



**UNIVERSITE
CHEIKH ANTA DIOP
DE DAKAR**

Faculté des Sciences
Juridiques et Politiques

ANNALES AFRICAINES

Nouvelle série

**Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de
l'UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR**

**Volume 1
Avril 2020
N° 12**

**FEMMES ET FONCIER EN AFRIQUE
GUERRE OU HARMONIE ENTRE LES SEXES :
LES CHOIX OPPOSÉS DE DEUX ÉTATS SIMILAIRES**

Dr Fatou Kiné CAMARA

Maîtresse de Conférences titulaire, FSJP/UCAD

Nasfat ABOUL HAIR

titulaire d'un Master en Droit privé
et sciences criminelles, FSJP/UCAD





**UNIVERSITE
CHEIKH ANTA DIOP
DE DAKAR**

Faculté des Sciences
Juridiques et Politiques

ANNALES AFRICAINES

Nouvelle série

**Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de
l'UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR**

**Volume 1
Avril 2020
N°12**

Une publication
CREDILA



Directeur de publication
Le Doyen de la Faculté des Sciences juridiques et politiques
Alassane KANTE

Secrétaire de rédaction
Le Directeur du CREDILA
Patrice Samuel A. BADJI

Comité scientifique

François ANOUKAHA	Dodzi KOKOROKO
Mamadou BADJI	El Hadji MBODJ
Aminata Cissé NIANG	Amadou Tidiane NDIAYE
Ndèye Madjigène DIAGNE	Isaac Yankhoba NDIAYE
Eloi DIARRA	Abdoulaye SAKHO
Françoise DIENG	Alioune SALL
Ndiaw DIOUF	Babaly SALL
Seydou DIOUF	Moussa SAMB
Paul NGOM	Filiga-Michel SAWADOGO
Alioune Badara FALL	Dorothée Cossi SOSSA
Ismaïla Madior FALL	Amsatou SOW SIDIBE
Ahonagnon Noël GBAGUIDI	Demba SY
Babacar GUEYE	Saïdou Nourou TALL
Demba KANDJII	Samba TRAORE
Mactar KAMARA	
Ibrahima LY	
El Hadj MBODJ	

Comité de lecture

Boubacar BA, Patrice Samuel A. BADJI, Mamadou BADJI, Yaya BODIAN, Meïssa DIAKHATE, Abdoulaye DIEYE, Alioune Badara DIOP, Abdou Aziz DIOUF, Alioune Badara FALL, Ismaïla Madior FALL, Papa Talla FALL, Massamba GAYE, Moussa GUEYE, Abdoul Aziz KEBE, Alain KENMOGNE, Ndèye Sophie Diagne NDIR, Moustapha NGAIDE, Cheikh A. Wakhab NDIAYE, El Hadj Samba NDIAYE, Sidy Alpha NDIAYE, Ndèye C. Madeleine NDIAYE, Aminata Cissé NIANG, Babacar NIANG, Dieunedort NZOUABETH, Abdourahmane THIAM.

Secrétariat de rédaction

Assane DIALLO
Anna Diaw MBOUP
Ephigénie Adam FAYE

Centre de recherches, d'études et de documentation sur les institutions
Et les législations africaines (CREDILA)
Faculté des Sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta Diop de Dakar
BP 5336 Dakar-Fann

Site web : <http://www.credila.ucad.sn>
Email : credila@ucad.edu.sn

CREDILA, 2020
ISSN : 0850-9247

FEMMES ET FONCIER EN AFRIQUE GUERRE OU HARMONIE ENTRE LES SEXES : LES CHOIX OPPOSÉS DE DEUX ÉTATS SIMILAIRES

Par

Dr Fatou Kiné CAMARA, Maîtresse de Conférences titulaire,
FSJP/UCAD

Nasfat ABOUL HAIR, titulaire d'un Master en Droit privé et
sciences criminelles, FSJP/UCAD

Introduction

L'État sénégalais a proclamé son caractère laïc dans sa première Constitution, et dans toutes celles qui ont suivi,¹ puis il a inclus dans son Code de la Famille² les successions de Droit musulman,³ à l'exclusion du Droit successoral de toute autre confession, y compris celui de la religion du terroir dont rend compte le Droit coutumier,⁴ abrogé⁵.

¹ Article 1^{er} des constitutions de 1959, 1960, 1963 et 2001, Textes constitutionnels du Sénégal du 24 janvier 1959 au 25 mai 2007, réunis et présentés par FALL Ismaila Madior, CREDILA, Dakar, éd. originale 2007.

² Loi n°72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille, J.O. 1972, p. 1295.

³ Dans le Code de la famille du Sénégal (CFS), le livre VII, intitulé « Des successions ab intestat », comprend les trois titres suivants : Titre I « Dispositions générales », Titre II « Des successions ab intestat de Droit commun », Titre III « Des successions de droit musulman ».

⁴ La composante religieuse du Droit coutumier est trop souvent occultée de nos jours. Le président Kéba MBAYE n'avait pas manqué d'y attirer l'attention en citant le professeur André TUNC : « Le droit présente en Afrique une importance presque plus grande encore qu'ailleurs, du fait que les coutumes africaines, qui sont juridiques en même temps que sociales et religieuses, sont souvent extrêmement riches, complètes, et englobent tous les aspects de la vie des hommes et des communautés humaines. », dans *Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, Études à la requête de l'Unesco*, M'BAYE Kéba (dir.), éd. Maisonneuve et Larose, Paris, éd. originale 1968, p. 14.

⁵ Article 830 al. 1^{er} CFS : « À cette date, les dispositions du Code civil, les textes législatifs et réglementaires, les coutumes générales et locales, à l'exception toutefois de celles relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage, et les statuts particuliers applicables au Sénégal, cessent d'avoir force de loi ou de coutumes dans les matières qui font l'objet du Code de la Famille. »

L'État comorien a proclamé dans sa première Constitution et dans sa Constitution actuelle « son attachement aux valeurs authentiques de la religion Islamique ».⁶ Dans les constitutions de 1978 et 1996, l'État est déclaré « République islamique ».⁷ Dans le même temps, la loi consacre l'applicabilité de la coutume aux litiges de Droit privé.⁸ Il s'ensuit un effort de coexistence harmonieuse du Droit musulman, du Droit coutumier et du Droit dit moderne. Deux États africains, deux anciennes colonies françaises, deux choix opposés par rapport à la place à accorder au Droit africain, tel est le constat.

Le fait est que, de façon jusqu'ici constante, au Sénégal, les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ne conçoivent la modernité que dans le sens d'une imitation de modèles extérieurs à l'Afrique. C'est de ce phénomène d'acculturation et de honte de soi dont rend compte Michel ALLIOT, en remontant aux origines de cette anomalie :

*« La collecte donnait l'illusion de connaître les coutumes, elle n'avait pas permis de les reconnaître. Les Droits originels d'Afrique n'étaient pas des Droits originaux, mais des ébauches de Droits qui, par évolution naturelle ou aidée, devaient rejoindre les seuls vrais Droits, ceux de l'Occident. »*⁹

Il en a découlé la conséquence suivante :

« La France n'a pas seulement créé des États dans ses anciennes colonies. Elle a introduit sa vision du monde et ceux qui la partagent ou feignent de la partager ont aujourd'hui honte du fonctionnement juridique traditionnel de

⁶ La Constitution de 1977 a proclamé en son article 1^{er} le caractère de République laïque des Comores, et en son préambule « son attachement aux valeurs authentiques de la religion Islamique », Digithèque MJP <https://mjp.univ-perp.fr/constit/km1977.htm> (consulté le 20 février 2020 à 15H40). La Constitution de 2001 énonce en son alinéa 1^{er} : « L'Union des Comores est une République, ... », toutefois dans son préambule (qui est déclaré faire partie intégrante de la Constitution) l'Islam a un statut de « religion d'État » Digithèque MJP <https://mjp.univ-perp.fr/constit/km2001.htm> (consulté le 20 février 2020 à 15H43).

⁷ Article 1^{er} alinéa 1^{er} Constitution du 1er octobre 1978 « L'archipel des Comores constitue une République fédérale islamique. », Digithèque MJP <https://mjp.univ-perp.fr/constit/km1978.htm> (consulté le 20 février 2020 à 16H10). Article 1^{er} al. 1^{er} Loi constitutionnelle du 20 octobre 1996 « L'archipel des Comores constitue une République fédérale islamique. », Digithèque MJP <https://mjp.univ-perp.fr/constit/km1996.htm> (consulté le 20 février 2020 à 16H37).

⁸ Loi du 23 septembre 1987 fixant l'organisation judiciaire de la République Fédérale Islamique des Comores ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé.

⁹ ALLIOT Michel « La coutume dans les droits originellement africains », Bulletin de liaison du LAJP, n° 7-8, 1985, pp. 79-100 <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/index.htm> (consulté le 8 février 2020 à 11H59).

leurs sociétés. Ils font silence sur ce fonctionnement, en arrivent à le nier au point de légiférer en l'oubliant totalement. »¹⁰

Au Sénégal, où tant de textes de lois ne font que transposer un Droit français ou colonial, « périmé », ¹¹ il serait temps de prendre en compte les sages conseils de PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PRÉAMENEU et MALEVILLE rédacteurs du Code civil français. Après avoir rappelé que le Droit coutumier pouvait être considéré comme un rempart contre les « volontés mobiles d'un pouvoir arbitraire », ¹² puis mis en garde contre les excès d'un « désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique », ¹³ ils proclament avec emphase :

« Mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles. »¹⁴

C'est sur le socle de cette affirmation qu'ils énoncent une maxime dont la sagesse lui a fait traverser les siècles :

¹⁰ ALLIOT M., « Anthropologie et juridique – Sur les conditions d'élaboration d'une science du droit », Bulletin de liaison du LAJP, n° 6, 1983, pp. 83-117, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/alliotanthropetjur.htm> (consulté le 8 février 2020, 12H02).

¹¹ Le terme périmé fait référence au fait que, d'une part, bien des dispositions du Code civil, recopiées dans différents textes de lois sénégalais, ont été abrogées (ex. les concepts de puissance maritale et de puissance paternelle) en France ; d'autre part, les textes de lois reprenant des décrets datant de l'époque coloniale devraient être disqualifiés de ce simple fait (ex. un grand nombre des articles de la loi 2011-07 portant régime de la propriété foncière, J.O. n° 6607 du samedi 13 août 2011, <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article9117> consulté le 20 février 2020 à 21H35, sont la copie conforme des dispositions du décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime foncier de l'A.O.F., <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/1932-07-26-decret-du-26-juillet-1932-ext-fr.pdf> consulté le 20 février 2020 à 21H35).

¹² Discours préliminaire du premier projet de code civil, Présenté en l'an IX par MM. PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PRÉAMENEU et MALEVILLE, membres de la commission nommée par le gouvernement, <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/code/index.html> (consulté le 8 février 2020, 12H05).

¹³ Op. cit. loc. cit.

¹⁴ Op. cit. loc. cit.

*« Le législateur (...) ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites... »*¹⁵

Notons enfin, cet aveu de taille des auteurs du Code dont s'est tant inspiré le Code de la famille sénégalais :

*« On a besoin de bouleverser tout le système des successions, parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires. »*¹⁶

Dans les colonies aussi, il fallait un nouvel ordre de propriétaires : les colons. L'État colonial a alors introduit en plus des germes de la guerre des sexes (les discriminations sexistes),¹⁷ ceux du « chacun pour soi » caractéristiques d'un individualisme aux antipodes de la tradition africaine. Il s'agissait d'installer le « diviser pour mieux régner » nécessaire au maintien des forces d'occupation.

Puis l'indépendance est advenue. Pendant que les Comores admettent le pluralisme juridique, au Sénégal, c'est l'impératif de l'unification de la législation comme du système judiciaire qui est mis en avant. Une unification qui prend comme modèle indépassable la France et son Droit, y compris son Droit colonial. Le premier inspire largement les dispositions du Code de la famille,¹⁸ le second se retrouve dans le Droit foncier ;¹⁹ deux législations qui

¹⁵ Op. cit. loc. cit.

¹⁶ Op. cit. loc. cit.

¹⁷ Cf. CAMARA F. K. Co-écrit avec BLACK C. F., « Le « cadeau » colonial empoisonné – la suprématie masculine dans les institutions politiques », La trace et le sentier, Mélanges dédiés au professeur Dominique Sarr, BADJI Mamadou, DIOP Amadou Abdoulaye et NGOM Paul (dir.), CREDILA et L'Harmattan-Sénégal, 2019, tome 1, pp. 159-182.

¹⁸ 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 » dans Genre, inégalités et religion. Actes du premier colloque inter-Réseaux du programme thématique Aspects de l'État de Droit et Démocratie, Paris, Éd.s des Archives Contemporaines - AUF, éd. originale 2007, pp. 163 à 183 et dans Nouvelles Annales Africaines, revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, université Cheikh Anta Diop, Dakar, N°2, 2008, pp. 11-50.

¹⁹ COMBY Joseph : « Les principes de base des législations foncières sont donc restés ceux qui avaient été introduits à la fin du XIXe siècle par les puissances coloniales, s'inspirant du système appliqué par l'empire britannique en Australie à partir de la loi Torrens de 1858, avec quelques aménagements. Le système Torrens d'origine était en effet franchement génocidaire. Non seulement il niait l'existence de tous droits territoriaux préexistants à la conquête coloniale, mais il refusait même d'envisager que les aborigènes puissent être des sujets de droit (il faudra

se complètent et se renforcent ainsi que nous entendons le démontrer avec cet article.

