

La coutume saisie par l'intérêt de l'enfant: la lecture de la Règle de Conflit Integrative à l'épreuve d'un jugement inédit du Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II

Commentaire du jugement M. B.M. c. Mme A.B. (Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II, matière coutumière, audience du 21 août 2023)



Rachida HASSANE DJIBO

Docteure en droit privé international (Université Abdou Moumouni de Niamey)
Chargée de travaux dirigés en droit des personnes et de la famille et OHADA

Note : conformément à l'usage suivi en matière de commentaire de jurisprudence, les noms des parties et des enfants mineurs concernés par la décision commentée ont été anonymisés.

Résumé

Le jugement rendu par le Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II dans l'affaire opposant M. B.M. à Mme A.B. offre un terrain d'observation privilégié pour vérifier, *in concreto*, l'hypothèse doctorale défendue par l'auteure dans sa thèse consacrée aux règles de conflits interpersonnels en droit international privé de la famille nigérien. Saisi d'une demande de garde d'enfants consécutive à une répudiation, le tribunal désigne, conformément à l'article 74 de la loi n° 2018-37 du 1er juin 2018, la coutume de l'épouse, la coutume beriberi, comme loi compétente, avant de s'écarter de la solution matérielle que cette même coutume

commande, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dédoublement de l'opération intellectuelle du juge, localisation de la norme, puis contrôle de sa teneur, donne à voir, à l'état pratique et non théorisé, les deux fonctions cumulatives que l'auteure¹ a placées au cœur du concept de Règle de Conflit Intégrative (RCI): une fonction localisatrice classique et une fonction correctrice, tournée vers la protection des droits fondamentaux de la personne. L'étude, résolument ancrée dans la doctrine et la jurisprudence africaines, se propose d'objectiver cette lecture, d'en mesurer les limites et d'en tirer des enseignements de *lege ferenda*, à la lumière du droit comparé ouest-africain, centrafricain et nord-africain.

Mots-clés : conflit de coutumes — statut personnel — droit international privé africain de la famille — garde d'enfant — intérêt supérieur de l'enfant — Règle de Conflit Intégrative — pluralisme juridique africain — CEDEAO — UEMOA.

Abstract

The judgment delivered by the Communal District Court of Niamey II in the case opposing Mr. B.M. to Mrs. A.B. offers a privileged empirical testing ground for the doctoral hypothesis defended by the author in her thesis on interpersonal conflict-of-laws rules in Nigerien private international family law. Seized of a child custody claim following a repudiation, the court first designates, in accordance with Article 74 of Law No. 2018-37 of 1 June 2018, the wife's custom, Beri-Beri custom, as the competent law, before departing from the substantive solution that this same custom would command, in the name of the best interests of the child. This twofold intellectual operation performed by the judge, first localising the applicable norm, then reviewing its content, reveals, at a purely practical and untheorised level, the two cumulative functions that the author has placed at the core of the concept of the Integrative Conflict Rule (Règle de Conflit Intégrative, RCI): a classical localising function and a corrective function oriented toward the protection of fundamental rights. Firmly grounded in African doctrine and case law — from Niger, Nigeria, Ghana, Cameroon, Algeria and Egypt, as well as in the founding work of classical private international law (Savigny, Story, Martin), the study objectifies this reading, assesses its limits, and draws *de lege ferenda* lessons for the sub-regional harmonisation of family law.

Keywords: conflict of customs — personal status — African private international family law — child custody — best interests of the child — Integrative Conflict Rule (RCI) — African legal pluralism — ECOWAS — UEMOA — customary law.

1 HASSANE DJIBO Rachida, *Les règles de conflits en droit international privé de la famille et l'ordre juridique nigérien : Étude à la lumière des règles de conflits interpersonnels*, Thèse de doctorat, Université Abdou Moumouni de Niamey, 2026, 498 p.

Introduction

1. **Présentation des faits.** Par acte du 15 septembre 2021 dressé par le Président de l'Association Islamique² du Niger, M. B.M., comptable principal, répudiait son épouse Mme A.B., réceptionniste, avec effet au 13 septembre 2021, mode de rupture extrajudiciaire du lien conjugal dont la doctrine sénégalaise a montré qu'il structure, bien au-delà du seul Niger, l'essentiel du contentieux familial informel en Afrique de l'Ouest³. De cette union dissoute étaient issus sept enfants, dont trois demeuraient mineurs à la date du jugement : l'aîné des mineurs (15 ans), le second mineur (11 ans) et le cadet (8 ans). Le 16 août 2022, le père saisissait le Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II d'une action en garde d'enfants dirigée contre son ex-épouse, invoquant les mauvais résultats scolaires de leurs enfants et une situation matérielle qu'il présentait comme plus favorable à leur épanouissement. La défenderesse, de son côté, faisait valoir que le requérant ne s'acquittait pas des frais de scolarité. Un rapport d'enquête sociale, versé au dossier le 3 mai 2023, concluait que si le père offrait un cadre matériel supérieur, la phase prépubertaire des enfants et la cohabitation difficile qui en résulterait avec la nouvelle épouse du requérant commandaient de maintenir la garde auprès de la mère, seule à même d'assurer l'équilibre psychosocial des enfants.
2. **La solution retenue.** Le tribunal statue en deux temps, qui structureront l'ensemble de la présente étude. Il détermine d'abord la coutume applicable au litige : « en cas de conflit de coutumes en matière de divorce, il est fait application de celle de la femme si celle-ci est de nationalité nigérienne »⁴. L'épouse étant de coutume béribéri et l'époux de coutume djerma, c'est la coutume béribéri qui reçoit application. Le tribunal relève ensuite que « selon la coutume béribéri musulmane applicable en l'espèce, la prise en

