

La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale

AUTEURS : Bernard DURAND

INSTITUT : UMR Dynamiques du droit

DATE : Novembre 2001

PUBLICATION : Ronéo, 388 pages + annexes

En prenant comme axe central la Justice et ses institutions, sans négliger le droit qu'elle rend, cette recherche entendait répondre à la question suivante (1) : peut-on déceler, sous la Troisième République (2) une stratégie (3) (4) (5) mise en oeuvre par le droit et les institutions judiciaires qui prenne en compte les réalités du terrain colonial, implique les diverses communautés présentes et traduise la complexité des problèmes posés aux juristes dans une situation de colonisation juridique ?

1. Ambitions et réorientations.

En évoquant dans la note méthodologique les choix liés à ce que seraient nos approches nous évoquons en priorité trois préoccupations.

En premier lieu, celle pour l'histoire du droit de s'ouvrir à une recherche véritable sur la justice et le droit colonial en lui consacrant un regard global qui prend en compte le fait que c'est - aussi - une part de l'histoire nationale des pays européens. Abandonner cette « Myopie » ou « Hypocrisie » qui doit beaucoup à une « Mauvaise conscience » et équivaut à ramener l'histoire du droit de la colonisation à celle des pays colonisés, a été - et est resté - notre premier souci. L'intérêt croissant pour l'anthropologie juridique et les minorités, les interrogations sur le pluralisme juridique et l'application du droit moderne aux « autochtones », l'intérêt bien compréhensible manifesté par les chercheurs des pays anciennement colonisés, côtoient en permanence, sans jamais y entrer de plain-pied, l'aventure juridique coloniale : Or la justice coloniale a aussi été non seulement rendue par une magistrature venue de métropole, une justice imaginée - aussi - pour les colons, mais encore elle a eu à appliquer des lois qui touchaient aussi et de la même manière les deux communautés. Et si les impératifs politiques et économiques étaient le plus souvent au coeur du dispositif, l'oeuvre judiciaire et juridique a dû concilier les mesures arrêtées avec les contraintes de terrain, tenir compte des moyens disponibles, concilier le souhaitable et le possible, travailler dans l'improvisation et les contradictions. Les règles imaginées,

appliquées ou non, ont été pour partie seulement, le résultat d'un « dessein colonial » mêlant lui-même des ambitions contradictoires et pour une autre partie, le résultat d'une gestion pratique, oublieuse de tout préjugé, voire le fait d'initiatives locales, s'organisant et recevant a posteriori le label des autorités officielles. C'est donc ce premier aspect qui a fondé l'originalité de cette recherche : la volonté de traiter du pluralisme juridique dans toute sa richesse.

Notre deuxième priorité était d'aborder ces questions en les débarrassant de toute « revendication », « mortification » ou « revalorisation », pour rechercher dans la construction historique le pourquoi et le comment d'une « stratégie » de la justice et du droit. Bienfaits et méfaits de la colonisation, jugements moraux, exercices d'uchronie, approches péjoratives et laudatives étaient et sont restés hors de notre propos. « Ordonner » les colonies, c'est chercher la formule qui permet d'animer d'une vie commune des territoires situés hors des frontières nationales pour les souder à la métropole, provisoirement ou définitivement, soit que l'on donne à la colonisation un but précis, soit qu'on ne la pense que comme un exercice de domination définitive.

Cette formule à trouver est confrontée d'emblée à deux redoutables handicaps : d'une part, elle ne saurait a priori se fonder sur des précédents, qu'ils soient ceux de l'antiquité ou de l'ancien régime, et pas davantage sur les institutions en place dans les « confettis » de l'Empire, qui sont sans commune mesure avec les nouvelles possessions d'autre part, elle est incapable de s'appuyer sur une solide connaissance des populations conquises, dont on ignore tout et que l'on va découvrir peu à peu... Les juristes viennent avec leurs outils inspirés du droit romain et les comparaisons qui à l'époque leur sont fournis par l'enseignement naissant de l'histoire du droit. Cette découverte va substituer au concept de « civilisation » du XVIII^e siècle, côtoyant la bonne conscience du « civilisé » et la bonne opinion qu'il a de lui-même, une autre vision de la civilisation, au mode pluriel. « Les » civilisations, dans une vision relativiste, se veulent quoique différentes, égales. Faut-il donner au projet législatif colonial le but de transformer le colonisé en appuyant les lois naturelles de l'acculturation ? Ou bien faut-il se contenter, en intégrant une vision évolutionniste du droit, d'accompagner les sociétés conquises en reconnaissant leurs institutions et leur droit ? Et dans le même temps cette formule va dépendre de la puissance coloniale elle-même, de son régime politique, de ses institutions et de son droit. Elle dépendra aussi, après les deux guerres mondiales, de données internationales et des interventions de la SDN et de l'ONU, confiant aux puissances coloniales les mandats des colonies des puissances vaincues et posant leur regard sur les réformes souhaitables.

