

REFLEXIONS GENERALES ET PRELIMINAIRES SUR UNE EVENTUELLE REFORME DU DROIT DU DIVORCE AU NIGER

Boubacar HASSANE
Docteur en Droit privé,
Enseignant chercheur, FSJP-UAM

Introduction

« Le divorce prend de l'ampleur ». Tel est le message régulièrement véhiculé par divers indicateurs sociaux au Niger.¹ Les statistiques disponibles semblent confirmer cette perception². Le message est

¹ V. dans ce sens Y. HAMBALLY, « Evolution des modèles de famille au Niger », *Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? »*, FSEJ-IDDH, 2005, pp. 41 et s. L'auteur cite les résultats d'une enquête effectuée par des étudiants en sociologie révélant que sur 14 362 mariages enregistrés par les services de l'Etat civil entre 1990 et 1996 dans la Communauté urbaine de Niamey (la capitale du Niger), il a été enregistré, au cours de la même période, 5 345 jugements de divorce, soit un rapport d'environ un (1) divorce pour trois (3) mariages.

² Il convient de souligner qu'il est actuellement difficile d'obtenir des statistiques officielles complètes et fiables sur le divorce au Niger. En effet, ainsi que nous avons pu le constater, il y a des lacunes dans l'enregistrement des affaires de divorce au niveau des greffes des tribunaux, ainsi que dans l'archivage des décisions. En outre, de nombreux cas de divorces non judiciaires, notamment les cas de répudiation, ne sont probablement pas documentés. Les statistiques en matière de divorce ne sont pas collectées de manière systématique par les instances gouvernementales. Ainsi, l'*Annuaire Statistique de la Justice 2012-2016* édité et publié par la Direction des Statistiques du Ministère de la Justice donne une compilation des affaires civiles et commerciales traitées par les différentes juridictions, mais ces données ne sont pas désagrégées par type d'affaire. En conséquence, il n'est pas possible de connaître le nombre de jugements de divorces rendus ou de répudiations constatées pendant une période donnée. Toutefois, des données partielles ont pu être obtenues : en 2016-2017, pour 1442 nouvelles affaires de divorce

également relayé par les *ulémas*³, qui reviennent régulièrement sur cette question au cours des prêches diffusés à la radio et à la télévision. En examinant les différentes sources, deux types de constats semblent se dégager. D'une part, les divorces paraissent plus fréquents : le rythme des divorces semble ainsi se rapprocher de celui des mariages, ce qui indique un fort taux de divortialité⁴. D'autre part, les

enregistrées devant l'ensemble des Tribunaux de Grande Instance (TGI) et Tribunaux d'Instance (TI) du Niger, 590 affaires ont été jugées au fond (Source : Direction des Statistiques du Ministère de la Justice). Ces statistiques ne sont pas précises en ce qu'elles n'indiquent pas, parmi les affaires jugées, celles qui ont abouti au prononcé du divorce. Par ailleurs, les données recueillies auprès de l'Association Islamique du Niger montrent qu'en 2017 et 2018, respectivement 785 et 962 divorces ont été prononcés devant cette instance (Sur le rôle de l'AIN en matière de divorce et la portée des actes de divorce pris sous ses auspices, V. infra). Ces différentes statistiques disponibles donnent une idée générale du phénomène du divorce au Niger, mais n'autorisent pas, il est vrai, à donner une exacte mesure de son ampleur.

³ Le Centre National des Ressources Lexicales et Textuelles (France) définit l'uléma comme suit : « Docteur de la loi musulmane, interprète du Coran » (Source Internet : <https://cnrtl.fr/definition/ul%C3%A9ma> , consulté le 12 décembre 2019).

⁴ La divortialité est entendue comme « le phénomène collectif constitué par la masse des divorces dans une population pendant une période de temps » (J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant et le couple*, PUF, Quadrige Manuels, 1^{ère} éd., 2004, p.1289). Ainsi, dans un

divorces semblent intervenir dans des délais de plus en plus brefs après la formation des mariages, ce qui constitue un signe de la précarité et de l'instabilité des mariages⁵. Dans un cas comme dans l'autre, il semble se dessiner, à l'évidence, un phénomène social majeur qui mérite d'être pris en considération.

Du latin *divertere*⁶, le divorce est, selon une définition classique « la dissolution d'un mariage valable du vivant des deux époux »⁷. Il s'agit d'un mode particulier de dissolution du mariage, qui doit être distingué de notions voisines telles que l'annulation du mariage - anéantissement judiciaire du mariage pour non-respect d'une condition de validité - ou la dissolution du mariage du fait du décès de l'un des époux. En tant que phénomène social, le divorce existe, sous une forme ou une autre, dans pratiquement toutes les sociétés humaines⁸. Il s'agit d'une réalité sociologique qui est consubstantielle à l'institution du mariage. Comme le mariage, le divorce est intimement lié aux valeurs que la société considérée entend

promouvoir⁹. A travers l'histoire et selon le contexte, différentes actions ont été mises en œuvre pour encadrer ce phénomène, y compris par la législation. C'est ainsi que l'on pourra observer qu'à une certaine époque, le divorce était prohibé dans plusieurs pays européens, principalement du fait de l'influence de l'Église Catholique¹⁰. A l'heure actuelle, le divorce est admis dans la plupart des pays, bien que les tendances ne soient pas les mêmes. Certains pays prônent le libéralisme en la matière, en reconnaissant une grande liberté aux époux quant à la dissolution de leur mariage¹¹. D'autres admettent le

contexte social donné, le taux de divortialité apparaît comme le rapport entre le nombre de mariages et le nombre de divorces, dans une période donnée.

⁵ Les deux tendances identifiées pourraient d'ailleurs être liées, dans la mesure où la perception de fréquence des divorces peut être liée à la courte durée des mariages.

⁶ Signifie littéralement « chacun s'en va de son côté » (J. CARBONNIER, op. cit. p. 1277).

⁷ *Ibid.*

⁸ M.-A. GLENDON affirme ainsi: « There has never been a society where divorce, or some functional equivalent, did not exist » (M.-A. GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago and London, The Chicago University Press, 1989, p. 148).

⁹ Dans ce sens C.A. SUDA: « [...] *marriage and family are as much a part of culture and social structure as they are a reflection of society's underlying values and norms which are in a state of constant and considerable flux* » (C.A. SUDA, « Formal Monogamy and Informal Polygyny in Parallel: African Family Traditions in Transition, Inaugural Lecture », University of Nairobi, 4th October 2007, Mimeo). *Adde*: M.A. FINE et D.R. FINE, « An Examination and Evaluation of Recent Changes in Divorce Laws in Five Western Countries: The Critical Role of Values », *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 56, No. 2. (May, 1994), pp. 249-263.

¹⁰ M. RHEINSTEIN, *Marriage Stability, Divorce and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1971, spéc. pp. 7-27; M.-A. GLENDON, op. cit. pp. 23-28. Sur le cas particulier de la France et la controverse sur le rétablissement de l'interdiction du divorce après la promulgation du Code civil, entre 1816 et 1884, V. S. TOLJAR, « A History of the French Law of Divorce » (I), *International Journal of Law and the Family*, Vol. 3, 1989, pp. 137-159, spéc. pp. 152-153).

¹¹ C'est notamment l'exemple de plusieurs pays d'Europe occidentale qui, dès la fin des années 1960, avaient entrepris la réforme de leur législation, dans le sens de la libéralisation du divorce : Angleterre (1969), Pays-Bas (1971), Belgique (1974), France (1975), Allemagne (1976), Portugal (1977), Autriche (1978), etc. (V. J. COMMAILLE, « Le divorce en Europe occidentale. La loi et le nombre », *Population*, 1984, N° 2, pp. 357-361, spéc. p. 358 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe

divorce, mais le réglementent de manière stricte, à travers une série de conditions restrictives et l'institution d'un dispositif procédural plus ou moins rigide. Il apparaît ainsi que la problématique du divorce doit être abordée de manière différenciée selon le contexte social. Il en est conséquemment de même de la politique législative à mettre en œuvre¹².

Dans le contexte nigérien, le divorce, tout comme le mariage dont il constitue le revers, connaît, en tant que phénomène de société, une dynamique propre et est tributaire des transformations sociales¹³. Cette évolution doit être inscrite dans les mutations qu'a connues la société nigérienne dans son histoire récente. Pays situé dans la zone sahélo-saharienne de l'Afrique occidentale, le Niger est une ancienne colonie française qui a acquis son indépendance en 1960. Depuis cette époque, des transformations significatives se sont produites dans le pays, tant au plan politique, qu'économique et social. Sur le plan politique, depuis le début des années 1990, le Niger s'est engagé dans un

processus de démocratisation qui s'est traduit par la libéralisation du régime politique¹⁴. Sur le plan économique, la situation du Niger se caractérise par le faible niveau des ressources et les conditions de vie difficiles des populations¹⁵. Un environnement aussi austère est de nature à constituer une source potentielle d'instabilité sociale, avec la multiplication des conflits sociaux et la transmutation des valeurs de référence. Cela n'est pas sans incidence sur la famille et, en particulier, les relations de mariage. Si un encadrement adéquat n'est pas mis en place, une telle situation peut conduire à l'érosion progressive du tissu social.

Au Niger, le divorce a de tout temps été une donnée socialement consacrée. A aucun moment il n'a existé une prohibition absolue du divorce. Conséquemment, un cadre normatif relatif au divorce s'est progressivement élaboré. Initialement, le divorce était gouverné par des règles coutumières propres aux groupes ethnolinguistiques occupant l'espace actuel du Niger. Avec l'avènement de l'Islam, de nouvelles normes ont été introduites en la matière, tout au moins concernant les populations islamisées. Les préceptes de l'Islam ont progressivement imprégné les pratiques coutumières. Enfin, pendant la période coloniale, un nouveau corps de

occidentale », RIDC, 1989, pp. 7-58). Les pays scandinaves (Danemark, Norvège, Suède) qui ont une tradition déjà ancienne de libéralisme en la matière ont, dans la même période, introduit des réformes considérées comme progressistes.

¹² M.-T. MEULDERS-KLEIN, *ibid.* Pour un tableau général de la diversité des approches législatives en matière de divorce, V. B. VERSCHRAEGEN, « Divorce », *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. IV, *Persons and Family* (ed. M.A. GLENDON), Martinius Nijhoff Publishers, 2004, 165 p.

¹³ B. M. COOPER, *Marriage in Maradi. Gender and Culture in a Hausa Society in Niger, 1900-1989*, Social History of Africa Series, Portsmouth, NH: Heinemann, and Oxford: James Currey, 1997. Dans cette étude consacrée à la société et à la culture Haoussa, dans la province de Maradi (Niger), l'auteur montre, dans une approche de genre, l'évolution des pratiques du mariage à travers l'analyse des relations au sein des ménages.

¹⁴ Sur ce point, V. entre autres, A. NIANDOU SOULEY, « La démocratisation au Niger : bilan critique », in K. IDRISSE (s. dir.), *Le Niger : Etat et Démocratie*, L'Harmattan, 2001, pp. 287 et s. ; L. K. MAHAMADOU, « L'évolution politique et constitutionnelle récente du Niger », *ibid.*, pp. 321 et s.

¹⁵ Un fort pourcentage de la population est en effet considéré comme pauvre, selon les standards internationaux (Cf. éditions successives du *Rapport sur le Développement Humain* (PNUD)).

règles a été introduit à travers la mise en application du Code civil français (Code Napoléon)¹⁶, applicable dans un premier temps aux seuls citoyens de statut civil. Depuis son accession à la souveraineté internationale, le Niger a adopté un dispositif normatif qui se rapporte à la question du divorce. La Constitution, norme fondamentale, consacre d'importants droits et libertés pour les citoyens¹⁷. En outre, l'État nigérien a signé et ratifié un grand nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Au total, le cadre juridique se présente comme un « tableau impressionniste », du fait de la juxtaposition de systèmes normatifs d'origine et de nature différente : les normes coutumières et islamiques, les dispositions législatives et constitutionnelles, ainsi que les normes relatives aux droits de l'homme issues des instruments juridiques internationaux auxquels est partie l'Etat du Niger.

Au vu des différents systèmes normatifs en présence, la notion de “divorce” mérite d'être précisée dans le contexte nigérien,

car cette forme de dissolution de mariage se présente sous plusieurs variantes, avec des bases juridiques différentes. L'on observera à cet égard que la nature et la portée du divorce ne sont pas exactement les mêmes selon que l'on se réfère aux dispositions du Code civil applicable au Niger (CCAN)¹⁸ ou aux dispositions de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger¹⁹ qui constituent les deux principaux textes du droit écrit réglementant la matière au Niger.

Au sens du CCAN, le divorce peut être présenté comme la dissolution du mariage prononcée par une autorité judiciaire, à l'initiative de l'un des époux, et pour des causes prévues par la loi. Dans ce système, le divorce est essentiellement judiciaire, en ce sens que l'intervention du juge est impérative. En outre, seules des causes prévues par la loi peuvent amener celui-ci à prononcer le divorce.

Parallèlement au système du CCAN, une autre forme de divorce est visée par la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018. Selon l'article 72 de cette loi, « 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 [...] le divorce [...] »*.²⁰

¹⁶ Code civil français du 31 mars 1804, rendu applicable par décret du 6 août 1901 portant réorganisation du service de la justice dans les colonies de Guinée, du Dahomey et de la Côte d'Ivoire. Le territoire actuel du Niger faisait alors partie de cette dernière. Sur ce point, V. la présentation du Code civil (Niger) dans SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT (République du Niger), *Recueil des lois et règlements*, 2^e éd., 1994. Adde G-H.CAMERLYNCK et R. DECOTTIGNIES, *Code civil de l'Union française*, Paris, LGDJ, 1951, p. 18.

¹⁷ V. Pour les constitutions successives de 1960 à 1992, V. J-J. RAYNAL, *Les institutions politiques du Niger*, SEPIA, 1993. La Constitution actuellement en vigueur est celle du 25 novembre 2010 (*Constitution de la VII^e République*, Editions du Journal Officiel, 2013).

¹⁸ Il s'agit notamment des articles 229 à 304.

¹⁹ La loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 abroge et remplace la loi n° 2004-050 du 22 juillet 2004, qui a elle-même remplacé la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 ayant le même objet.

²⁰ Souligné par l'auteur.