2 Organisme national d'utilité publique fondé le 13 septembre 1974, officiant sous la tutelle administrative et religieuse de l'État nigérien. L'AIN joue un rôle majeur de régulation sociale et de conciliation pour le contentieux familial informel (mariages, répudiations, divorces ou *talâq*) à Niamey et dans les régions du Niger.

3 M. SECK, « La justice islamique informelle au Sénégal », Cahiers d'études africaines, L'Harmattan, 2019, p. 85

4 Art. 74, 1, loi n° 2018-37 du 1er juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger <https://droit-et-politique-en-afrique.info/loi-du-1er-juin-2018-fixant-lorganisation-et-la-competece-des-juridictions-au-niger>

compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est primordiale toutes les fois qu'il s'agit de prendre une décision le concernant », la coutume elle-même faisant « référence au sexe et à l'âge de l'enfant » et prévoyant, en principe, que la garde revient au père « dès lors que l'enfant ait atteint l'âge de 7 ans ». Or les trois enfants mineurs du litige ont respectivement 15, 11 et 8 ans, tous au-delà du seuil coutumier. Le tribunal ne fait cependant pas application de cette solution : s'appuyant sur l'article 1er de la loi n° 2014-72 du 20 novembre 2014 relative aux juridictions des mineurs, qui définit l'intérêt supérieur de l'enfant⁵ et sur les conclusions du rapport d'enquête sociale, il rejette la demande du père et confie la garde des trois enfants à la mère, tout en mettant à la charge du père une pension alimentaire de 30 000 francs CFA par enfant et par mois, les frais médicaux et scolaires, ainsi qu'un droit d'hébergement et de visite.

3. **Intérêt doctrinal de la décision.** Ce jugement, rendu par une juridiction de première instance statuant en matière coutumière et non publié dans les recueils habituels, pourrait sembler d'une portée modeste. Il illustre pourtant, avec une netteté rare, la thèse que l'auteure a soutenue le 13 juin 2026 devant l'Université Abdou Moumouni de Niamey, sous la direction du Professeur Bachir TALFI IDRISSE : celle d'une mutation fonctionnelle de la règle de conflit interpersonnel nigérien, de la simple règle de conflit classique — dont la mission s'épuise dans la désignation neutre d'un système normatif compétent — vers ce que l'auteure a qualifié de **Règle de Conflit Intégrative (RCI)**. Selon cette construction doctrinale, la règle de conflit, dans les ordres juridiques à pluralisme normatif structurel comme le Niger, « ne se borne pas à désigner la loi applicable par un critère de rattachement neutre et abstrait, mais conditionne cette désignation à la conformité substantielle de la norme désignée — qu'elle soit étatique, coutumière ou confessionnelle — aux impératifs axiologiques fondamentaux de l'ordre juridique du for, notamment les droits fondamentaux de la personne, le principe d'égalité entre les sexes et l'intérêt supérieur de l'enfant ». Elle assure ainsi une double fonction, « une fonction localisatrice classique, par laquelle elle identifie le système normatif le plus proche du rapport de droit; et une fonction correctrice, par laquelle elle filtre, adapte ou écarte la norme désignée lorsque son

5 L'intérêt supérieur de l'enfant est « tout ce qui est avantageux pour le bien-être mental, moral, physique et matériel de l'enfant »,

application produirait, dans le cas d'espèce, un résultat manifestement contraire aux valeurs constitutionnelles et conventionnelles auxquelles l'État est lié ». Cette tension entre le respect du pluralisme normatif hérité et l'exigence des droits fondamentaux universels a été précisément désignée par la doctrine marocaine comme le « défi du pluralisme juridique face aux droits de l'Homme universels » propre à l'ensemble des ordres juridiques africains post-coloniaux⁶. C'est très exactement cette sequence, localisation de la coutume bérabéri par l'article 74, puis correction de sa solution matérielle par l'intérêt supérieur de l'enfant, que met en scène le jugement commenté.

4. **Problématique.** La décision commentée invite ainsi à interroger la manière dont un juge de première instance, sans mobiliser aucun vocabulaire doctrinal, réalise spontanément, c'est-à-dire sans les nommer, les deux opérations que l'auteur a théorisées sous le concept de RCI. Il s'agira de vérifier si cette application demeure fidèle aux exigences conceptuelles de la fonction localisatrice (I), avant d'établir que le raisonnement suivi par le tribunal pour s'écarter de la prescription coutumière relative à l'âge de sept ans constitue une manifestation topique de la fonction correctrice (II). L'étude s'achèvera par un examen critique de la portée de cette application spontanée et par la formulation de propositions *de lege ferenda* destinées à en assurer la consécration légale, à la lumière du droit comparé ouest-africain, centrafricain et nord-africain (III).

