

---

QUEL DROIT APPLICABLE A LA FAMILLE AU NIGER ?  
LE PLURALISME JURIDIQUE EN QUESTION

---

Bachir I. Talfi



Research Partnership 4/2008  
The Danish Institute for Human Rights



Quel droit applicable à la famille au Niger ?  
Le pluralisme juridique en question

Bachir I. Talfi

Quel droit applicable à la famille au Niger ? Le pluralisme juridique en question.

*Bachir I. Talfi*

Research Partnership 4/2008

This research paper has been produced as a part of the Research Partnership Programme at the Danish Institute for Human Rights, with financial assistance provided by Danida.

However, the statements, facts and opinions expressed in the publication are the responsibility of the personal author and do not necessarily reflect the position or opinion of the Danish Institute for Human Rights or Danida.

© 2008 Bachir I. Talfi

*Editorial preparations:* The Research department, The Danish Institute for Human Rights

*Print:* Jønsson Grafik A/S

ISBN 87-91836-32-8

ISSN: 1600-5333

*Bibliographic information according to the Huridocs Standard Format*

*Title:* Quel droit applicable à la famille au Niger ? Le pluralisme juridique en question

*Personal author:* Bachir I. Talfi

*Corporate author:* The Danish Institute for Human Rights

*Series title:* Research Partnership 4/2008

*Index terms:* Africa / Human rights / Niger / family law / legal pluralism

Printed in Denmark 2009

The Danish Institute for Human Rights

56 Strandgade

1401 Copenhagen K

Tel: + 45 32 69 88 88

Fax: + 45 32 69 88 00

E-mail: center@humanrights.dk

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>	<b>6</b>
<b>PREMIERE PARTIE: LE DROIT APPLICABLE A LA FAMILLE: LE PLURALISME JURIDIQUE AU NIGER DANS SON EXPRESSION .....</b>	<b>8</b>
<b>PARAGRAPHE 1: LE DROIT APPLICABLE A LA FAMILLE DANS SA FORMULATION .....</b>	<b>8</b>
<b>A. La loi applicable en matière de droit de la famille .....</b>	<b>9</b>
1. L'action législative de l'Etat .....	9
2. Le droit positif actuel du droit de la famille au Niger .....	14
<b>B. La doctrine en matière de pluralisme juridique au Niger.....</b>	<b>17</b>
1. La doctrine de l'exclusion du droit islamique .....	18
2. La doctrine de l'application du droit islamique.....	20
<b>PARAGRAPHE 2: LE DROIT APPLICABLE A LA FAMILLE AU NIGER DANS SON APPLICATION .....</b>	<b>22</b>
<b>A. Les institutions chargées de l'application du droit de la famille .....</b>	<b>23</b>
1. Les institutions légales .....	23
2. Les institutions informelles .....	27
<b>B. La mise en œuvre effective du droit de la famille par les instances judiciaires.....</b>	<b>31</b>
<b>DEUXIEME PARTIE: LE DROIT APPLICABLE A LA FAMILLE: LE PLURALISME JURIDIQUE AU NIGER EN QUESTION .....</b>	<b>34</b>
<b>PARAGRAPHE 1: LA POSITION DU PROBLEME DU PLURALISME JURIDIQUE EN DROIT DE LA FAMILLE AU NIGER.....</b>	<b>34</b>
<b>A. La doctrine du pluralisme juridique .....</b>	<b>34</b>
1. Le pluralisme juridique en droit comparé.....	36
2. La thèse du pluralisme juridique au Niger.....	41
<b>B. Les implications de la thèse du pluralisme juridique .....</b>	<b>48</b>
1. La coutume: droit ou fait ? .....	48
2. La caractérisation d'un droit d'option de législation.....	53
<b>PARAGRAPHE 2 : LES PERSPECTIVES OU CORRECTIFS AU PROBLEME DU PLURALISME JURIDIQUE EN DROIT DE LA FAMILLE AU NIGER .....</b>	<b>54</b>
<b>A. Le rétablissement de la hiérarchie des normes .....</b>	<b>54</b>
1. L'intervention au niveau de la constitution .....	55
2. L'intervention au niveau de la loi.....	57
<b>B. Le nouveau pluralisme juridique? .....</b>	<b>57</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUCTION GENERALE

La famille est considérée, avec le mariage, « comme la base naturelle et morale de la communauté humaine ». C'est ce qui ressort de l'article 18, alinéa 1<sup>er</sup> de la constitution nigérienne. L'alinéa 2 dispose que : « l'État et les collectivités publiques ont le devoir de veiller à la santé physique, mentale et morale de la famille (...) ». C'est dire toute l'importance accordée à la famille par le constituant nigérien, et au-delà de celui-ci, par les populations nigériennes.

Cependant, cette importance, consacrée par des dispositions constitutionnelles, tranche avec la réalité juridique et/ou judiciaire. En effet, la famille au Niger est l'objet d'une sorte d'abandon juridique. Quant au judiciaire, il donne l'image d'une incohérence en matière de droit applicable à la famille. Ainsi, le droit applicable à la famille est entouré d'une nébuleuse qui ne laisse pas en entrevoir les contours avec clarté. Les juridictions chargées d'appliquer ce droit ont quant à elles, toutes les difficultés pour identifier avec exactitude le droit applicable. On assiste à une valse hésitation sur le droit applicable.

Cette situation est le fruit de l'héritage juridique colonial du Niger. En effet, lors de la colonisation, le colon avait trouvé un droit applicable à la famille : les règles coutumières qui étaient plus ou moins teintées de règles issues de la religion musulmane. Religion de la majorité écrasante des populations du territoire du Niger. La colonisation avait tenté d'étouffer ce droit pour imposer le Code civil napoléonien. Mais les populations ont résisté. Face à cette résistance, le colonisateur avait changé de méthode en autorisant l'application des règles coutumières pour ceux qui le souhaitaient et l'application des règles issues du Code civil pour ceux qui en faisaient la demande expresse. Les juridictions également chargées de trancher les litiges étaient de deux ordres. Il y'avait d'une part la justice française qui était chargée de l'application du droit venu de la métropole et la justice indigène<sup>1</sup> et musulmane qui appliquait le droit coutumier et musulman.

C'est de cette situation qu'est donc né le pluralisme juridique dans les différents territoires soumis à la colonisation. Ainsi, plusieurs droits étaient concurremment appliqués à la famille. Avec cependant une hiérarchie entre eux, car le droit écrit du Code civil devait primer les droits coutumiers (aussi bien les droits originellement africains que le droit musulman). L'objectif est de supplanter les coutumes au profit du droit de la métropole.

A l'indépendance des Etats anciennement sous domination coloniale, la situation de pluralisme juridique en vigueur pendant la colonisation a été reconduite par les nouveaux Etats. En effet, les nouveaux nés étaient confrontés au dilemme du maintien des coutumes ou de légiférer sur des pans entiers du droit où n'existaient aucune législation nationale. Cette

---

<sup>1</sup> Sur la définition de « indigène », voir E. SAADA : « Citoyens et sujets de l'empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, n° 53, 2003, p. 19. Cette étude comporte également une présentation du droit colonial (aussi bien le droit matériel que l'organisation judiciaire) et ce qui le motivait.

tache colossale n'était pas à leur portée. C'est ainsi que la situation du pluralisme juridique a été reconduite.

Le Niger, à l'instar de tous les autres Etats d'Afrique noire francophone n'a pas dérogé à la règle. Néanmoins, le Niger s'est particularisé en ne légiférant sur le droit de la famille alors que tous les autres Etats l'avaient fait en adoptant, peu d'années après l'indépendance, ou même des années plus tard, une législation nouvelle en droit de la famille. Cette législation nouvelle avait pour but d'uniformiser le droit applicable à la famille et d'abandonner le pluralisme. Le pluralisme judiciaire avait été également abandonné. Dans certains Etats du moins. Le droit coutumier est appliqué désormais par les juridictions de droit commun. Aucune juridiction coutumière spéciale n'a été maintenue. Au Niger, le droit positif est toujours caractérisé par le pluralisme juridique. Ce pluralisme juridique, bien qu'encadré par la loi, est toutefois, caractérisé, dans la pratique judiciaire, d'un flou qui fait que le droit applicable à la famille est devenu indéterminable. En effet, les juridictions appliquent à certains moments le droit musulman qui n'a pas été déclaré applicable en matière de droit de la famille. Et au-delà de l'application même du droit, il est observé un phénomène unique en son genre : en effet, des institutions sans aucune autorité en matière de règlement des litiges se sont érigées en véritables juridictions et tranchent les litiges en matière de droit des personnes et de la famille sous l'œil bienveillant des autorités publiques. Et encore, faut-il souligner que des tentatives de codification du droit de la famille ont été menées mais ont toutes été soldées par des échecs.

L'objet de cette étude est ainsi de faire la lumière sur cette situation que vit le Niger et de tenter d'apporter des éclairages nouveaux sur le problème du pluralisme juridique au Niger. L'étude ne prétend nullement apporter des solutions ou des remèdes mais se veut être heuristique afin de montrer la voie pour d'éventuelles actions à mener afin de rétablir l'ordre juridique républicain qui se trouve à n'en point douter malmener par la situation actuelle. Ainsi, afin de mieux appréhender l'état de la question du pluralisme juridique au Niger, une première partie sera consacrée à la présentation du système juridique nigérien, tel qu'il a été formulé en matière de pluralisme juridique. Une seconde partie sera consacrée à une analyse critique de ce système et en envisagera les perspectives les plus importantes.

## **Première partie: Le droit applicable à la famille: Le pluralisme juridique au Niger dans son expression**

A l'unanimité, la doctrine nigérienne<sup>2</sup> a proclamé l'existence d'un pluralisme juridique (ou dualisme juridique) gouvernant le droit de la famille. Ces auteurs ont tous fondés leur thèse sur l'existence dans la loi sur l'organisation judiciaire<sup>3</sup> d'une disposition<sup>4</sup> enjoignant aux juridictions, sous certaines conditions assez strictes, l'application des coutumes de préférence à la loi écrite. Certains ont même reconnu l'existence d'une option de législation offerte selon eux par le législateur nigérien aux citoyens. Ainsi, ces derniers auraient le choix entre le droit écrit et le droit coutumier. Il s'agira dans les développements qui vont suivre, de présenter ces thèses et les fondements légaux de celles-ci. La formulation de la loi étant à l'origine de ces thèses, elle sera exposée. L'application du droit de la famille par les juridictions vient quant à elle confirmer ce que les auteurs ont dit du droit de la famille au Niger. Ces deux aspects du droit de la famille au Niger seront exposés successivement en vue d'avoir une meilleure compréhension de la situation actuelle du droit de la famille au Niger.

### **Paragraphe 1: Le droit applicable à la famille dans sa formulation**

La formulation du droit de la famille, telle qu'elle est faite au Niger, démontre que le pluralisme est présent dans l'esprit des acteurs du droit de la famille. Parler de la formulation du droit de la famille conduit à parler des sources du droit de la famille dont les principales sont la loi et la coutume. Mais la coutume (ou les coutumes<sup>5</sup>) n'est pas connue de manière formelle. Elle est seulement constatée par le juge à travers ce qui lui en est dit par les assesseurs<sup>6</sup> qui l'assistent dans sa tâche, aussi, nous ne parlerons pas de la jurisprudence ici mais ultérieurement lorsqu'il s'agira de l'application du droit de la famille. Seront donc successivement envisagées la loi et la doctrine.

---

<sup>2</sup> Pour en citer les principaux, voir : ARZIKA M. : Droit et société au Niger : l'évolution du droit coutumier, Thèse, Université de Strasbourg III, 1985 ; TANKOANO A.: « Les sources du droit au Niger », in Mode de production des droits africains et Common Law, Première rencontre de droit comparé du CICLEF, été 1993, Ecole de droit, Université de Moncton, Moncton (Nouveau Brunswick), CICLEF, Canada, 1995, p. 133 ; ABARCHI D.: Place des coutumes dans l'ordonnancement juridique nigérien », *Revue nigérienne de droit*, n° 01, novembre 1999, p. 80 ; CHAIBOU A. : L'influence de la jurisprudence nigérienne en droit de la famille sur la coutume : les notions « *d'évolution générale du pays* » et de « *coutume urbaine* », *Revue nigérienne de droit*, n° 02, décembre 1999, pp. 68 à 83. Cette position a été réaffirmée lors des Colloques organisés par la Faculté des Sciences Economiques et Juridiques de l'Université Abdou Moumouni de Niamey avec l'appui de l'IDDH sur « Islam, Droits de l'Homme et Démocratie au Niger » et « Quel droit de la famille pour le Niger » ; respectivement en janvier et en novembre 2005. Se référer aux actes du colloque.

<sup>3</sup> Loi organique n° 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger, J.O.R.N., spécial n° 14 du 20 août 2004, p. 1028.

<sup>4</sup> Pour l'historique de cette disposition voir ARZIKA M. op. cit., p. 282.

<sup>5</sup> En raison de la diversité des groupes ethnolinguistiques vivant au Niger, il ya autant de coutumes de groupes ethnolinguistiques.

<sup>6</sup> Prévus par l'article 5, alinéa 4 de la loi sur l'organisation judiciaire, ils complètent la Cour de cassation, le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance et le tribunal du foncier rural.



## **A. La loi applicable en matière de droit de la famille**

Celle-ci n'a jamais posée de difficultés au Niger. Il a toujours été admis que le droit applicable à la famille au Niger était dual. D'un côté le code civil hérité de la colonisation française et de l'autre les prescriptions des différentes coutumes. A celles-ci il faut ajouter les conventions internationales régulièrement ratifiées par le Niger qui contiennent pour certaines, lorsqu'elles ne portent pas directement sur le droit de la famille, des prescriptions en cette matière. Tout ceci constitue-t-elle la « loi »? La question mérite d'être posée, car on a tendance à confondre la loi aux coutumes. Et quelle est la place des conventions internationales que les coutumes ne doivent plus ignorer depuis la loi du 22 juillet 2004 sur l'organisation judiciaire ?

Avant d'examiner le droit matériel applicable à la famille il convient d'observer l'action législative de l'Etat, car de celle-ci naît la loi.

### **1. L'action législative de l'Etat**

La loi est définie par le lexique des termes juridiques comme étant une : « règle écrite, générale et permanente élaborée par le parlement<sup>7</sup> ». Ainsi, elle est secrétée par l'Etat. Mais quelle est la politique de l'Etat nigérien en matière de réglementation du droit de la famille ? On peut observer deux points principaux : il n'y a pratiquement pas d'intervention législative en la matière et une tentative de codification a avorté.

#### **a. L'intervention législative**

La première observation à faire sur ce point c'est le faible niveau d'intervention législative. En effet, depuis les textes hérités de la colonisation, le législateur nigérien s'est très peu intéressé, pour ne pas dire pas du tout, au droit de la famille. Aucune loi n'est intervenue en la matière depuis 1960, date d'accession à l'indépendance et aucune n'est en projet.

A ce sujet, il est assez curieux de constater que la période coloniale a été plus féconde en matière de législation sur la matière que ne l'a été l'époque contemporaine<sup>8</sup>. En effet, le législateur colonial a devant la persistance de certaines coutumes concernant le mariage décidé de légiférer et d'organiser un tant soit peu cette matière, notamment en tentant une interdiction (indirecte, il faut le dire) des mariages forcés C'est ainsi qu'intervint le décret du 15 juin 1939 réglementant les mariages entre personnes de statut personnel en AOF et en AEF. Ensuite intervint le décret du 14 septembre 1951<sup>9</sup> (qui visait à régler la dot et à interdire les mariages forcés). Ces deux textes s'ils sont les plus connus et les plus populaires, car intervenant en matière d'état des personnes n'ont pas été les seuls applicables. Plusieurs autres textes avaient été pris, pendant la période coloniale, qui étaient directement ou indirectement liés à l'état des personnes. On peut citer notamment: le décret du 25 mai 1912

---

<sup>7</sup> GUILIEN R. et VINCENT J., (sous la direction de GUINCHARD ONTIGNIER G.), *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2007, p. 402.

<sup>8</sup> V. ARZIKA M., op. cit., p. 280.

<sup>9</sup> Il faut noter que ce décret, en son article premier, contient la disposition qui fait survivre le droit coutumier local à côté du droit écrit occidental en donnant l'option aux populations indigènes. Nous y reviendrons.

instituant un régime commun pour accéder à la qualité de citoyen français, l'arrêté du gouverneur général de l'AOF du 29 octobre 1912 déterminant la procédure à suivre pour l'obtention de la qualité de citoyen français, le décret d'organisation judiciaire du 16 août 1912, qui le premier, en son article 36, a permis aux juridictions indigènes l'application de la coutume des parties en matière civile et commerciale. Ce texte sera vite modifié et remplacé par d'autres, notamment, le décret du 22 mars 1924 et celui du 16 mai 1928. Tous deux seront abrogés et remplacés par le décret du 3 décembre 1931, avec néanmoins la constance de l'application des coutumes locales en matière civile et commerciale. d'autres textes intéressaient également l'état des personnes, il s'agit notamment du décret du 14 janvier 1918 instituant un régime exceptionnel pour récompenser les indigènes qui ont combattu dans l'armée française lors de la guerre 1914-1918, loi du 24 novembre 1924 qui venait pallier l'échec des précédents textes en permettant de devenir citoyen français tout en conservant son statut. L'état civil avait été institué au Niger par un arrêté du Gouverneur Général de l'AOF du 16 avril 1918<sup>10</sup>.

En revanche, depuis l'indépendance, il n'y a pratiquement pas eu d'intervention législative en matière d'état des personnes. Seul l'état civil a fait l'objet d'attention de la part du législateur. Une première intervention eut lieu par l'ordonnance n° 85-05 du 9 mars 1985<sup>11</sup> qui abrogeait et remplaçait les dispositions du code civil applicable au Niger. Ce texte vient d'être abrogé à son tour et remplacé par la loi n° 2007-30 du 3 décembre 2007 portant régime de l'état civil au Niger<sup>12</sup>. En dehors de ces interventions législatives en matière d'état civil, le législateur nigérien n'a pas daigné toucher au droit des personnes et de la famille. Des tentatives de codifications ont été menées mais ont vite échouées.

## **b. Les tentatives de codification**

On peut facilement retracer l'historique des tentatives de codifications du droit de la famille au Niger<sup>13</sup>. Elles sont toutes le reflet de l'histoire politique du pays. Chacun des pouvoirs qui se sont succédés<sup>14</sup> ont tenté la codification du droit de la famille, et chacune des tentatives a échoué. Très souvent, les différents projets de Code sont les suites les uns des autres.

### *i. Echec d'une première tentative de codification*

Une tentative de codification avait été initiée mais avait avorté suite à certains facteurs.

---

<sup>10</sup> Pour une vue d'ensemble et une appréciation de tous les textes cités ici, voir ARZIKA M., op. cit., pp. 280 à 284.

<sup>11</sup> JORN du 1er mai 1985.

<sup>12</sup> JORN du 15 janvier 2008, p. 78.

<sup>13</sup> Pour plus de détails sur l'historique de l'adoption d'un Code de la famille au Niger ; voir ABDOURHAMAN A. M. : Le code de la famille au Niger : Historique et perspectives, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 157 à 166 et MAHAMAN A. : Une révolution avortée : le code de la famille au Niger, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, pp. 167 à 181.

<sup>14</sup> Aucune œuvre de codification n'a été menée sous la première république qui a pris fin par le coup de force militaire du 15 avril 1974. Ainsi, des tentatives de codifications ont été menées sous le régime militaire du Général Seyni Kountché, pendant la période dite de la « décrispation » et enfin pendant la période de la « transition ».

En effet, un « projet de code de la famille<sup>15</sup> » avait vu le jour, mais il fut rapidement abandonné. L'historique de l'adoption du Code de la famille au Niger peut être résumé comme suit. Dans les années 1970, précisément en 1976, un premier comité avait été mis sur pied pour l'élaboration d'un Code de la famille. Le travail de ce comité ne fut pas achevé et il fut abandonné. En 1987, une commission fut mise en place avec pour mandat de rédiger un projet de Code. L'option islamique avait été délogée pour ce projet. Il fut complété en 1989 par l'adoption d'une version « laïque » comme option par défaut<sup>16</sup>. Ce projet ne fera pas bonne fortune et, en janvier 1993<sup>17</sup>, un dernier projet de Code fut élaboré (906 articles). Mais celui-ci ne connut pas plus de succès que les précédents sous la poussée de la résistance des mouvements des associations islamiques fortement opposées à l'adoption d'un Code de la famille. En définitive, toute adoption d'un Code de la famille fut abandonnée au Niger depuis cette date. Il est vrai que certaines associations féminines militent encore, avec le Ministère de la promotion de la femme pour l'adoption d'un tel Code, mais cela est fait dans la discrétion la plus totale pour ne pas heurter la sensibilité des associations islamiques.

### *ii. Les raisons de l'échec*

Les raisons expliquant les échecs des tentatives de codifications sont multiples. Le plus souvent, la thèse de l'opposition des associations islamiques à toute œuvre de codification est la plus couramment avancée. Mme Abdourhaman, dans sa communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? » a avancé plutôt une série de quatre raisons, expliquant l'échec de l'adoption du « projet de Code de la famille ». Selon elle, l'échec du projet s'explique par : l'opposition des islamistes, le manque de volonté politique, la passivité des organisations de défense des droits de l'homme et les insuffisances de la vulgarisation du « projet de code<sup>18</sup> ». Mahaman A., quant à lui, après avoir mis en exergue le rôle prééminent des associations islamiques dans le rejet du projet de Code, conclut en présentant plusieurs facteurs à la base de l'échec de la codification. Il s'agit selon lui de facteurs comme : « les pesanteurs sociales et religieuses très fortes, l'affaiblissement de l'autorité de l'Etat, la prudence des hommes et partis politiques, le manque de tact et de méthode dont on fait preuve les rédacteurs du Code, la force des associations islamiques et l'hostilité sourde mais réelle de l'ensemble de l'opinion publique<sup>19</sup> ».

Cependant, si ces auteurs trouvent ainsi les raisons de l'échec dans ses facteurs, ne peut-on les retrouver ailleurs ?

Abarchi pense que les réformes législatives en Afrique sont teintées de ce qu'il a appelé le « mimétisme juridique<sup>20</sup> ». D'après lui, la méthode législative africaine, en particulier au Niger, est marquée par sa faiblesse du fait de la « présupposition d'obsolescence des textes »

---

<sup>15</sup> Projet de janvier 1993.

<sup>16</sup> V. ABDOURHAMAN A. M., op. cit., p. 160.

<sup>17</sup> V. MAHAMAN A. op. cit., p. 170.

<sup>18</sup> ABDOURHAMAN A. M., op. cit., p. 161 à 164.

<sup>19</sup> MAHAMAN A. op. cit., p. 179.