Il ressort de ce texte que, dans certaines conditions,²¹ les juridictions appliquent la coutume des parties particulièrement dans les affaires de divorce. La notion de divorce, telle qu'utilisée dans la loi précitée, peut revêtir plusieurs significations. Il peut s'agir tout d'abord du divorce, au sens classique de dissolution judiciaire du mariage, la particularité étant ici que s'appliquent au fond les règles coutumières, par opposition aux dispositions écrites du CCAN. Ensuite, peut être envisagée la répudiation, en tant que forme de dissolution du mariage consacrée dans les coutumes nigériennes²². Contrairement au divorce prononcé par voie judiciaire, qui est bilatéral²³, la répudiation est un mode de dissolution

unilatérale du mariage par le mari, qui en a le pouvoir exclusif et discrétionnaire. Ainsi, la validité de la répudiation est légalement consacrée. Cependant, pour produire des effets, la répudiation doit être constatée par le tribunal compétent qui en tire alors les conséquences de droit²⁴.

En outre, en marge du système légal, l'on peut observer l'existence, de manière informelle, de « divorces » administrés par les autorités coutumières²⁵ ou religieuses²⁶. D'un point de vue strictement juridique, la validité de ce type de dissolution de mariage est évidemment sujette à caution.

Au total, plusieurs types de divorces se trouvent ainsi identifiés : le divorce judiciaire *civil*²⁷, le divorce judiciaire *coutumier*, la répudiation coutumière et, enfin, les divorces *officiels* ou *informels*. Ils peuvent être regroupés en deux

²¹ Ces conditions sont indiquées par loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 (art. 72 précité) : le respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes.

²² La répudiation, à l'instar de la polygamie, est une pratique qui existe de longue date dans les sociétés traditionnelles. Avec l'avènement de l'Islam, elle est apparue sous une forme réglementée. En effet, selon les prescriptions islamiques, la répudiation est reconnue au mari, mais est soumise à des conditions et à une procédure spécifique. Sur l'institution de la répudiation, Y. LINANT DE BELLEFONDS, « La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui », *RIDC* 1962, pp.521-548 ; Y. MERON, « L'accommodation de la répudiation musulmane », *RIDC*, 1995, pp.921-939 ; M. M'SALHA, « Qu'en est-il aujourd'hui de la polygamie et de la répudiation en droit marocain », *RIDC*, 2001, pp.171-182. ; R. E-H. BEGDACHE, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », Thèse Université Paris II, LGDJ, 2002 ; J. REHMAN, « The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law : Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 21, 2007, pp. 108-127.

²³ Au sens où la demande en divorce peut être effectuée indifféremment par l'un ou l'autre des époux.

²⁴ Art. 106 loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 précitée.

²⁵ Sont visés ici les chefs de village et de canton, les sultans et chefs de province officiellement appelés « chefs traditionnels (Cf. loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle en République du Niger).

²⁶ Dans les sociétés nigériennes islamisées, des figures religieuses, en raison de l'autorité qui leur est reconnue, notamment leur connaissance des préceptes islamiques, sont habilitées à connaître des affaires de divorce, soit pour donner des conseils, soit même, dans certains cas, trancher en prenant une véritable décision. Selon les cas, peuvent intervenir le *Cheikh* (lettré ayant atteint un niveau élevé d'érudition en Islam) ou le *Cadi* (juge musulman).

²⁷ Cette expression est retenue par analogie au « mariage civil » dont cette forme de divorce est le pendant. En effet, ces deux institutions ont en commun d'être gouvernées par les dispositions du Code civil quant au fond. En outre, elle offre la commodité de distinguer cette forme de divorce de celle gouvernée quant au fond par le droit coutumier, forme que nous avons désignée par « divorce judiciaire coutumier ». Il convient de préciser que des différences substantielles existent entre le divorce judiciaire « civil » et le divorce judiciaire « coutumier », tant du point de vue de la compétence juridictionnelle que des règles de fond et de procédure applicables (V. infra).

catégories principales : les divorces légalement consacrés ou formels, comprenant les trois premiers cités et les divorces officieux ou informels regroupant ceux dans lesquels interviennent les autorités coutumières ou religieuses. Dans la pratique, les formes les plus fréquentes de divorce sont les divorces judiciaires coutumiers et les répudiations. Cela s'explique par le fait qu'une frange importante de la population nigérienne est régie par le droit coutumier en matière de statut personnel. Mais, quelle que soit la forme qu'il revêt, le divorce conduit dans tous les cas à la dissolution du mariage. Cette situation, conduit non seulement à la rupture du lien juridique entre les époux, mais est également de nature à affecter, sous divers aspects, les conditions de vie des époux divorcés et des enfants issus de leur union. De ce point de vue, la perception du divorce est différenciée. Dans certains cas, le divorce peut apparaître comme un mal nécessaire, c'est-à-dire comme l'aboutissement salutaire d'une vie commune devenue impossible : c'est l'hypothèse du « divorce-libération ». Dans d'autres cas, le divorce peut constituer en lui-même une source de traumatisme tant pour les époux divorcés²⁸ que pour leur progéniture²⁹.

²⁸ A propos des effets du divorce sur les femmes, les hommes et les enfants, voir C.A. SUDA : « *It is often argued that divorce is a very painful experience, but a bad marriage is several times worse than a divorce. Like widowhood, divorce affects different people differently. It is also perceived differently, depending on the context, and variously described as a new beginning, an adequate answer to marital problems, the end of a union between unhappy couples, or the death of a bad marriage but one which is worse than physical demise. All these descriptions point to the differential impact of divorce on women, men and*

Face à l'ampleur actuelle du phénomène du divorce au Niger et les conséquences qui lui sont attachées, il y a lieu de se demander si le dispositif juridique et institutionnel actuel est adapté pour fournir des solutions appropriées. Dans sa configuration actuelle, le droit positif est-il apte à encadrer efficacement les enjeux majeurs de société que représentent, d'une part, l'ampleur de la divortialité et, d'autre

children. In some cases, the end of a marriage can be one of the most traumatic experiences in one's life. Part of the reason is that divorce usually has far-reaching short and long-term social, economic, psychological and health implications for those who are affected » (C.A. SUDA, op. cit. pp. 38 et s.). Plus généralement, avec une revue de la littérature sur le sujet, P. R. AMATO, « The Consequences of Divorce for Adults and Children », *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 62, No. 4. (2000), pp.1269-1287.

²⁹ S'agissant des enfants du divorce, de nombreuses études en psychologie du développement ont montré l'impact que peut avoir le divorce des parents sur le comportement des enfants. Ainsi, certains auteurs citent les conflits familiaux, précurseurs ou directement liés à la phase de divorce, comme une des causes de la délinquance juvénile. Pour une étude systématique de la question, J. BOWLBY, *Attachment and Loss. Attachment*, Vol. I, 1969; *Separation, Anxiety and Anger*, Vol. II, 1973; *Loss, Sadness and Depression*, Vol. III, London, Hogarth Press. Adde: M. HETHERINGTON, M. COX and R. COX, « Effects of Divorce on parents and children », in M. LAMB (Ed.), *Nontraditional families: Parenting and Child Development*, Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum, 1982, pp. 233-288, ; D. H. DEMO and Alan C. ACOCK, « The Impact of Divorce on Children » *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 50, No. 3, 1988, pp.619-648 ; M. P. M. RICHARDS, « Children, Parents and Families : Developmental Psychology and the Re-ordering of Relationships at Divorce », *International Journal of Law and the Family*, 1987, pp.295-317; R. E. BEHRMAN et L. S. QUINN, « Children and Divorce: Overview and Analysis », *The Future of Children*, Vol. 4, No. 1, *Children and Divorce*, 1994, pp.4-14. Adde Cl. MARTIN, *L'après divorce : lien familial et vulnérabilité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1997.

part, la nécessaire protection des personnes qui en subissent le plus durement les conséquences, à savoir les femmes et les enfants ? N'y a-t-il pas lieu d'envisager une rénovation du dispositif afin de l'adapter au contexte actuel du pays ?

L'objet du présent article est d'engager des réflexions générales et préliminaires sur une réforme à venir du droit du divorce au Niger. L'intérêt d'une telle démarche est double, à la fois théorique et pratique. D'abord, sur le plan théorique, dans un domaine où les études sont rares, il s'agit d'apporter une contribution destinée à alimenter le débat sur le droit du divorce au Niger, à travers une analyse critique du cadre juridique et institutionnel. Ensuite, sur le plan pratique, l'ambition est de dégager des conclusions et des orientations générales qui pourraient être utiles, dans le cadre de la mise en œuvre de la nécessaire réforme du droit du divorce au Niger que la plupart des observateurs appellent de leurs vœux.

Aborder la réforme du droit du divorce au Niger revient, au préalable, à procéder à une analyse aux fins de déterminer les problématiques qui la sous-tendent. Par la suite, pourront être dégagées les approches appropriées pour appréhender ces problématiques, afin de répondre au mieux aux attentes des populations et de l'Etat.

Dans cette optique, il convient, d'abord, d'analyser les déterminants de la réforme (I), avant de se pencher sur les modalités de sa mise en œuvre (II).

I. LES DETERMINANTS DE LA REFORME

A l'instar du droit de la famille, en général, le droit nigérien du divorce apparaît actuellement comme un « *patchwork* », un ensemble composite et hétérogène. Cette situation est un héritage de la colonisation, période pendant laquelle a été introduite une nouvelle forme d'organisation politique et sociale censée supplanter les institutions traditionnelles. Dans le domaine du droit de la famille, divers systèmes normatifs et institutions se sont trouvés ainsi juxtaposés. Il s'agit, d'une part, des systèmes normatifs et institutions traditionnels et, d'autre part, des systèmes normatifs et institutions dits « modernes », c'est-à-dire d'inspiration occidentale. A l'indépendance du Niger en 1960³⁰, se posait la question de savoir comment gérer cet assemblage hétéroclite pour conduire la marche désirée du pays vers le progrès social. La question reste toujours d'actualité.

En abordant l'analyse, le droit actuel du divorce au Niger apparaît comme un droit complexe qui soulève d'innombrables questions. Les problématiques qui s'en dégagent sont relatives, d'une part, à l'hétérogénéité du régime juridique (A) et, d'autre part, à la diversité des institutions de régulation du divorce (B).

A. L'hétérogénéité du régime juridique du divorce

Le régime juridique actuel du divorce au Niger est caractérisé par son hétérogénéité. En effet, plusieurs systèmes normatifs y coexistent. La doctrine classique analyse

³⁰ Le Niger a accédé à la souveraineté internationale le 3 août 1960.

cette situation à travers la notion de « pluralisme juridique ». D'autres auteurs font appel à la notion de « pluralisme normatif » ou « polynormativisme »³¹. Cette situation n'est pas sans conséquences du point de vue de la cohérence et de l'effectivité du système. Il convient, d'abord, de mettre en évidence le caractère pluraliste du régime (1), avant de faire ressortir son caractère lacunaire (2).

1) Un régime juridique pluraliste

Envisagé en un instantané, dans une approche photographique, le droit du divorce au Niger apparaît comme un « patchwork » caractérisé par la coexistence de plusieurs systèmes normatifs³² : les coutumes, la législation étatique, les normes islamiques et les

normes relatives aux droits de l'homme³³. C'est la marque du pluralisme juridique que le Professeur Jacques VANDERLINDEN caractérise par « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »³⁴.

Les systèmes normatifs en présence sont d'origine et de nature différentes. Il y a lieu de distinguer les normes formelles des normes informelles. Les premières sont celles édictées par les autorités officielles de l'Etat, tandis que les secondes procèdent officieusement d'autorités non consacrées au regard de l'ordonnancement juridique et institutionnel de l'Etat. Il convient d'abord d'exposer les normes formelles (a), avant d'énoncer les normes informelles (b).

a) Les normes formelles

Les normes formelles sont celles qui sont officielles. Elles ont pour caractéristiques communes d'émaner des autorités légalement investies, d'être consacrées selon une procédure définie, conformément à l'ordonnancement juridique de l'Etat, et d'être écrites. Les normes entrant dans cette catégorie comprennent, d'une part, la législation étatique (i) et, d'autre part, des normes relatives aux droits de l'homme (ii).

³¹ La notion de « pluralisme juridique » est celle qui est adoptée par la doctrine classique et qui semble la plus usitée. Il reste que la notion de « pluralisme normatif » ou « polynormativisme » conserve toute sa pertinence, car elle semble mieux refléter la situation. En effet, il apparaît que ce ne sont pas tous les systèmes normatifs ici visés qui ont un caractère proprement juridique. Par exemple, la juridicité des normes islamiques relatives au divorce au Niger est sujette à discussion (V. *infra*). Sur le plan sémantique, s'il faut convenir que toute règle juridique constitue une norme, l'inverse n'est pas toujours vrai, dans la mesure où toute norme n'a pas forcément l'essence de la juridicité. Pour l'utilisation de la notion de polynormativisme, V. notamment J. M. OTTO, « The Supreme Court of Niger and Polynormativism in Urban Centres », *Journal of Legal Pluralism*, 1998, n° 42, pp.171-177. Adde J-P CHAUVEAU, M. LE PAPE et J-P. OLIVIER DE SARDAN, « La pluralité des normes et leurs dynamiques en Afrique », *Inégalités et politiques publiques en Afrique – Pluralité des normes et jeux d'acteurs* (Coord. G. WINTER), Paris, Karthala/IRD, pp.145-161.

³² Il importe de souligner que le pluralisme n'est pas propre à la question du divorce au Niger. Ce phénomène, qui est transversal, concerne l'ensemble du droit de la famille, ainsi que d'autres matières, tel que le droit foncier.

³³ D'un point de vue historique, l'élaboration et la mise en œuvre de ces différents systèmes ont eu lieu de manière différenciée, au gré des circonstances sociopolitiques. La situation actuelle, marquée par la juxtaposition des différents systèmes normatifs est un produit de l'histoire sociopolitique et culturelle du Niger.