En troisième et dernier lieu, nous avons mis en place un plan de travail et des collaborations que nous savions ambitieux. Cette ambition était tout d'abord de déboucher sur une approche « totale », intégrant l'ensemble des domaines de la justice et du droit, pour donner une synthèse comme une explication des choix effectués et des résultats : la justice, en premier lieu, puisqu'elle est par excellence révélatrice d'une société et que sont particulièrement déterminants les choix qui

sont faits, choix d'organes et de personnels (et on comprend qu'ils peuvent être différents des choix « métropolitains ») ou choix de fonctionnement et de compétences ; le droit, en second lieu, parce que chargés de l'appliquer, les juges ont été les acteurs d'une stratégie coloniale pensée par le législateur mais mise en oeuvre par eux sous le regard d'une doctrine juridique jugeant leur action. Mais, il fut vite clair qu'une étude de la justice coloniale ne pouvait être le simple démarquage d'une étude de la justice métropolitaine, même si n'a jamais été absente, sur ces terres d'expérimentation, la « mémoire métropolitaine ». La simple exportation d'un « produit fini » n'allait pas sans retouches et toutes sortes d'obstacles rendaient nécessaire d'introduire des variations dans le modèle, la présence seule, à côté des magistrats français, de juges « indigènes » et d'administrateurs chargés de fonctions judiciaires, rendant utile un regard neuf sur la « magistrature ». Quant à se satisfaire d'une description de la justice civile, pénale et administrative, ou encore de la procédure applicable et des recours ouverts, il fut évident que ce serait trahir les multiples imbrications existantes. Que dire alors du droit applicable et de la jurisprudence, symboliques d'une stratégie, qui oblige à une recherche sélective en ce domaine, tant le jugement que l'on peut porter sur une région est impérativement nuancé par celui que l'on peut avoir sur une autre : refus ici de reconnaître la personnalité morale d'un village indigène mais large admission ailleurs de cette personnalité et concession même de droits qui vont au-delà du système français, respect ici de la procédure civile française mais développement là, auprès des tribunaux civils, de la procédure commerciale ou de la procédure administrative, etc. Et bien sûr, recherche portant sur la cohérence de la démarche juridique, de sa progression ou de ses reculs : passage d'une politique foncière qui se berce de l'illusion d'introduire la propriété privée par le biais des concessions administratives à une politique de l'immatriculation qui se heurte aux complexités des procédures mises en place puis à une politique de constatation des droits fonciers coutumiers, passage d'une politique extensive du domaine public à une meilleure compréhension des droits acquis, etc. Et dans chaque domaine, le besoin d'interroger les stratégies qui opposent parfois administrateurs et juges, législateur et juristes, législation et gouverneurs, etc. Disons que cette première ambition a été relativement assouvie par les recherches qui ont été menées, ou du moins est suffisamment étoffée, comme le montrera eh détail le rapport « critique » qui suit, pour que des conclusions puissent être avancées.

Cette ambition était aussi de compléter les recherches par un certain nombre d'études chiffrées, soit études statistiques, soit tableaux, permettant de conforter les conclusions. Ces analyses sont pour certaines d'entre elles présentées dans ce rapport et pour d'autres proposées sur le CD rom qui est joint à cette recherche. Pour l'heure, cette ambition s'est concrétisée par des résultats prometteurs. Une étude systématique des textes publiés sous la troisième République dans le domaine de l'organisation judiciaire (1249 lois, décrets et arrêtés) a été menée et a donné lieu à une approche tout à fait objective de la place occupée par cette question au fil des années. Ces résultats sont, à la fois, présentés dans la version papier de ce rapport et figurent sur le CD rom sur un mode plus facile d'accès. La totalité des arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, rendus pendant cette période et publiés au Recueil Daresse, a donné lieu à une approche tout à fait intéressante du rôle joué par ces Hautes

juridictions dans le domaine du droit colonial. Par ailleurs certaines données, soit en raison de leur complexité soit en raison de la difficulté que le chercheur peut rencontrer à les regrouper ont fait l'objet d'une présentation synthétique sous forme de cartes ou de tableaux : ainsi le CD rom propose la cartographie des justices en Indochine et en Afrique ainsi qu'une étude de ces différentes juridictions, de leur compétence matérielle et de l'évolution de cette organisation judiciaire sous la troisième République. Pour chacun des groupes coloniaux, un tableau synoptique reprend toute l'évolution de la structuration judiciaire. Les autres colonies sont en cours. La présentation des fiches de carrière des magistrats coloniaux a été construite à partir des avis de nomination publiés au recueil Penant, le suivi de la carrière de plus de cinquante magistrats permet au chercheur de comprendre la spécificité de cette fonction et de mieux apprécier les articles de fond publiés dans ce rapport à propos de la magistrature coloniale. Les différents budgets de la justice coloniale font également l'objet d'une présentation sur le support numérique. En revanche, les enquêtes statistiques sont toujours en cours : elles portent sur les chiffres relatifs aux immatriculations et constatations des droits fonciers (afin de mesurer l'impact des réformes sur la propriété privée), à la "litigiosité" devant les CCA (pour comparer les recours des indigènes et ceux des européens), à la comparaison entre l'administration de la justice dans les vieilles colonies, les nouvelles colonies et la métropole au travers des comptes-rendus ministériels (ce qui permet de comprendre l'originalité de la justice coloniale : importance des jugements par défauts, rareté des conciliations, activité réelle des magistrats, appréciation de la qualité par les appels, etc.) et, bien sûr, sur les magistrats en fonction dans les colonies.