L'importance du Droit de la famille et des valeurs qu'il représente a été exposée par Marc ANCEL. Dans sa préface d'un ouvrage consacré au Droit de la famille en Afrique noire, il souligne les réalités africaines suivantes :

« *On voit ainsi apparaître la signification véritable, la solidité et l'on peut même dire, la grandeur de la tradition familiale africaine. La coutume, ici, repose sur des valeurs morales et sur des règles d'éthique sociale et religieuse qui révèlent une conception très haute de la vie et des rapports humains.* »²⁰

Le Droit successoral est au cœur du Droit de la famille africaine, dans la mesure où c'est le droit de transmettre des biens fonciers lignagers qui permet l'existence d'une propriété collective familiale, distincte de l'indivision française. C'est donc à partir et autour de cette question précise que se déploiera notre comparaison de la législation sénégalaise et comorienne. Ainsi, alors qu'aux Comores, en cette matière, les règles issues du Droit matriarcal ancestral ont été maintenues, à côté du Droit musulman et du Droit dit moderne ; au Sénégal, seules les règles successorales du Droit musulman et du Droit dit moderne ont été consacrées par le législateur. Dans un cas, il y a la conservation d'une institution coutumière, le *manyahuli*, ainsi que des valeurs qui la sous-tendent ; dans l'autre cas, il y a l'abrogation totale du Droit

attendre un référendum de 1967 pour reconnaître les survivants comme Australiens). Les systèmes introduits en Afrique seront donc des systèmes Torrens édulcorés... », « L'appropriation des droits fonciers. Tout s'achète et tout se vend facilement, en Afrique. Tout, sauf la terre. », Grain de sel n° 57 — janvier – mars 2012, p. 22, <http://www.comby-foncier.com/appropriation.pdf> (consulté le 22 février 2020 à 08H46) ; COMBY J. : « Dans les discussions, ou même dans les rapports d'experts qui traitent de la question foncière en Afrique, il est habituel d'opposer le droit écrit moderne (aussi qualifié de droit français, ou espagnol, ou anglais...) et les coutumes anciennes informelles, la propriété traditionnelle. La voie de la modernisation est donc inscrite par avance dans la sémantique utilisée : pour se développer, le pays doit travailler à mettre en œuvre le droit moderne et les bailleurs de fonds internationaux peuvent l'aider en lui permettant de se doter des moyens techniques nécessaires. On oublie simplement d'observer que ce droit foncier moderne n'a jamais été appliqué dans aucun des pays développés (Angleterre, Belgique, Espagne, France, ...) qui l'ont introduit en Afrique. », « Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne », Contribution au symposium de la Banque mondiale, Washington, mai 2007, <http://www.comby-foncier.com/prop-cout-moderne.pdf> (consulté le 22 février 2020 à 08H51).

²⁰ Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, Préface ANCEL Marc, op. cit., p. 10.

des successions et du Droit foncier coutumiers, une abrogation qui porte la destruction de la famille africaine et de ses biens collectifs.

L'enjeu était la possibilité de mettre fin à la propriété immobilière collective, familiale ou lignagère, de façon définitive et sans possibilité de reconstitution.²¹ Car, pour s'emparer des terres africaines, il fallait, après avoir vaincu les États de l'Afrique impériale (confédérale), s'attaquer à leur support fondamental : la famille africaine.²² Il est assez paradoxal que ce soit après l'Indépendance que l'État du Sénégal se soit attelé à pareille tâche, entamée il

²¹ La disparition même du terme de propriété collective du système juridique et donc du vocabulaire juridique sert à empêcher que l'on puisse d'une quelconque manière y faire référence. C'est un procédé de contrôle étatique de la pensée, ou manipulation mentale, qui est le sujet même du livre 1984 de ORWELL, éd. du groupe « Ebooks libres et gratuits », spec. p.384, à propos de la novlangue : « Lorsque l'ancilangue aurait, une fois pour toutes, été supplanté, le dernier lien avec le passé serait tranché. », https://www.ebooksgratuits.com/pdf/orwell_1984.pdf (consulté le 25 février 2020 à 12H01). C'est ce qui explique que le terme copropriété soit limité en Droit sénégalais à la copropriété des immeubles bâtis, loi sénégalaise n° 88-04 du 16 juin 1988 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis

<https://senegalsyndic.com/loi-copropriete-senegal/> (consulté le 22 février 2020 à 11H03), copie de la loi française du 10 juillet 1965, loi n°65-555, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, Site LEGIFRANCE <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068256> (consulté le 29 février 2020 à 11H05). Dans ces deux textes de loi, la copropriété est conçue comme étant l'accessoire des parties privatives, c'est-à-dire des propriétés individuelles.

Article 1^{er} loi française du 10 juillet 1965 = article 1^{er} loi sénégalaise du 16 juin 1988

« La présente loi régit tout immeuble ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie entre plusieurs personnes physiques ou morales par les lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part des parties communes.

A défaut de convention contraire créant une organisation différente, la présente loi est également applicable aux ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles bâties ou non faisant l'objet de droits de propriétés privatifs. »

²² Cf. MORET A. et DAVY G., *Des clans aux empires - L'organisation sociale chez les primitifs et dans l'Orient ancien*, éd. La Renaissance du Livre, Paris, éd. originale, 1923 ; DELAFOSSE M. : « dans la plupart des civilisations primitives et notamment dans la société noire, c'est la famille globale qui constitue le seul groupement social bien caractérisé et souvent aussi la seule unité politique réellement existante ; en tout cas, elle est la base de tout État indigène ayant évolué normalement. », *Le haut Sénégal, Niger*, T. III, Émile Larose, Paris, éd. originale, 1912, p. 93 ; CAMARA F. K., « La démocratie des gor – Les réalités dévoilées par les mythes », *Annales africaines*, revue de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'UCAD, n° spécial, janvier 2019, pp. 55 à 79. Il convient dès lors de constater que ne pas reconnaître la famille africaine, et lui enlever ses biens collectifs sans possibilité de reconstitution, permet aussi aux dirigeants de l'État sénégalais de se prémunir contre ce contre-pouvoir qu'elle pourrait constituer.

est vrai durant la période de l'occupation coloniale. Toutefois, elle n'a pu être menée à bien que par la dénaturation et l'abrogation du Droit coutumier. Pour le démontrer, nous avons choisi de ne pas rompre la logique opérant dans chaque système juridique en présentant de façon séparée les liens qui unissent le Droit successoral, le Droit foncier et les droits de la femme et de la famille dans le Droit sénégalais d'abord (I) et dans le Droit comorien ensuite (II). Cela servira à faire émerger dans la clarté les conséquences pratiques, mais aussi les soubassements idéologiques, des choix effectués.

I. La guerre de tous contre tous et toutes imposée par l'État sénégalais : la promotion de l'individualisme et de l'inégalité des sexes

En rejetant la conception africaine de la famille ainsi que du chef de famille (A), tout en consacrant le droit français de l'indivision (B), le Code de la famille a aboli les propriétés foncières lignagères. Toutefois, loin d'apporter la « modernité » ou un quelconque « développement », les résultats de ces choix législatifs sont un appauvrissement général, notamment des femmes, rendues ainsi plus vulnérables à la violence patriarcale.²³

A/ L'abolition de la famille et du chef de famille africains

Quand l'on discute de la famille, une question cruciale surgit dès l'entame, de quelle famille parle-t-on, de la famille africaine ou de la famille occidentale? (1) Tandis que la première procède d'un souci de protection de tous ses membres, la seconde repose sur la négation, au mieux la marginalisation, des droits des femmes (2).

²³ KÉBÉ Mababou et CHARBIT Yves, « Genre et vulnérabilité au Sénégal : les femmes chefs de ménage », revue européenne des migrations internationales, volume 23, n°3, 2007, pp. 51-65, <https://journals.openedition.org/remi/4203> (consulté le 22 février 2020 à 11H52) ; ONU Femmes, Les femmes en l'An 2000, Fiche descriptive n°1, « Féminisation de la pauvreté », « les pauvres du monde sont des femmes » <https://www.un.org/french/womenwatch/followup/beijing5/session/fiche1.html> (consulté le 20 février 2020 à 11H59).

1- Le rejet de la conception africaine de la famille

Alors que le professeur MILLARD rend compte des difficultés de délimitation que pose le premier type de famille,²⁴ le haut magistrat Ahmeth DIOUF n'a aucun mal à définir le second type :

« Le sang de Maam²⁵ apparaît comme le symbole sacré du groupe de parenté. Il reflète l'origine commune, le trait culturel profond de l'unité sociale et de la solidarité du groupe. Le groupe de parenté est un groupe de sang. »²⁶

Pour ce qui est de la conception occidentale de la famille, il est intéressant de noter la mise en garde suivante de Maurice DELAFOSSE :

« À la base de la société indigène du Soudan français se place la famille. Mais il convient tout d'abord de bien s'entendre sur le sens donné à ce mot : il existe en effet, chez les indigènes de l'Afrique Occidentale et Centrale, deux groupements fort différents l'un de l'autre, mais que l'état de notre vocabulaire nous oblige à désigner tous les deux par le même mot de famille. L'un, que, pour mieux préciser, j'appellerai la « famille réduite », correspond à peu près à ce que nous appelons communément chez nous la famille : il comprend les époux et leurs enfants non émancipés; (...) chez les indigènes du Soudan, cette famille réduite n'a qu'une importance secondaire au point de

²⁴ Cf. Éric MILLARD : « On retrouve encore cette logique avec la question de la délimitation formelle de la famille, que l'on ne peut éviter en entrant dans la réflexion sur la personnalisation. Si on fait en effet de la famille une personne morale, il faut dire dans quel cas il y a famille. Cela ne pose pas de problème juridique si l'on s'en tient à la famille légitime ; encore faut-il dire et assumer ici aussi que l'on procède d'une telle conception. Dès lors qu'existent de multiples formes de vie familiale, et que l'on souhaite les reconnaître au même titre que les familles légitimes (ou du moins que l'on souhaite que ne soient pas exclues toutes formes de familles recomposées), la complexité juridique devient telle qu'on risque l'inefficacité et l'illisibilité en essayant de prévoir les différentes formes, les différentes personnes concernées, les superpositions et les pluri-appartenances, les compétences. », « Débats autour de la personnalisation juridique », Les Implicites de la politique familiale, (dir.) CHAUVIÈRE M., SAUSSIÈRE M., BOUQUET B., ALLARD R., RIBES B., éd. Dunod, Malakoff (France), éd. originale 2000, p. 16, <http://excerpts.numilog.com/books/9791037600790.pdf> (consulté le 14 février 2020 à 17H11).

²⁵ Maam veut dire ancêtre, grand-père ou grand-mère, en wolof. Ici le terme Maam renvoie à l'ancêtre de sexe féminin à laquelle tous les membres de la famille matrilinéaire se rattachent par le sang.

²⁶ DIOUF Ahmeth, La gens de droit maternel ou la famille matriarcale, L'Harmattan, Dakar, éd. originale, 2016, p. 54.

vue social et, chez les peuples qui n'admettent que la parenté de ligne utérine, ainsi que nous l'avons vu, cette famille n'existe pour ainsi dire pas en soi. »²⁷

Faisant fi de cette pertinente observation, le législateur sénégalais a choisi de rejeter la définition africaine en faisant du lien matrimonial, et non du lien de sang, ce qui fonde la famille.²⁸ Pourquoi ce choix ? Ce qui est certain, c'est que l'ignorance ne saurait en aucun cas être invoquée car, Louis Vincent THOMAS, ancien doyen de la Faculté des Lettres et des Sciences humaines de l'Université de Dakar, a donné une définition précise dans un ouvrage paru en 1968 et dirigé, de surcroît, par le premier président de la Cour suprême du Sénégal :²⁹

*« La famille, au sens large, se définit comme l'ensemble des personnes issues d'un commun ancêtre vivant, rassemblées en un même lieu - généralement la concession -, soumises au même chef, le plus âgé de la génération aînée (père ou oncle utérin), responsable de la vie économique (il est gestionnaire des biens collectifs), de l'équilibre politique (il détient l'autorité et règle les conflits) et, en milieu animiste, du culte voué aux puissances telluriques ou aux mânes ancestraux dont il est le prêtre. »*³⁰

La mention de l'oncle utérin indique un univers de tradition matriarcale, univers caractérisé par l'égalité et la coopération des sexes dans le respect mutuel.³¹ Non seulement les rédacteurs du Code de la famille du Sénégal ont

²⁷ DELAFOSSE M., op.cit., p. 93.

²⁸ Loi n° 72-61 du 12 Juin 1972 portant Code de la famille (CFS), Article 100 - Objet du lien matrimonial « Le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage. Ce lien n'est détruit que par le décès de l'un des époux ou par le divorce. La séparation de corps en réduit seulement les effets. »

²⁹ Tous deux étaient membres du Comité des Options pour le Code de la Famille. Créé par un décret du 23 décembre 1965, le Comité était composé de : « huit députés, quatre magistrats des Cours et Tribunaux, un juge de paix, six cadis, deux présidents de tribunaux coutumiers, deux avocats, un greffier en chef, un notaire, un huissier, un agent municipal. Le doyen de la Faculté de Droit, celui de la Faculté des Lettres et des Sciences Humaines, un professeur de droit et deux magistrats de l'assistance technique (siégeant) au Comité en qualité d'experts » cité par NDIAYE Youssoupha, Dakar, NEA, éd. originale, 1979, Le divorce et la séparation de corps, p. 14, note 13. Roger DECOTTIGNIES, Doyen de la Faculté de Droit et membre du Comité, résume le sort fait à la famille africaine dans un article au titre évocateur « Requiem pour la famille africaine », Annales africaines 1965, pp. 251-286.

³⁰ THOMAS L. V., « La parenté au Sénégal », Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, op. cit., p. 39.

³¹ DIOP Cheikh Anta : « Le régime du matriarcat proprement dit est caractérisé par la collaboration et l'épanouissement harmonieux des deux sexes, par une certaine prépondérance

refusé, en pleine connaissance de cause, de reconnaître la famille africaine et son mode de fonctionnement, mais encore, dans la droite ligne du Code Napoléon, et certainement pour se concilier l'élément masculin de la population (« diviser pour mieux régner »), ils ont fait du mari le chef, doté de « puissance », de cette famille.³² C'est ainsi que se retrouvent dans la législation sénégalaise, les concepts patriarcaux de « puissance » maritale et

même de la femme dans la société due à des conditions économiques à l'origine, mais acceptée et même défendue par l'homme. », Nations nègres et culture, Tome 1, Présence africaine, Paris, 1979, 3^e éd., p. 220.

³² Article 1388 Code civil (1804) : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la Puissance paternelle et par le titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, ni aux dispositions prohibitives du présent Code. ».

