode d'accès aux fruits est solide et peut demeurer si les bénéficies participent effectivement à bâtir une action publique locale.

La question économique (ou de l'intérêt ?) semble être l'*alpha* et l'*oméga* de tout l'engagement, par-delà le motif de la conservation environnementale, et il n'est donc pas étonnant de voir le conflit social demeurer malgré les compromis trouvés. Le conflit est même de nature à faire évoluer les règles, comme l'a montré la socioanthropologie du développement ou du changement social en Afrique[597]. En ce qui « … *concerne la prise en compte de la question du pouvoir et des rapports de pouvoir, laquelle est étroitement liée à celle de la répartition des revenus et des richesses* », Weinstein (2013 : 18)[598] appelle à aller au-delà de la théorie du *public*

---

[594] Angeon V. & Caron A., (2009), « Quel rôle joue la proximité dans l'émergence et la pérennité de modes de gestion durable des ressources naturelles ? », *Natures Sciences Sociétés,* Vol. 17, n° 4, p. 361-372.

[595] Bierschenk T. & Olivier de Sardan J.-P., (dir.) (1998), *Les pouvoirs au village. Le Bénin rural entre démocratisation et décentralisation*, Paris, Karthala.

[596] Roe D., Nelson F., Sandbrooks C., (2009), *Op. cit.*

[597] Olivier de Sardan J.-P., (1993), « Le développement comme champ politique local », *Bulletin de l'APAD,* n° 6, 9 p. En ligne, consulté le 02 février 2016. URL : http://apad.revues.org/2473. Olivier de Sardan J.-P., (1995), *Anthropologie et développement. Essai en socio-anthropologie du changement social,* Marseille/Paris, APAD/Karthala.

[598] Weinstein O., (2013), « Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation*, Vol. 14 : 25 p. En ligne, consulté le 02 mai 2016. URL : http://regulation.revues.org/10452.

choice pour saisir davantage l'enjeu des ressources communes dans le capitalisme contemporain. L'étude des communs gagnerait ainsi à intégrer la problématique du conflit. Gérer un bien commun est une affaire de coercition et de confiance. Quand la régulation touche les rapports sociaux d'une communauté donnée, les sensibilités se révèlent avec des pratiques sociales qui, au mieux, peuvent participer à la sédimentation culturelle, mais qui peuvent également évoluer dans l'incertitude. La redistribution des bénéfices au niveau local permet d'une certaine manière d'éponger ou d'écarter tout problème qui pourrait naître du mode d'appropriation excluant notamment la fin de l'accès libre à la forêt.

La transaction sociale est mieux pour lire les processus, les ruptures et les reconfigurations d'un ordre négocié plus que la négociation elle-même qui se limite à un moment donné. On peut s'attendre, toutefois, à une renégociation si les données de contexte changement ou si les conflits de représentations se font jour. C'est pourquoi, peut-être, que Fusulier et Marquis[599] préfèrent ne pas dissoudre la négociation dans la transaction sociale. Ils pensent que l'approche est trop extensive et pose des problèmes d'application empirique, même si « *la transaction sociale (...) contribue à définir le statut du sujet dans l'action collective autant qu'à présenter un mode d'abordage du changement social* »[600]. Lorsqu'Ostrom appelait de ses vœux un « changement institutionnel » à partir de l'action collective, elle ne méconnaissait pas les vertus de la transaction. En effet, ils montrent le caractère interdisciplinaire de la transaction sociale en partant de son origine sur la base de l'économie institutionnelle. Ils montrent comment la transaction est une notion centrale au sein de l'économie institutionnaliste américaine (de Commons à Coase) tout en faisant un focus sur son évolution en sociologie. Commons (1924)[601], dont s'inspire beaucoup Ostrom, y voyait le moyen de cerner les comportements individuels dans l'action collective pour désigner des « *coûts dans le marché* » ; ce qui n'est sans renvoyé à Williamson (1975)[602] dans le cadre du néo-institutionnalisme.

Il faut distinguer, cependant, la transaction *sociale*, qui porte sur les valeurs *morales* (liberté, égalité, solidarité) et la transaction *économique*, qui porte sur les *intérêts* (l'analyse des coûts de la transaction de Williamson). Malgré l'introduction des normes sociales, Ostrom (2011)[603] se préoccupe des coûts de transactions dans son modèle d'analyse institutionnelle. Les coûts de transactions sont ainsi des facteurs essentiels dans la réunion d'individus autour d'intérêts communs. C'est peut-être pourquoi Commons organisait sa réflexion à partir de la notion de *futurité*, du reste, essentielle en économie, comme mode de passage de l'individuel à l'institution, mais aussi du futur sur le présent. Il n'en demeure pas moins que le concept de transaction sociale permet d'ancrer la perspective ostromienne de gouvernance des

---

[599] Fusulier B., Marquis N., (2009), « Transaction sociale et négociation : deux notions à articuler », *Négociations*, n° 12, p. 23-33.
[600] Remy J. (1996), « La transaction une méthode d'analyse : contribution à l'émergence d'un nouveau paradigme », *Environnement et société,* n° 17, p. 9-31, p. 9.
[601] Commons J.-R., (1924), *Legal Foundations of Capitalism*, New York, MacMillan.
[602] Williamson O.-E., (1975), *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press.
[603] Ostrom E., (2011), "Background on the Institutional Analysis and Development Framework", *Policy Studies Journal*, Vol. 39, n° 1, p. 7-27.

ressources communes dans le social plus que dans l'économique par le truchement des normes sociales et des variables situationnelles dans l'analyse économique et politique. N'est-ce pas une des raisons qui lui a valu le Prix Nobel d'économie pour ses travaux ?

Conclusion

En dépit des conflits d'intérêts, de valeurs et de représentations, les fruits du *Détarium senegalensis* sont bien gérés dans le delta du Saloum en vue d'un réinvestissement des bénéfices collectifs au niveau local. En prenant à témoin les multiples acteurs qui interviennent dans la régulation des ressources naturelles, l'activité sociale se révèle la matrice d'une véritable action publique locale[604]. La gestion communautaire et collective, voire associative, conduite assure la conservation des ressources naturelles dans un contexte de changement climatique aggravant. Parallèlement à ce cadre écologique, se développe également un processus socio-politique inédit ponctué d'évènements qui s'inscrivent dans la dynamique de l'historicité du politique propre au système politique sénégalais et à ses réalités locales.

La régulation coutumière sous l'*Alkali* était un mode d'accès libre à la forêt après une période de fermeture. L'attribut de la caractéristique de « commun » à une ressource ouvre une perspective démocratique nouvelle. Si bien souvent les analyses socio-anthropologiques sur la question du partage des bénéfices se posent en termes d'inégalités dans la communauté, dans le cas étudié, globalement, les bénéfices tirés de l'exploitation du *Détarium senegalensis* sont voués à la prise en charge de besoins communautaires. Parce que l'accès est exclusif, le COGRN ne saurait s'approprier exclusivement les gains lors de la commercialisation du fruit. On observe une situation différente en ce qui concerne les coquillages : parce que l'accès est libre pour tous, on ne peut parler d'inégalité puisque chacun est libre de son exploitation à côté de l'exploitation collective pour le compte de la FELOGIE. Dès lors, les différentes règles de l'action collective sont mises à l'épreuve à chaque fois et exigent de ce fait un « nouvel ordre négocié »[605], des « vigilances citoyennes »[606] et une « proximité » pour garantir leur efficacité[607]. En effet, « *au terme d'une séquence transactionnelle, le produit peut renforcer l'ordre pré-existant ou le déforcer. Mais ce produit transactionnel va être à l'origine d'une nouvelle séquence et au fil des séquences et d'une convergence entre une pluralité de cas, une nouvelle normativité peut prendre corps, se condenser* »[608].

---

[604] Sarr S.-M., (2021). « Gestion des communs en contexte de changement climatique à travers une multiplicité d'acteurs dans le delta du Saloum au Sénégal », *Akofena,* n° 03, Vol. 2, p. 355-374.
[605] Allain (2012), *Op. cit.*
[606] Stoessel-Ritz J. & Kern F., (2014), « Vigilances citoyennes et intérêt pour le bien commun : droit à la terre, communautés rurales et systèmes agraires », *in* J. Stoessel-Ritz, M. Blanc et B. Sahli (dir.), *Développement durable, citoyenneté et société civile*, Tunis/Paris, Institut de Recherche sur le Maghreb Contemporain (IRMC)/L'Harmattan, p. 97-108.
[607] Angeon et Caron, (2009), *Op. cit.*
[608] Remy J. (2005), « Négociations et transaction sociale », *Négociations,* 1, n° 3, p. 81-95, p. 87-88.

Les transactions sociales pacifient les rapports sociaux, mais il faut les inscrire dans les moments historiques de l'activité sociale pour les voir durables, elles ne sont jamais acquises définitivement, et le compromis pratique est toujours renégociable à un moment donné. Ce caractère provisoire donne du sens aux jeux de rationalité entre les différents acteurs en présence, puisque non seulement le conflit ne s'épuise pas dans l'accord trouvé mais que la négociation prend une tournure continue. Dans le cas ici étudié, au final, la question du partage des bénéfices collectifs est réglée par le réinvestissement dans des projets communautaires, un « *arrangement institutionnel* » qui permet d'assurer les bénéfices sans les diminuer, de préserver l'environnement, et de maintenir l'équité en évitant toute forme d'accaparement individuel ou collectif exclusif. Ces différentes raisons viennent à bout de la fameuse « *dissipation des rentes* ». Si le problème de mauvaise gestion des fonds ne disparaît pas totalement, toutes proportions gardées, une forme d'optimum social se trouve alors atteint. Ainsi, l'arrangement institutionnel est assujetti au partage et à la redistribution des bénéfices au sein de la communauté où la ressource est totalement rattachée et ne peut singulièrement s'arracher. Un commun ne peut être exproprié sans souffrir de vide ; quel que soit la rivalité, le partage apparaît comme la constante. Que ce partage subisse des logiques sociales, il est tout à fait normal, par les conflits de représentations et les intérêts particuliers. Par conséquent, le commun est un phénomène éminemment social, dans son aspect biophysique et environnemental, qui se joue entre la politique et l'économique par l'humain interposé et l'espace consacré.

Bruno BERTHIER, Maître de conférences en Histoire du droit, Université Savoie Mont Blanc, Faculté de Droit.

Le tailleur et l'ambiguïté de ses modèles : une illustration historique de la réduction contre nature des communs alpins ancestraux au gabarit de la tradition juridique romaniste

À l'occasion de « rencontres » placées sous la figure tutélaire du Doyen Roger Decottignies (1923-2005), puisque les hasards de l'existence ont amené ce dernier à quitter Dakar peu avant la fin de la sixième décennie du XXe siècle pour trouver un refuge *a priori* improbable au cœur des montagnes alpines des environs de Chambéry, il n'est donc pas complètement incongru pour le présent congressiste — par ailleurs l'un de ses anciens étudiants à la Faculté de droit de l'Université Savoie Mont Blanc — d'évoquer par le biais d'une illustration historique et dans le cadre de secondes « journées » organisées au sein de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop, l'évolution institutionnelle séculaire des nombreux communs fonciers alpins. En espérant que cette communication pourra contribuer, en dépit de son caractère inévitablement monographique, aux débats inhérents au dégagement de nouveaux contours juridiques pour le concept protéiforme de « communs » le cas échéant libérés de la gangue « romaniste » dans laquelle ils ont été effectivement enserrés, des Temps Modernes à nos jours, sur la plupart des massifs montagneux d'Europe occidentale et tout particulièrement ceux des montagnes de Savoie.[609] Et ce malgré son titre, lequel gagnerait sans doute en pertinence décliné sous la forme d'une « contribution par l'illustration historique à l'élaboration opérante d'une nouvelle définition générale des communs ».

Car ce concept de communs s'avère aujourd'hui plus que jamais en vogue et tend d'ailleurs, depuis sa promotion par les travaux pionniers d'une école nord-américaine en sciences sociales impliquée dans le développement d'une réflexion écologique globale, lors des dernières décennies du XXe siècle[610], à être appliqué à de

[609] La présente communication s'inscrit également dans le cadre du projet de recherche collectif consacré à l'étude des communaux de montagne engagé depuis 2018 sous l'acronyme « COMON » par une équipe d'universitaires relevant de plusieurs disciplines (droit, histoire du droit, géographie, sociologie, etc.) et de plusieurs organismes partenaires (tant publics que privés à l'image de centres de recherches, de collectivités territoriales, d'agences ou offices publics, d'associations foncières ou pastorales, etc.), au sein du Centre de recherche en droit Antoine Favre de la Faculté de droit de l'Université Savoie Mont Blanc. Pour plus de précisions sur les objectifs comme sur les résultats de cet ambitieux programme de recherche : https://www.fac-droit.univ-smb.fr/fr/2018/09/projet_comon

[610] À la suite, notamment, des travaux fondateurs de la politiste Elinor Ostrom (1933-2012) et de la publication en 1990 de son ouvrage de référence, *Governing the commons : the evolution of collective action* ; (*cf.* l'édition en langue française *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Louvain-la-Neuve, Planète en Jeu, De Bœck, 2010). Pour une évocation éclairante de la genèse dans le contexte de la controverse déclenchée en 1968 par la

tout autres domaines que celui, restrictif, de l'usage du sol ou — pour dire les choses plus simplement au prix d'un fâcheux abus de langage — de toutes les formes plus ou moins collectives de propriété foncière en vertu duquel il a été prioritairement appréhendé au cours des siècles, depuis la fin du Moyen-Âge, par la tradition juridique occidentale.[611] La récente publication en France d'un *Dictionnaire des biens communs*[612] permet d'ailleurs de prendre acte de cette prodigieuse extension conceptuelle puisqu'à la simple lecture des quelques lignes de présentation de l'ouvrage par l'éditeur « le logiciel libre, l'encyclopédie et l'habitat participatif, les vélos ou les voitures en usage successif », peuvent dorénavant être définis comme le « bien commun » de tous leurs utilisateurs potentiels : la notion de communs intéressant alors « les domaines de la culture, de la protection de l'environnement, de l'urbanisme, de la santé, de l'innovation, du travail, etc. », en permettant de « penser le changement social sur la base d'un réinvestissement du collectif, des communautés, de l'usage et du partage » et par conséquent « de proposer la réinterprétation de valeurs fondatrices des sociétés contemporaines tels le rôle de l'État, de la propriété ou des formes d'expression de la démocratie »[613]. Dans le vaste débat suscité par l'émergence de telles propositions les controverses vont d'ailleurs bon train, non exemptes bien évidemment de présupposés idéologiques et de postures politiques tranchées entre les tenants de la consécration de droits à part entière exercés collectivement sur l'ensemble de biens communs ainsi définis de manière extensive indivis entre leurs bénéficiaires, — prérogatives d'usages exercés *ut universi* dans la langue des jurisconsultes des XVIIIe et XIXe siècles —, et leurs adversaires attachés au premier chef à la défense au contraire scrupuleuse d'un droit de propriété absolu sur de tels biens, fut-il reconnu à des personnes morales ou à des groupements de droit public, fustigeant par conséquent la revendication sans fin de nouveaux droit de créance par les simples particuliers ayants-droit des différentes collectivités publiques concernées[614].