<sup>20</sup> ABARCHI D. : Problématique des réformes législatives en Afrique : Le mimétisme juridique comme méthode de construction juridique, *Revue nigérienne de droit*, n° 00, mars 1999, pp. 53 à 73.

alors que ceux-ci n'ont même pas été éprouvés par le corps social. C'est ainsi qu'il dit que « si le discours politique tendant à justifier les réformes juridiques met l'accent sur la modernisation des textes, c'est moins parce que l'application des anciens textes ont révélé qu'ils sont inadaptés, que parce qu'ils sont présumés comme tels en raison de leur ancienneté<sup>21</sup> ». En prenant exemple sur la tentative de codification du droit de la famille, il dit que « l'idée d'un Code de la famille a fait son apparition depuis 1976, essentiellement sous l'impulsion de l'élite féminine, sans doute fascinée par la condition juridique de la femme occidentale et qui rêve d'être sous la même loi. Et cela sans que le Code civil alors en vigueur dans ce domaine, et répondant à la plupart des préoccupations exprimées dans le nouveau Code, ait réellement connu une véritable application<sup>22</sup> ». Enfin, il observe que « le droit français constitue le seul repère pour les pays francophones d'Afrique ». Et à ce titre, il relève que « les contestations sociales nées après la tentative de la popularisation du projet de Code de la famille au Niger et qui ont conduit à sa mise en veilleuse sont des exemples édifiants » du « mimétisme hardi dont fait preuve le législateur africain même dans les domaines où la force de la tradition prédestine le droit importé à l'ineffectivité<sup>23</sup> ». Il observe qu'« il faut se convaincre désormais que le souci de moderniser le droit africain que l'on croit souvent avoir satisfait par la seule importation de nouvelles normes juridiques est une prétention qui ne résiste pas à l'analyse<sup>24</sup> ». En effet, des facteurs comme « les délais de route » et la « non comestibilité du droit importé » le rendent indigeste pour le corps social auquel il doit s'appliquer. Il poursuit, en disant que « c'est vouer le droit à l'ineffectivité que de vouloir transplanter une norme conçue pour régir des relations sociales ou économiques profondément différentes ». Et c'est pourquoi il dit que le « législateur sage et prudent doit construire ses lois sur la base des réalités locales<sup>25</sup> ». Ce même auteur, plus tard, s'était interrogé sur l'opportunité d'une réforme du droit nigérien de la famille<sup>26</sup>. Pour lui parler de réforme du droit nigérien de la famille devrait d'abord au préalable conduire à s'interroger sur le droit à réformer : droit écrit ou droit coutumier ? Considérant le premier comme un « droit mort<sup>27</sup> », le second est, selon lui, teinté de religion qui est ce qu'il y a de plus profond chez l'homme. Et c'est pourquoi, pense-t-il que réformer le droit coutumier reviendrait à bousculer certains tabous au plan religieux. Aussi, la hardiesse politique qu'aurait demandée une telle réforme du droit coutumier et les tabous qui auraient été bousculés ou qui l'ont été, ont fait reculer les pouvoirs publics devant le projet de Code de la famille<sup>28</sup>. Aussi, se pose-t-il la question de savoir s'il ne revient pas au juge, plutôt qu'au législateur, de faire évoluer le droit de la famille eu égard aux conditions d'applications de la coutume posées par le législateur et

---

<sup>21</sup> ABARCHI D. op. cit., p. 57.

<sup>22</sup> ABARCHI D., op. cit. loc. cit.

<sup>23</sup> ABARCHI D., op. cit., p. 60.

<sup>24</sup> ABARCHI D., op. cit., p. 69.

<sup>25</sup> ABARCHI D., op. cit., p. 71.

<sup>26</sup> ABARCHI D. : Interrogations sur l'opportunité d'une réforme du droit nigérien de la famille, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 59.

<sup>27</sup> ABARCHI D. op. cit., p. 64.

<sup>28</sup> ABARCHI D. op. cit., p. 63.

aux dispositions des conventions internationales<sup>29</sup> ? Selon l'auteur, les dispositions du Code civil applicable au Niger, bien que « dormantes », comportent la plupart des revendications des tenants de la réforme du droit de la famille au Niger<sup>30</sup>.

Si pour expliquer – en partie – les raisons de l'échec de la réforme du droit de la famille au Niger, Abarchi se pose la question de savoir « quel droit réformer » ?, Chaibou A. le rejoint, en se demandant « quelle type de famille serait concernée par la réforme ». Cet auteur préconise qu'il faut d'abord rechercher les « principes directeurs pour la famille au Niger<sup>31</sup> » avant de penser toute idée de réforme. Pour cet auteur, étant donné que le Niger est caractérisé aussi bien par un pluralisme ethnique que linguistique et un pluralisme juridique, il s'ensuit que « les nigériens n'ont pas la même compréhension du type de règles d'organisation familiale. Pour certains, ces règles doivent être religieuses, pour d'autres, elles doivent être coutumières au nom du respect des valeurs traditionnelles ». Il poursuit en disant qu' « un courant nouveau, constaté dans les centres urbains, surtout dans la capitale, tend à promouvoir une autre vision du droit de la famille selon les règles qui s'inspirent largement de la vision occidentale de la famille, notamment la promotion des principes proclamés par les conventions internationales, parmi lesquelles le principe d'égalité tient un rôle important<sup>32</sup> ». Il conclut en posant le constat qu'au Niger les « difficultés de l'unification du droit de la famille résident dans le pluralisme tant social que juridique et la coexistence de conceptions juridiques différentes écartelées entre plusieurs types de civilisations et souvent contradictoires sur la vision de l'organisation de la famille ».

S'il est bien un point où les deux auteurs se rejoignent, c'est celui sur lequel les réformes législatives, notamment en matière de droit de la famille, doivent tenir compte des réalités des populations auxquelles elles s'adressent. Et c'est bien cette idée qu'exprimait M. Plourde, lorsqu'il dit que « on n'arrivera jamais à parler ni à codifier par simple addition de mots ou par simple compilation de lois. Qu'il parle ou qu'il codifie, le maître (en parlant du législateur) est d'abord un architecte ; il obéit à un plan. Qu'il s'agisse d'un échafaudage de paroles ou d'un échafaudage de lois, il faut connaître le destinataire : ses habitudes, ses besoins, ses comportements, et faire en sorte qu'il se retrouve dans la maison qu'on lui fabrique<sup>33</sup> ». Et, en matière de droit de la famille, s'ils relèvent tous des résistances du corps social à la codification, ils rejoignent ainsi Arzika M. qui, dans sa thèse, avait déjà souligné cette résistance des populations au droit importé par le colon<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> ABARCHI D. op. cit., pp. 72 et ss.

<sup>30</sup> ABARCHI D. op. cit., pp. 62, 64 et 72.

<sup>31</sup> CHAIBOU A. : A la recherche des principes directeurs pour le droit de la famille au Niger, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, pp. 183 à 213.

<sup>32</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 186.

<sup>33</sup> PLOURDE M. : allocution à la séance principale d'ouverture du COLLOQUE INTERNATIONAL DE DROIT CIVIL COMPARE, Codification : Valeurs et langages, Montréal du 1<sup>er</sup> au 3 octobre 1981, in Actes du colloque, Bibliothèque nationale du Québec, 1985.

<sup>34</sup> ARZIKA M., op. cit., notamment pp. 314 et 315.

Enfin, si le Code de la famille a échoué c'est bien pour toutes ces raisons. Il n'a pas suffisamment tenu compte des aspirations des populations, car il a manqué le véritable travail, en amont, de l'enquête sur les pratiques des individus et sur leurs aspirations. Le législateur n'a pas non plus pris la mesure de la chose en y mettant toute la force qu'il fallait pour aller jusqu'au bout de l'œuvre codificatrice. Tout se passait comme si la codification voulue n'était pas l'œuvre de l'Etat, mais d'un groupe d'individus, notamment les associations féminines. L'Etat a manqué de force, ici et a préféré garder le statu quo ante : c'est-à-dire le droit positif actuel, tel qu'il a toujours existé, du moins, depuis les indépendances.

## **2. Le droit positif actuel du droit de la famille au Niger**

Le droit positif actuel, en matière de droit de la famille, montre bien l'existence d'un pluralisme juridique. En effet, il se caractérise par une pluralité de sources de droit interne applicables simultanément et concurremment aux mêmes matières. Cependant, depuis quelques temps, le droit international fait son irruption dans cette pluralité de sources.

### **a. Les dispositions du droit interne**

En droit interne, les sources concurrentes du droit de la famille sont le Code civil applicable au Niger et les coutumes. Cependant, un phénomène est observé devant les tribunaux, c'est l'application du droit issu des préceptes de l'Islam en fait de coutumes. Ce qui a amené les tribunaux à forger la notion de coutume « djerma-musulmane » ou haussa-musulmane<sup>35</sup> ». En outre, certains auteurs, n'hésitent pas à soutenir que ce droit islamique est applicable au Niger, en dehors de toute application de la coutume, et doit être compté en tant que droit positif<sup>36</sup>.

#### *i. Le Code civil applicable au Niger*

Le Code civil applicable au Niger est le Code civil français, dans son état de 1960. En effet, pendant la période coloniale, le colonisateur français avait étendu aux colonies son Code civil. Un auteur de dire que « Le droit civil français est un droit de conquête et les puissances coloniales, la France comme les autres, ont imposé la prééminence de leur droit sur les droits traditionnels, ou, à tout le moins, une « cohabitation » avec le droit coutumier<sup>37</sup> ». Mais l'application du Code civil n'était pas intégrale, car les populations ont résisté à son application à tout ce qui concerne leur statut personnel. Lors de son accession à l'indépendance, le Niger pris le parti de reconduire le Code civil français dans son droit interne. C'est ainsi que l'article 76 de la constitution de 1960 disposait que « la législation actuellement en vigueur au Niger reste applicable sauf l'intervention de textes nouveaux, en

---

<sup>35</sup> Les mots en préfixes sont des groupes ethniques du Niger. Il ya autant de coutumes que d'ethnies et on peut trouver dans chaque ethnies des sous-groupes ayant des pratiques différentes les uns des autres.

<sup>36</sup> Voir comme auteur, notamment CHAIBOU A., Islam et droit positif au Niger, communication au Colloque « Islam, droits de l'homme et démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, pp. 164 et ss. ; position réaffirmée dans « A la recherche des principes directeurs pour le droit de la famille au Niger », communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », op. cit., pp. 188 et 189. Cette position est combattue par certains auteurs.

<sup>37</sup> DURAND B. « Le juge colonial et l'Empire », PUF, cité par JEAN J.-P., L'élaboration du droit civil aujourd'hui, Colloque Napoléon et le Code civil, Ajaccio, 5 novembre 2004, document trouvé sur <http://www.afhj.fr/ressources/ressources.htm>.

ce qu'elle n'a rien de contraire à la... Constitution<sup>38</sup> ». Il y a lieu de faire remarquer que cette disposition n'a pas été reprise par les différentes constitutions nigériennes qui se sont succédées depuis<sup>39</sup> et aucune loi n'a été prise pour introduire formellement le Code civil dans l'ordonnement juridique nigérien. L'ancrage constitutionnel de la législation coloniale, non expressément abrogée par des textes nationaux a été comme qui dirait « oublié » par le constituant nigérien. A titre de droit constitutionnel comparé, on peut faire remarquer que l'article 76 originel est devenu, dans la constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991 (dont la dernière modification date du 22 janvier 2002), l'article 173. Au Mali, c'est l'article 119 de la loi fondamentale du 25 février 1992. En Côte-D'Ivoire, c'est l'article 133 de la constitution du 1<sup>er</sup> Août 2000.

## *ii. La coutume des parties*

A côté du Code civil applicable au Niger, le législateur nigérien a décidé que les coutumes des parties sont applicables en matière de droit de la famille. Cette application de la coutume est consacrée par l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire du Niger. Et, rappelons-le, c'est de cette disposition que la doctrine a tirée le concept de pluralisme juridique ou de dualisme juridique prévalant au Niger. En effet, l'article 63 de la loi n° 2004-50 du 2 juillet 2004 dispose que :

« Sous réserve du respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume des parties :

- 1) dans les affaires concernant leur capacité à contracter et agir en justice, l'état des personnes, la famille, le mariage, le divorce, la filiation, les successions, donations et testament ;
- 2) dans celles concernant la propriété ou la possession immobilière et les droits qui en découlent, sauf lorsque le litige portera sur un terrain immatriculé ou dont l'acquisition ou le transfert aura été constaté par un mode de preuve établi par la loi ».

Cette disposition est en réalité une reprise de celle de l'article 51 de la loi 62-11 du 16 mars 1962 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger. Avec l'addition du respect par la coutume des conventions internationales régulièrement ratifiées. Ainsi, le législateur nigérien a, par une loi, introduit dans l'ordre juridique, l'application des coutumes en matière d'état des personnes. Il entend perpétuer ainsi, le système déjà institué par le colon français qui n'avait pas pu imposer son Code civil aux populations indigènes. Cependant, il ya lieu de se poser la question de savoir si les coutumes telles qu'elles sont directement applicables ? Autrement dit peut-on leur donner force de loi ?

---

<sup>38</sup> Cette idée de « la survivance en l'état de l'essentiel de l'héritage juridique Colonial » est commune à toutes les constitutions des nouveaux Etats d'Afrique anciennes colonies françaises, élaborées à la même période, à croire qu'elles ont été inspirées de la même source. Voir dans ce sens MUKA TSHIBENDE L.-D., « Les gaulois, nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle juridique français en Afrique noire francophone », *Rev. rech. jur.-Droit prospectif*, n° 2006-1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n° 9, note de bas de page n° 26 ; [www.ohada.com/doctrines/ohadata D-07-02](http://www.ohada.com/doctrines/ohadata D-07-02).

<sup>39</sup> Le Niger en est à sa cinquième Constitution, dite constitution de la 5<sup>ème</sup> République, du 18 Juillet 1999, promulguée par décret n° 99-320 / PCRN du 09 Août 1999.

Mais, par l'intermédiaire de la coutume des parties, il est fait application du droit islamique. Ce droit islamique est appliqué par l'intermédiaire des assesseurs coutumiers qui assistent le juge. Ces derniers qui sont censés être les dépositaires de la coutume sont en fait beaucoup plus des religieux (marabouts très souvent mais pas toujours), connaisseurs de la religion islamique et de ses préceptes que connaisseurs de la coutume<sup>40</sup>. C'est ainsi que le droit islamique est appliqué. De plus, les populations nigériennes étant fortement islamisées, elles se reconnaissent beaucoup plus dans l'application des prescriptions islamiques. Cependant, ainsi qu'il avait été dit précédemment, un auteur a pu dire que le droit islamique était applicable en vertu des dispositions d'une loi datant de la période coloniale<sup>41</sup> et de la jurisprudence qui, à certain moments fait directement référence aux prescriptions islamiques<sup>42</sup>. Néanmoins, une partie de la doctrine est opposée à cette conception et pense que le droit islamique n'est pas une source du droit de la famille au Niger. Seules les coutumes sont applicables, et si le droit islamique est applicable, c'est bien par l'intermédiaire des coutumes.

Cependant, depuis 2004, la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire a introduit le respect par la coutume des conventions internationales légalement ratifiées par le Niger. Le droit international acquiert donc une légitimité plus forte en tant que source du droit de la famille au Niger.

### **b. Les dispositions du droit international**

L'article 132 de la constitution nigérienne du 9 août 1999, dispose que les conventions internationales qui ont été régulièrement signées et ratifiées ont une valeur supérieure à celle des lois internes du pays. Le droit international peut ainsi être invoqué comme droit positif par les plaideurs et les règles coutumières doivent désormais s'y conformer depuis la loi 2004 sur l'organisation judiciaire. Bien entendu, ce respect était implicite avant la loi 2004 mais c'est la première fois que cela est consacré de façon expresse par la loi. Cependant, très peu de conventions concernent directement le droit de la famille. Certaines conventions quant à elles ne traitent pas directement du droit de la famille mais ont des dispositions qui s'y rapportent.

Pour ce qui concerne la première catégorie on peut citer la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages<sup>43</sup>. Pour la seconde catégorie, on peut citer : la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>44</sup>, le Pacte

---

<sup>40</sup> Cf. ABARCHI D. : Islam et droit positif, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 158 et DAN DAH L. M. : Islam, droit positif applicable à la femme au Niger, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 190.

<sup>41</sup> Loi n° 0-29 du 25 mai 1960 portant interdiction de la dime et de l'Achoura, JORN, 1<sup>er</sup> juillet 1960, p. 373.

<sup>42</sup> Cour suprême du Niger, chambres réunies, Arrêt n° 01-91 du 11 mai 2001 qui a appliqué cette loi.

<sup>43</sup> Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, 521 U.N.T.S. 231, entrée en vigueur le 9 décembre 1964, Signataires : 16, parties contractantes : 49, ouverte à la signature et à la ratification par l'assemblée générale dans sa résolution 1763 A (XVII) du 7 novembre 1962, entrée en vigueur le 9 décembre 1964, adhésion-ratification par le Niger le 1<sup>er</sup> décembre 1964.

<sup>44</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 à 71 (1948).



international relatif aux droits civils et politiques<sup>45</sup>, la Charte Africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant<sup>46</sup>, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>47</sup>, pour ne citer que celles-là.

En vertu de l'article 132 de la constitution, elles sont directement applicables et elles s'intègrent de ce fait dans le système normatif nigérien sans aucun autre mécanisme. Ainsi, l'application des coutumes ou mêmes des dispositions du Code civil, en matière de mariage ne devraient être faites que lorsque les dispositions invoquées ne vont pas à l'encontre des dispositions de ces conventions. Cependant, une chose est leur intégration dans le système normatif et, une autre est leur application devant les tribunaux. Aucune décision de justice, à ce jour n'a encore fait l'application de ces dispositions en matière de droit de la famille. Les plaideurs ne les connaissent pas bien et même si ils les connaissaient, ils ne les invoqueraient, préférant l'application des dispositions de la loi islamique. Le même réflexe qui a amené le rejet, pendant la période coloniale, de l'application du Code civil se retrouve vis-à-vis des règles internationales. Mais cet aspect des choses ne sauraient perdurer. Une certaine catégorie de plaideurs, faisant partie de l'« élite urbaine » bien au fait de l'existence de ces dispositions pourraient en réclamer leur application. Cela n'est pas encore arrivé mais on peut présager de sa probabilité, surtout sous l'influence de la doctrine qui a forgé le concept du pluralisme juridique au Niger. C'est bien cette influence qui a animé et perpétué l'idée du pluralisme juridique en matière de droit de la famille.

## **B. La doctrine en matière de pluralisme juridique au Niger**

La doctrine est toujours citée dans l'établissement des sources du droit. Mais il est bien entendu que celle-ci n'est pas une source directe de droit mais en est une source – très – indirecte. Elle influence l'interprétation de la règle de droit par les positions qu'elle peut être amenée à prendre sur certaines questions de droit. En effet, tous les auteurs, ayant abordé la question des sources du droit de la famille au Niger, ont tout de suite affirmé qu'il existait un pluralisme juridique en la matière. Et tous ont fondé leurs thèses sur les dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire qui commande aux juridictions l'application de la coutume dans cette matière et sous certaines conditions.

Cependant, il ya lieu de reconnaître qu'il peut paraître singulier, de prime abord, de traiter de la doctrine dans les sources du droit de la famille. Cette démarche est néanmoins justifiée, car

---

<sup>45</sup> Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

<sup>46</sup> Adoptée par la 26<sup>ème</sup> Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), en juillet 1990, à Addis-Abeba, Ethiopie, entrée en vigueur en novembre 1999 après le dépôt du quinzième instrument de ratification.

<sup>47</sup> Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981 ; adoption du Niger le 8 octobre 1999 par ordonnance n° 99-30 du 13 août 1999 autorisant l'adhésion, publiée au JORN n° 19 du 1<sup>er</sup> octobre 1999, p. 845.

si la doctrine n'est pas une source directe du droit, elle a, par contre, exercé une influence non négligeable sur le maintien de cette idée du pluralisme juridique des sources du droit de la famille au Niger. Les juridictions, sous le poids de l'autorité des auteurs, n'étaient pas en mesure de remettre cette conception en question. Elles ont alors suivi le flot de la ligne doctrinale tracée et n'ont jamais tenté de remonter le courant doctrinal et de ramer ainsi à contre courant de l'opinion majoritaire qui a été jusqu'à présent émise. Au surplus, certains magistrats ont même alimenté cette doctrine de leurs opinions dans le sens du courant majoritaire. Aucune remise en question ou recherche en amont, de la source du pluralisme, pour vérifier la doctrine du pluralisme juridique, n'a été entreprise par eux (les magistrats), car, en définitive, c'est à eux que revient la sanction ultime de l'application du droit de la famille.

Néanmoins, si l'unanimité s'est faite en doctrine sur l'existence du pluralisme juridique, il existe un point sur lequel on entend une voix dissonante. C'est celui des sources du droit de la famille et plus particulièrement de la question de l'application ou non des règles islamiques. La majorité de la doctrine penche pour une non application de ces règles alors que une autre partie de la doctrine penche plutôt pour l'inclusion du droit islamique dans le droit positif nigérien. Cette dernière position semble remonter à contre courant de l'ensemble de la doctrine dominante en la matière.

### **1. La doctrine de l'exclusion du droit islamique**

C'est de loin la majorité des auteurs. Ceux-ci, se fondant sur les dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire, ont tous pris position sur l'application exclusive de la coutume et non des dispositions du droit islamique.

Ainsi, un auteur comme Abarchi, part du constat que la constitution de la République du Niger consacre la laïcité de la république, donc une séparation de l'Etat et de la Religion<sup>48</sup>. Selon lui, tout en posant qu'il ne peut y avoir de place pour le religieux dans l'ordre juridique nigérien, il reconnaît, tout de même une « cohabitation pacifique ou conflictuelle entre l'Islam et le « droit positif » nigérien. Cette cohabitation s'opère au moyen d'une « brèche » ouverte par le législateur nigérien par la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger<sup>49</sup>. Si le législateur par cette loi ordonne aux tribunaux d'appliquer la coutume des parties, les juges sont allés outre en permettant l'application du droit musulman, s'ils ne se limitent pas à une requalification desdites coutumes en « coutumes musulmanes »<sup>50</sup>. Et il se pose la question de savoir si ce n'est pas aller au-delà des prévisions de la loi que de préciser le caractère musulman desdites coutumes. Cet auteur est donc résolument opposé à l'application en droit positif nigérien des règles islamiques, d'ailleurs, l'intitulé même de son article est caractéristique de cette position : « Islam et droit positif ». L'Islam ne fait pas, pour ainsi dire, partie du droit positif nigérien.

---

<sup>48</sup> ABARCHI D. : Islam et droit positif, op. cit., pp. 156 et ss.

<sup>49</sup> Loi qui est désormais, faut-il le rappeler, abrogée et remplacée par la loi précitée du 22 juillet 2004 portant le même objet.

<sup>50</sup> ABARCHI D., op. cit., p. 158.

Abarchi est rejoint dans la position de l'exclusion du droit islamique dans le droit positif nigérien par Dan Dah. Celui-ci soutient d'emblée que l' « Islam n'est pas une source de droit privé<sup>51</sup> » à l'inverse de la coutume qui est reconnue comme telle en matière de statut personnel<sup>52</sup>. Cet auteur, reconnaît, cependant, tout comme le premier, que « le droit positif fait implicitement de l'Islam un élément contribuant à la formation de certaines règles de droit privé », car le droit musulman est dit-il, « une des sources d'inspiration du droit coutumier<sup>53</sup> ». Plus encore, l'auteur relève, tout comme Abarchi, que « l'Islam revendique un rôle créateur de droit<sup>54</sup> » en raison de la pratique judiciaire<sup>55</sup>. Mais en arguant que l'Islam est une des sources d'inspiration du droit coutumier, au point qu'il se substitue souvent à lui, l'auteur trouve que dans les conditions même d'application de la coutume, il existe encore des motifs d'exclusion de l'Islam en tant que source créatrice de droit privé. Ainsi, lorsque l'application de la coutume est subordonnée au respect des dispositions des conventions internationales régulièrement ratifiées par le Niger, ou aux dispositions législatives ou règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, la règle coutumière, islamisée ou non, doit être évincée au profit de la loi écrite<sup>56</sup>.

Quant à un auteur comme Gayakoye Sabi A.<sup>57</sup>, il rejoint les précédents dans la même logique. Pour celui-ci, il « semble difficile de soutenir la thèse de l'application du droit musulman en droit positif nigérien en se fondant sur la constitution<sup>58</sup> ». Sa position se fonde sur le fait qu'« aucune source constitutionnelle ne semble donner naissance au droit musulman » et toujours selon cet auteur, en se référant aux sources du droit musulman<sup>59</sup>, il observe justement qu'« aucune de ces sources ne sont l'œuvre du législateur nigérien, d'où il ya lieu de constater leur inapplicabilité en en droit positif<sup>60</sup> ». Il ya lieu toutefois, de relever que cet

---

<sup>51</sup> DAN DAH L. M., op. cit., p. 183.