Article 152 CFS - Puissance maritale : « Le mari est le chef de la famille, il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. »

Livre V, Titre 1^{er}, chapitre 1^{er} « La puissance paternelle » CFS.

paternelle ; des concepts tirés d'une tradition gréco-latine³³ en opposition aux valeurs et au système juridique autochtones africains.³⁴

Toutefois, avant d'être rejetée par le législateur sénégalais, la conception africaine de la famille et du chef de famille avait déjà été mise de côté par la jurisprudence française d'abord, sénégalaise ensuite. Cette troublante continuité, de la période coloniale à celle de l'indépendance, apparaît à l'examen des solutions judiciaires données aux litiges posés par la cession, par l'État, des titres fonciers des terrains dits de Tound, aux bénéficiaires de titres administratifs sur ces terrains.

³³ V. DIOP Cheikh Anta, L'unité culturelle de l'Afrique noire, Domaines du patriarcat et du matriarcat dans l'Antiquité classique, Présence africaine, 2^e éd., 1982, spec. pp. 28-29. La puissance du mari, chef de famille, propriétaire de sa femme, comme le maître de son esclave, est une tradition patriarcale que défend avec vigueur les figures les plus anciennes de l'histoire occidentale tels ARISTOTE, Politique, Livre 1^{er}, Chapitre 1^{er}, <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/politique1.htm> (consulté le 11 février 2020 à 10H55), ou CATON : « Nos ancêtres ont voulu que les femmes ne pussent conclure aucune affaire, fût-elle d'ordre privé, sans la garantie d'un tuteur ; qu'elles fussent sous la responsabilité de leurs parents, de leurs époux » Discours sur le maintien de la loi Oppia, cité par TITELIVE, Histoire Romaine, XXXIV, 2, 11 sqq. <http://www.antiquite.ac-versailles.fr/femme/femrom07.htm> (consulté le 11 février 2020 à 11H05). La loi des XII Tables n'est pas plus clémente à l'égard des femmes, Table V - La succession :

« Les femmes, mêmes majeures, restent en tutelle... à l'exception des vierges Vestales.

Les biens de la femme qui est en tutelle des agnats [parents de sexe masculin descendants par les mâles d'un même pater familias] ne peuvent être usucapés comme biens mancipables, excepté s'ils ont été livrés par elle avec l'autorisation du tuteur.

(On peut nommer des tuteurs par testament). Ce que l'on aura ordonné par testament, quant à son argent, ou par la conservation de son bien, doit être exactement exécuté.

(A défaut d'héritiers légitimes, la succession appartient aux consanguins... S'il n'en existe pas non plus, elle appartient aux agnats les plus proches, c'est à dire aux parents de sexe masculin descendants par mâles de mêmes père et mère). Si une personne meurt sans faire de testament ni laisser d'héritier, l'agnat le plus proche hérite.

S'il n'y a pas d'agnats, que les membres de la gens [le groupe familial patrilinéaire] héritent. (La loi des XII Tables a une telle préférence pour la descendance des mâles excluant ceux qui ne sont unis que par les femmes, qu'elle n'accorde même pas entre la mère et le fils ou la fille le droit de venir à la succession l'un de l'autre).

Si le testament ne désigne pas de tuteur, les agnats deviennent tuteurs. ... », La loi des XII tables (rédigées en 451 et 450 av. J.C.) <http://roma-latina.com/tables/table.html> (consulté le 22 février 2020 à 12H17).

³⁴ KAÑDJI S. S. M. et CAMARA F. K., L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs, L'Harmattan, Paris, éd. originale, 2000.

Suite à une convention passée entre les autorités lébu de Dakar et les autorités coloniales, des terrains appartenant à la collectivité lébu de Dakar³⁵ sont transformés en titres fonciers de l'État français.³⁶ Tandis que l'autorité coloniale en garde une partie pour y établir ses bâtiments et logements administratifs, l'autre partie, les terrains dits de Tound, est parcellisée et affectée aux chefs de famille lébu jouissant d'un « droit d'usage ».³⁷ Ces affectations devaient conduire à l'obtention par chaque affectataire d'un titre foncier de la parcelle occupée, à la condition d'avoir édifîée dessus une maison conforme aux normes de construction et de salubrité édictées par l'administration coloniale.³⁸

C'est à l'occasion de la transformation de ces droits d'occupation en titres fonciers, que des conflits familiaux ont éclaté. Les litiges portaient sur la question de savoir si la parcelle affectée était la propriété collective de la famille qui y résidait ou, la propriété individuelle, exclusive, du « chef de

³⁵ « Avant leur installation dans l'ouest de l'actuel Sénégal, un long périple aurait mené les Lébou de l'Afrique orientale en Afrique occidentale à travers le nord du continent. (...) Commencé il y a plus de 7 000 ans, ce périple à travers le nord de l'Afrique se fit en plusieurs étapes. Ainsi, à maintes reprises, soit les Lébou furent chassés, soit ils durent partir pour ne pas être dominés. On les dit réfractaires à toute "colonisation" culturelle, contre toute domination politique. Ils constituent un peuple ayant une forte valeur identitaire.» « Histoire et organisation politique des Lébou dans la presqu'île du Cap-Vert et à Yoff », Dossiers régions côtières et petites îles 7 - Chapitre I, UNESCO, <http://www.unesco.org/csi/pub/papers2/yoff6.htm> (consulté le 1er octobre 2015 à 9H12). Lire également : BALANDIER G. et MERCIER P., Les pêcheurs lébou du Sénégal, Particularisme et évolution. Saint-Louis, Sénégal : Centre IFAN-Sénégal, 1952, 216 pp. Collection : Études sénégalaises, n° 3, http://classiques.uqac.ca/contemporains/balandier_georges/pecheurs_lebou_senegal/pecheurs_lebou_senegal.pdf (consulté le 24 mars 2020 à 18H31) ; BRIGAUD Félix, L'histoire traditionnelle du Sénégal, Études Sénégalaises, série Connaissance du Sénégal, fascicule 9, C.R.D.S., Saint-Louis, 1962, 335 p., chapitre VI « La collectivité lébou », pp. 125 à 140 ; SYLLA Assane, Le peuple lebou de la presqu'île du Cap-Vert. Dakar, N.E.A., 1991. 138 p.

³⁶ Convention du 23 juin 1905, texte reproduit dans Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal, Recueil de textes, EDJA, Dakar, pp. 150 – 151.

³⁷ Arrêté du 4 mars 1926 prescrivant l'allotissement des terrains de Tound, dans Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal, op. cit. , pp. 152 – 158. En vertu de l'article 3 de l'arrêté, les terrains parcellisés doivent être affectés aux « indigènes lébous jouissant en vertu d'une occupation régulière et incontestée d'un droit d'usage ». Le mode de preuve de cette « occupation régulière et incontestée » est précisé à l'article 8 de l'arrêté : « Pour chaque quartier il sera établi un dossier spécial comportant :

1° Un plan général avec indication des parcelles, de leur superficie et du nom du chef de famille lébou occupant ;

2° Pour chaque chef de famille, un acte justifiant son occupation antérieure et portant la signature, outre du chef de quartier de six chefs de famille notables de son quartier. »

³⁸ Article 11 de l'arrêté du 4 mars 1926 op. cit. loc. cit.

famille » affectataire. Deux affaires illustrent la manière dont le passage de la conception africaine de la famille et du chef de famille, à la conception occidentale s'est fait, en spoliation du droit des femmes à la propriété.

La première affaire est jugée, de la première instance jusqu'en cassation, par des juridictions françaises.³⁹ Elle débute en 1954 quand, à la mort du chef de famille attributaire d'un lot sur l'un des terrains de Tound, son fils et héritier entreprend la réalisation des conditions pour l'obtention du titre foncier. Il intente dans le même temps une action en expulsion de sa tante paternelle, la dame Paye qui avait déjà, avant même l'allotissement, construit sa maison sur le terrain qui avait plus tard été affecté à son frère, en qualité de « chef de famille ».

L'héritier de l'attributaire fonde ses prétentions sur l'article 10 de l'arrêté de 1926 qui qualifie le droit dont bénéficie l'allocataire de la parcelle de « *droit personnel d'occupation, transmissible par voie héréditaire* ». ⁴⁰ La dame Paye soutient au contraire que son frère n'a pas été attributaire à titre personnel mais, en qualité de « *représentant de la communauté familiale dont il aurait été le chef, lors de l'attribution du lot n°17* ».

Le requérant est débouté en première instance pour défaut de qualité pour agir en expulsion. Saisie, la cour d'appel de Dakar, dans un arrêt du 23 mars 1956, lui reconnaît cette qualité pour agir. Toutefois, elle sursoit à statuer sur l'action en expulsion jusqu'à ce que le tribunal administratif se prononce sur la nature du droit concédé par l'arrêté en cause.

Le 21 janvier 1958, le tribunal administratif juge que le droit concédé au *de cuius* l'était « *à titre individuel et personnel* ». En conséquence, le 16 mai 1958, la cour d'appel de Dakar ordonne l'expulsion de la Dame Paye.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de Cassation française confirme la qualité de l'héritier du bénéficiaire du lot pour agir en expulsion de sa tante, nonobstant

³⁹ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 24 janvier 1963,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006962691>

(consulté le 15 février 2020 à 17H52).

⁴⁰ Article 10 de l'arrêté du 4 mars 1926 « Elle crée au profit de chaque indigène détenteur d'une parcelle un droit personnel d'occupation transmissible par voie héréditaire. Les occupants seront dispensés de donner caution et ne seront assujettis au paiement d'aucune redevance. » ; article 10 modifié par l'arrêté du 31 juillet 1928 : « La répartition définitive crée, au profit de chaque indigène détenteur d'une parcelle, un droit personnel d'occupation, transmissible par voie héréditaire, et dont il ne peut être dépossédé, si l'intérêt public exige, que par voie d'exception. Toutefois, seront déchus de leur droit d'occupation les indigènes qui, avant le 1^{er} juin 1929 (échéance reportée au 1^{er} juillet 1930, par arrêté du 1^{er} juillet 1929) et sauf impossibilité dûment constatée, n'auront pas effectivement occupé les lots à eux affectés. » Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal, op. cit., p.153.

le non achèvement des formalités pour l'obtention du titre foncier. Elle décide ensuite que, même si elle a été édifée avant l'année 1926, comme le prétend la dame Paye, sa maison a été élevée sur un terrain faisant l'objet, depuis l'année 1905, d'un titre foncier au nom de l'État français ; cela en faisait donc une propriété de la France au moment du lotissement et de l'affectation qui s'en est suivie. Enfin, la Cour de Cassation consacre implicitement l'interprétation de la portée de l'article 10 de l'arrêté de 1926, donnée par le tribunal administratif français, en considérant que cette question relève de la compétence exclusive de ce tribunal.⁴¹

Lorsque la Cour suprême du Sénégal est appelée à statuer sur un cas similaire, affaire n° 73/67 Faye c/Seck du 15 mars 1969,⁴² elle ne revient pas sur l'interprétation française de la portée du droit d'occuper conféré par arrêté au « chef de famille ». Pourtant, la décision objet du pourvoi avait appliqué la conception africaine en considérant : « que le terrain avait été attribué à Faye en sa qualité de chef de famille léboue, » et non à titre individuel et personnel. La Cour suprême du Sénégal casse cette décision en se fondant sur l'interprétation littérale de l'article 10 de l'arrêté du Gouverneur des colonies : « *Attendu que le lot litigieux a été attribué à Faye par l'arrêté du 27 avril 1927 du Gouverneur des colonies administrateur de la circonscription de Dakar, pris en application de l'article 9 de l'arrêté du 4 mars 1926 relatif à la création d'un village réservé aux membres de la collectivité léboue.*

« *Attendu que ce second arrêté dispose en son article 10 que la répartition dès lors, crée, au profit de chaque indigène détenteur un droit personnel d'occupation transmissible par voie héréditaire.*

« *Dès lors que c'est par une fausse interprétation de l'arrêté d'affectation applicable à l'exclusion des règles coutumières et qui ne prend nullement en considération l'activité de l'intéressé que le Tribunal a décidé que le terrain avait été attribué à Faye en sa qualité de chef de famille léboue, énonciation que contredit, du reste, le jugement lui-même qui constate que le bénéficiaire du lot en est devenu personnellement propriétaire.* »⁴³

⁴¹ Cour de cassation, chambre civile 1, 24 janvier 1963, Arrêts N°1 et N°2 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006962691> (consulté le 5 février 2020 à 18H03).

⁴² Cour suprême du Sénégal, arrêt n°9 du 15 mars 1969, affaire n° 73/67 Faye c/Seck, dans Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal, op. cit., p. 154.

⁴³ Op. cit. loc. cit.

2- La marginalisation du droit des femmes à la propriété foncière

Cette jurisprudence a fait l'objet d'une analyse critique par Me Doudou NDOYE qui souligne le fait que les décisions citées sont « *trop marquées par les principes et règles du droit français* ». ⁴⁴ Il justifie cette critique par la nécessité pour les juges de « *tenir compte de l'origine coutumière de cette création juridique* ». ⁴⁵ Or, pour ce qui est des pouvoirs du chef de famille, le Droit coutumier est clair, Kéba MBAYE, premier président de la Cour suprême, en pose les limites dans un article de doctrine :

« Dans la mesure où le sujet de droit est la famille, et où le chef de famille n'est qu'un gérant, il est normal qu'il ne transmette pas les biens de la collectivité à sa descendance propre et directe. C'est à cette collectivité à désigner le successeur. » ⁴⁶

En fait, la Cour suprême du Sénégal aurait dû se poser la question de savoir sur quel Droit s'appuyer pour interpréter la portée de l'article 10 de l'arrêté colonial. Faut-il appliquer le Droit coutumier qui a permis à une famille de faire reconnaître son droit d'usage sur un terrain ou, le Droit colonial qui permet au « chef de famille » de s'arroger l'exclusivité du droit de propriété découlant de ce droit d'usage ? Pour Me Doudou NDOYE, la réponse réside à la fois dans le recours au Droit coutumier africain et dans la formulation même de l'article 8 de l'arrêté de 1926 :

« Le 1^{er} alinéa de l'article 8 ci-dessus⁴⁷ retient non pas le nom d'un individu au titre de son droit personnel individuel, mais en sa qualité de chef de famille. Les Lébous avaient quitté les territoires du Nord et du Centre du Sénégal pour s'installer par groupes de famille sur les terres de la pointe Ouest. Les lots d'habitation et les parcelles de culture étaient des propriétés familiales gérées

⁴⁴ NDOYE D., «Droit d'occupation et droit de propriété, commentaire de l'arrêté du 4 mars 1926 prescrivant l'allotissement des terrains de Tound», Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal, op. cit., pp. 154-155.