---

publication dans la revue *Science* de l'article « The tragedy of the commons » composé par Ardin Garett, de cette « École d'Indiana » à laquelle rattacher l'activité en la matière déterminante de la lauréate du prix Nobel d'économie 2009, consulter par exemple : Benjamin Coriat, « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherches », *Revue* [en ligne] *de la Régulation. Capitalisme, Institutions, pouvoirs,* Maison des Sciences de l'Homme – Paris Nord, 14|2e semestre / Autumn 2013 : Autour d'Ostrom, communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique, mis en ligne le 14 février 2014, http://journals.openedition.org/regulation/10463 ; David Bollier, *La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage. (Traduit de l'américain par Olivier Petitjean, Préface d'Hervé Le Crosnier)*, Paris, Essais n° 202, Éditions Charles Léopold Mayer, 2014, pp. 21-48

[611] *Cf.* Béatrice Parance et Jacques de Saint-Victor, « "Commons, biens communs, communs" : une révolution juridique nécessaire », *Repenser les biens communs. (Sous la direction de Béatrice Parance et de Jacques de Saint-Victor)*, Paris, CNRS Éditions, 2014, pp. 9-34 et Jacques de Saint-Victor, « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », *ibid.*, pp. 51-80. Voir aussi Judith Rochefeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014/3 – Repenser la propriété, t. XXVIII, Paris, De Boeck Supérieur, 2014, pp. 351-369.

[612] Judith Rochefeld, Marie Cornu et Fabienne Orsi (Sous la direction de), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.

[613] *Ibid.*, 4e de couverture.

[614] *Cf.* Étienne Le Roy, « Des Communs à "double révolution" », *Droit et société*, 2016/3, n° 94, Paris, Lextenso, 2016, pp. 603-624. Quant au danger d'outrance dans la réification d'un concept de « commun » confinant trop souvent au poncif, depuis sa prodigieuse résurgence dans les divers

Dans ce contexte où philosophes, historiens, ethnologues, sociologues, économistes, politistes et autres juristes se déchirent sans toujours parvenir à circonscrire le périmètre même approximatif du concept, en une époque où les juristes se montrent souvent dubitatifs, du législateur aux magistrats, lorsqu'ils sont saisis de revendications de cette nature[615], il est salutaire de se souvenir combien de telles controverses ont déjà connu autrefois leur acmé. Batailles notamment judiciaires dont les souvenirs ne gisent pas seulement épars dans les documents d'archives et les vieux traités de droit oubliés sur les rayonnages des bibliothèques, mais également et surtout dans les mentalités, enfouies dans les replis secrets de l'inconscient collectif des populations occidentales pour interférer de façon parfois insidieuse et par conséquent non anodine sur les débats afférents[616]. Car dans cette culture occidentale et notamment dans cette culture juridique exportée hors d'Europe lors de la parenthèse historique coloniale et désormais prolongée par la mise en œuvre d'un ordre juridique international ou « onusien » ouvertement occidentalisé[617], la problématique des communs, ou plus précisément de la

---

champs des sciences humaines et sociales, lors des premières années du XXIe siècle, voir Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, Paris, Poche / Sciences humaines et sociales, La Découverte, 2014, pp. 95-136. Dans la même optique voir également Stefano Rodotà, « Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide », *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni. (A cura di Maria Rosaria Marella)*, Verona, Ombre Corte, 2012, pp. 311-332.

[615] Cf. Aurore Chaigneau : « Quel modèle pour construire des communs ? », Repenser les biens communs, op. cit., pp. 155-174 ; « Une propriété affectée au commun », Fonction de la propriété et communs : regards comparatistes. (Sous la direction d'Aurore Chaigneau), Droit comparé et européen, Vol. 27, Paris, Société de Législation comparée, 2017, pp. 57-70.

[616] Sur tous ces points voir par exemple les pénétrantes analyses d'Ennio Igor Mineo : « Entre caritas et commons. De l'historicité du bien commun », *Genre et utopie. Avec Michèle Riot-Sarcey. (Sous la direction de Laurent Colantonio et Caroline Fayolle)*, Paris, Temps & Espaces, Presses Universitaires de Vincennes, 2014, pp. 249-272 ; « Caritas e bene comune », *Storica. Rivista quadrimestrale*, 59, Anno XX - 2014, Roma, Viella, 2015, pp.7-56 ; « Oggettivazione e storicità dei beni comuni », *Economia della cultura*, Anno XXVII, 2017/n° 1 – Beni comuni e cultura / Commons and culture, Roma, Associazione per l'Economia della Cultura, pp. 27-36. Pour une mise en garde à l'encontre d'une présentation anachronique des communs antiques et médiévaux, souvent moins égalitaires qu'il n'y peut paraitre de prime abord, quoique définis de manière fallacieuse par maints idéologues actuels comme des modèles d'économie solidaire vertueux par essence et de ce fait parfaitement transposables dans le monde globalisé du XXIe siècle pour participer à l'inflexion nécessaire des structures foncières en vue de la préservation globale de l'environnement et de la lutte contre tous les dérèglements climatiques imputables au développement inconsidéré des activités humaines, voir aussi Gérard Chouquer, « Instituer des communs fonciers dans l'Antiquité et le Moyen-Âge », *Études Rurales*, 2019/2 - Élus locaux et notabilités, n° 204, Paris, Édition de l'EHESS, pp. 168-191.

[617] *Cf.* Etienne Le Roy, *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, Droit et Société, Série anthropologie, 54, LGDJ, 2011, pp. 49-58 et 283-332. Pour un propos plus synthétique sur ce thème général d'un « occidentalocentrisme » [plus ou moins] spontané ou d'un « unitarisme » fustigé par Étienne Le Roy d'Occidentaux trop souvent incapables de comprendre la conception de l'espace géographique — et donc de sa trame foncière — de mise dans les sociétés traditionnelles sans faire référence à leurs propres modes de perception de ces derniers, voir aussi Hélène Guetat-Bernard, *Développement rural et rapports de genre. Mobilité et argent au Cameroun*, Rennes, Géographie sociale, Presses Universitaires de Rennes, 2011, pp. 117-129. Quant à la projection par conséquent trop souvent outrancière et parfois même ouvertement erronée de fantasmes ou de mythes européens inhérents aux modes originels prétendument universels de la propriété, sur les mécanismes fonciers ancestraux des sociétés africaines, voir par exemple : Alain Testart, « Propriété et non propriété de la terre. L'illusion de la propriété collective archaïque. (1e partie) », *Études Rurales*, 165-166|2003 – Globalisation et résistances, Paris, Édition de l'EHESS, pp. 209-242 et « Propriété et non propriété de la terre. La confusion entre souveraineté politique et propriété foncière. (2e partie) », *ibid.*, 169-170|2004 – Transmissions, pp. 149-178 ; Hubert Ouédraogo, « De la connaissance à la

reconnaissance de prérogatives collectives sur l'usage de choses affectées au bénéfice de tous presque par nature a été quasi exclusivement liée par les juristes des Temps Modernes et de l'Époque contemporaine à une problématique foncière dans le contexte d'une société demeurée fondamentalement rurale — sinon agraire — avant les profonds bouleversements sociaux et économiques générés par la Révolution industrielle[618]. Certes dans cette Europe au paysage anthropisé depuis une très haute antiquité les mécanismes séculaires d'usage collectif du sol à vertu agro-pastorale nourricière, issus du fond des âges ainsi que le révèlent clairement les travaux croisés de l'archéologie et de l'histoire ancienne avec ceux de l'ethnologie, ont bien entendu progressivement perdu de l'intensité au cours des siècles au profit du modèle d'une exploitation privative sinon individuelle au sens strict, du moins familiale ou villageoise du finage rural[619]. Le développement irrésistible de l'agriculture et, sous de telles latitudes, la mise en place dès la protohistoire d'un mécanisme d'économie rurale ostensiblement frumentaire, perpétué ensuite dans son principe jusqu'à l'époque actuelle après avoir été systématisé par le pouvoir étatique romain explique aisément le caractère marginal ou résiduel en maintes régions prioritairement dévolues aux labours, de pratiques réellement collectives d'usage du sol[620].

Mais il est néanmoins un milieu particulier resté au contraire largement étranger à la généralisation de ce schéma agraire ancestral et sur lequel, faute d'une possible adaptation céréalière à grande échelle des confins, les mécanismes collectifs sans doute originaires de mise en valeur ou d'exploitation du sol ont en quelque sorte mieux résisté que partout ailleurs[621]. Ce biotope particulier peu favorable à la

---

reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », *Études Rurales*, 2011/1 – Le sens du rural aujourd'hui, n° 187, *ibid.*, pp. 79-94.

[618] Cette approche foncière prioritairement déclinée sur le terrain du droit public par le moyen d'une analyse systématique des mécanismes de gestion du patrimoine des collectivités territoriales se révèle en effet dominante depuis la fin des Temps Modernes jusqu'à l'aube du XXIe siècle, ainsi qu'en témoigne une riche bibliographie d'ouvrages techniques. Consulter à cet égard quelques-uns des « classiques » parmi cette pléthore de titres, à l'image de : Joseph-Nicolas Guyot, *Répertoire raisonné de jurisprudence civile, criminelle et bénéficiale. Ouvrage de plusieurs jurisconsultes* [...], Paris, Chez Paneckoucke, Tome treizième, 1777, pp. 290-299 ; Henrion de Pansey, *Des biens communaux et de la police rurale et forestière. Par le Président Henrion de Pansey. Troisième édition corrigée et augmentée* [afin de tenir compte de la promulgation du Code forestier, le 21 mai 1827], Paris, Théophile Barrois père et Benjamin Duprat, 1833, pp. 1-206) ; Roger Graffin, *Les Biens communaux en France. Étude historique et critique,* Paris, Guillaumin et Cie, 1889, pp. 24-45 et pp. 189-232 pour des « considérations économiques » éclairantes sur le thème d'une nécessaire rationalisation des différents modes de mise en valeur des communaux ; Maurice Bourjol, *Les Biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective,* Paris, Décentralisation et développement local, LGDJ, 1989, pp. 7-32. Dans cette veine, au regard des communaux savoyards, consulter Charles-Marie-Joseph Despine, *Essai sur les biens communaux du Duché de Savoie* [« tiré à part » extrait du VIIIe volume des *Mémoires de la Société Royale Académique de Savoie*], Chambéry, Imprimerie Puthod, notamment pp. 62-85 pour une évocation de « [l'] amélioration des biens communaux ».

[619] *Cf.* Fabrice Mouthon, *Le Sourire de Prométhée. L'homme et la nature au Moyen-Âge*, Paris, La Découverte, 2017, pp. 160-236.

[620] Sur ce thème désormais largement documenté voir cependant l'ouvrage fondateur de Marc Bloch, *Les caractères généraux de l'histoire rurale. Nouvelle édition*, Paris, Armand Colin, 1952, pp. 21-66 et 201-222, (2e édition de l'ouvrage de 1931, précédée d'un avertissement au lecteur par Lucien Fevbre). Consulter également la riche synthèse de Fabrice Mouthon, *Les communautés rurales en Europe au Moyen-Âge. Une autre histoire politique du Moyen-Âge*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, pp. 11-38 et 99-118.

[621] Voir par exemple : Fabrice Mouthon, *Histoire des anciennes populations de montagne. Des origines à la modernité. Essai d'histoire* comparée, Paris, Historiques, L'Harmattan, 2011, pp. 15-38 et

consécration d'un modèle rural de type frumentaire relève bien sûr de l'espace montagnard où, dès la seconde moitié du Moyen-Âge, notamment au cœur d'un massif alpin objet d'un essor démographique aussi soudain que sans précédent, éclatent de lancinants conflits d'usage sur la plupart des terroirs d'altitude demeurés jusqu'alors largement forestiers et de ce fait toujours quasi vierges de toute forme d'exploitation strictement agricole[622]. Tandis que ces lancinants conflits sont progressivement jugulés, en l'espace de trois à quatre siècles, par la restriction ou *a minima* par l'encadrement drastique de la diversité des pratiques collectives indigènes en application d'une réglementation d'ordre public indistinctement d'origine coutumière ou princière légitimée par l'argumentaire agro-économique et juridique devenu, au cours de l'Ancien Régime, la vulgate physiocratique des Lumières[623]. Mouvement hétérogène sur beaucoup de plans, cependant unanime en matière d'économie rurale dans la condamnation sans appel de tout mode d'usage collectif des terres ou de revendication d'une propriété commune accusés de tous les maux, ne serait-ce que celui de perpétuer de manière incongrue à l'heure du triomphe de la raison les vestiges institutionnels anachroniques d'un passé féodal obscur, au prix d'une assimilation fallacieuse de l'origine de ces pratiques usagères ancestrales

---

67-90 ; Luigi Lorenzetti, « Les usages de la terre : une question d'altitude ? », *La terre et ses usages. Suisse et espaces avoisinants, XIIe-XXIe siècles. (Sous la direction de Yann Decorzant, Anne-Lise Head-König et Luigi Lorenzetti)*, Neuchâtel, Éditions Alphil, 2019, pp. 9-26. Pour un propos centré sur les Alpes *cf.* aussi Nicolas Carrier et Fabrice Mouthon, *Paysans des Alpes. Les communautés montagnardes au Moyen-Âge*, Rennes, Histoire, Presses Universitaires de Rennes, 2010, pp. 11-30.

[622] *Ibid.*, pp. 59-134 et 207-256. *Cf.* également, parmi les nombreux travaux consacrés à ce thème par Fabrice Mouthon : « XIIIe-XVe siècles : la naissance des communs dans les Alpes françaises », *Histoire des Alpes - Storia delle Alpi – Geschichte der Alpen*, 2019/24 – Pâturages et forêts collectifs. Kollective Weiden und Wälder, Mendrisio, Association Internationale pour l'Histoire des Alpes, 2019, pp. 23-42 et *Montagnes médiévales. Les alpages de Savoie, Dauphiné et Provence du XIIe au XVIe siècle*, Chambéry, Sociétés - Religions - Politique, Édition de l'Université Savoie Mont Blanc, 2019, pp. 45-66. Voir aussi, par le même auteur, les deux monographies suivantes : « La gestion communautaire des forêts savoyardes d'altitude, XIIe-XVIe siècles », *Forêts et montagne. Groupe d'Histoire des Forêts Françaises - Actes du colloque de Chambéry, 12-14 septembre 2012. (Sous la direction d'André Corvol, Charles Dereix, Pierre Gresser et François Lormant)*, Paris, Environnement, L'Harmattan, 2015, pp. 77–94 et *La naissance des communs. Eaux, forêts, alpages dans les montagnes de Savoie (XIIe-XVIe siècles)*, Chambéry, L'Histoire en Savoie, n° 30, Société Savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, 2016, pp. 47-94.

[623] *Cf.* : Nicolas Carrier et Fabrice Mouthon, *Paysans des Alpes*. [...], *op. cit.*, pp. 320-325 et 339-348 ; Fabrice Mouthon, « le règlement des conflits d'alpage dans les Alpes occidentales (XIIIe-XVIe siècles) », *Le règlement des conflits au Moyen-Âge. Actes des Congrès de la Société des Historiens Médiévistes de l'Enseignement Supérieur Public. XXXIe Congrès - Angers, 25-28 mai 2000*, Paris, Histoire ancienne et médiévale, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 259-279 et *Montagnes médiévales*. [...], *op. cit.*, pp. 167-197. Pour une évocation de cette problématique centrée sur la Savoie voir aussi : Fabrice Mouthon, *La naissance des communs* [...], *op. cit.*, pp. 112-122 et 138-151 et, quant à la réglementation d'ordre public de droits d'usage ruraux plus ou moins largement reconnus à la communauté indivise des habitants sur l'ensemble du parcellaire, indistinctement communal ou privé, jusqu'à la veille de la Révolution, Bruno Berthier, « Un pouvoir réglementaire résiduel : l'activité normative du Sénat de Savoie en matière de bans champêtres à la fin de l'Ancien Régime », *Production de la norme environnementale et codification du droit rural dans l'Europe méridionale en France et Italie. XVIIe-XXe siècles. Actes du colloque du Programme de Recherche sur les Institutions et le Droit des Anciens États de Savoie, Nice - 1er-2 décembre 2016. (Contributions réunies par Marc Ortolani, Gwenaëlle Callemein, Audric Capella et Olivier Vernier)*, Nice, Serre Éditeur, PRIDAES X, 2019, pp. 23-48.

avec la logique juridique intrinsèque d'une seigneurie foncière pourtant d'institutionnalisation bien plus tardive[624].