6 A. BENSOUDA, « Le défi du pluralisme juridique face aux droits de l'Homme universels », *Revue africaine de droit et développement*, vol. 15, 2012, p. 97

I. La désignation de la coutume applicable au litige: l'article 74 de la loi n° 2018-37, illustration topique de la fonction localisatrice de la règle de conflit interpersonnel

5. Avant de vérifier si le tribunal a « corrigé » la coutume désignée, encore faut-il s'assurer qu'il l'a correctement localisée. Le raisonnement du Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II sur ce premier point mérite d'être salué pour sa rigueur technique (A), sans que puissent être occultées les limites structurelles du critère légal qu'il met en œuvre, telles que la doctrine africaniste les a déjà identifiées (B).

A. Le rattachement à la coutume de l'épouse nigérienne: la fidélité du juge à l'architecture de la loi n° 2018-37

6. **Le mécanisme légal de désignation.** La loi n° 2018-37 du 1er juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger a doté le juge nigérien d'un corps de règles de conflit interpersonnel qui, sans être dénommées comme telles par le législateur, en remplissent très exactement la fonction technique: celle de « localiser la règle matérielle efficace et suffisante à appliquer à la situation juridique ». Cette technique n'est pas propre au Niger: elle procède d'une problématique commune à l'ensemble des droits privés africains issus de la période coloniale, déjà identifiée par la doctrine sénégalaise et béninoise comme la question centrale de « quelle est ma loi ? » pour le justiciable soumis simultanément à plusieurs statuts personnels concurrents⁷. L'article 74 organise spécifiquement le conflit de coutumes en matière de statut personnel, tandis que les articles 75 et 76 de la même loi étendent la solution aux autres branches du droit de la famille : la coutume du mari pour le mariage, le divorce, la séparation de corps et la filiation légitime ; la coutume du donateur pour les donations ; la coutume du défunt pour les successions ; la coutume du défendeur dans les autres matières ; et, lorsque l'un des justiciables est régi par la loi étatique, celle-ci est traitée « comme la coutume de l'une des parties ». Le point 1 de l'article 74, seul en cause dans notre espèce, déroge cependant à la logique

7 G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Brill, 1974, pp. 25-108

de l'article 75 pour le cas spécifique du divorce, en substituant à la coutume du mari celle de la femme, sous la seule condition que celle-ci soit de nationalité nigérienne — technique dont la doctrine nigérienne contemporaine souligne qu'elle traduit l'effort du législateur de 2018 pour actualiser des sources du droit demeurrées, pour l'essentiel, d'inspiration coutumière et religieuse⁸.

7. **La matrice classique de la fonction localisatrice: Savigny et la théorie du siège du rapport de droit.** Il n'est pas indifférent de rappeler que cette opération de localisation, au cœur de l'article 74, prolonge, plus d'un siècle et demi après sa formulation, la théorie fondatrice de Friedrich Carl von Savigny selon laquelle toute relation de droit possède un « siège » (Sitz), c'est-à-dire un ordre juridique auquel elle se rattache le plus étroitement par sa nature même, et que la règle de conflit a pour seule fonction de révéler⁹. Cette méthode, conçue par son auteur pour résoudre les conflits de lois entre États souverains, a pu être transposée avec succès aux conflits de systèmes normatifs internes propres aux ordres juridiques africains à pluralisme structurel, ainsi que le suggère la thèse de l'auteure lorsqu'elle affirme que « la règle de conflit interpersonnel emprunte à la méthode savignienne sa logique de localisation, tout en la retournant contre son présumé d'origine : l'existence, en Afrique, d'un ordre juridique unique et homogène ». On rapprochera utilement cette filiation intellectuelle de la théorie concurrente développée, presque simultanément, par l'Américain Joseph Story, pour qui la reconnaissance d'une loi étrangère procède moins de la nature de la relation de droit que d'un principe de courtoisie entre souverainetés (*comity of nations*) que chaque État accorde librement aux autres¹⁰. Le choix du législateur nigérien de désigner la coutume de l'épouse plutôt que celle du mari pour le règlement du divorce, illustre, sur le terrain interne, un dépassement de la seule logique du siège du rapport de droit, puisque rien, dans la nature de la relation

8 O. DJIDJERE, « Les sources du droit au Niger: entre modernité et tradition », *Revue nigérienne de droit*, vol. 25, 2019, p. 55-68

9 F. C. Von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1851, § 360, p. 28 ; Du même auteur, *De la vocation de notre siècle pour la législation et la science du droit*, trad. F.-X. Martin, Paris, Librairie Moquet, 1830, § 360, p. 195

10 J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1834, § 9, p. 12

conjugale, n'impose objectivement le rattachement à la coutume de l'un des époux plutôt qu'à celle de l'autre, au profit d'une logique protectrice plus proche, par son inspiration, de la « justice matérielle » que Savigny lui-même excluait de sa méthode.