Cette ambition était aussi de « déborder » l'histoire de la justice et du droit français en conduisant une étude parallèle pour les autres systèmes de justice coloniale : Allemagne, Angleterre, Belgique, etc. Sur ce point, une réorientation, en forme de renoncement provisoire, s'est révélée nécessaire, à la fois en raison de l'effort qui a été déployé pour mener à bien la première ambition mais aussi parce qu'il est vite apparu comme une évidence que cette recherche comparative devait s'appuyer d'abord sur une révision de nos connaissances sur la justice coloniale française, faute de quoi nous inons de lieux communs en fausses conclusions. Nous nous sommes persuadés qu'il fallait d'abord identifier quelques points vitaux avant d'entamer les comparaisons et que celles-ci ne pourraient être valables que si nous les menions sur un échantillon minutieusement arrêté. Il fallait donc terminer cette première vague avant de nous confronter avec profit à la seconde. En l'état actuel des recherches, deux « résultats » de méthode ont toutefois été obtenus : d'une part, forts des orientations qui se sont révélées porteuses pour le système colonial français, il est évident qu'il faut sélectionner les aspects les plus profitables à la comparaison de la stratégie. Il semble que ce soient, pour la justice, le législateur et la direction de la justice, les magistrats et le personnel judiciaire, et la procédure civile et pénale ; et pour le droit, le droit des terres, celui des contrats et l'état civil et la nationalité ; d'autre part, qu'à l'intérieur de ces thèmes, une définition plus précise des sujets (et des auteurs chargés de les mener à bien) soit auparavant assurée.

Enfin, cette ambition était de regrouper autour de ce thème plusieurs équipes de recherches, ambition largement justifiée par l'ampleur du projet. Au fil des mois, cet espoir a du être corrigé, au vu de quelques abandons qu'aurait dû laisser deviner d'ailleurs cette ampleur même et la difficulté, sur une longue distance, de se mobiliser sur un thème original et souvent éloigné des préoccupations de chacun. Cette erreur de « casting » a permis de constater - au prix d'un allongement du calendrier prévu - qu'il était plus efficace de recentrer sur une équipe l'essentiel de la recherche, de s'assurer de la collaboration de chercheurs confirmés s'étant déjà investis ou décidés à s'investir sur ces thèmes, tout en l'appuyant par la collaboration efficace de doctorants qui trouvaient dans ce projet matière à se former à et par la recherche. Cette approche a permis d'appuyer la recherche de sujets de thèses qui vont compléter les résultats obtenus en même temps que se trouve assurée la pérennité d'un intérêt futur pour ces thèmes.

Ces observations expliquent le bilan financier : les sommes destinées aux missions n'ont été dépensées que très partiellement en raison des remises tardives des premiers rapports, ceux-ci ne nécessitant pas de se rendre dans les fonds coloniaux sur place et étant absolument exclue l'idée de financer une mission avant de constater le premier travail de dépouillement. En revanche, comme nous l'avons indiqué plus haut, les premiers constats ont été faits grâce à un renforcement des vacances sur des sujets très précis.

2. Le choix de la Troisième République.

Le choix de la période, finalement retenue, a été commandé par les raisons suivantes. En premier lieu parce que l'ambition d'aborder plus largement le thème dans le temps s'est heurtée, comme nous l'avons signalé, à l'impossibilité de mobiliser autour des « précédents » un nombre de chercheurs suffisants. Si j'excepte quelques ouvertures, reste donc entière la question des « réminiscences » en régime républicain d'institutions et de règles monarchiques, suffisamment évidentes pour qu'on ne puisse en contester la présence mais insuffisamment étudiées méthodiquement pour qu'on puisse en tirer des conclusions définitives. En second lieu, parce que conduire l'étude jusqu'à son terme des indépendances, conduisait à intégrer une variable politique forte, celle de la marche à la décolonisation. A ce titre, la quatrième République devait provisoirement être « réservée » en attendant que soient arrêtées les conclusions sur la période antérieure. Mais, et c'est la raison essentielle, les premières recherches ont montré qu'il fallait donner à celles-ci une unité assez forte, suffisamment vaste en espace et en durée, pour que les conclusions en soient significatives et donc « négliger » (jusqu'à un certain point) les époques antérieures : l'Empire colonial monarchique et impérial du XIXème siècle n'offrait que des espaces « insuffisants » et, à proprement parler, il n'y a pas « une » stratégie coloniale, c'est à dire un vaste dessein colonial, une volonté systématique, consciente et délibérée, impliquant une logique, capable de faire état d'une doctrine arrêtée en la matière. Bien au contraire, la deuxième moitié

du XIX siècle est bien plutôt « philosophiquement » hostile à un tel dessein et davantage portée à vanter les charmes du libéralisme comme à « s'affliger », ainsi que l'écrira Balzac, à l'évocation du mot même de colonie.