Aussi n'est-il en rien étrange, à l'entame du XXIe siècle et à l'issue d'une courte parenthèse de deux à trois siècles tout au plus, de constater la virulence en ces régions montagneuses d'un singulier regain de prétentions usagères [625], corrélativement à l'ouverture béante de premières fissures dans la chape législative d'essence romaniste coulée à dessein par les rédacteurs du Code Napoléon puis de ses clones européens ultérieurs[626] sur les divers modèles fonciers d'un usage collectif du sol alternatifs à l'affirmation dogmatique du bienfondé de la seule propriété exclusive du « bon père de famille ». En France métropolitaine les prémisses de cette renaissance sinon d'un réel contentieux de masse des droits d'usage, du moins d'une réaffirmation à titre de survivance de la validité d'anciennes pratiques indivises concurrentes, sur certaines parcelles, aux prérogatives reconnues à tous leurs propriétaires effectifs par la législation civile ordinaire, s'avère cependant particulièrement sensible en ces zones de montagne ne couvrant certes qu'un quart de « l'espace » français[627], mais concentrant en réalité près de 70 % de la superficie totale de toutes les propriétés communales de « l'Hexagone ». Ces fameux

---

[624] *Cf.* : Marc Bloch, « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIIIe siècle. Première partie : l'œuvre des pouvoirs d'Ancien Régime », *Annales d'Histoire économique et sociale*, Paris, Armand Colin, n° 7, 1930, pp. 329-383 et « La lutte [...] Deuxième partie : conflits et résultats. Troisième partie : la Révolution et le "Grand Œuvre" de la propriété », *ibid.*, n° 8, 1930, pp. 511-556 ; Nadine Vivier, *Propriété collective et identité communale. Les biens communaux en France de 1750 à 1914, Paris,* Publications de la Sorbonne, 1998, notamment pp. 29-63. Du même auteur et pour un propos synthétique sur ce thème : « Les biens communaux en France », *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine (Sous la direction de Marie-Danielle Demélas et de Nadine Vivier)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp. 139-156 et « Le conflit autour des biens communaux ou la crise de la propriété collective (1760-1870) », *Temps et espace des crises de l'environnement. (Sous la direction de Corinne Beck, Yves Luginbühl et Tatiana Muxart)*, Versailles, Indisciplines, Éditions Quæ, 2006, pp. 71-82. Quant à la Savoie, voir Jean Nicolas, *La Savoie au 18e siècle. Noblesse et bourgeoisie*, Paris, Maloine éditeur, 1978, 2 vol., T. I pp. 505-538 et T. II pp. 1093-1114. Jean Nicolas a par ailleurs tenté de quantifier l'ampleur des « émotions » populaires récurrentes liées, dans l'ensemble des campagnes françaises actuelles — celles de Nice et de Savoie par conséquent comprises — au cours d'un « long XVIIIe siècle », à la problématique foncière et tout particulièrement aux prétentions seigneuriales développées à l'encontre des communaux et autres droits d'usage collectifs ancestraux : *La rébellion française (1661-1789)*, Paris, Folio histoire, 2e édition de l'ouvrage de 2002, pp. 225-334.

[625] Voir par exemple : Pierre Couturier, « L'héritage paysan à l'épreuve de la modernité : terres communes et communauté rurale dans les montagnes d'Europe occidentale », *Les espaces collectifs dans les campagnes. XIe-XXIe siècle. Actes du colloque de Clermont-Ferrand, 15-17 mars 2004. (Sous la direction de Pierre Charbonnier, Pierre Couturier, Antoine Follain et Patrick Fournier)*, Clermont-Ferrand, Collection Histoires croisées, Presses Universitaires Blaise Pascal, 2007, pp. 357-373 ; Éric Bordessoule « Appropriation et gestion collective des pâturages d'altitude en France : crise et adaptation des formules traditionnelles », *ibid.*, pp. 399-418.

[626] À l'image du Code civil du Royaume de Sardaigne ou « Code albertin », applicable en Savoie de 1837 à 1860 et modèle du futur Code civil italien. Au sujet de l'influence du Code Napoléon sur la définition de la propriété dans les codes italiens pré-unitaires, puis dans le code du Royaume d'Italie, voir par exemple Guido Alpa, « Le Code civil et l'Italie », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, Vol. 57, n°3, 2005, pp. 571-625, p. 610.

[627] A la lettre de la législation spécifique aux zones de montagne développée à la suite du texte fondateur du 9 janvier 1985, le territoire des six massifs montagneux métropolitains couvre 29 % du territoire national. *Cf.* les nombreux indicateurs cartographiés proposés par le Pôle montagne de l'Observatoire des territoires, https://www.observatoire-des-territoires.gouv.fr/observatoire-des-territoires/fr/p-le-dobservation-des-territoires-de-montagne/les-indicateurs-cartographi-s

communaux représentent d'ailleurs toujours près de 10 % du territoire métropolitain, en qualité de marqueurs de l'histoire institutionnelle nonobstant la singulière disparité régionale relevée à l'instant dans leur répartition[628], dès lors que la consécration de la propriété exclusive de l'entité communale de droit public sur toutes les parcelles traditionnellement considérées jusqu'alors comme indivises par les populations locales[629], a représenté au cours des Temps Modernes — dans l'ambiance d'un absolutisme monarchique caractéristique des États de Savoie, par exemple, à travers les Alpes occidentales du Nord — puis au cours de la Révolution et du Ier Empire, le moyen commode de rationaliser le libre exercice de pratiques communautaires résiduelles afin d'en limiter coûte que coûte la portée, faute pour le pouvoir princier comme pour le gouvernement révolutionnaire ou impérial ensuite, de parvenir à les éradiquer définitivement en raison de la sourde résistance opposée à toutes ces tentatives par leurs bénéficiaires traditionnels. Sans toutefois fantasmer sur une singulière appétence communautaire des populations montagnardes trop souvent présentée comme innée par des analystes non dénués de présupposés idéologiques, pour lesquelles l'indivision foncière et la mise en commun des moyens de production ne représente au contraire souvent, comme partout ailleurs, qu'une simple modalité astucieuse d'addition des égoïsmes individuels[630], les massifs alpin,

---

[628] *Cf.* Robert Mériaudeau, « La spécificité foncière de la montagne française », *Revue de Géographie Alpine*, Vol. 77, n° 1-3 – Quelle spécificité montagnarde ?, Grenoble, 1989, pp. 203-210. Pour une évocation synthétique de la répartition géographique comme de l'évolution de l'emprise communale sur l'ensemble du territoire national — départements de la Savoie et de la Haute-Savoie exceptés — lors du XIXe siècle, sur la base des enquêtes de 1846 et de 1877, soit du recensement de toutes les parcelles foncières effectivement portées à la cote des communes ou de leurs sections sur les divers documents cadastraux, voir par exemple les cartes très suggestives reproduites par Nadine Vivier, « Les biens communaux en France », *op. cit.*, p. 141 et 151. Pour une synthèse statistique de la situation à la fin du XXe siècle, consulter Maurice Bourjol, *Les biens communaux* [...], *op. cit.*, pp. 404-409. Pour de plus amples développements relatifs à un ancien Duché de Savoie n'ayant rejoint la « Grande Nation » qu'en 1860, se reporter l'étude méticuleuse de Robert Mériaudeau, *À qui la terre ? La propriété foncière en Savoie et Haute-Savoie*, Grenoble, Institut de Géographie Alpine, 1986, pp. 217-267.

[629] Quant à cette mécanique de droit public implacable à l'échelle de toutes les campagnes de l'Europe occidentale, d'irrésistible « communalisation » de maints communs ancestraux, *cf.* Fabrice Mouthon, *Les communautés rurales en Europe au Moyen-Âge.* [...], *op. cit.*, pp. 157-190. Pour une évocation alpine de ce processus, consulter également : Fabrice Mouthon, « Les communautés alpines et l'État (milieu XIIIe-début XIVe siècle) », *Montagnes médiévales. Actes des Congrès de la Société des Historiens Médiévistes de l'Enseignement Supérieur Public. XXXIVe Congrès - Chambéry, 23-25 mai 2003. (Sous la direction de Patrick Boucheron et Élisabeth Mornet)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2004, pp. 151-178 et « Du quartier à la vallée. Quels cadres pour la gestion des monts dans les Alpes médiévales ? », *Les espaces collectifs dans les campagnes. XIe-XXIe siècle.* [...], *op. cit.*, pp. 161-176 ; Riccardo Rao, *Comunia. Le risorse collettive nel Piemonte communale*, Milano, Il Filarete, CCLIII, LED – Università degli Studi di Milano, 2008, pp. 95-158 et 211-240. Voir aussi Amaia Legaz, « Cadastres et communaux : deux composantes d'une évolution des communautés rurales vers les communes », *Les Cahiers de la FRAMESPA. Nouveaux champs de l'histoire sociale* [en ligne], 4|2008 - En-quête d'espaces : cas de figure, méthodes, problèmes, Université Toulouse Jean Jaurès - CNRS, https://journals.openedition.org/framespa/345

[630] Forgé au cours du Siècle des Lumières le poncif éculé d'un « bon sauvage » alpin défini à la mode vaguement « rousseauiste », enclin à la solidarité et à l'altruisme en vertu d'une aptitude naturelle forgée au contact d'un environnement aussi grandiose que vierge, s'avère hélas durable. Sur ce thème, générateur d'une « montagne » de publications, voir par exemple la pertinente synthèse de François Walter, « La montagne alpine : un dispositif esthétique et idéologique », *Revue d'Histoire moderne & contemporaine*, 2005/2 - n° 52-2, Paris, Belin, 2005, pp. 64-87. Voir aussi Laurence Fontaine, « Les sociétés alpines sont-elles des républiques de petits propriétaires ? », *La montagne à l'Époque*

jurassien, vosgien, central et pyrénéen représentent donc, du XVIe au XIXe siècle, en vertu de cette réalité historique d'un antagonisme entre le caractère ancestral d'une exploitation plus ou moins collective des ressources locales et la volonté croissante des autorités d'en contrôler et restreindre l'exercice, de véritables laboratoires d'une tentative de définition juridique restrictive des communs.

En se fondant sur l'exemple alpin et plus précisément encore sur un précédent savoyard à cet égard révélateur il conviendra, après avoir rappelé les raisons de la pérennité d'une forme traditionnelle d'exploitation communautaire de nombreux terroirs montagnards expérimentée dès les premiers défrichements de ces contrées d'altitude, d'analyser la subtile mécanique institutionnelle mise en œuvre par les pouvoirs publics, de la fin du Moyen-Âge à celle de l'Époque moderne, dans le but de figer dans l'esprit d'un droit foncier d'inspiration romaniste pourtant étranger à cette logique usagère ou indivise ancestrale, la définition formelle de communs en réalité mouvants par essence avant d'être ainsi tardivement réduits au gabarit rigide d'une propriété communale exclusive.

I – Les « raisons » d'un usage commun généralisé de certains terroirs montagnards

Il convient de se garder de l'affirmation trop souvent « fictionnelle » et par conséquent peu scientifique, voire ouvertement datée, d'une appropriation collective du sol aussi naturelle que légitime par les premières communautés humaines[631], globalement révélatrice de thèses philosophiques « naturalistes » développées de l'Antiquité à l'Époque contemporaine par des penseurs véhiculant invariablement de manière plus ou moins consciente, d'Aristote à Proudhon, en passant par Saint-Ambroise, Thomas d'Aquin, Hobbes, Locke, Pufendorf et bien sûr Rousseau, des références culturelles largement empruntées à la Tradition du Livre et, sur ce point, à la présentation biblique d'une Création divine confiée à la responsabilité de l'homme pour son principal bénéfice[632]. Par conséquent, refusant d'acquiescer au mythe d'un

---

moderne. Actes du colloque de 1998, Association des Historiens Modernistes des Universités, Bul. n° 23, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, Paris, 1998, pp. 47-62. Pour une évocation de stratégies familiales d'enrichissement ouvertement individuelles et capitalistiques au sein de communautés montagnardes faussement figés dans une logique communautaire immuable, lors de l'ouverture du massif alpin à l'industrie puis à l'exploitation du tourisme de masse, depuis les dernières décennies du XVIIIe siècle, *cf.* également : Raul Mezario, « Il capitalismo nelle montagne. L'evoluzione delle struture familiari nel Comasco durante la prima fase di industrializzazione (1746-1811) », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Âge, Temps Modernes*, t. 99, n° 2, Roma, 1987, pp. 1097-125 ; Jean-Paul Bozonnet, « Le lieu de tous les extrêmes : anomie, solidarité, identité territoriale. La montagne secrète-t-elle une société spécifique ? », *Revue de Géographie Alpine*, Vol. 77, n° 1-3 – Quelle spécificité montagnarde ?, *op. cit.*, pp. 147-160.

[631] Consulter par exemple, en témoignage de l'abondante bibliographie produite par l'acuité de telles spéculations, lors d'un XIXe siècle successivement marqué par les différentes vagues de réfutation socialistes, marxistes puis anarchistes du dogme civiliste de la propriété privée préalablement consacré par la codification napoléonienne, la somme d'Émile Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris, Félix Alcan éditeur, 1891 (1872), notamment pp. 487-516 et 537-560.

[632] Sur cette conception théologique inhérente à la Tradition judéo-chrétienne en vertu de laquelle l'homme se voit confier par Dieu l'usage de la terre, les prérogatives reconnues à la communauté humaine initiale d'user collectivement de celle-ci relevant par conséquent du droit naturel par opposition au dégagement ultérieur d'un droit individuel d'appropriation du sol intimement lié aux progrès de la civilisation et à ce titre justifié par l'essor irrésistible d'un droit positif d'essence romaine,

âge d'or anhistorique et d'une humanité prétendument heureuse demeurée à son état grégaire initial dans un contact fusionnel avec la nature, autant qu'à sa critique rationaliste, afin d'éviter l'exposé fastidieux des diverses postures idéologiques relatives aux origines à vrai dire toujours aussi nébuleuses du concept de propriété, le présent exposé se limite à l'évocation du rapport qu'entretiennent les populations d'Europe occidentale — et plus particulièrement celle de l'*homo alpinus* —, depuis l'entame du second millénaire de l'ère chrétienne, avec l'espace montagnard. Au demeurant la période pour laquelle les travaux ethno-historiques s'appuient sur des documents et des témoignages suffisamment fiables pour permettre de retracer avec justesse le processus d'une régulation croissante des divers modes d'exercice d'un usage jusqu'alors largement partagé des finages montagnards à l'aune de l'implacable logique individualiste et absolutiste tirée de la science romaine du droit, à compter de sa « seconde naissance » des XIIIe-XVe siècles, par des autorités étatiques de plus en plus efficientes. Car se conjuguent effectivement, en zone de montagne, un ensemble de contraintes naturelles ou physiques favorables à un usage communautaire des reliefs par les populations autochtones avec des considérations d'ordre sociologique permettant de comprendre ensuite l'expression par ces dernières d'un attachement viscéral à leur maintien, très avant dans les Temps Modernes.

A – Le poids des contraintes naturelles ou géographiques favorables à l'instauration de mécanismes communautaires de mise en valeur des terroirs montagnards

La combinaison des contraintes naturelles liées à la pente, à l'altitude, au climat et notamment au net refroidissement de ce dernier lors de l'épisode du Petit Âge glaciaire sensible du XVIe au XIXe siècle au cours duquel la température moyenne annuelle a par exemple très vraisemblablement baissé d'un à deux degrés, sur l'ensemble de l'Arc alpin, par rapport à la moyenne des températures actuelles relevée sous les mêmes latitudes[633], orientent ouvertement l'évolution des différents modèles agricoles montagnards dits « traditionnels » vers l'adaptation locale spécifique aux différents biotopes dans une logique cependant globalement forestière et pastorale, par opposition au système agraire dominant sous une grande variété de formes dans les basses contrées de plaine. Or l'exploitation de la ressource forestière comme celle du pâturage d'estive, cet alpage toujours gagné sur le couvert forestier au prix de fastidieuses opérations de défrichement mobilisant de nombreux bras lorsqu'il se situe en-dessous de l'étage de végétation dit « de la pelouse naturelle

---

voir par exemple Marie-France Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987, pp. 35-202 et pp. 254-273. Pour des développements synthétiques sur ce thème, voir Caroline Guibet-Lafaye, « La disqualification économique du commun », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3, t. XXVIII, Paris, De Bœck Supérieur, 2014, pp. 271-283 et « Récuser le commun pour justifier la propriété privée », *Revista Portuguesa de Filosofia*, T. 72, Lisbonne, 2016, pp. 1231-1251.