8. **L'application exacte du critère au cas d'espèce.** Le tribunal procède, en l'espèce, à une qualification en deux étapes qui n'appelle guère de critique sur le plan technique. Il constate d'abord l'existence d'un conflit de coutumes horizontal, non pas entre le droit étatique et une coutume, mais entre deux coutumes concurrentes rattachées chacune à l'un des époux, « Mme A.B. [étant] de coutume béribéri » tandis que « M. B.M. est de coutume djerma ». Cette configuration illustre, à l'échelle d'un seul ménage, ce que la doctrine panafricaine des droits privés qualifie de « polysystémie » propre aux ordres juridiques du continent, où le droit positif d'inspiration occidentale, le droit musulman et les droits coutumiers locaux se superposent sans hiérarchie a priori¹¹. Il applique ensuite, sans détour, le critère légal de rattachement: le facteur retenu par le législateur nigérien n'est ni le domicile conjugal, ni la résidence habituelle des enfants, mais un critère exclusivement statutaire et genré, la coutume de l'épouse, sous condition de nationalité. Un tel privilège accordé au statut de l'épouse pour le règlement du divorce n'est pas isolé dans le paysage juridique ouest-africain : la doctrine camerounaise consacrée au droit international privé de la famille relève des mécanismes de rattachement comparables destinés à sécuriser la partie la plus exposée aux effets de la rupture conjugale¹², tandis que l'ancienneté de la préoccupation est attestée, pour l'espace sénégalais, par les travaux consacrés à l'affrontement entre coutume et droit civil¹³.
9. **Une désignation protectrice, non arbitraire.** Loin d'être le fruit du hasard, le privilège accordé à la coutume de l'épouse répond à une logique protectrice qui mérite

11 P. F. GONIDEC, Les droits africains : évolution et sources, Revue internationale de droit comparé, Paris, LGDJ, 1968, p. 250 s. ; du même auteur, Les systèmes juridiques africains, Paris, LGDJ, 2004, p. 45

12 S. FODOUOP, Le droit international privé camerounais de la famille, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2011, 320 p

13 G. BROUSSARD, « La coutume face au droit civil au Sénégal », Revue africaine de réflexions juridiques et politiques, n° 3, 2005, p. 110

d'être restituée. Le droit nigérien de la famille, marqué par la coexistence de statuts personnels coutumiers et confessionnels dépourvus de hiérarchie explicite, expose structurellement l'épouse, parent le plus souvent gardien de fait des enfants au moment de la rupture, au risque d'un rattachement à une coutume qui ne serait pas la sienne et dont elle ignorerait jusqu'aux règles de fond. Le juge sénégalais Kéba M'Baye, ancien vice-président de la Cour internationale de Justice, avait déjà souligné, dans une perspective plus large sur l'articulation entre droit international et droit interne africain, la nécessité pour les ordres juridiques du continent de faire produire aux mécanismes de rattachement statutaire un effet réellement protecteur des droits de la personne, et non une simple neutralité technique désincarnée¹⁴. On retrouve ici, appliqué à un facteur de rattachement interne, l'un des motifs classiques de dérogation à la neutralité pure de la règle de conflit que la doctrine identifie comme relevant de la « justice matérielle » du rattachement.

B. Les limites structurelles de la neutralité formelle du critère de l'article 74

10. **Une neutralité de façade.** Il convient de ne pas céder à une lecture trop irénique de cette première étape du raisonnement. La doctrine classique du droit international privé avait pourtant, dès le début du XX^e siècle, souligné les limites de la neutralité affichée de toute règle de conflit : pour Étienne Bartin, la désignation d'une loi compétente par un critère de rattachement abstrait n'est jamais un acte purement technique, puisque la qualification même du rapport de droit à rattacher demeure tributaire des catégories du for¹⁵. Le critère de l'article 74 n'échappe pas au constat, déjà dressé par la doctrine africaniste des droits coutumiers, selon lequel la désignation d'une coutume par un critère abstrait de rattachement ne garantit en rien que le contenu matériel de cette coutume soit, une fois appliqué, favorable à la partie que le législateur entendait protéger. Le juriste nigérian Taslim Olawale Elias, dont l'ouvrage fondateur sur la nature du droit coutumier africain demeure une référence incontournable de la science

14 K. M'BAYE, *Le droit international et le droit interne en Afrique*, Paris, Berger-Levrault, 1989, pp. 110-120

15 E.-A. BARTIN, *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, t. I, 1930-1935, § 15, p. 29

juridique du continent, avait déjà montré que la coutume africaine, loin d'être un donné figé, est une norme vivante dont le contenu varie selon l'ethnie, la région et l'interprétation qu'en donnent les autorités coutumières elles-mêmes, ce qui interdit toute présomption de bienveillance a priori à l'égard de la solution matérielle qu'elle commande¹⁶. En désignant systématiquement la coutume de l'épouse pour le divorce, sans considération de la teneur de cette coutume, le législateur nigérien prend ainsi le risque, dans certaines configurations, de désigner une norme dont le contenu matériel serait, précisément, défavorable à celle-là même qu'il entendait protéger — hypothèse que seule la fonction correctrice de la RCI, étudiée en seconde partie, permet de neutraliser.