<sup>52</sup> DAN DAH L. M., op. cit., p. 186.

<sup>53</sup> DAN DAH L. M., op. cit., loc. cit.

<sup>54</sup> DAN DAH L. M., op. cit., pp. 189 et ss.

<sup>55</sup> Voir les différentes décisions de justice citées par l'auteur pour illustrer ce phénomène, notamment : jugement du TPI de Zinder, 12 janvier 1965, inédit, où le tribunal a déclaré non valable un contrat de mariage qui ne remplissait pas les conditions de validité du mariage selon « la religion et la coutume » pour un « mariage conclu entre deux musulmans » ; Cour Suprême du Niger, arrêt du 28 mars 1991, Bulletin des principaux arrêts de la cour suprême, 1991, p. 32, où la Haute juridiction a déclaré que « le droit musulman est applicable » ; Cour suprême du Niger, arrêt n° 96-72/C du 26 décembre 1996, Principaux arrêts de la cour suprême, n° 31, année 1996, où la haute juridiction a rejeté un moyen de cassation introduit par une requérante contestant un partage successoral, au motif que « (...) le partage a été effectué conformément au droit musulman (...) ».

<sup>56</sup> DAN DAH L. M., op. cit., loc., pp. 187 et 188.

<sup>57</sup> Magistrat, encore en fonction.

<sup>58</sup> GAYAKOYE SABI A. : L'application de la loi islamique en droit positif nigérien, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 213.

<sup>59</sup> L'auteur énumère les quatre sources en ordre de priorité : « le Coran, livre sacré et source principale de toute législation en droit musulman, la Sunna, paroles et décisions rendues par le prophète en interprétation des textes du Coran, ALIJMA, c'est-à-dire l'unanimité d'opinions des Ulémas (juges et juriconsultes) inspirés par la loi Coranique et les principes lorsqu'ils sont appelés à dire le droit dans des cas déterminés ; ALIJTIHAD, la jurisprudence, c'est-à-dire l'avis des juges et juriconsultes appelés à statuer sur un cas déterminé ; ... », GAYAKOYE SABI A., op. cit., p. 214, citant Colloque de Riyad sur « le dogme musulman et les droits de l'homme en Islam » du 23 mars 1972, p. 92.

<sup>60</sup> GAYAKOYE SABI A., op. cit., pp. 213 et 214.

auteur, tout comme les précédents, observe dans un premier temps que le droit islamique est appliqué au Niger par les tribunaux. Il assimile même la coutume dont le législateur a imposé l'application aux juges à une « coutume islamisée<sup>61</sup> » et, plus loin, pose le postulat de « l'assimilation de la coutume à la loi islamique<sup>62</sup> ».

Ce qu'il faut retenir en définitive, c'est que les auteurs, tenants de l'exclusion du droit islamique du droit positif nigérien, posent dans leurs analyses du droit positif l'exclusion mais reconnaissent l'inéluctable application par les cours et tribunaux du droit islamique. Ce droit qui a tant influencé les populations nigériennes que les tribunaux ont recours à l'appellation « coutume zarma-islamisée ou hausa-islamisée<sup>63</sup> » pour rendre l'application du droit islamique plus légitime eu égard aux prescriptions de la loi sur l'organisation judiciaire. Quelle que soient les prescriptions du droit positif, il est quasi impossible de faire abstraction des règles du droit islamique en droit de la famille au Niger, et plus généralement en matière d'état des personnes. C'est ce qui renforce la position de certains auteurs soutenant l'application du droit islamique en droit positif nigérien.

## **2. La doctrine de l'application du droit islamique**

Cette doctrine est quelque peu marginale et on ne trouve pas beaucoup d'auteurs soutenant une telle position. En vérité, même s'il n'y a encore qu'un seul auteur soutenant ouvertement<sup>64</sup> cette position, il n'en demeure pas moins que les arguments avancés sont suffisamment sérieux pour que l'on ne s'y arrête pas. Avant de nous pencher sur ces arguments, notons que Balla Kalto A. avait déjà dit l'influence de l'Islam dans le droit positif nigérien<sup>65</sup> et avait même proclamé l'application des règles islamiques en droit positif nigérien. Cet auteur, inclut sans équivoque, le droit islamique dans le droit positif nigérien, lorsqu'il écrit que « le système juridique est loin d'être unilinéaire, il se caractérise par un pluralisme juridique : il est composé du droit écrit moderne, du droit coutumier et du droit islamique<sup>66</sup> ». Enfin, l'auteur établit même la hiérarchie de toutes ces normes dans une démonstration, et pose que « le caractère formel de la règle légale lui confère une force juridique, qui de loin dépasse celle de la coutume. Par conséquent, la coutume qui tient son pouvoir de la loi, ne peut avoir une suprématie sur celle-ci. Pas plus qu'elle n'a de force obligatoire supérieure à

---

<sup>61</sup> GAYAKOYE SABI A., op. cit., pp. 207 et ss.

<sup>62</sup> GAYAKOYE SABI A., op. cit., pp. 208 et 209.

<sup>63</sup> Cette notion de coutume islamisée était déjà consacrée par CHABAS, « Le mariage et le divorce dans les coutumes des oulofs habitant les grands centres du Sénégal », *RJPUF*, 1952, pp. 475-532, citée par DURAND B., « Droit musulman et jurisprudence des Cours suprêmes en d'Afrique noire », in *Les cours suprêmes en Afrique*, Vol 4, (sous la direction de) CONAC G., déjà cité, p. 124, note de bas de page n° 14.

<sup>64</sup> ARZIKA M., dans sa thèse, précitée, a bien évoqué l'application du droit musulman mais c'était dans une perspective historique. L'application du droit musulman en droit positif nigérien, après l'indépendance n'a été soutenue par lui qu'à travers la notion de « coutume islamisée » qu'il a utilisé, V. thèse précitée, p. 312, note de bas de page n° 73.

<sup>65</sup> BALLA KALTO A. : « L'Islam et le statut de la femme au Niger », communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, pp. 132 et 133.

<sup>66</sup> BALLA KALTO A., op. cit., p. 133.

celle de la loi, la règle coutumière ne peut primer sur la loi islamique, cette dernière étant elle-même considérée comme une règle écrite<sup>67</sup> ».

Cette précédente position, même si elle procède de la doctrine de l'inclusion du droit islamique en droit positif nigérien, ne retiendra pas notre attention, car se limitant à l'affirmation de l'application du droit islamique sans en donner les fondements juridiques. Cependant, la position d'un auteur comme Chaibou A. est intéressante à relever, car s'appuyant sur la démonstration de l'application de certains textes en droit positif nigérien et des décisions de cours et tribunaux faisant référence aux règles islamiques. Ainsi cet auteur prend position pour une application du droit islamique en droit positif nigérien en proclamant que « au Niger, le pluralisme juridique consiste dans le fait que les règles issues du droit d'inspiration française, du droit coutumier et du droit musulman coexistent et sont susceptibles de régir une même situation, notamment en ce qui concerne le statut personnel<sup>68</sup> ». Et il affirme que les « trois types de droit<sup>69</sup> de nature et de source différentes constituent le droit positif nigérien<sup>70</sup> ». L'auteur fait une place importante à l'application du droit islamique au Niger en observant que le droit musulman a « une place incontestée dans la loi et la jurisprudence au Niger » et avance que l'application du droit musulman a un fondement aussi bien légal que jurisprudentiel<sup>71</sup>. Le fondement légal serait la loi n° 60-29 du 25 mai 1960 portant interdiction de la dîme et de l'achoura<sup>72</sup> et la jurisprudence faisant application des règles islamiques, dont l'article 2 dispose que : « *Sont interdits tous prélèvements de quelque nature que ce soit, hormis les droits successoraux éventuels au profit du Trésor public, effectués sur les successions et héritages par des autorités coutumières, administratives ou religieuses et en particulier la redevance coutumière dite « achoura ».* Les droits successoraux non soumis au Code civil restent régis par les coutumes ou par le Droit coranique, abstraction faite seulement de la redevance coutumière ci-dessus. L'interdiction ci-dessus ne saurait viser les titres de créances ou de reconnaissance de dettes, reconnus valables, présentés par des tiers ».

De ce texte, l'auteur fonde l'application du droit musulman en droit positif nigérien, en y dégageant tout de même une interprétation stricte et une interprétation large. La première limiterait l'application du droit musulman au seul domaine visé par la disposition de la loi : le droit des successions. La seconde, est celle « souhaitée » par l'auteur, consacrerait l'application du droit musulman à l'ensemble des matières réservées à la coutume par le législateur<sup>73</sup>.

En définitive, de tout ce qui précède, on est en droit de se demander si le droit musulman fait partie du droit positif nigérien. A en croire Chaibou A., les règles du droit musulman sont

---

<sup>67</sup> BALLA KALTO A., op. cit., loc. cit.

<sup>68</sup> CHAIBOU A., Islam et droit positif au Niger, op. cit., p. 163.

<sup>69</sup> L'auteur cite le droit écrit ou moderne, qu'il appelle « droit d'origine française ou d'inspiration française », le droit coutumier (ou les droits traditionnels) et le droit musulman ; CHAIBOU A. op. cit., loc. cit.

<sup>70</sup> CHAIBOU A. op. cit., loc. cit.

<sup>71</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 169.

<sup>72</sup> JORN du 1<sup>er</sup> juillet 1960, p. 373.

<sup>73</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 170.

applicables au Niger à partir du moment où la l'article 2 de la loi n° 60-29 du 25 mai 1960 qui n'aurait pas été abrogée<sup>74</sup> le prévoit expressément. Au surplus, les juridictions nigériennes et, avec eux, la plus haute instance juridictionnelle, à plusieurs reprises, appliquent le droit musulman pour dénouer certaines affaires relatives au statut personnel et même au foncier.

Cependant c'est sans compter que même si la loi du 25 mai 1960 l'avait prévu, on ne peut pas faire fi de ce qu'a prévu la constitution nigérienne. La loi devant être conforme à la constitution, elle ne devrait pas lui déroger. Or aucune des constitutions nigériennes n'a nulle part fait état de l'application de la loi musulmane aussi bien en 1960 qu'en 1999. De plus, la propension des juridictions à faire recours aux règles du droit musulman s'explique plus par des facteurs sociologiques que juridiques. Aucune des décisions en faisant application n'ont visé une quelconque disposition faisant obligation de l'application de la loi ou du droit musulman. On ne peut donc dire que le droit musulman est applicable au Niger. La loi de 1960, a été prise pendant que le Niger était encore une colonie<sup>75</sup>. A l'accession à l'indépendance, il est vrai que le législateur n'a pas fait table rase de toute la législation antérieure. Mais cette loi doit être limitée à son objet et ne peut faire l'objet d'interprétation extensive. D'ailleurs son application par la Cour suprême ne doit pas être le prétexte à conclure aussitôt à une généralisation de l'application du droit musulman en droit positif nigérien<sup>76</sup>. Cela montre plutôt le problème plus général de la sécurité juridique eu égard aux successions de lois dans le temps. L'effort n'est pas fait de mieux écrire les dispositions abrogatoires des lois nouvelles ni même de recenser les lois, textes ou plus généralement dispositions de lois, décrets et autres textes qui sont touchés par l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition ayant le même objet. Ce problème n'est pas sans un lien direct avec la problématique du pluralisme juridique au Niger qui amène à se poser la question plus globale : Quel est le droit applicable à la famille au Niger ? Mais cette question amène à se poser encore une autre, celle des institutions chargées de l'application du droit de la famille au Niger. Le pluralisme juridique se double t il d'un pluralisme judiciaire ?

## **Paragraphe 2: Le droit applicable à la famille au Niger dans son application**

La doctrine du pluralisme juridique au Niger, on l'a déjà rappelé, est fondée sur les dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire qui fait obligation aux juges d'appliquer la

---

<sup>74</sup> CHAIBOU A., A la recherche des principes directeurs pour le droit de la famille au Niger, op. cit., p. 188, spécialement note de bas de page n° 2, où l'auteur cite un arrêt de la Cour suprême du Niger de 2001 qui aurait fait application de cette disposition (Cour suprême, Chambre Réunies, arrêt n° 01-91 du 11 mai 2001, affaire Younfa Maouli c/ Chaffa Saidi).

<sup>75</sup> En effet, l'indépendance n'a été proclamée que le 3 août 1960.

<sup>76</sup> Voir ABARCHI D. : Jurisprudence nigérienne et sécurité juridique. Les vicissitudes des sources du droit, Nouvelle imprimerie du Niger, NIN, Niamey, non daté, pp. 15 et 16, où l'auteur, après une analyse de certains arrêts de la Haute juridiction, conclue que « les positions fluctuantes de la Cour suprême ne sont plus un repère fiable, tant pour le justiciable que pour les juges du fond ». En effet, l'auteur avait relevé que la cour suprême, sur une même question juridique, avait une position mitigée et l'auteur a souligné que « sauf à considérer chaque le dernier arrêt rendu sur la question, il est difficile de prétendre qu'il ya une jurisprudence bien fixée qui permette d'établir les limites exactes du droit positif nigérien ».

coutume des parties pour les matières relevant de l'état des personnes et de leur capacité à contracter. Cependant, il y a lieu de se poser la question de savoir si le pluralisme juridique se double d'un pluralisme judiciaire ? Autrement dit, y a-t-il des tribunaux spéciaux pour l'application des coutumes ? La réponse à une telle question est négative. En, effet, le législateur n'a pas jugé bon de particulariser le droit coutumier en laissant son administration à des juridictions coutumières. Ce qui a pourtant existé pendant la période coloniale lorsque l'application des coutumes locales avait été acceptée dans l'ordre juridique colonial et que l'administration de la justice coutumière avait été confiée aux « tribunaux indigènes »<sup>77</sup>. Et même si, depuis l'accession à l'indépendance du pays, les tribunaux indigènes ont été supprimés<sup>78</sup>, certaines situations de fait, qui perdurent encore de nos jours, font présager de la difficulté que pose le droit de la famille au Niger. Son identification pas très bien cernée entraîne une application du droit pas très conforme aux textes dont la république s'est dotée. Ces difficultés s'observent aussi bien au plan de l'effectivité de l'application du droit de la famille mais également à celui de l'identification des institutions chargées de cette application.

## **A. Les institutions chargées de l'application du droit de la famille**

Le Niger a la particularité d'avoir réservé l'administration de la justice non pas aux seuls tribunaux étatiques, mais également à d'autres institutions investies de ce pouvoir par la loi. De plus, à côté de ces institutions, une autre institution s'est vue ériger en instance de règlement de conflits par les populations : c'est l'association islamique du Niger. On assiste alors, pour l'application du droit de la famille, tout comme on l'a souligné en ce qui concerne les sources du droit, à l'apparition d'une institution informelle d'application du droit de la famille. Nous étudierons successivement les institutions investies par la loi et les institutions informelles *sui generis*.

### **1. Les institutions légales**

L'application du droit appartient aux cours et tribunaux étatiques tels que prévus par la loi sur l'organisation et la compétence des juridictions en république du Niger et les lois spéciales organisant certains tribunaux spéciaux. Cependant, à côté de ceux-ci, le législateur a également donné le pouvoir de rendre la justice à certaines autorités administratives, ce sont les autorités coutumières. Ces deux institutions seront successivement examinées.

#### **a. Les tribunaux étatiques**

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur l'organisation judiciaire « Dans la République du Niger, la justice est rendue en matière, civile, commerciale, sociale, pénale, financière et administrative par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Cour des comptes, les Cours

---

<sup>77</sup> Juridictions dites de « droit local » (tribunaux coutumiers, tribunaux de 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> degré) telles que résultant du décret du 3 décembre 1931 réorganisant la justice indigène en AOF.

<sup>78</sup> Voir ARZIKA M., op. cit., p. 316, citant l'article 59 de la Constitution du 8 novembre 1960 adoptée juste après l'indépendance du pays le 3 août 1960.

d'appel, les Cours d'assises, les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'instance, les tribunaux administratifs, le tribunal militaire, les tribunaux de commerce, les tribunaux du foncier rural, les tribunaux du travail et les tribunaux pour mineurs ». Ainsi, ont compétence pour se prononcer en matière de droit de la famille, les tribunaux d'instance, quelle que soit la valeur du litige<sup>79</sup>. L'appel des jugements rendus en cette matière est de la compétence des tribunaux de grande instance<sup>80</sup>. Enfin, les litiges sont portés en cassation devant la chambre sociale et des Affaires coutumières<sup>81</sup> de la Cour de cassation<sup>82</sup>. Ce sont donc ces tribunaux qui seront compétents pour traiter des litiges en matière de droit de la famille.

Lorsqu'ils doivent statuer en matière coutumière, ils s'adjoignent des assesseurs coutumiers qui les complètent. En effet, l'article 5, alinéa 4 de la loi n° 2004-50 prévoient que des assesseurs coutumiers avec voix consultative complètent la Cour de cassation, le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance et le tribunal du foncier rural. Les articles 43 et 84 prévoient qu'ils sont au nombre de deux et représentent la coutume de chaque partie au procès devant le tribunal d'instance. Aussi, si les parties au procès sont de coutumes différentes, les assesseurs doivent être des représentants de chacune des coutumes en présence. Or, ainsi qu'il a été dit précédemment, les assesseurs sont plus des « religieux » (marabouts très souvent mais pas toujours), connaisseurs de la religion islamique et de ses préceptes que des coutumes qu'ils sont censés représenter. Ce qui pose la question de savoir comment sont désignés les assesseurs dans l'appareil judiciaire. Il faut refaire remarquer qu'aucune disposition de la loi sur l'organisation judiciaire ne prévoit les critères de désignation des assesseurs coutumiers. C'est un décret de 1962<sup>83</sup> qui organise leur recrutement et les critères de leur désignation. Depuis l'adoption de la nouvelle loi de 2004 sur l'organisation judiciaire, aucun nouveau texte sur les assesseurs n'a encore été pris. Une autre question est de savoir si le juge assisté ou la juridiction assistée peut relever que l'assesseur ne fait pas état de la coutume des parties mais des prescriptions de la loi musulmane. Auquel cas, il y aurait lieu d'écarter ses « directives » pour non-conformité à la loi<sup>84</sup>. Cette question n'a jamais été soulevée devant les tribunaux et cela dénote bien des difficultés de l'identification du droit applicable à la famille au Niger et surtout de l'attachement des populations à certaines valeurs en dehors du droit ou

---

<sup>79</sup> Article 81 de la loi.

<sup>80</sup> Article 82, alinéa 2 de la loi.

<sup>81</sup> Notons qu'il est surprenant, néanmoins que le législateur ait choisi de rattacher le traitement des affaires coutumières à la chambre sociale qui est traditionnellement compétente pour les contentieux relatifs au droit social (droit du travail et de la sécurité sociale) alors que les contentieux relevant de la coutume relèvent quasi exclusivement du droit civil. Aussi, pensons-nous que les affaires coutumières devraient relever de la chambre civile.

<sup>82</sup> Cette juridiction, prévue par les articles 116, alinéa 2 de la constitution et 13 de la loi de 2004, a été créée par la loi organique n° 2007-07 du 13 mars 2007 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour de cassation, JORN n° 13 du 1<sup>er</sup> juillet 2007, pp. 470 à 480. Cependant, elle n'est pas encore installée et c'est la Cour suprême (chambre judiciaire) qui continue (en vertu de l'article 96, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi de 2004 disposant que : « En attendant la mise en place des nouvelles juridictions, les juridictions actuelles continueront à exercer les fonctions qui leur sont dévolues par la loi ») de recevoir le contentieux qui doit lui être dévolu.

<sup>83</sup> Décret n° 62-221/ MJ du 25 août 1962 portant application des articles 5, alinéa 3,36 et 51 de la loi n° 62-11 du 16 mars 1962, JORN spécial n° 5 du 1<sup>er</sup> novembre 1962, p. 114.

<sup>84</sup> Encore que si la juridiction ou le juge en question est du courant de l'application du droit musulman en droit de la famille, cette « *récusation* » de l'assesseur ne risque pas d'arriver.



non appréhendées par le droit, que même les acteurs du système judiciaire (les juges en particulier) croient être le droit<sup>85</sup>, par une interprétation hardie de la loi sur l'organisation judiciaire, car c'est de cette interprétation que, le plus souvent, le droit musulman est appliqué.

Au surplus, il convient de relever que la loi de 2004 fait échapper un important contentieux aux tribunaux étatiques « classiques » pour les mettre sous l'administration de nouveaux tribunaux créés par elle. Il s'agit du contentieux relatif au droit patrimonial de la famille en ce qui concerne les successions portant sur les terres soumises au régime de la détention coutumière. En effet, la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire a créé les tribunaux du foncier rural qui connaîtront désormais : « des affaires concernant la propriété ou la possession immobilière et les droits qui en découlent lorsque le litige porte sur un immeuble enregistré au dossier rural ; des affaires concernant la propriété ou la possession immobilière coutumière et les droits qui en découlent, la propriété des champs ou de terrains non immatriculés ou non enregistrés au dossier rural ; des affaires concernant les contestations relatives à l'accès aux ressources foncières rurales (point d'eau, aires de pâturages ou de pacage, couloirs de passage etc...) ; des litiges relatifs à la possession et à la propriété des immeubles immatriculés suivant les modes établis par l'ordonnance n° 93-015 du 2 mars 1993, fixant les principes d'orientation du code rural. En général de toutes les contestations pouvant s'élever relativement au droit foncier rural<sup>86</sup> ». Ce qui serait intéressant à relever, c'est le droit qui sera appliqué devant les tribunaux du foncier rural. Serait-ce le droit coutumier ou le droit musulman ? Ainsi qu'il a été dit précédemment pour les autres tribunaux, les assesseurs font beaucoup plus application du droit musulman que du droit coutumier. De cette façon, les difficultés précédemment évoquées sont également valables pour les tribunaux du foncier rural.

Toutefois, si la loi donne aux tribunaux étatiques le privilège de rendre la justice en matière de droit de la famille, certaines autorités coutumières sont également investies de ce rôle. Ainsi les populations se tournent volontiers beaucoup plus vers elles que vers les premiers. Tankoano A. a expliqué cette désaffection des populations nigériennes par le fait que ces structures usent le mode de règlement des litiges de ces structures parallèles. En effet, explique l'auteur, celles-ci opèrent les conciliations nécessaires conformément aux coutumes et appliquent la *charia'* (droit coranique), lorsque la justice est rendue par les cadis<sup>87</sup>. De plus, ces structures « répondent, à la vocation première des droits originellement africains en

---

<sup>85</sup> Voir toute la jurisprudence en droit de la famille faisant application du droit musulman, ou la jurisprudence créant les notions de coutumes « zarma-musulmanes » ou « hausa-musulmanes ». Alors que le juge devrait faire le toilettage de la coutume pour voir ses conditions d'applications, ainsi que le lui a prescrit la loi sur l'organisation judiciaire. Exercice auquel aucun juge ne s'est encore livré.

<sup>86</sup> Article 88 de la loi.

<sup>87</sup> Le cadi est le juge en droit musulman. Pour plus de précisions, voir FREGOSI F. : « Droit français et norme religieuse ou les limites d'une prise en compte dans un Etat laïque : le cas de l'Islam », p. 183 à 200. In Philippe Khan (sous la direction de), *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Mission de recherche « Droit et justice », La documentation française, Paris, 2001

réglant les différends à l'amiable<sup>88</sup> ». Un autre facteur concourant à la désaffection est l'inaccessibilité des populations à la jurisprudence de ces institutions ce qui leur fait préférer les structures parallèles afin de régler leurs litiges<sup>89</sup>. Mais rappelons que si les populations ont la préférence pour ces juridictions non étatiques, elles sont, pour la plupart, investies par la loi de la mission de connaître de ces affaires au contraire de certaines institutions qui n'ont aucune autorité légale pour connaître de ces affaires.