[633] À la suite des travaux historiques d'Emmanuel Leroy-Ladurie, *Histoire du climat depuis l'an mil*, Paris, Champs, Vol. 1, 1983, pp. 257-287, édition revue et augmentée de l'ouvrage de 1967, et pour un propos synthétique sur ce thème aujourd'hui très documenté, voir par exemple Bernard Francou et Christian Vincent, *Les glaciers à l'épreuve du climat*, Marseille, Référence, IRD Éditions, 2007, pp. 49-77.

d'altitude », — soit approximativement l'altitude moyenne de 2200 à 2400 mètres dans les Alpes occidentales du Nord —, se prête assez couramment à une exploitation collective du sol sur un finage entendu de manière extensive, générateur au cours des âges de la délimitation progressive de parcelles foncières en règle générale dessinées sur de très vastes étendues[634]. Le long de versants où les différentes formes de végétation s'étagent ainsi en fonction de l'altitude et contraignent les populations indigènes à de constants déplacements saisonniers entre le bas et le haut de la pente[635], l'entretien et l'exploitation des différents terroirs nécessite en effet une main d'œuvre nombreuse au sein de la cellule familiale ou villageoise d'origine, communément mobilisée par le moyen de corvées périodiques et parfois simultanées. Les opérations annuelles de coupe et de débardage hivernal des « grands bois », la préservation des pâturages disputés aux broussailles par l'incessant labeur d'arrachage des surgeons en tout genre, les lancinantes opérations de fenaison et de « voyage » des ballots de fourrage depuis les « montagnettes » d'altitude jusqu'aux fenils villageois, les travaux titanesques d'implantation et de constante consolidation du complexe de réseaux d'irrigation des différentes parcelles trop peu exposées aux précipitations naturelles par le moyen du captage ou de la rectification du cours des torrents[636], etc., représentent donc le plus souvent autant d'œuvres collectives aussi

---

[634] Pour une évocation savoyarde de ce singulier rapport entre l'ampleur du parcellaire et la nature de son couvert végétal ou de sa consécration à une exploitation forestière et pastorale plutôt que strictement agricole, voir les développements illustrés de nombreuses cartes établis par Robert Mériaudeau, *À qui la terre* ? […], *op. cit.*, pp. 222-243 relativement au patrimoine foncier communal, pp. 269-288 relativement au patrimoine foncier des autres personnes morales de droit public et pp. 297-302 relativement à celui des personnes morales de droit privé actrices du secteur forestier ou agropastoral.

[635] Sur le thème des « remues » saisonnières traditionnelles des hommes et du bétail le long des versants, caractéristiques d'un « nomadisme pastoral » séculaire selon l'heureuse formule de Philippe Arbos, l'un de ses premiers analystes, *cf.* le tableau de cette mécanique pendulaire complexe dans une vallée de Tarentaise où le système traditionnel parvient à une indéniable forme de sophistication à la veille de la Première Guerre mondiale, *La vie pastorale dans les Alpes françaises. Étude de géographie humaine*, Paris, Librairie Armand Colin, 1922, pp. 470-485. Du même auteur, plus synthétique et consacré à l'ensemble des hauts massifs de la Savoie septentrionale (de la Tarentaise au Chablais) voir aussi, « L'économie pastorale dans quelques vallées savoyardes », *Recueil des Travaux de l'Institut de Géographie Alpine*, T. 1, n°1,1913, pp. 45-71. Quant à la date d'institutionnalisation de cette transhumance de faible amplitude, généralement circonscrite aux limites de la paroisse, *cf.* Nicolas Carrier, « L'estivage en Savoie du Nord à la fin du Moyen-Âge. Essai de chronologie et de typologie », *Transhumance et estivage en Occident des origines aux enjeux actuels. Actes des XXVIe Journées Internationales d'Histoire de l'Abbaye de Flaran. (Réunies par Pierre-Yves Lafont)*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2006, pp. 199-210.

[636] Les massifs montagneux, soumis d'un versant à l'autre à l'extrême diversité des microclimats ne représentent pas toujours, loin s'en faut, les châteaux d'eau naturels inscrits dans l'imaginaire collectif et l'implantation humaine y est au contraire souvent conditionnée au développement de vastes réseaux artificiels d'irrigation. Sur ce point trop souvent méconnu de la construction de vastes ouvrages montagnards collectifs « d'arrosage », voir par exemple les monographies centrées sur la zone savoyarde intra-alpine sèche de la Vanoise et de ses marges : Henri Onde, « L'arrosage dans la zone intra-alpine de Savoie, principalement en Haute-Tarentaise et Moyenne-Tarentaise », *Revue de Géographie Alpine*, T. 28, n° 4, 1940, pp. 481-489 ; Marius Hudry, « Documents pour une histoire de l'irrigation en Tarentaise », *Le Monde Alpin et Rhodanien*, n°4/1985, pp. 113-120 ; Anne-Marie Bimet, Brian Meilleur et Fabrice Mouthon, « Aménagement de la montagne et gestion de l'eau dans les hautes vallées savoyardes. (Maurienne, Tarentaise, XIIIe-XVIe siècles) », *Histoire & sociétés rurales*, N° 52 - 2019/2, pp. 7-38.

vitales à la prospérité des populations montagnardes qu'hors de portée d'habitants demeurés isolés en ces confins *a priori* inhospitaliers.

A l'inverse les labours, partout concentrés en zone de montagne à l'étroit sur les replats bien exposés des piémonts ou abrités à mi-pente sur les adrets, au-dessus des brumes stagnant au fond des vallées, génèrent traditionnellement un finage atomisé en de minuscules parcelles exploitées pour ne pas dire « jardinées » à titre privatif par les quelques membres d'une même maisonnée plutôt que par la communauté villageoise entendue dans son ensemble[637]. Y compris lorsqu'en vertu d'usages locaux déroutants lesdites parcelles relèvent ici ou là de la propriété communale cependant répartie en faveur d'un usage privatif exclusif entre tous les faisants-feu de la communauté d'habitants sous l'appellation par exemple générique en Savoie, à la charnière des XVIIIe et XIXe siècles, de « communaux cultifs à jouissance héréditaire »[638]. Si bien que les « mappes » du cadastre dit « sarde » réalisé dans le Duché de Savoie de 1728 à 1738, soit le relevé cartographique au 1/2400 de l'ensemble des cotes foncières de chacune des paroisses de la province[639], permettent de visualiser au premier coup d'œil l'étonnante caractéristique montagnarde — prégnante d'une extrémité à l'autre du massif, dans toutes les localités alpines

---

[637] Pour un tableau savoyard représentatif de l'imbrication des systèmes agricoles et pastoraux générale sur toute l'étendue de l'Arc alpin, à la veille des profonds bouleversements économiques et sociaux générés par le premier conflit mondial, évocateur de l'étagement de la culture des différentes céréales jusqu'à l'altitude moyenne de 1300-1400 mètres sur tous les adrets des hautes vallées et de l'*omni* présence de la vigne sur leurs contreforts jusqu'à celle de 1100 mètres *cf.* : Pierre Tochon, *Histoire de l'agriculture en Savoie. Depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours*, Chambéry, Imprimerie de F. Puthod, 1871, pp. 179-189 et 223-229 ; Maurice Messiez, *Les vignobles des pays du Mont-Blanc. Savoie, Valais, Val d'Aoste*, Grenoble, Revue de Géographie Alpine, 1998, pp. 25-32 ; Michel Boulet, « De la Savoie paysanne à la ferme Savoie », *Histoire économique et sociale de la Savoie de 1860 à nos jours. (Sous la direction de Denis Varachin, Hubert Bonin et Yves Bouvier)*, Genève, Droz, 2014, pp. 193-243.

[638] *Cf.* Robert Mériaudeau, « Les biens communaux à jouissance héréditaire dans le département de la Savoie », *Revue de Géographie Alpine*, T 71, n° 3, 1983, pp. 233-252 et *À qui la terre ?* [...], *op. cit.*, pp. 180-198. Il est également singulier de remarquer, si la plupart de ces « communaux cultifs » concernent des parcelles labourables de taille modeste, combien dans de nombreuses hautes vallées alpines, à l'image de celle de Maurienne en Savoie où la propriété des communes et de leurs sections recouvre un peu plus de 70 % du territoire à la fin de l'Ancien Régime, le mécanisme dominant de la « petite montagne », modèle individuel et familial d'exploitation agropastorale, fréquemment établi sur des hauts pâturages d'estive de nature juridique communale et donc portés à la cote des communes dans les divers documents cadastraux établis depuis les Temps Modernes, donne pareillement lieu à l'affectation héréditaire de lots spécifiques à chaque indivision familiale de faisants-feu. Pour une définition magistrale de ces deux types pastoraux de la « petite » et de la « grande montagne » se reporter à l'étude fondatrice de Philippe Arbos, *La vie pastorale dans les Alpes françaises*. [...], *op. cit.*, pp. 415-424 et, pour un propos synthétique sur le même sujet, « L'économie pastorale dans quelques vallées savoyardes », *op. cit.*, pp. 54-59.

[639] *Cf.* Max Bruchet, *Notice sur l'ancien cadastre de Savoie*, Annecy, Imprimerie Abry, 1896, notamment sur la valeur juridique de ce cadastre pp. 47-56. Quant à l'utilisation du document dans le cadre géo-historique d'une reconstitution des systèmes agraires comme des paysages ruraux de la Savoie d'Ancien Régime, dans la continuité des travaux pionniers de Paul Guichonnet, (« Le cadastre savoyard de 1738 et son utilisation pour les recherches d'histoire et de géographie sociale », *Revue de Géographie Alpine*, Vol. 43, n° 2, 1955, pp. 255-298) et de Paul Dufournet (*Pour une archéologie du paysage. Une communauté agraire secrète et organise son territoire. Bassy alentours. Haute-Savoie et Ain*, Paris, Éditions Picard, 1978, pp. 29-102), voir notamment : Dominique Baud, « Dynamiques paysagères d'un finage savoyard : l'apport des archives cadastrales (début XVIIIe – fin XIXe s.) », *Géocarrefour*, Vol. 85, n° 1, 2010, pp. 81-93 ; Sébastien Savoy, « Société et démographie en Genevois vers 1730. Les apports du cadastre sarde », *Revue Savoisienne*, Vol. 158, 2018, pp. 101-128.

d'altitude — d'une concentration de la plupart des parcelles de grande superficie au sommet des versants, toutes peu ou prou dévolues à l'exploitation forestière ou au parcours estival des troupeaux. Sans que, toutefois, l'extension singulière des surfaces herbeuses de l'alpage et des prés de fauche au détriment de la forêt, lors des Temps Modernes, inhérente dans ces hauts terroirs des vallées savoyardes à l'apogée d'une « civilisation de la vache » induite par la consécration de l'économie laitière à vocation fromagère du gruyère via l'institution de la « grande montagne » et du regroupement estival du bétail des différents chefs de famille en un « fruit commun » ou « fruitière »[640], ne porte atteinte au particularisme de la nature juridique prioritairement communale de cet opulent parcellaire devenu le support foncier d'une entreprise collective, voire d'une coopérative à gestion directe avant la lettre, en dépit de sa dénaturation très fréquente dans de nombreuses localités, au tournant du Siècle des Lumières, du fait de la privatisation de sa direction par certains notables de la communauté villageoise avides de profits personnels[641].

---

[640] Au sujet de la diffusion à travers les hautes contrées savoyardes septentrionales, à l'instar de tous les massifs nord-alpins voisins, de la recette jurassienne d'un fromage de gruyère exclusivement fabriqué dans le cadre de fruitières d'estive, du crépuscule du XVIe siècle jusqu'au mitant du XIXe siècle *cf.* : François Cochat, « L'origine du gruyère savoyard », *Revue de Savoie*, n°1, 1959, pp. 71-73 ; Hélène Viallet, *Les alpages et la vie d'une communauté montagnarde : Beaufort du Moyen-Âge au XVIIIe siècle*, Mémoires et Documents publiés par l'Académie Salésienne (t. XCIX) / Documents d'Ethnologie Régionale (n° 15), 1993, pp. 96-100 et 148-152 ; Roger Devos, « Fruitiers et fermiers suisses en Savoie. (XVIIe et début du XVIIIe siècle) », *Fromages de Savoie. Le passé, le présent. Actes du colloque de Beaufort-sur-Doron, 23 et 24 octobre 1993. (Réunis par André Palluel-Guillard*), Mémoires et Documents de la Société Savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, t. XCVII, 1995, pp. 43-52 ; Odile Walter, « Les aléas de la commercialisation de la "gruvière" de montagne à la fin du XVIIIe siècle en Beaufortain », *ibid.*, pp. 53-64. Sur le détail de l'organisation de la fruitière d'estive typique des alpages de grande montagne, de l'aube des Temps Modernes à la première moitié du XXe siècle, voir : Philippe Arbos, *La vie pastorale dans les Alpes françaises*. [...], *op. cit.*, pp. 415-424 et Fabrice Mouthon, *Montagnes médiévales* [...], *op. cit.*, pp. 121-125.

[641] En guise d'illustration, via l'évolution du mécanisme pastoral alpin de la fruitière d'estive lors des XVIIIe et XIXe siècles, de l'ambivalence d'institutions montagnardes d'essence communautaire — évoquée *supra* note n° 22 — néanmoins régulièrement détournées de leur logique initiale au profit d'entreprises individuelles de type capitaliste, *cf.* Bruno Berthier, « Les ambiguïtés institutionnelles de la "grande montagne à gruyère" traditionnelle dans les hautes vallées savoyardes. Entre propriété collective du sol et exploitation communautaire des troupeaux », *Propriété individuelle et collective dans les États de Savoie. Actes du colloque international du Programme de Recherche sur les Institutions et le Droit des Anciens États de Savoie, Turin 9-10 octobre 2009. (Contributions réunies par Marc Ortolani)*, Nice, Serre Éditeur, PRIDAES III, 2012, pp. 63-110. Pour une analyse de la consolidation paradoxale via les dispositifs institutionnels de soutien à l'agriculture, depuis la seconde moitié du XXe siècle, de telles rentes individuelles développées sur des espaces pastoraux pourtant autrefois exploités par le moyen d'usages communautaires, voir Corinne Eychenne, « Le pastoralisme entre mythes et réalités : une nécessaire objectivation – l'exemple des Pyrénées », *Géocarrefour* [Revue en ligne], Vol. 92, n° 3, 2018, https://journals.openedition.org/geocarrefour/10987. Sur le thème de la confusion persistante, à l'entame du XXIe siècle, entre la définition des ressources pastorales à l'aune du concept générique de bien commun et la réalité bien plus prosaïque du caractère généralement collectif de leur exploitation *cf.* Corinne Eychenne et Lucie Lazaro, « L'estive entre "biens communs" et "biens collectifs". Représentations des espaces pastoraux et modalités de l'action publique », *Journal of Alpine Research / Revue de Géographie Alpine* [Revue en ligne], 102-2/2014 - Espaces et acteurs pastoraux : entre pastoralisme(s) et pastoralité(s), 2014, https://journals.openedition.org/rga/2297

B – Les enjeux sociologiques favorables au maintien tardif des mécanismes communautaires de mise en valeur des terroirs montagnards

L'exploitation communautaire d'un patrimoine foncier ou la réalisation d'œuvres collectives transcendant l'activité individuelle dans un milieu naturel de prime abord peu favorable à l'implantation humaine du fait d'un relief marqué et d'un climat parfois extrême, telle que l'implantation originelle d'un village par essartage[642], l'édification d'un lieu de culte, la réalisation et l'entretien d'un réseau routier ou d'irrigation, les travaux de rectification d'un cours d'eau naturel impétueux menaçant la sécurité de ses riverains, etc., favorisent fort logiquement la cohésion du groupe social et marquent symboliquement la solidité de son ancrage sur le territoire[643]. En ce sens l'indivision villageoise, inexorablement incorporée au sein de l'institution paroissiale[644] puis communale entre la fin du Moyen-Âge et celle des Temps Modernes, représente bel et bien l'extension séculaire dans la plupart des cas d'une indivision familiale originelle[645] ainsi qu'en témoigne toujours la toponymie dans d'innombrables localités, notamment en Savoie, au cœur du massif alpin occidental[646].