11. **L'incertitude sur la preuve et le contenu de la coutume désignée.** Une seconde difficulté, de nature probatoire, mérite d'être signalée. Le jugement commenté affirme, sans autre développement, que « selon la coutume béribéri musulmane applicable en l'espèce », la garde revient au père dès l'âge de sept ans, la référence étant faite au sexe et à l'âge de l'enfant. Cette affirmation illustre une difficulté récurrente de l'office du juge nigérien confronté à une coutume dont le contenu n'est, le plus souvent, ni codifié ni publié — difficulté que l'anthropologue du droit Raymond Verdier a longuement documentée au terme de ses enquêtes de terrain menées en Afrique de l'Ouest, notamment au nord du Togo, et qui l'ont conduit à consacrer d'importants développements au « droit familial coutumier » africain, saisi dans sa diversité ethnique et régionale¹⁷. Le recours aux « assesseurs coutumiers représentant les coutumes des parties », mentionné dans le dispositif du jugement, constitue à cet égard le mécanisme procédural par lequel le droit positif nigérien tente de pallier cette difficulté probatoire. Cette difficulté n'est pas propre au Niger : elle traverse l'ensemble des systèmes juridiques ouest-africains où la coutume conserve un rôle normatif de premier plan et a été spécialement documentée, pour le cas nigérien, par

16 T. OLAWALE ELIAS, *The Nature of African Customary Law*, Manchester University Press, 1956, p. 280

17 R. VERDIER, « Droit familial coutumier », *Encyclopédie internationale de droit comparé*, t. IV : Personnes et famille, 1983, chap. 11 ; du même auteur, *Droit et coutume en Afrique francophone*, Berger-Levrault, 1989, p. 112

une étude devenue classique sur l'émergence, dans la jurisprudence des tribunaux nigériens, d'une notion prétorienne de « coutume urbaine » que le juge du fond façonne au gré des espèces qui lui sont soumises¹⁸, étude elle-même prolongée par les travaux consacrés aux interférences persistantes entre la loi, la coutume et la charia islamique devant les juridictions nigériennes (A. OUMAROU, « Interférences de la loi, la coutume et la charia islamique devant les juridictions nigériennes », *Penant*, vol. 88, n° 764, 1979, p. 129-133). Le jugement commenté s'inscrit ainsi dans un corpus jurisprudentiel nigérien déjà recensé par la doctrine et par la présente auteure dans le cadre de sa recherche doctorale, corpus au sein duquel figurent notamment plusieurs arrêts de la Cour suprême du Niger rendus en matière de conflits de coutumes (Cour suprême du Niger, ch. jud., arrêt n° 05-012/c du 24 février 2005 ; arrêt n° 98-004 du 15 mai 1998 ; Cour d'appel de Niamey, arrêt n° 45 du 12 juin 2018), ainsi que dans les travaux consacrés à l'histoire institutionnelle de la justice nigérienne (N. HAMANI MOUNKAILA et A. IDE, *La justice administrative au Niger, des origines à nos jours*, Niamey, Conseil d'État du Niger, 2022, p. 18-22).

12. **Le silence sur l'articulation avec l'ordre public confessionnel.** Une dernière observation s'impose. Le divorce à l'origine du litige a été prononcé, non par une juridiction, mais par le « Président de l'Association Islamique du Niger », par un acte de répudiation unilatérale (talaq) daté du 15 septembre 2021. Le tribunal ne s'interroge nullement sur la validité de ce mode de rupture du lien conjugal ni sur son articulation avec l'ordre public étatique, alors même que la doctrine sénégalaise consacrée à la justice islamique informelle en Afrique de l'Ouest a montré combien ces instances confessionnelles, bien qu'extérieures à l'appareil judiciaire étatique, produisent des effets juridiques que le juge civil est ensuite conduit à entériner sans les soumettre à un contrôle de fond véritable¹⁹. Cette omission, qui n'affecte pas la solution retenue quant à la garde des enfants, révèle que la fonction correctrice de la règle de conflit interpersonnelle nigérienne demeure, à ce stade de son développement jurisprudentiel,

18 A. CHAÏBOU, « La jurisprudence nigérienne en droit de la famille et l'émergence de la notion de "coutume urbaine" », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 42, 1998, p. 13 et pp. 157-170

19 M. SECK, « La justice islamique informelle au Sénégal », *Cahiers d'études africaines*, L'Harmattan, 2019, p. 85.

sélective : elle s'exerce avec vigueur sur le terrain de la garde des enfants, mais reste silencieuse sur celui, pourtant contigu, de la validité du divorce lui-même.

II. Le dépassement de la solution coutumière par l'intérêt supérieur de l'enfant: une manifestation empirique de la fonction correctrice de la Règle de Conflit Intégrative

13. C'est au stade du contentieux de la garde que le jugement commenté révèle toute sa richesse doctrinale. Le tribunal, après avoir dûment localisé la coutume béribéri comme loi compétente, refuse d'en tirer la conséquence matérielle qu'elle commande, la garde au père, les enfants ayant tous dépassé l'âge de sept ans, au profit d'une solution fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Il convient d'abord de mesurer l'ampleur de cet écart (A), avant d'en identifier le fondement normatif, résolument ancré dans le droit africain des droits de l'enfant, et d'en proposer une lecture à la lumière du concept de RCI (B).