L'Empire colonial de la troisième République était en revanche, à bien des points de vue, idéal. Il était important d'opter pour une approche historique de longue durée qui permette de déceler une évolution des institutions et du droit sans qu'une mutation, politique brutale, interne au régime, ne vienne perturber les conclusions (ce qui a été le 'Cas du passage à la deuxième république par exemple). Ici au contraire, les changements sont, des renouvellements d'approche commandés par les réalités du terrain et l'évolution de la situation coloniale. Fruits au début d'initiatives dispersées (opérations militaires, points d'appui pour la flotte, productions locales, luttes contre l'esclavage, explorations de « géographes », visées « revanchardes » des marins, installations de commerçants privés, etc.) et très éloignées d'une logique d'installation souveraine, les foyers « colonistes » se sont progressivement révélés être les premiers éléments d'une aventure coloniale, impliquant les Etats : peu à peu ont été dégagés quelques principes généraux intégrant des justifications économiques et politiques et nécessitant, en même temps que l'action coloniale, de persuader les opposants du bien fondé de cette politique. Il est clair qu'à ses débuts, les motivations des pays européens sont multiples et variées, englobant des stratégies économiques et nationalistes. Il faudra donc un engrenage subtil, un changement de situations, des approches nouvelles pour que s'impose progressivement une démarche coloniale. Mais une véritable stratégie ne sera évoquée qu'une fois la conquête terminée. Jusque là, les hésitations seront nombreuses, attribuant au gré des circonstances à tel territoire une vocation agricole, stratégique, réservoir ou déversoir... sans que ces approches puissent utilement rendre compte du phénomène et de ses enjeux. Ce n'est qu'une fois les empires coloniaux en place que pourront être appréciées les politiques coloniales faites de tâtonnements et de choix. La troisième République - et c'est son premier intérêt offre donc sa durée. D'autre part, elle a ce deuxième avantage d'être le régime politique qui a eu la responsabilité de mettre en place un espace colonial « planétaire », ce qui permet de cerner les réalités de terrain provoquées par la diversité des espaces et des populations : le droit et la justice y ont donc été confrontés à des situations originales, très différentes les unes des autres. Aucune autre période n'autorise cette approche de la complexité par un Etat que fascine, sur son sol, l'unité du droit. En troisième lieu, le choix s'imposait aussi par le caractère républicain du régime qui colonise, puisque cette République va être confrontée à des choix qui conduisent à vivre sur des habitudes « monarchiques » (héritage d'institutions léguées par la monarchie française, tentations de revendiquer les droits d'anciens souverains indigènes) ou « aristocratiques » (s'appuyer sur des institutions communales traditionnelles « censitaires » ou des « congrégations »), situation qui rend intéressantes les contradictions et les corrections qui y sont apportées.

3. Le mot de stratégie.

Employé dans le sens d'un ensemble d'actions coordonnées, le mot de stratégie implique la volonté d'aboutir à un résultat, la volonté de réaliser un plan d'ensemble.

Emprunté au théâtre des armées, où il désigne l'art de faire évoluer une armée, il est au figuré aussi, cet ensemble de procédés « utilisés dans l'affrontement pour priver l'adversaire de ses moyens de combat et le réduire à renoncer à la lutte », bref les moyens d'obtenir la victoire. A ce titre, la stratégie se comprend comme exercice de pouvoir, d'un pouvoir au **sens de Foucault, c'est à dire relationnel, impliquant résistance**, contre-stratégie, réaction antagoniste et tendance à l'affrontement. Au premier sens figuré, la stratégie structure le réel, elle met de l'ordre dans les choses, au second sens elle désigne un équilibre fragile entre adversaires, dans son tout, elle est instrument de gouvernement permettant la combinaison entre pouvoirs et micro pouvoirs, ordre et mobilité, quadrillage du corps social et adaptations, «normalisation » et « relation ».

Le mot voisine, en même temps qu'il s'en éloigne, avec le mot « tactique », à qui l'on attribue le même souci de coordination et de but, mais qui se réduirait à une plage moins vaste, s'entendant seulement d'un objet déterminé. On peut cependant en les associant leur attribuer un rôle partagé : tandis que la stratégie fixe à chacun sa place et son rôle, la tactique permet à chacun de jouer avec la stratégie. Selon Michel de Certeau, chacun imagine une ruse de pouvoir, invente le quotidien et contourne par ses tactiques, toutes les manipulations. De sorte que l'individu (ou l'organisation) « vampirise les pouvoirs et ses tactiques usent, érodent, rongent minutieusement les stratégies colonisatrices et les calculs de la microphysique des pouvoirs ».

Nous retiendrons de cette définition de Certeau, une tactique en forme de « savoir-faire », de micro pouvoir dépourvu de rationalité globale, tandis que la stratégie « opère par vrai calcul, globalisant et synthétique. Elle vise un objectif, oeuvre par moyens et fins et élabore tout un discours, en répartissant les forces de manière totalisante et fonctionnelle ».