³⁴ J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique : Essai de synthèse », in *Pluralisme juridique – Études publiées sous la direction de John Gilissen*, Institut de Sociologie, Histoire et Ethnologie Juridiques, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, p.15).

i) La législation étatique

Sont visées ici les règles écrites du droit interne applicables en matière de divorce. Il s'agit essentiellement des dispositions du Code civil relatives au divorce³⁵, notamment les articles 229 à 311, en incluant les dispositions se rapportant à la séparation de corps, institution différente du divorce, néanmoins liée à elle. Dans le cadre juridique ainsi exposé, sont traitées les causes du divorce³⁶, la procédure de divorce³⁷, les effets du divorce³⁸, ainsi que de la séparation de corps³⁹. Ces dispositions de base sont à compléter par des textes particuliers, notamment la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger⁴⁰, ainsi que les textes relatifs à la procédure⁴¹. Le Code civil en vigueur au Niger est une variante du Code civil français⁴². Il est convenu de le dénommer « Code civil applicable au Niger », en abrégé « CCAN », afin de le différencier de son homologue français dont il se distingue considérablement aujourd'hui par son

contenu. Le CCAN a été introduit au Niger pendant la période coloniale et a été maintenu en vigueur à l'indépendance du Niger en 1960⁴³. Il y a lieu de souligner que, depuis cette époque, le législateur nigérien n'a pratiquement pas légiféré en matière de relations familiales, de sorte qu'aucune modification n'a été apportée au texte initial, dans son état de 1960, en ce qui concerne notamment les questions relatives au mariage, au divorce, aux régimes matrimoniaux et aux successions. Il convient de signaler toutefois qu'il y a eu plusieurs tentatives de réforme, qui n'ont pas abouti. Ainsi, dès 1975, une réforme globale du droit de la famille, intégrant la question du divorce, a été entreprise. Dans ce cadre, un projet de Code de la famille a été élaboré, dont la dernière version publiée date de 1993⁴⁴. Ce projet, qui était très avancé, n'a pas été adopté. D'autres initiatives ont été prises récemment, notamment par des organisations de la société civile, dont des associations féminines, appuyées par le Ministère de la Promotion de la Femme et de la Protection de l'Enfant, avec pour objectif, l'élaboration, non plus d'un code unifié, mais de lois sectorielles sur des aspects spécifiques du droit de la famille. Ces dernières initiatives n'ont pas connu plus de succès, puisqu'à ce jour aucune loi de réforme en matière de droit de la famille n'a été adoptée.⁴⁵

³⁵ Notamment, Titre 6 du Livre 5.

³⁶ Art. 229 à 232.

³⁷ Art. 234 à 253.

³⁸ Art. 295 à 304.

³⁹ Art. 306 à 311.

⁴⁰ La loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger traite des juridictions compétentes et des règles applicables en matière de divorce (V. notamment art. 72, 74, 75 et 76).

⁴¹ Les textes relatifs à la procédure, particulièrement ceux concernant la matière de divorce, sont notamment la loi n° 2015-23 du 23 avril 2015 portant Code de procédure civile et la loi n° 63-18 du 22 février 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant les justices de paix en matière civile et commerciale.

⁴² Cf. note 15.

⁴³ Art. 76 de la Constitution du Niger du 8 novembre 1960.

⁴⁴ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT SOCIAL (NIGER), *Code de la famille (Projet)*, janvier 1993 (document relié).

⁴⁵ Sur les différentes tentatives d'élaboration d'un code de la famille au Niger, V. A. MOUSSA ABDOURHAMANE, « Le Code de la famille au Niger : historique et perspectives », in *Actes du*

Le CCAN apparaît aujourd'hui dépassé pour répondre aux problématiques du droit de la famille et, en particulier, du droit du divorce au Niger. De fait, les dispositions du CCAN relatives au divorce sont rarement appliquées par les tribunaux. La raison en est simple : dans la plupart des cas, les affaires de divorce concernent des personnes dont le statut personnel est régi par la coutume et non par la loi (droit écrit). En outre, ces dispositions qui, dès l'origine, avaient été élaborées dans un contexte étranger, n'ont pas suivi l'évolution sociale du lieu de réception. Leur inadaptation au contexte nigérien actuel est patente et ce constat appelle logiquement une réforme. Or, cette nécessaire réforme tarde à venir, tant en ce qui concerne le droit du divorce que le droit de la famille en général.

Les limites de la législation étatique étant esquissées, qu'en est-il de l'autre catégorie de normes formelles que constituent les normes relatives aux droits de l'homme ?

ii) Les normes relatives aux droits de l'homme

Le Niger a adhéré à plusieurs instruments juridiques internationaux et régionaux concernant les droits de l'homme et qui ont un rapport avec les relations familiales et la question du divorce.⁴⁶ Ce sont notamment : la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ; le Pacte international

relatif aux droits civils et politiques de 1966 (PIDCP); le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (PIDESC); la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP); la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF); la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CDE), la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (CADBE), etc. Ces différents textes juridiques énoncent des principes et des règles applicables aux rapports familiaux, y compris la question de la dissolution du mariage.

De manière générale, trois principes essentiels se dégagent des différents instruments internationaux relativement à la question de la dissolution du mariage, à savoir le principe de liberté, le principe d'égalité et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le principe de liberté, qui semble être énoncé implicitement dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, postule le droit pour chacun des époux de demander le divorce s'il estime qu'il existe des motifs valables en ce sens. Sur ce plan, le contenu des instruments internationaux doit être interprété avec précaution : ces textes ne consacrent pas la permissivité en matière de divorce, au sens d'un encouragement au divorce, mais énoncent la reconnaissance du droit de divorcer lorsque la situation le nécessite. La finalité est de ne pas enfermer les époux dans une relation maritale devenue sans issue. De ce point de vue, la liberté de divorcer doit être conçue comme l'exclusion du principe de l'indissolubilité

Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », FSEJ-IDDH, 2005, pp.157-166 ; A. MAHAMAN, « Une révolution avortée : le Code de la famille au Niger », *ibid.* pp.167-181.

⁴⁶ V. RJDH, *Recueil des instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains ratifiés par le Niger*, 2^e éd., 2007.

du mariage. Au demeurant, la question de l'indissolubilité du mariage ne s'est pas posée dans le contexte nigérien et cela quel que soit le système normatif de référence. Rapporté à la question de la dissolution du mariage, le principe d'égalité⁴⁷ implique un droit égal pour l'homme et la femme se trouvant dans une relation de mariage d'en demander la dissolution. Il a pour corollaire le principe de non-discrimination. Sous cet angle, une institution telle que la répudiation est fortement questionnée⁴⁸. Quant au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est affirmé par plusieurs instruments internationaux⁴⁹. En matière de dissolution du mariage, il se manifeste notamment à travers la question de la garde de l'enfant et dans l'allocation de pension alimentaire. Toutefois, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a un contenu imprécis, ce qui limite considérablement son opérationnalité⁵⁰. Les critiques

doctrinales⁵¹ ont amené certains Etats à adopter des législations spécifiques précisant de manière concrète les critères sur lesquels les juges peuvent fonder leur décision, de façon à donner corps à ce principe⁵². Tel n'est pas le cas du Niger. Les normes formelles étant exposées, qu'en est-il des normes informelles ?

b) Les normes informelles

Conformément à la typologie adoptée, les normes informelles sont des normes officieuses, qui ne procèdent pas d'autorités légalement investies. Dans le système juridique nigérien, les normes informelles relatives au divorce s'imposent en tant que donnée sociologique. Elles s'immiscent dans le dispositif normatif qu'elles modulent, nonobstant les canons officiels. Il y a lieu d'envisager d'abord les coutumes (i) et ensuite les normes islamiques (ii).

i) Les coutumes

La coutume est définie comme une « règle de droit, en général non écrite, qui prête à une pratique constante et répétée un caractère juridique contraignant, reconnu par les intéressés eux-mêmes »⁵³. Dans le même sens, le doyen CARBONNIER, indique que la coutume « est une règle de droit qui s'est établie [...] par une pratique

⁴⁷ Art. 16 DUDH; art. 16 CEDEF.

⁴⁸ Dans ce sens, B. HASSANE, « Dissolution du lien matrimonial et droits de l'homme : le cas du Niger », BIDH, spécial 2015, *Actes du Colloque « Dix (10) ans d'application du Code des personnes et de la famille du Bénin : bilan et perspectives »*, pp. 173 et s., spéc. p. 175. Faisant une analyse critique de la répudiation, l'auteur fait ressortir son incompatibilité avec le principe d'égalité et le respect de la dignité de la femme, et en appelle à « la répudiation de la répudiation ».

⁴⁹ Voir notamment la convention relative aux droits de l'enfant (CDE) de 1989 (art. 3, 1) : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Adde Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (art. 4).

⁵⁰ Fortuné DAKO, « L'intérêt supérieur de l'enfant : mise en œuvre par le juge », Communication à l'Atelier de formation des magistrats et des avocats sur le rôle et les

attributions du juge des enfants, Porto-Novo, avril 2005.

⁵¹ E. BONTHUYS, « The Best Interests of Children in the South African Constitution », *International Journal of Law, Policy and the Family* 20, (2006), pp.23-43, ainsi que les références citées.

⁵² C'est l'exemple de l'Afrique du Sud avec l'adoption du Children's Act (2005).

⁵³ J. POUMAREDE, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, V^o « Coutume ».

répétée des sujets [...] C'est du droit qui s'est constitué [...] par l'habitude »⁵⁴.

Il ressort de ces définitions que les coutumes sont issues d'un processus de création spontanée du droit. Leur caractéristique majeure est que, au contraire du droit légiféré, étatique, elles sont non-écrites⁵⁵. Elles constituent une source importante de droit au Niger dans le domaine des relations familiales, particulièrement en matière de divorce. Il convient de souligner que dans le système juridique nigérien, la particularité est que c'est la loi qui prévoit et organise l'applicabilité des coutumes dans certaines matières limitativement énumérées, parmi lesquelles le divorce⁵⁶. L'autorité des coutumes étant légalement reconnue, elles doivent être regardées comme faisant partie intégrante du droit positif. Cependant, il y a une ambiguïté quant au point de savoir si les coutumes constituent une source autonome de droit ou si elles n'acquièrent leur juridicité que par l'habilitation de la loi.

En analysant la coutume comme source du droit du divorce au Niger, il y a lieu de relever qu'il n'y a en pas une seule, mais plusieurs, et elles varient selon les différents groupes ethnolinguistiques. On peut donc affirmer qu'il y a autant de coutumes que de groupes ethnolinguistiques présents dans le pays.

⁵⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, Quadrige, 2004, p. 16.

⁵⁵ Il n'est pas nécessaire, à ce niveau, de revenir sur le débat qui oppose les juristes, les anthropologues et les sociologues du droit autour du concept de coutume en Afrique, notamment sur sa nature et sa genèse, ainsi que sur sa portée juridique au regard du droit formel.

⁵⁶ Art. 72 de loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger, précitée.

Les principaux groupes ethnolinguistiques occupant l'espace actuel du Niger sont notamment les Haoussa, les Zarma-Sonrhäï, les Peul, les Kanuri, les Touareg, les Toubou, les Arabes, les Gourmance et les Boudouma. Les groupes les plus importants numériquement comptent plusieurs sous-groupes, ce qui montre la diversité de la population et, par extension, la diversité du droit applicable en matière familiale. En effet, les différentes coutumes en présence ne comportent pas les mêmes règles en matière de dissolution du mariage, qu'il s'agisse des causes du divorce ou des effets qui y sont attachés. En conséquence, des disparités entre les coutumes des parties peuvent se faire jour à l'occasion du divorce, notamment lorsque les deux époux ne sont pas régis par la même coutume. Dans une telle hypothèse, la loi a toutefois prévu des règles de conflit permettant aux juges de déterminer la coutume applicable⁵⁷. Cependant, déterminer la coutume applicable n'épuise pas totalement le problème. La grande difficulté demeure, pour chaque coutume désignée, de saisir précisément son contenu. S'agissant particulièrement de la question du divorce, comment déterminer avec exactitude, les règles propres aux différentes coutumes concernant le droit de divorcer, les motifs justifiant le divorce, les effets juridiques du divorce sur les conjoints et les enfants ? Ce

⁵⁷ L'art. 74, 1) de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 prévoit qu' « en cas de conflit de coutumes, il est statué selon la coutume de la femme si celle-ci est nigérienne ; dans le cas contraire, selon la coutume de l'époux, dans les questions intéressant le mariage et le divorce ou l'attribution de la garde de l'enfant et le sort de l'épouse en cas de rupture de mariage par divorce, répudiation ou décès de l'un des conjoints ».

n'est pas une entreprise aisée. Au demeurant, ce dilemme est bien connu des praticiens qui sont chargés d'appliquer le droit, notamment les juges. Certes, le problème a été pris en compte dans l'organisation judiciaire, en instituant des assesseurs, notables connus pour leur connaissance des coutumes, auprès des tribunaux statuant en matière coutumière aux fins de pallier le problème, mais des doutes subsistent quant à la pleine opérationnalité de ce système.

Telle est la situation à propos des normes coutumières relatives au divorce. Qu'en est-il à présent des normes islamiques ?

ii) Les normes islamiques

Les historiens situent l'apparition de l'Islam dans l'espace actuel du Niger entre le VIIe et le VIIIe siècles. A partir de cette période, le processus d'islamisation des populations occupant cet espace s'est enclenché et il s'est étalé sur une longue période⁵⁸.

L'Islam exerce une grande influence dans la vie sociopolitique au Niger. En effet, une grande majorité de la population se réclame de la confession musulmane⁵⁹. A

⁵⁸ V. D. HAMANI, *L'Islam au Soudan Central. Histoire de l'Islam au Niger du VIIe au XIXe siècles*, L'Harmattan, 2007, spéc. p. 36 ; Z. MAIKOREMA, « L'Islam au Niger » in ASSOCIATION DES HISTORIENS NIGERIENS, *Histoire de l'espace nigérien. Etat des connaissances*, Editions Daouda, 2006, pp. 145-166.

⁵⁹ Le nombre des Musulmans varie, selon les sources, de 90 à 99% de la population totale. La question semble controversée : les chiffres officiels indiquent 95% (Ministère de l'Intérieur, *Rapport sur le Recensement Général de la Population*, 2001), tandis que les associations musulmanes restent divisées, d'aucunes avançant le chiffre de 99%, d'autres, les plus radicales, excluent les « Syncrétistes » de leur décompte, estimant que les

la faveur de l'ouverture démocratique au début des années 1990, plusieurs associations islamiques ont vu le jour. Elles constituent ainsi, en dépit de leurs différences d'orientation, un puissant groupe de pression qui exerce une influence considérable sur les populations et les autorités politiques. Dans un tel contexte, il n'est guère étonnant que les relations familiales et, en particulier, les questions liées au divorce soient soumises aux normes islamiques.

Le divorce occupe une place importante en Islam. Dans sa philosophie générale, l'Islam pose le principe de l'admissibilité du divorce, tout en le soumettant à des conditions restrictives. Il importe de souligner que l'Islam n'est pas permissif à l'égard du divorce, au sens de l'admettre librement. D'abord, le principe même du divorce n'est admis que parce qu'il est fondé sur la Raison : quelle que soit la valeur attachée au mariage, il ne doit pas être maintenu en cas de mésentente irrémédiable entre les conjoints. Ensuite, les nombreuses conditionnalités relatives à l'initiative du divorce, à ses causes et à la procédure sont destinées à rendre sa réalisation plus difficile. Au total, il en résulte un ensemble élaboré de règles, qui a suscité l'appréciation des observateurs, même en dehors du monde musulman⁶⁰.

