

LE ROLE DU JUDICIAIRE DANS LA MODERNISATION DU DROIT DANS LES PAYS D'AFRIQUE

Par HEINRICH SCHOLLER

Je souhaiterais pouvoir vous exposer trois sujets:

Le Judiciaire et la Loi en général, devant le problème du Droit dans les Pays d'Afrique (I). L'exemple éthiopien. Bien que ce pays n'ait pas été colonisé, il se trouvait placé devant le même problème. Je parlerai à son sujet, de la dualité des droits et de l'organisation du judiciaire, plutôt imparfait et arbitraire (II). La situation judiciaire actuelle en Afrique et l'utilisation de la loi comme moyen d'atteindre certains buts: la modernisation du droit africain (III). I. 1 – «Être indépendant des autres pouvoirs de l'Etat et seulement soumis à la loi». Telle était la formule de Montesquieu pour qui le juge n'avait pas de pouvoir par lui-même. Son pouvoir était en quelque sorte nul (les modifications de son rôle sont connues d'ailleurs, mais il ne faut pas y insister). Il était seulement la bouche prononçant les paroles du Roi. Dans la conception éthiopienne du judiciaire, le juge le plus élevé était toujours le Négus et son porte-parole était l'Afa-Négus: «la bouche du Roi»¹. Il n'y avait donc pas de pouvoir séparé ni d'indépendance du juge². M. Aillot a décrit quelque chose d'analogue dans la période postcoloniale avec le retour au système de Chieftancy, que l'on pourrait traduire par la loi du chef³.

2 – Mais la relation de la loi et du judiciaire est aujourd'hui plus complexe que ne l'avait pensé Montesquieu.

a – Aussi est-il nécessaire d'éviter une approche trop purement européenne, surtout en ce qui concerne la conception du droit dans les pays d'Afrique. Il ne faut pas écarter, en effet, la coutume comme étant une sorte de non-droit, ainsi que l'avait proposé René David⁴, il y a quelques années. Par ailleurs, pour le judiciaire, on ne peut ignorer que certaines réglementations du droit moderne sont nécessaires, afin de pouvoir véritablement parler d'un pouvoir judiciaire pour les lois de procédure et les lois organiques. L'approche doit être plus européenne pour les lois de procédure que pour le droit relatif au fond.

b – La conception de l'école historique juridique allemande et de son fondateur Savigny⁵, a toujours siligné que la loi n'est jamais complètement faite. Elle existe et grandit avec le peuple. C'est pourquoi beaucoup d'Européens, après avoir été déçus par la loi positive, croient aujourd'hui de nouveau que la considération historique doit être conservée dans le droit des pays d'Afrique. Keuning⁶, du reste, a proposé de ne plus parler de droit traditionnel, mais de droit autochtone africain.

c – Le problème de l'intégration du droit autochtone et du droit moderne, en vue d'éviter la dualité du droit⁷, n'est pas seulement un problème pour les pays africains ayant été colonisés

* CONFERENCE PRESENTÉE AU CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES COMPARATIVES (Droit africain) – UNIVERSITÉ DE PARIS I (Panthéon, Sorbonne).

1 M. PERHAM, *The Government of Ethiopia*, 1969, 2, p. 139 – Ch. CHLAPHAM, *Haile Sellasié's Government*, London 1970, 2, p. 28 – J. VANDERLINDEN, *Introduction au droit moderne de l'Éthiopie*, Paris 1971, p. 311 (314).

2 Ch. CHLAPHAM, *op. cit.*, p. 182 – J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, p. 311.

3 M. ALLIOT, *The role of justice in the application of the law in the francophone states in Africa (integration of customary and modern legal systems in Africa)*, APC, New York 1971, p. 74 (82).

4 R. DAVID, *Critical observation regarding the potentialities and the limitations of Legislation in the independant African states*, *ibid.*, p. 44.

5 Les deux auteurs les plus cités du XIX siècle, en ce qui concerne la création et le développement du droit en Afrique, sont M. M. SAVIGNY et MARX.