Appliqué à la colonisation, le mot demande qu'on le nuance. A ce titre, et à respecter le sens des mots en les appliquant à la colonisation, la combinaison des termes produit des approches (à la stratégie de la colonisation qui procède en étendant sa toile d'araignée voir l'organisation judiciaire s'oppose la tactique des juges par exemple) et des interrogations fécondes : La stratégie coloniale s'inscrit dans un pouvoir colonial qui n'est pas seulement violence mais qui est aussi création, dynamisme, action. La stratégie coloniale par le droit et les institutions de justice suppose tout à la fois structuration du réel, mise en place d'un ordre et relations d'affrontement.

La tactique judiciaire et juridique du colonisateur s'inscrit-elle dans une stratégie générale de la colonisation ou bien joue-t-elle avec cette stratégie ? Dans cette stratégie, quelle part occupent, à côté des visées strictement

coloniales, les buts purement métropolitains et pour quelles retombées ? Sans aborder ici les tactiques des micro-pouvoirs (colonisés et justiciables, en effet, mettent au point des tactiques pour lesquelles il faut se demander si le pouvoir judiciaire les accompagne ou non), peut-on imaginer des tactiques locales pensées par les organisations et débouchant sur des contradictions ? Aux visées économiques de *possessions* du pouvoir central peuvent s'opposer les visées *assimilationnistes* des magistrats (on leur a suffisamment reproché d'agir comme s'ils étaient dans leur tribunal d'arrondissement et de ne connaître que « leur code et le recueil Dalloz ») ; aux textes *globalisant* répondraient les adaptations de terrain exigées par les conditions géographiques, climatiques, sociologiques, etc. et générant des mesures *particulières*. Et jusqu'à quel point, les colonies n'ont-elles justement pas été perçues comme un monde où plutôt que de reproduire la stratégie globalisante de la Révolution, il y avait place ici pour une vision moins totalisante (et plus monarchique dans la tradition de l'ancien régime) et donc place pour plus de liberté d'action. De fait le stratège n'est pas, ici, l'assemblée procédant par grands principes mais le Président de la République optant pour une démarche d'ensemble, en tenant compte des circonstances locales, ainsi que les Gouverneurs qui gèrent au plus près du terrain, le quotidien colonial.

Reste bien sûr à dire si dans une tradition historiographique qui veut qu'il n'y a pas eu de vaste dessein colonial, ces métaphores empruntées à l'art militaire ont bien leur place dans une histoire de la colonisation juridique. Répondre à l'interrogation d'une tactique précise du droit et des institutions, c'est avant tout répondre à celle d'une stratégie globale ! Et revoilà le Droit dans cet ensemble car il ne saurait y avoir de stratégie générale sans que le Droit, par sa force instituante, ne soit sollicité pour traduire par mille de ses traits une vision globale du système colonial. A le contempler, le chercheur sans doute perdra la trace d'une véritable volonté mise au service d'un but. Mais il y trouvera certainement une combinaison, un art de la disposition, de l'arrangement, qui traduisent au moins un des aspects d'une stratégie. On serait donc en présence d'une stratégie coloniale qui ne dirait pas clairement ses buts (puisque le passage de la terre « assimilée », coloniale, à la terre possédée ne rend plus nécessaire un objectif à long terme) mais qui se réduirait à une mise en ordre provisoire. Il est trop tôt pour le dire ! Mais les lignes qui suivent voudraient, au travers de l'organisation coloniale, montrer cet art combinatoire d'où émergent quelques grandes tendances. Il faut pour cela, faire le choix de la neutralité et chercher dans les faits, qui ont présidé à la rencontre imposée de deux civilisations, les indices objectifs d'une organisation.

4. Les orientations d'une stratégie de domination.

C'est alors que se pose la question majeure liée au choix du sujet. Si nous envisageons la colonisation juridique et judiciaire dans une vision exclusivement orientée vers les peuples conquis et soumis, nous renvoyons à l'image traditionnelle d'une colonisation, s'appuyant sur la puissance d'Etat et la présence de 0,05 % de citoyens, s'imposant à un ensemble de populations

jusqu'ici soumises à un droit et à des institutions régies par des principes différents. En considérant que les titulaires du pouvoir sont les colons, donc les détenteurs du pouvoir économique et que le but de la colonisation est d'asseoir la domination par le droit et la justice, nous constatons alors que l'histoire de ce droit colonial est l'histoire d'une *stratégie des différences* :

- Parce que la colonisation, dans son art de dominer, a d'abord joué de *la justification par les différences*, l'on perçoit dans le fait colonial et dans les progrès de l'idée coloniale ce qui va sous-tendre les débuts de l'action coloniale : un ensemble de nations, pénétrées d'une vision revalorisante du mot civilisation s'appuie sur sa suprématie technologique et son dynamisme "génétique" pour imposer sa domination et justifier par les différences la nécessité des apports qu'elle revendique à l'expansion de la civilisation.
- Parce que la colonisation a joué aussi de *l'utilisation des différences* en développant des institutions et un droit constamment adaptés aux réalités coloniales et fortement éloignés des mécanismes métropolitains (voir article sur l'indigénat par exemple ou les commissions criminelles au Tonkin, ou les règles constamment modifiées pour la magistrature ou l'organisation judiciaire), elle s'est appuyée sur une vision de son propre passé. L'Afrique est « la mémoire d'une France du Passé », soit parce qu'elle vient appuyer l'idée d'une évolution des civilisations (L'Afrique est abordée par référence au droit romain ou au droit franc), soit qu'elle reste le reflet, dans le maintien d'institutions héritées des régimes politiques passés, d'un système politique et administratif légué par des régimes non républicains. En regard, l'Asie a sans doute un autre rôle, par la démonstration accentuée de la puissance d'une civilisation ancienne prestigieuse : leçon « sur la décadence » après la leçon sur le « primitivisme ». Dans les deux cas, la vision coloniale se nourrit d'un besoin de réformes permettant d'accéder à la modernité.
- Parce que la colonisation est enfin *réduction des différences* (et par voie de conséquence *maintien des différences*), la législation va se donner pour mission de progressivement transformer le droit de ces pays (droit de la terre, droit des personnes, droit des obligations, etc.) tout en leur conservant des tribunaux indigènes, une procédure indigène, un droit coutumier, etc. D'où, selon les domaines, des « greffes » lourdes ou au contraire de simples et modestes « perfusions ».