---

[642] Pour une estimation de l'ampleur du phénomène de l'essartage dans les Alpes occidentales, entre les XIe et XIVe siècles, *cf.* Fabrice Mouthon, « L'essartage dans les Alpes occidentales au prisme des sources écrites du bas Moyen-Âge », *Plantes exploitées, plantes cultivées, cultures, techniques et discours. Études offertes à Georges Comet. (Sous la direction d'Aline Durand)*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2007, pp. 109-125. Voir aussi Nicolas Carrier et Fabrice Mouthon, *Paysans des Alpes* [...], *op. cit.*, pp. 70-83.

[643] Cette solidarité « obligée » développée en réponse à la rudesse de l'environnement et contribuant ainsi à la forte cohésion des populations autochtones, s'avère une caractéristique identitaire de toutes les sociétés montagnardes au monde ainsi que l'illustre Fabrice Mouthon, *Histoire des anciennes populations de montagne* [...], *op. cit.*, pp. 243-266.

[644] Pour une analyse des spécificités alpines du mécanisme — au demeurant commun à toute la Chrétienté médiévale — d'émergence des identités locales au gré de l'essor du réseau paroissial, voir : Pierre Duparc, « Confréries du Saint-Esprit et communautés d'habitants au Moyen-Âge », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 4e Série, Vol. 35, 1958, pp. 349-367 et 555-585 ; Fabrice Mouthon, « Circonscriptions religieuses, territoire et communautés dans les Alpes médiévales (XIIe-XVe siècles) : une spécificité montagnarde ? », *Reti Medievali Rivista* [revue en ligne], VII-2006/2, 2006 ; Nicolas Carrier et Fabrice Mouthon, *Paysans des Alpes* [...], *op. cit.*, pp. 135-170. *Cf.* également : Roger Devos, « Confréries et communautés d'habitants en Savoie », *Provence historique*, T. 34 - fasc. 136, 1984, pp. 245-257 ; Fabrice Mouthon, *La naissance des communs* [...], *op. cit.*, pp. 85-94.

[645] Quant à la Savoie *cf.* Fabrice Mouthon : « Entre familles et communautés d'habitants : les pareries dans les Alpes savoyardes des XIIIe et XIVe siècles », *Les hommes en Europe. Actes du 125e Congrès des Sociétés Historiques et Scientifiques, Lille, 2000. (Sous la direction de Patrice Marcilloux)*, Paris, Éditions du CTHS, 2003, pp. 97-120 ; *La naissance des communs* [...], *op. cit.*, pp. 95-105.

[646] En Savoie comme sur l'ensemble de l'espace alpin les anthropotoponymes abondent et la récurrence de tous ceux, fondés sur la souche latine « *villa* » désignant un domaine rural à laquelle est accolée le patronyme de son exploitant initial ou, par extension, de celui de sa famille, illustre ainsi la vague de concessions foncières octroyées au bénéfice de toutes ces parentèles ayant ensuite généré autant de localités villageoises à part entière, de l'Antiquité tardive jusqu'au bas Moyen-Âge, sur le noyau initial de modestes îlots de défrichement. À travers les massifs préalpins occidentaux où les toponymes en « *villa* » s'avèrent plus rares, leur alternative onomastique en « chez les » auxquels est pareillement accolé un nom de famille, témoignent toutefois d'un mécanisme originel semblable de peuplement par l'implantation d'indivisions familiales. Pour une synthèse sur ce point *cf.* Hubert Bessat et Claudette Germi, *Les noms du patrimoine alpin. Atlas toponymique II. Savoie, Vallée d'Aoste, Dauphiné, Provence*, Grenoble, ELLUG, 2004, pp. 192-204.

Le village montagnard et l'environnement foncier de son parcellaire commun, le cas échéant entretenu avec constance par le fonctionnement invariable au cours des siècles d'institutions de nature ouvertement communautaire ou collective constitue par conséquent l'espace symbolique de déploiement d'une forte identité locale dont le statut ou le règlement, sous la forme de franchises seigneuriales, lors du bas Moyen-Âge, puis de bans champêtres plus ou moins générés à titre coutumier par la collectivité elle-même avant l'intervention de plus en plus pressante d'autorités étatiques commuées en autorités de tutelle au cours de l'Époque moderne, représente presque l'acte officiel de constitution ou de reconnaissance[647]. Et si la plupart de ces documents écartent du bénéfice des biens communs les étrangers à la communauté — les « forains » du voisinage plus ou moins proche[648] — dans certaines communes alpines souvent qualifiées par les observateurs ultérieurs de véritables « républiques d'altitude » à l'image des anciens Escartons dauphinois des Alpes occidentales du Sud, des bourgeoisies valaisannes des Alpes helvétiques, ou encore celles des confédérations des Alpes centrales et orientales italiennes, des bâtiments spécifiques sont régulièrement érigés au cours des Temps Modernes en autant de « maisons communes » affectées à la conservation des exemplaires originaux des précieuses chartes de franchises concédées par leurs anciens seigneurs, attestant de cette autonomie locale souvent acquise à fort prix d'argent et du mode corrélatif de gestion de terres communes devenues « libres » de toute sujétion seigneuriale[649]. Puis, au fur et à mesure du développement inexorable de l'emprise de la structure étatique sur ces communautés, lors des XVIIe et XVIIIe siècles, l'attachement manifesté par les populations montagnardes à leur vaste patrimoine foncier commun joue par conséquent le rôle d'un précieux exutoire via l'exacerbation de la fierté indigène à l'encontre de la réalité insidieuse d'une immixtion croissante de la structure administrative dans la gestion des affaires locales. À la manière de prime abord déroutante dont l'attachement viscéral de nombreux ayants-droit des « communiers » de naguère à l'endroit d'institutions ou de pratiques

---

[647] *Cf. supra* note n° 15 et 21. Pour une illustration savoyarde de cette logique voir aussi : Lucien Chavoutier, *Villages de montagne en Savoie*, Chambéry, Société Savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, 1995, pp. 38-68 ; Michaël Gelting, « La communauté rurale, rouage de l'administration fiscale : l'exemple de la Maurienne (XIVe-XVe siècle) », *Le Alpi medievale nello sviluppo delle regione contermini. (A cura di Gian Maria Varanini)*, Napoli, Ligori Editore, 2004, pp. 17-34 ; Fabrice Mouthon, *Savoie médiévale, naissance d'un espace rural*, Chambéry, Société Savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, 2010, pp. 68-75. Quant au Piémont voisin *cf.* Riccardo Rao, *Comunia. Le risorse collettive nel Piemonte comunale*, *op. cit.*, pp. 2011-2041.

[648] Le qualificatif de « forain » s'applique également dans chacun de ces documents au bétail susceptible d'être inalpé sur les alpages communaux — ou demeurés indivis dans le cas de la perpétuation de simples consortages de droit privé — lorsque celui-ci est considéré l'été venu comme « étranger » pour n'avoir pas été hiverné dans la localité et par conséquent formellement nourri lors de la « mauvaise saison » avec le seul fourrage récolté quelques mois plus tôt au sein des limites villageoises ou paroissiales. Au sujet de la multiplication de ces lancinants conflits relatifs à l'inalpage du « bétail étranger » corrélativement à la consécration de la propriété communale, à l'aube des Temps Modernes, *cf.* Fabrice Mouthon, *Montagnes médiévales* [...], *op. cit.*, pp. 60-66 et 90-94.

[649] La bibliographie — notamment en langue allemande et italienne — s'avère évidemment très abondante en la matière. Néanmoins et pour un propos synthétique *cf.* Jean-François Bergier, « Le cycle médiéval : des sociétés féodales aux États territoriaux », *Histoire et civilisation des Alpes. I – Le destin historique. (Sous la direction de Paul Guichonnet)*, Lausanne, Payot, 1980, pp. 239-244. Voir également Nicolas Carrier et Fabrice Mouthon, *Paysans des Alpes* [...], *op. cit.*, pp. 339-374.

communautaires d'usage de ces communs devenues résiduelles pour la majorité de ces « néo-comparsionniers » confine parfois à un folklore teinté de nostalgie, aujourd'hui, dans le contexte d'un espace montagnard largement rurbanisé où, sur fond de déshérence des terroirs notamment forestiers les plus difficiles d'accès, les problématiques purement agropastorales ne concernent plus guère qu'une poignée d'habitants[650].

Étrange sublimation d'un passé communautaire en effet dès lors que dès la fin des Temps Modernes jusqu'à l'époque charnière de la Belle Époque caractéristique d'un exode massif des populations montagnardes imputable à la Révolution industrielle et générateur d'une déprise agropastorale sévère, le mode de gestion de ces vastes communs fonciers se dénature insidieusement sur de nombreux massifs. En faisant la part belle aux « coqs de village », soit les plus notables des chefs de famille au sein de communautés villageoises devenues nettement moins égalitaires, bien souvent, que ne le laissent entendre les souvenirs sublimés du « bon vieux temps jadis » au vu de la stricte hiérarchie sociale caractérisant en réalité leur complexion intime. Et permettant alors aux plus influents de leurs membres de détourner à leur profit une part du patrimoine collectif au détriment de la logique communautaire initiale de gestion de celui-ci, ainsi qu'en témoigne comme déjà relevé plus haut la fréquence de l'affermage — sous l'appellation parfois trompeuse d'amodiation ou d'ascensement[651]— voire de l'aliénation pure et simple de certaines des meilleures

[650] Sur ce thème du regain d'intérêt persistant dans l'opinion publique, depuis les dernières décennies du XXe siècle et trop souvent au grand dam de leur navrante « folklorisation », des formes traditionnelles de la ruralité montagnarde, *cf.* par exemple : Gérard Collomb, « "Parler foklore" : les fêtes au village en Savoie », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. 68 (Nouvelle Série), 1980, pp. 83-93 ; Alain Olivier, « Vers une nouvelle ruralité dans la montagne touristique et urbaine ? Le cas de Saint-Gervais-les-Bains », *Revue de Géographie Alpine*, Vol. 81, n° 2, 1993, pp. 167-180, notamment « Des usages ruraux de l'espace naturel à l'identité territoriale » pp. 175 à 178) ; Steve Hagimont, « Les montagnes touristiques. Altérations et permanences d'un imaginaire de la ruralité. (Pyrénées, fin XVIIIe-XXIe siècles) », *Ruralité, nature et environnement. Entre Savoirs et imaginaires. (Sous la direction de Philippe Hamman)*, Toulouse, Érès, 2017, pp. 425-454.

[651] En vertu d'une tradition linguistique tenace dans les Alpes occidentales du Nord jusqu'à l'aube du XIXe siècle, le bail à ferme devenu usuel au cours de l'Ancien Régime sous la forme d'un bail à rente foncière classique, pourtant fondamentalement distinct de la tenure féodale roturière représentée par « l'albergement » ou « bail à cens » médiéval en dépit de son caractère également perpétuel, est malheureusement souvent qualifié de manière équivoque « d'ascensement » ou « d'accensement » plutôt que « d'amodiation » dans de nombreux documents contemporains, à la grande confusion de leurs lecteurs actuels.

parcelles communales d'estive, tout au long des XVIIIe et XIXe siècles, dans les Alpes occidentales du Nord, à l'avantage de « gros montagnards » devenus par ce moyen de précoces magnats de l'économie de l'élevage et de la production fromagère[652].

II – La « rationalisation » moderne du statut juridique des communs montagnards

Les mécanismes indivis ancestraux inhérents au modèle agropastoral montagnard tels qu'ils se dégagent des premiers documents d'archives que lègue le Moyen-Âge finissant à la Postérité, du XIIIe au XVe siècle, révèlent fort logiquement la nature féodo-seigneuriale d'un système foncier contemporain dans lequel ils s'enchâssent, combinant sur de mêmes parcelles au grand dam des concepts juridiques actuels l'existence concurrente des droits éminents d'un seigneur de la terre avec ceux, utiles, de leurs tenanciers bénéficiaires à titre individuel ou collectif d'une tenure perpétuelle onéreuse, ordinairement qualifiée « d'albergement » dans l'espace alpin nord-occidental[653]. Dans cette logique institutionnelle étrangère à la définition d'une propriété exclusive d'influence romaine telle qu'elle triomphe tardivement, en 1804, dans la formulation de l'article 544 du Code napoléon[654], la

---

[652] Dans le Duché de Savoie par exemple, à la lettre des « instructions » de 1738 les syndics communaux sont systématiquement nommés par l'Intendant provincial, représentant direct du pouvoir royal. Immanquablement de telles fonctions sont alors confiées aux notables éminents de la localité, dorénavant garants de la « bonne » gestion du patrimoine communal et souvent sensibles, à ce titre, à la rhétorique diffusée avec constance par des autorités administratives favorables à un affermage généralisé des alpages. Dans les hautes vallées où l'ampleur des communaux le permet, les œuvres locales à l'instar de la réfection des édifices paroissiaux selon les canons artistiques baroques popularisés par le mouvement de la Contre-Réforme, ou du rachat des droits seigneuriaux à compter de la promulgation en 1771 des édits d'abolition de la féodalité foncière, sont ainsi fréquemment financés par la perception de tels loyers. Voire par la vente pure et simple des « montagnes » concernées au plus grand profit des édiles et de leurs parentèles, ainsi qu'il en a été la norme en Beaufortain. Sur la réforme communale de 1738, *cf.* Gabriel Pérouse, *Inventaire sommaire des Archives départementales de la Savoie antérieures à 1793*. Série E - Supplément. *Archives communales. Arrondissement d'Albertville*, Chambéry, Imprimerie Nouvelle, 1911, pp. XVI-XXVII. Au sujet de la mainmise des « coqs de village » sur les propriétés communales dans la Savoie d'Ancien Régime : *ibid.*, pp. LXIX-LXXII ; Jean Nicolas, *La Savoie au 18e siècle*. [...], *op. cit.*, T. I, pp. 530-538 et T. II, pp. 1103-1114 ; Hélène Viallet, *Les alpages et la vie d'une communauté montagnarde : Beaufort du Moyen-Âge au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, pp. 70-81 et 100-124. Pour l'évocation pyrénéenne d'une semblable logique d'accaparement de terres communes par les élites montagnardes *cf.* Élisabeth Bille, Marc Conesa et Roland Viader, « L'Appropriation des espaces communautaires dans l'est des Pyrénées médiévales et modernes : enquête sur les cortals », *Les espaces collectifs dans les campagnes. XIe-XXIe siècle*. [...], *op. cit.*, pp. 177-194.