⁴⁵ Op. cit. loc. cit.

⁴⁶ « Introduction », Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, op. cit., p. 33.

⁴⁷ Article 8 arrêté du 4 mars 1926 prescrivant l'allotissement des terrains de Tound :

« Pour chaque quartier il sera établi un dossier spécial comportant :

1° Un plan général avec indication des parcelles, de leur superficie et du nom du chef de famille lébou occupant ;

2° Pour chaque chef de famille, un acte justifiant son occupation antérieure et portant la signature, outre du chef de quartier de six chefs de famille notables de son quartier. »

par le chef de famille, et en cas de décès de celui-ci par un « héritier gestionnaire » choisi par lignée matrilineaire.

La jurisprudence et la doctrine donneront à ce texte une portée individuelle. »⁴⁸

Appelé à se prononcer, le législateur sénégalais n'a pas désavoué la jurisprudence ainsi établie. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 60 alinéa 1^{er} de la loi n°76-66 du 3 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État : *« Sont confirmées les affectations des terrains dits de « Tound » à Dakar prononcées conformément aux dispositions de l'arrêté du 4 mars 1926. Ces terrains sont attribués à titre définitif et en pleine propriété aux bénéficiaires desdites affectations. »*

Les lois qui, sur le modèle de l'arrêté de 1926 et de la loi portant Code du domaine de l'État, ont prévu la transformation de titres administratifs sur le domaine privé de l'État en titres fonciers particuliers,⁴⁹ ne se sont pas contentées de refuser de reconnaître la famille africaine. En effet, ces lois ne font aucun cas des droits des femmes à la copropriété des habitations qu'elles sont tenues de partager avec leur époux,⁵⁰ légalement seul chef de famille

⁴⁸ Op. cit. loc. cit.

⁴⁹ Loi n° 2011-06 du 30 mars 2011 autorisant la transformation des permis d'habiter et titres similaires en titres fonciers, J.O. N° 6598 du Samedi 25 juin 2011, <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article9075> (consulté le 15 février 2020 à 18H16) ; Loi n° 2017-31 du 15 juillet 2017 autorisant la cession définitive et à titre gratuit de terrains domaniaux à usage d'habitation, J.O.R.S. n°7033 du lundi 07 août 2017, pp. 883-890 ; Décret n°2018-830 du 04 mai 2018 portant application de la loi n°2017-31 du 15 juillet 2017 autorisant la cession définitive et à titre gratuit de terrains domaniaux à usage d'habitation.

⁵⁰ Article 153 CFS - Résidence du ménage :

« Le choix de la résidence du ménage appartient au mari; la femme est tenue d'y habiter avec lui et il est tenu de l'y recevoir.

Lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir pour elle et ses enfants un autre domicile fixé par le juge de paix. »

Article 350 Code pénal du Sénégal (Loi n° 77-33 du 22 février 1977)

« Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 20.000 à 250.000 francs:

1) le conjoint qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant du mariage ainsi que de la puissance paternelle; le délai de deux mois ne pourra être interrompu que par un retour au foyer impliquant la volonté de reprendre définitivement la vie familiale ;... ». Lire sur ce sujet Marie RODET, « Le délit d'abandon de domicile conjugal » ou l'invasion du pénal colonial dans les jugements des « tribunaux indigènes » au Soudan

(article 152 CFS), qui n'en bénéficie pas moins de la participation obligatoire aux charges du ménage de son ou de ses épouses (article 375 CFS).

Il convient également de faire observer que, même réduite au « couple » conjugal et, le cas échéant, à ses enfants, cette famille n'est pas autorisée à avoir des biens communs. Non seulement le régime matrimonial de droit commun est le régime de la séparation des biens,⁵¹ mais encore, dans le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts, les biens acquis par les époux durant le mariage ne deviennent des biens communs qu'au moment de la dissolution du mariage.⁵²

Tout ceci concourt à effacer totalement du système juridique sénégalais les notions de propriété foncière lignagère (*suufu maam* en wolof) et de patrimoine familial dévolu par voie matrilineaire (*alalu néegu ndey* en wolof) ou patrilinéaire (*alalu néegu baay* en wolof), socles économiques et politiques de la famille africaine.

Le régime de l'indivision et l'abrogation du Droit coutumier des successions parachèvent l'œuvre de destruction des propriétés collectives, familiales, incompatibles avec la loi sur le Domaine national.⁵³

français, 1900-1947 », French Colonial History, Volume 10, 2009, pp. 151-169, Published by Michigan State University Press.

⁵¹ Pour justifier le statut de régime de droit commun du régime matrimonial de la séparation des biens, il est opportunément fait appel à la coutume.

⁵² Article 389 du Code de la famille - Principe : « Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime communautaire, leurs biens sont gérés, pendant le mariage, comme sous le régime de la séparation de biens, et liquidés, à la dissolution du régime, comme si les époux étaient communs en biens sous réserve des règles établies ci-après. »

⁵³ Loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, J.O.R.S. n° 3692, p. 905 et s., https://www.au-senegal.com/IMG/pdf/snarga_loi_nc991.pdf (consulté le 15 février 2020 à 18H57). Elle a été renforcée par la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière, J.O. n° 6607 du samedi 13 août 2011, <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article9117> (consulté le 16 février 2020 à 16H42). Il s'agit en fait d'une spoliation foncière à grande échelle, sous couvert de « socialisme africain » ; v. MBAYE Kéba : « La loi de 1964 est une nationalisation véritable de 90% des terres du territoire sénégalais, bien que le législateur se soit bien gardé de prononcer le mot. », « Voie africaine du socialisme et propriété », « Voie africaine du socialisme et propriété », Ethiopiques, Revue socialiste de culture négro-africaine, n° 01, janvier 1975, <http://ethiopiques.refer.sn/spip.php?article216> (consulté le 16 février 2020 à 17H03) ; NDIAYE C. A. W. : « “Outre l'unification des régimes fonciers, la loi de 1964 témoigne d'un “art de nationaliser sans payer” (...) Elle devait permettre de « libérer les plus vastes surfaces possibles de l'emprise des particuliers, d'élargir les limites des espaces placés, directement ou non, sous l'autorité de l'État sans avoir à payer le coût de la libération du sol ». », NDIAYE Cheikh Abdou Wahab, Droit sénégalais des contrats immobiliers, CREDILA et L'Harmattan, Sénégal, éd. originale 2017, p. 25 citant DIÉYE Abdoulaye « La loi sur le domaine national a

B/ La précarisation de l'indivision et des solidarités familiales

Les rédacteurs du Code de la famille du Sénégal ont choisi de consacrer le régime français de l'indivision, régime du « chacun pour soi » patriarcal (la loi du plus fort) au détriment du « chacun pour tous et tous pour un » matriarcal (la loi de l'harmonie et de l'entraide).⁵⁴ Pourtant, le rejet des copropriétés familiales opéré par le Code de la famille sénégalais (1) se fait non seulement en violation de la Constitution et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (3), mais aussi contre les aspirations des populations (2).

1- Le rejet des copropriétés familiales

Dans le cadre du Droit coutumier africain, l'indivision, entendue comme un patrimoine familial à la tête duquel se succèdent des héritiers, gérants et non propriétaires du bien commun, empêche la guerre de tous contre tous et toutes, en imposant un « vivre-ensemble » dans l'harmonie. En effet, l'indivision coutumière est organisée de telle sorte que tous les indivisaires ont, quel que soit leur sexe, des droits de même nature sur leur bien commun. Telle est par ailleurs la définition de l'indivision en Droit positif, à une importante différence près toutefois :

« Indivision - situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute), entre ceux qui ont sur cette chose ou cet

45 ans : mérites, manœuvres et malheurs du législateur, Revue EDJA n°84, 2010, p. 20 ; BOYE Abd el Kader, « Le régime foncier sénégalais », Ethiopiques, n°14, avril 1978, <http://ethiopiques.refer.sn/spip.php?article645> (consulté le 16 février 2020 à 16H53) ; DEBENE Marc, « Regards sur le droit foncier sénégalais : Un seul droit pour deux rêves », RIDC 1986, 38-1, pp. 77 à 94, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_1_2359 (consulté le 16 février 2020 à 17H00).

⁵⁴ Ce n'est pas un hasard si la célèbre devise des Trois mousquetaires a comme auteur DUMAS « père », descendant du général Dumas lui-même fils d'une Africaine. Déportée et réduite en esclavage, elle n'en a pas moins éduqué son fils dans les valeurs de sa terre natale. Le Général DUMAS est surnommé par ses troupes « Monsieur de l'humanité », du fait de son dégoût affiché pour la barbarie que représentait la guillotine et, du fait de sa nature compatissante à l'égard des indigents. Il suffit de lire les Mémoires de son fils, pour comprendre combien ce dernier a été marqué par ce père de légende. Ainsi a-t-il écrit : « Contestez-moi mon nom de Davy de la Pailleterie, messieurs ; ce que vous ne contesterez pas, c'est que je suis le fils d'un homme que l'on appelait l'Horatius Coclès devant l'ennemi, et monsieur de l'Humanité devant l'échafaud. » DUMAS Alexandre, Mes mémoires, tome 1, éd, Le Joyeux Roger, Montréal 2012 (date de publication originale 1852), p. 43.

ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition). »⁵⁵

La différence est, qu'à l'opposé de l'indivision française, l'indivision africaine ne souffre pas le partage. Un adage seereer rapporté par Issa Laye THIAW traduit ce principe :

« Pour les Anciens, le partage est le propre des charognards : « O lasir, tuda jigin », pas celui des hommes sociables. »⁵⁶

Les indivisions familiales remplissent une fonction sociale qui apparaît plus nettement lorsque l'analyse se porte sur les terres familiales ou lignagères. Cela permet à Hubert OUEDRAOGO de mettre en avant l'exigence sociale de solidarité pour expliquer le sens de la propriété collective en matière foncière : *« Quant à l'exigence de solidarité foncière, elle joue un rôle important dans le contexte de sociétés dépendant quasi exclusivement de l'accès à la terre pour leur survie et leur reproduction. Confrontées à de nombreuses incertitudes écologiques et à des vulnérabilités sociales récurrentes, les sociétés africaines ont mis en place des systèmes fonciers relativement ouverts : ainsi, les droits fonciers sont investis dans le lignage, favorisant entre ses membres une répartition équitable et non une accumulation individuelle. Appartenir au lignage était suffisant pour bénéficier d'un droit inaliénable d'accès à la terre permettant de la mettre en valeur⁵⁷. »⁵⁸*

⁵⁵ CORNU G., Vocabulaire juridique, PUF, édition originale 1990.

⁵⁶ THIAW Issa Laye, Code coutumier seereer, ouvrage inédit.

⁵⁷ Note 5 de OUEDRAOGO H. : « Exception faite des femmes, considérées comme des « étrangères » puisque appelées à quitter leur famille pour se marier. ». L'exception dont il est fait état correspond à une patriarcalisation du Droit coutumier dans la mesure où, la parenté africaine reposant sur le sang, la femme qui se marie n'en reste pas moins membre de sa famille d'origine, sa famille de sang. C'est dans la famille de l'époux qu'elle est une étrangère. Nous admettons donc que : « La reconnaissance des droits fonciers coutumiers ne saurait pour autant être un encouragement à l'aggravation des injustices et iniquités foncières qui touchent certaines catégories sociales au sein des communautés africaines. », OUEDRAOGO Hubert M.G. , « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », Revue Etudes rurales, 187 | 2011 : Le sens du rural aujourd'hui, §13, <https://etudesrurales.revues.org/9388> (consulté le 1 février 2020 à 21H52). C'est justement le rôle de la loi et des juges de mettre fin à de telles dérives et dénaturations du Droit coutumier.

⁵⁸ OUEDRAOGO Hubert M.G. , op. cit. loc. cit..

Cependant, loin d'avoir légalisé la copropriété foncière africaine, le Code de la famille a choisi d'adopter le régime de l'indivision du Code civil français qui, lui, se caractérise par sa nature temporaire et précaire. Il en découle ce fait, paradoxal, que le Code dit de la famille ignore autant les propriétés foncières lignagères que les « maisons de famille », c'est-à-dire les biens immobiliers maintenus en indivision, d'une génération à l'autre. En Droit coutumier, la vocation de ces biens est de rester à perpétuité dans la famille, pour assurer à tous ses membres, des deux sexes, présents et à venir, ses moyens d'existence en termes de sécurité matérielle mais aussi spirituelle.

S'appuyant sur les résultats de l'enquête menée par la Commission de codification du Ministère de la Justice,⁵⁹ Gabriel ARRIGHI rend compte de la teneur des biens indivis dans le Droit coutumier africain :

« Dans les coutumes sérères, safènes et fétichistes de M'Bour, on distingue :
 - *les biens maternels hérités de l'oncle maternel au neveu ou du frère maternel au frère maternel ; ces biens comprennent : les terrains défrichés par l'ancêtre, le produit des récoltes de ces biens, les dots des nièces ou des sœurs utérines ;*

- les biens paternels : terrains défrichés par le père et ses fils, qui n'en héritent qu'à la condition d'avoir habité avec leur père jusqu'au décès de celui-ci. Mais dans la majorité des coutumes sérères, peulhs, ouoloffs et toucouleurs, les biens sont hérités du père.

La consistance de ce patrimoine collectif, variable selon les lieux et les coutumes, comprend les biens suivants :

- les terrains de culture ;*
- les troupeaux : bœufs, chèvres et moutons ;*
- les instruments de travail, les pirogues et filets de pêche, la forge, les instruments agricoles ;*
- exceptionnellement les pagnes et les bijoux provenant des dots ou les animaux achetés en remplacement ;*
- exceptionnellement la maison construite en commun. Mais l'uniformité est loin de régner en ce domaine, même entre des coutumes de même origine. »⁶⁰*

⁵⁹ Chargée de procéder à la synthèse des 68 coutumes recensées par l'arrêté n° 61-2591 du 23 février 1961, J.O.R.S. du 18 mars 1961, pp. 359 ss, la Commission de codification avait établi un questionnaire en vue d'en savoir plus, de manière plus précise, sur chaque coutume. Le formulaire fut envoyé à diverses personnalités locales sur toute l'étendue du territoire.

⁶⁰ ARRIGHI Gabriel « Le Droit de la famille au Sénégal », Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, op. cit., p. 88.