5. Les orientations d'une stratégie d'expérimentation.

En revanche, si nous intégrons le besoin, dans un système colonial, de donner aux citoyens expatriés le droit et les institutions dont ils ont besoin, sans bien sûr découpler cet effort des considérations évoquées ci-dessus et donc en prenant en

compte la gestion du *pluralisme*, il est évident que la réflexion doit intégrer, à côté de la domination et de l'exercice de l'autorité, la question de savoir comment mettre en place - et jusqu'où - des mécanismes inspirés du système métropolitain. La technostructure avant l'heure, appuyée sur sa compétence technique, doit affronter des processus complexes générés par la situation coloniale. Pour les maîtriser, elle doit mettre en place « une stratégie du complexe », intégrant la variété des problèmes à résoudre pour tenir compte de la présence d'au moins deux communautés, celle des colons et celle des indigènes, et des relations qui naissent entre eux mais aussi entre eux et l'Etat colonial. Cette stratégie, dont on peut croire, qu'elle est, par nature, une stratégie totalisante », nous a semblé au contraire être une stratégie de la « cohérence » ou de la conciliation ». Ce ne sont plus alors les différences qui dominent mais au contraire la question de savoir en premier lieu comment exporter, pour les besoins des colons, les règles dont ils ont besoin et auxquelles ils sont habitués, en intégrant les difficultés à y parvenir car le colon est soumis à des contraintes d'Etat différentes de celles qui existent en métropole mais aussi la liberté que confère par certains côtés la table rase et la possibilité d'aller plus loin qu'en métropole. Et en second lieu, s'impose au pouvoir colonial de dire quel statut il faut reconnaître aux indigènes, dès lors que le choix du respect de leurs institutions pose un problème assez voisin du précédent: jusqu'où reconnaître et comment reconnaître en droit ces institutions qui obéissent à des principes difficiles à traduire par le droit français ? Et, en troisième lieu, quelle que soit l'orientation donnée à l'action coloniale, l'un des problèmes majeurs que le droit doit résoudre, et donc celui qui en fixe les règles, celui qui le met en oeuvre, qui l'applique ou l'interprète, est le problème d'une coexistence de justiciables, tantôt soumis à des mécanismes différents mais tantôt confrontés à des situations communes, pour lesquelles l'explication « colonialiste » est déficiente. L'exemple le plus simple (et donc avec les implications les plus complexes) en est les relations contractuelles à l'occasion de droits sur la terre ! Certes, le droit colonial a eu, pour reconnaître les droits des indigènes et en particulier les droits collectifs sur la terre et donc la qualité de ce qu'était une « collectivité indigène », le plus grand mal à arrêter une position. Il s'agit bien alors d'une question qui intéresse une seule communauté, même si, pour comprendre les droits collectifs, les juristes ont spontanément fait appel à des concepts connus. Mais cette position a des répercussions sur les droits des colons qui achètent ces terres et se trouvent exactement - en face des prétentions du domaine - dans la même situation que leurs vendeurs : quels droits ont été transmis, quels sont les droits de l'Etat quelles qualités reconnaître à une congrégation ou à une « mission » en l'absence de texte précis ? A cette occasion, la question n'est pas de savoir s'il s'agit de dominer mais de savoir comment résoudre juridiquement les conflits qui se présentent, non pas ici entre les deux communautés, mais surtout comment les résoudre avec les choix qui ont été faits et qui sont des choix de colonisation, qui s'appliquent donc aux deux communautés. Et aussi comment y parvenir dans un ensemble géographiquement complexe, pour lequel les solutions arrêtées pour les vieilles colonies ne sont pas applicables et qui peine à trouver les formules adéquates. Autrement dit, comment regarder différemment l'ensemble colonial pour intégrer dans leur globalité les questions à résoudre ? Et comment traduire différemment une stratégie qui, immanquablement, a du résoudre ces questions de manière globale avec des outils en **perpétuelle** gestation ? Comment *organiser*, donner des juges, assurer la sécurité juridique en fixant des règles de

compétence, imaginer des formules nouvelles mieux *adaptées* aux réalités coloniales, assurer la cohabitation entre les populations, traduire les impératifs économiques et politiques, etc.