[653] *Cf.* Pierre Duparc, « Les tenures en hébergement et en abergement », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. 122, 1964, pp. 5-88 et Fabrice Mouthon, « La famille et la terre : exploitations paysannes au sud du Léman à la fin du XIIIe siècle », *Revue Historique*, n° 624 (2002/4), pp. 891-937. Pour une synthèse d'assise géographique plus large voir aussi Roland Viader, « Les contrats agraires dans le sud de la France (X^e^-XVe siècles) », *Contratti agrari e rapporti di lavoro nell'Europa medievale. Atti del convegno internazionale di studi, Montalcino, 20-22 settembre 2001. (A cura di Alfio Cortonesi, Massimo Montanari e Antonella Nelli)*, Bologna, CLUEB, 2006, pp. 225-250.

[654] Le thème a certes été très largement documenté depuis la publication de l'étude fondatrice de Philippe Sagnac, *La Législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, Hachette et Cie, 1898, pp. 57-244. Cependant, pour une présentation de l'évolution doctrinale et idéologique conduisant aux solutions révolutionnaires et napoléoniennes *cf.* également : Édith

distinction aujourd'hui classique entre les sphères du droit public et du droit privé, elle aussi héritée de la tradition institutionnelle du Bas-Empire romain par-delà la parenthèse médiévale, ne saurait également exister[655]. Pourtant avec le renouveau de l'institution étatique imputable à l'affirmation croissante de l'autorité royale au détriment des grands féodaux, elle interfère peu à peu, à compter de la Renaissance, sur le sort assigné aux différents types de biens communs fonciers. Et immanquablement, sous l'influence des conseillers du Prince, bientôt affublés d'un exposé « civiliste » ou « romaniste » outré de leur complexion intime, ceux-ci sont alors assignés en nombre par les agents de l'Administration princière au patrimoine privé d'entités publiques communales ancêtres des actuelles collectivités territoriales éponymes, n'échappant que très rarement à cette affectation pour demeurer alors, par exception, attachés à celui d'entités associatives particulières[656]. Par la vertu de la science des légistes férus du droit byzantin de Justinien, le titulaire indivis d'une prérogative foncière jusqu'alors exercée à titre collectif sur des biens-fonds communs se mue par conséquent en simple bénéficiaire usager d'une servitude limitée au démembrement partiel du droit de propriété exclusif d'un tiers. Tandis que l'indivision originelle des « communiers » se dénature de manière tout aussi irrésistible en la propriété exclusive d'une personne morale de droit public.

A – L'adaptation des communs fonciers au gabarit du droit privé ou la consécration de l'hybride[657] romaniste de la « servitude usagère »

À compter de la renaissance de la science juridique antique[658] les légistes médiévaux, glossateurs et canonistes pareillement savants *in utroque jure*, s'inspirent

---

Géraud-Llorca, « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime. 1750-1789 », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 53-76 ; Rafe Blaufarb, *L'invention de la propriété privée. Une autre histoire de la Révolution*. Ceyzérieu, Champ Vallon, 2019, pp. 25-72.

[655] Ce n'est qu'à l'entame du XIVe qu'une telle distinction réapparaît sous la plume mal assurée des légistes, ainsi que le rappelle Gérard Giordanengo, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen-Âge », *Cahiers de Recherches Médiévales et Humanistes*, 7 - Droit et pouvoirs, 2000, pp. 45-66.

[656] À travers les Alpes occidentales « consortages » et autres « bourgeoises » représentent ainsi les rares reliques montagnardes d'indivisions ou de « sociétés » foncières originelles ayant résisté au processus de communalisation ou de municipalisation de celles-ci mis en œuvre avec autorité par les pouvoirs princiers à l'aube des Temps Modernes. *Cf.* Nicolas Carrier et Fabrice Mouthon, Paysans des Alpes. [...], *op. cit.*, pp. 231-241 et Fabrice Mouthon, *La naissance des communs*. [...], *op. cit.*, pp. 95-112. Voir aussi les monographies historiques savoyardes et valaisannes de : Pierre Duparc, « Une communauté pastorale en Savoie : Cheravaux », *Actes du 88e Congrès national des Sociétés savantes. Clermont-Ferrand 1963*, Paris, CTHS, 1966, pp. 309-329 et « La montagne d'Aufferand. Cinq cent cinquante ans de communauté pastorale », *Économies et sociétés dans le Dauphiné médiéval. Actes du 108e Congrès National des Sociétés Savantes*, Paris, CTHS, 1984, pp. 161-181 ; Françoise Gardelle, « Histoire d'un alpage communautaire, l'alpage de Loriaz (Haute-Savoie) », *Revue de Géographie Alpine*, Vol. 64, n° 2, 1976, pp. 185-205. Pour une analyse de la résistance jusqu'à l'heure actuelle enfin, via quelques dizaines de « sociétés d'alpages » disséminées à travers les deux départements savoyards, de « forme[s] médiévale[s] de l'appropriation privée collective » *cf.* Robert Mériaudeau, *À qui la terre* ? [...], *op. cit.*, pp. 169-179. Yann Decorzant, Jean-Charles Fellay et Jean Rochat, « S'unir pour survivre : le consortage d'alpage du Scex Blanc (1922-1979) », *La terre et ses usages. Suisse et espaces avoisinants* [...], *op. cit.*, pp. 97-120.

[657] Selon la judicieuse formule proposée par Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage et Code civil. L'invention d'un hybride juridique*, Paris, Bibliothèque de droit privé, T. 450, LGDJ, 2006, pp. 34-45.

de la tradition romaine au prix d'un amalgame de matériaux de nature pourtant différente, indistinctement tirés des droits quiritaire et prétorien dans le but de construire à neuf une théorie juridique susceptible de trancher enfin radicalement, par le caractère exclusif des prérogatives reconnues au propriétaire sur la chose objet de propriété[659], avec les concepts féodaux d'une complexe relativité des droits concurrents du seigneur et de son tenancier sur celle-ci[660]. Dans la continuité de ces premiers efforts romanistes de rationalisation des institutions foncières, les

---

[658] Le massif alpin en son entier, proche du foyer padan de renaissance de la science romaine du droit au lendemain de l'an mil, relève dès le XIIIe siècle d'une aire juridique dite de « droit savant » ou « écrit » éminemment favorable à l'affirmation croissante d'un modèle de propriété foncière exclusive, défini à la mode romaniste. De fait la présomption d'allodialité des terres s'y impose largement en faveur de leurs exploitants effectifs en vertu de l'adoption par la pratique juridique et judiciaire, rapidement relayée par la législation civile princière dès cette date, de la maxime « nul seigneur sans titre ». Sur ce point *cf.* par exemple : Gérard Giordanengo, *Le droit féodal dans les pays de droit écrit. L'exemple de la Provence et du Dauphiné. XIIe-début XIVe siècle*, Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, Rome, 1988, pp. 111-152. Au sujet de la « réception » précoce du droit romain en Savoie *cf.* Pierre Duparc, « La pénétration du droit romain en Savoie (première moitié du XIIIe siècle) », *Revue Historique de Droit français et Étranger*, Paris, Sirey, 1965, pp. 22-86. Sur celui des premières atteintes romanistes portées à la propriété féodale par les notaires publics lors de la rédaction de nombreuses chartes, au cours des XIIIe et XIVe siècles, dans ces confins savoyards, au moyen de l'assimilation fallacieuse des tenures seigneuriales à l'emphytéose romaine *cf.* : Laurent Chevailler, *Recherches sur la réception du droit romain en Savoie. Des origines à 1789*, Annecy, Gardet Éditeur, 1953, p. 108. ; Louis Falletti, « Le contraste juridique entre Bourgogne et Savoie au sujet de la mainmorte seigneuriale », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans*, Fasc. 23, Dijon, Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions […], 1962, pp. 7-82, (quant à la romanisation notoire de l'analyse des tenures féodales voir plus spécialement p. 47 à 82).

[659] Le mécanisme de la propriété consacrée en 1804 par le Code napoléon découle en effet de l'institution romaine ancestrale de droit civil — ou de droit strict — permettant aux seuls citoyens romains bénéficiaires du droit des quirites d'exercer la plénitude de droits réels sur l'étendue de fonds limitativement situés en Italie centrale — les *res mancipi* — par opposition aux terres provinciales objet de ce droit d'usage personnel plus limité que représente la possession progressivement dégagée par le préteur, à compter du IIe siècle av. J.-C., au bénéfice des citoyens romains comme, plus largement, des simples pérégrins. Il faut donc attendre l'action de canonistes médiévaux puis de romanistes modernes peu respectueux des critères antiques de distinction pour que les deux institutions soient rapprochées en une seule logique et que la possession, pourtant simple droit personnel du possesseur antique de bonne foi, soit peu à peu regardée à la manière d'une espèce de propriété imparfaite comme « l'amorce » d'un droit réel. Sur ce point *cf.* : Robert Besnier, « De la loi des XII tables à la législation d'après-guerre : quelques observations sur les vicissitudes de la notion romaine de propriété », *Annales d'Histoire économique et sociale*, T. 9, n° 46, 1937, pp. 321-342 ; Anne-Marie Patault, « Réflexions sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *Revue Historique de Droit français et étranger*, Vol. 55, n° 2, 1977, pp. 239-256 ; Pierre Thévenin, « Situer la possession. Du droit romain de l'appartenance aux nouveaux modèles propriétaires », *Clio @ Thémis. Revue électronique d'Histoire du droit*, n° 14 –2018, https://www.cliothemis.com/Situer-la-possession-Du-droit

[660] Progressivement consacrée lors du haut Moyen-Âge la logique féodale du double domaine foncier a pourtant été théorisée très tardivement par des légistes usant à cette fin de concepts romains antiques ouvertement détournés de leur signification originelle. Sur ce point *cf.* : Edmond Meynal, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVe dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique », *Mélanges Hermann Fitting*, t. II, Montpelier, Société Anonyme de l'Imprimerie générale du Midi, 1908, pp. 409-461 ; Robert Feenstra, « Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des *ultramontani*) », *Flores legum H.-J. Scheltema antecessori Gronigano oblati*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1971, pp. 49-93. Sur le thème incident de l'incompatibilité ne serait-ce que sémantique entre les concepts de « domaine » et de « propriété » voir aussi Laurent Pfister, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue Générale de Droit*, Vol. 38, n° 2, Ottawa / Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2008, pp. 303-338.

successeurs modernes de ces canonistes et autres légistes consacrent définitivement par les célèbres formules du Code civil de 1804 le caractère unitaire des droits réels exercés sur les choses en définissant restrictivement les rares cas, nécessairement limités au bail, à l'usufruit et aux servitudes foncières, du démembrement de cette propriété exclusive[661]. Et puisque l'idéal des Lumières fondé sur le principe de la sacralisation d'une égalité absolue entre une masse de citoyens « interchangeables » tient en horreur toute forme plus ou moins nette de privilège personnel, quel qu'en soit le mobile[662], fermement dénoncée en matière rurale par une école physiocratique n'y voyant qu'entraves navrantes à l'exploitation rationnelle des terres[663], le titulaire ancestral de prérogatives usagères exercées de concert avec ses co-indivisaires sur l'ensemble du finage alentour se mue ainsi subrepticement en ayant-droit d'une simple servitude foncière d'exercice limité sur certaines parcelles de celui-ci[664]. Le privilège d'usager initialement accordé *intuitu personnæ* à chacun de ses bénéficiaires, ès qualité de consort, s'efface en glissant dans la catégorie impersonnelle des droits réels démembrés au profit exclusif d'une communauté de communiers dont les membres, dorénavant titulaires d'un droit indirect de créance sur la collectivité, mais soumis à son bon vouloir quant à la répartition harmonieuse de ses produits fonciers, ne peuvent revendiquer que l'octroi d'une quote-part. Point de salut en marge d'une propriété entendue à la mode romaniste, avec pour conséquence notoire dès lors que le droit personnel d'autrefois s'est commué en droit réel indistinctement exercé *ut singuli* ou *ut universi* par ses bénéficiaires sur la propriété d'un tiers, qu'il s'agisse d'un particulier relevant d'un statut de droit privé ou de la personne devenue publique d'une communauté d'habitants, la possibilité pour le propriétaire exclusif du fonds servant de cette servitude usagère hybride d'en limiter l'emprise et, sous certaines conditions, d'en obtenir le cantonnement[665].

---

[661] Du fait de son élaboration médiévale puis moderne par des juristes versés dans la science des deux droits canonique et romain le concept de propriété consacré en 1804 par le Code Napoléon, en réalité assez peu fidèle à son modèle antique par l'affirmation thomiste de sa nature universelle, doit donc autant — sinon plus — le principe de son caractère absolu ou unitaire à l'enseignement de la théologie chrétienne amplifié par celui des romanistes de l'Ancien régime, qu'à la prose des jurisconsultes antiques. *Cf.* Marie-France Renoux-Zagamé : *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, *op. cit.*, pp. 203-362 et, pour un propos plus synthétique sur le même thème, « Définir le droit naturel de propriété ? », *Histoire de la Justice*, n° 19 - Les penseurs du Code civil (2009/1), Paris, Association Française pour l'Histoire de la Justice / La Documentation Française, 2009, pp. 321-330.

[662] *Cf.* Xavier Martin, « Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France », *Bulletin de la Société Française d'Histoire des idées et d'Histoire religieuse*, n° 3, 1986, pp. 37-85 et « L'individualisme libéral en France autour de 1800, essai de spectroscopie », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, n° 4, 1987, pp. 87-144.

[663] Pour un exposé synthétique *cf.* Jean Gay, « Les physiocrates et les "communs" en France. Doctrines et projections administratives entre 1750 et 1789 », *Il pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee politiche et sociali*, XXI, n° 2, 1988, pp. 218-228.

[664] Caroline Gau-Cabée détaille minutieusement cette mécanique insidieuse après avoir rappelé le caractère persistant pour le sens commun, depuis la fin de l'Ancien Régime, d'un fâcheux amalgame entretenu voire instrumentalisé par les pouvoirs publics entre les droits d'usage reconnus de longue date aux populations rurales et la propriété foncière des communes, de consécration somme toute beaucoup plus récente à l'aube des Temps Modernes : *Droits d'usage et Code civil.* [...], *op. cit.*, pp. 61-167.

[665] Depuis l'apogée de la réaction féodale du milieu du Siècle des Lumières jusqu'au mitan du siècle suivant les opérations de cantonnement de nombreux droits d'usage communautaires se multiplient dans les campagnes d'Europe de l'ouest, largement redevables à l'action énergique de feudistes

Panacée juridique universelle des civilistes modernes ces servitudes *sui generis* adaptées au gabarit de la science juridique romaniste, du fait de leur remarquable plasticité conceptuelle, s'appliquent indistinctement à l'usage proprement dit des sols, qu'il s'agisse de l'exploitation des pâturages et de l'affouage des bois ou de la cueillette et de la chasse, mais également à l'usage de la force motrice des eaux courantes ou à la pêche en eaux dormantes. À l'origine proche d'une simple possession assimilée à l'exercice souple d'une potentialité d'action personnelle sur la chose, le droit d'usage est devenu par le moyen de ce tour de « passe-passe » juridique un droit réel fixe et rigide, issu du démembrement accessoire au profit d'ayants-droit distincts du propriétaire, des prérogatives par ailleurs exclusives reconnues à ce dernier sur le fonds servant[666]. En matière d'usage des eaux courantes par exemple, le droit d'arrosage si vital à l'agriculture des zones de montagne, naguère reconnu à la collectivité villageoise par le seigneur éminent des lieux, est devenue la servitude accessoire impersonnelle établie au profit des seuls fonds dominants contigus au cours d'eau, en dehors de toute référence communautaire affective, devenue irrationnelle à l'esprit moderne[667].