Musulmans constitueraient autour de 90% (sur le caractère imprécis de ces statistiques et les controverses y afférentes, voir M. HASSANE, M. DIARRA et O. MAKAMA, *Étude sur les pratiques de l'Islam au Niger*, Ministère de l'Intérieur et de la Décentralisation/DANIDA, août 2006, pp. 9 et 11).

⁶⁰ Par exemple, Voltaire considérait l'encadrement normatif du divorce en Islam comme protecteur et l'un des plus élaborés (en ce sens, V. F. BILICI, « L'Islam en France sous l'Ancien Régime et la Révolution : attraction et répulsion », *Rives Méditerranéennes*, n° 4, 2003, p. 17-37, spéc. p. 8).

Cette philosophie générale s'exprime, de façon éclairante, à travers le célèbre *Hadith* du Prophète Mohamed (PSL) selon lequel « Pour Dieu, le divorce est le plus exécrationnable des actes licites ». Le corpus normatif établi autour du divorce traduit cette conception générale. Ainsi, pour marquer l'importance de la question du divorce en Islam, des règles précises y relatives sont inscrites dans le Coran, Livre saint des musulmans et source première du droit musulman. Plusieurs versets⁶¹ du Saint Coran répartis dans les *Sourates*⁶² se rapportent au divorce. Il en est notamment ainsi de la *Sourate* n° 2, *Al Baqarah* (La vache)⁶³, la *Sourate* n° 60, *Al-Moutahanah* (L'éprouvée)⁶⁴, et la *Sourate* n° 65 *At-Talaq* (Le divorce)⁶⁵. Pour les Musulmans, le Coran exprime la Parole divine. Par conséquent, les prescriptions qui y sont énoncées sont considérées comme impératives et intangibles. Ces prescriptions sont complétées ou précisées par les *Hadiths* ou enseignements du Prophète Mohamed (PSL), dont la somme constitue la Sunna, deuxième source du droit musulman. Il ressort des principaux recueils, notamment ceux établis par

Buhari et Muslim, plusieurs *Hadiths* portant sur le mariage et le divorce.

Si l'influence des normes islamiques ne fait pas de doute dans les sociétés nigériennes islamisées, il reste, toutefois, que la portée de leur applicabilité doit être analysée de façon différenciée, selon l'instance devant laquelle elles sont présentées. Devant les autorités coutumières et religieuses, ces normes sont effectivement invoquées et appliquées, mais dans un cadre informel. Quant à leur applicabilité par les instances formelles, à savoir les juridictions étatiques, la question est sujette à discussion. Deux thèses sont en présence. Selon l'une des thèses, les normes du droit musulman sont invocables et applicables directement par les tribunaux dans les matières régies par la coutume, en particulier en matière de divorce. Elles le seraient par une sorte d'habilitation de la loi, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 72 de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger qui prévoit 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 [...] le divorce [...] 66* ». Cette position est notamment celle des juges qui réfèrent directement aux règles du droit musulman dans leurs décisions rendues en matière coutumière. L'autre thèse récuse l'applicabilité directe des normes du droit musulman, même dans les matières régies par la coutume. Se fondant sur une

⁶¹ Les versets désignent des « *petits paragraphes numérotés, de quelques lignes, présentant le plus souvent un sens complet, divisant certains textes sacrés* » (V. Centre National des Ressources Lexicales et Textuelles de France, <https://cnrtl.fr/definition/verset>, consulté le 12 décembre 2019).

⁶² Les *Sourates* sont des chapitres du Coran, le Livre saint des Musulmans (V. Centre National des Ressources Lexicales et Textuelles de France, <https://cnrtl.fr/definition/sourate>, consulté le 12 décembre 2019). Les *sourates* sont énoncées ici à titre indicatif, sans prétendre à l'exhaustivité.

⁶³ Versets n° 226 à 237 et 241.

⁶⁴ Verset n° 10.

⁶⁵ Versets n° 2, 4 et 5.

⁶⁶ Souligné par l'auteur.

approche fondamentalement positiviste, cette thèse fait valoir une série d'arguments. De prime abord, il est loisible de relever que la loi de référence fait mention de la « coutume des parties » et non pas des « normes relatives à leur confession ». En effet, la différence est grande entre les « normes coutumières » et les « normes religieuses ». Il est vrai que cette confusion a été créée et entretenue depuis la période coloniale. Le colonisateur a essayé de dresser une typologie des coutumes des populations vivant sur le territoire du Niger, comme il l'a fait pour les autres colonies, en distinguant parmi les coutumes en présence, celles qui sont propres aux groupes islamisés, qu'il a alors qualifiées de « musulmanes ». C'est depuis cette époque que sont apparues des notions telles que « coutume haoussa *musulmane* » et « coutume zarma islamisée ». Ces concepts, il faut l'observer, réfèrent à la fois au groupe ethnolinguistique et à la confession, ce qui constitue un amalgame contestable. Au surplus, il est à souligner qu'il n'appartient pas aux praticiens de dénaturer la volonté du législateur en appliquant les normes islamiques par une voie détournée. Si celui-ci avait voulu que ces normes soient appliquées, il l'aurait indiqué clairement. Et alors, les juges n'auraient plus à les appliquer sous couvert de coutume, mais ils auraient eu la latitude de les viser directement en tant que source autonome de droit. Ce n'est à l'évidence pas le cas. En définitive, il y a lieu de retenir que, dans une approche positiviste, le système juridique nigérien ne fait formellement pas de place à l'applicabilité directe des normes du droit musulman. Ce

dernier ne constitue pas en soi une source directe, mais une source médiate ou informelle de droit. Il n'en demeure pas moins que dans un pays à forte majorité musulmane, les préceptes de l'Islam sont vivaces dans l'imaginaire collectif et font partie de ce « droit vivant » dont parlait EHRLICH⁶⁷.

L'analyse du cadre juridique nigérien du divorce a montré son caractère pluraliste, marqué par la coexistence de différents systèmes normatifs, les uns formels, les autres informels. Cette coexistence n'est pas sans heurts, car les systèmes en présence sont porteurs de principes et de valeurs parfois divergents. Cette situation engendre des lacunes dans le régime juridique du divorce au Niger qu'il convient à présent d'examiner.

2) Un régime juridique lacunaire

Tel que présenté, le régime juridique du divorce, qui est pluraliste, est caractérisé par son hétérogénéité. Cette hétérogénéité a des conséquences du point de vue de la cohérence et de l'effectivité du système. Ces conséquences sont liées, d'une part, aux conflits de valeurs (a) et, d'autre part, à l'indétermination du droit (b).

a) Les conflits de valeurs

Dans la théorie tridimensionnelle énoncée par le juriste brésilien Miguel REALE, le droit est présenté comme « *l'intégration*

⁶⁷ E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.

normative des faits selon des valeurs »⁶⁸. Cela signifie qu'en tant que système normatif, le droit n'est pas neutre ; il poursuit certaines valeurs que la société qui l'a produit entend promouvoir ou défendre. Dans un système pluraliste tel que celui du droit de la famille au Niger, où coexistent plusieurs systèmes normatifs, des conflits peuvent naître du fait que des règles de sources différentes et porteuses de valeurs divergentes sont en concurrence, entre lesquelles il faut choisir pour régler un cas spécifique⁶⁹. Le législateur en est tellement conscient qu'il a édicté des règles destinées à régler, d'une part, les conflits entre la loi et les coutumes, et, d'autre part, les conflits de coutumes⁷⁰.

Dans le contexte actuel, les conflits de valeurs prennent une autre dimension. En effet, de nouveaux champs de confrontation sont apparus, résultant de plusieurs facteurs : l'influence croissante de l'Islam dans la vie sociale nigérienne et l'introduction progressive des normes relatives aux droits de l'homme dans l'ordonnement juridique du pays. Ainsi, alors que le droit musulman ne constitue pas une source formelle du droit au Niger, les préceptes islamiques ont fortement imprégné les pratiques en matière de

mariage, divorce, successions, de manière générale, les différents aspects de la vie familiale. Or, des points de tension existent, notamment entre certaines pratiques coutumières ou fondées sur l'Islam et les principes énoncés par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que le Niger a régulièrement signés et ratifiés. En raison de leur place dans l'ordonnement juridique nigérien, ces normes et principes, qui sont considérés comme fondamentaux, ont théoriquement une valeur supérieure par rapport aux normes de droit interne (lois, règlements, coutumes). Il se pose alors avec acuité la question de leur intégration dans le droit positif ou, mieux, celle de leur application effective.

Ce problème, qui n'est théorique qu'en apparence, peut être illustré par la pratique actuelle de la répudiation au Niger. La répudiation est une forme de divorce unilatéral à laquelle peut faire recours le seul mari qui en a un pouvoir exclusif et discrétionnaire. Cette institution préislamique avait cours dans les sociétés traditionnelles. Suite à l'avènement de l'Islam, la pratique de la répudiation a subi des réaménagements, avec la reconnaissance d'un minimum de droits aux femmes.⁷¹ Actuellement, la

⁶⁸ M. REALE, « La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, Vol. 32, pp. 369-384.

⁶⁹ Ce problème de conflit de normes et du choix de la règle applicable évoque *mutatis mutandis* le problème classique du conflit de lois en droit international privé.

⁷⁰ Ces règles internes de conflit ont d'abord été prévues par la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 portant organisation et compétences des juridictions de la République du Niger, puis reprises par la loi No 2004-50 du 22 juillet 2004 précitée (art. 66 et 68). Elles sont maintenues dans la nouvelle loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 (art. 74, 75 et 76).

⁷¹ Le Saint Coran indique ainsi expressément que « les femmes divorcées ont des droits équivalents à leurs obligations » (Sourate 2 "Al-Baqarah" (La vache), verset 228). J. REHMAN a pu ainsi affirmer que: « *The principal sources of the Sharia and Islamic family laws, the Quran and Sunna, represent progressive values – the legal regulations that are extrapolated from both these sources advocate, in particular, welfare of women and children. The Quran and Sunna introduced substantial improvements in the standing of women* » (J. REHMAN, « The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq »,

répudiation est consacrée dans le droit positif nigérien comme l'une des formes coutumières du divorce. Étant unilatérale et non-judiciaire, elle s'oppose à la forme de divorce régie par le Code civil, qui est nécessairement judiciaire et bilatérale. Cette dernière forme de divorce a l'avantage d'offrir des garanties aux parties, en particulier les femmes, en ce qu'elle a lieu sous le contrôle de la justice. Ce n'est pas le cas de la répudiation. La pratique de la répudiation amène à s'interroger sur sa conformité à certains principes du droit international des droits de l'homme, tels que le principe d'égalité des époux, le respect de la dignité de la femme, l'équité et la justice. Si ces principes étaient respectés, il est évident que la répudiation coutumière n'aurait plus sa raison d'être et mériterait alors en toute logique d'être purement et simplement abolie⁷².

Les conflits de valeur constituent des lacunes dans le régime juridique du divorce au Niger. Il en est de même du problème de l'indétermination du droit.

b) L'indétermination du droit

L'indétermination résulte du fait que dans les matières régies par la coutume ou par les préceptes islamiques, il est très souvent difficile de dégager exactement la règle applicable et de prévoir l'issue des différends, y compris en matière de divorce⁷³. L'indétermination est surtout

liée au contenu intrinsèque des normes coutumières et religieuses, mais elle tient aussi à leur enchevêtrement⁷⁴. En effet, si sur le plan théorique, il est possible de distinguer entre les normes coutumières et les normes islamiques, dans la pratique, ces deux corps de règles sont solidement imbriqués et parfois difficiles à démêler. Cela ressort de l'analyse des décisions judiciaires de divorce où sont visées, par exemple, « la coutume haoussa musulmane », « la coutume zarma musulmane », « la loi musulmane, coutume des parties », etc. Ces notions constituent une pure création prétorienne. La loi⁷⁵ ne vise que les « coutumes », sans autre précision. L'ajout de l'épithète « musulmane » à la suite de l'indication de l'ethnie à laquelle la coutume s'applique constitue un amalgame regrettable qui ajoute à la confusion. Ce faisant, les règles coutumières sont assimilées purement et simplement aux normes religieuses. Or, sur

coutumier, quel qu'il soit, présente des difficultés particulières. On retrouve ces difficultés en Afrique où ces coutumes sont nombreuses et variées. La première de ces difficultés consiste à les connaître. C'est là une question qui ne se pose pas pour la loi, décision officielle, émanant d'un organe spécialisé, et dont on peut affirmer avec précision les termes de la date d'apparition. La coutume, au contraire, est une règle juridique spontanée, une 'donnée immédiate de la conscience sociale' aurait dit Bergson s'il eût été juriste et sociologue. Il est difficile, impossible même de la saisir au moment où elle se forme, car, lorsqu'elle s'applique, elle existe déjà, depuis longtemps peut-être dans les esprits : elle préexiste à sa formulation » (H. LEVY-BRUHL, « Introduction à l'étude du droit coutumier africain » *RIDC* 1956, pp. 67 et s., spéc. p. 73).

⁷⁴ Un auteur a pu parler en ce sens « d'interférences » des sources du droit (A. OUMAROU, « Interférences de la loi, la coutume et la 'Charia' islamique devant les juridictions nigériennes », *Penant*, 1979, pp. 129 et s.

⁷⁵ V. notamment les articles 72 et suivants de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 précitée.

International Journal of Law, Policy and the Family 21 (2007), pp. 108-127, spéc. p. 113).

⁷² V. B. HASSANE, « Dissolution du lien matrimonial et droits de l'homme : le cas du Niger », précité.

⁷³ H. LEVY-BRUHL a, de façon pénétrante, situé ces difficultés en exposant que « L'étude d'un droit

le plan formel, celles-ci ne constituent pas une source directe de droit, comme conséquence logique du principe de laïcité de l'État consacré par la Constitution⁷⁶. Si elles l'étaient, il aurait été alors plus commode pour les juges de viser directement les versets du Saint Coran ou les éléments de la Sunna (ensemble des dires, des faits, et des approbations implicites ou explicites attribuées au Prophète Mohamed (PSL), qui constituent, selon les analystes, les deux sources principales du droit musulman (Sharia)⁷⁷. L'approximation sémantique est révélatrice de la réelle difficulté d'attacher un contenu précis aux coutumes visées. Pourtant, les juges sont censés y puiser la solution des cas litigieux qui leur sont soumis. Ce qui à l'évidence pose un problème de sécurité juridique.