6 J. KEUNING, *Some remarks on Law and Courts in Africa*, *ibid.*, (4) p. 58.

7 M. ALLIOTT and E. COTRAN, *A note on previous conferences on African Law*, (4) p. 4.

dans le passé, il se pose exactement de la même façon en Ethiopie. Le pays a aussi une dualité de droits qui n'a pas seulement commencé au XX^{ème} siècle, mais qui remonte au XV^{ème} lorsque le fameux Fetha Nagast⁸ fut reçu comme la loi des Rois. On peut établir un parallèle avec le droit musulman qui fut reçu par d'autres pays africains. Il faut constater que la dualité⁹ et même la pluralité¹⁰ de droits est inévitable, lorsque deux ou plusieurs pays, avec des niveaux économiques et sociaux différents, veulent établir des relations commerciales. Comme le droit est toujours nettement lié au niveau socio-économique d'un système politique, il est inévitable que l'un des systèmes juridiques ne puisse s'appliquer aux activités entre les ressortissants de systèmes politiques différents. Par exemple, lorsque la prescription¹¹ n'existe pas, il est difficile pour des hommes d'affaires étrangers (occidentaux) de participer aux marchés. L'introduction d'un système basé sur la dualité des droits se réalise différemment lorsqu'il n'y a pas de pouvoir colonisateur pour imposer ses lois. Une convention doit alors être établie entre les deux puissances pour juger les différends entre les autochtones et les étrangers. Dans de nombreux pays, surtout en Turquie, en Egypte et en Ethiopie, des tribunaux spéciaux ont été créés à cet effet, qu'on a appelés Tribunaux mixtes¹². Dans un monde d'échange et de proximité, le droit moderne ne doit pas être considéré comme une valeur en soi. L'intégration du droit autochtone et du droit moderne dans un système évolué ne doit pas s'effectuer en détruisant l'infrastructure sociale, telle qu'elle existe en Afrique.

II. 1 – La justice a toujours été exercée en Ethiopie, mais elle l'était surtout à l'échelle locale et constituait une sorte de justice informelle, principalement conciliatrice, s'attachant surtout au maintien de l'équilibre social. Il existait néanmoins une justice impériale; justice d'appel, le plus souvent, mais également, justice de première instance, lorsque la gravité des affaires ou la qualité des personnes le justifiait¹³. Relativement inorganisée, la justice impériale¹⁴ ne commença à le devenir que sous Menelik II; avec la division du pays en quatre grandes circonscriptions judiciaires, dans chacune desquelles siégeait un juge d'appel, émanation directe du Tribunal impérial. Celui-ci – chose absolument nouvelle – avait l'ordre de conserver ses jugements par écrit. En 1908, le même Menelik II institua le Tribunal spécial, chargé de régler les litiges entre Ethiopiens et étrangers, dont nous parlerons plus longuement plus loin. Ce Tribunal disparut en 1941 pour faire place à une organisation judiciaire de type britannique, complétée par des éléments tirés de la coutume. D'après la constitution de 1955, la justice est exercée en conformité avec la loi et au nom de l'empereur, par l'intermédiaire de Cours et de Tribunaux.

Jusqu'en 1974, l'Empereur possédait un droit personnel de justice, découlant de ses prérogatives de Souverain, avec le « Chilot » impérial qui ne le liait en aucune façon au droit existant. Dans l'exercice de ce droit, il était assisté d'une administration ne dépendant que de lui, dont le rôle était d'examiner les instances en chilot présentées par les demandeurs, de proposer à

8 Selon la tradition éthiopienne, le FETHA NAGAST est réputé avoir été écrit par les 300 Sages, c.a.d. les Selest Meeti, les 318 pères de l'Eglise. On en trouve des traductions italiennes et anglaises, STEVEN-LOWENSTEIN, *Ethiopia (African penal systems)*. Ed. Alan Milner 1969), London, p. 35.

9 J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, p. 317 – K. DILGER, *Soziale Spannungen als Folge der Rechtserneuerung – Zur Rolle des Islamischen Rechts in Athiopien und dem Ostafrikanischen Raum – Vortrag vor der Gesellschaft für afrikanisches Recht*, Dez. 1971, Heidelberg.

10 LEO KUPER, *Plural Societies Perspectives and Problems (Pluralism in Africa)*. Ed. Leo Kuper & M.G. Smith, Berkeley 1971, p. 7) M.G. SMITH, *Institutional and Political conditions of Pluralism*, *ibid.*, p. 27.

11 En particulier, la question de la prescription inconnue dans le droit coutumier éthiopien, représentait l'un des sujets les plus importants soumis à la juridiction du Tribunal Civil.

12 J. VANDERLINDEN, *The special Court of Ehtiopia, 1922–1936*, conférence présentée en décembre 1933 à Addis-Ababa (non publiée).