Au-delà de la diversité de surface qui apparaît avec l'énumération de coutumes rattachées à différentes communautés ethniques, l'unité culturelle est bien réelle et traçable, à commencer par l'existence de biens collectifs, familiaux. Quant à ce qui détermine que la transmission se fasse de façon patrilinéaire ou matrilineaire, le chercheur seereer Issa Laye THIAW en explique la logique : « *Le champ maternel est le champ qui a été défriché par un homme célibataire avec l'aide de sa sœur utérine ou de sa mère. À la mort de l'oncle défricheur, la gestion du champ reviendra aux enfants de la sœur. Le champ paternel est le champ qui a été défriché par le père avec l'aide de ses enfants et de sa femme. À la mort du défricheur, l'étendue de terre ainsi défriché était considérée comme étant la propriété exclusive des enfants qu'il avait eus avec son épouse.* »⁶¹

Dans la suite du compte-rendu que fait ARRIGHI des résultats de l'enquête portant sur les biens collectifs, il apparaît nettement que l'existence et le maintien d'un patrimoine familial est la règle, tandis que son absence, ou son partage, est l'exception :

« *1° dans la coutume ouoloff de M'Backé, les biens autres que les terres, troupeaux et instruments de travail peuvent être partagés au décès du chef de famille; la possibilité de partager même les terres communes est admise en cas de désaccord entre les membres de la famille ; 2° dans les coutumes ouoloff de Thiès et ouoloff islamisé de Kaolack, l'existence de biens personnels distincts des biens communs est reconnue ; 3° dans les coutumes ouoloff de Louga et sérère islamisée de Fatick, il n'existe pas de biens communs.* »⁶²

De la synthèse de cet échantillon très réduit de coutumes, l'arrêté de 1961 en ayant fixé 68 en vigueur sur le territoire du Sénégal,⁶³ ARRIGHI tire la surprenante conclusion suivante :

« *Le déclin du patrimoine collectif au profit de la propriété individuelle est attesté par la possibilité de partager le patrimoine commun, la reconnaissance de la propriété individuelle sur des biens meubles qui, dans des coutumes de*

⁶¹ THIAW Issa Laye, « Quelques grandes figures de dames du Sénégal d'autrefois », La Citoyenne, revue de l'Association des juristes sénégalaises, numéro spécial Symposium sur le droit de la famille - Juillet 2009, p. 44, http://femmesjuristes.org/?page_id=469 (consulté le 15 février 2020 à 22H09).

⁶² ARRIGHI G., op. cit., pp. 88-89.

⁶³ Arrêté n° 61-2591, 23 février 1961, J.O.R.S. du 18 mars 1961, pp. 359 ss,

même origine, font encore partie du patrimoine collectif, notamment les instruments de travail. »⁶⁴

Il semble assez téméraire de tirer de quelques cas, très circonscrits, un « déclin du patrimoine collectif au profit de la propriété individuelle ». D'autant plus qu'un seul cas de partage des biens immobiliers collectifs est rapporté. Et quand bien même le déclin présagé, voire souhaité, aurait été attesté, était-ce le rôle du législateur de le précipiter ? Le fait est que la non reconnaissance des copropriétés familiales ne répond ni à un impératif de mise en ordre d'un système désorganisé, ni au souhait des populations.

2- Des copropriétés organisées et appréciées des populations

Non seulement les propriétés collectives et le type de famille qui leur sont attachées sont appréciées des populations,⁶⁵ mais encore, l'administration et la gestion des biens indivis sont très précisément organisées, que ce soit par le Droit coutumier ou par le Code de la famille. Il n'y a ni une situation d'anarchie, sans lois ni règles, ni une situation de paralysie de toute initiative tendant à exploiter le bien en vue d'en tirer des revenus. Tout comme le Droit coutumier,⁶⁶ le Code de la famille prévoit la désignation d'un gérant,⁶⁷ doté de

⁶⁴ ARRIGHI G., op. cit., p. 89.

⁶⁵ THOMAS L. V., op. cit. p. 55 : « Une enquête réalisée en 1964 par notre collègue P. FOUGEYROLLAS sur 93 ouvriers dakarois et thiessois, donne les résultats suivants : 75% préfèrent la famille étendue et 19% préfèrent la famille conjugale. » ; les raisons invoquées pour justifier le choix du type familial sont exposées dans un tableau, p. 56 : « Par tradition 23%, parce que c'est plus agréable 22%, par amour des parents 14%, par devoir et sens de l'entraide 13%, parce que c'est plus économique 3% ».

⁶⁶ ARRIGHI G., op. cit. p. 89 « Le chef de famille qui a la gestion du patrimoine commun, mais non sa disposition, a l'obligation de nourrir et entretenir les membres de la famille. Il a le droit de faire travailler les hommes à la culture des champs communs et de ses champs personnels, les femmes aux travaux ménagers et à certains travaux des champs. Il lui incombe de marier les filles, sœurs et nièces et de les doter. Il lui incombe aussi de régler les différends et de défendre les membres du groupe familial. La jurisprudence des juridictions coutumières admettait qu'il avait qualité pour représenter en justice les membres de la famille. L'action en divorce intentée au nom de la femme n'échappait pas à cette règle. Il perçoit les redevances coutumières sur les biens collectifs - champs dit Diowré des Toucouleurs par exemple : Dioldi (droit annuel d'entrée en culture), tiotigou, droit de mutation en cas de décès, Assakal ou redevance du 1/10 qui ne s'applique qu'aux cultures existant avant la colonisation, au moment où elles ont été instituées et en conséquence ne sont pas dues sur les récoltes d'arachide. »

⁶⁷ Les modalités de désignation d'un gérant (article 452 CFS - Administration de l'indivision).

pouvoirs précis et encadrés,⁶⁸ tandis que les droits des indivisaires sont clairement définis.⁶⁹ Pour éviter tout blocage, l'intervention du juge est prévue lorsque les indivisaires n'arrivent pas à s'entendre pour nommer ou révoquer le gérant (art. 452 al. 4 et 5 CF), régler le droit privatif de chaque indivisaire (art. 454 al. 2 CF), fixer la part de chaque indivisaire dans les biens indivis (art. 460 CF). En dépit de toutes ces dispositions destinées au bon fonctionnement de l'indivision, la règle, consacrée par le Code civil français et reprise par le Code de la famille sénégalais, se résume en la formule suivante de CORNU :

*« En principe, chaque coindivisaire désireux de sortir de l'indivision, est en droit de provoquer, et donc d'imposer aux autres, le partage. »*⁷⁰

Le partage peut être retardé,⁷¹ mais il pourra toujours être imposé à l'ensemble des copropriétaires à la demande d'une seule personne, l'un des indivisaires⁷² ou, pire, son créancier personnel⁷³.

Comment comprendre qu'une propriété collective si bien organisée, socialement et culturellement enracinée, soit tout de même soumise, par une loi impérative, à la précarité et à la limitation dans le temps ?⁷⁴ Peut-être que la réponse se trouve dans le mimétisme aveugle. L'hypothèse de la volonté délibérée de casser la famille africaine, pour s'emparer de ses biens tout en affaiblissant le socle naturel de résistance des individus face à un État prédateur n'est pas non plus à exclure.

⁶⁸ Les pouvoirs du gérant (art. 453 CFS).

⁶⁹ Les modes de répartition des profits et pertes (art. 455, 460 CFS), l'exercice des droits indivis (article 454 CFS), les conditions de la cession de droits indivis à titre onéreux (art. 456 CFS).

⁷⁰ CORNU Gérard, Droit civil, tome 1, Introduction, Les personnes, les biens, éd.s Montchrestien, 1980, p. 436.

⁷¹ Les cas de maintien de l'indivision le sont à titre exceptionnel et pour une durée limitée (Article 462 alinéa 1^{er} CFS - Décision judiciaire de maintien d'indivision).

⁷² Article 449 CFS - Caractère temporaire [de l'indivision]

« En l'absence d'une convention expresse et sauf dispositions particulières, nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué.

Le partage peut être provoqué à tout moment pourvu qu'il ne le soit pas de mauvaise foi ou à contretemps ou contrairement aux usages. »

⁷³ Article 249 Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution.

⁷⁴ Article 449 CFS - Caractère temporaire [de l'indivision] ; Article 451 CFS - Convention d'indivision à durée indéterminée.

Il n'en reste pas moins que le choix du législateur sénégalais en faveur du modèle juridique et social français est en porte-à-faux avec les obligations constitutionnelles⁷⁵ et conventionnelles⁷⁶ incombant à l'État sénégalais.

3- Un rejet en violation de la Constitution et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

L'atteinte au droit de propriété collectif et aux droits de la famille africaine devient manifeste lorsqu'on se rapporte à l'analyse faite par CORNU du régime de l'indivision napoléonien :

« *Purement individualiste, la conception générale de l'indivision était trop axée sur la reconstitution des propriétés privatives, au mépris de l'intérêt commun.* »⁷⁷

La conception « purement individualiste » et le « mépris de l'intérêt commun », qui caractérisent le régime de l'indivision adopté par le Code de la famille sénégalais, sont en opposition avec les exigences auxquelles est soumis l'État vis-à-vis de la famille et des valeurs traditionnelles, en vertu de la Charte

⁷⁵ Toute disposition législative violant la Constitution peut faire l'objet d'un recours en exception d'inconstitutionnalité, aux conditions posées aux articles 91 (Loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême, J.O. N° 6986 du mercredi 18 janvier 2017, <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article11011>, consulté le 23 février 2020 à 11H27) et 92 al. 1^{er} Loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution, J.O.R.S. 13 juin 2016, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102112/123326/F934927857/SEN-120112.pdf>, consulté le 23 février 2020 à 11H31).

⁷⁶ L'État du Sénégal peut être attiré devant la Cour de justice de la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest pour non respect de n'importe lequel des engagements pris en ratifiant les conventions sur les droits fondamentaux adoptés par les Nations Unies (ONU) ou l'Organisation de l'unité africaine (OUA) devenue Union africaine (UA), cf. Protocole additionnel (A/SP.1/01/05) portant amendement du préambule, des articles 1er, 2, 9, 22 et 30 du protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de justice de la Communauté, ainsi que de l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise dudit Protocole, art.9 – Compétence de la Cour : « 4. La Cour est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme dans tout État membre. » <http://prod.courtecowas.org/wp-content/uploads/2019/01/Protocole-Additionnel-Asp.10105.pdf> (consulté le 23 février 2020 à 11H38) ; SALL Alioune, Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO, L'Harmattan Sénégal, édition originale 2019.

⁷⁷ CORNU G., op. cit., p. 435.

africaine des droits de l'homme et des peuples.⁷⁸ En outre, malgré l'exclusion délibérée de toute référence à la propriété collective dans le corps de la Constitution de 1963,⁷⁹ le droit de propriété collectif est demeuré dans le bloc de constitutionnalité au travers de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, citée dans le Préambule.⁸⁰ Elle proclame en son article 17 : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

Quant à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples,⁸¹ elle énonce en son article 17-3 la règle impérative suivante :

⁷⁸ La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est entrée en vigueur le 21 octobre 1986, cf. site officiel de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, https://www.achpr.org/fr_research (consulté le 15 février 2020, à 12H52), texte disponible sur https://www.achpr.org/fr_legalinstruments/detail?id=49 (consulté le 15 février 2020, à 12H52). Sur la place du Président de la République ainsi que des hauts magistrats et cadres sénégalais dans la rédaction de la Charte, lire, CAMARA F. K., « SENHOR, Kéba MBAYE et l'inscription des valeurs africaines au cœur des droits de l'homme », Mélanges en l'honneur du juge Kéba MBAYE, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, éd. originale 2018, pp. 107 – 133.

⁷⁹ Dans le discours d'usage prononcé à l'Audience solennelle de rentrée des cours et tribunaux, année 2004-2005, sur le thème « Le Droit de la terre », la juge Dielynaba HANNE SOW a commencé par souligner le fait que, dans l'Afrique traditionnelle, la terre « constitue un bien lignager, une ressource qui doit profiter à toute la collectivité familiale » ; puis elle a retracé la manière dont la Constitution a été sciemment modifiée dans le but de supprimer la propriété foncière coutumière, tout en livrant l'information cruciale suivante : « La Cour Suprême avait émis un avis défavorable au projet de loi [loi sur le Domaine national] soumis à son examen (affaire 49/A/62 avis du 16 mars 1962) au motif que ce projet violait l'article 12 de la Constitution de 1960 qui reconnaît la propriété individuelle et collective en ce qu'il ne préserve dans la constitution du domaine national que les droits de propriété constatés ou établis selon le mode européen. Le projet du gouvernement ne reconnaissait pas le droit de propriété collective. Le projet remanié par la haute juridiction contrecarrait la volonté du gouvernement de supprimer les droits fonciers coutumiers. (...) Dans la nouvelle Constitution du 07 mars 1963, la formule « propriété individuelle et collective » a été remplacée par le « droit de propriété ». », Audience solennelle de rentrée des cours et tribunaux, année 2004-2005, Cour de cassation, 12 janvier 2005, p. 13, http://coursupreme.sn/doc/discours2004/DISCOURS_USAGE-2004-2005.pdf (consulté le 15 février 2020 à 22H40).

⁸⁰ Préambule de la Constitution du 7 mars 1963 : « Le Peuple du Sénégal proclame solennellement son indépendance et son attachement aux droits fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et dans la Déclaration Universelle du 10 décembre 1948 ... ».

⁸¹ Ratifiée par la loi du 13 août 1982, v. Tableau des ratifications, site officiel de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples,

« La promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme. »

Même si l'on peut s'interroger sur le contenu exact de ces valeurs, il est indéniable que ni l'individualisme pur, ni le mépris de l'intérêt commun ne sont des valeurs africaines, quelle que soit la communauté ethnique interrogée. La Charte africaine l'affirme expressément à l'article 29, en imposant à l'individu, entre autres devoirs, celui :

« De préserver le développement harmonieux de la famille et d'œuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille ».

L'État est également tenu de protéger la famille, comme cela est énoncé à l'article 18 de la même Charte :

« 1. La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale.

2. L'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté. »

Il ressort de la combinaison de ces différents articles que les indivisions familiales doivent bénéficier d'un statut protecteur garantissant le caractère perpétuel de cette propriété collective.