D'ailleurs, pour ajouter à la confusion en la matière, il importe de rappeler que la « coutume » (*adah* ou *urb*) est citée au titre des sources secondaires du droit musulman⁷⁸. De sorte que lorsque les juges nigériens font référence à la « coutume musulmane », à quelle coutume font-ils allusion ? Il est bien difficile de démêler cet écheveau. Pour éviter ces errements de la jurisprudence, il aurait suffi, les coutumes connaissant leur dynamisme propre, de les saisir dans leur évolution, sans qu'il ne soit nécessaire d'indiquer

explicitement les facteurs de cette évolution. L'Islam n'est d'ailleurs pas le seul vecteur d'évolution des coutumes nigériennes. L'urbanisation en est un autre, des auteurs ayant signalé l'apparition de « coutumes urbaines »⁷⁹. Il y a lieu d'ajouter que le droit écrit d'origine occidentale exerce lui-même une influence sur les pratiques. En témoigne l'emprunt par l'Association Islamique du Niger des règles de procédure du divorce du Code civil : enregistrement des demandes en divorce et des affaires traitées dans un registre, notification par écrit d'une convocation au défendeur, délivrance de documents appelés « actes de divorce », etc.

Au total, l'on observe qu'au Niger le cadre normatif du divorce se caractérise par son hétérogénéité et sa complexité, avec toutes les conséquences que cette situation entraîne. Se posent ainsi des défis qui doivent être relevés, dans la perspective d'une réforme. Des défis du même ordre semblent se dégager de la diversité des institutions de régulation du divorce.

B. La diversité des institutions de régulation

En matière de divorce au Niger, la pluralité des systèmes normatifs se double d'une pluralité des autorités chargées de mettre en œuvre le droit⁸⁰, ce qui est désigné par

⁷⁶ Si le mot laïcité n'est pas utilisé dans la Constitution, il n'en demeure pas moins que celle-ci pose le principe de la séparation de l'Etat et de la religion (Art. 3).

⁷⁷ J. REHMAN, op. cit. p. 110.

⁷⁸ Pour une présentation analytique des sources du droit en Islam, V. l'étude fouillée de M. ZAHRAA, « Unique Islamic Methodology and the Validity of Modern Legal and Social Science Research Methods for Islamic Research », *Arab Law Quarterly*, 2003, pp.215-249.

⁷⁹ V. A. CHAÏBOU, « La jurisprudence nigérienne en droit de la famille et l'émergence de la notion de coutume urbaine », *Journal of Legal Pluralism*, 1998, n° 42, pp.157-170 ; J. VANDERLINDEN, « Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », *Afrique contemporaine*, 1990, pp.156 et s. J.L. MOURALIS, note sous Cour d'Etat du Niger, 1er mars 1983, *Penant*, 1985.

⁸⁰ Situation que décrit A. S. GAYAKOYE, « Quelles autorités compétentes pour la mise en

l'expression « pluralisme institutionnel ». Il convient, d'abord, d'exposer le pluralisme institutionnel en matière de divorce au Niger (1), avant d'examiner ses conséquences (2).

1) Le pluralisme institutionnel

Le pluralisme institutionnel résulte de la coexistence de plusieurs institutions intervenant en matière de divorce. Les unes sont formelles, les autres informelles. Les institutions formelles désignent celles qui sont officiellement dotées du pouvoir de juger en matière de divorce (a). Les institutions informelles sont celles qui interviennent de manière officieuse, informelle dans la dissolution du mariage (b).

a) Les institutions formelles

Au Niger, ce sont les juridictions légalement instituées qui ont la compétence pour statuer sur les affaires de divorce et prendre une décision de dissolution du mariage. En effet, aux termes de l'Art. 116, al. 2 de la Constitution du 25 novembre 2010 : « *Il (le pouvoir judiciaire) est exercé par la Cour Constitutionnelle, la Cour de cassation, [...], les cours et tribunaux* ». L'article 1^{er} de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 (précitée) précise que : « *En République du Niger, la justice est rendue en matière civile, [...] par la Cour de cassation, [...] les Cours d'appel, [...] les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'instance, [...]* ». L'analyse combinée de ces textes indique que, sur le plan formel, seules les juridictions prévues par la loi et

limitativement énumérées, conformément à la Constitution, ont le pouvoir de juger sur le territoire nigérien, particulièrement en matière de dissolution de mariage.

En se référant à l'organisation judiciaire, plusieurs niveaux de juridiction peuvent être observés en matière de divorce.

En première instance, ce sont les tribunaux d'instance (TI) et les tribunaux de grande instance (TGI) qui sont compétents pour connaître des affaires de divorce. Les règles applicables ne sont pas les mêmes devant l'une ou l'autre instance. D'abord, s'agissant de la compétence juridictionnelle, les tribunaux de grande instance sont compétents pour connaître des divorces judiciaires « civils », tandis que la compétence est dévolue aux tribunaux d'instance pour les divorces judiciaires « coutumiers ». Ensuite, le droit applicable au fond pour déterminer les causes et les effets du divorce relève dans un cas du Code civil et dans l'autre des coutumes des parties. Enfin, les règles de procédure résultent, dans un cas, du CCAN⁸¹ et, dans l'autre, d'un texte spécial, la loi n° 63-18 du 22 février 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant les justices de paix en matière civile et commerciale⁸².

Au second degré de juridiction, se trouvent les TGI et les cours d'appel, compétents respectivement pour les divorces régis par la coutume et par la loi.

La Cour de cassation, saisie sur pourvoi, est compétente pour statuer sur les décisions rendues en appel en matière de divorce, c'est-à-dire, soit sur les jugements

⁸¹ Art. 234 et s.

⁸² Ce texte ancien élaboré à l'origine pour les justices de paix a survécu aux différentes réformes judiciaires. N'ayant pas été expressément abrogé et de nouvelles règles n'ayant pas édicté en la matière, on peut inférer qu'il reste en vigueur et se rapporte désormais aux tribunaux d'instance, qui constituent l'équivalent des anciennes justices de paix.

œuvre du droit de la famille ? Quelles compétences ? Quelle hiérarchie ? » in *Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? »*, FSEJ-IDDH, 2005, pp. 347 et s.

en appel rendus par les TGI en matière coutumière, soit sur les arrêts des cours d'appel rendus en matière de divorce régi par la loi.

Enfin, au sommet de la pyramide, la Cour constitutionnelle peut, lorsqu'elle est saisie par voie d'exception, exercer un contrôle de constitutionnalité dans une affaire de divorce⁸³.

Telles sont les institutions formelles habilitées à intervenir en matière de divorce. Il reste à présenter les institutions informelles.

b) Les institutions informelles

Les autorités informelles sont celles qui, de manière informelle, en l'absence d'habilitation légale, interviennent en matière de dissolution du mariage. Il s'agit, d'une part, des chefs coutumiers et, d'autre part, des autorités religieuses.

i) Les autorités coutumières

Dans le cadre de cette étude, les « autorités coutumières » désignent les chefs traditionnels qui administrent les communautés coutumières et traditionnelles. Ce sont les sultans, les chefs de province, les chefs de canton, les chefs de groupement, les chefs de secteur, les chefs de village, les chefs de tribus, les chefs de chefferie particulière, les chefs de quartier et les chefs de fraction. Ils forment ce qu'il est convenu d'appeler « la

chefferie traditionnelle », ancienne institution qui a traversé les époques⁸⁴.

Au Niger, la chefferie traditionnelle fait l'objet d'une reconnaissance officielle de l'Etat. En effet, depuis la période coloniale, les chefs traditionnels ont toujours fait l'objet d'une attention particulière de la part des autorités politiques. Constitués en association depuis très longtemps, ils bénéficient, au surplus, d'un statut juridique continuellement renoué et renforcé depuis l'indépendance.⁸⁵ La loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle en République du Niger reconnaît aux chefs traditionnels un « pouvoir de conciliation » en matière coutumière, civile

⁸⁴ La chefferie traditionnelle a fait l'objet de nombreuses études au Niger. V. entre autres, B. HASSANE, « Autorités coutumière et régulation des conflits en Afrique de l'Ouest francophone », in K. AGOKLA, N. BAKAYOKO et B. N'DIAYE (ss. dir.), *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, Paris, OIF, 2010, pp. 168-186 ; S. ABBA, « La chefferie traditionnelle en question », *Politique Africaine*, 1990, n°38, pp. 51-60 ; D. HAMANI, « Des institutions précoloniales africaines à la "chefferie traditionnelle" » in *Chefferie traditionnelle et l'Etat postcolonial en Afrique de l'Ouest*, Actes du colloque international, tenu du 19 au 22 mars 2000 à Niamey, 2002, pp. 10-19 ; K. IDRISSE, « Une force politique incontournable : le rôle et la place des chefs traditionnels dans la vie politique au Niger » in *Chefferie traditionnelle et l'Etat postcolonial en Afrique de l'Ouest*. Actes du colloque international, tenu du 19 au 22 mars 2000, à Niamey, 2002, pp. 20-24 ; M.S. TIDJANI ALOU, *La chefferie au Niger et ses transformations. De la chefferie coloniale à la chefferie post coloniale*, LASDEL, Etudes et Travaux n° 76, mai 2009.

⁸⁵ Le régime actuellement en vigueur est celui fixé par la loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle. Ce régime fait notamment suite à celui de l'ordonnance n° 93-28 du 30 mars 1993 et du décret portant ses modalités d'application n° 93-85/PM/MI du 15 avril 1993, qui a remplacé le décret n° 83-139/PCMS/MI du 13 octobre 1983.

⁸³ Sur ce point, V. B. HASSANE, « Principe d'égalité et droit de la famille au Niger : quel compromis ? », in *Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? »*, FSEJ-IDDH, 2005, pp. 215-253, spéc. p. 245.

et de transactions foncières⁸⁶. Tel que formulé, le pouvoir de conciliation des chefs traditionnels s'applique aux affaires familiales régies par le droit coutumier, en particulier aux questions de divorce⁸⁷. Cependant, dans la pratique, il est établi que la plupart des autorités coutumières ne se cantonnent pas à la simple conciliation, étant parfois amenés à prendre de véritables décisions dans les affaires qui leur sont soumises⁸⁸.

Les chefs traditionnels ne sont pas les seuls à intervenir de manière informelle en matière de divorce. A côté, il y a les autorités religieuses.

ii) Les autorités religieuses

Les autorités religieuses, à différents niveaux, interviennent en matière de divorce au Niger. Ainsi, dans le système traditionnel, on trouve ici et là des *cadis*, érudits disposant de connaissances approfondies de la sharia islamique et qui sont nommés par les chefs traditionnels pour rendre la justice selon les normes islamiques dans leur ressort. La justice des

cadis n'est pas inscrite dans un cadre organisé. Telle n'est pas le cas de l'Association Islamique du Niger, qui joue un rôle particulièrement important en matière de divorce.

L'Association Islamique du Niger (AIN)⁸⁹ fut créée par décret n° 64-034 du 9 novembre 1974, à la suite du Coup d'État militaire du 15 avril 1974. Elle succède à l'ancienne Association Culturelle Islamique du Niger, qui existait sous le régime du parti unique. Jusqu'à l'avènement de la démocratie et du pluralisme au début des années 1990, elle était l'unique association islamique au Niger. Elle est connue pour sa proximité avec les gouvernements qui se sont succédé.

Les membres de l'AIN jouent un rôle considérable en matière de justice. Il a été rapporté que la plupart des assesseurs coutumiers auprès des juridictions étatiques (tribunaux d'instance, tribunaux de grande instance et Cour suprême) sont membres de l'AIN. En outre, bien que le cadre de son intervention soit dépourvu de base légale, l'Association, dont le siège se trouve à Niamey, officie comme une véritable juridiction en matière islamique et coutumière⁹⁰. Le Président de l'AIN, dignitaire religieux respecté et jouissant d'une grande autorité, officie notamment dans les affaires de divorce et de succession. Le fonctionnement de l'Association est bien organisé, puisqu'elle dispose d'un secrétariat et de bureaux où sont accueillis et auditionnés les personnes concernées. Les différentes affaires de

⁸⁶ L'article 18 de la loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle dispose : « le chef traditionnel dispose du pouvoir de conciliation des parties en matière coutumière, civile et de transactions foncières ».

⁸⁷ Sur l'intervention des autorités coutumières en matière de conflits, et particulièrement en matière de divorce, V. B. HASSANE, op. cit.

⁸⁸ Dans ce sens, A. TANKOANO indique que « dans leur ressort territorial, les chefs de villages ou de cantons sont de véritables juges » (A. TANKOANO, « Les sources du droit au Niger », in *Modes de production des droits africains et Common Law*, Ecole de Droit, Université de Moncton, CIDEF, 1995, pp.133s. *Adde* : A. TANKOANO, I. K. DIALLO et D. MAÏGA, « La réceptivité du droit en milieu rural nigérien » in *Les services juridiques en milieu rural (Afrique de l'Ouest)*, Genève, Commission Internationale des Juristes, 1987, p.117.

⁸⁹ Sur la genèse de l'AIN, V. M. HASSANE M. et al., op. cit., pp. 37 et s.

⁹⁰ V. M. HASSANE et al., op. cit. p.37.

divorce sont consignées dans un registre. Selon le type de divorce, des documents appelés « actes de divorce » sont délivrés, à l'image de la pratique suivie par les tribunaux étatiques officiels. Cependant, du point de vue formel, la validité de ces actes est sujette à caution, bien qu'ils aient une autorité certaine du point de vue des personnes concernées.

L'importance du rôle joué par l'AIN en matière de divorce est attestée par les statistiques. En effet, chaque année, dans la ville de Niamey, la capitale, où l'AIN a son siège, ce sont plusieurs centaines d'affaires qui sont traitées. En majorité, ce sont les femmes qui prennent l'initiative de la saisine de l'AIN, guidées certainement par l'attrait d'une décision rapide, qui les libérerait de l'étau du mariage et dont l'autorité est incontestée.

Le pluralisme institutionnel emporte des conséquences qu'il convient à présent d'examiner.

1) Les conséquences du pluralisme institutionnel

Du fait de la pluralité des institutions intervenant en matière de divorce au Niger, il découle des conséquences importantes. Elles ont trait, d'une part, aux conflits de compétence (a) et, d'autre part, au forum shopping (b).

a) Conflits de compétence

On peut considérer qu'il y a conflit de compétence lorsque l'autorité de deux ou plusieurs institutions entend s'exercer sur le même objet ou la même affaire. Dans un contexte de pluralité d'institutions intervenant dans le même domaine, les conflits de compétence sont à prévoir.