13 J. VANDERLINDEN, *Introduction au droit de l'Ethiopie moderne*, Paris 1971, p. 311.

14 Voir son organisation médiévale, chap. V par Bairu Tafla et Scholler, *Ser'ata Mangest (An early Ethiopian constitution)*, VRÜ 1976, p.

l'Empereur celles qu'elle jugeait devoir être retenues et de le conseiller éventuellement dans les décisions à prendre.

L'organisation judiciaire, au niveau du plus bas échelon, reposait sur le juge unique du sous-district (woreda). Au-dessus, les Cours de district, jugeant à la fois en appel, avec trois juges ou avec un seul lorsqu'il s'agit d'un jugement en première instance. Puis, une Haute Cour dans chaque province ayant plénitude de juridiction en première instance, aussi bien qu'en appel. Enfin, la Cour Suprême; siégeant à Addis-Abeba, ayant uniquement compétence d'appel. A sa tête, se trouve l'Afa Negus, déjà cité plus haut, assisté d'un certain nombre de Vice-Afa-Negus.

Les juges locaux d'autrefois n'ont pas, en principe, été supprimés. Connus sous le nom d'*atbia dania*, le juge local existe dans chaque localité. Son rôle est, avant tout, de concilier les parties et sa compétence est limitée par la valeur, soit de la somme en cause dans les affaires civiles, soit du montant de l'amende applicable dans les affaires pénales. Il est assisté de deux assesseurs, mais son opinion l'emporte sur la leur. Ses décisions sont susceptibles d'appel devant la Cour du sous-district.

2 – Au cours du XIX^{ème} siècle, les puissances européennes augmentaient leur pression sur l'Éthiopie, en vue de la constitution et de l'application à leurs ressortissants venant commercer avec ce pays, d'une législation moderne sur le plan commercial, comme sur le plan pénal; le judiciaire traditionnel, en effet, y compris le *chilot impérial*, ne pouvant suffire. Avec le traité de SHOA, en 1843, commença une série de conventions internationales établissant une juridiction consulaire, avec application du droit international aux négociants. Il n'existe que peu d'informations sur le point de savoir dans quelle mesure et de quelle manière a fonctionné cette juridiction. Avec le début du XX^{ème} siècle et spécialement au cours de la période 1897 – 1907, un grand nombre d'ambassades et de missions étrangères vinrent s'établir. Le chemin de fer de Djibouti à Dire Dawa était alors en construction. Dans le but de promouvoir les échanges et le trafic, il semblait nécessaire d'avoir, au moins pour les négociants étrangers¹⁵, une législation moderne, commerciale, civile et pénale, car celle, traditionnellement appliquée en Éthiopie, ne pouvait être considérée comme suffisante.

Menelik II rejeta deux propositions: La nomination d'un juge européen. L'établissement d'un Tribunal international.

A juste titre, il craignait le traité tripartite signé entre la France, l'Italie et la Grande Bretagne, ainsi que le projet d'internationalisation du chemin de fer franco-éthiopien, considérant ces deux choses comme des instruments de contrôle colonial sur l'Éthiopie. L'ambassadeur français M. de Kobukowski, obtint finalement, en 1908, par un nouvel accord de commerce et d'amitié, la création d'un Tribunal spécial (Tribunal mixte), composé de juges européens et éthiopiens¹⁶. La possibilité d'un appel était prévue, permettant de porter les litiges devant l'Empereur (*chilot impérial*).

Une lutte sourde s'établit entre la Grande Bretagne et l'Italie d'un côté et la France, de l'autre, montrant l'intérêt grandissant des puissances étrangères pour l'Éthiopie¹⁷.

La même année où Menelik II introduisit une administration ministérielle moderne, débuta également, qu'il l'ait fait sciemment ou non, la modernisation du droit éthiopien qui fut complétée par l'introduction du Code Civil et du Code Commercial de l'Empire d'Éthiopie (les deux choses en 1960)¹⁸ et celle du nouveau Code Pénal de 1961, remplaçant celui de

487, VANDERLINDEN, op. cit.

15 M. PERHAM, *The Government of Ethiopia*, (1) p. 151, 2^{ème}.

16 R. PANKHURST, *Economic History of Ethiopia*, Addis-Abeba 1968, p. 61.

17 H. MARCUS, *The foreign policy of the emperor Menelik 1896-1898. A Rejoinder*, *Journal of African History*, vol. 7, 1966.