Dans cette activité, un champ original apparaît qui dépasse de loin la seule préoccupation de domination : dans ces terrains libres de toute organisation, la domination West que le moyen de trouver la meilleure formule. La colonisation devient alors l'art *d'expérimenter*. Les diverses solutions coloniales, qu'elles visent à organiser, à adapter ou à innover, renvoient alors à ce dénominateur commun qui est l'expérimentation de solutions, éventuellement transposables sur d'autres territoires, voire en métropole, dont elles sont l'écho et le terrain de réception. Et cette expérimentation se frotte à des défis inhabituels : comment faire adopter le droit de propriété du code civil à des populations qui n'en ont aucune idée, sinon en explorant les diverses approches qui vont de la voie autoritaire à la voie libérale, solution que l'on croit trouver dans la mise en place d'une institution commune aux deux communautés. Les terres coloniales deviennent, pour les juristes, terrains « d'essai » sur lesquels on peut expérimenter des institutions que les traditions métropolitaines empêchent de construire. Abordant un terrain sur lequel on se heurte aux traditions d'une autre civilisation, le juriste se prend à rêver de combattre ses propres traditions : ce qui le condamne à une double expérimentation. La stratégie par le droit réconcilie les deux défis : comment dans le domaine du droit, en se tournant vers les autochtones, opérer les « perfusions » ou les « transfusions » de modernisation, tout en recherchant dans tel ou tel domaine, des règles d'uniformisation applicables à tous. Comment dans le domaine des Institutions, implanter des structures qui garantissent la domination, celle réelle et immédiate liée au système colonial, celle plus lointaine mais plus efficace liée à la propagation des idées et des concepts et qui peuvent survivre au régime colonial, rêve jamais avoué aussi brutalement mais que mettra en oeuvre (sans le dire) la République suivante ? L'approche doit alors intégrer ces différents points. Il nous a semblé que trois directions pouvaient être retenues.

La première concerne *la stratégie comme art d'organiser* (1), parce que la première mission à accomplir est de mettre en place une organisation qui réponde aux besoins de la colonisation, qu'il s'agisse de s'intéresser aux autochtones ou aux colons. Sur ce terrain, la question est de savoir si l'expérimentation consiste seulement à acclimater les institutions métropolitaines - donc républicaines - ou à s'inspirer de solutions déjà connues et donc à emprunter aux institutions monarchiques ou impériales ? La République, en charge de régions non intégrées, hérite de la situation impériale et en conserve l'essentiel : unité de direction (la justice dépend du ministère des colonies), autocratie du gouvernement colonial (la justice est soumise à l'autorité des gouverneurs), confusion des tâches, (administration et justice mais aussi osmose entre poursuite, instruction et jugement). Cette stratégie se décline tout d'abord par la question de savoir, avant même de décider si une stratégie est vraiment décelable, à qui aurait été confié le soin de la penser et de la mettre en oeuvre, autrement dit qui aurait été le stratège, sous quelle impulsion, avec quels moyens et par quel canal cette stratégie se manifeste et peut être perçue (A). Elle

se concrétise dans la fixation de cadres judiciaires, sans lesquels ni la justice ni le droit, ne peuvent être mis en oeuvre (B). Enfin, l'organisation inclut la mise en ordre symbolique qu'opère le choix de la codification (C)

La deuxième concerne *la stratégie comme art d'adapter* (II), parce que la table rase qu'auraient pu constituer les territoires coloniaux n'exclut pas que l'on s'inspire du système français en l'adaptant aux besoins locaux et si possible en le *modernisant*. Ici encore l'expérimentation est omniprésente avec toutefois cette particularité d'une recherche plus grande d'adaptation et un souci mieux marqué d'acclimater des mécanismes qui rendent compatibles l'installation d'un personnel républicain et de procédures garantissant les droits des justiciables. Il est patent que cette adaptation a concerné non seulement le personnel judiciaire (A) mais aussi la procédure offerte aux justiciables (B) et les recours qui leur sont permis (C). mais cette adaptation de terrain reste sous le contrôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation qui ont apporté leur concours à l'édification de ce droit colonial (D)

Enfin la troisième concerne *la stratégie comme art d'innover* (III), parce que l'originalité des situations et les buts assignés autorisent les innovations. Il s'agit par le droit et la justice de transformer progressivement les règles et d'aller vers des solutions plus conformes à la justice et à la modernité. Il s'agit ici de gérer le pluralisme en imaginant des solutions de rapprochement, exercice qui se révèle fructueux dans certains domaines mais qui échoue dès lors que l'impératif d'ordre, lié au système colonial, s'impose. Cette tâche est celle du législateur; mais elle est également celle du juge qui applique la loi ou l'aménage. Elle est perceptible dans les choix qui ont été faits pour contrôler le corps social (A), et donc le droit des personnes, dans celui qui a visé le droit des biens en contrôlant l'introduction de la propriété (B) et enfin en résolvant les relations contractuelles entre colons et indigènes (C).