Dans le domaine du droit du divorce au Niger où coexistent des institutions formelles et des institutions informelles, les conflits de compétence constituent une donnée indéniable. En effet, tant les juridictions étatiques que les autorités coutumières et religieuses interviennent en matière de divorce. Dans certains cas, ces différentes institutions peuvent être amenées à connaître des mêmes affaires, d'où l'hypothèse du conflit de compétence. Le législateur a tenté de remédier à cette situation en délimitant le champ d'intervention de chacune de ces autorités. Ainsi, la loi prévoit que les juridictions étatiques formelles, à savoir les cours et les tribunaux qu'elle définit, ont la compétence pour statuer sur les affaires de divorce et leur réserve même l'exclusivité de la décision portant dissolution du mariage et de ses suites juridiques. De par la loi, Les autorités coutumières, c'est à dire les chefs traditionnels, ont un pouvoir limité en la matière, celui de la conciliation des époux. Quant aux autorités religieuses, la loi ne leur confère formellement aucune prérogative en matière de divorce, même s'il est parfaitement concevable qu'elles interviennent pour tenter de concilier les époux en difficulté, sans que cela ne soit considéré comme une violation de la loi. Cependant, ainsi qu'on a pu l'observer dans la pratique, les autorités coutumières et religieuses s'érigent parfois en juges et sont amenées à décider de la dissolution de mariages, conformément à leurs propres référents. Ce faisant, ils empiètent sur un domaine de compétence que la loi a réservé aux magistrats modernes et qui en ont l'exclusivité. C'est précisément en ces termes que se pose la problématique des conflits de compétence entre les différentes institutions intervenant en matière de divorce au Niger. Cette problématique est sous-tendue, en toile de fond, par un conflit de légitimité entre, d'une part les

institutions formelles, c'est-à-dire les juridictions et, d'autre part, les institutions informelles, à savoir les autorités coutumières et religieuses. Les unes tirent leur légitimité de l'autorité de l'Etat, les autres de l'adhésion des populations qui leur confèrent une autorité qui serait d'ordre sociologique.

Quelle que soit la façon dont on les appréhende, les conflits de compétence entre les différentes autorités ont des implications sur la validité des décisions rendues. D'un point de vue positiviste, une décision rendue par une autorité qui n'a pas compétence est en principe dénuée de valeur juridique. Cela signifie que les conflits de compétence doivent être réglés strictement, au risque de porter atteinte à l'intégrité et à l'efficacité du système tout entier.

Une autre conséquence du pluralisme normatif et institutionnel est le *forum shopping*.

b) *Forum shopping*

L'expression *forum shopping* provient de l'Anglais, avec un équivalent en Français québécois, «magasiner», et signifie «choisir un tribunal comme on choisit d'entrer dans une boutique pour faire ses emplettes»⁹¹. Ce procédé est bien connu en droit international privé en tant que «possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts»⁹².

En matière de droit du divorce au Niger, la pluralité des institutions amène parfois les demandeurs à adopter une telle posture. En

effet, dans ce contexte, le *forum shopping* consistera pour le demandeur ou la demanderesse, selon le cas, à saisir l'autorité à même de rendre une décision en sa faveur, au gré de ses intérêts particuliers.

Une illustration de ce phénomène peut être tirée d'une affaire qui a été jugée par le Tribunal de Niamey Commune III⁹³. Le sieur M.A. et dame A.B. étaient mariés sous le régime de la coutume peule. A la suite de différends conjugaux liés à l'absence momentanée de la femme du foyer conjugal, la dissolution du mariage est décidée par le *Cheikh* (autorité religieuse) du Canton de Lamordé, lieu de leur résidence commune. Dame A.M. fut condamnée, conformément aux prescriptions de la coutume peule applicable en la matière, à rembourser au sieur M.A. le montant de la dot payée au moment du mariage. Depuis la décision de divorce, et pendant une période de trois ans, les époux vivaient séparément. Dans cet intervalle, la dame A.B. eut un prétendant dont elle accepta la dot. Elle pouvait ainsi rembourser la dot de son ancien mari qu'elle alla remettre à l'autorité religieuse ayant prononcé le divorce. Cependant, l'ancien mari rejeta le montant remboursé en arguant du fait qu'il continue à aimer son épouse et que pour lui les liens de mariage demeurent. Ainsi, la remise en cause du divorce prononcé par l'autorité religieuse constituait un obstacle au remariage de dame A.B. Bien que se considérant déjà divorcée et libre de se remarier, elle introduisit néanmoins une demande en divorce devant le Tribunal de

⁹¹ G. CORNU (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, v° "Forum".

⁹² *Ibid.*

⁹³ Jugement n° 6 du 23 mai 2000, Tribunal Niamey Commune III, inédit.

Niamey Commune III qui prononça de nouveau un jugement de divorce, assorti de la même condamnation au remboursement de la dot, en application toujours de la coutume peule.

Cette affaire montre la navette à laquelle se livrent les parties à l'occasion des différends familiaux, allant d'une autorité à une autre, au gré de leurs intérêts. Et même lorsque l'affaire paraît définitivement tranchée à un niveau, elle peut resurgir devant une autre instance. En l'espèce, les époux avaient d'abord soumis leur différend au chef religieux local, reconnaissant par là-même son autorité. Compte tenu du temps écoulé depuis la décision de divorce prise par ce dernier, l'on pouvait penser que l'affaire était close. Mais voilà que, de façon inattendue, le sieur M.A. s'opposait au remariage de celle qui est censée être son ex-épouse, en contestant la validité de la décision de l'autorité religieuse. De façon tout aussi inattendue, la dame, qui était censée être divorcée, introduisit une nouvelle demande en divorce, cette fois devant le tribunal de commune. Pour ajouter davantage à la confusion, le tribunal saisi finit par rendre une nouvelle décision de divorce. Ainsi, on est allé de rebondissement en rebondissement dans la même affaire.

Il s'agit là d'un cas parmi beaucoup d'autres. De fait, il faut convenir que c'est la pluralité des autorités intervenant en matière de divorce qui donne la possibilité aux époux en situation de rupture de saisir celle auprès de qui il ou elle espère obtenir une réponse conforme à ses attentes. Cette situation comporte de multiples inconvénients. D'abord, elle est de nature à éroder l'autorité des institutions

concernées, notamment celles qui sont légalement investies. Ensuite, elle crée des distorsions dans le système de la justice du divorce, les institutions mises en concurrence n'étant pas toutes nanties du pouvoir de juger, auquel sont liés l'autorité de la chose jugée et le caractère exécutoire des décisions rendues.

Ainsi qu'on a pu le montrer, les problématiques qui émaillent le droit nigérien du divorce ont trait, d'une part, à l'hétérogénéité du régime juridique du divorce et, d'autre part, à la diversité des institutions intervenant en la matière. Il en résulte des conséquences importantes, de nature à affecter la cohérence d'ensemble du système, ainsi que son adaptation au contexte actuel. Cela doit amener à dégager, de manière prospective, des orientations générales, dans la perspective d'une réforme à venir du droit du divorce au Niger.

II. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DE LA REFORME

Au cours des décennies qui ont suivi les indépendances, une vague de réformes dans le domaine du droit de la famille a traversé la région ouest-africaine. Ainsi, le Niger reste, à ce jour, l'un des rares pays à n'avoir pas légiféré dans ce domaine⁹⁴. Cela signifie qu'il est confronté aux

⁹⁴ Certains pays de la sous-région, anciennement sous la domination coloniale française et qui connaissaient les mêmes enjeux, ont, dès le lendemain de l'indépendance, procédé à une réforme du droit de la famille, en procédant à l'unification des statuts personnels. C'est notamment l'exemple du Mali en 1962 et de la Côte d'Ivoire, par l'adoption de plusieurs lois sectorielles en 1964. D'autres pays ont suivi ce mouvement par la suite, tels le Sénégal (1972), la Guinée (1975), le Togo (1980), le Burkina-Faso (1989) et plus récemment le Bénin (2002).

mêmes enjeux que ceux auxquels devaient faire face l'ensemble des anciens pays colonisés au moment de leur accession à l'indépendance. Pour ces jeunes Etats, la priorité était de s'engager sur la voie du développement économique et du progrès social, en s'appuyant sur leurs différents héritages. Cette dynamique impliquait une intervention dans le domaine du droit de la famille⁹⁵. Face aux contingences et aux problématiques qui se présentaient en la matière, il fallait, en effet, prendre des options, faire des compromis, voire décider de mesures radicales, afin d'aboutir à un régime conforme aux aspirations du moment. Pour ce faire, des approches appropriées devaient être adoptées. Une démarche du même ordre s'impose au Niger.

Ainsi, en abordant la question de la réforme du droit du divorce au Niger, il est indispensable de cerner, au préalable, les modalités de sa mise en œuvre. Celles-ci ont trait, d'une part, aux objectifs de la réforme (A) et, d'autre part, aux techniques et méthode à déployer (B).

A. Objectifs de la réforme

La réforme envisagée du droit du divorce au Niger doit être sous-tendue par des objectifs clairement définis. A cet égard, il y a lieu de distinguer les objectifs de fond (1) de l'objectif de forme (2).

1) Objectifs de fond

Les mobiles primordiaux servant de base à la réforme du droit du divorce au Niger en constituent les objectifs de fond. Ils sont

⁹⁵ Dans ce sens, V. J-M. JACQUET, « Code de la famille et développement au Sénégal », *Ann. Fac. Toulouse*, 1993, pp. 181-198.

liés, d'une part, à la protection de la famille (a) et, d'autre part, à la protection des personnes vulnérables (b).

a) La protection de la famille

La régulation du divorce, en tant que phénomène social, se justifie, tout d'abord, en raison des troubles et des désordres qu'il occasionne pour l'ordre social et la cohésion du groupe. En effet, chaque fois qu'un divorce se produit, ce ne sont pas seulement deux êtres qui se séparent (*divertere* : aller chacun de son côté), c'est aussi une construction sociale qui s'effondre⁹⁶. Cette construction sociale que le divorce met en péril, c'est la famille, qui est idéalisée par la société, à travers l'institution du mariage. Sous ce rapport, l'on peut ainsi dire que le divorce est de nature à constituer une cause de l'anarchie dans la famille et, plus largement, dans la société.

L'institution de la famille existe, sous des formes variées, il est vrai, dans toutes les sociétés humaines. Elle est généralement considérée comme le socle de la société. Son importance se mesure aux diverses fonctions qui lui sont dévolues : affective, sociale, économique, culturelle, éducative, civique, etc. C'est pourquoi, la famille est digne de protection. Dans cette optique, différents mécanismes normatifs sont mis en œuvre, à différents niveaux. Sur le plan international, les principaux instruments

⁹⁶ Dans l'imaginaire populaire nigérien, le divorce est assimilé à un « tremblement cosmique » au cours duquel « le ciel et la terre tremblent ». Cette image traduit l'importance du trouble provoqué par le divorce à l'ordre social. S'agissant d'une société majoritairement musulmane, il convient de souligner ce Hadith du Prophète Mohamed (PSL) selon qui « Pour Dieu, le divorce est le plus exécrationnable des actes licites ».

adoptés sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies rappellent le rôle prééminent de la famille et appellent à sa protection. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État »⁹⁷. D'autres instruments à caractère universel reprennent presque mot pour mot la même formule⁹⁸. L'on se rappellera que, pour marquer l'importance de la famille et l'attention particulière qu'elle requiert, l'Assemblée générale des Nations Unies avait proclamé l'année 1994 Année internationale de la famille⁹⁹. Au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples met particulièrement l'accent sur la protection de la famille, institution sur laquelle elle revient en de nombreux points.¹⁰⁰ Dans son préambule, la Charte proclame l'attachement des Etats-parties aux « traditions historiques » et « valeurs de civilisation africaine ». Elle fait ainsi une place à l'institution familiale, qui est un élément fondamental de la civilisation africaine, et lui offre ainsi un cadre normatif. Au niveau national, la Constitution du Niger du 25 novembre 2010, norme fondamentale, évoque la famille dont elle délègue la protection à la loi¹⁰¹. Cependant, la nécessaire protection

de la famille n'exclut pas l'admission du divorce. En effet, la plupart des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme font une place au divorce, qui est ainsi admis¹⁰².

Au total, il y a lieu d'observer que dans le contexte nigérien, différents instruments normatifs en vigueur prescrivent la protection de la famille et appellent à sa préservation. Il est par conséquent du devoir des pouvoirs publics de donner corps à ces prescriptions directives. A l'évidence, lorsque des ménages se disloquent, ce sont les valeurs et les idéaux de la société qui se trouvent ébranlés. Cela a un coût considérable que la société globale doit supporter. Dans ces conditions, le corps social peut-il rester indifférent face à un tel phénomène qui menace ses fondements ?¹⁰³

Les différents motifs qui précèdent montrent que la protection de la famille constitue un objectif primordial de la

¹⁰² V. notamment, art. 16, 1. de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 23, 4. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

¹⁰³ Un parallèle peut être fait, à ce niveau, avec une expérience qui a eu lieu dans le Canton de Goudel, situé dans la Communauté urbaine de Niamey. Constatant que les mariages se faisaient rares dans la collectivité, exposant, en particulier, les jeunes filles à tous genres de risques (grossesses hors mariage, prostitution, maladies sexuellement transmissibles, etc.) et que les valeurs morales et l'harmonie de la communauté se trouvaient menacées, le Chef de Canton (autorité traditionnelle) a pris la décision de limiter le montant de la dot à 50 000 F CFA pour les mariages relevant de son ressort. Cette mesure avait pour objectif de faciliter et favoriser les mariages des jeunes par l'allègement de la barrière financière que constitue la dot, qui commençait à devenir dissuasive. Il s'agit là d'un exemple de prise en charge, à un niveau local, d'un phénomène de société (ici la rareté des mariages) au moyen de la réglementation. Cette expérience ne doit-elle pas interpeller, voire inspirer les autorités centrales ?

⁹⁷ Art. 16.3.

⁹⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (Art. 17.1) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (Art. 10.1).

⁹⁹ AG-ONU Résolution No. 44/82 du 8 décembre 1989.

¹⁰⁰ Notamment, art. 18, 27 et 29.

¹⁰¹ Art. 100.

réforme envisagée du droit nigérien du divorce. Il en est de même de la protection des personnes vulnérables.

b) La protection des personnes vulnérables

Lorsque les divorces se produisent et que les foyers se trouvent disloqués, les membres de la famille se trouvent affectés, à des degrés divers. Il est sans doute difficile de généraliser, mais l'observation peut être faite que, dans le contexte nigérien, ce sont surtout les femmes et les enfants qui subissent le plus durement les contrecoups de cette situation.