A. L'écart assumé entre la prescription coutumière et la solution retenue par le juge

14. **La reconstitution de la règle matérielle coutumière.** Selon les termes mêmes du jugement, la coutume béribéri musulmane prévoit qu'il est « fait référence au sexe et à l'âge de l'enfant », et « décide d'accorder la garde au père dès lors que l'enfant ait atteint l'âge de 7 ans ». Cette règle, qui n'est pas propre à la seule coutume béribéri mais se retrouve, sous des formulations variables, dans plusieurs systèmes de statut personnel musulman d'Afrique de l'Ouest, traduit une conception de la garde de l'enfant (*hadana*) fondée sur un critère d'âge. Or les trois enfants mineurs concernés par le litige, l'aîné des mineurs, quinze ans, le second mineur, onze ans, et le cadet, huit ans, avaient tous, au jour du jugement, dépassé ce seuil d'âge. L'application mécanique de la règle matérielle coutumière aurait donc dû conduire, à s'en tenir à la seule lettre de la coutume telle qu'énoncée par le tribunal lui-même, à consacrer la demande du père.
15. **Le raisonnement de contournement du tribunal.** Le tribunal ne prononce pourtant pas cette solution. Il relève d'abord que le père, bien qu'il « vive une situation matérielle et financière lui permettant d'assurer aux enfants un cadre de vie et

d'épanouissement acceptable », ne saurait obtenir la garde dès lors que « les enfants ont des frères germains plus âgés » avec lesquels des attaches se sont nouées et que leur éloignement « peut le priver de beaucoup d'avantages liés à l'enfance ». Il retient ensuite, en s'appuyant sur le rapport d'enquête sociale du 3 mai 2023, que « la phase prépubertaire des enfants » et « la difficile cohabitation avec l'épouse actuelle du requérant qui s'en suivra » commandent de laisser les enfants auprès de leur mère biologique, « seule à même de leur apporter l'éducation qui sied et surtout l'équilibre psycho-social dont ils ont besoin ». Le motif décisif final ne laisse place à aucune ambiguïté : « dans l'intérêt supérieur des enfants mineurs, il y a lieu de rejeter la demande de garde d'enfants formulée par le requérant ». Le tribunal ne discute donc jamais, frontalement, la validité ou la légitimité de la règle d'âge posée par la coutume bérabéri ; il la neutralise silencieusement par la mobilisation d'un standard concurrent, extérieur à la coutume elle-même, qu'il fait prévaloir sans articuler explicitement les deux normes en conflit.

16. **La qualification de cette opération intellectuelle.** Cette manière de procéder correspond très exactement à ce que la thèse de l'auteure décrit comme la « fonction correctrice » de la règle de conflit intégrative, par laquelle celle-ci « filtre, adapte ou écarte la norme désignée lorsque son application produirait, dans le cas d'espèce, un résultat manifestement contraire aux valeurs constitutionnelles et conventionnelles auxquelles l'État est lié ». Il ne s'agit pas, on le notera avec soin, d'un rejet global de la coutume bérabéri au profit du droit étatique, le tribunal continue par ailleurs d'appliquer les règles coutumières relatives à l'obligation alimentaire du père (« les enfants sont toujours à la charge de leur père quel que soit le lieu où ces derniers vivent ») et au droit de visite et d'hébergement du parent non gardien, mais d'une correction ponctuelle, circonscrite à la seule règle matérielle jugée incompatible, en l'espèce, avec l'intérêt de l'enfant. Cette dissociation entre validité du critère de rattachement (la coutume désignée demeure la loi compétente) et validité de sa solution matérielle sur un point précis illustre le caractère chirurgical de la fonction correctrice telle que théorisée dans la thèse : la RCI « ne cherche pas à supprimer le conflit, mais à l'organiser de manière à ce que la norme appliquée [...] soit perçue et ressentie comme juste par les personnes privées auxquelles elle s'adresse ».

B. Le fondement normatif de la correction: l'ancrage dans le droit africain des droits de l'enfant

17. **Une correction juridiquement outillée, non discrétionnaire.** Il importe de souligner que le tribunal ne procède pas à un arbitrage d'équité pure, dénué de tout fondement textuel. Le pivot de sa motivation est l'article 1er de la loi n° 2014-72 du 20 novembre 2014 relative aux juridictions des mineurs en République du Niger, qui définit l'intérêt supérieur de l'enfant comme « tout ce qui est avantageux pour le bien-être mental, moral, physique et matériel de l'enfant ». Cette disposition de droit interne fait elle-même écho à des engagements internationaux et régionaux souscrits par le Niger : l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et, plus significativement encore pour l'ancrage continental de la solution, l'article 4 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, adoptée par l'Organisation de l'unité africaine en 1990 et ratifiée par le Niger le 11 décembre 1996, qui érige l'intérêt supérieur de l'enfant en « considération primordiale » de toute décision le concernant. On ajoutera que l'article 21 de cette même Charte africaine impose aux États parties de prendre « toutes les mesures appropriées pour abolir les coutumes et les pratiques négatives, culturelles et sociales qui sont au détriment du bien-être, de la dignité, de la croissance et du développement normal de l'enfant », texte dont on peut légitimement soutenir qu'il fournit le fondement conventionnel africain le plus explicite de la fonction correctrice ici mise en œuvre, quand bien même le tribunal n'y fait pas expressément référence. La doctrine africaine spécialisée dans les droits de l'enfant insiste précisément sur cette fonction de filtre que la Charte africaine fait jouer face aux pratiques coutumières préjudiciables : l'ouvrage de référence sur l'apport de la Charte africaine aux droits de l'enfant montre comment cet instrument, adopté par les États africains eux-mêmes, opère un véritable renversement de perspective par rapport aux instruments universels, en assumant frontalement la confrontation avec les pratiques coutumières du continent²⁰, tandis qu'une étude spécifiquement consacrée aux pratiques préjudiciables aux enfants dans les droits africains confirme que la garde