### **b. Les autorités coutumières**

Celles-ci sont énumérées dans l'ordonnance de 1993 portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger<sup>90</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de cette ordonnance déclare d'abord l'existence et la reconnaissance « sur le territoire de la république du Niger de collectivités dont les structures ont été héritées de nos traditions et coutumes sous la dénomination de communautés coutumières et traditionnelles ». Parmi les attributions des chefs de ces collectivités, dénommés chefs coutumiers<sup>91</sup>, figure le « pouvoir de conciliation des parties en matière coutumière, civile, et commerciale<sup>92</sup> ». Procès-verbaux de ces conciliations sont dressés et « consignés dans un registre ad hoc dont extrait est adressé à l'autorité administrative et à la juridiction compétente. Les procès-verbaux ainsi dressés et signés par les parties ne sauraient en aucun cas être remis en cause devant l'autorité administrative ou judiciaire<sup>93</sup> ».

Ces autorités sont donc investies du pouvoir de procéder à la conciliation des parties en matière coutumière civile<sup>94</sup>. Les litiges en droit de la famille peuvent donc être portés devant aux fins de conciliation. Autrement dit ces autorités n'ont pas le pouvoir de juger. En effet, la loi sur l'organisation judiciaire, faut-il le rappeler a bien précisé les autorités judiciaires de la République en son article 1<sup>er</sup>, et n'a pas mentionné les autorités coutumières. Mais on constate dans les faits qu'elles se substituent très souvent aux autorités judiciaires et rendent de

---

<sup>88</sup> TANKOANO A. op. cit., p. 135.

<sup>89</sup> TANKOANO A. op. cit., p. 143.

<sup>90</sup> Ordonnance n° 93-028 du 30 mars 1993 portant statut de la chefferie traditionnelle du Niger, JORN spécial n° 13 du 1<sup>er</sup> juillet 1993, p. 4. Notons qu'une loi de 2008 est venue modifier cette ordonnance sans bouleverser néanmoins l'énumération des autorités coutumières qui y est faite, Voir Loi n° 2008-22 du 23 juin 2008, JORN spécial n° 10 du 2 septembre 2008, p. 486.

<sup>91</sup> L'article 6 de l'ordonnance dresse l'énumération des différents chefs coutumiers et des titres qu'ils prennent selon la collectivité en question. Ont ainsi la qualité de chefs coutumiers, les chefs de quartiers, les chefs de villages, les chefs de tribus, les chefs de cantons, les chefs de groupements, les chefs de sultanats et les chefs de provinces.

<sup>92</sup> Article 15, alinéa 1<sup>er</sup> de l'ordonnance. Rappelé, dans ses propos introductifs, par l'honorable Chef de canton de SAY, CISSE Alfaizé Amadou Issa, in « Islam, chefferie traditionnelle et droit positif », communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 195.

<sup>93</sup> Article 15, alinéas 3 et 4 de l'ordonnance. Notons qu'en dehors de cette précision, aussi bien l'ordonnance de 1993 que la loi sur l'organisation judiciaire ne contiennent aucune disposition, ni sur régime juridique, ni sur la valeur juridique à accorder à ces procès verbaux de conciliation. L'homologation des procès verbaux par le tribunal n'a été prévue ni par l'ordonnance ni par la loi sur l'organisation judiciaire. Au surplus, en ce qui concerne la connaissance par les cours et tribunaux des litiges en matière civile et commerciale, la loi de 2004 n'a pas fait de la conciliation devant les autorités coutumières un préalable à toute action devant les tribunaux. Il y a là visiblement un défaut d'harmonisation qu'il conviendrait de corriger, entre la loi sur l'organisation judiciaire et l'ordonnance sur la chefferie traditionnelle.

<sup>94</sup> Dans les limites géographiques de leurs collectivités respectives où s'exercent leurs pouvoirs tels que reconnus par l'ordonnance de 1993.

véritables jugements<sup>95</sup>. Néanmoins, si ces autorités se substituent aux autorités judiciaires, on peut au moins porter à leur décharge la consécration légale de leurs pouvoirs de conciliation. Que dire de certaines « *institutions informelles* » qui s'arrogent le droit de connaître des différends et de les trancher ? C'est tout le problème que posent ce que nous appelons « les institutions informelles ».

## 2. Les institutions informelles

Certaines autorités ou institutions coutumières jouissent d'une certaine influence sur les populations. Et de ce fait celles-ci se tournent vers elles pour le règlement de certains différends. Il en est ainsi des différends en matière coutumière et spécialement en droit de la famille. Ces autorités qui n'ont reçu aucun pouvoir pour concilier, ni même juger, agissent, dans les faits, en véritables juridictions. Gayakoye Sabi A. a identifié « les marabouts, cadis et associations islamiques » comme autorités de fait<sup>96</sup>. Cet auteur trouve l'explication de l'intervention des ces « personnes physiques ou morales » dans le fait que « dans une société fortement islamisée, elles sont réputées pour leurs connaissances en Islam et leur notoriété ». Ces personnalités se substituent très souvent aux autorités judiciaires et rendent de véritables jugements<sup>97</sup>.

De toutes ces « structures parallèles<sup>98</sup> », le cas de l'association islamique du Niger est particulier. Créée le 13 septembre 1974, après le coup d'état militaire, selon un auteur, il « représente l'Islam officiel<sup>99</sup> ». Cette association, créée pendant la période politique appelée « période d'exception » du pouvoir militaire, était la seule de son genre<sup>100</sup> jusqu'à

---

<sup>95</sup> V. TANKOANO A. op. cit., p. 135 et notamment TANKOANO A., DIALLO K. et MAIGA D., « La réceptivité du droit en milieu rural nigérien », in les services juridiques en milieu rural (Afrique de l'ouest), Genève, Commission Internationale de juristes, 1987, p. 117. V. également GAYAKOYE SABI A. : Quelles autorités compétentes pour la mise en œuvre du droit de la famille ? Quelles compétences ? Quelle hiérarchie ?, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, pp. 356 et 358. Est-ce que ce n'est pas cela qui transparait dans les propos de l'honorable Chef de Canton de Say lorsqu'il dit que « dans la pratique quotidienne de leurs activités, c'est-à-dire celles entre autres de régler les litiges de nos sujets qui viennent à nous, sentant leurs droits bafoués » ?, CISSE Alfaizé Amadou Issa, op. cit., loc. cit.

<sup>96</sup> GAYAKOYE SABI A., op. cit., p. 355.

<sup>97</sup> V. GAYAKOYE SABI A. op. cit., p. 356.

<sup>98</sup> Ainsi que les a désigné le Pr TANKOANO A. op. cit., loc. cit.

<sup>99</sup> V. MAHAMAN A., op. cit., p. 177 et SEYNI MOUMOUNI qui explique que cette « association placée sous l'autorité de l'Etat » a été créée en vue de « l'organisation de la religion islamique », in « Actualité du cheikh 'Uthmân Dan Fodio (1754-1817) : un héritage convoité. Essai d'une analyse des discours religieux et historiques relatifs au concept de la bonne gouvernance », L'Afrique politique 2002: islams d'Afrique, entre le local et le global, Centre d'étude d'Afrique noire (CEAN), KARTHALA, Paris, 2002, p. 112.

<sup>100</sup> Une première association, Association Culturelle Islamique du Niger (ACIN) avait été créée juste après l'indépendance du pays, en 1960. Elle a été emportée par le coup d'Etat militaire qui renversa le régime de l'époque ainsi que toutes les institutions créées par ce régime. Cependant, l'association islamique a été recréée sous une nouvelle configuration par le régime militaire. V. MOULAYE H. : « Contribution des associations islamiques à la dynamique de l'islam au Niger », *Working Papers*, n° 72, Institut für Ethnologie und Afrikastudien, Johannes Gutenberg-Universität, 2006, p. 3. et, du même auteur, Dynamique des associations islamiques au Niger, Communication au Colloque : « L'Etat moderne et Islam », Niamey du 22 au 24 novembre 2006, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 189 à 210. Il y est brossé un historique complet de la naissance, du rôle et des attributions des associations islamiques au Niger.

l'avènement de la démocratie au Niger<sup>101</sup>. A la faveur de la démocratisation du régime politique, la liberté d'association reconnue, les associations religieuses se sont multipliées<sup>102</sup>, ce qui a eu pour corollaire de réduire son influence auprès des populations et même des pouvoirs publics qui ont en face d'eux plusieurs congrégations qui réclament chacune une certaine légitimité. C'est ainsi, que les pouvoirs publics ont créé en (...) le Conseil islamique du Niger (CIN)<sup>103</sup> qui regroupe l'ensemble des associations islamiques reconnues et devrait constituer une fédération des associations<sup>104</sup>. Ce conseil est censé être l'interlocuteur principal des pouvoirs publics en ce qui concerne les affaires religieuses musulmanes<sup>105</sup>. Mais, pendant longtemps<sup>106</sup>, l'AIN qui s'était implantée dans le paysage sociopolitique du pays comme étant la seule à professer l'« Islam de l'Etat », s'est vue supplantée rapidement par d'autres organisations<sup>107</sup>. Cependant, les populations nigériennes et niaméennes en particulier, s'étant habituées à la présence de cette « institution » se tournent tout naturellement vers celle-ci pour obtenir son intercession dans le règlement de certains conflits. C'est ainsi qu'au fil du temps l'association s'est vue investie de la tâche de rendre la « justice » pour les populations niaméennes<sup>108</sup>. Et apparemment, elle est la seule, en dépit de la multitude d'autres associations religieuses musulmanes, à agir de la sorte ou plutôt à être « reconnue » comme juridiction par les populations. En effet, on relève que cette association a enregistré « En trois ans, les divorces coutumiers passés de 640 cas en 2000 à 722 cas en 2002<sup>109</sup> ».

Cependant, il est important de revenir aux sources juridiques et de s'interroger sur les fondements légaux (s'il y en a) de cette « juridicisation » de l'AIN. L'acte créateur de cette association lui donne-t-il cette compétence ? Ses statuts lui donnent-ils cette compétence ? A cet effet, il y a lieu de rappeler que cette association avait été créée pendant la période d'exception militaire, période pendant laquelle les libertés étaient fortement restreintes. A cette époque, le texte portant régime des associations était (...). Une ordonnance n° 84-06 du

<sup>101</sup> V. MOULAYE H. « Contribution des associations islamiques à la dynamique de l'islam au Niger », op. p. 6.

<sup>102</sup> SEYNI MOUMOUNI, op. cit., loc. cit. citant Glew R. : « Islam Association in Niger », *Islam et société au sud du sahara*, (10), 1996, pp. 187-206 et MOULAYE H. op. cit., pp. 6 et 7 qui relève que : « En 1996, une liste du Ministère de l'Intérieur et de la Décentralisation parlait de douze associations islamiques et, entre 2003 et 2004, le nombre d'associations est passé de trente six à quarante six associations sans compter celles qui sont en activité sans autorisation officielle; d'autres dossiers de candidatures attendent d'être agréés par le Ministère de l'Intérieur et de la Décentralisation. ».

<sup>103</sup> Décret n° 2003-313/PRN/MI/D du 14 novembre 2003 portant création, composition, attributions et fonctionnement du Conseil Islamique du Niger, JORN spécial n° 6 du 15 mars 2004, p. 220.

<sup>104</sup> Certaines associations demeurent, néanmoins absentes de ce Conseil et accusent l'Etat de les y avoir écartées. V. MOULAYE H. op. cit., p. 17.

<sup>105</sup> Notons, cependant que, à la faveur d'un remaniement ministériel, le Gouvernement du 9 juin 2007, remanié le 14 septembre 2008), un ministère chargé des Affaires religieuses et de l'Action Humanitaire a été créé.

<sup>106</sup> Elle était la seule organisation de ce genre à sa création en 1974 jusqu'à la libéralisation amorcée en 1987, suite au décès du président Seyni Kountché, (période 1987-1991, dite de la décrispation politique sous le régime du monopartisme constitutionnel).

<sup>107</sup> MOULAYE H. op. cit., p. 6.

<sup>108</sup> En effet, le siège de cette association est implanté à Niamey la capitale du pays, mais a des représentations nationales sur l'ensemble du territoire (SEYNI MOUMOUNI, op. cit., loc. cit.).

<sup>109</sup> Boubacar Diallo : Mariage à tout prix ! Le coût de l'amour à Niamey, citant le journal TELQUEL de Février 2008 ; article trouvé sur le site web [www.afrik.com](http://www.afrik.com), dernière visite sur le site, le 10 octobre 2008.

1er mars 1984<sup>110</sup>, portant régime des Associations a été prise<sup>111</sup>. L'article 19 de cette ordonnance dispose que « Les congrégations ou confréries religieuses ainsi que les associations à caractère religieux sont régies par les dispositions de la présente Ordonnance ». Cette ordonnance, dans ses dispositions finales, enjoint aux « associations ayant déjà une existence légale et rentrant dans les définitions de l'ordonnance de se conformer à ses prescriptions<sup>112</sup> ». Autrement dit, l'AIN, quel que soit le texte sous l'empire duquel elle a été créée, doit désormais se conformer à l'ordonnance n° 84-06 qui constitue désormais le droit commun, avec ses textes subséquents, des associations au Niger<sup>113</sup>. Et dans aucune de ses dispositions ces textes ne prévoient que les associations peuvent rendre la justice. La loi sur l'organisation judiciaire, au surplus, en citant les institutions chargées de rendre la justice en République du Niger, n'a pas cité les associations fussent-elles religieuses.

Si l'AIN s'est muée en « institution rendant la justice », cela peut être assimilée à une coutume qui pourrait être qualifiée de *contra legem*<sup>114</sup> qui s'est installée. Coutume contre laquelle les pouvoirs publics n'ont pas réagi et ont les faire. Le pouvoir judiciaire n'a pas non plus réagi, car n'ayant pas été saisie de cas où l'AIN est intervenue avant elle et où sa décision lui serait déférée. L'on peut dès lors se demander quel sera le sort qui sera réservé par les juridictions (étatiques cette fois-ci) aux sentences ou décisions rendues par cette Association. Seront-elles homologuées au nom du pluralisme juridique qui se dédoublerait en pluralisme judiciaire au nom de la coutume créée sur la base de la pratique des populations qui acceptent volontiers de se mettre sous la « juridiction » de cette association ? Ou bien elles seraient plutôt censurées au nom du respect de l'ordre juridique ? Mais alors on est alors de se demander quel est l'ordre juridique nigérien ?

Il ressort des développements qui précèdent que les populations n'utilisent que très peu la justice étatique, et ce, en dépit des différentes réformes de l'organisation judiciaire au Niger<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> Recueil de lois et règlements de la République du Niger, Secrétariat Général du Gouvernement, 2<sup>ème</sup> édition, 1994, Rubrique n° 17.2 ; JORN spécial n° 6 du 15 mars 1984.

<sup>111</sup> Cette ordonnance abrogeait l'ordonnance n° 75-11 du 13 mars 1975 portant sur le régime des Associations qui a été elle-même modifiée en 1977 par l'ordonnance n° 77-36 du 29 Décembre 1977.

<sup>112</sup> Article 30, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>113</sup> Notamment le décret n° 84-49/PCMS/MI du 1er mars 1984, portant modalités d'application de l'ordonnance portant régime des Associations, l'ordonnance n° 84-50 du 5 décembre 1984, modifiant l'article 15 de l'ordonnance portant régime des Associations, la loi n° 91-006/ du 20 mai 1991, modifiant et complétant l'ordonnance n° 84-06 du 1er mars 1984, portant régime des associations et le décret n° 92-292/PM/MF/P du 25 septembre 1992, portant modalités d'application de l'article 20.1 de l'ordonnance n° 84-06 du 1er mars 1984, portant régime des Associations.

<sup>114</sup> Sur les différents caractères que peut avoir la coutume, voir MAYALI L. La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen âge, in La coutume, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, vol. LII, 2<sup>ème</sup> partie, Europe occidentale médiévale et moderne, De Boeck Université, 1990, pp. 26 et ss., plus spécialement p. 28.

<sup>115</sup> Depuis la loi de 1962, il y eut au total trois modifications, la dernière ayant abouti à la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire en 2004. La première modification avait été introduite par l'ordonnance n° 93-005 du 15 septembre 1993 (portant création de la cour d'appel de Zinder et modifiant les articles 1.5 alinéa 1<sup>er</sup>, 39, 41, 44, 45 et 68 de la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 fixant l'organisation et la compétence des juridictions de la République du Niger ; J.O.R.N. du 1<sup>er</sup> novembre 1993, p. 366) et la seconde par l'ordonnance n° 99-16 du 4 juin 1999 (portant modification de la loi n°62-11 du 16 mars 1962 fixant l'organisation et la compétence des juridictions de la République du Niger ; J.O.R.N. du 15 juillet 1999). Sans compter les autres textes organisant

et des multiples actions en vue de « rapprocher la justice des justiciables<sup>116</sup> ». La préférence est marquée pour les institutions coutumières, quand bien même investies par la loi du pouvoir de conciliation, et pour certaines institutions informelles. Cette préférence est, somme toute, inexplicable dans le contexte nigérien, dans la mesure où devant les tribunaux étatiques, les populations sont assurées de l'application du droit coutumier avec la présence des assesseurs coutumiers. Cependant, pour un observateur averti de la justice, et de la justice africaine en particulier, Le ROY E. a observé que « les africains n'avaient pas et n'ont pas encore, de manière générale, la même conception de la justice que les Occidentaux, ce qui affecte nécessairement les pratiques juridiques et judiciaires contemporaines et la légitime revendication à un Etat de Droit comme principe générateur d'une « bonne gouvernance »<sup>117</sup>. » C'est ainsi que Le ROY observe que un « dédoublement des modes de règlement des conflits ». Selon lui, « les modes « formels » c'est-à-dire officiels et étatiques sont « débordés » par des modes « informels », officieux, occultés ou illégaux selon le cas ». Il situe la source de cette « situation de dédoublement et de débordement » « depuis les origines de l'introduction du modèle occidental et étatique de la Justice dans le contexte colonial<sup>118</sup> ».

On s'en rend compte, les difficultés sont à venir pour définir l'ordre juridique nigérien qui manque de doctrine<sup>119</sup> suffisante et de décisions jurisprudentielles marquantes pour le fixer définitivement. Il est aisé de remarquer que l'opinion savante s'accommode de cette situation marquée par un flou artistique (ou juridique) et de non-dits. On préfère ne pas heurter les convictions profondes des populations au risque de passer pour un « acculturé ». Cette difficulté de l'ordre juridique nigérien en général et de la famille en particulier rend la mise en œuvre du droit de la famille quelque peu difficile par les juridictions qui devraient, en principe, se positionner comme gardiennes de celui-ci.

---

les juridictions spéciales et d'exception.

<sup>116</sup> Notamment par les actions légales prévues par la loi : Les audiences foraines prévues à l'article 38 de la loi 2004-50 du 22 juillet. Nous doutons fort que ces audiences soient régulièrement réalisées faute de moyens. Voir le Rapport Final, Version définitive de la Mission d'analyse et de formulation du cadre général du processus de réformes et du programme d'appui aux réformes judiciaires au Niger (PARJ), Février 2003, pp. 54 et 73. Ou par la création, toute récente, d'un Centre d'accueil des usagers de la justice en application des recommandations du PARJ, voir le rapport final précité, pp. 53 et 73.

<sup>117</sup> LE ROY E., *Les africains et l'Institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Regards sur la justice, Dalloz, Paris, 2004, p. VII. Sur la conception de la justice par les africains, voir pages 3 et suivantes et plus spécialement, pages 27 et suivantes.

<sup>118</sup> LE ROY E., op. cit., loc. cit.

<sup>119</sup> Déjà souligné par TANKOANO A. op. cit., pp. 138 et 140. et ABARCHI D. in *Jurisprudence nigérienne et sécurité juridique. Les vicissitudes des sources du droit*, op. cit., p. 11, qui regrette le manque d'une « expression doctrinale significative ».

## **B. La mise en œuvre effective du droit de la famille par les instances judiciaires**

L'application de droit de la famille au Niger révèle les difficultés auxquelles sont confrontés les acteurs : aussi bien les plaideurs que les juridictions et même, parfois, la doctrine<sup>120</sup>. Nous avons vu que cette dernière ne parle pas d'une voix concordante sur le droit applicable à la famille. Si la doctrine ne s'accorde pas sur le droit applicable, les juridictions chargées de cette application ne sont pas non plus alignées sur une jurisprudence linéaire concernant le droit applicable, à commencer par la plus haute juridiction : la Cour suprême<sup>121</sup>.

En effet, l'examen de la jurisprudence des cours et tribunaux nigériens révèle que ceux-ci butent sur des problèmes d'identification du droit applicable en matière de droit de la famille<sup>122</sup>. Ainsi, dans certaines espèces, où il est clair que le droit applicable doit être la coutume des parties, les juridictions appliquent le droit civil issu du Code civil applicable au Niger. Il faut ajouter aussi que, dans bien des cas, on se rend compte que le juge, en fait d'application de la coutume, applique le droit musulman<sup>123</sup>. Tout cela dénote bien de la difficulté d'identification du droit applicable à la famille aussi bien par les tribunaux du fond que par la Haute juridiction, qui est juge du droit.

Ainsi, dans la jurisprudence du Tribunal Régional d'Agadez<sup>124</sup>, selon procès verbal de constat de répudiation n° 49/2004 du 5 octobre 2004 (inédit), on peut lire que le juge a statué en fonction de la religion musulmane et de la coutume des parties. En effet, la juridiction, dans une affaire de constat de répudiation, énonce que « attendu que la répudiation est régulière et conforme à la religion musulmane et à la coutume des parties », il n'a même pas été pris le soin de donner la base juridique de l'application de la « religion musulmane », ni même préciser de quelles coutumes il s'agit en l'espèce. Cette formulation est constante dans les procès verbaux de constat de répudiation de cette juridiction. Dans de rares cas, elle précise la coutume des parties, notamment dans le procès verbal de répudiation n° 55/2004 du 2 novembre 2004 (inédit). Il ya lieu de remarquer que le juge fait allusion à la religion musulmane et non au droit musulman ou à la loi islamique. Cela a été rattrapé dans le constat de procès verbal de répudiation n° 48/2005 du 20 octobre 2005. Dans d'autres espèces, il est

---

<sup>120</sup> CHAIBOU A. ne dit-il pas dans ses propos introductifs à sa communication que : « la pratique de la justice révèle des surprises quant aux normes effectivement appliquées », à propos de l'application de l'Islam en droit positif nigérien. V. Islam et droit positif au Niger, communication au Colloque « Islam, droits de l'homme et démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, op. cit., p. 161.

<sup>121</sup> Voir les références données par ABARCHI D. in Jurisprudence nigérienne et sécurité juridique. Les vicissitudes des sources du droit, Nouvelle imprimerie du Niger, NIN, Niamey, non daté, déjà cité et DAN DAH L. M. : Islam, droit positif applicable à la femme au Niger, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 181.

<sup>122</sup> Déjà souligné par Chaibou A. in Islam et droit positif, op. cit., p. 164.

<sup>123</sup> V. la discussion entre les tenants de l'application du droit musulman et de ceux de son exclusion en droit positif nigérien.

<sup>124</sup> Agadez est une région au nord du pays distante de près de 1000 km de la capitale Niamey à l'ouest.

lu que « la répudiation est conforme à la loi et à la coutume des parties ». Il s'agit notamment, des procès verbaux de répudiation n° 54/2005 du 8 novembre 2005, n° 004/2006 du 8 février 2006 et 002/2006 du 2 février 2006. On peut se demander de quelle loi il s'agit. La loi au sens de droit civil, droit commun ? Ou la loi islamique ? Auquel cas on doit considérer que c'est là une erreur matérielle de frappe de la décision. Au cas contraire, il serait étonnant que le juge fasse une application concomitante de la loi et de la coutume à la même affaire sans viser la disposition expresse de la loi applicable.