18 Code de Commerce de l'Empire d'Éthiopie de 1960. Édition française avec note d'introduction de M. Alfred Jauffret, Paris 1965, ed. R. Richon et R. Durand, Auzias.

1930¹⁹. Le Tribunal spécial commença à fonctionner en 1922²⁰. Tout s'arrêta à l'invasion italienne. Il fut aboli après la libération du pays. Ce Tribunal comprenait dix sections correspondant aux différentes nations participantes. Il eut une influence très importante sur le développement d'un droit éthiopien moderne, se créant progressivement au travers de la législation légale et avec le concours des étrangers exerçant la présidence du Tribunal (en annexe III est donné un exemple de jugement rendu en première instance).

Les projets du Code civil, en 1930, et la premier Code pénal impérial de 1930 également, furent influencés par la jurisprudence du Tribunal spécial. A quel point s'étendait cette influence? La chose ne pourrait être connue qu'au travers d'une étude attentive des jugements rendus et ceux-ci ont été perdus en Ethiopie. Toutefois, environ 1.500 jugements ont pu être retrouvés à Londres. Faute de temps, ils n'ont pu être examinés qu'à une très petite échelle. 3 – Le problème résolu par l'institution des Tribunaux mixtes est demeuré. Aujourd'hui, il se rapporte à deux questions: celle de la compétence judiciaire d'un Etat dans ses rapports avec les étrangers et celle du contrôle exercé sur les jugements rendus par un Tribunal étranger, lorsqu'ils doivent être exécutés sur le territoire d'un autre Etat.

En France, la première question trouve sa réponse dans les articles 14 et 15 du Code Civil. La réponse à la 2e question repose sur le principe de l'exequatur²¹.

4 – Il existe également des Cours Martiales, des Tribunaux Maritimes et des Tribunaux administratifs (pour les litiges fiscaux, les litiges concernant les pensions, les coopératives, le travail). Pendant la révolution éthiopienne, des Cours Martiales ont été instituées²². On a également créé un Code spécial de procédure pénale. M. Brietzke et moi-même, avons spécialement étudié les modifications intervenues dans la structure judiciaire. En conclusion, nous avons trouvé que des lois nouvelles avaient été établies instituant un état d'urgence de manière permanente.

Nous devons revenir au sujet traité: le rôle du judiciaire dans le développement du droit moderne. On peut se demander si ce rôle n'est pas devenu de plus en plus restreint, en raison d'un désir de changement, rapide et complet, de société, au moyen de la loi, mettant en relief le pouvoir législatif et diminuant, à l'heure actuelle, le rôle du judiciaire. Cependant, cela n'est pas et n'a pas toujours été vrai. Les Tribunaux mixtes peuvent très bien démontrer qu'ils ont rempli une fonction remarquable dans la modernisation du droit, si l'on entend par là une assimilation progressive, à la fois éducative et émancipatrice. D'ailleurs, René David²³, qui est bien connu pour son Code éthiopien, a démontré, il y a quelques années, que le processus de transformation des droits coutumiers ne peut pas se faire au travers d'un processus révolutionnaire, mais seulement par une évolution graduelle. Il donne des exemples pour prouver son opinion, en se référant à l'histoire juridique européenne.

Il est nécessaire de souligner qu'un processus trop accéléré n'atteint pas seulement le but recherché, mais peut constituer un obstacle au développement même. Il faut faire mention, à cet égard, de l'accroissement des grandes villes, de 10 à 20 % chaque année, pour compren-

19 J. GRAVEN, Vers un nouveau droit pénal éthiopien: de la plus ancienne à la plus récente législation du monde. *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1954, pp. 250–89. J. GRAVEN, L'Ethiopie moderne et la codification du nouveau droit, 72. *Revue pénale*, Suisse 1957, pp. 397–407. En ce qui concerne l'Afrique anglophone, voir H. F. MORRIS, *A History of the Adoption of Codes of Criminal Law and Procedure in British Colonial Africa 1876–1935* (*Journal of African Law*, Vol. 18, No. 1, 1974, pp. 6 et 7).

20 Un exposé sur le sujet a été présenté à l'occasion de la 3ème conférence internationale des Africanistes, en décembre 1973 à Addis Ababa. Une publication plus détaillée est actuellement en préparation.