C'est ce qu'a fait l'État comorien, en reconnaissant l'institution coutumière matriarcale du manyahuli.

II. Le choix de l'harmonie effectué par l'État comorien : la reconnaissance d'une institution matriarcale, le manyahuli

Situé entre l'Afrique et Madagascar, au nord du canal du Mozambique dans l'océan Indien, l'archipel des Comores comprend quatre îles : Anjouan (Ndzouani), Mohéli (Mwali), Mayotte (Maore) et la Grande-Comore (Ngazidja). Le droit foncier comorien repose sur des règles multiples relevant du droit « moderne »,⁸² du droit musulman et du droit coutumier. Dans

https://www.achpr.org/fr_ratificationtable?id=49 (consulté le 15 février 2020, 12H32). La charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que tous les autres instruments internationaux et régionaux, relatifs aux droits fondamentaux et ratifiés par l'État du Sénégal, ont été intégrés à la Constitution de janvier 2001 (cf. le préambule de la Constitution de 2001).

⁸² De manière générale, en Afrique, Droit moderne est généralement synonyme de Droit occidental ou d'inspiration occidentale.

l'archipel des Comores, l'île de la Grande-Comore (Ngazidja) révèle des situations nouvelles où le matriarcat se mêle à la religion musulmane. Et cela se manifeste principalement par le *manyahuli* (A), qui est une institution protégée par l'État (B).

A/ Le manyahuli : Une institution coutumière africaine

Bien que quasiment inexistant dans les autres îles, le *manyahuli* est à notre avis favorisé par la résidence uxorilocale des époux (2). Cela dit, il convient d'étudier son mode de fonctionnement (1).

1- Mode de fonctionnement du manyahuli

Le *manyahuli* est un système de transmission des biens. Il se pratique presque exclusivement dans la plus grande des quatre îles : la Grande-Comore. Certains auteurs y voient le fait de populations africaines car, l'île de la Grande-Comore est celle qui est la plus proche de la côte africaine. En effet, d'après l'ethnologue Sophie BLANCHY, il serait arrivé au XI^e siècle sur l'île de la Grande-Comore une tribu de Wanyika composée de clans patrilinéaires et de clans matrilineaires.⁸³ Ces deux systèmes de filiation ont coexisté jusqu'au XV^e siècle et puis les populations ont fini par adopter la transmission matrilineaire des biens pour ce qui est de l'héritage et la succession.

D'autres auteurs estiment qu'en plus des tribus africaines telles que les Makwa, plus nombreux au Mozambique, qui ont habité les îles et qui ont pu importer leurs traditions matrilineaires, il faut noter aussi des Malais musulmans (Waqwaq), qui établirent des colonies dans l'Ouest de l'Océan Indien et aux Comores entre le Xe et le XIII^e siècle. Ces groupes sont

⁸³ BLANCHY Sophie, « Famille et parenté dans l'archipel des Comores » in *Journal des Africanistes* 1992, tome 62, fascicule 1 p. 14, citant le manuscrit du prince Saïd Hussein, 1934 et Damir Ben Ali, 1984. D'après l'auteure, les Wanyika étaient originaires du Shambara en Afrique de l'Est entre Mombasa et Malindi. Si l'on se réfère à Eugène REVILLOUT, la règle consistant à faire des femmes les responsables héréditaires du patrimoine foncier de la famille est documentée en Afrique depuis l'Antiquité : « Sous la 21^{ème} [dynastie] des prêtres d'Amon, c'est à des princesses, considérées comme chefs de famille, que l'oracle d'Amon attribue, ainsi qu'à leur race, il a soin de le noter, contrairement aux principes alors en vigueur, une fortune immobilière perpétuelle et héréditaire. C'est encore comme chef de famille que la femme intervient dans les contrats de Bocchoris [le pharaon] et dans ceux des Éthiopiens. » *Les origines égyptiennes du Droit civil romain*, Paris, éd. originale 1912, pp. 29-30 https://archive.org/stream/lesoriginesgyp00reviuoft/lesoriginesgyp00reviuoft_djvu.txt (consulté le 24 février 2020 à 21H57).

caractérisés par un système de succession matrilineaire et de mariage uxorilocal, l'indivision du fonds, son inaliénabilité, la transmission par décès aux filles ainsi que le rôle important de l'oncle maternel.⁸⁴

Le manyahuli correspond aux biens immobiliers originaires de la souche maternelle: des terrains urbains ou ruraux, nus ou bâtis, et des maisons données aux femmes de cette lignée.⁸⁵ Le manyahuli vient du mot « inya » qui signifie « mère ».⁸⁶ Inya, selon Sophie BLANCHY, vient du bantu commun qui veut aussi dire « mère ».⁸⁷

Le manyahuli met en scène un duo incontournable qui est celui de la sœur aînée et du frère aîné qui est alors l'oncle maternel de la lignée.⁸⁸ Ce dernier est celui qui doit administrer en bon père de famille l'immeuble manyahuli de sa sœur. L'administration ne lui confère aucunement le droit de vendre, du moins sans le consentement des femmes issues de la branche du manyahuli en question. L'aînée est la personne qui reçoit le manyahuli. Elle en est la responsable mais non la seule propriétaire. Dans sa thèse portant sur le système foncier comorien Mouhssini HASSANI-EL-BARWANE précise le statut juridique de l'aînée de la façon suivante :

*« Si le hasard de sa naissance veut qu'elle soit l'aînée du lignage et, en conséquence, occupe la maison familiale, elle ne peut en aucune manière s'en estimer la seule propriétaire. Elle peut, à la rigueur, être considérée comme l'usufruitière privilégiée. »*⁸⁹

⁸⁴MAS Jean, « La loi des femmes et la loi de Dieu (à propos d'une coutume grand-comorienne) », Annuaire des Pays de l'Océan Indien, Volume VI, 1979, pp. 103-126.

⁸⁵ABDOU Djabir, Le droit comorien entre tradition et modernité, éd. Mamoudzou (Mayotte) éd. du Baobab, éd. originale 2006 p. 57-58.

⁸⁶LE GUENNEC-COPPENS Françoise « Le manyahuli grand-comorien : un système de transmission des biens peu orthodoxe en pays musulman », in M. Gast (éd.), Hériter en pays musulman, habus, lait vivant, manyahuli, Paris, éd.s du CNRS, éd. originale 1987, pp. 257-268.

⁸⁷BLANCHY S. « Le partage des bœufs dans le mariage coutumier de la Grande-Comore » ,Journal des Africanistes 1996, tome 66, fasc. 1-2 p. 175.

⁸⁸Ce duo est la marque même du matriarcat selon DIOP C. A. : « Le matriarcat n'est pas le triomphe absolu et cynique de la femme sur l'homme ; c'est un dualisme harmonieux, une association acceptée par les deux sexes pour mieux bâtir une société sédentaire où chacun s'épanouit pleinement en se livrant à l'activité qui est la plus conforme à sa nature physiologique. Un régime matriarcal, loin d'être imposé à l'homme par des circonstances indépendantes de sa volonté, est accepté et défendu par lui. », L'unité culturelle de l'Afrique noire, op. cit., p. 114. Ce dualisme harmonieux est symbolisé par le partenariat entre la mère et son frère (l'oncle maternel).

⁸⁹HASSANI-EL-BARWANE Mouhssini, Le système foncier comorien de 1841 à 1975, Université de la Réunion, thèse de doctorat nouveau régime en histoire contemporaine, avril 2010, p. 106.

En effet, le manyahuli a un caractère collectif. La transmission se fait de mère en fille (l'aînée), l'immeuble reste en indivision.⁹⁰ Du fait de son caractère ancestral et sacré, l'immeuble est inaliénable sauf dans des cas limités. Il peut faire l'objet d'une vente décidée en conseil familial, sous la « présidence » de l'oncle maternel. C'est le cas lorsque le fruit de la vente est destiné au prestige de la famille : réalisation du pèlerinage à la Mecque, réalisation du grand mariage, établissement d'un membre de la famille à l'étranger, etc.⁹¹

Il faut savoir qu'une propriété immobilière non manyahuli peut le devenir après transmission à des personnes de sexe féminin. La transmission peut provenir d'une donation du père, ou de l'oncle maternel faite à titre de propriété individuelle. La constitution d'un immeuble en bien manyahuli peut aussi être le fruit de l'achat de ce bien par une femme, qu'elle transmettra par la suite à sa descendance féminine.

Si le manyahuli appartient exclusivement aux femmes et s'il est sous la responsabilité de l'aînée, l'oncle maternel doit nécessairement faire figure d'autorité dans la société comorienne. C'est à lui que revient la tâche de représenter les intérêts de la famille notamment ceux liés à l'immeuble constitué en bien manyahuli devant la justice, aussi bien la justice cadiale que la justice étatique.

2- Le manyahuli ou la conséquence d'une société uxori-locale

Que veut la femme ? s'est demandé Freud.⁹² La réponse à cette question n'aura aucun rapport avec un quelconque complexe de castration ou œdipien, sujets fétiches du grand psychanalyste. La réponse mérite une réponse plus concrète, plus actuelle. En effet, la femme aspire à être l'égale de l'homme notamment sur le plan économique et social et la femme comorienne ne fait pas figure d'exception. Cette dernière par la coutume du manyahuli, bénéficie de nombreux privilèges que nous aurons à aborder. Toutefois, avant de citer les avantages que confère le manyahuli à la femme, il est important de préciser que cette coutume est à notre avis le fruit de l'uxorilocalité de la société

⁹⁰ V. KANJI S. S. M. et CAMARA F. K., op. cit., pp. 228-230.

⁹¹ SAID Mahamoudou, Foncier et société aux Comores. Le temps des refondations. Ed. Karthala, Paris, éd. originale 2009, p. 160.

⁹² JONES Ernest, La vie et l'œuvre de Sigmund Freud, Paris, PUF 1988, Vol 2, p.445, éd. originale 1953, Hogarth Press.

comorienne.⁹³ Concrètement, cela signifie qu'après la célébration du mariage, le mari s'installe chez sa femme. On remarque alors qu'en plus de tenir compte de la vulnérabilité économique de la femme, la coutume du manyahuli lui assure un logement dans lequel elle va pouvoir accueillir son époux. Cette coutume est si bien ancrée que, cela paraîtrait incongru qu'un frère veuille retirer à sa sœur le bien manyahuli qui lui revient de droit, conformément à la coutume. Ce serait lui porter un affront. À ce propos, celui qui risque d'en pâtir, du point de vue sociétal, est ce frère qui sera condamné par l'opinion publique et voué aux gémonies car étant considéré comme un voleur. Sophie BLANCHY parle de ce cas dans son ouvrage :

*« ...Celui qui fait usage du droit coranique pour garder des terrains familiaux est perçu presque comme un voleur et un usurpateur. Celui qui a des sœurs n'osera jamais garder un terrain possédé auparavant par sa mère. Cette attitude du frère envers la sœur, étendue à celle de tout homme envers toute femme, permet de comprendre que les comoriens émigrés en France qui divorcent laissent à leur femme l'appartement HLM dont ils payent pourtant le loyer avec leur salaire. »*⁹⁴

Il convient de préciser que, le fait pour l'homme d'emménager dans la maison de sa femme ne laisse subsister aucun doute sur lequel des deux époux conservera le logement, en cas de décès de l'un des époux ou de divorce, dans la mesure où les époux sont séparés de biens mais surtout, aucun des époux n'a un droit de propriété sur le logement dans lequel il a été installé par l'autre.⁹⁵ Pour ce qui est des meubles du couple, ceux-ci restent attachés à la

⁹³La société comorienne connaît un mode de résidence uxori-matri-local généralisé dans l'archipel. Sophie BLANCHY observe que le mari réside chez sa femme (résidence uxori-locale), les enfants naissent chez leur mère, y résident (matrilocalité), et se marient eux-mêmes uxori-localement, « Famille et parenté dans l'archipel des Comores », op. cit. Ce fait est une constante dans la tradition matriarcale africaine, cf. KANJI S. S. M. et CAMARA F. K., op. cit., pp. 117-128.

⁹⁴ BLANCHY S., Maisons des femmes, cités des hommes : Filiation, âge et pouvoir à Ngazidja (Comores), Nanterre, Société d'ethnologie, éd. originale, 2010, p. 59.

⁹⁵ Article 83 alinéa 1 Code de la famille des Comores (CFC) « Sauf stipulation contraire de leur contrat de mariage, les époux sont séparés de biens et chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Sous réserve des droits de succession, la femme ne dispose pas de droit de propriété sur le logement dans lequel elle a été installée par son mari. Inversement, celui-ci ne peut prétendre à aucun droit sur le logement de sa femme. ». Lorsque la propriété dans laquelle le couple est installé est une donation du mari à l'égard de sa femme, dans ce cas elle conservera l'immeuble qui, logiquement, deviendra un bien manyahuli si le couple a une descendance féminine.

maison, quand bien même ils auraient été achetés par le mari pour équiper la maison de sa femme⁹⁶ à condition qu'il n'y ait pas d'accord, préalablement écrit, autorisant le mari à exercer son droit de propriété sur les meubles.⁹⁷ La sécurité que procure le manyahuli à l'endroit de la femme ne se résume pas à un point de vue économique. Le manyahuli protège la femme non seulement de la polygamie mais également de la répudiation. Dans le cas de la polygamie, la femme n'aura pas à ressentir la pesanteur de la présence physique d'une rivale au sein de son foyer. Quant au cas de la répudiation, si le mari s'aventure à y recourir, c'est lui qui aura à retourner dans sa famille, plus précisément chez sa sœur. D'ailleurs, il est important de souligner que nombreux sont les mariages stratégiques où l'homme recherche la notoriété et la richesse foncière que peut représenter une potentielle épouse. À ce propos Mahamoudou SAID nous fait savoir que :

« La terre fait partie des enjeux du mariage. Ceux qui n'ont pas assez de terre choisissent leur femme en tenant compte, entre autres, du nombre de parcelles ou de la surface agricole dont elle dispose déjà ou dont elle est susceptible d'hériter de ses parents. Il est vrai que les familles qui disposent d'importantes surfaces agricoles choisissent elles-mêmes les époux de leurs filles. Cependant, l'exigence s'estompe en cas du remariage de celles-ci après un ou plusieurs divorces. »⁹⁸

Le terrain manyahuli sur lequel est érigée une maison est symbolique. C'est l'espoir de voir la lignée matrilineaire se perpétuer. En effet, l'absence de descendance féminine est tragique car considérée comme la fin d'une lignée, la mort de la « maison ». En outre, la matrilocalité de la société comorienne influence le Droit comorien. En effet, contrairement au Code de la famille sénégalais qui lie le droit de garde à l'exercice de la puissance paternelle,⁹⁹ et en cas de divorce laisse le juge attribuer la garde en fonction de l'intérêt de l'enfant,¹⁰⁰ le Code de la famille comorien avantage la mère pour ce qui est du droit de garde.¹⁰¹ Plus marquant encore, lorsque la mère ne peut exercer son

⁹⁶ Article 83 alinéa 3 CFC.