La justice de paix de la Commune Niamey 1 offre des exemples similaires à ce qui se passe devant le Tribunal Régional d'Agadez. Ainsi, dans le jugement coutumier n° 16 du 30 novembre 2004 (inédit), on peut lire « attendu en espèce (sic) que le mariage a été célébré selon la coutume musulmane ». La décision n'explique pas ce qu'est « la coutume musulmane » ni pourquoi elle est appliquée en l'espèce. Pire encore, dans l'espèce n° 15 du 28 août 2006, le juge énonce que « Attendu que les lois et la coutume des époux imposent à la femme qui décide de mettre fin au mariage de rembourser la dot à son époux (...) ». De quelles lois s'agit-il ici ? Le droit commun du Code civil ? Le jugement n° 005 du 22 avril 2006 (inédit) est encore plus caractéristique de la difficulté d'identification du droit applicable à la famille. En effet, le juge prononce le divorce entre des époux pour cause d'injures et de sévices corporels sans viser aucune disposition ni de la coutume ni de la loi.

Ces différents cas recensés, loin d'être exhaustifs, montrent, si besoin en est, toutes les difficultés d'application du droit de la famille au Niger. Mais les difficultés ne s'illustrent pas seulement par les errements dans la détermination du droit applicable, on rencontre également les difficultés dans le conflit de compétences des instances chargées de l'application du droit de la famille. Il est vrai que ce conflit ne pose pas de problèmes particuliers aux populations qui en sont plutôt les acteurs, mais au juriste, au chercheur accroché à ses théories positivistes du droit et de respect d'un ordre normatif républicain qui ne se concilie pas toujours avec l'ordre normatif créé tout simplement par les populations. Ainsi, l'ordre normatif rationnel que connaît le juriste est perturbé par la pratique et dans la pratique. Il fait tout donc pour redresser la situation. La question est, dès lors, comment redresser ? Et plus particulièrement, pourquoi redresser si, en dépit de la déviation ou de la perturbation de l'ordre juridique positif, la société ne s'en trouve pas affectée ? En effet, si l'on part du postulat que le droit « normé<sup>125</sup> » est fait pour les populations et en vue de maintenir un certain ordre social, comment faire, ou comment agir lorsque ce droit ne répond plus aux aspirations des populations qui choisissent délibérément de se comporter autrement que comme l'a prescrit le droit positif ?

Le hiatus entre le vécu des populations, de la société, leur comportement et les prescriptions du droit positif est donc évident. Face à cette situation, le juriste a deux choix : ou il fait jouer à la norme positive édictée toute sa plénitude, c'est-à-dire faire jouer les mécanismes de

---

<sup>125</sup> Par opposition au droit vécu, non écrit, auxquelles les populations se soumettent volontiers, sans aucune contrainte d'aucune autorité.



sanctions des « comportements déviants », non respectueux de la normativité, ou il fait correspondre les comportements sociaux aux normes édictées par une réforme. Celle-ci aura pour but principal de venir consacrer par le droit, les faits, ou tout simplement de faire correspondre le droit aux faits. Mais l'action à entreprendre ne sera efficace que lorsque le problème ou la pathologie aura été identifiée avec exactitude. Ainsi, les correctifs à apporter seront plus à même de porter leurs fruits si tant est que l'on est en mesure de les apporter et surtout enclin à les apporter.

En définitive, l'état de la question du pluralisme juridique en droit de la famille étant exposé, la question principale est, de savoir si dans la formulation de ce pluralisme juridique au Niger, on se trouve réellement en face d'un pluralisme juridique. Il est vrai que dans les faits le pluralisme juridique au Niger, en droit de la famille, est une réalité. Et à l'observation, ce pluralisme juridique se double d'un pluralisme judiciaire. Cependant, qu'en est-il de la formulation de ce pluralisme juridique ? La réponse à cette question ne peut être apportée qu'après interrogation de la doctrine et de la pratique comparée du pluralisme juridique.

## **Deuxième partie: Le droit applicable à la famille: Le pluralisme juridique au Niger en question**

Le pluralisme juridique en droit de la famille, s'il est vécu comme une réalité de tous les jours, ne manque pas moins de poser des interrogations sur sa formulation et sur ses fondements juridiques. En effet, ainsi qu'il a été dit précédemment, tous les auteurs nigériens qui se sont prononcés sur cette question ont reposé leurs thèses sur les prescriptions de l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire, précédemment article 51 de la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 portant sur le même objet. Or il apparaît à l'évidence que ces thèses, même si elles paraissent fondées en fait ne le sont pas en droit. En effet, la doctrine étrangère et le droit comparé montrent que les fondements légaux du pluralisme juridique ne se retrouvent pas dans le système nigérien. Pour mieux appréhender cette situation, un exposé de la situation du problème sera exposé avant de proposer les correctifs à y apporter.

### **Paragraphe 1: La position du problème du pluralisme juridique en droit de la famille au Niger**

Parler de pluralisme juridique en droit de la famille au Niger est assez naturel, car le droit de la famille fait l'objet de plusieurs influences : droits coutumiers, droit musulman, droit civil hérité de la colonisation et plus récemment droit international. Néanmoins, le pluralisme juridique au Niger, en matière de droit de la famille, pose un problème, notamment celui de sa légalité ou encore de sa constitutionnalité. En effet, la formulation du pluralisme juridique au Niger est telle que la légalité n'est pas respectée, cela n'a pas empêché la doctrine nigérienne de proclamer ce pluralisme ou ce dualisme juridique en cette matière et d'en tirer les implications possibles. Or, telle que le présente le droit comparé, le pluralisme juridique, pour bien s'ancrer dans la normativité a besoin de certains fondements aussi bien constitutionnels que légaux.

#### **A. La doctrine du pluralisme juridique**

Un exposé liminaire sur le pluralisme juridique s'impose, afin de mieux cerner de quoi il s'agit avant d'examiner le pluralisme en droit nigérien. Cette matière a surtout été le terreau pour les théories en anthropologie du droit. Plusieurs ouvrages et rencontres scientifiques<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Voir notamment, sans prétention d'exhaustivité : MBAYE K., *Droit de la famille en Afrique noire et Madagascar*, Maisonneuve et Larose, 1968 ; GILISSEN J., *Le pluralisme juridique*, Ed. Université Libre de Bruxelles, Coll. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques, 1972 ; KOUASSIGAN G. A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone*, Pédone, CREDILA, 1974 ; VANDERLINDEN J., *Les Systèmes Juridiques Africains*, Puf - Collection : Que Sais-Je ?, Paris, 1983 ; CONAC Gérard (sous la direction de), *Les Cours suprêmes en Afrique. IV : droit de la terre et de la famille, droit commercial, droit pénal, droit musulman*, Economica, ACCT, Paris, 1990 ; SOW SIDIBE A., *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, Bibliothèque africaine et malgache, Paris, 1991 ; Ouvrage collectif, *Mode de production des droits africains et Common Law*, Première rencontre de droit comparé du CICLEF, été 1993, Ecole de droit, Université de Moncton, Moncton (Nouveau Brunswick), CICLEF, Canada, 1995 ; KAHN, Ph. (sous la direction de), *L'étranger et le droit de la famille*.

ont été consacrés au pluralisme juridique<sup>127</sup>, toutefois, nous n'allons pas nous étendre sur le pluralisme en anthropologie du droit, seules les définitions pertinentes qui en ont été données seront retenues. Et dans les Etats où ce pluralisme juridique a droit de cité, il n'offre pas toujours le même visage. Cependant, le pluralisme juridique n'est pas seulement observé en Afrique ou dans des Etats ayant subi une présence dominatrice d'une autre civilisation, il est également observé dans les civilisations antérieurement dominatrices. Ainsi, en France, par exemple, le pluralisme juridique, tel que vécu en Afrique existe et est formellement consacré par la constitution et certaines lois constitutionnelles<sup>128</sup>.

Le pluralisme juridique a autant de définitions que la pluralité d'auteurs qui s'y sont consacrés. Cependant, en adoptant la démarche de Le Roy<sup>129</sup>, en partant de la définition du dictionnaire Robert, le pluralisme a deux sens. Le second sens est plus proche de ce qui nous intéresse ici. Ainsi, le pluralisme est le « système admettant l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux différents au sein d'un groupe organisé : la coexistence de ces courants. Ses contraires sont dualisme et monisme<sup>130</sup>. » Selon Le Roy, à partir de cette définition, il faut « constater que confronter deux facteurs n'est pas du pluralisme mais du dualisme ». Pour Vanderlinden J., le pluralisme est « la situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique se voir appliquer des mécanismes juridiques relevant d'ordres juridiques différents<sup>131</sup> ». Nous ne nous attarderons pas plus longuement sur les différentes autres approches du pluralisme juridique dégagées par l'anthropologie du droit, notamment celle de Le Roy qui avait proposé de distinguer le pluralisme fort du pluralisme faible<sup>132</sup>. « On parle de pluralisme faible lorsque tout l'avantage revient à l'Etat et au droit étatique, qui demeure hiérarchiquement supérieur ». Et « on parle de pluralisme fort, lorsque le droit étatique perd son monopole comme source de règlement de conflit ». Rester sur ces différentes positions amènerait à se poser encore une fois la question : existe-t-il un pluralisme juridique au Niger ? Si oui, est-ce un « pluralisme fort » ou un

---

Pluralité ethnique, pluralisme juridique, Documentation française, Paris, 2001 ; Cahiers d'Anthropologie du droit, 2003, Les pluralismes juridiques, Karthala, Paris 2003 ; LE ROY E., Les africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages, 1<sup>ère</sup> éd., Dalloz, Paris, 2004 ; KUYU MWISSA, C. (sous la direction de), A la recherche du droit africain du XXI<sup>ème</sup> siècle, Connaissances et savoirs, Paris, 2005. A cela il faut ajouter la multitude d'articles ou de communications faites dans le cadre de conférences, colloques et autres rencontres sur le sujet. Pour aller plus loin, notamment aux sources du pluralisme juridique, voir la bibliographie citée par SOW SIDIBE A. *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, Bibliothèque africaine et malgache, LGDJ, Paris, 1991, p. 14, note de bas de page n° 8.

<sup>127</sup> En Afrique surtout, mais pas uniquement.

<sup>128</sup> Voir notamment LAFARGUE R., Statut personnel, coutume et justice en Nouvelle-Calédonie, document trouvé sur <http://www.enm.justice.fr/> (dernière visite sur le site : le 28 janvier 2004). En sens contraire voir ROULAND N., « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 381 à 419. Notons que cette situation est néanmoins liée à une situation de « colonisation » ou, pour être moins négatif, de rencontre entre des systèmes juridiques et normatifs très différents.

<sup>129</sup> LE ROY E., Pluralisme et universalisme juridiques : propos d'étape d'un anthropologue du droit, in KAHN, Ph. (sous la direction de), *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Documentation française, Paris, 2001, p. 227.

<sup>130</sup> LE ROY E. op. cit., p. 232.

<sup>131</sup> VANDERLINDEN J., Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique, in *Les pluralismes juridiques*, Cahiers d'Anthropologie du droit, 2003, Karthala, Paris, 2003, p. 31.

<sup>132</sup> Voir LAMINE H., Pour un pluralisme juridique plus effectif, in *Les pluralismes juridiques*, Cahiers d'Anthropologie du droit, 2003, Karthala, Paris, 2003, p. 165.

« pluralisme faible » ? Sinon, s'agit-il plutôt de « pluralité » ou de « pluralisme »<sup>133</sup> ? Sow Sidibé propose la définition suivante empruntée au doyen Carbonnier : « constatation selon laquelle, « la diversité a envahi le milieu juridique »<sup>134</sup>. Pour cet auteur, en prenant l'exemple du droit successoral sénégalais, « le pluralisme consiste à mettre en vigueur, dans le système juridique sénégalais, deux corps de règles en parallèle, faisant donc coexister deux régimes juridiques différents pour un même problème, celui de la dévolution successorale ». Elle poursuit en disant que « c'est un pluralisme plus matériel que formel, puisque la loi elle-même, l'organise<sup>135</sup> ».

Le pluralisme juridique ainsi défini, on s'aperçoit qu'il n'est pas propre au système juridique nigérien. A l'observation, il apparaît qu'il a été importé par le colon français dans ses colonies africaines de l'ouest et du centre. À l'indépendance, ces différentes colonies ont suivi des fortunes différentes. En effet, presque tous les nouveaux Etats nouvellement indépendants ont abandonné le pluralisme ainsi en vigueur dans les matières dans lesquelles il avait été introduit par le colon, notamment le statut personnel, pour adopter des corps de règles claires opérant, soit une rupture avec les droits originellement africains, soit un mixage des règles inspirées à la fois des droits originellement africains et du droit civil français<sup>136</sup>. De cette différence de traitement, le pluralisme juridique a disparu dans certaines législations tandis que d'autres la vivent sous une autre forme. Toujours est-il que le droit comparé peut fournir des éléments intéressants de comparaison et de réajustements, au besoin, du système nigérien.

## **1. Le pluralisme juridique en droit comparé**

Le droit comparé montre un visage du pluralisme juridique différent de celui observé au Niger. En effet, la particularité du système nigérien tient au fait que le droit de la famille, domaine de prédilection du pluralisme (ou du dualisme, cela dépend de la position que l'on adopte), n'a pas fait l'objet d'unification. Mais cette situation s'observe également et surtout en France, aussi curieux que cela puisse paraître. Il faut noter tout de même que cette situation tend à s'estomper sous l'effet du droit communautaire.

### **a. Le droit français : statut spécial de la Nouvelle Calédonie et de Mayotte**

---

<sup>133</sup> Voir LAMINE H. op. cit., loc. cit., qui relève cette « nuance » proposée par un autre auteur « pour qui le pluralisme est la diversité d'ordre juridique que l'Etat nie, alors que la pluralité est la diversité de règles que l'Etat peut admettre ». Cette dernière notion correspondant parfaitement au cas nigérien. Où l'Etat tend à faire subordonner le droit secrété par les populations au droit secrété par lui. Même si, par ailleurs, les situations de « pluralisme faible » et de « pluralisme fort » sont simultanément observables. En effet, le pluralisme faible est le système légal, dans le sens où le droit étatique a le monopole, car c'est lui qui dicte dans quels cas les coutumes sont applicables. Le pluralisme fort est quant à lui observé en fait, car l'on constate que le droit étatique perd le monopole de source de règlement conflit par la désaffectation des populations vis-à-vis des centres institutionnels de règlement des conflits au profit des institutions coutumières et informelles.

<sup>134</sup> SOW SIDIBE A. op. cit., p. 14.

<sup>135</sup> SOW SIDIBE A. op. cit., p. 15.

<sup>136</sup> ARZIKA M., op. cit., pp. 311 et ss. et Pour aller plus loin, sur l'historique de l'évolution des droits africains en général, voir SOW SIDIBE A. op. cit., pp. 21 et ss. Sur les considérations générales concernant les mutations des anciennes colonies vers les Etats indépendants, voir notamment : COQUERY-VIDROVITCH C. (sous la direction de), *L'Afrique occidentale au temps des Français. Colonisateurs et colonisés, (1860-1960)*, La Découverte, Paris, 1999.

On peut voir dans le pluralisme en droit français à travers l'article 75 de la constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34<sup>137</sup>, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. » Cette disposition a été complétée par plusieurs lois<sup>138</sup>. De cette disposition, il est permis ainsi aux citoyens de la Nouvelle-Calédonie et de Mayotte de se faire appliquer leurs coutumes (statut local) plutôt que le droit civil. Lorsque le juge doit statuer en application du statut local, il doit se faire assister par des assesseurs coutumiers<sup>139</sup>. Lafargue a appelé cela le dualisme juridique<sup>140</sup> plutôt que pluralisme juridique<sup>141</sup>. Il observe qu'avec cette disposition que « le Code civil cesse d'être la norme de "référence" d'application universelle sauf exceptions prévues par la loi. Tout au plus pourra t'il constituer vis-à-vis des personnes de statut particulier le "droit supplétif" auquel on aura recours en cas de silence de la coutume<sup>142</sup> ». Cette disposition est vue par cet auteur comme « un reliquat du système de la période coloniale ». En effet, elle est la réplique de l'article 82 de la constitution de 1946.

En observant ce système, on remarque, avec le système nigérien, non pas une identité, mais des similitudes. La première similitude est de fait. En effet, le droit coutumier est applicable<sup>143</sup> dans un système gouverné par le statut civil de droit commun qui est un droit étatique. En second lieu, les autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local ont un rôle de conciliation et non pas de jugement. Cela est bien dit dans le système nigérien également avec les détournements de ce rôle que l'on connaît. En troisième lieu, la justice est rendue par les tribunaux de droit commun assistés d'assesseurs coutumiers<sup>144</sup>. Et s'il est possible aux parties d'écarter la présence des assesseurs, cela ne correspond pour leur part à un abandon du statut particulier ainsi que l'a décidé la Cour de cassation française. Ce qui n'est pas le cas dans le système nigérien où les parties peuvent devant le juge renoncé à l'application de la coutume. Dans ce cas, il est fait application du statut civil (de droit commun ?) et le tribunal n'est plus, en ce cas, composé avec les assesseurs<sup>145</sup>.

---

<sup>137</sup> Cette disposition est celle retraçant le domaine de la loi.

<sup>138</sup> Loi organique du n° 99-209 du 19 mars 1999, JORF, 21 mars 1999, p. 4197 pour la Nouvelle-Calédonie et loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, JORF, 13 juillet 2001, p. 11199.

<sup>139</sup> Institués par ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel, JORF 17 octobre 1982, p. 3106. Cette ordonnance a été profondément modifiée par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale (partie Législative), JORF 9 juin 2006.

<sup>140</sup> LAFARGUE R., « Statut personnel, coutume et justice en Nouvelle-Calédonie, document trouvé sur <http://www.enm.justice.fr/> (dernière visite sur le site : le 28 janvier 2004).

<sup>141</sup> Notion qui est contestée par certains auteurs dont Rouland N. in

<sup>142</sup> LAFARGUE R. op. cit.

<sup>143</sup> Même si cela ne l'est que pour une partie de la population et qui en a fait le choix conscient. Ce qui n'est pas le cas au Niger, où la population entière est régie par le droit coutumier de façon inconsciente et en dehors de tout choix étatique. La disposition de l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire contient plus une obligation à l'égard des juridictions, qu'elle ne constitue un droit d'option pour les populations.

<sup>144</sup> Cependant les assesseurs ne sont présents qu'au tribunal de première instance et à la cour d'appel et non à la cour de cassation comme en dans le système nigérien.

<sup>145</sup> On peut se poser la question de savoir si cette renonciation au statut coutumier peut se faire en appel alors qu'en instance il y a eu application de ce statut ? La loi ne règle pas cette question.

En quatrième lieu, il est précisé que les parties peuvent, d'un commun accord, choisir d'écarter les dispositions particulières prévues par les textes et demander l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction. La Deuxième chambre civile de la Cour de cassation française, saisie à ce propos, a jugé qu'« a violé les articles 3 et 7 de l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie, la Cour d'appel qui, ayant retenu que le demandeur avait renoncé à son statut particulier mais qu'il n'en allait pas de même du défendeur qui continuait à l'invoquer, s'est déclarée incompétente, alors qu'il lui appartenait seulement d'appeler des assesseurs désignés conformément à l'ordonnance précitée à compléter la formation de jugement<sup>146</sup> ». La première Chambre civile a, quant à elle, décidé que « a violé les articles 3 et 7 de l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 la Cour d'appel de Nouméa qui, pour confirmer la décision d'incompétence rendue par le juge des tutelles pour connaître de cette requête et se déclarer incompétent, a retenu que les dispositions du Code civil relatives aux incapables ne s'appliquaient pas aux citoyens relevant comme la victime du statut civil particulier, alors que les juridictions de droit commun étaient compétentes à l'égard de toutes personnes et qu'il lui appartenait seulement, le cas échéant, d'appeler des assesseurs désignés conformément à l'ordonnance précitée à compléter la formation de jugement<sup>147</sup> ».

Enfin, le système français, permet l'application du droit musulman, pour Mayotte, où le « statut local » constitue en fait le droit musulman. Alors que le système nigérien ne reconnaît que l'application des « coutumes ». Et on a vu que la doctrine est divisée sur le point de savoir si le droit musulman était ou non applicable. Le tout est de savoir à quoi correspond ce droit musulman dans le système nigérien. S'agit-il d'une coutume ou doit-il être considéré comme une source autonome de droit ? La première chambre civile de la Cour de cassation française ne s'est pas encombrée de ces considérations, et a censuré une décision en application du statut local. En effet, elle a jugé que « encourt la cassation une décision du Tribunal supérieur d'appel de Mayotte qui, pour décider que des personnes avaient la même vocation successorale que les héritiers figurant dans un acte de partage, a retenu qu'il importait peu de savoir, compte tenu de la polygamie autorisée en droit musulman, si la filiation des intéressés était légitime ou naturelle puisque cette qualité n'avait aucune influence sur les droits successoraux, alors que le droit musulman connaissant uniquement la filiation légitime, la qualité d'héritier dépendait de l'établissement de cette filiation à l'égard du défunt<sup>148</sup> ».

Il apparaît clairement qu'en droit français, l'application concomitante de deux ordres juridiques différents doit passer par une consécration constitutionnelle et législative.

---

<sup>146</sup> Civ.2<sup>ème</sup>, 6 février 1991, Bull. civ., 1991, II, n° 44 ; Gaz. Pal., Rec. 1991, panor. cass. p. 144 ; D., 1992, jur. p. 93, note G. Orfila.

<sup>147</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1992, Bull. civ., 1992, I, n° 248 ; Gaz. Pal., Rec. 1993, panor. cass. p. 63.

<sup>148</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, Bull. civ., 1997, I, n° 67 ; Gaz. Pal., Rec. 1997, panor. cass. p. 270 ; D., 1997, jur. p. 453, note H. Fulchiron ; JCP, 1997, I, n° 22968, note T. Garé. La cour a en effet conclu que « En se fondant sur la légalité de la polygamie, en droit musulman, pour en déduire que tous les enfants nés de ses œuvres avaient qualité pour lui succéder, sans vérifier, comme il était invité à le faire, si les intéressés étaient nés des mariages réguliers de leur père, le Tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'art. 75 de la Constitution et des règles du statut civil de droit local applicable en la cause ».

Cependant, il y a lieu de souligner que ce dispositif tend à être remis en cause par la loi de programme pour l'outre-mer de 2003<sup>149</sup> qui va dans le sens d'une abolition progressive de ce dualisme. En effet, la France, rappelée à l'ordre à plusieurs reprises par les instances de l'Europe sur les pratiques coutumières (polygamie entre autres), notamment à Mayotte, a été contrainte de légiférer dans le sens d'une généralisation du statut civil de droit commun. En effet, l'article 68 de la nouvelle loi de programme insère un nouvel article 52-1 dans la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, précitée. Cette nouvelle disposition est ainsi libellée :

"Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. - L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut, en aucun cas, contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. - En cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun. - Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local".