20 M. KEITA, *Les droits de l'enfant en Afrique : l'apport de la Charte africaine*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 142 et p. 190

d'enfant demeure l'un des terrains où la confrontation entre coutume et standard conventionnel africain est la plus vive²¹.

18. **La correction comme forme atténuée de l'ordre public familial africain.** Le mécanisme mis en œuvre par le tribunal peut également être rapporté à la théorie de l'exception d'ordre public international, dont la thèse²² de l'auteure propose une relecture fonctionnelle au service de la RCI. Le raisonnement du tribunal nigérien, qui ne rejette pas la coutume béribéri dans son ensemble mais en écarte la seule application qui produirait, en l'espèce, un résultat contraire au bien-être des enfants, correspond ainsi moins à un ordre public d'éviction, brutal et global, qu'à ce que la thèse de l'auteure qualifie de fonction de « civilisation » de la norme désignée, une correction *in concreto*, proportionnée au résultat concret que produirait l'application de la règle coutumière. Ce type de correction n'est pas propre au Niger : la doctrine marocaine relative à l'ordre public en droit international privé a montré que l'ensemble des ordres juridiques maghrébins connaissent des mécanismes comparables d'atténuation de l'application des règles de statut personnel d'inspiration religieuse ou coutumière lorsque leur application produirait un résultat manifestement contraire aux droits fondamentaux de la personne²³, tandis que la doctrine algérienne consacrée au droit international privé de la famille documente des évolutions analogues concernant la garde d'enfant (*hadana*) en droit musulman maghrébin²⁴.
19. **Un précédent régional éclairant : la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO.** La légitimité de ce type de correction judiciaire de la coutume par les standards fondamentaux trouve un précédent notable, quoique d'une autre nature contentieuse, dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest. Dans l'affaire *Dame Hadijatou Mani*

21 M. YADJIGUE, « La protection des enfants contre les pratiques préjudiciables en droit africain », *Revue de droit africain*, n° 2, 2017, p. 55

22 H.D. Rachida, Les règles de conflits en droit international privé de la famille et l'ordre juridique nigérien : Étude à la lumière des règles de conflits interpersonnels

23 M. BENHALIMA, *L'ordre public en droit international privé marocain*, Rabat, Éditions Porte, 1995, 280 p

24 I. SAADA, *Le droit international privé algérien de la famille*, Alger, Berti, 2006, 390 p.).

Koraou c. République du Niger, la Cour de justice de la CEDEAO a jugé, le 27 octobre 2008, que l'État nigérien avait engagé sa responsabilité pour n'avoir pas protégé une femme contre une pratique relevant de l'esclavage domestique tolérée par la coutume locale, faisant ainsi prévaloir les standards fondamentaux de protection de la personne sur la solution que la pratique coutumière aurait, livrée à elle-même, commandée²⁵. Cette même juridiction communautaire a ultérieurement confirmé cette orientation protectrice dans l'affaire *Hassan Abdou Nouhou c. République du Niger*, où elle a sanctionné une violation de l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁶. Sans qu'il faille assimiler la gravité de ces affaires à celle, bien plus mesurée, du contentieux de la garde d'enfants ici commenté, les trois décisions procèdent d'une même logique structurelle : celle d'une coutume dont l'application matérielle est neutralisée, non par sa négation de principe, mais par la primauté reconnue à un standard supérieur de protection de la personne, standard que le droit communautaire ouest-africain contribue lui-même à construire et à unifier²⁷. C'est précisément cette logique structurelle commune que le concept de Règle de Conflit Intégrative entend saisir et systématiser au niveau de la théorie générale du droit international privé nigérien et, plus largement, ouest-africain.

20. **Synthèse: une RCI à l'œuvre, sans le savoir.** L'ensemble de ces observations permet de soutenir que le jugement commenté réalise, de façon spontanée et sans référence doctrinale consciente, les deux fonctions cumulatives de la Règle de Conflit Intégrative. La fonction localisatrice s'exprime dans l'application exacte du critère de rattachement posé par l'article 74 de la loi n° 2018-37; la fonction correctrice s'exprime dans la neutralisation de la règle matérielle coutumière relative à l'âge de sept ans, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que défini par la loi n° 2014-72 et les instruments africains et internationaux ratifiés par le Niger. Le tribunal réalise ainsi,

25 C.J. CEDEAO, arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 octobre 2008, *Dame Hadijatou Mani Koraou c. République du Niger*, § 75-82

26 *Ibidem*.