⁹⁷ Article 83 alinéa 4 CFC.

⁹⁸ SAID M., op.cit. p. 185.

⁹⁹ Articles 180, 277 al. 2 CFS.

¹⁰⁰ Article 278 CFS.

¹⁰¹ Article 92 CFC : « Le droit de garde est dévolu par préférence à la mère si l'intérêt de l'enfant ne s'y oppose et sous les réserves suivantes

- Qu'elle ne parte pas s'installer à l'étranger avec l'enfant sans l'assentiment du père

droit de garde, l'enfant est placé chez une parente de la lignée maternelle en cas d'empêchement du père (à qui est dévolu de plein droit le droit de garde quand la mère ne peut l'exercer).¹⁰² Par contraste, dans le Code de la famille sénégalais, en cas de décès du père « *si l'intérêt de l'enfant l'exige, tout parent intéressé peut demander que les conditions de garde, d'entretien et d'éducation de l'enfant soient fixées par le juge* ». ¹⁰³ Ces différences nous laissent penser que c'est en se référant à la coutume africaine que le législateur comorien fait prévaloir le lien maternel.

B/ Le manyahuli une institution protégée par l'État

Si le manyahuli a sa place en Grande-Comore, c'est parce que le Droit coutumier est avant tout reconnu de manière générale (1) mais c'est particulièrement une décision de justice qui consacre cette coutume (2).

1- La reconnaissance du Droit coutumier en général

Le Droit coutumier correspond à un Droit qui porte les usages initiaux et les coutumes du pays. À l'inverse de nombreux pays africains qui ont préféré, après leur accession à leur indépendance, tourner le dos à la coutume, souvent considérée comme anachronique par l'intelligentsia, les Comores ont fait le choix de la conserver. Reconnu aussi bien par les autorités coloniales que par les autorités post coloniales, le Droit coutumier est consacré notamment par le décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores à travers son article 6,¹⁰⁴ on peut citer également la loi du 23 septembre 1987 fixant l'organisation judiciaire de la République Fédérale Islamique des Comores ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé. Elle dispose que la coutume doit s'appliquer dès lors qu'elle respecte les règles fondamentales de l'Islam.¹⁰⁵

-
- Qu'elle soit de bonne moralité. Le droit de garde comporte notamment la surveillance et les soins à donner à l'enfant jusqu'à l'âge de discernement fixé en principe à sept ans.

¹⁰² Article 93 CFC.

¹⁰³ Article 279 CFS.

¹⁰⁴ Article 6, décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores « Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman Minhâdj el Tâlibîn est seul officiel et applicable dans l'archipel. ».

¹⁰⁵ Article 11, loi du 23 septembre 1987 fixant l'organisation judiciaire de la République Fédérale Islamique des Comores ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé « En toute autre matière et sous réserve tant des dispositions impératives qui

Cette loi nous interpelle parce que, comme son titre l'indique, elle fixe l'organisation judiciaire dans une République Islamique.¹⁰⁶ Cela est surprenant lorsque l'on sait que d'après la loi de Dieu, l'homme est doublement mieux doté que la femme en matière successorale. Ce qui est tout l'opposé de ce que laisse supposer l'article 12 qui, même s'il ne cite pas explicitement le manyahuli, ne peut que se référer à lui pour ce qui est de la propriété immobilière coutumière.¹⁰⁷ Si, sur le plan juridique, la coutume est prise en compte, on ne peut occulter le fait que celle-ci n'a pas toujours eu un franc succès dans les décisions de justice. Du moins en ce qui concerne la coutume du manyahuli ou *la loi des femmes* comme aime à la nommer Jean MAS.¹⁰⁸ En effet, une décision du Conseil des cadis du 18 octobre 1928 nous fait savoir que :

« [D]es plaideurs qui se prétendent du manyahuli ne peuvent pas être écoutés dans un prétoire musulman parce qu'il s'agit d'affaires de coutume et de mœurs et non d'affaires régies par le droit musulman. »¹⁰⁹

Une autre décision du cadi de Moroni du 03 avril 1947 affirme :

« [I]l n'y a pas à tenir compte de la coutume traditionnelle qui est contre la loi du Coran puisqu'elle évince l'enfant du droit de participer à l'héritage, pour ce qui est des biens « manyahuli ». »¹¹⁰

De ce fait, il n'y a plus d'équivoque pour ce qui est de la prévalence de la loi coranique sur le droit coutumier, du moins à cette époque-là. Pourtant, une délibération de la chambre des députés des Comores prise le 03 juin 1964 indique que « *les cadis peuvent invoquer aussi les coutumes locales propres à chaque île* ». ¹¹¹ Ainsi, le refus des cadis de statuer selon la coutume peut

peuvent être édictées par la loi que du respect des règles fondamentales islamiques et de celles touchant à l'ordre public et la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume. » Article 12, loi du 23 septembre 1987 « Il en est de même en ce qui concerne la propriété ou la possession immobilière et les droits qui en découlent ».

¹⁰⁶ La République Islamique des Comores (1978-2001). L'Union des Comores lui succède par la Constitution du 23 décembre 2001.

¹⁰⁷ Un arrêté devait établir la liste des coutumes mais celui-ci n'a jamais vu le jour.

¹⁰⁸ MAS J., « La loi des femmes et la loi de Dieu ... », op.cit.

¹⁰⁹ Cité par CHANFI Ahmed ben Ali, *La femme dans le statut personnel des Comores*, mémoire de DEA, Cerjemaf octobre 1998, 107 pages, p. 85.

¹¹⁰ Cité par OULOVAVO Mohamed Djae, *Le pluralisme juridique de la justice et ses limites dans l'Union des Comores*, Thèse soutenue à l'Université de Lyon, 2018, 423p. Cf. MAS J. « La loi des femmes et la loi de Dieu ... », op.cit.

¹¹¹ Journal officiel des Comores, 1964, p. 476.

s'expliquer par leurs convictions religieuses qui placent la règle coranique sur le plan du sacré. Nous sommes ici face à la continuelle opposition de la religion à la coutume. Or le manyahuli occupe une place prépondérante dans la société matrilineaire comorienne, au point que CARBONEILL affirme que parmi les caractéristiques du manyahuli il y a l'insaisissabilité :

*« Les créanciers ne pourront exercer leur droit de poursuite sur de tels biens qui échappent de la sorte au droit de gage général. Il apparaît en conséquence clairement que par cette disposition l'intérêt de l'ordre public ou du créancier devra céder le pas à l'intérêt de la femme, mais aussi, et peut être surtout, de la famille. Il s'agit en effet de biens communautaires, hors commerce, tendant à perpétuer l'espèce féminine, toile de fond de la famille. ».*¹¹²

Cela pose beaucoup de problèmes pour les institutions modernes, notamment bancaires. Quand il y a insolvabilité, celles-ci sont confrontées à l'impossibilité de saisir le fonds même s'il est mis en garantie dans un prêt.¹¹³ Au Sénégal, contrairement aux Comores, ce n'est plus le couple Droit coutumier/Droit musulman qui s'oppose en matière de Droit des successions, mais plutôt le couple Droit musulman/Droit commun. En effet, alors que les successions de Droit commun ne font pas de différence entre les héritiers selon leur sexe, il n'en va pas de même en Droit musulman. Chacun peut choisir qu'à sa mort soit appliqué, ou bien le Droit musulman, ou bien le Droit commun. En l'absence de choix c'est le Droit commun qui aura à s'appliquer. C'est ce que l'on peut tirer de l'article 396 du Code de la famille sénégalais.¹¹⁴ Ainsi, dans le Droit commun des successions, l'homme et la femme, le frère et la sœur, ont la même part. La loi ne fait donc aucune distinction selon le sexe. Cela dit, les héritiers peuvent contester l'application du Droit commun des successions. Il appartiendra alors à ceux qui souhaitent que la succession soit régie selon le Droit musulman d'apporter la preuve de la volonté du défunt. C'est ce qui résulte de l'article 571 du Code de la famille

¹¹² CARBONEILL André, « Spécificité du droit successoral en grande Comore : droit musulman chaféite et succession coutumière magnahoule », in Revue Juridique de l'Océan Indien, Numéro 2 - Année 2001-2002, <https://www.rjoi.fr/index.php?id=2768#ftn27> (Consulté le 30 janvier 2020 à 23H00).

¹¹³ KALEL Saïd, « Union des Comores », in Revue Juridique de l'Océan Indien [http://www.lexoi.fr/index.php?page=portail_pays&pays=COMORES%20\(Union%20des\)](http://www.lexoi.fr/index.php?page=portail_pays&pays=COMORES%20(Union%20des)) (Consulté le 30 janvier 2020 à 16h20).

¹¹⁴ Article 396 CFS « Les dispositions du présent titre s'appliquent à toutes les successions ab intestat dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions prévues au titre III du présent livre. ».

sénégalais.¹¹⁵ Ainsi, le juge a le pouvoir d'appréciation du « comportement ». Cependant, d'après Marième N'DIAYE, dans les premières années d'application du Code, la jurisprudence respectait l'esprit de la loi en prenant en compte la fameuse notion de comportement car, la seule appartenance à la religion musulmane ne peut suffire à elle seule à faire appliquer le Droit musulman des successions. Toutefois, toujours selon Dr N'DIAYE, la charge de la preuve serait actuellement inversée ; un état de fait conforté par les chiffres suivants :

« [E]n 1998, sur 842 jugements d'hérédité rendus par le tribunal départemental de Dakar, le juge a appliqué le droit musulman dans 708 jugements, soit dans 84 % des cas. Le dépouillement des dossiers ainsi que les entretiens réalisés avec des magistrats et avocats ont permis de consolider cette hypothèse en faisant ressortir comment, des années 1970 à nos jours, les successions de droit musulman sont devenues le droit commun officieux. »¹¹⁶

Dès lors, en comparant les deux régimes successoraux, on en vient à conclure que le régime de Droit commun des successions est celui qui permettra le plus à la femme, surtout en cas de successions immobilières, de disposer d'un patrimoine économique à la hauteur de celui des hommes. Certains justifient la prédominance de l'homme, en matière successorale, par le fait qu'il est celui sur qui pèsent, à titre principal, les charges du ménage. Toutefois, cet argument n'est pas solide, dans la mesure où, dans de nombreux foyers, ce sont les femmes qui subviennent, seules, aux besoins de la famille, en travaillant la terre par exemple, surtout en milieu rural.

Bien que souvent méprisée par la jurisprudence cadiale, la coutume, en l'occurrence celle du manyahuli, prend sa revanche dans un arrêt de la Cour d'appel de Moroni.

¹¹⁵ Article 571 CFS « Les dispositions du présent titre s'appliquent aux successions des 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. ».

¹¹⁶ N'DIAYE Marième, La réforme du droit de la famille, Presses de l'Université de Montréal, éd. originale 2016, p. 180.

2- La reconnaissance du Droit d'un droit coutumier en particulier : La décision rendue par la Cour d'appel de Moroni, le 25 septembre 1991¹¹⁷

La société comorienne est une société de confession musulmane, essentiellement sunnite et de rite chaféite, et l'on atteste la présence de l'islam aux Comores dès le début du VIII^{ème} siècle.¹¹⁸ Cependant, rappelons-le, le matriarcat étant prépondérant sur l'île de la Grande-Comore, sa population a opté pour la transmission successorale matrilineaire des biens. Or, ce mode de succession peut être discutable dans un pays qui se dit musulman. En effet, en application du Coran et du *Minhadj at Talibin*¹¹⁹ qui recense les règles de Droit musulman applicables aux Comores, il existe une distinction entre l'homme et la femme, qui s'exprime notamment sur le terrain successoral.¹²⁰ Néanmoins, le mode de dévolution prévu par la loi coranique est mis en échec par l'institution matriarcale du manyahuli. La force de la phrase suivante démontre à quel point la société est attachée à cette coutume : « *Le manyahuli*

¹¹⁷Décision de justice, rapportée par SERMET Laurent, Une anthropologie juridique des droits de l'homme : les chemins de l'océan indien, Paris, Editions des Archives contemporaines, éd. originale 2009, pp. 43-45.

¹¹⁸ OTTINO Paul, « Le Moyen Age de l'Océan Indien et le peuplement de Madagascar », in Annuaire des pays de l'Océan Indien (APOI), 1974, p. 201.

¹¹⁹ *Minhadj at-tâlibîn* ou Guide des zélés croyants est un manuel de jurisprudence musulmane selon le rite Châfiî. Le texte, publié en arabe, est accompagné d'une traduction française et d'annotations par VAN DEN BERG L. W. C. . *Minhadj at-tâlibîn*, trois volumes, Batavia, Imprimerie du Gouvernement. 1882, 1883, 1884. L'auteur du *Minhadj* est né à Damas en l'an 631 de l'hégire, soit en 1236 après Jésus-Christ. Un exemplaire du *Minhadj* est disponible à la salle de l'océan indien, au service commun de documentation de l'Université de la Réunion. Selon la délibération du 3 juin 1964, qui porte réorganisation de la justice musulmane aux Comores, il est prévu dans l'article 7 que : "Les Qâdis, les Qâdis-I-qodat jugent d'après la doctrine musulmane chaféite [...] Ils peuvent invoquer aussi les coutumes locales propres à chaque île". (Journal officiel des Comores, 1964, p. 476), SERMET Laurent « Loi et coutume en Grande-Comore » in Le cabinet de curiosités ; mélanges offert à Claude WANQUET, textes réunis par COUELLE Colombe, Université de la Réunion, L'Harmattan, 2001, p. 347-358, éd. originale 2000.