Telle que rédigée, la nouvelle disposition n'est pas sans rappeler la rédaction des articles 63 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire au Niger. En effet, on y voit l'application du statut local (concernant Mayotte, il s'agit du droit musulman pris comme coutume des mahorais) avec une subordination de celui-ci au droit commun. Et la possibilité pour les Mahorais de soumettre leurs rapports juridiques au droit civil commun. Mais à noter que le texte français, à la différence du texte nigérien, parle d'une vraie option entre le statut civil local ou le statut civil de droit commun. Cette loi a été attaquée pour incompatibilité des dispositions du deuxième alinéa de l'article 52-1 à l'article 75 de la Constitution et le Conseil constitutionnel, dans une décision du 17 juillet 2003<sup>150</sup> a décidé que : « Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que les citoyens de la République qui conservent leur statut personnel jouissent des droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations ; qu'en rappelant ce principe par la disposition critiquée, le législateur n'a pas méconnu l'article 75 de la Constitution ; que, dès lors qu'il ne remettrait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés... ». Désormais, donc, le statut local ne sera plus appliqué sans réserves au prétexte du respect des coutumes telles que permis par l'article 75 de la Constitution. On peut désormais écarter l'application de coutumes sous le couvert de l'ordre public français et la liberté des personnes telles que proclamé dans le préambule de la constitution française. On peut s'étonner que le Conseil constitutionnel ne se soit pas prononcé dès 1946 avec l'article 82 de la constitution française qui permettait l'application du statut local aussi bien dans les colonies que dans l'Outre mer. Quoiqu'il en soit, quelles que soient les motivations réelles du Conseil

---

<sup>149</sup> Loi n° 2003-660, du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer, JORF du 22 juillet 2003, p. 12336.

<sup>150</sup> Décision n° 2003-474 du 17 juillet 2003, Loi de programme pour l'outre-mer (§26-30). Recueil, p. 389. Publiée au Journal officiel du 22 juillet 2003, p. 12336.

constitutionnel français et le devenir du maintien du statut local à Mayotte et en Nouvelle Calédonie, c'est par cette nouvelle disposition de la loi de 2003 que le système français se rapproche du système nigérien, à la différence notable que ce dernier n'a pas d'ancrage constitutionnel.

### **b. Les droits des Etats africains francophones**

Il aurait été souhaitable de voir dans les Etats voisins du Niger<sup>151</sup>, ayant eu le même héritage juridique colonial, dans une perspective de droit comparé, comment le pluralisme juridique a été vécu. En effet, la particularité du cas nigérien réside dans le fait que chacun de ses voisins, francophones, a adopté une législation sur le droit de la famille par l'adoption de codes des personnes et de la famille après avoir vécu dans la situation du dualisme juridique. Le Niger seul n'a pas encore légiféré. Cependant, nous n'observerons que le cas du Burkina Faso.

Pays limitrophe du Niger, il a connu également la colonisation française et a hérité de la même situation juridique. Cependant, contrairement au Niger, le Burkina Faso a adopté un Code des personnes et de la famille qui a expressément interdit l'application des coutumes en matière de statut personnel. Cependant, la pratique des populations montre un tout autre visage. En effet, si le pluralisme juridique ne relève plus de l'ordre normatif, il fait parti du vécu des populations. Mais en d'autres temps ce pluralisme juridique a existé et le Professeur Sawadogo en exposant le système burkinabé dit qu'il « est inexact de parler de systèmes juridiques du Burkina Faso au pluriel dans la mesure où seul prévaut le système juridique étatique<sup>152</sup> ». Cependant pour la clarté de son exposé, le terme « système juridique » sera utilisé pour les différents droits : étatique et originellement africains. Il distingue deux périodes : avant 1991 et après 1991. Pour la première période, il expose que la coexistence de ces deux systèmes était hiérarchisée par nature<sup>153</sup> en raison du fait que les droits originellement africains sont limités au statut personnel au sens large<sup>154</sup>. Le passage d'un statut à l'autre se fait par le critère de la filiation. En effet, « relevait du statut civil celui dont le père en relevait. Par contre celui dont le père relevait du statut civil particulier se voyait en conséquence appliquer le droit coutumier<sup>155</sup> ». Pour la seconde période, qui commence en fait à partir de 1989, date à laquelle le Burkina Faso a adopté un Code des personnes et de la famille par Zatu AN VII-0013/FP/PRES du 13 novembre 1989<sup>156</sup>, le droit coutumier n'est plus applicable. En effet, l'article 1066 de ce Code dispose que « les coutumes cessent d'avoir force de loi dans les matières régies par le présent Code ».

---

<sup>151</sup> En excluant de façon arbitraire les Etats limitrophes du nord (Libye et Algérie).

<sup>152</sup> SAWADOGO F.M., « Les systèmes juridiques au Burkina Faso », in *Mode de production des droits africains et Common Law*, Première rencontre de droit comparé du CICLEF, été 1993, Ecole de droit, Université de Moncton, Moncton (Nouveau Brunswick), Canada, CICLEF, 1995, p. 31.

<sup>153</sup> SAWADOGO F.M., op. cit., p. 37.

<sup>154</sup> Il y inclut l'état civil, le mariage, la filiation, les successions, les régimes matrimoniaux et les donations.

<sup>155</sup> SAWADOGO F.M., op. cit., p. 38.

<sup>156</sup> Portant institution et application d'un Code des personnes et de la famille.



En Côte-d'Ivoire par exemple, le droit coutumier avait coexisté avec le droit civil du colon. « Le droit applicable était caractérisé par une dualité des règles juridiques<sup>157</sup> avec un droit d'option pour « l'individu de statut local qui avait le choix entre la règle de droit écrit (le droit français) et les règles coutumières ». Au lendemain de l'indépendance du pays, une codification du droit des personnes et de la famille est intervenue par l'adoption de plusieurs lois le 7 octobre 1964<sup>158</sup> qui ont rendu les coutumes inapplicables<sup>159</sup>. Néanmoins, certaines dispositions du Code civil français ont survécu à la réforme<sup>160</sup>.

Au Togo, la dualité a existé jusqu'à l'adoption du Code des personnes et de la famille par ordonnance n° 80-16 du 31 janvier 1980. Toutefois, il y a lieu de préciser que ce Code ne rejette pas entièrement les coutumes<sup>161</sup>, car il contient des dispositions qui laissent la possibilité d'application de celles-ci ou qui consacrent certaines institutions coutumières telles la dot<sup>162</sup> pour le mariage ou le mariage polygamique<sup>163</sup>.

### **c. L'exemple d'un droit de Common Law : le Nigéria**

Au Nigeria, « le pluralisme juridique se présentant sous de multiples facettes, est caractérisé par la coexistence du droit anglais, du droit islamique et d'une grande variété de droits coutumiers<sup>164</sup> ». Le système nigérian, qui est classé dans la famille de droit de la Common Law, est donc un système de pluralisme juridique. Ce pluralisme juridique étant prévu par la Constitution et se traduisant avec un pluralisme judiciaire par l'existence de juridictions appliquant le droit de la Common law, le droit coutumier et le droit musulman dans les Etats du nord<sup>165</sup>.

## **2. La thèse du pluralisme juridique au Niger**

Nous avons vu que les auteurs nigériens, se sont fondés sur l'article 51 de loi sur l'organisation judiciaire de 1962, aujourd'hui article 63 de la loi de 2004, pour fonder leur thèse du pluralisme juridique en droit de la famille au Niger. Cependant, ils ne sont pas tous unanimes sur la terminologie : dualisme juridique ou pluralisme juridique. Les deux notions sont-elles synonymes ? A en croire Le Roy, il ne peut y avoir homonymie. Cependant, à la lecture des auteurs nigériens, on peut penser qu'il y a comme une homonymie des termes. Or, si dans les faits, en dépit de la confusion de terminologie, on peut constater une pluralité de

---

<sup>157</sup> ASSI-ESSO A.-M. H. : *Précis de droit civil. Les personnes. La famille*, 2<sup>ème</sup> édition, Librairie Ivoirienne de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 1, n° 3.

<sup>158</sup> Dix (10) au total. Qui ont été modifiées en 1983 « sans pour autant opérer un bouleversement idéologique ».

<sup>159</sup> Les coutumes sont constamment rejetées par les lois adoptées. V. ASSI-ESSO A.-M. H., op. cit., n° 5.

<sup>160</sup> ASSI-ESSO A.-M. H., op. cit., n° 5.

<sup>161</sup> L'article 75 du Code, précise que le mariage peut être célébré par un chef traditionnel.

<sup>162</sup> Articles 58 et 59 du Code.

<sup>163</sup> Article 42 du Code.

<sup>164</sup> ADEBAYO OBA A., « The Sharia Court of Appeal in Northern Nigeria: The Continuing Crises of Jurisdiction », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 4 (Autumn, 2004), pp. 859. Traduction par l'auteur.

<sup>165</sup> Sur la légalité du système nigérian. Voir ADEBAYO OBA A. op. cit., p. 867 et plus généralement, pour une présentation exhaustive de ce système, V. OTTEH J. : *Fading lights of justice. A study of the Administration of Criminal Justice in the Customary Courts of Southern Nigeria*, The Danish Centre for Human Rights, 1995.

sources du droit de la famille, le pluralisme ou le dualisme juridique en droit de la famille n'est pas, pour autant, fondé en droit.

#### **a. Exposé du pluralisme juridique en doctrine nigérienne**

Un auteur comme Arzika a été le premier à écrire une Thèse sur le droit coutumier nigérien en s'aidant aussi bien de la technique juridique que de celle des sciences humaines<sup>166</sup>. Celui-ci relève toute la difficulté à laquelle était confronté l'Etat du Niger à l'indépendance, devant le dilemme de « l'adoption d'un droit national nigérien, partagé en réalité entre trois courants : les coutumes ethniques, l'Islam et le droit français<sup>167</sup> ». Il a néanmoins constaté que « les coutumes traditionnelles ont adapté l'Islam à leurs propres normes, et n'ont de ce fait subi aucune transformation notable tant les similitudes sont nombreuses entre les deux courants de civilisation noire et arabo-berbère<sup>168</sup> ». Aussi, n'a-t-il retenu qu'une seule notion de coutume qui recouvre, aussi bien celles locales traditionnelles, ou ethniques que celles pénétrées par l'Islam<sup>169</sup> ». A partir de cet instant, l'auteur retient que la solution au dilemme politique, a été pour les autorités nigériennes, « l'adoption du système dualiste hérité de la colonisation<sup>170</sup> ». Cette adoption s'est faite par la reconduction du système judiciaire de la période coloniale, notamment par la disposition de l'article 51 de la loi sur l'organisation judiciaire du 16 mars 1962<sup>171</sup>. Cet auteur, adhère donc à la thèse du dualisme juridique et non à celle du pluralisme juridique sans pour autant jamais s'inscrire, *expressis verbis*, dans un courant doctrinal.

Un auteur comme Abarchi voit également dans le système nigérien, un système dualiste qui fait cohabiter « la loi écrite et les coutumes, avec une possibilité d'option pour les justiciables ». Selon lui cette coexistence a été posée pour « tenir compte de la nécessité de prendre en compte la diversité des réalités socio-culturelles<sup>172</sup> ». Cet auteur pense que c'est « dans cet esprit » que l'article 81 de la constitution énonce que la « loi fixe les règles concernant la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la constitution ». Et qu'en conséquence, la loi 62-11 (désormais la loi de 2004, même si l'auteur ne l'a pas souligné) précise « les matières qui

---

<sup>166</sup> La thèse renferme aussi bien des analyses juridiques que des recueils sur les coutumes à partir d'interviews réalisés par l'auteur après de différentes personnalités ayant ou non une certaine autorité en matière coutumière, V. ARZIKA M., op. cit., pp. 343 et 344, pour les sources orales utilisées par l'auteur.

<sup>167</sup> ARZIKA M., op. cit., p. 311 et ss.

<sup>168</sup> ARZIKA M., op. cit., p. 312. Voir par contre MANGIN G., op. cit., p. 139, qui cite LAMPUE P., « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », *Penant*, 1979, 765, pp. 245 et s. qui disait que le droit coutumier « se caractérise par son extrême diversité, même si l'on peut reconnaître l'existence de familles de coutumes que rapprochent des conceptions communes. Des influences religieuses se sont exercées sur le substrat juridique traditionnel pour l'infléchir ou le modifier, plus ou moins profondément. C'est le cas de l'Islam, surtout dans l'Afrique de la savane. Les conceptions anciennes y ont été affectées par la réception des préceptes du droit musulman de rite malékite, c'est-à-dire d'un droit dont les sources originelles, et notamment le Coran, sont écrites. Mais les règles ancestrales, propres à chaque milieu social, ne sont pas toutes effacées, de sorte que les solutions admises dans la pratique diffèrent parfois du système coranique ».

<sup>169</sup> ARZIKA M., op. cit., p. 312, note de bas de page n° 73.

<sup>170</sup> ARZIKA M., op. cit., p. 316.

<sup>171</sup> ARZIKA M., op. cit., p. 317.

<sup>172</sup> ABARCHI D. : Islam et droit positif, op. cit., pp. 158 et « Interrogations sur l'opportunité d'une réforme du droit nigérien de la famille », déjà cité, p. 61.

relèvent, *au choix des justiciables*<sup>173</sup>, du domaine de la loi ou de la coutume (...) ». Ainsi, pour Abarchi la source du pluralisme juridique est bien la disposition de la loi sur l'organisation judiciaire, mais à cette disposition, il ajoute une autre, tirée de la Constitution cette fois-ci.

Tankoano quant à lui, voit dans le système juridique nigérien, où « droit coutumier et droit moderne perdurent, coexistent et sont appliqués par les mêmes juridictions<sup>174</sup> », un « pluralisme hiérarchisé au profit du droit moderne<sup>175</sup> ». Mais il reconnaît que cette hiérarchisation n'est pas toujours corroborée par les faits<sup>176</sup>. En reconnaissant le pluralisme juridique, il fonde également sa thèse sur la loi sur l'organisation judiciaire<sup>177</sup>. Cependant, sa thèse du pluralisme juridique nigérien est plus fondée sur une observation de fait, entérinée par le droit que comme une déduction de l'ordonnement juridique nigérien. Il en est ainsi lorsqu'il écrit que « en dépit des assauts répétés des droits coloniaux, les droits africains, dits traditionnels ont résisté. Cette résistance persiste encore après la décolonisation malgré les efforts de codification visant à l'uniformisation des droits africains ». Plus loin, l'auteur explique le « le législateur nigérien n'entend pas pratiquer la politique de la table rase en supprimant les coutumes<sup>178</sup> ». Notons toutefois que l'auteur, sur la légalité du pluralisme juridique, a commencé par l'analyser sous l'angle de la primauté de la loi sur les coutumes par un choix du législateur inscrit dans la constitution. L'auteur s'est arrêté à ce constat. On peut néanmoins relever qu'il reconnaît que la Constitution, inscrit dans le domaine de la loi, les matières telles que la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. Enfin, il conclut que, ainsi fait, la constitution fait échapper ces matières aux droits traditionnels, où elles constituaient le droit commun pour désormais être placées sous la juridiction de la loi<sup>179</sup>. Quant à l'assimilation des coutumes à la loi, l'auteur prend position en considérant que les coutumes n'ont pas la même valeur que la loi. En effet, en traitant des sources du droit au Niger, il fait une nette distinction entre la coutume et la législation, considérées toutes deux comme sources principales de droit. Selon lui, la coutume « résulte des droits originellement africains non-écrits ayant évolué et du droit

---

<sup>173</sup> C'est nous qui soulignons, car la loi ne donne pas le choix aux justiciables. L'application de la coutume aux matières de l'article 63 est impérative. Les justiciables peuvent, seulement, devant le juge, d'un commun accord, renoncer à celle-ci. Que se passerait-il s'il n'y a pas d'accord entre les justiciables ? L'un voulant l'application de la coutume et l'autre l'application de la loi ? Sera-t-il procédé comme il est dit à l'article 66 ? Ou le juge a-t-il un pouvoir souverain d'appréciation, et considérerait qu'à défaut d'accord, il devrait faire application des coutumes ainsi que le lui ordonne la loi ? V. dans ce sens, arrêt civil n° 93 du 8 avril 1994, in les principaux arrêts de la Cour d'appel de Niamey, 1994, p. 79. (cité par Chaibou A. islam et droit positif, op. cit., note n° 158).

<sup>174</sup> TANKOANO A.: « Les sources du droit au Niger », op. cit., p. 135, citant RAYNAL M., Les institutions judiciaires du Niger, publié avec le concours du Ministère français de la Coopération et du Développement, Niamey, 1990, p. 6.

<sup>175</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 137.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 133.

<sup>178</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 135.

<sup>179</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 136. On peut adhérer à cette thèse mais on ne comprend pas pourquoi l'auteur n'est pas allé plus loin en se posant la question de savoir pourquoi ces matières place sous la juridiction de la loi continuent à être régies par les coutumes.

musulman<sup>180</sup> », c'en est ainsi un « droit syncrétique<sup>181</sup> ». Il définit la législation comme « l'ensemble des règles générales édictées par les pouvoirs exécutif et législatif ». Cet auteur, en définitive, ne s'enferme pas dans l'analyse des dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire pour fonder sa thèse du pluralisme juridique hiérarchisé.

M. Chaibou pense que « le droit positif nigérien est composite, en ce sens qu'il comprend des normes issues des droits de source et de nature différentes ». Selon lui, « il a la particularité d'être un système plural<sup>182</sup> ». Il donne ainsi une définition du pluralisme juridique empruntée à Rouland.<sup>183</sup> L'auteur définit le pluralisme juridique nigérien comme « le fait que les règles issues du droit d'inspiration française, du droit coutumier et du droit musulman coexistent et sont susceptibles de régir une même situation, notamment en ce qui concerne le statut personnel<sup>184</sup> ». Ainsi, les « éléments générateurs du pluralisme juridique sont les trois types de droits de source et de nature différentes<sup>185</sup> ». Plus tard, cet auteur écrivait que le « pluralisme juridique au Niger est « l'existence de règles juridiques de source et de nature différentes pouvant s'appliquer à une même situation<sup>186</sup> ». Faisant, ainsi la distinction entre le « droit d'origine ou d'inspiration française<sup>187</sup> », le droit coutumier ou les droits traditionnels<sup>188</sup> et les coutumes et le droit musulman<sup>189</sup>, cet auteur, voit la source de cette « pluralité » dans « le droit légiféré qui consacre l'applicabilité de la coutume dans certaines matières », la loi n° 0-29 du 25 mai 1960 portant interdiction de la dîme et de l'Achoura et la jurisprudence<sup>190</sup>. Ces deux dernières sources, proclamant l'appartenance du droit musulman au droit positif nigérien.

Dan Dah, en se posant la question de savoir quel est le droit positif applicable à la femme au Niger, a, en empruntant la définition du pluralisme juridique au Dictionnaire encyclopédique des théories et des sociologies du droit<sup>191</sup>, quant à lui dit que « de façon plus concrète, le pluralisme juridique offre à un sujet de droit la possibilité de se faire appliquer, en fonction soit de son statut (coutumier ou légal), soit de la coutume dont il se réclame, une règle déterminée plutôt qu'une autre<sup>192</sup> ». Cet auteur, en désignant le pluralisme juridique comme

---

<sup>180</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 141. Il reconnaît cependant que « le droit musulman n'est pas expressément inscrit dans les textes en vigueur ».

<sup>181</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 144.

<sup>182</sup> CHAIBOU A., Islam et droit positif au Niger, communication au Colloque « Islam, droits de l'homme et démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, op. cit. p. 162.

<sup>183</sup> In « Le pluralisme juridique en anthropologie », *Revue de la recherche juridique*, 1993, p. 568.

<sup>184</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 163.

<sup>185</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 164.

<sup>186</sup> CHAIBOU A., « A la recherche des principes directeurs pour le droit de la famille au Niger », op. cit., p. 190.

<sup>187</sup> Que l'auteur considère comme « improprement appelé droit moderne » ou « droit écrit », CHAIBOU A. op. cit., p. 191. en effet, selon lui le droit islamique est également un droit écrit.

<sup>188</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 192.

<sup>189</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 193.

<sup>190</sup> CHAIBOU A. op. cit., p. 188.

<sup>191</sup> Paris, LGDJ, 1993, p. 449, cité par DAN DAH L. M. : « Islam, droit positif applicable à la femme au Niger », op. cit., p. 183.

<sup>192</sup> DAN DAH L. M. op. cit. loc. cit. Mais dans la définition donnée par l'auteur, on peut noter qu'une distinction est opérée entre l'individu de statut coutumier et l'individu qui se réclame d'une coutume. Ce qui à notre sens n'a pas lieu d'être, car les deux notions sont synonymes. A noter aussi que l'auteur différencie le statut

« système de pluralité de condition juridique », lui donne une définition fonctionnelle : la possibilité qu'ont les justiciables de choisir telle ou telle « règle déterminée » (en pensant certainement au Code civil ou au droit coutumier). C'est une conception réductrice du pluralisme juridique au « droit d'option ». Enfin, il trouve le fondement de ce « principe du pluralisme juridique » dans l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire<sup>193</sup>.

Tous les auteurs précités, à l'exception notable d'un seul, avec des conceptions différentes du pluralisme, fondent leur thèse sur la loi sur l'organisation judiciaire. Cette loi, depuis l'accession à l'indépendance du pays, on l'a compris avec Arzika, est la continuité du système dualiste colonial<sup>194</sup>. Cependant, si ces auteurs trouvent dans les dispositions de cette loi la source du pluralisme ou du dualisme juridique au Niger, leur position n'est pas exempte de critique, car ce pluralisme ne repose sur aucun fondement constitutionnel.

### **b. Critique de la position doctrinale**

De prime abord, il faut reconnaître au Niger, que le droit de la famille montre une multiplicité de sources appliquées<sup>195</sup>. En effet, même si les différents auteurs se divisent sur l'applicabilité ou non du droit musulman, il ressort de l'examen de la jurisprudence et de la doctrine que l'application du droit musulman est une réalité. Cette application peut être autonome comme elle peut résulter d'un détournement des dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire. Cependant, aussi bien l'application du droit musulman et des coutumes, en droit de la famille, n'a aucun fondement juridique ou à tout le moins a un fondement juridique non-conforme aux prescriptions de la constitution. Tankoano, on l'a vu, a commencé à orienter ses analyses vers cet aspect mais s'est arrêté en chemin et n'est pas allé plus loin. Ainsi, aussi bien la formulation même du texte que le respect de la hiérarchie des normes permet de soutenir la position de la non-conformité à la Constitution du pluralisme ou du dualisme juridique en droit de la famille au Niger.

#### *i. Au regard de la formulation même du texte*

La loi sur l'organisation judiciaire qui est à la source de la formulation de la thèse du pluralisme ou du dualisme juridique au Niger, dispose en effet que « les juridictions appliquent la coutume des parties... ». Ainsi, en s'en tenant à une interprétation de la lettre de la loi, ce n'est que lorsque les juridictions sont saisies de litige dans les matières citées par cet article que « les juridictions appliquent la coutume ». On peut légitimement se poser donc la question de savoir quel est donc le droit applicable avant la saisine des tribunaux ? Que se passerait-il s'il n'y a pas de litiges ? Quel serait le droit applicable au statut personnel ? Quel serait le droit régissant les rapports d'un couple engagé dans les liens du mariage et qui vit heureux jusqu'à la fin de leurs jours ? Ainsi, se poserait la question du régime matrimonial applicable, la situation des enfants nés de ce mariage, les libéralités faites entre époux et la

---

coutumier du statut légal. Mais ne dit pas comment les individus sont classés en ces différents statuts. Ce qui nous ramène au problème du droit d'option.

<sup>193</sup> DAN DAH L. M. op. cit., p. 184.

<sup>194</sup> C'est d'ailleurs ce qui se passe en France avec le statut particulier de la Nouvelle Calédonie et de Mayotte.

<sup>195</sup> Soulignons bien ici qu'il s'agit de sources « appliquées » et non de sources « applicables ».

succession de ceux-ci ? Bien évidemment, à s'en tenir à la formulation de l'article 63, tant qu'ils ne se retrouveraient pas devant les juridictions, on ignorerait le droit applicable. Et la loi, assez curieusement, et contrairement à ce qu'à pu soutenir certains auteurs<sup>196</sup>, ne comporte aucune disposition sur l'option de législation. A quel moment les individus optent pour l'application ou non de la coutume ?