SOMMAIRE

Préliminaire : Originalités et conformités coloniales sous la III^{ème} république
(B.- Durand)

Introduction générale : Observer la justice coloniale sous la III^{ème} république
(B. Durand)

Partie I : L'art d'organiser : La justice coloniale, instrument de logique coloniale

A - Le Stratège

- 1) Les décrets coloniaux sont-ils des lois ou des règlements ? (B. Durand)
- 2) Positions théoriques : L'élaboration législative (B. Durand)
- 3) Le lobby colonial : les coulisses de la stratégie (M. Fabre)
- 4) Analyse statistique des textes organisant la justice coloniale (M. Fabre)
- 5) La législation financière dans les colonies françaises (G. Cugnet)
- 6) Le ministère des colonies (en cours, S. Morandeau)

B - La fixation des cadres judiciaires et pénitentiaires

- 1) L'organisation de la justice coloniale : les décrets de 1897 à 1937 (M. Ferret)
- 2) Le quadrillage judiciaire des nouvelles colonies (M. Fabre)
- 3) "On suit toujours le blanc" (E. de Mari)
- 4) Stratégie législative et conseils du contentieux administratif des colonies (S. Thiam)
- 5) L'administration pénitentiaire (G. Cugnet)

C - La mise en ordre symbolique

- 1) La codification de la procédure civile indigène (B. Durand)
- 2) Le cœur ou le code ? la codification pénale en Indochine à la frontière de deux traditions (E. de Mari)
- 3) Le code civil du Tonkin à l'usage des juridictions indigènes promulgué le 30 mars 1931 (J. P. Royer)
- 4) Le Devoir de justice : la codification du droit civil annamite en Indochine (en cours, B. Moleur)
- 5) La codification du droit indigène en Afrique (en cours C. Ferras)

Partie II : L'art d'adapter : La société judiciaire entre contraintes et libertés coloniales.

A. Le personnel judiciaire

- 1) Le "parquet" et la "Brousse" (B. Durand)
- 2) Le magistrat d'Outre-Mer un élément capital dans la stratégie coloniale (M. Fabre)

- 3) La magistrature coloniale de l'intérim à la suppléance (B. Durand)
Annexe : reconstitution de la carrière de magistrats coloniaux
- 4) L'administrateur-juge : quel temps pour la justice ? (J. P. Royer)
- 5) Les avocats défenseurs aux colonies (B. Durand)
- 6) Le petit personnel judiciaire dans les -colonies : entre spécialisation et polyvalence (S. Bézard)
- 7) Gouverneurs et magistrats au Sénégal en 1830 : entre légalisme et autorité : des précédents prometteurs (S. Sankalé)

B - La procédure

- 1) La procédure civile aux colonies : de l'adaptation à l'expérimentation (B. Durand)
- 2) La procédure pénale devant les tribunaux français aux colonies (B. Durand)
- 3) La procédure administrative (C. Rijo)

C . Les recours

- 1) Le recours en cassation et le droit colonial (M. Fabre)
- 2) Caractères essentiels des recours portés devant le conseil d'Etat (C. Rijo)
- 3) Le droit de révision (en cours, C. Rijo)

D. La jurisprudence

- 1) La Cour de cassation et Etat colonial (M. Fabre)
- 2) Le Conseil d'Etat (N. Zoroyan)

Partie III : L'art d'innover : La justice coloniale, garante de l'ordre colonial ?

A . Innover pour contrôler le corps -social

- 1) La nationalité française, instrument d'une stratégie coloniale ? (V. Fortier)
- 2) La condition juridiques des métis dans les territoires coloniaux (L. Montazel)
- 3) Une juridiction hybride : la commission criminelle du Tonkin (S. Bézard)
- 4) Le régime de l'indigénat dans les colonies françaises (S. Morandau-Couderc)
- 5) Le travail obligatoire dans les colonies françaises (S. Morandau-Couderc)
- 6) Le droit d'ester en justice et les collectivités indigènes (en cours, C. Jallamion)

B. innover pour contrôler la propriété

- 1) Le droit des terres en Afrique : comment introduire le droit de propriété ? (B. Durand)
- 2) Le droit forestier : le cas de Madagascar (S. Aubert)
- 3) Immatriculation et constatations des droits fonciers (étude statistique en cours)

C. innover pour contrôler les Relations

Ce thème, essentiel (et sans doute parce que tel), est encore, dans sa presque totalité

en gestation, en raison des interférences et des croisements multiples qu'il suppose entre les acteurs : législateurs et tribunaux, indigènes et citoyens, mais aussi employés et employeurs, commerçants entre eux, etc. En l'état des études en cours sont abordés les thèmes suivants :

- 1) Considérations sur l'application de la coutume devant les magistrats de la Cour d'appel de Dakar, de 1903 à 1960 (M. Badji)
- 2) L'encadrement des contrats « privés », le droit et la justice (en cours, L. Montazel)
- 3) Les contrats de prêt entre indigènes et citoyens (en cours, S. Thiam)
- 4) Les conflits entre commerçants et les tribunaux mixtes (en cours, V. Benavent)
- 5) Les armes des créanciers : entre torture et contrainte par corps (en cours, B. Durand)
- 6) Expatriés français et sociétés métropolitaines : le contrôle des clauses par les tribunaux (en cours, M.Fabre)

Bibliographie générale (S. Morandea-Couderc)