¹²⁰ S'il existe plusieurs héritières filles, celles-ci ne peuvent prétendre ensemble qu'aux deux tiers de la succession (Coran, Sourate IV, verset 11). Alors que l'homme s'il est seul héritier, il peut prétendre à hériter de toute la succession. En outre, « si la succession doit être partagée entre filles et fils, toute la succession leur appartient de manière à ce que la part d'un fils soit égale à celle de deux filles. », *Minhadj at-tâlibîn*, 1883, tome 2, p. 231. De plus la sourate IV, verset 11 du Coran énonce : "Quant à vos enfants, Dieu vous ordonne d'attribuer au garçon une part égale à celle de deux filles ".

va contre le droit de Dieu, mais la coutume est une loi »¹²¹ disait Ali M'CHANGAMA, secrétaire-greffier à Moroni, pour évoquer la question épineuse de l'existence de la propriété manyahuli au sein d'une société musulmane. En effet, il arrive que des hommes de la lignée maternelle contestent le caractère manyahuli de l'immeuble. Si la propriété manyahuli est largement ancrée dans la société comorienne, il se peut toutefois que l'oncle maternel ou le frère utérin, simples administrateurs, outrepassent leur pouvoir en disposant de la propriété manyahuli de la sœur. Des conflits naissent alors. À ce sujet, Laurent SERMET a rendu compte d'une décision de justice portant sur une propriété manyahuli :

*« Le thème de la loi et de la coutume en Grande-Comore peut être illustré par une décision rendue par la Cour d'appel de Moroni, le 25 septembre 1991. En apparence, cette décision, qui porte sur un contentieux de dévolution successorale, est assez banale. Son intérêt provient de ce que le juge d'appel était confronté à deux prétentions fondées, pour l'une, sur le droit coutumier et, pour l'autre, sur la loi coranique. Les deux prétentions éminemment contradictoires reposent sur des logiques dont les prémisses sont fort différentes. L'une dérive du droit musulman et bénéficie de ce fait d'une autorité non négligeable en raison de son ancrage théologique et de sa forme écrite. L'autre, en revanche, est une œuvre populaire et répond à une fonction sociale précise en Grande-Comore. Devant ce conflit de normes, véritable phénomène de pluralisme juridique, le juge d'appel a fait primer la règle coutumière sur la règle écrite. »*¹²²

En l'espèce, un homme contestait la qualité de propriétés manyahuli à des immeubles dont bénéficiait sa famille maternelle depuis plusieurs générations. Ce descendant masculin a eu gain de cause devant la justice cadiale qui, par une décision du 18 juillet 1990, a fait application de la règle successorale coranique. Ainsi conforté par cette décision, le requérant engagea une procédure de vente des immeubles en cause. Cependant, c'était sans compter avec sa sœur et ses cousines, propriétaires manyahuli. Elles intentèrent une action contre lui en saisissant la Cour d'appel de Moroni. Cette dernière donna raison aux femmes. Ici, on ne peut qu'applaudir ce Droit coutumier qui a su résister à la religion mais aussi à la colonisation car, nul doute que la propriété manyahuli confère un pouvoir non négligeable aux femmes. Ces êtres que la société contemporaine a tendance à léser. Par ailleurs, comme un auteur le

¹²¹ Cité par MAS J., « La loi des femmes et la loi de Dieu ... », op.cit.

¹²²SERMET L. « Loi et coutume en Grande-Comore » op.cit.

disait, l'institution du manyahuli sert à éviter l'éparpillement patrimonial souvent considéré comme la cause de la ruine et de la dislocation des familles. La Cour d'appel de Moroni a fait prévaloir le manyahuli, et donc *la loi des femmes*, sur le fondement suivant :

*« Considérant qu'il est une coutume propre en Grande-Comore que le "Manyahuli" est une immobilisation foncière en faveur exclusive des descendants et collatéraux femmes de ligne maternelle ; que les biens "Manyahuli" au lieu d'être dévolus aux héritiers coraniques sont au contraire distraits de l'actif successoral pour bénéficier aux seules femmes, dans la ligne maternelle ; que les enfants mâles ne peuvent en disposer mais seulement en jouir et administrer ; que le "Manyahuli" ne disparaît que par l'extinction d'une souche femelle maternelle, ou par la volonté commune des femmes qui seraient plus tard appelées à en disposer. »*¹²³

Compte tenu du caractère coutumier des biens manyahulli, les juges prennent également soin de définir l'institution dans ses moindres détails, sans la dénaturer. Nous pensons donc que la décision a été rendue conformément à la conscience collective des citoyens de la Grande-Comore.¹²⁴

¹²³ Arrêt reproduit en annexe.

¹²⁴ MANCUSO Salvatore , « La diversité des sources du droit aux Comores : entre droit occidental, droit islamique et Droit coutumier », in Revue Juridique de l'Océan Indien, Numéro 15, <https://www.rjoi.fr/index.php?id=5166#ftn1> (Consulté le 30 janvier 2020 à 23h33).

Conclusion

Si le juge comorien a pu rendre une décision favorable aux intérêts des femmes et de la famille, en vertu de la coutume, cela ne pourrait se faire au Sénégal car, depuis la loi du 12 juin 1972 portant Code de la famille, les coutumes ont été abrogées à l'exception de celles concernant les formalités consacrant traditionnellement le mariage.¹²⁵ La loi sur le Domaine national et la loi de 2011 sur le régime de la propriété foncière ont pareillement fait table rase des coutumes, tout en prétendant s'en inspirer.¹²⁶

Quoiqu'ayant jusqu'ici démontré, sans vouloir le montrer, une ferme résolution de tourner le dos au Droit coutumier africain, il serait temps, pour les dirigeants de l'État sénégalais, de s'inspirer d'exemples africains tels qu'en offre l'Union des Comores. Sauver la famille africaine de la destruction est un défi qu'il est impératif de relever car, comme Kéba MBAYE l'a écrit, en guise d'avertissement :

« [I]l faut que ses fossoyeurs se souviennent qu'elle [La famille africaine] avait une fonction essentielle pour la vie de la collectivité. Son fondement était religieux, et sa mystique moralisatrice. Elle assurait la cohésion sociale de la société et l'intégrité interne de l'individu, en l'obligeant à se perdre dans le groupe et à se dépasser. Elle reposait sur l'autorité et le respect de la hiérarchie, sur la solidarité et l'amour du prochain. »¹²⁷

Les dirigeants du Sénégal indépendant ont renié les Institutions et le Droit millénaires africains, au profit de ceux imposés, à force de massacres et de barbarie,¹²⁸ par le colonisateur. À l'heure des bilans, il est impératif de

¹²⁵ Article 830 Code de la famille sénégalais.

¹²⁶ MBAYE K. : « On peut dire que par cette loi, le Sénégal a accompli sa Nuit du 4 août. Mais, alors qu'à la suite de « la Grande Peur », c'est dans le délire que fut votée la chute du régime féodal en France, la révolution sénégalaise s'est accomplie dans le plus grand calme et presque dans le secret. Tout s'est passé comme si rien n'avait changé. (...) Cette révolution a été accomplie sans que les traditions régissant la terre aient été bouleversées ; tout au contraire : ce sont elles qui l'ont inspirée et lui ont servi de fondement. Celle-ci a été possible parce que les principes de la philosophie africaine n'avaient pas été violés ; la conception africaine du droit avait été respectée. Il y a là un exemple frappant de l'utilisation de la coutume au service du progrès. Le Code sénégalais de la famille en fournit un autre. », « Voie africaine du socialisme et propriété », op. cit. loc. cit.

¹²⁷ MBAYE K, Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, op. cit. , pp. 35-36.

¹²⁸ Cf. CÉSAIRE Aimé, Discours sur le colonialisme, Présence africaine, Paris édition originale, 1955 ; GUÉYE Ousmane, Le code de l'indigénat: Historique en Afrique francophone 1887-1946, L'Harmattan, Dakar, édition originale 2019 ; FANON Frantz, Les Damnés de la

reconnaître que, les choix législatifs adoptés depuis la proclamation de l'indépendance ont produit des fruits dont l'amertume, voire le caractère vénéneux, ne sont plus contestables. Restaurer la famille et la femme africaines,¹²⁹ dans leurs droits légitimes et millénaires, est le premier pas vers la restauration, au sein de nos États, de la paix et de l'harmonie sans lesquelles rien de durable ne saurait être construit. Espérons que notre article, par l'éclairage contrasté qu'il offre de deux États similaires ayant opéré des choix législatifs divergents, contribuera à mettre en lumière la voie de la Renaissance africaine.

Terre, © Librairie François Maspero, Paris, 1961,1968. © Éditions La Découverte & Syros, Paris, 2002 ; LONDRES Albert, Terre d'ébène (la traite des Noirs), édition le serpent à plumes, Paris (édition originale Albin Michel 1929) ; MABON Armelle, « Synthèse sur le massacre de Thiaroye (Sénégal 1er décembre 1944) », <http://www.sfhom.com/IMG/pdf/synthesethiaroye6.pdf> (consulté le 16 février 2020 à 18H32) ; MARTIN Xavier, Naissance du sous-homme au cœur des Lumières – les races, les femmes, le peuple, éd. DMM, Poitiers, édition originale, 2014 ; PLUMELLE-URIBE Rosa Amélia, La férocité blanche – Des non-Blancs aux non-Aryens, Génocides occultés de 1492 à nos jours, Albin Michel, Paris, édition originale 2001.

¹²⁹ KANJI S. S. M., Des droits de la femme africaine, d'hier à demain, éd. Xamal, Saint-Louis (Sénégal), éd. originale 1997.

SOMMAIRE

DOCTRINE

L'ABSTENTIONNISME ÉLECTORAL DANS TOUS SES ÉTATS AU SÉNÉGAL.....	1
Boubacar KANTE Docteur en Sciences politiques à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar-Sénégal.	
LA RIGIDITÉ DE LA CONSTITUTION BÉNINOISE DE 1990 À L'ÉPREUVE DES EXPÉRIENCES DE SA RÉVISION.....	29
Gilles BADET Docteur en droit public à la Faculté de droit et de sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi (BENIN).	
LA DIFFICILE ÉMERGENCE D'UNE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE EN GUINÉE.....	75
M. Mouhamadou DIALLO Docteur en Droit public, Enseignant chercheur à l'Université Général Lansana CONTE-Sonfonja de Conakry.	
LES POLITIQUES ÉDUCATIVES AU SÉNÉGAL : ENTRE PERTE EN QUALITÉ, « INJUSTICE » SOCIALE ET PROPOSITIONS D'ALTERNATIVES NOUVELLES	125
Ndeye Astou NDIAYE Docteur en Science Politique Maitresse de conférences assimilée à la Faculté des Sciences Juridiques et politiques de l'Université Cheikh. A DIOP de Dakar.	
LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE FISCALE.....	153
TCHATAT NYA Raoul Ph.D en droit des Affaires et fiscalité, Assistant à l'Université de Maroua (Cameroun).	
LA SCLÉROSE DE LA DÉCENTRALISATION AU CAMEROUN : LES LOGIQUES STRATÉGIQUES ET UTILITAIRES DES ACTEURS.....	177
Isaac ESSAMÉ Docteur Ph.D en Science Politique Université de Douala.	
LA NOUVELLE RÉFORME DES MARCHÉS PUBLICS AU CAMEROUN (2018) : ENTRE INNOVATIONS ET INCOHÉRENCES.....	199
Claude MOMO Agrégé des Facultés de Droit à l'Université de Douala et Frédéric Hermann KEMDJO TAGNE Doctorant en droit public à l'Université de Douala	
FEMMES ET FONCIER EN AFRIQUE GUERRE OU HARMONIE ENTRE LES SEXES : LES CHOIX OPPOSÉS DE DEUX ETATS SIMILAIRES.....	239
Dr Fatou Kiné CAMARA, Maitresse de Conférences titulaire, FSJP/UCAD et Nasfat ABOUL HAIR, titulaire d'un Master en Droit privé et sciences criminelles, FSJP/UCAD.	
INDIVIDUALISATION DES SALAIRES ET DROIT À L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN DROIT DU TRAVAIL CAMEROUNAIS.....	279
André William TCHIADEU NGALEU, Docteur/ Ph.D. en Droit privé, Assistant, FSJP, Université de Douala - Cameroun.	
LE RATTACHEMENT DU FONDS DE COMMERCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DANS L'ESPACE OHADA.....	309
Claudaire AGOSSOU Maître-assistant des Universités du CAMES, Enseignant-Chercheur à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Parakou (Bénin).	
LA MOROSITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS DE L'ESPACE OHADA : ANALYSE À PARTIR DU RÔLE ASSIGNÉ AUX INTERMÉDIAIRES FINANCIERS.....	367
DJOUAKEP Jado Doctorant en Droit à l'Université de Dschang (Cameroun).	
LA PROTECTION DES CRÉANCIERS PROPRIÉTAIRES DANS LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES OHADA.....	401
MBOKE Anne Docteur en droit à l'Université de Yaoundé II (Cameroun).	
LE DÉLIT D'INITIÉ EN DROIT POSITIF NIGÉRIEN À LA LUMIÈRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE UMOA ET DU DROIT FRANÇAIS.....	451
SANI MANI Larwanou, Docteur en droit privé.	

CHRONIQUES

L'OBLIGATION D'ENTRETIEN DU PARENT A L'EGARD DE SON ENFANT AU-DELA DE LA MAJORITE : PLAIDOYER POUR UNE EVOLUTION DU DROIT SENEGALAIS DE LA FAMILLE. A PROPOS DE L'ARRET LEMOU SAMB C/ SALIF SECK DE LA COUR SUPREME DU 02 SEPTEMBRE 2015.....	471
Papa Assane TOURE Magistrat, Docteur en Droit privé et Sciences Criminelles Secrétaire général Adjoint du Gouvernement chargé des Affaires juridiques	
COMMENTAIRE DE LA LOI N° 2017-24 DU 28 JUIN 2017 PORTANT CRÉATION, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE ET DES CHAMBRES COMMERCIALES D'APPEL.....	493
Patrice Samuel Aristide BADJI, Agrégé des Facultés de Droit, Directeur du CREDILA, Université Cheikh Anta Diop de Dakar-Sénégal et Aly Badara TOURE, Doctorant en Droit privé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar-Sénégal.	

ISSN 0850-9247



9 770850 924009