Cette disposition de la loi sur l'organisation judiciaire s'apparente donc beaucoup plus à une injonction faite aux juges, à une application d'autorité du droit coutumier aux parties en litige qu'à un texte qui définit le droit régissant les matières citées par lui. Or, cela ne doit pas étonner si on sait l'historique de la disposition qui a sa source dans l'ordre juridique colonial qui a reconduit par les nouvelles autorités du pays à son indépendance. Et c'est là que réside toute la difficulté de la formulation du dualisme juridique en droit de la famille au Niger qui heurte le respect de la hiérarchie des normes.

#### *ii. Au regard de la hiérarchie des normes*

On pourrait ne pas admettre que la loi sur l'organisation judiciaire, dans son esprit, détermine bien le régime juridique applicable aux rapports familiaux et aux autres matières citées par elle. Mais il serait difficile de ne pas admettre que cette loi ne contrevient pas à la Constitution. En effet, depuis la formulation de la hiérarchie des normes par Kelsen<sup>197</sup>, le principe fondamental de la théorie de la hiérarchie des normes s'appuie sur l'idée de conformité. Ainsi, la norme inférieure valide ne peut être contraire à la norme qui lui est immédiatement supérieure. Si tel est le cas, un contentieux pourra aboutir à l'« annulation » ou la « correction » de la norme inférieure contraire invalide. Ainsi, appliqué au cas nigérien, nous ne pouvons commencer ces développements, au risque de commettre une coupable répétition, mais sans doute nécessaire, qu'avec les propos de Tankoano sur l'application des droits traditionnels. Ainsi, avait-il reconnu que la Constitution, inscrit dans le domaine de la loi, les matières telles que la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. Il avait conclu que, ce faisant la constitution fait échapper ces matières aux droits traditionnels, où elles constituaient le droit commun pour désormais les placer sous la juridiction de la loi<sup>198</sup>. Que faut-il par entendre par « les placer sous la juridiction de la loi » ? Il faut peut-être rappeler la disposition de la Constitution nigérienne qui a permis une telle assertion. Il s'agit de l'article 81 de la constitution du 26 décembre 1992 qui déterminait le domaine de la loi. Cette même disposition est reprise dans la Constitution du 9 août 1999 sous le même numéro. Ainsi, cette disposition, édicte les matières dans lesquelles « la loi fixe les règles ». Et parmi ces matières on peut relever : « (...) l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». Ainsi, ce sont toutes les matières qui avaient été soumises à l'application de la coutume des parties par la loi sur l'organisation judiciaire. En principe donc c'est la loi qui est applicable, en l'occurrence le Code civil applicable au Niger.

---

<sup>196</sup> V. Abarchi et Dan Dah L.

<sup>197</sup> HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> édition traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

<sup>198</sup> TANKOANO A., op. cit., p. 136, déjà cité.

Observons que dans un système où la hiérarchie des normes est bien respectée, la loi sur l'organisation judiciaire n'aurait pas pu faire échapper ces matières de la « juridiction de la loi » pour les mettre sous celle de la coutume. Et ce d'autant plus qu'aucune disposition constitutionnelle, encore moins législative, n'a donné aux coutumes le caractère de « loi » au sens large du terme. N ne peut qu'en conclure que la loi sur l'organisation judiciaire viole la constitution. Rappelons que cette disposition trouve son origine dans l'ordre juridique colonial. Ainsi l'article 82 de la constitution française de 1946 était le fondement du dualisme de l'application des droits coutumiers et du statut civil de droit commun. Or en reconduisant les textes hérités de la colonisation, les autorités nigériennes n'ont pas pris le soin d' « accrocher » le droit hérité à une disposition constitutionnelle<sup>199</sup>. Même si par ailleurs la logique qui sous-tendait cet ordre juridique a été reconduite dans l'ordre juridique actuel de la République du Niger : la primauté du droit étatique sur les droits traditionnels et leur disparition à terme. Or si à l'époque coloniale, le colon avait eu une telle vision c'était bien au nom d'une certaine logique. Cette logique qui ne devrait plus être la même aujourd'hui ne devrait pas survivre dans le droit, même hérité du colon.

De plus, on ne peut comprendre pourquoi la loi sur l'organisation judiciaire est celle là même qui doit déterminer le droit applicable aux personnes. En effet, il s'agit d'une loi portant sur l'organisation des tribunaux et non d'une loi sur le droit matériel applicable aux individus. On peut donc reprocher à cette loi de n'être pas une loi normative, d'aller au-delà de sa spécialité qui est de rester une loi constructive. Là encore, l'explication ne peut se trouver que dans l'histoire de la disposition de la période coloniale. En effet à cette époque, ce sont les administrateurs des colonies qui avaient le pouvoir de légiférer par des arrêtés généraux et autres décrets. Les lois votées en métropole ne sont applicables dans les colonies que par une disposition expresse de la loi ou par un acte pris par le gouverneur de la colonie en application de la loi et si celle-ci le prévoyait bien<sup>200</sup>. Ainsi, si à l'époque, le gouverneur général de l'AOF ou le Gouverneur de la Colonie du Niger pouvait décider que « les coutumes locales sont applicables dans le règlement des litiges civils et commerciaux », sans se soucier si une telle réglementation était conforme ou non à la constitution française, il ne peut plus en être de même aujourd'hui. La théorie de la hiérarchie des normes ne pouvant souffrir une telle organisation de l'application de la loi, ainsi que le commande la Constitution et de l'application de la coutume, ainsi que le dit la loi sur l'organisation judiciaire. Ajoutons à cela que la constitution ne reconnaît pas les coutumes en tant que source de droit. La Constitution, au demeurant, ne reconnaît que la loi et le règlement. Ainsi, même si la loi ne violerait pas la Constitution, le problème de la reconnaissance en tant que source de droit se poserait.

---

<sup>199</sup> L'article 76 de la constitution de 1960, ne faisant que reconduire en droit interne nigérien, le droit applicable, jusque là, dans la colonie du Niger.

<sup>200</sup> V. l'Avertissement au lecteur du Répertoire des textes de l'AOF, Dakar, 31 décembre 1948 par SEGEALON G. V. également MANGIN G., « Les institutions judiciaires de l'AOF », op. cit., p. 139, et LE ROY E., op. cit., p. 104, n° 123 et ss.

## B. Les implications de la thèse du pluralisme juridique

La doctrine nigérienne avait tiré certaines conséquences du pluralisme juridique ou du dualisme juridique du système nigérien. Mais elle a manqué de dire si l'applicabilité des coutumes en droit de la famille et plus généralement en droit nigérien était légale. Autrement dit, de quelle coutume il s'agit ici ?

### 1. La coutume: droit ou fait ?

La loi sur l'organisation judiciaire, en déclarant que « les juridictions appliquent la coutume », a-t-elle pris la mesure de ce que signifiaient « coutume » ? Autrement dit, le législateur nigérien introduisait-il par là les coutumes locales comme source de droit ? Certes, il s'agissait de faire de la coutume une source de droit en matière de statut personnel, mais de quelle « coutume » s'agissait-il ? Assurément, il s'agissait des coutumes locales des populations auxquelles celles-ci se soumettent en tant que pratiques quotidiennes rythmant la vie et les valeurs sociales dans la société considérée. Mais lorsque dans le statut de droit civil commun, on reconnaît la coutume comme source de droit, s'agit-il de ces « coutumes » là ? S'agit-il de la coutume classée dans la hiérarchie des normes comme source de droit ? La réponse à ces questionnements ne saurait être apportée qu'en ayant caractérisée la « coutume », celle de la loi sur l'organisation judiciaire, en en dégageant sa nature juridique ce qui nous conduirait à une redéfinition de la hiérarchie des normes les incluant.

#### a. Sur la nature juridique des coutumes locales

Qu'est ce que la coutume, est-on tenté de dire. Or, à la lecture de la doctrine, on s'aperçoit d'une distinction de points de vue entre les anthropologues du droit et les juristes. Du point de vue des juristes, retenons tout d'abord que selon Le Roy « la coutume est définie par les juristes par trois attributs, un usage général, renouvelé au cours des temps sans interruptions et tenu pour obligatoire : on parle d'*opinio necessitatis*, comme avis partagé que ces pratiques sont tenues pour indispensables par le groupe et en vue de sa régulation<sup>201</sup>. Le lexique des termes juridiques<sup>202</sup> définit la coutume comme une « règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé (*repetitio*) et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage (*opinio necessitatis*). Elle constitue une source de droit, à condition de ne pas aller à l'encontre d'une loi. » Le professeur Sawadogo a quant à lui dit qu'« avant la colonisation existaient des droits traditionnels ou originellement africains – selon la terminologie du professeur Jacques Vanderlinden – qui ont été qualifiés par facilité, et peut-être abusivement, de droits coutumiers<sup>203</sup> ». Il distingue alors la coutume dans le système étatique et la coutume dans le système coutumier. Ainsi, dans le premier cas, il soutient que « l'on peut dire que la coutume est d'abord une pratique régulière et normale dans un groupe social donné impliquant une

---

<sup>201</sup> LE ROY E., op. cit., p. 92.

<sup>202</sup> GUILIEN R. et VINCENT J., (sous la direction de GUINCHARD ONTAGNIER G.), *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2007, p. 198.

<sup>203</sup> SAWADOGO F.M., op. cit., p. 32.



certaine durée et ensuite une pratique qui est reconnue nécessaire ou obligatoire par le groupe et respectée comme telle. Cette dernière caractéristique distingue la coutume de l'usage qui revêt socialement un caractère moins contraignant<sup>204</sup> ». Dans le second cas, il affirme que « la coutume peut être définie comme dans un système étatique par la réunion de deux éléments : un élément matériel à savoir la pratique sociale suivie au sein d'un groupe social, et un élément psychosociologique à savoir la perception du caractère obligatoire de la pratique ».

Du point de vue des anthropologues du droit, Alliot M., en « usant de la métaphore du tripot<sup>205</sup> » compare les coutumes africaines à divers jeux où chacun des joueurs ignore ce qui se passe à l'autre table. Selon cet auteur, « il y a donc au fondement de la coutume une logique qui, irrémédiablement, la distingue de toutes les autres formes de régulation, donc de la morale et de la religion, mais aussi, sur le terrain juridique, de la loi et des habitus<sup>206</sup> ».

Vanderlinden quant à lui nous apprend que la " coutume « originelle » africaine n'est pas du Droit, si nous nous en tenons à une définition stricte, occidentale en fait, du Droit et de l'Etat de Droit où la connaissance des normes générales et impersonnelles puis la référence à l'Etat de Droit supposent leur rédaction et leur publication<sup>207</sup>. " Par ailleurs « la coutume n'est pas que du Droit », elle apparaît donc comme « méta-juridique ». Le Roy, propose que « plutôt qu'un précepte normatif ou une règle civiliste, c'est une manière de penser le conflit, sa résolution et la pérennité des rapports sociaux en indiquant le modèle à ne pas suivre<sup>208</sup> ». Le Roy, enfin, observe qu'il y a lieu de faire la distinction entre les coutumes et le « droit coutumier », ce dernier étant une « création prétorienne dans un processus de domestication juridique<sup>209</sup> ». Mais, en droit nigérien, il est bien clair que le législateur a dit qu'était applicable « la coutume des parties » et non le droit coutumier, néanmoins, ainsi que la relevé Le Roy, « les auteurs prennent l'expression « droit coutumier » comme la continuité de la coutume puisqu'il y a la racine coutume dans coutumier<sup>210</sup>. » Selon lui, « supposer une continuité entre coutume et droit coutumier suppose dès lors d'accepter une falsification des données historiques et anthropologiques ».

En définitive, les coutumes, en Afrique en général et au Niger en particulier, constituent bien du Droit et sont source de droit. Qu'on les désigne comme « droits originellement africains », « droit endogène africain », ou « droit de la pratique », il n'en demeure pas moins qu'elles contiennent cet élément régulateur des rapports sociaux dans un groupe donné avec les sanctions reconnues en cas de transgression. Keba Mbaye a pu dire que « Le droit présente en

---

<sup>204</sup> SAWADOGO F.M., op. cit., p. 40.

<sup>205</sup> LE ROY E., *Les africains et l'Institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Regards sur la justice, op. cit., p. 93

<sup>206</sup> ALLIOT M., « La coutume dans les droits originellement africains », Société Jean Bodin, *La coutume*, Bruxelles, De Boeck Université, Recueil n° LI, 1989, par LE ROY E., op. cit., p. 94.

<sup>207</sup> VANDERLINDEN J., *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996, par LE ROY E., op. cit., p. 95.

<sup>208</sup> LE ROY E., op. cit., p. 98, n° 114.

<sup>209</sup> Sur ce point et les distinctions à faire sur la notion de « droit coutumier », LE ROY E., op. cit., p. 109, n° 130 et ss et plus spécialement p. 111, n° 132.

<sup>210</sup> LE ROY E., op. cit., p. 112, n° 132.

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 englobant tous les aspects de la vie des hommes et des communautés humaines<sup>211</sup> ». Ainsi, si l'équivalence est faite entre coutumes et droit, il reste à savoir quelle est la place des coutumes dans la hiérarchie des normes.

### **b. La place des coutumes dans la hiérarchie des normes**

La loi sur l'organisation judiciaire qui a rendu les coutumes applicables, en matière de statut personnel, introduit, le problème de la légalité ou de la constitutionnalité de cette loi réglée, une nouvelle redéfinition de la hiérarchie des normes. En effet, si les coutumes sont appliquées en lieu et place de la loi étatique, c'est bien que l'on fait une équivalence entre la coutume et la loi. Or, il ressort des conditions d'application de la coutume, telles que résultant de la loi sur l'organisation, judiciaire, que celle-ci doit respectée les dispositions législatives et les règles fondamentales concernant la liberté des personnes et l'ordre public. Ce qui est assez curieux, dans la mesure où à s'en tenir à la formulation de l'article 63 de la loi, le droit commun est constitué par la coutume et la loi étatique ne pouvant être que l'exception. En effet, l'article 63, d'autorité décide de l'application des coutumes. Et la loi n'est applicable que lorsque « les justiciables régis par la coutume l'auront d'un commun accord demandé ; lorsque le justiciable ne peut se prévaloir d'une coutume ; lorsque le justiciable aura totalement ou partiellement renoncé par un acte non équivoque de volonté. Dans le silence ou l'obscurité de la coutume et enfin, pour toutes les matières autres que celles énumérées à l'article 63 de la loi, il ya également application de la loi. Il en ressort que le droit commun applicable est bien la coutume et la loi, l'exception. Cependant, lorsque l'article 63, subordonne l'application de la coutume au respect de certaines dispositions de la loi, on y voit la primauté de la loi sur la coutume. Ainsi, la coutume est bien le droit commun, mais elle n'est applicable que si elle respecte la loi (les dispositions législatives), les règles fondamentales et les conventions internationales régulièrement ratifiées. Cette primauté de la loi, sur les droits traditionnellement africains avait été vue par Tankoano, qui par contre analysait le « droit d'inspiration occidentale » comme le droit commun et la coutume comme le droit d'exception<sup>212</sup>. En effet, selon lui, si dans les textes, la primauté était inscrite, il n'en était pas de même en pratique où l'on constate « une défiance de la plupart des justiciables nigériens à l'égard de la législation au profit du droit coutumier », toute chose qui semble aller à contre-courant de la thèse de la primauté du droit étatique sur la coutume. Cependant, nous pensons que la rédaction de l'article 63 laisse plutôt perplexe. En effet, si le droit commun, en tant que tel est défini comme étant ce qui « s'applique en principe (sauf exception) à toutes les personnes et à toutes les affaires, par opposition à exceptionnel<sup>213</sup> », alors la coutume est le droit commun, puisque c'est elle que les juridictions appliquent en première intention. Elles n'appliqueront la loi, exceptionnellement, que dans les cas évoqués

---

<sup>211</sup> MBAYE K. (sous la direction de) : *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1968.

<sup>212</sup> TANKOANO A., op. cit., pp. 136 et 137.

<sup>213</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadriga/PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2003, V. commun, p. 176.

précédemment, limitativement énumérés par l'article 67. Cependant, le même article 63 subordonne l'application de la coutume au respect des conventions internationales et des dispositions législatives et règles fondamentales. Il en découle que l'on peut effectivement penser que le droit étatique peut être considéré comme le droit commun. Mais en fait, c'est encore là un des avatars du droit colonial. Et ainsi que l'avait souligné Tankoano, citant le Professeur Mouralis, « l'objectif recherché est « de discipliner les coutumes et les rendre toutes conformes à la législation et à l'ordre public nigériens<sup>214</sup> ».

On voit bien là tout le désordre créé par l'incompatibilité du droit colonial dans un ordre juridique qui n'a pas les mêmes objectifs et qui ne devrait pas tendre vers la même logique. C'est pourquoi la correction s'impose. Et si la Constitution avait reconnu les coutumes en tant que source de droit, il aurait été loisible, dès la constitution de faire soit de la coutume, soit du droit étatique le droit commun.

Cependant, si la coutume doit être conforme au droit étatique, quelle est sa place dans la hiérarchie des normes ? En effet, en tant que droit commun, elle devrait en principe être rangée sur un pied d'égalité avec la loi. C'est ce que semble suggérer le Pr Sawadogo lorsque, pour le droit burkinabé, il note que « l'on relèvera que la coutume peut être placée sur le même plan que la loi ; encore convient-il de préciser que la coutume ne peut abroger la loi alors que celui-ci peut priver celle-là de toute force juridique<sup>215</sup> ». En effet, l'auteur pense qu'« une hiérarchisation explicite mais partielle des sources existe qui dérive assez largement du droit français introduit pendant la période coloniale et qui demeure l'une des principales sources d'inspiration du législateur après l'indépendance<sup>216</sup> ». C'est ainsi établit la hiérarchie des normes en droit burkinabé de la sorte : « au sommet se trouve la constitution et les Traités internationaux avec une prééminence de la première ; ensuite viennent les principes généraux de droit qui constituent une sorte de « nébuleuse » en attendant leur consécration par la cour suprême ; puis suivent la loi (au sens formel) et le décret autonome ; enfin l'on note le décret d'application de la loi (règlement dérivé). Quant aux autres règlements (arrêtés, circulaires), ce sont des sources inférieures ».

En ce qui concerne le droit nigérien<sup>217</sup>, la même hiérarchie pourrait être reconduite, en y ajoutant néanmoins, les nouveaux instruments du droit au niveau communautaire adoptés depuis. En effet, ceux-ci tirent leur force des Traités. Il s'agit des Actes additionnels<sup>218</sup>, des

---

<sup>214</sup> TANKOANO A., op. cit., pp. 136, citant MOURALIS J.L., « La cour d'Etat, juridiction suprême de la République du Niger », in *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome 1, Paris, Economica, p. 302.

<sup>215</sup> SAWADOGO F.M., op. cit., p. 39.

<sup>216</sup> SAWADOGO F.M., op. cit., loc. cit.

<sup>217</sup> Ce qui est valable également en droit burkinabé, le Burkina Faso étant membre des mêmes instances d'intégration.

<sup>218</sup> Qui, dans le cadre de l'UEMOA, « devraient être considérés comme des actes d'application ou d'exécution du Traité », ISSA-SAYEGH J. : « La production normative de l'UEMOA. Essai d'un bilan et de perspectives », [www.ohada.com/Doctrine/ohadata,D-03-18](http://www.ohada.com/Doctrine/ohadata,D-03-18), p. 5.

Protocoles additionnels<sup>219</sup>, des Règlements<sup>220</sup> et des Directives<sup>221</sup> adoptés dans le cadre des organisations d'intégration régionale (économique et/ou juridique). Les Décisions, Recommandation et Avis qui peuvent également émaner de ces institutions régionales devront être classées dans la hiérarchie des normes. Cependant, hormis les Décisions, les Recommandations et avis n'ont pas de caractère normatif. Enfin, dernière née des normes internationales, dans le droit communautaire africain est l'Acte uniforme<sup>222</sup>. A cela il faut ajouter, le Code CIMA qui a une nature assez particulière, étant entendu que ce n'est ni un Traité, ni un Droit dérivé du Traité institutif de la CIMA (conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance). En effet, il est annexé au Traité.

Et en faisant attention à la place de la coutume telle que cela résulte de la formulation du droit nigérien, qui, il faut le reconnaître n'est pas très claire, car la coutume peut être considérée comme droit commun, et peut être modifiée par la loi alors que l'inverse n'est pas vrai. C'est à se demander si la coutume n'a pas une valeur infra législative en définitive ? Et qu'en est-il des décrets ? La coutume doit elle être conforme aux règlements ? La loi ne le dit pas, et « la où la loi ne distingue pas il ne faut pas distinguer ». Ainsi, on peut en déduire que la coutume peut modifier un décret et que l'inverse ne sera pas possible. Cependant, un précédent colonial milite en faveur de la thèse inverse. En effet, en 1939 et 1951<sup>223</sup>, des décrets ont été pris, toujours dans l'esprit de « discipliner les coutumes », décrets qui réglementaient en matière coutumière, le consentement au mariage et la dot. Faut-il tirer argument de ce précédent pour assujettir la coutume au pouvoir réglementaire ? Ainsi, la coutume, en plus d'être infra législative, serait-elle infra réglementaire ? La loi ne le semble pas dire. Quel serait alors le sort de ces décrets en droit positif nigérien ? Précisons tout de même que cela n'est possible qu'au Niger où la coutume est reconnue comme source de droit<sup>224</sup> et non dans les législations où la coutume n'a plus force de loi en droit positif, à tout le moins.

---

<sup>219</sup> Qui, ne sont « à les prendre dans leur esprit comme à la lettre, (...) que des *Annexes* au Traité et doivent en avoir la nature juridique », V. ISSA-SAYEGH J., op. cit., p. 6.

<sup>220</sup> Dans le cadre de l'UEMOA, ce « sont des actes normatifs, de portée générale, obligatoires dans tous leurs éléments. Ils sont l'équivalent des lois ou des décrets en droit interne », V. ISSA-SAYEGH J., op. cit., loc. cit. ; dans le cadre de l'OHADA, ils sont « de même nature que le Traité dont ils sont l'application. Ils sont d'application directe et obligatoire dans tous leurs éléments. », V. ISSA-SAYEGH J., Introduction au Traité et aux Actes uniformes de l'OHADA, [www.ohada.com/Doctrine/ohadata.D-02-17](http://www.ohada.com/Doctrine/ohadata.D-02-17), p. 5.

<sup>221</sup> Celle-ci « consiste en une injonction faite aux Etats membres d'atteindre des résultats précis en laissant aux instances nationales toute latitude quant à la forme et aux moyens pour les atteindre. » « Elle peut être utilisée, soit pour combler un vide juridique total, soit pour compléter un règlement ». V. ISSA-SAYEGH J., op. cit., loc. cit.

<sup>222</sup> Ils ont pour but l'uniformisation des droits positifs internes des Etats parties de l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires).

<sup>223</sup> Décrets déjà cités, communément connus sous les noms de décret Mandel et décret Jacquinet.

<sup>224</sup> Avec les réserves de la modification de la constitution ou de législation actuelle.

## 2. La caractérisation d'un droit d'option de législation

La doctrine nigérienne a enfin, tirée une autre conséquence de l'application de la coutume comme source de droit, c'est la caractérisation d'un droit d'option de législation au profit des populations. Les juridictions nigériennes ont également suivi ce mouvement en tirant conséquences de certaines considérations pour appliquer les dispositions coutumières aux matières citées à l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire et plus particulièrement en droit de la famille. Cette position consiste à dire que les populations ont le choix entre la coutume et le droit étatique. On peut se demander alors si cette option est définitive (irrévocable) ou bien se fait-elle alternativement (tantôt l'un tantôt l'autre) selon leurs intérêts des populations ?