---

spécialisés. Que ce soit par la transformation au profit de leurs anciens titulaires en un droit réel accessoire limité, c'est-à-dire en une servitude foncière portant sur certains fonds relevant d'un tiers, des prérogatives usagères jusqu'alors exercées à titre individuel ou collectif sur un ensemble plus vaste. Ou, plus fréquemment encore et notamment au cœur des massifs forestiers, qu'il s'agisse de la reconnaissance aux anciens usagers d'un droit réel non démembré, constitutif de la pleine propriété d'un canton détaché des confins sur lesquels s'exerçait l'antique droit d'usage. En conséquence un nombre non négligeable de biens communaux procèdent donc, de la veille de la Révolution jusqu'à la Belle Époque, de telles manipulations juridiques vivement encouragées par des services administratifs désireux d'éteindre le lancinant conflit des droits d'usage agitant des campagnes à leur *optimum* démographique. Au sujet des cantonnements forestiers *cf.* : Guy Antonetti, « Le partage des forêts usagères ou communales entre les seigneurs et les communautés d'habitants », *Revue Historique de Droit français et étranger*, Vol. 41, 1963, pp. 238-286, 418-442 et 592-634 ; Pierre Chevallier, « Les droits d'usage et les cantonnements dans les forêts domaniales de l'Isère au XIXe siècle », *Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine (XIXe-XXe siècles)…*, Paris, PUF, 1985, pp. 11-28.

[666] Pour un exposé précis de cette construction doctrinale et jurisprudentielle conduisant dès les premières décennies du XIXe siècle à l'assimilation des droits d'usage personnels les plus ancestraux aux servitudes réelles récemment définies par le Code civil, *cf.* Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage et Code civil.* […], *op. cit.*, pp. 139-177. Sur le thème du lancinant contentieux généré par l'établissement des preuves de l'existence ou de la désuétude de l'usage, notamment via le recours à la prescription, faute de titre originel, *ibid.*, pp. 237-490, et sur le thème non anodin des enjeux sémantiques dans la distinction de l'usage et de la servitude *cf.* plus spécialement pp. 268-277.

[667] Pour une analyse à la fois historique et prospective de ces droits d'eau à vertu d'arrosage, *cf.* Alice Ingold, « Les sociétés d'irrigation : bien commun et action collective », *Entreprises et histoire*, Vol. 50 (2008/1), pp. 19-35 et « To historicize or naturalize nature: Hydraulic communities and administrative states in nineteenth-century Europe », *French Historical Studies*, Vol. 32, Issue 3, 2009, pp. 385-417. En complément des monographies savoyardes évoquées *supra* note n° 28, consulter aussi : Thierry Ruf, « droits d'eau et institutions communautaires dans les Pyrénées orientales. Les tenanciers des canaux de Prades (XIVe-XXe siècles) », *Histoires & Sociétés rurales*, Vol. 16, 2001/2, pp. 11-44 ; Dolorès de Bortoli et Pascal Palu, « Droits d'eau en Soule (Pays Basque français) d'hier à aujourd'hui », *Histoires d'une eau partagée. Irrigation et droits d'eau, du Moyen Âge à nos jours, Provence, Alpes, Pyrénées. (Sous la direction de Olivia Aubriot et Geneviève Jolly)*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2002, pp. 213-227. Quant à la problématique plus générale de l'évolution du statut juridique des eaux *cf.* : Jean-Louis Gazzaniga et Xavier Larrouy-Castéra, « Le droit de l'eau en France : entre permanences et mutations », *Les cahiers de droit*, Vol. 51, n°3-4, 2010, pp. 899-922 ; François Goliard, « Les cours d'eau : entre droits de propriété et droits d'usage », *ibid.*, n° 3-4, 2010, pp. 637-658 ; Alice Ingold, « Gouverner les eaux courantes en France au XIXe siècle. Administration, droits, savoirs », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2011/I, pp. 69-104 et « Conflits sur les eaux

B – L'adaptation des communs fonciers au gabarit du droit public ou la consécration d'une « municipalisation »[668] des antiques « indivisions usagères »

« C'est un fait [...] que la commune, en Savoie, naquit avec le communal, et que, bien avant que de devenir une circonscription administrative, elle fut une association de copropriétaires ». Gabriel Pérouse, archiviste en chef du soixante-treizième département français à l'aube du XXe siècle et savant analyste de l'histoire des institutions locales, a forgé avec cette formule judicieuse[669] l'une des meilleures illustrations du lien intime qu'au cœur des Alpes occidentales du Nord les communes rurales entretiennent depuis l'origine — comme dans toutes les autres contrées d'Europe occidentale à vrai dire, tant l'affirmation s'avère également pertinente hors du contexte montagnard — avec les vastes communaux auxquels elles doivent en quelque sorte une large part des arguments ayant justifié, au cours des Temps Modernes, leur consécration institutionnelle au titre de personnes morales de droit public.[670]

Au sortir du Moyen-Âge le pouvoir princier en manque chronique de moyens financiers pour mener à bien son projet politique de restauration d'une autorité étatique incontestée par l'exercice exclusif des monopoles régaliens de police et de justice, entreprend la mise sur pied d'un système ambitieux de perceptions fiscales permanentes dont les communautés d'habitants deviennent le support territorial

---

courantes en France au XIXe siècle, entre administration et justice : de l'enchevêtrement des droits et des savoirs experts », *Faire la preuve de la propriété. Droits et savoirs en Méditerranée (Antiquité-Temps modernes). (Sous la direction de Julien Dubouloz et Alice Ingold)*, Roma, Collection de l'École française de Rome, 2012, pp. 303-333.

[668] Certains auteurs, comme Fabrice Mouthon, usent du néologisme de « communalisation » pour rendre compte de ce phénomène institutionnel devenu irrésistible à l'issue du Moyen-Âge ; (*cf.* par exemple *La naissance des communs* [...], *op. cit.*, p. 79). Or en visant explicitement l'institution municipale consacrée par le droit public au cours des Temps Modernes, l'emploi ici délibéré de celui de « municipalisation » vise à éviter l'amalgame et par conséquent la confusion trop fréquente entre l'institution de la commune proprement dite et les communautés de propriétaires indivis ayant résisté à l'emprise croissante des pouvoirs étatiques jusqu'à aujourd'hui sous les appellations les plus diverses — à l'image des « communautés pastorales » ou forestières, des « consortages » ou « consorteries » et autres « bourgeoisies » des Alpes du Nord — pour demeurer d'incontestables institutions foncières de droit privé en dépit de leur flagrante incapacité à se fondre parfaitement dans l'univers des concepts civilistes actuels.

[669] Gabriel Pérouse, *Inventaire sommaire des archives départementales* [...], *op. cit.*, p. I.

[670] *Ibid.* : « Les titres de la possession indivise que ses membres ont des biens communaux, les pièces des procès qu'ils soutinrent pour la défendre et celles qui regardent la gestion de ces biens, voilà donc le fonds essentiel et primitif des archives de nos communes, et il en résulte, d'abord, une grande inégalité dans leur importance : peu abondantes, en général, et parfois insignifiantes là où les biens communaux sont eux-mêmes restreints, c'est-à-dire dans les parties les moins montagneuses du pays, elles sont considérables et souvent riches en documents anciens dans les hautes vallées de la Maurienne et de la Tarentaise, où la nature, en effet, favorise l'extension de la propriété communale ; il s'en suit en outre, dans ces mêmes régions, que la population attribua ordinairement aux archives la valeur qu'on attache à des titres de propriété ; des recherches y étaient faites, avec le concours de paléographes, dès qu'un procès surgissait à propos des biens communaux : chacun s'y intéressait passionnément, et ce sentiment a été leur meilleure sauvegarde ».

ordinaire, sous le contrôle étroit d'agents administratifs déconcentrés[671]. Chaque chef de famille non privilégié étant désormais assujetti à l'impôt, il semble en effet efficient de demander aux représentants pour ce faire élus de la communauté villageoise de participer à la répartition[672] entre tous les faisant-feux de la localité de ce prélèvement direct récurrent, en tenant compte des facultés contributives réelles de chaque foyer fiscal[673]. Si bien qu'au sein de la nouvelle entité administrative civile se dégageant peu à peu de la circonscription ecclésiastique de la paroisse cette évaluation du patrimoine imposable étant dans de nombreuses provinces d'Europe occidentale rapidement étalonnée sur les avoirs fonciers de chaque « maisonnée », certaines communautés d'habitants font parfois établir à leurs frais, par souci d'équité, de premiers documents à finalité cadastrale incontestable distincts des traditionnels terriers seigneuriaux voués au recensement de la kyrielle des servis et charges imputables au *complexum feodale* grevant toujours, par ailleurs, les revenus de la terre[674]. Or selon un processus institutionnel en tout point semblable à celui ayant insensiblement transformé en servitudes foncières fixes les droits d'usage personnels initialement reconnus à chacun des membres de la communauté des voisins sur le *saltus* environnant, cet impôt personnel pesant sur la tête de chaque

---

[671] Sur le thème de la justification, notamment par l'école thomiste, de la perception par le pouvoir princier de « finances extraordinaires », se reporter à l'étude de Lydivine Scordia, *« Le Roi doit vivre du sien » La théorie de l'impôt en France (XIIIe-XVe siècles)*, Paris, Institut d'Études Augustiniennes, 2005, ou pour une présentation condensée, « Le roi doit "vivre du sien". Histoire d'un lieu commun fiscal », *L'impôt au Moyen-Âge. L'impôt public et le prélèvement seigneurial en France, fin XIIIe-début XVIe siècle. Tome I – Le droit d'imposer (Sous la direction de Philippe Contamine, Jean Kerhervé et Albert Rigaudière)*, Paris, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France, 2002, pp. 97-136. Quant aux États de Savoie contemporains *cf.* Bernard Demotz, *Le Comté de Savoie du XIe au XVe siècle. Pouvoir, château et État au Moyen-Âge*, Genève, Slatkine, 2000, pp. 284-300.

[672] Tout au long des Temps Modernes dans le Royaume de France comme dans la plupart des principautés d'Europe occidentale, l'impôt direct de la taille demeure un impôt de répartition et non de quotité, *cf.* : Christian Ambrosi, « Aperçus sur la répartition et la perception de la taille au XVIIIe siècle », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, t. 8, n° 4, 1961, pp. 281-300.

[673] À l'entame des Temps Modernes l'âtre ou le « feu » autour duquel se regroupe au quotidien sous l'autorité de son patriarche une famille souvent composée de plusieurs branches de collatéraux cohabitant sous le même toit, symbolise le siège traditionnel d'unités domestiques à très fréquente destination agricole dans une société demeurée fondamentalement rurale et, à ce titre, finit par désigner sous la dénomination imagée de « foyer fiscal » l'assiette de perception de la taille princière pesant sur tous les roturiers. *Cf.* Jean-Pierre Legay, *Le feu au Moyen-Âge*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 17-42.

[674] Tel est la nature, par exemple, des compoix dans les provinces françaises méridionales d'Aquitaine et du Languedoc : Georges Frêche, « Compoix, propriété foncière, fiscalité et démographie historique en pays de taille réelle (XVIe-XVIIIe siècles) », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, t. 18, n° 3, 1971, pp. 321-353 ; Jean-Loup Abbé, « Estimes et cadastres médiévaux et modernes, une recherche innovante », *Estimes, compoix et cadastres. Histoire d'un patrimoine commun de l'Europe méridionale (Sous la direction de Jean-Loup Abbé)*, Toulouse, Le Pas d'Oiseau, 2017, pp. 16-33. Dans les États de Savoie où les réformes amédéennes des années 1730 en généralisent enfin le principe de manière uniforme, le recensement dans le seul duché éponyme d'une quinzaine de cadastres communaux confectionnés dès la seconde moitié du XVIe siècle — comme à Granier en Tarentaise ou à Termignon en Maurienne — atteste néanmoins la précocité du caractère incontestablement réel de la taille princière recouvrée en certaines provinces. *Cf.* : Hélène Viallet, « Les documents cadastraux antérieurs au cadastre sarde de 1728-1738 », *Mémoires de l'Académie de Savoie*, 7e série, t. IX, 1996, pp. 119-136 ; Laurent Perrillat, « Les cadastres en Savoie au XVIIe siècle », *De l'estime au cadastre en Europe. t. II : l'Époque moderne (Sous la direction de Mireille Touzery)*, Paris, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France, 2007, pp. 11-42 ; Laurent Perrillat et Sébastien Savoy, « Typologie de la documentation cadastrale en Savoie (XVIe-XVIIIe siècles) », *Estimes, compoix et cadastres* [...], *op. cit.*, pp. 240-263.

pater familias se dénature en quelques décennies, dès la fin du XVIe siècle, en un impôt réel désormais dû par chaque feu à raison de l'estimation exacte de son assise foncière[675]. Dans ce contexte les terres communes réservées de haute antiquité à l'usage indivis de tous les habitants de la localité, particulièrement étendues en zone de montagne, ne sauraient échapper à l'assujettissement fiscal. Elles sont donc « naturellement » portées par les agents de l'administration princière à la cote d'une personne morale communale — ou municipale — dorénavant présumée propriétaire exclusive des biens concernés[676] et tenue de s'acquitter à ce titre d'un impôt proportionné à la superficie effective de ces communaux d'un tout nouveau genre[677]. L'innovation institutionnelle s'avère d'importance intimement liée de la sorte à l'œuvre au long cours de structuration de la technostructure administrative des diverses principautés s'affirmant partout, à l'Ouest du continent européen. Car en devenant sur le dessin préexistant des limites paroissiales la cellule administrative située à la base de l'appareil d'État moderne[678], la commune revendique en contrepartie de ses nouvelles obligations régaliennes une relative autonomie de gestion du patrimoine foncier constituant désormais l'essentiel de son domaine privé[679].

---

[675] Pour une présentation synthétique du mécanisme plus ou moins précoce selon les différentes provinces du Royaume de France, de mutation de la taille royale en une charge fiscale pesant prioritairement sur la terre plutôt que sur les « têtes », comme il en était initialement de coutume en matière féodo-seigneuriale, *cf.* : Mireille Touzery, « La monarchie française et le cadastre au XVIIIe siècle : entre taille réelle et taille personnelle », *Cadastre et État moderne en Italie, Espagne, et France (18e siècle) (Sous la direction de Luca Mannori)*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, pp. 217-246 ; Antoine Follain et Gilbert Larguier, « L'État moderne et l'impôt des campagnes : rapport introductif », *L'impôt des campagnes, fragile fondement de l'État* dit *moderne (XVe-XVIIe siècle) (Sous la direction d'Antoine Follain et de Gilbert Larguier)*, Paris, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France, 2005, pp. 5-68. Quant au projet — avorté — dans ce contexte, de la confection d'un cadastre général du Royaume de France *cf.* Antonella Alimento, « Le rêve de l'uniformité face à l'impôt : le projet de premier cadastre général en France », *Histoire & Mesure*, Vol. VIII, n° 3-4, 1993, pp. 387-416. Sur ce même point, dans les Alpes occidentales du Nord, entre Royaume de France et États de Savoie, *cf.* : Daniel Hickey, « Le procès des tailles dans le Dauphiné : les cahiers des villages et l'intégration des communautés au sein de la contestation du Tiers-État (1591-1602) », *ibid.*, pp. 199-234 ; Gabriel Pérouse, *Inventaire sommaire des archives départementales* [...], *op. cit.*, p. XXVIII-XXXIV ; Hélène Viallet, « Les documents cadastraux antérieurs au cadastre sarde de 1728-1738 », *op. cit.*, pp. 121-125.

[676] Sur le thème de la reconnaissance d'une personnalité juridique ou *universitas* en faveur de la *communitas* des habitants, lui permettant de revendiquer un patrimoine commun à la double nature publique ou privée, *cf.* : Albert Rigaudière, *Gouverner la ville au Moyen-Âge*, Paris, Anthropos, Économica, 1993, pp. 21-51 ; Guillaume Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIIe-XVe siècles)*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1996, pp. 197-256 ; Gisela Naegle, « Bien commun et chose publique dans les villes françaises au Moyen-Âge », *Discours et pratiques du Bien Commun dans les villes d'Europe (XIIIe-XVIe siècles) (Élodie Lecuppre-Desjardin et Anne-Laure Van Bruaene ed.)*, Turnhout, Brepols, 2006, pp. 55-70.