21 JEAN DERRUPE, L'évolution du droit français en matière d'effet des jugements étrangers, depuis les accords conclus en ce domaine entre la France et les Etats africains et malgaches d'expression française. PENANT No. 743, 1974, p. 42 – P. LAMPUE, Les questions de compétence judiciaire dans les rapports franco-africains. PENANT No. 743, p. 67 – P. LAMPUE, Les conflits de la loi d'ordre international en Afrique francophone. PENANT No. 338, 1972, p. 445. Par comparaison, en ce qui concerne le droit algérien: MOHAN ISSAD, *ibid.*, p. 6. et J. DUJARDIN, pour ce qui est du droit belge, *ibid.*, p. 75.

22 H. SCHOLLER et P. BRIETZKE, *Law and Policy in Revolutionary Ethiopia*, VRÜ 1975, p. 183; *idem*, *Ethiopia: Revolution, Law and Politics*, Munich 1976, p. 68.

23 R. DAVID, *op. cit.*, p. 17. A comparer avec l'opinion différente de M. Keuning, *op. cit.*, p. 64 note 13.

dre que la destruction de l'infrastructure sociale accompagnant cet accroissement, risque d'empêcher ou de détruire ce développement.

III. 1 – Comme il a été exposé au début, il convient, à présent, d'expliquer la situation judiciaire actuelle dans les pays d'Afrique et la relation entre la loi et le juge, pour voir de quelle manière celui-ci peut se servir de la loi comme moyen de modernisation, au sens où, ainsi qu'il a été dit, il convient d'entendre par là, une assimilation progressive, à la fois éducatrice et émancipatrice. On peut se reporter pour cela à un article de M. Nkouendjin Yotnda sur le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux Etats de l'Afrique francophone²⁴.

On peut comprendre la notion de modernisation dans un sens plutôt juridique et limité au droit lui-même, ce qui signifie qu'il y a lieu de se demander si le judiciaire participe, en Afrique, à ce qu'en droit américain on nomme «judicial law making». Prenons tout d'abord cette deuxième notion et référons-nous tout particulièrement à l'ouvrage de M. Bryde «The Politics and Sociology of African legal development»²⁵.

Bryde y traite tout d'abord de la réglementation préexistante comme constituant un obstacle au «Law-making» au travers du judiciaire. Il démontre que le droit remplit deux fonctions; plus exactement qu'il possède deux dimensions: l'une légale, l'autre d'«ingénierie» sociale (social engineering) et il souligne que la politique officielle de la plupart des pays africains est en faveur de l'ingénierie sociale, ce qui, par conséquent, est de nature à limiter la dimension légale. Il traite ensuite de l'indépendance, des limites, des valeurs et des intérêts du judiciaire. En ce qui concerne la question de l'indépendance, il distingue quatre catégories de situations²⁶:

Rejet complet de la séparation de pouvoir (Algérie et Guinée)

Politique officielle favorable à l'indépendance, mais sans structure efficace du judiciaire.

Politique officielle favorable à l'indépendance, avec structure suffisante, mais comportant néanmoins quelques violations accidentelles par l'exécutif (Tanzanie et Zambie)

Indépendance effective du judiciaire (Gambie et Botswana)

2 – Au sujet des restrictions à l'indépendance du judiciaire, on pourrait discuter sur le point de savoir si un Conseil Constitutionnel, ou encore, une «Constitutional Review» s'avérerait désirable et efficace dans les pays francophones ou anglophones d'Afrique²⁷. La même question peut également se poser à propos des Tribunaux administratifs. Pour moderniser le droit public, la spécialisation des Tribunaux revêt une importance capitale. Malheureusement, le temps nous manque pour développer cet aspect.

3 – Le dernier point traité par M. Bryde concerne les valeurs et les intérêts du judiciaire. Il indique que, déjà avant la décolonisation, les Tribunaux, en Afrique, s'attachaient davantage aux droits de l'individu, faisant un moindre cas de ceux des communautés. Ces Tribunaux tranchaient en faveur des familles urbaines mieux concentrées plutôt qu'en faveur des familles considérées dans un sens étendu, plus large. Ce qui semble contredire, d'ailleurs, ce qu'il veut résumer en disant que l'attitude générale du judiciaire à l'égard du droit coutumier est «innovatrice», alors qu'elle ne l'est pas vis-à-vis du droit moderne.