Des auteurs comme Abarchi et Dan Dah ont pu déduire des dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire qu'il y avait un droit d'option reconnu aux populations. Cette position de la doctrine est difficilement justifiable en droit. En effet, la loi sur l'organisation judiciaire, que ce soit celle de 1962 ou celle de 2004 qui reprend pratiquement la formulation de la précédente ne comporte aucune disposition pareille en matière d'option pour les justiciables de se mettre, à leur choix sous l'empire de la coutume ou du droit étatique. En effet, la loi sur l'organisation judiciaire ne donne pas d'option de législation en première intention. Le droit d'option n'a été consacré qu'à l'article 67. Et il ne s'agit pas d'une véritable option mais plutôt d'une renonciation aux coutumes par les justiciables, une fois devant le juge. Qu'en est-il avant d'arriver devant le juge ? En effet, l'article 67 1) a) dispose bien que « *Les juridictions appliquent la loi, les règlements en vigueur et les usages locaux s'il en existe qui ne sont pas illicites, immoraux ou contraires à l'ordre public pour les matières énumérées à l'article 66 ; lorsque les justiciables régis par la coutume l'auront d'un commun accord demandé*<sup>225</sup> ». Deux questions se posent à la lecture de cette disposition. Qui sont les justiciables régis par la coutume ? Et à quel moment doivent-ils demander l'application de la loi ? On peut aller plus loin dans l'analyse de cette disposition en se demandant ce qui a inspiré le législateur à écrire une telle disposition en disant que la loi ou les usages locaux sont applicables seulement lorsque l'on en trouve qui ne soient pas « illicites, immoraux ou contraires à l'ordre public ». Se pose ici la question de l'équivalence ou de la distinction à faire entre les « usages locaux » et les « coutumes ». Les deux termes sont-ils différents ? Si oui qu'est ce qui peut les différencier ? Comment des justiciables, en reprenant les termes même du législateur, renonceraient à l'application des coutumes pour préférer des « usages locaux » ? Si l'on admet que les usages locaux sont communément considérés comme des règles non écrites suivies par les habitants de certaines régions ou par des personnes exerçant des professions déterminées qu'ils considèrent obligatoires pour régler leurs rapports, ne peut-on en déduire que usage et coutume pourraient avoir le même sens ? Le législateur n'a pas péché par excès dans son mimétisme du droit civil français en répétant

---

<sup>225</sup> Relevons que cette disposition contient une erreur de rédaction, car ce ne sont pas les matières énumérées à l'article « 66 », mais plutôt l'article 63, car le premier article est relatif aux conflits de coutumes.

des dispositions du droit du colon<sup>226</sup> sans en mesurer la portée ? Il le semble et on peut considérer que cette précision du législateur est malheureuse et gagnerait à être effacée de la rédaction de l'article et ne garder que l'application de la loi et des règlements.

A supposer le problème de l'équivalence des coutumes et des usages locaux résolu, celui de l'option de législation reste encore entier. En effet, si pour un couple marié, la célébration du mariage selon la forme coutumière ou selon la forme établie par le Code civil peut être une piste pour présumer du droit sous l'empire duquel ils se sont placés, on ne peut pas en dire autant pour les non mariés. Pour ceux là comment savoir l'option de législation ? De plus, il faut souligner aussi que de plus en plus, dans les centres urbains, principalement à Niamey, un phénomène est observé qui peut laisser perplexe quant au droit applicable au ménage qui vient de s'établir. En effet, il n'est pas rare de voir le nouveau ménage, après la célébration du mariage selon les formes coutumières, se retrouver le lendemain, à l'hôtel de ville devant le maire<sup>227</sup>, dans des atours qui n'ont rien de traditionnel<sup>228</sup>, échanger à nouveau leur consentement pour le mariage. Et le maire de procéder à la lecture des dispositions des articles du Code civil sur les obligations des époux. Pour un tel ménage quel serait le droit régissant leur rapport ? Le droit d'option n'est donc pas à proprement parler consacré par la loi, tant et si bien que le projet de Code de la famille avorté avait prévu une disposition identique à celle de l'article 571 du Code de la famille sénégalais prévoyant expressément le droit d'option en matière successorale par exemple.

## **Paragraphe 2 : Les perspectives ou correctifs au problème du pluralisme juridique en droit de la famille au Niger**

Au total, on s'aperçoit que le système du pluralisme juridique au Niger « heurte » la normativité à laquelle les juristes sont tant attachés. Ce qui n'est pas le cas des sociologues ou des anthropologues du droit. Pour le rétablissement de la « normativité perdue », des actions peuvent être entreprises et doivent être entreprises, étant donné que le Niger déclare être attaché à l'état de droit<sup>229</sup> et est en passe de fêter bientôt, le 18 décembre prochain, le 50<sup>ème</sup> anniversaire de la proclamation de la république.

### **A. Le rétablissement de la hiérarchie des normes**

Le Niger étant un Etat de droit et la République ne pouvant souffrir de pathologie de la normativité, il convient de revenir à celle-ci. Ainsi, le pluralisme juridique au Niger, devrait retrouver son fondement légal que les constituants ont « oublié ». Le rétablissement de la hiérarchie des normes devant conduire à cette normativité retrouvée des lois de la République

---

<sup>226</sup> Articles 590 et ss., 663, 671, 674, 1135, 1754, 1159, 1160, 1762, 1777 du Code civil.

<sup>227</sup> Ou un conseiller municipal, depuis la décentralisation et l'installation des conseillers municipaux.

<sup>228</sup> Smoking noir de circonstance pour le jeune marié et robe blanche immaculée pour la mariée.

<sup>229</sup> « Résolu à bâtir un État de droit (...) » ; Extrait du préambule de la constitution du 9 août 1999. et l'article 8 de la constitution dispose que « La République du Niger est un État de droit ».

peut passer par deux voies. Soit une intervention au niveau de la constitution de la république, soit une intervention au niveau législatif.

### **1. L'intervention au niveau de la constitution**

Il s'agira de réviser la constitution dans le sens d'y ajouter une disposition à l'exemple de celle de l'article 75 de la constitution française. Ainsi fait, la coutume sera reconnue comme source de droit concurremment avec la loi. La disposition selon laquelle « La loi fixe les règles concernant : la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution<sup>230</sup> » n'est pas une reconnaissance des coutumes comme source de droit au Niger. Au demeurant, une telle loi n'a jamais vu le jour en dépit du fait que cette disposition a été reprise dans la plupart des constitutions qu'a connues le Niger. Abarchi, au contraire pense que « le constituant comme le législateur nigérien ont consacré un système juridique dualiste<sup>231</sup> », et pour illustrer le choix du constituant nigérien, il donne pour exemple la disposition précitée de la constitution qui fait du domaine de la loi « les règles concernant la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie ». Or il faut reconnaître qu'à l'analyse de cette disposition de la constitution, il ne ressort pas clairement que celle-ci fait des coutumes une source de droit. Il en ressort simplement que les coutumes doivent être constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la constitution. De plus, la constitution, dans cette disposition, ne fait que mettre du domaine de la loi « *la procédure* » selon la quelle les coutumes seront constatées. A supposer qu'une telle loi soit édictée, c'est-à-dire qu'elle précise la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées, quelle serait sa portée réelle ? Les nigériens<sup>232</sup> sauront tout au plus qu'une procédure a été déterminée pour la constatation des coutumes et leur mise en harmonie avec les principes fondamentaux de la constitution. Mais cela n'empêche ni constatation des coutumes, ni leur mise en harmonie avec la constitution. *A fortiori* la reconnaissance des coutumes comme source de droit. Cependant, on peut légitimement se poser la question de savoir pourquoi le constituant a édicté une telle règle s'il ne voyait pas les coutumes comme source de droit. Est-ce que le constituant entendait par là faire des coutumes une source de droit ? En ce cas pourquoi ne pas l'avoir tout simplement dit ainsi qu'il a été fait dans la constitution française ?

La nouvelle disposition à insérer ne serait pas différente de celle de l'article 75 de la constitution française de 1958<sup>233</sup>. Ainsi, cette disposition tendrait à dire que « Les citoyens de

---

<sup>230</sup> Article 81 de la Constitution.

<sup>231</sup> V. ABARCHI D. : « Islam et droit positif », op. cit., p. 158.

<sup>232</sup> Pour ceux qui savent lire (en français) et qui s'intéressent, un tant soit peu, aux lois votées par le parlement.

<sup>233</sup> En tous les cas, les constitutions africaines, pour les anciennes colonies de la France ne sont que de pâles copies de celle de l'ancien colonisateur. V. CABANIS A. et MARTIN M. L., *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Karthala, Paris, 1999, pp. 15 et 16, et, plus spécialement, BRETON J.-M., « Trente ans de constitutionnalisme d'exportation dans les pays d'Afrique Noire francophone entre mimétisme et réception critique : cohérences et incohérences (1960-1990) », communication au VI<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel de l'Association française de droit constitutionnel, CONGRÈS DE MONTPELLIER ; 9, 10 et 11 juin 2005, Atelier 7 - Le constitutionnalisme : un produit d'exportation ?, document trouvé sur <http://www.droitconstitutionnel.org/>, dernière visite sur le site, le 3 décembre 2008 et BOLLE S., Des Constitutions " made in " Afrique, communication au VI<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel de

la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 81, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». L'article 81, lui-même devrait être modifié pour tenir compte de ce que les coutumes sont reconnues en tant que source de droit autonome. Ainsi, le point de la soumission au domaine de la loi des matières de l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire, devrait se retrouver dans une nouvelle rédaction de l'article 81 de la constitution. En effet, il faudrait que l'article 81 exprime l'exception, pour ces matières, eu égard à la nouvelle disposition qui sera introduite dans la constitution.

Les modifications nécessaires à la constitution étant faites, il faudrait envisager celle de la loi sur l'organisation judiciaire, qui nous le disions précédemment, n'a pas vocation à régir le droit applicable aux justiciables, n'étant pas une loi normative mais constructive. Ainsi, cette loi serait modifiée en vue de l'alléger des dispositions concernant le droit applicable aux matières citées, qui se retrouveraient désormais dans la Constitution. Celle-ci devrait alors être allégée de tout le chapitre 1 du Titre 3, intitulé : « Des règles générales applicables aux litiges de droit civil », soit les articles 63 à 68<sup>234</sup>. Néanmoins, cette modification de la loi sur l'organisation judiciaire et de la constitution, entraînerait nécessairement, l'adoption d'une autre loi, cette fois-ci, en application des dispositions de la constitution pour fixer le régime des conflits de loi et les conditions dans lesquelles les coutumes seraient évincées par la loi Républicaine<sup>235</sup>. Cette dernière, en l'occurrence le Code civil applicable au Niger, devrait également être « réintroduit » par une disposition de la constitution à l'image de celle de l'article 76 de la constitution de 1960 qui a été « ». Cependant, sur ce plan, une modification de la Constitution n'est pas vraiment nécessaire mais, une loi s'impose pour consacrer ce Code civil applicable au Niger, car aucune disposition, aussi bien constitutionnelle que législative ne le fait. La seule disposition constitutionnelle qui le rendait applicable était l'article 76 de la constitution de 1960 et, depuis les changements constitutionnels au Niger, aucune constitution ne l'a reprise. Enfin sur ce point, sous réserve de ce que la succession de constitutions n'ait aucun effet sur l'ordre juridique interne, l'on doute fort que ce « Code civil applicable au Niger » soit applicable en vertu d'une « coutume » ?

---

l'Association française de droit constitutionnel, CONGRÈS DE MONTPELLIER ; 9, 10 et 11 juin 2005, Atelier 7 - Le constitutionnalisme : un produit d'exportation ?, document trouvé sur <http://www.droitconstitutionnel.org/>, dernière visite sur le site, le 3 décembre 2008

<sup>234</sup> Mais à l'évidence, la modification de la loi sur l'organisation judiciaire ne devrait pas s'arrêter à ces seules dispositions, car celle-ci est visiblement mal écrite si l'on prend pour exemple, le plus frappant, le fait qu'aucune distinction n'ait été faite entre ordre judiciaire et ordre administratif. En effet, sous le Titre 2 de la loi : « Organisation des juridictions de l'ordre judiciaire », sont incluses les juridictions de l'ordre administratif : le Conseil d'Etat, au chapitre 3, et les tribunaux administratifs sont classés en tant que « juridictions spécialisées » au même titre que le tribunal du travail ou le tribunal de commerce. Si pendant longtemps, le Niger a vécu une organisation judiciaire sous le régime de l'unité des juridictions pour les affaires judiciaires et administratives, aujourd'hui la nouvelle loi ayant séparé l'ordre judiciaire de l'ordre administratif par la création des juridictions administratives, cela devrait se manifester dans la construction même de la loi. Ce qui n'est malheureusement pas le cas.

<sup>235</sup> Puisque la tendance est résolument vers l'assujettissement des coutumes au droit étatique, quand bien même la pratique montre une primauté du respect des coutumes au détriment de la loi.



## **2. L'intervention au niveau de la loi**

Si l'option de la modification de la constitution n'est pas retenue, on peut opter pour l'adoption d'une loi d'application de l'article 81 de la constitution qui reprendrait les dispositions des articles 63 et suivants oubliée de la loi sur l'organisation judiciaire. De préférence une loi organique à valeur constitutionnelle puisqu'on assiste à l'introduction, dans le système juridique, d'une source de droit non consacrée par la constitution en tant que telle. Cette loi serait la reprise des dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire, qui doit, dans tous les cas être modifiée, sur le droit applicable aux matières du statu personnel et réel énumérées à l'article 63. Cette loi doit bien spécifier qu'elle intervient en application de l'article 81 de la constitution, car c'est cet article qui détermine le domaine de la loi or font partie de ce domaine, les matières énumérées aux articles 63 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire. La nouvelle loi devrait enfin, avoir valeur constitutionnelle, car elle introduit une nouvelle source de droit, autre que la loi reconnue par la constitution.

## **B. Le nouveau pluralisme juridique?**

Les réformes législatives ainsi faites, et si le système des conditions d'application de la coutume est gardé tel qu'il a été édicté à l'article 63 de la loi sur l'organisation judiciaire, l'on assistera à la réduction à une portion congrue de la part des coutumes dans le droit positif. En effet, les coutumes devant passer par le tamis des conventions internationales et des dispositions législatives et règles fondamentales concernant l'ordre public et les bonnes mœurs, il n'y aura plus grand-chose à appliquer des coutumes. Les coutumes sont vivaces, mais elles ne résisteront pas, pour la plupart d'entre elles, au tamis dans un Etat de droit où les juges appliquent convenablement la loi en procédant à l'exercice de vérification des conditions d'application des coutumes.

Mais dans la pratique ce contrôle n'est pratiquement pas fait par les juridictions qui appliquent les coutumes telles qu'elles sont présentées à eux par les assesseurs coutumiers. Est-ce pour une préservation de la culture nigérienne ou des coutumes nigériennes ? En vertu de quel principe ou idéal, les juges, soumis à l'arbitraire de la loi décident de se rebeller refusant ainsi d'appliquer de la loi sur l'organisation judiciaire que ce qu'il leur paraît évident<sup>236</sup> et font l'impasse sur le travail de « contrôle de conformité de la coutume » aux conventions internationales, aux principes généraux et à la loi? Est-ce les mêmes raisons qui ont poussé l'Etat du Niger à émettre des réserves à la Convention sur l'Elimination de toute forme de Discrimination à l'Egard des Femmes (CEDEF) ? Mais rappelons que plusieurs autres conventions ont été signées et ratifiées par le Niger, qui comportaient des dispositions qui, pour les mêmes raisons que celles ayant servi à justifier les réserves à la CEDEF, peuvent être en contradiction avec les coutumes du pays, sans pour autant qu'aucune réserve ne soit émise.

---

<sup>236</sup> Notamment l'application des coutumes aux matières relevant du statu personnel et d'une partie du statut réel, concernant les immeubles non immatriculés.

En dépit de tout, et vu le mouvement amorcé vers une internationalisation de plus en plus accrue des droits humains et par conséquent du droit de la famille<sup>237</sup> celui-ci, dans une bonne administration de la justice, tant que les magistrats obéiront à la loi, verra non plus une concurrence d'application entre les coutumes et le droit dit moderne, mais entre le droit interne et le droit international. Ainsi, le pluralisme juridique, marquant la concurrence d'application entre le droit écrit et les coutumes non écrites, glissera désormais entre une concurrence d'application entre le droit interne et le droit international qui prend, faut-il le rappeler encore, de plus en plus de place dans le droit positif en matière de droit de la famille. En effet, l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne n'obéissent pas aux mêmes impératifs. Et en dépit du fait que la constitution de la République du Niger consacre un système moniste<sup>238</sup>, le droit international de la famille, tant qu'il n'a pas été intériorisé par les juges se trouvera toujours en concurrence avec les coutumes et s'opposera au droit interne.

---

<sup>237</sup> Qui est happé par les droits de l'homme.

<sup>238</sup> Article 132 de la constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ».

## Bibliographie sélective

### OUVRAGES GENERAUX

1. **ASSI-ESSO A.-M. H.** : *Précis de droit civil. Les personnes. La famille*, 2ème édition, Librairie Ivoirienne de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 1, n° 3.

### THESE, MONOGRAPHIES

2. **ABARCHI D.** : *Jurisprudence nigérienne et sécurité juridique. Les vicissitudes des sources du droit*, Nouvelle imprimerie du Niger, NIN, Niamey, non daté.
3. **ARZIKA M.** : *Droit et société au Niger : l'évolution du droit coutumier*, Thèse, Université de Strasbourg III, 1985.
4. **COQUERY-VIDROVITCH C.** (sous la direction de), *L'Afrique occidentale au temps des Français. Colonisateurs et colonisés, (1860-1960)*, La Découverte, Paris, 1999.
5. **OTTEH J.** : *Fading lights of justice. A study of the Administration of Criminal Justice in the Customary Courts of Southern Nigeria*, The Danish Centre for Human Rights, 1995.
6. **SOW SIDIBE A.** *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, Bibliothèque africaine et malgache, LGDJ, Paris, 1991.

### ARTICLES, COMMUNICATIONS, RAPPORTS

7. **ABARCHI D.** : Problématique des réformes législatives en Afrique : Le mimétisme juridique comme méthode de construction juridique, *Revue nigérienne de droit*, n° 00, mars 1999, p. 53.
8. **ABARCHI D.** : Islam et droit positif, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 153.
9. **ABARCHI D.** : Interrogations sur l'opportunité d'une réforme du droit nigérien de la famille, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 59.
10. **ABDOURHAMAN A. M.** : Le code de la famille au Niger : Historique et perspectives, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 157.
11. **ADEBAYO OBA A.**, « The Sharia Court of Appeal in Northern Nigeria: The Continuing Crises of Jurisdiction », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 4 (Autumn, 2004), pp. 859-900
12. **BALLA KALTO A.** : L'Islam et le statut de la femme au Niger, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 131.

13. **CHAIBOU A.** : L'influence de la jurisprudence nigérienne en droit de la famille sur la coutume : les notions « *d'évolution générale du pays* » et de « *coutume urbaine* », *Revue nigérienne de droit*, n° 02, décembre 1999, pp. 68 à 83.
14. **CHAIBOU A.**, Islam et droit positif au Niger, communication au Colloque « Islam, droits de l'homme et démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, pp. 161.
15. **CHAIBOU A.** : A la recherche des principes directeurs pour le droit de la famille au Niger, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 183.
16. **CISSE Alfaizé Amadou Issa**, in « Islam, chefferie traditionnelle et droit positif », communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 195.
17. **DAN DAH L. M.** : Islam, droit positif applicable à la femme au Niger, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 181.
18. **GAYAKOYE SABI A.** : L'application de la loi islamique en droit positif nigérien, communication au Colloque « Islam, Droits de l'homme et Démocratie au Niger », Niamey du 16 au 19 janvier 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 205.
19. **GAYAKOYE SABI A.** : Quelles autorités compétentes pour la mise en œuvre du droit de la famille ? Quelles compétences ? Quelle hiérarchie ?, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 347.
20. **LAFARGUE R.** : « Statut personnel, coutume et justice en Nouvelle-Calédonie, document trouvé sur <http://www.enm.justice.fr/> (dernière visite sur le site : le 28 janvier 2004).
21. **LE ROY E.**, Pluralisme et universalisme juridiques : Propos d'étape d'un anthropologue du droit, in KAHN, Ph. (sous la direction de), *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Documentation française, Paris, 2001, p. 227.
22. **JOHN-NAMBO J.**, « Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire », *Droit et Société* 51/52-2002, pp. 325 à 344.
20. **MAHAMAN A.** : Une révolution avortée : le code de la famille au Niger, communication au Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey du 21 au 23 novembre 2005, in Actes du Colloque, FSEJ/IDDH, p. 167.
23. **MELONE S.**, « Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique : l'exemple du Cameroun », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, Volume 38, n° 2, pp. 327 à 346.
21. **MOULAYE H.** : « Contribution des associations islamiques à la dynamique de l'islam au Niger », *Working Papers*, n° 72, Institut für Ethnologie und Afrikastudien, Johannes Gutenberg-Universität, 2006.

24. **MUKA TSHIBENDE L.-D.**, « Les gaulois, nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle juridique français en Afrique noire francophone », *Rev. rech. jur.-Droit prospectif*, n° 2006-1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 379 à 409 ; [www.ohada.com/doctrine/ohadata D-07-02](http://www.ohada.com/doctrine/ohadata D-07-02).
22. **SAADA E.** : « Citoyens et sujets de l'empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, n° 53, 2003, p.
25. **SAWADOGO F.M.**, « Les systèmes juridiques au Burkina Faso », in *Mode de production des droits africains et Common Law, Première rencontre de droit comparé du CICLEF, été 1993*, Ecole de droit, Université de Moncton, Moncton (Nouveau Brunswick), Canada, CICLEF, 1995, p. 31.
23. **TANKOANO A.** : « Les sources du droit au Niger », in *Mode de production des droits africains et Common Law, Première rencontre de droit comparé du CICLEF, été 1993*, Ecole de droit, Université de Moncton, Moncton (Nouveau Brunswick), Canada, CICLEF, 1995, p. 133.
26. **VANDERLINDEN J.**, Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique, in *Les pluralismes juridiques, Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, Karthala, Paris, 2003, p. 21.

## JURISPRUDENCE

27. Civ.2ème, 6 février 1991, Bull. civ., 1991, II, n° 44 ; Gaz. Pal., Rec. 1991, panor. cass. p. 144 ; D., 1992, jur. p. 93, note G. Orfila.
28. Civ. 1ère, 13 octobre 1992, Bull. civ., 1992, I, n° 248 ; Gaz. Pal., Rec. 1993, panor. cass. p. 63.
29. Civ. 1ère, 25 février 1997, Bull. civ., 1997, I, n° 67 ; Gaz. Pal., Rec. 1997, panor. cass. p. 270 ; D., 1997, jur. p. 453, note H. Fulchiron ; JCP, 1997, I, n° 22968, note T. Garé.
30. Cour suprême du Niger, chambres réunies, Arrêt n° 01-91 du 11 mai 2001, (affaire Younfa Maouli c/ Chaffa Saidi).
31. Cour Suprême du Niger, arrêt du 28 mars 1991, Bulletin des principaux arrêts de la cour suprême, 1991, p. 32.
32. Cour suprême du Niger, arrêt n° 96-72/C du 26 décembre 1996, Principaux arrêts de la cour suprême, n° 31, année 1996.
33. Niamey, arrêt civil n° 93 du 8 avril 1994, in les principaux arrêts de la Cour d'appel de Niamey, 1994, p. 79.
34. TPI de Zinder, 12 janvier 1965, inédit.



ISSN 1600 5333  
ISBN 87-91836-32-8