Dans la plupart des cas, lorsque des difficultés apparaissent dans le couple, la femme se trouve expulsée sans ménagement du domicile conjugal. Elle est alors contrainte de quitter, accompagnée éventuellement des enfants en bas âge, et de se réfugier dans sa famille d'origine. Généralement sans ressources, elle doit faire appel à la solidarité des membres de sa propre famille pour subvenir à ses besoins et à ceux des enfants. Cette situation reflète le sort réservé à la plupart des femmes répudiées ou divorcées. En effet, il peut être observé qu'au sein du foyer conjugal une grande majorité des femmes mariées se trouve structurellement dans une situation de dépendance économique à l'égard des maris. Seul un faible nombre d'entre elles exerce des activités génératrices de revenus de nature à assurer leur indépendance économique, de sorte que, lorsqu'advient la rupture du lien matrimonial, elles se retrouvent

souvent démunies¹⁰⁴. Une telle situation est source de préoccupation et mérite que l'on s'y penche. D'autant plus que beaucoup se retrouvent dans une situation de précarité qui peut ouvrir la voie à toutes sortes de déviances. Aussi, encadrer les divorces et leurs conséquences est un moyen de préserver la dignité de la femme nigérienne et de lui rendre justice dans, et en dehors, du mariage.

Les enfants constituent le second groupe des « victimes » potentielles du divorce. Lorsque les parents décident de divorcer, les enfants mineurs, en raison de leur vulnérabilité, ont besoin d'être protégés. Un cadre normatif existe pour cette protection. En effet, au niveau international, des instruments juridiques adoptés par les États, dont le Niger, prescrivent la mise œuvre de moyens de nature à assurer l'épanouissement et le bien-être de l'enfant, ainsi que la protection de ses droits. Dans son préambule, la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) de 1989 énonce que : « [...] *la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir pleinement jouer son rôle dans la communauté* ». Quant à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (CADBE), après avoir

¹⁰⁴ L'analyse des décisions de divorce (divorces judiciairement prononcés ou constats de répudiation) montre que le sort des femmes après la séparation n'est pas pris en compte, les époux n'étant presque jamais condamnés à leur assurer le minimum vital. Dans le système du Code civil, les époux divorcés sont tenus d'une obligation alimentaire, le créancier étant l'époux se trouvant dans le besoin, l'autre époux, le débiteur, étant tenu du paiement d'une pension alimentaire.

rappelé dans son préambule la situation particulière de l'enfant africain¹⁰⁵, elle énonce que dans toute action ou procédure judiciaire ou administrative, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en considération¹⁰⁶. En outre, la CADBE prescrit la protection de la famille, compte tenu de son rôle prééminent dans le développement de l'enfant¹⁰⁷. De manière très explicite, la Charte appelle les États-parties à prendre « *des mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et de responsabilité des époux à l'égard des enfants durant le mariage et pendant sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions sont prises pour assurer la protection des enfants* ». Il est prévu ensuite qu'« *aucun enfant ne peut être privé de son entretien en raison du statut marital de ses parents* »¹⁰⁸.

On peut observer ainsi que, tant au niveau international que régional, un cadre normatif est mis en place afin d'assurer au mieux le bien-être et le développement de l'enfant. Il importe de souligner que la prescription de la protection de l'enfant est énoncée concomitamment à celle de la protection de la famille, ce qui montre leur corrélation. Le divorce des parents, même licite, constitue une entrave à cet idéal,

dans la mesure où il consacre l'éclatement de la cellule familiale. A cet égard, l'on notera qu'une nouvelle approche est en train d'émerger, qui préconise l'admissibilité du divorce à l'aune de l'intérêt des enfants.

Au-delà des textes, qui ne sont que de simples déclarations d'intention s'ils ne sont pas effectivement mis en œuvre, comme c'est le cas au Niger, la réalité est que la situation des enfants, particulièrement ceux de parents divorcés, est source de préoccupation. En effet, il n'existe pas une véritable politique sociale et les structures publiques de prise en charge de ces enfants vulnérables font défaut. Le cadre juridique relatif à la garde des enfants n'est pas clarifié, de même que leur prise en charge matérielle, notamment l'habillement, la subsistance, les soins médicaux et la scolarité. Il n'y a ni cohérence, ni homogénéité dans le traitement du sort des enfants lors des procédures de divorce¹⁰⁹. Cela montre à quel point une intervention pressante des pouvoirs publics est nécessaire, afin que l'intérêt et les droits des enfants soient

¹⁰⁵ Les Etats-parties « *notant avec inquiétude que la situation de nombreux enfants africains due aux seuls facteurs socio-économiques, culturels, traditionnels, de catastrophes naturelles, de poids démographiques, de conflits armés, ainsi qu'aux circonstances de développement, d'exploitation, de la faim, de handicaps, reste critique et que l'Enfant, en raison de son immaturité physique et mentale, a besoin d'une protection et de soins spéciaux* ».

¹⁰⁶ Art. 4 (Intérêt supérieur de l'enfant).

¹⁰⁷ Art. 18 (Protection de la famille) : « *1. La famille est la cellule de base naturelle de la société. Elle doit être protégée et soutenue par l'État pour son installation et son développement* ».

¹⁰⁸ Art. 18.2.

¹⁰⁹ Ce sont là les conclusions que l'on peut tirer de l'analyse des jugements de divorce, que ce soit devant les tribunaux étatiques ou devant les autorités traditionnelles, relativement aux questions de garde des enfants et des pensions alimentaires. Concernant la garde, le critère d'attribution n'est pas encore bien précis dans la jurisprudence. Tantôt l'âge de l'enfant est pris en considération (règle coutumière) ; tantôt le juge prétend prendre en considération l'intérêt de l'enfant, mais ne met pas en exergue les éléments fondant sa décision. De sorte, que dans la plupart des cas, la décision paraît subjective et semble dépendre de la volonté ou de l'humeur du juge. Quant à la pension alimentaire allouée aux enfants mineurs, elle reste dans la plupart des cas assez modeste. En outre, de véritables mesures coercitives font défaut afin d'amener l'époux condamné à en assurer le paiement.

préservés à l'occasion des procédures de divorce.

La protection de la famille et des personnes vulnérables apparaît comme des objectifs primordiaux de la réforme à venir du droit du divorce au Niger. Il en est de même de l'objectif de forme.

2) Objectif de forme

L'objectif de forme est d'ordre technique. Il a trait à l'intégration des systèmes normatifs épars en un corpus unitaire, aux fins de cohérence du régime juridique du divorce au Niger. Telle qu'envisagée, l'intégration revêt un aspect formel. Elle consiste, en quelque sorte, à couler dans un même moule des systèmes juridiques disparates et à en former un bloc unique. Cette opération aura ainsi vocation à rassembler les valeurs et principes communs, mais aussi à éliminer les différences et les divergences entre les systèmes normatifs en présence. En d'autres termes, elle permettra de régler les incompatibilités et les antinomies existant entre eux.

Si l'intégration souhaitée des différents systèmes normatifs apparaît comme un objectif de forme, il n'en demeure pas moins qu'elle peut également avoir une incidence sur le fond. En effet, l'identification des valeurs et principes communs et l'élimination des différences et des divergences a inévitablement un impact sur la substance. L'entreprise aboutirait ainsi à une transaction, un compromis, qui constituera désormais le référent à la fois unique et commun. La portée de l'opération d'intégration, tant sur la forme que sur le fond, est le gage de l'effectivité et de l'efficacité de la réforme envisagée du droit nigérien du divorce. Cela passe par la mise en œuvre de techniques et méthode appropriées.

B. Techniques et méthode

S'engager dans une réflexion sur la réforme du droit du divorce au Niger suppose, au préalable, de poser la question de savoir comment ? Cette question réfère aux techniques et méthode à mettre en œuvre. Les techniques seront d'abord exposées (1), avant de présenter la méthode globale (2).

1) Les techniques d'intégration normative

L'intégration normative tend à transformer la pluralité de systèmes normatifs en un corps unifié. Plusieurs techniques existent à cet égard. Il y a lieu de distinguer la technique de formalisation des normes coutumières et islamiques (a) de la technique d'intégration des normes relatives aux droits de l'homme (b).

a) La technique de formalisation des normes coutumières et islamiques

Dans le cadre d'un État, incarnation par excellence de l'ordre juridique, quelle approche adopter face à l'hétérogénéité du système juridique, caractérisé par la diversité des « mécanismes juridiques » ? Cette question fait écho à la fameuse formule du regretté Guy Adjété KOUASSIGAN : « quelle est ma loi ? »¹¹⁰. Régler cette question fondamentale n'est pas chose aisée et c'était, au lendemain des indépendances déjà, le dilemme auquel étaient confrontés les États africains anciennement sous domination coloniale.

¹¹⁰ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Pedone, 1974.

Les pays qui ont pris l'initiative de codifier le droit de la famille ont tenté, avec plus ou moins de succès, de concilier des conceptions et des valeurs antagonistes. Ceux qui à l'instar du Niger n'ont pratiquement pas connu d'intervention législative dans ce domaine depuis l'indépendance ont conservé le statu quo. Or, l'État contemporain, présenté comme un Etat de droit, peut-il s'accommoder de cette situation d'indétermination du droit ? Une telle situation ne s'apparente-t-elle pas à une absence de droit et donc d'autorité, avec toutes les conséquences qui y sont attachées ?

Le pluralisme juridique ou normatif¹¹¹ est un phénomène qui existe, sous différentes formes, dans pratiquement toutes les sociétés humaines. Ses manifestations sont surtout liées à l'apparition de l'État comme pouvoir organisé. Sur le plan théorique, les opinions divergent concernant la problématique du pluralisme juridique¹¹². Au début du XXe siècle, Eugen Ehrlich¹¹³ un éminent représentant de l'École

sociologique, mettait en évidence « le droit vivant », autrement dit, le droit spontanément sécrété par le corps social. Le droit vivant s'oppose au « droit posé », d'origine étatique, qui apparaît comme un droit imposé d'en haut. Cette thèse s'oppose à celle de l'École moniste, dont l'un des représentants illustres est Hans Kelsen. Dans la conception de l'École du positivisme juridique, le système juridique est représenté comme un ensemble hiérarchisé, que symbolise la fameuse figure pyramidale, et dans lequel l'État a le monopole de la production normative. Transposée dans le contexte des États africains anciennement colonisés, cette thèse reviendrait à accorder la primauté au droit légiféré, d'origine étatique, les coutumes locales se trouvant reléguées au rang de normes infra-juridiques, alors même qu'elles constituent le véritable « droit vivant » auquel adhèrent les populations. Or, le droit étatique, d'origine ou d'inspiration occidentale connaît un problème d'effectivité en raison de son manque de prégnance dans le milieu social.

A priori, les relations familiales, apparaissent comme une sphère privée où le droit étatique ne trouve pas véritablement son terrain d'élection et où il peut laisser la place à d'autres types de systèmes normatifs (préceptes religieux, morale, usages, coutumes, convenances, etc.). Cependant, dans le contexte actuel du Niger, l'intervention étatique dans le domaine de la famille, et particulièrement du divorce, nous paraît indispensable, légitime et justifiée pour plusieurs raisons. L'une des raisons est fondée sur le sacrosaint principe de l'égalité des citoyens

¹¹¹ De nombreuses études ont été consacrées au phénomène du pluralisme juridique, parmi lesquelles l'on signalera spécifiquement concernant le cadre africain : A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*, LGDJ, 1991. Adde, W. MENSKI, *Comparative Law in a global context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, University Press 2006, spéc. Chap. II : Legal Pluralism, pp.82-119 ; A. GRIFFITHS, « Legal Pluralism », in R. BANAKAR & M. TRAVERS (ed.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart Publishing, 2002, pp. 289-310 et les références indiquées à la note 2, p. 290.

¹¹² Sur les controverses doctrinales relatives au pluralisme juridique, V. notamment L. INGBER, « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit », *Le pluralisme juridique- Etudes publiées sous la direction de John Gilissen*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1972, pp.57-84.

¹¹³ E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 1913.

devant la loi, clé de voûte de l'ordre juridique étatique. En effet, comment concevoir que des citoyens, égaux par définition, aient des statuts différents, dans des situations similaires ? Cela doit conduire à l'homogénéisation du droit. Dans le cadre de l'État postcolonial, cet objectif prend un relief particulier, car c'est un moyen de réalisation de l'unité nationale, priorité majeure et gage de sa survie¹¹⁴. Par ailleurs, l'implication de l'État dans les relations familiales peut se justifier par sa mission de contrôle social et de promotion du changement social. Les pouvoirs publics ont en effet la responsabilité d'encadrer la société dont ils ont la charge, afin de l'orienter dans la voie du développement économique et social et du progrès. Sous ce rapport, il semble qu'en effet une intervention s'impose dans le contexte nigérien, en matière de dissolution du mariage, afin de mettre le droit aux diapasons de l'évolution générale de la société. A cet égard, nous formulons l'hypothèse que le contrôle social ne peut s'exercer qu'à travers l'unification législative, ce qui reviendrait à réduire le pluralisme normatif qui caractérise le droit de la famille et le droit du divorce en particulier.

L'unification législative suppose l'intégration de normes disparates en un corps homogène de normes. Autrement dit, il s'agit, de manière imagée, de couler les différents systèmes normatifs en présence,

qu'il s'agisse des règles du droit écrit dit moderne, des règles coutumières et islamiques, dans un même moule, de façon à effacer les divergences et les aspérités existantes et d'aboutir à un corps de règles harmonieuses et cohérentes. Cette technique d'intégration vise à formaliser les normes coutumières et islamiques. Elle correspond à la technique classique de la codification, bien connue des juristes. Une autre technique à explorer est celle visant l'intégration des normes relatives aux droits de l'homme, qui relève d'une problématique différente.

b) La technique d'intégration des normes relatives aux droits de l'homme

La question de l'intégration des normes relatives aux droits de l'homme se pose différemment de celle des normes coutumières et islamiques. S'agissant de ces dernières, qui sont considérées comme des normes informelles, le processus de leur intégration, usuellement appelé « codification », consiste en leur formalisation, c'est-à-dire à leur incorporation dans le système formel, soit une loi ou un code à valeur législative. Les normes relatives aux droits de l'homme, quant à elles, présentent les caractéristiques des normes formelles. Elles n'ont donc à être formalisées. En ce qui les concerne, le processus d'intégration se pose à un autre niveau. Etant issues de la Constitution, norme fondamentale, et des traités et conventions internationaux, instruments juridiques internationaux, elles ont, dans la hiérarchie des normes formelles, une portée qui est supérieure à celles des lois internes. Elles ont donc un statut qui les place au-dessus des règles ordinaires. L'implication, du point de vue

¹¹⁴ Sur ce point, V. G. A. KOUASSIGAN, « Famille, droit et changement social en Afrique noire francophone », *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert, Bruxelles, Bruylant et LGDJ, 1978, pp.161-220.

de leur intégration, est qu'elle doit nécessairement se faire dans un sens opposé à celle des normes antérieurement analysées. Il s'agit là, non pas d'élever des normes qui n'ont pas cette caractéristique au stade de normes formelles, mais de conformer les dispositions législatives ordinaires aux principes qu'énoncent les normes relatives aux droits de l'homme, normes formelles supérieures. Rendre conformes, c'est-à-dire faire en sorte que les lois ordinaires soient ajustées à l'aune des principes et standards des normes relatives aux droits de l'homme, telle est la problématique à régler. S'agissant particulièrement du droit du divorce, il s'agit de faire en sorte que des principes fondamentaux inscrits dans les instruments juridiques internationaux pertinents, notamment les principes de liberté, d'égalité et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soient reflétés dans les normes nationales, y compris celles qui relèvent de l'informel et dont la formalisation est requise, à savoir les normes coutumières et islamiques. Ce n'est pas une entreprise aisée. En effet, comment concilier des normes qui, non seulement n'ont pas la même portée juridique, mais, en outre, portent, en maints aspects, des valeurs divergentes, voire antinomiques ? La tension entre les normes relatives aux droits de l'homme considérées comme universelles, d'une part, et les normes islamiques et coutumières, d'autre part, a fait l'objet de nombreuses analyses¹¹⁵.