24 NKOUEUNDJIN YOTNDA, Le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux états d'Afrique francophone. PENANT No. 739, 1973, p. 11. NGUINI, Droit moderne et droit traditionnel. PENANT No. 739, 1973, p. 1. BRAHIM SAID, De la justice et des juges. PENANT No. 753, 1976, p. 307. ST. MELONS, Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain. PENANT No. 734, 1971, pp. 421-442. DIALLO SEYNI SAMBA, L'évolution du droit traditionnel, fondement de la dualité de juridiction en Haute-Volta. PENANT No. 757, 1977. MIGNOT, Droit coutumier et anthropologie juridique. PENANT No. 757, 1977, p. 352. «Le système occidental implanté en Afrique ayant été récupéré au profit des autochtones, la stricte dualité des régimes juridiques ne pouvait subsister.» Le droit occidental, réservé autrefois à la population européenne, devait être nécessairement ouvert à la population africaine, C'est là le sens de la décolonisation.

25 B. O. BRYDE, The Politics and Sociology of African Legal Development, p. 75, 83 passim; idem, Rezeption europäischer Rechts und autozentrische Rechtsentwicklung in Afrika, afrika spectrum 1977, p. 177.

26 BRYDE, The politics . . . (No 25), p. 134.

27 T. WERHELST, Garanties constitutionnelles relatives à l'individu face à la justice dans les Etats d'Afrique francophone. Journal of African Law, Summer 1971, No 2, vol. 15, p. 113. BRYDE, op. cit., p. 71.

Pour terminer, il nous faut répondre à la question de savoir si le judiciaire a également joué un rôle dans l'éducation, l'assimilation, dans l'unification²⁸ ainsi que dans l'émancipation²⁹. Il semble qu'on ne puisse nier un tel rôle. Néanmoins, il faut insister pour dire que la processus à suivre à cet égard doit être progressif et non pas révolutionnaire. Mieux que les autres pouvoirs, le judiciaire est capable d'effectuer une modernisation graduelle, par étapes. Il faut, cependant, distinguer les différentes dimensions du droit, de même que les différents Tribunaux ayant à l'appliquer.

a – Le but éducatif ne peut être atteint par une assimilation complète des droits autochtones par le droit moderne. On ne peut, en effet, si l'on veut éduquer, vouloir en finir avec la dualité des droits, car toute éducation doit maintenir un lien entre l'homme et son passé culturel et historique. Par ailleurs, l'éducation ne doit pas être une façon de développer l'individualisme aux dépens de la collectivité. A cet égard, le droit africain ne doit pas répéter les erreurs commises par le droit européen. C'est pourquoi l'éducation, en opposition à l'assimilation purement technique, implique l'établissement d'un tableau de valeurs, en vue d'un choix à faire, en vue surtout, d'éviter une aliénation du passé.

b – D'un autre point de vue, le judiciaire peut largement contribuer à la modernisation du droit, en ce qui concerne le droit public et la procédure. Ce qui, autrefois, empêchait les chefs d'abuser de leur pouvoir dans leurs fonctions de juges (c'est-à-dire, la nature du droit coutumier et le caractère arbitral et plutôt conciliateur de leur rôle dans les instances engagées) n'existe plus, en effet, à cause du droit moderne. C'est pourquoi une éducation politique apparaît comme étant très nécessaire pour tenir compte de cette situation. Pour ce qui est de cette éducation politique, il n'y a rien d'autre à faire que de demander aux juges de s'occuper profondément de la protection des citoyens.

c – Enfin, pour remplir son rôle d'éducation, le judiciaire doit se montrer empirique. Il ne peut se contenter d'interpréter le droit moderne. La jurisprudence empirique doit donc être créative. Les Tribunaux mixtes d'Ethiopie, à cet égard, avaient, dans leur champ d'action, introduit un processus innovateur.

On ne peut répéter l'histoire, ni faire renaître des Tribunaux mixtes. Mais on peut clairement comprendre combien il est utile de mener une évolution juridique graduelle, progressant par étapes.