[677] *Cf.* Antoine Follain, « Une histoire passée inaperçue : la fiscalisation des biens communaux au prétexte des "amortissements, francs-fiefs et nouveaux acquêts" aux XVIe et XVIIe siècles », *Les espaces collectifs dans les campagnes* [...], *op. cit.*, pp. 195-214.

[678] Pour un propos synthétique sur ce point voir par exemple Antoine Follain, « Les communautés rurales en France. Définitions et problèmes (XVe-XIXe siècles) », *Histoire et sociétés rurales*, n° 12, 1999, pp. 29 à 31 et 46 à 49.

[679] Devenue à cet égard autonome elle peut ainsi répartir entre les « communiers » bénéficiaires la charge fiscale de tous les communaux constitutifs de sa propriété privée — formellement distinguée de celle des immeubles placés dans le domaine public communal en raison de leur ouverture indistincte au service du public — ou au contraire y consacrer le produit financier de leur affermage à de simples

Peu importe qu'au contraire de nombreuses communes urbaines accédant à cette autonomie par la négociation à prix d'argent de chartes de franchises dès les dernières décennies du XIIe siècle, impatientes de se dégager de tout ou partie de la pesante tutelle justicière des puissances seigneuriales locales[680], dont celle d'un prince devenu tout aussi prompt que ses vassaux directs à monnayer la cession de certaines de ses prérogatives féodales inhérentes à son monopole de suzeraineté, la masse des communautés rurales accède enfin à cette consécration municipale avec un à deux siècles de retard[681]. Mais à cette date tardive, cependant, alors que la population des campagnes a prospéré au gré de l'implantation de nouveaux villages au sein du cadre traditionnel d'une paroisse devenue la matrice de l'institution communale selon les vœux manifestes du pouvoir princier, cette dernière englobe par conséquent dans son périmètre tous les hameaux dont les habitants sont astreints, sur le plan ecclésiastique et confessionnel, à la fréquentation obligée de l'église du chef-lieu[682]. À l'entame des Temps Modernes la commune de droit public décalquée sur le ressort des circonscriptions paroissiales enserre donc en son sein un nombre variable de communautés villageoises de taille plus réduite, toutes pareillement

---

particuliers. Pour une analyse de cette entreprise précoce de rationalisation du mode de gestion des avoirs communaux, voir par exemple Aurelle Levasseur, « L'optimisation du patrimoine communal au Moyen-Âge : concepts et techniques », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, n° 101, 2014, pp. 44-46 et « Droit, territoire et gouvernance des villes médiévales. Les communautés du puits et le bien commun aux XIIIe-XVIe siècles », *Paris et Île-de-France - Mémoires*, t. 68, 2017, pp. 127-145.

[680] Lors du mouvement municipal de grande ampleur, à la fin du Moyen-Âge, d'émancipation de nombreuses bourgades urbaines de toute sujétion seigneuriale étroite, ces places marchandes accèdent à la reconnaissance formelle de leur personne morale comme à la faculté de la libre gestion de leur patrimoine propre sous le statut de villes « franches ». En guise d'illustration centrée sur les Alpes occidentales du Nord de ce phénomène institutionnel, *cf.* Ruth Mariotte-Löber, *Ville et seigneurie. Les chartes de franchises des comtes de Savoie. Fin XIIe siècle - 1343*, Annecy - Genève, Académie Florimontane - Droz, 1973, pp. 9-20 pour une présentation des caractéristiques générales de la *villa libera*.

[681] À titre d'exemple archétype toutefois, en publiant une copie authentique délivrée en 1778 à la demande des édiles de la commune tarine des Chapelles alors occupés au rachat des droits seigneuriaux, de l'acte du 25 février 1336 par lequel les chefs de famille de la localité reconnaissent les droits éminents du Comte de Savoie sur « les eaux, les chemins, les bois noirs (sapins et mélèzes) et les pâturages communs » en contrepartie de la garantie princière de leur qualité collective « d'hommes libres », Marcel Usannaz-Joris illustre le caractère encore inabouti à l'entame du XIVe siècle, du processus de consécration formelle par les autorités publiques de la personnalité morale d'entités municipales rurales ouvertement distinctes des indivisions villageoises d'origine se partageant l'usage des fonds concernés. À cette date en effet, les quarante-deux « *patres* » mentionnés par le document apparaissent toujours titulaires *ut universi*, à titre d'albergataires, de prérogatives usagères sur un vaste domaine foncier relevant de leur seigneur direct. Ce n'est donc qu'ultérieurement, au cours des Temps Modernes, en quelque sorte « expropriés » de leur droit personnel indivis au profit d'une commune devenant le propriétaire privé exclusif de ce patrimoine en conséquence de l'affirmation de sa récente personnalité juridique propre, que lesdits communiers se commuent en simples ayants-droit de l'institution municipale. *Cf.* « Une reconnaissance en fief rural dans la Haute-Tarentaise au XIVe siècle », *Mémoires et Documents de la Société Savoisienne d'Histoire et d'Archéologie*, t. XLV, Deuxième Série - t. XX, 1907, pp. 111-123.

[682] Les chapelles de village, desservies par des vicaires placés sous l'autorité du curé desservant l'église mère de la paroisse, quoique nanties d'un bénéfice curial spécifique, ne peuvent se substituer à l'église paroissiale que les fidèles se doivent donc de fréquenter *a minima* lors de certaines fêtes religieuses carillonnées. Pour une illustration des rapports parfois compliqués qu'entretiennent les différents hameaux avec le siège — le chef-lieu — de la paroisse, en Savoie, *cf.* Gabriel Pérouse, « Les paroisses rurales d'un diocèse de Savoie au XVIIe siècle. L'archevêché de Tarentaise », *Revue d'Histoire de l'Église de France*, t. 4, n° 20, 1913, pp. 113-140. Quant au statut des chapelles de hameaux *cf.*, *ibid.*, t. 4, n° 23, pp. 481-515.

jalouses de la perpétuation de leurs propres usages collectifs et, le cas échéant, du maintien de leurs propres domaines fonciers indivis. Il convient de comprendre ainsi l'origine de cet « emboîtement » parfois déroutant de multiples communautés nanties, sous l'appellation devenue générique de « sections de communes » dans la prose administrative française du XIXe siècle, de leurs propres communaux et de leurs éventuels règlements d'usages particuliers[683].

La puissance de ce mouvement de municipalisation de grande amplitude piloté par les chancelleries princières s'avère telle que, par exception notoire, seules de rares indivisions originelles de « comparsionniers » résistent envers et contre tout à cette assimilation administrative forcée[684], confinées en certains « écarts » où elles révèlent la permanence de situations locales particulières, matinées de traditions coutumières dérogatoires au sens commun et d'enjeux politiques ou confessionnels exacerbés par l'histoire[685]. En ces lieux elles perpétuent à travers les siècles leurs structures de droit privé sous des appellations ancestrales souvent désuètes, en total décalage avec l'évolution du vocabulaire technique des publicistes, mais dont l'apparente mièvrerie permet de souligner à dessein leur différence irréductible de nature vis-à-vis des institutions municipales ordinaires. Curiosités historiques sympathiques, défendues par les lointains ayants-droit de leurs fondateurs

---

683 Le hameau bénéficie ainsi d'une personnalité morale pour la gestion de ses propres fonds — dont la charge fiscale afférente est répartie entre ses bénéficiaires villageois — et la réalisation d'œuvres collectives indifféremment pieuses ou civiles, sans être pour autant considéré par l'Administration princière comme une circonscription administrative. Il en va officiellement de la sorte dans les possessions continentales du Royaume de Sardaigne où en 1738, à l'issue de la confection du cadastre général du Duché de Savoie, lors de la péréquation fiscale générale opérée conjointement à l'uniformisation de tous les statuts municipaux, les communaux villageois indistinctement ouverts au public ou privatifs sont quasi systématiquement portés sur les divers documents cadastraux d'origine à la cote exclusive des hameaux. Cette particularité soulevant ensuite dans de nombreuses localités un lancinant contentieux entre la commune et certaines de ses sections, souvent arbitré par les juridictions de droit commun jusqu'à la date d'entrée en léthargie imputable à un exode rural massif, dans les premières décennies du XXe siècle, de la plupart des conseils sectionnaux pourtant instaurés après 1860 conformément à la législation française. *Cf.* sur ce point Max Bruchet, *Notice sur l'ancien cadastre de Savoie* [...], *op. cit.*, pp. 52-55.

684 *Cf. supra* note n° 48.

685 Dans le nord de l'ancien Duché de Savoie par exemple, les quelques indivisions foncières toujours pérennes sous la forme de reliques institutionnelles médiévales en ayant réussi à résister sous l'appellation de consortages ou de bourgeoisies au mouvement moderne de « municipalisation » généré par les pouvoirs publics, se concentrent sur les seuls massifs préalpins. Elles y voisinent alors avec les rares sections communales des deux départements de Savoie et de Haute-Savoie demeurées réellement actives dans la gestion autonome de leur patrimoine foncier d'altitude en constituant un singulier chapelet de « montagnes indivises », de prime abord déroutant pour l'entendement ainsi égrené des Bauges au Chablais. Convient-il de voir là une conséquence historique de la constitution de telles structures communautaires par la concession initiale d'albergements consentis *ut universi* à leurs bénéficiaires sur le domaine seigneurial de grandes abbayes bénédictines et cisterciennes nombreuses en ces lieux, indépendamment de toute référence aux circonscriptions paroissiales utilisées ensuite, à l'issue du bas Moyen-Âge, pour délimiter les entités communales d'ordre public ? Très vraisemblablement dès lors que les limites des terroirs exploités de manière indivise par ces « consorts » de droit privé ou ces « communiers sectionnaux » ne résidant pas nécessairement dans les mêmes localités, ne correspondent pas, de fait, avec les ressorts communaux de droit commun. Pour une illustration de ce lien originel, en Chablais, entre la propriété monastique et la perpétuation à travers les siècles, depuis le Moyen-Âge, de sociétés d'alpage de droit privé *cf.* Annie Reffay, « Vie pastorale d'une moyenne montagne : Le Chablais », *Revue de Géographie Alpine*, Vol. 55, n° 3, 1967, pp. 401-468.

médiévaux avec une opiniâtreté frisant parfois l'obstination stérile[686] au vu de la fréquente corruption de leur logique agropastorale originelle par les effets conjugués de l'exode rural, de la déprise agricole et de la consécration de pans entiers de l'espace montagnard à l'économie touristique, dont la pérennité implique toutefois l'urgence d'un « toilettage » *a minima* des statuts de certaines d'entre-elles afin d'en faire coïncider les dispositions manifestement surannées avec l'esprit — à défaut de la lettre — de la législation afférente aux divers types des actuelles associations syndicales foncières[687]. Notamment chaque fois qu'avec une évidente utilité pratique, elles assurent sur leurs revenus propres de quasi missions de service public par l'entretien de la trame paysagère ou la préservation de la biodiversité montagnarde[688]. Soit l'essence, aujourd'hui, d'une requalification opérante de la logique des communs.

---

[686] *Cf.* Philippe Deturche, *Destins d'affinités. Vallon et les indivisions de la montagne savoyarde de l'Empire à la Grande Guerre*, Université Lyon II, Mémoire de DEA, 1993, pp. 10-14.

[687] Aujourd'hui encore, au sein de la partie française l'antique bourgeoisie de Saint-Gingolph, chaque chef de famille sociétaire reçoit pour son usage personnel, en vertu de divers règlements internes arrêtés au XVIIIe siècle, le bénéfice de « râpes » situées sur la forêt de Brêt. Or au début du XXIe siècle, au grand dam des principes d'ordre public gouvernant la matière des droits et libertés fondamentaux, ces droits d'affouage consentis par la bourgeoisie sur les parcelles de bois taillis ainsi réservés à une exploitation individuelle exclusive se transmettent toujours prioritairement par ordre de primogéniture en ligne masculine. Sur l'origine de ces râpes forestières et leur mode *a minima* « désuet » de transmission *cf.* : Alexis Chaperon, « Monographie de Saint-Gingolph », *Mémoires et documents de l'Académie Salésienne*, 1913, pp. 88-331 ; Pierre Mouchet, « Une vieille société forestière. La Société bourgeoisiale de Saint-Gingolph », *Revue forestière française*, n° 2, 1958, pp. 106-108. En guise de contrepoint, pour un exemple singulier de création à la fin des années 1970 d'un consortage à la mode helvétique ancestrale, mais alors parfaitement intégré dans les structures d'un GAEC — au demeurant supporté par un GFA et une CUMA en bonne et due forme — avant de générer la création d'un groupement pastoral à la suite à du remembrement d'envergure du parcellaire de la commune tarine de Granier, voir Pierre Thomé, « L'économie sociale et solidaire un outil de gouvernance des communs : une expérience de pastoralisme communautaire en Tarentaise », *Économie sociale et solidaire et État. À la recherche d'un partenariat pour l'action. (Sous la direction de Jean-Claude Barbier)*, Paris, Institut de la Gestion publique et du Développement économique, 2017, pp. 153-169.

[688] À titre d'illustration et pour une analyse des missions environnementales désormais assignées depuis le tournant des XXe et XXIe siècles, dans le contexte d'une profonde mutation des enjeux montagnards traditionnels, aux consortages et autres bourgeoises helvétiques du Val Baltschieder et de la région d'Aletsch, *cf.* Jean-David Gerber, *Structures de gestion des rivalités d'usage du paysage. Une analyse comparée de trois cas alpins*, Zürich - Chur, Œkologie & Gesellchaft - Écologie & Société, Éditions Rüegger, 2006, pp. 235-329. Pour une réflexion globale sur cette thématique, également centrée sur les expériences souvent innovantes conduites en territoire helvétique depuis la fin du XXe siècle, consulter Stéphane Nahrath, « Propriété privative et régulation du paysage en Suisse », *Études rurales*, n° 181, 2008, pp. 163-180. Quant à la prise en compte de telles dynamiques paysagères, en France, par les associations foncières pastorales, voir par exemple : Corinne Eychenne et Olivier Bories, « Les associations foncières pastorales dans les Pyrénées : mise en forme et préférences paysagères », *Projets de paysages* [Revue en ligne], n° 17 ; Corinne Eychenne, « L'association foncière pastorale : un outil de gestion collective du foncier de montagne à fort potentiel d'innovation », *Sud-Ouest européen*, 47, 2019, pp. 129-143. Mais rien n'interdit à vrai dire, notamment dans le but d'en légitimer la pérennité, d'assigner également de semblables objectifs aux sections de commune ordinaires ainsi que le réclame notamment Sarah Vanuxem : « Les sections de commune pour la protection des paysages ? Le cas du Goudoulet, section du Plateau ardéchois », *Les Carnets du paysage*, n° 33, 2018, pp. 29-43.

Cet ouvrage rassemble les actes des Secondes Rencontres Internationales Roger Decottignies organisées par la Faculté de Droit de l'Université Savoie Mont Blanc et la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques Université Cheikh Anta Diop à Dakar les 8, 9 et 10 Avril 2019.

Les lectrices et lecteurs y trouveront une riche matière sur les dynamiques de circulations des savoirs, et sur les phénomènes de facilitation, de refus, de traduction ou d'acculturation des modèles normatifs, administratifs ou économiques entre l'Afrique et l'Europe du 19e siècle à nos jours. Elles et ils découvriront, entre le Sénégal, le Cameroun et la France, entre les communautés rurales de Casamance et de Savoie, des acteurs juridiques, sociaux et politiques qui, au fil du temps et selon les contextes, ont supporté ces échanges, ainsi que les grands principes qui s'y rencontrent ou s'y confrontent.

La pensée occidentale peine encore parfois à admettre qu'elle n'est l'expression que d'un régime de juridicité ou de relations économiques parmi d'autres, et qu'il existe d'autres rationalités pour construire des « obligations », ou pour réguler des usages de ressources ou de terres. Cet ouvrage apporte de nombreux éléments et références pour découvrir et approfondir ce débat.