A la lumière de l'expérience de certains pays musulmans en matière de réforme du

droit de la famille¹¹⁶, il s'avère que le problème n'est pas insurmontable. Il est en effet possible de concilier le respect des droits de l'homme et la préservation des valeurs culturelles et religieuses¹¹⁷. Dans cette optique, des voies existent en vue d'atteindre ce nécessaire compromis. L'une de ces voies est celle de l'*Ijtihad*, ainsi que le préconisent certains intellectuels musulmans¹¹⁸. Provenant du terme *istinbāt* ou *istithmār*, qui signifie littéralement « processus consistant à extraire ou dériver de », la doctrine de l'*Ijtihad*¹¹⁹ postule l'effort d'interprétation des sources du droit musulman en vue d'y dégager les normes applicables à des cas concrets. Il s'agit d'une méthode d'interprétation permettant de faire appel aux sources primaires du droit musulman, à savoir le Coran et la Sunna, en vue de

¹¹⁶ Un exemple topique est celui du Maroc avec la réforme récente de la *Moudawana* (Code de statut personnel) intervenue en 2004. Sur ce point, V. L. A. WEINGARTNER, « Family Law and Reform in Morocco – The *Mudawana*: Modernist Islam and Women's Rights in the Code of Personal Status », *Univ. Detroit Mercy Law Rev.*, Vol. 82, 2005, n° 4, pp.687-713.

¹¹⁷ La philosophie qui a animé la réforme du Code marocain de statut personnel (*Moudawana*) devrait inspirer les législateurs dans les autres pays musulmans. Elle est ainsi exposée dans le préambule du Code « ce projet se propose notamment de rendre justice à la femme, de protéger les droits de l'enfant et de préserver la dignité de l'homme, tout en demeurant fidèle aux desseins de tolérance de l'Islam en matière de justice, d'égalité, de solidarité, d'effort jurisprudentiel (*Ijtihad*) et d'ouverture sur l'esprit de l'époque et les exigences du développement et du progrès ».

¹¹⁸ J. REHMAN, « The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq », *Int. Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 21, 2007, pp.108-127.

¹¹⁹ B. WEISS, « Interpretation in Islamic Law: The Theory of *Ijtihad* », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, No. 2, 1978, pp.199-212.

¹¹⁵ Pour une approche plus large de cette problématique V. A. HELLMUM, « Review: Human Rights and Gender Relations in Postcolonial Africa: Options and Limits for the Subjects of Legal Pluralism », *Law & Social Inquiry*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 2000), pp.635-655.

concilier le droit musulman avec le droit international des droits de l'homme. Outre le Maroc, où la doctrine a été mise en œuvre à travers la réforme récente du Code de Statut personnel (*Moudawana*), d'autres pays musulmans font recours à cette méthode¹²⁰. Le législateur nigérien pourrait également s'en inspirer avantageusement.

Dans une approche différente, la doctrine dite de la « transformation culturelle » tend également vers la conciliation du droit international des droits de l'homme avec les valeurs culturelles locales. Partant du postulat que dans chaque société l'articulation et la mise en œuvre des droits de l'homme sont imprégnées par la culture, qui connaît sa propre dynamique de changement, le Professeur Abdullahi A. AN-NA'IM suggère l'identification et l'utilisation des possibilités créatrices propres à chaque pays pour la promotion des droits culturels, économiques et sociaux. Fondant la transformation culturelle, d'une part, sur les processus sociaux internes et, d'autre part, sous l'aspect externe, sur le dialogue interculturel, cette approche envisage l'appropriation des droits de l'homme comme une construction sociale, gage de leur effectivité.¹²¹ Une telle doctrine présente, de notre point de vue, un intérêt dans le contexte des pays africains, comme le Niger, en butte à d'évidentes difficultés d'internalisation des normes internationales relatives aux droits de

l'homme, en raison précisément de la confrontation de celles-ci avec les valeurs culturelles et religieuses locales. Cependant, si dans sa conceptualisation la doctrine paraît séduisante, il reste à s'interroger sur son opérationnalisation. Or, dans sa conception même, la transformation culturelle comme mode d'internalisation des normes internationales relatives aux droits de l'homme est à inscrire dans le temps et se trouve, de toute façon, dans la dépendance de la dynamique culturelle de la société de référence.

L'intégration des normes relatives aux droits de l'homme et leur conciliation avec les normes islamiques et les valeurs culturelles constituent les enjeux majeurs de toute réforme en matière de droit du divorce au Niger. Dans un domaine aussi sensible, qui touche aux croyances, aux valeurs morales profondes et aux fondements mêmes de la société, il est impérieux de déployer une méthode générale spécifique, apte à répondre à l'exigence de formulation de règles adaptées, prenant en compte de manière raisonnable les réalités sociales. La méthode recherchée pourrait puiser avantageusement dans la doctrine du pragmatisme juridique.

2. La méthode globale : le pragmatisme juridique

Les rapports complexes entre le droit et les faits sociaux ont donné lieu à de nombreuses théories¹²². Des auteurs

¹²⁰ Par exemple, l'Égypte et le Pakistan (J. REHMAN, op. cit. p. 122).

¹²¹ A. A. AN-NA'IM, *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, London and New York, Zed books, 2002. Adde: A. A. AN-NA'IM et F. M. DENG (ed.), *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1990.

¹²² Pour une présentation synthétique des principales théories: R. BANAKAR et M. TRAVERS (éd.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart Publishing, 2002.

anciens insistaient déjà sur la nécessité de conformer le droit aux réalités sociales. A cet égard, Montesquieu disait que « le droit doit s'adapter à la géographie et au climat »¹²³. Autrement dit, le droit, en tant qu'élément de culture¹²⁴, doit trouver son enracinement dans la société de référence. De ce point de vue, l'on peut s'autoriser à réaffirmer, après beaucoup d'autres, que le droit n'a pas vocation à être une construction abstraite, déconnecté des réalités sociales. Pour jouer adéquatement son rôle de régulation sociale, il doit se fonder sur « les possibilités créatrices » de la société prise en considération. C'est là le gage de sa réception et de son efficacité. D'où un appel au pragmatisme et au réalisme.

En s'engageant dans la réflexion sur la réforme du droit du divorce au Niger, il convient d'aborder les questions sans dogmatisme ni parti-pris idéologique. L'expérience des pays africains ayant effectué des réformes dans le domaine du droit de la famille est pleine d'enseignements¹²⁵. Il s'avère que l'approche dichotomique classique, à l'arrière-fond idéologique, fondée sur l'opposition tradition/modernisme, a montré toutes ses limites. En effet, les réformes des législations engagées sur cette base, se sont soldées, dans une

certaine mesure, par l'échec. En témoigne l'exemple des pays africains anciennement colonisés ayant pris le parti de s'engager de plain-pied dans la « modernité », en écartant les coutumes ancestrales jugées désuètes et de nature à freiner le progrès : c'est l'exemple de la Côte d'Ivoire avec l'adoption en 1964 d'une série de lois sur le statut personnel marquées par l'influence du Code civil français¹²⁶. Il en est de même, dans une certaine limite, du Burkina-Faso avec un code jugé « révolutionnaire » au moment de son adoption en 1989 et qui, à l'épreuve des réalités, semble montrer des signes de faiblesse. A l'opposé, les pays ayant outrancièrement axé leurs réformes législatives sur le fondement de la revalorisation des traditions et des valeurs culturelles africaines ne peuvent pas non plus revendiquer plus de succès. C'est l'exemple du Zaïre sous le régime du Président Mobutu avec pour slogan « l'authenticité africaine ». En revanche, l'histoire des réformes en droit de la famille en Afrique a aussi connu des cas de réussite relative. Un exemple notable est celui de la réforme du droit du mariage et du divorce en Tanzanie¹²⁷, qui de l'avis de nombreux observateurs est un modèle de pragmatisme¹²⁸. Il y a lieu d'évoquer

¹²³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.

¹²⁴ Sur la relation entre le droit et la culture, V. l'ouvrage fascinant de L. ROSEN, *Law as Culture : An Invitation*, Princeton University Press, 2006.

¹²⁵ Pour une présentation analytique des réformes en matière de droit de la famille dans les pays africains francophones : B. ADJAMAGBO-JOHNSON, « Législations et changements familiaux en Afrique sub-saharienne francophone », in *Ménages et familles en Afrique : Approche des dynamiques contemporaines*, Les Etudes du CEPED, n° 15, 1997, pp.239 et s.

¹²⁶ E. ABITBOL, « La famille conjugale et le droit nouveau du mariage en Côte d'Ivoire », *Journal of African Law*, 1966, pp.141-163.

¹²⁷ The Law of Marriage Act, 1971.

¹²⁸ A. RAHMATIAN, « Termination of Marriage in Nigerian Family Laws: The need for Reform and the Relevance of the Tanzanian Experience », *Int. Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 10, 1996, pp.281-316; J. S. READ, « A Milestone in the Integration of Personal Laws: The New Law of Marriage and Divorce in Tanzania », *Journal of African Law*, Vol. 16, 1972, N° 1, pp.19-39; M. E. R. NICHOLSON, « Change Without Conflict: A

également l'expérience sénégalaise, avec l'adoption du Code de la famille en 1972¹²⁹, dont la méthode semble avoir inspiré bon nombre de pays dans la sous-région ouest africaine.

De manière générale, la philosophie qui doit sous-tendre la réforme doit être celle du pragmatisme et du réalisme. L'approche pragmatique comme démarche juridique trouve un support scientifique dans la théorie du pragmatisme juridique, à l'origine développée dans la doctrine américaine. Ainsi, l'éminent juriste américain Posner expose : « Pragmatism in the sense that I find congenial means looking at problems concretely, experimentally, without illusions, with full awareness of the limitations of human reason, with a sense of the "localness" of human knowledge, the difficulty of translations between cultures, the unattainability of "truth", the consequent importance of keeping diverse paths of inquiry open, the dependence of inquiry on culture and social institutions, and above all the insistence that social thought and action be evaluated as instruments to valued human goals rather than as ends in themselves ».¹³⁰

Case Study of Legal Change in Tanzania », *Law & Society Review*, Vol. 47, 1973, n° 4, pp.747-766.

¹²⁹ S. GUINCHARD, « Les grandes orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant*, 1978, pp.175-204.

¹³⁰ R. A. POSNER, *Problems of Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1990, spéc. Chap. 15 "A Pragmatist Manifesto", p.465). Sur les développements de la doctrine du pragmatisme juridique en general, V. également R. A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2003; B. Z. TAMANAHA, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford University Press, 1999; L. A. BAKER, "Just Do It: Pragmatism and Progressive Social Change",

Concernant la question qui nous occupe dans le cadre de la présente étude, à savoir la réforme du droit du divorce au Niger, il s'agit, dans une approche intégrative, dénuée de tout apriorisme, d'appréhender les différents systèmes normatifs relatifs au divorce au Niger et d'en extraire les aspects les plus pertinents, conformément aux aspirations sociales du moment. Cela signifie qu'aucun aspect ne sera mécaniquement écarté, chacun des systèmes normatifs en présence pouvant apporter une contribution dans la construction d'un droit fédérateur, conforme aux aspirations actuelles de la société nigérienne. L'apport du droit comparé ne doit pas non plus être négligé, certaines législations étrangères pouvant servir de source d'inspiration. L'entreprise suppose un dialogue entre les systèmes de valeurs de référence aux fins d'y puiser les valeurs positives fécondes, conformément aux attentes sociales. L'histoire nous enseigne en effet qu'aucune réforme législative, particulièrement dans un domaine sensible comme celui des relations familiales, ne peut prospérer si elle ne s'enracine dans la culture et dans les croyances des populations auxquelles elle s'adresse.

En définitive, il est préconisé, pour la réforme du droit du divorce au Niger, une démarche qui se veut résolument progressiste, en faisant prévaloir le pragmatisme, par opposition au dogmatisme qui caractérise les méthodes classiques de l'analyse juridique. Il importe, dans cette perspective, d'avoir

Virginia Law Review, Vol. 78, 1992, N° 3, pp.697-718.

constamment en vue la justice et l'harmonie sociales.

Conclusion

De nombreux enjeux sont actuellement au cœur du droit du divorce au Niger. L'entrecroisement, d'une part, de systèmes normatifs formels et informels et, d'autre part, d'institutions formelles et informelles intervenant en matière de divorce, donne une indication sur le caractère hétérogène du cadre juridique et institutionnel du divorce au Niger. Au surplus, la coexistence est conflictuelle entre les divers systèmes normatifs, ainsi qu'entre les différentes autorités. Au total, ce cadre apparaît, à l'analyse, peu propice à la nécessaire protection de la famille et des personnes vulnérables.

Dans ce contexte, une réforme du droit du divorce s'avère indispensable. Il est vrai que les tentatives antérieures de réforme du droit de la famille, au sens large, se sont heurtées à l'opposition de certains groupes sociaux. Une réforme dans un domaine aussi sensible, aux confluent des valeurs culturelles, des croyances et des principes fondamentaux des droits de l'homme n'est guère aisée. Cependant, la réforme du droit du divorce, qu'il est difficile de détacher de la réforme globale du droit de la famille, constitue aujourd'hui un impératif de premier ordre. Sa réalisation est possible, en usant de techniques appropriées et d'une méthode fondée sur le pragmatisme. Il y va de l'intérêt bien compris des familles, de la société et de l'Etat.