28 E. SCHAEFFER, *Aliénation, Réception, Authenticité, Réflexions sur le droit du développement*. PENANT No 745, 1974, p. 311. YOTNDA NKOUENDJIN: «... parfois à l'issue de ces 'procès' académiques et autres, on se pose la question de savoir si l'oeuvre civilisatrice française en Afrique est une réalité ou une mystification»... «nous croyons que c'est une réalité, même si les acteurs, n'y croient pas» («peut-être par modestie ou par scrupules»). PENANT No 739, 1973, p. 22, par F. TRIBILLION, *L'urbanisme est une chose nouvelle en Afrique. «L'urbanisme a pour but de proposer une nouvelle culture urbaine»... «en Afrique, l'urbanisme accélère la disparition des particularismes ethniques»* (Pour une politique urbaine – Urbanisation et développement). PENANT No 754, 1974, p. 333. Sur ce point, M. KOFFI-AMEGAT, exprime une opinion différente qui paraît mieux correspondre à la vérité: a) «La théorie de l'assimilation qui gouvernait l'action coloniale depuis Napoléon, posait mal le problème de la garantie de la personnalité du colonisé. b) La civilisation chrétienne du colonisateur ne s'adaptait pas aux usages issus des croyances animistes ou islamiques des indigènes... c) Enfin, la preuve n'était nullement rapportée que les institutions du colonisateur étaient supérieures à celles des colonisés.» PENANT, 1972, juillet-août-septembre, p. 287. «Ainsi donc, le droit moderne importé par les puissances colonisatrices ne s'appliquait pas sans la contestation de la part du droit traditionnel local; en effet, le droit d'un peuple est le produit de l'ensemble de ses croyances, de ses mentalités, de ses us et coutumes; il était dès lors difficile, sinon impossible, de transposer purement et simplement des notions et institutions étrangères dans les pays coloniaux; d'où, la prudence du législateur qui a tôt fait de laisser subsister des domaines régis par les coutumes: familles, successions, terres rurales, à côté des domaines auxquels les nécessités impérieuses recommandaient l'application d'une législation moderne: administration, économie et, plus tard le droit pénal.» PENANT, *ibid.*, p. 288.

29 L'émancipation trop rapide peut facilement dégénérer en non-réception et conduire à une politique d'«authenticité» hostile. M. SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 323 – JOHN MERRYMAN, *Comparative law and social change. The american journal of comparative law*, 1977, p. 457. ELLIOT BURG, *ibid.*, p. 492.

Modern law and traditional societies

BY FRANZ VON BENDA-BECKMANN

The analysis of the relationship between legal and socio-economic change requires a conceptual apparatus in which the concept of law is dissociated from the social processes to which its rules relate. The changes in the property and inheritance law of the Minangkabau of West Sumatra illustrate that important socio-economic changes may occur within the frame work of basically unchanged law. As is shown by a comparison between Minangkabau and Dutch law, the labels “modern” and “traditional/non modern” are highly misleading when applied to the unwritten law of non western societies and its development.

The Role of the Judiciary in Modernizing Law in Africa

BY HEINRICH SCHOLLER

The starts by describing the development of modern courts and modern law in Ethiopia which is characterized by a lack of colonial influence in this country. It shows the importance of mixed court jurisdiction in the early stage of modernizing law. This system had to resolve two mayor problems which involved the question of maintaining sovereignty: first, the jurisdiction over foreigners, second, the execution of foreign judgments in an African country. The problem of overcoming the concept of the so-called “duality of law” is also one of the main points of interest. The article stresses that the duality or plurality of law is not due to mere colonial policy, but rather to the process of modernizing law. The process of modernization started always out of a socially marginal position. This is also true for the revolutionary law although the role of courts and law during the Ethiopian revolution is only briefly mentioned.

According to this article the meaning of the term “modernizing law” is not restricted to the law making process itself but extended to the role of law as a part of social engineering. The independence of the law courts is considered an important element in the fulfilment of this function. The function of social engineering includes the task of education, assimilation and emancipation of men and women by modernized law. The task of political education can only be accomplished by law courts if they recognize their creative function and, for that purpose, claim a certain discretion in finding just and equitable solutions.

“Autocentric” development in Ethno – Sociological perspective

BY INGBORG Y. WENDT

Industrialization in Europe was pursued parallel with a growing philosophical inclination towards rationalism and materialism, i.e. economic development was in accordance with the general mental tendency. – There was wide-spread illiteracy even in England during the time of the “Industrial Revolution”, and also rapid growth of population. These historical facts are ignored by theories on development, and wrongly literacy and family planning are considered as preconditions of economic growth in today’s developing countries. – Japan, the only successful non-European country, was in seclusion when the rest of the non-European world was under colonial rule. Thus, it preserved its social system including a poor, but sustaining agriculture and its moral values, and retained its material substance. Japan was a well functioning, dynamic entity when it was forced to enter the international scene in 1853/54. In contrast India, representing the former colonies and present developing coun-