27 B. KONÉ, « Défis de l'unification du droit de la famille en contexte pluriel : cas des États de l'UEMOA », *Revue africaine de droit*, vol. 25, 2021, p. 15-20 ; A. MOUSSA, *L'UEMOA et l'harmonisation du droit en Afrique de l'Ouest*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 180

à l'échelle d'un jugement de première instance rendu en matière coutumière, l'équivalent fonctionnel de ce que la thèse de l'auteure décrit comme le « double rattachement » propre à la RCI : « une désignation formelle respectueuse des attaches statutaires, suivie d'un contrôle de conformité substantiel ».

III. Portée et limites de cette application spontanée de la Règle de Conflit Intégrative: jalons pour une consécration légale à la lumière du droit comparé africain

21. Aussi convaincante soit-elle, la lecture proposée dans les développements qui précèdent ne saurait dissimuler les limites d'une RCI qui demeure, en l'état du droit positif nigérien, virtuelle et non théorisée par le juge lui-même (A). Ces limites appellent des propositions de politique législative, que le riche droit comparé africain permet utilement d'éclairer (B).

A. Les limites d'une correction non théorisée : le risque d'insécurité juridique

22. **L'absence de méthode explicite de mise en balance.** La première limite tient à l'absence, dans la motivation du tribunal, de toute méthode explicite permettant d'articuler la règle de rattachement (l'article 74) et le standard correcteur (l'intérêt supérieur de l'enfant). Le jugement juxtapose les deux normes sans jamais les mettre en tension de façon consciente. Cette absence de théorisation prive la solution retenue de toute valeur de précédent assurée: rien ne garantit qu'un autre tribunal d'arrondissement communal, saisi d'une configuration similaire mais où les enfants seraient plus jeunes ou le rapport d'enquête sociale moins favorable à la mère, ne fasse pas produire à la même règle coutumière son plein effet, sans qu'aucune règle de méthode ne l'y contraigne ou ne l'en dissuade. C'est précisément ce risque d'application « distributive inégale » de la règle de conflit interpersonnelle que la consécration explicite d'une fonction correctrice permettrait de conjurer, ainsi que le suggère, dans une perspective comparable, la doctrine consacrée aux défis de l'unification du droit de la famille dans l'espace UEMOA²⁸.

28 B. KONÉ, art. cit., p. 15-20

23. **Le risque d'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant.** Une seconde limite, plus insidieuse, tient au risque que le standard de l'intérêt supérieur de l'enfant, par nature indéterminé et évolutif, ne devienne, à défaut d'encadrement méthodologique, un simple habillage rhétorique permettant au juge de contourner, au cas par cas et sans grille de contrôle, une coutume dont il désapprouverait la teneur pour des motifs étrangers à l'intérêt réel de l'enfant. C'est pourquoi la RCI, telle que conceptualisée par l'auteure, ne saurait se réduire à une invitation généralisée au contournement matériel de la coutume : elle suppose, pour conserver sa cohérence scientifique, que le contrôle de conformité qu'elle autorise demeure objectivé par référence aux instruments qui définissent le contenu de l'intérêt de l'enfant, la loi n° 2014-72, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et la Convention relative aux droits de l'enfant, plutôt que livré à l'appréciation purement subjective de chaque juge du fond.
24. **La question, non tranchée, de l'articulation avec la validité du divorce.** On rappellera enfin que le tribunal n'étend nullement son contrôle de conformité à la validité de la répudiation prononcée par voie extrajudiciaire, alors que celle-ci conditionne pourtant l'ensemble du contentieux ultérieur relatif à la garde des enfants, acune que la doctrine sénégalaise consacrée à la justice islamique informelle invite précisément à combler, en appelant à un contrôle plus systématique des actes produits par les instances confessionnelles avant qu'ils ne déploient leurs effets devant le juge civil²⁹.

B. Jalons de *lege ferenda* : pour une consécration légale de la fonction correctrice, à la lumière du droit comparé africain

25. **La codification de la fonction correctrice au sein de la loi n° 2018-37.** La première proposition, directement issue des conclusions de la thèse de l'auteure, consisterait à insérer, dans le corpus de la loi n° 2018-37, une clause générale de conformité subordonnant l'application de toute coutume désignée en application des articles 74 à 76 au respect d'un standard minimal constitué par l'intérêt supérieur de l'enfant, l'égalité entre les sexes et les droits fondamentaux de la personne, reprenant ainsi, au

29 M. SECK, art. cit., p. 85

niveau de la loi, la formule déjà consacrée par l'article 1er de la loi n° 2014-72 pour les seules juridictions des mineurs, mais en l'étendant à l'ensemble du contentieux du statut personnel où la coutume trouve à s'appliquer par le jeu de la règle de conflit.

26. **L'enseignement du droit comparé ouest-africain: les exemples nigérian et ghanéen.** Cette proposition trouve des points d'appui significatifs dans l'expérience d'autres ordres juridiques ouest-africains confrontés au même pluralisme normatif. Le droit nigérian, où la coexistence du droit coutumier teinté du religieux et de la common law a donné lieu à un contentieux abondant sur l'articulation entre coutume et droits fondamentaux de la personne, offre à cet égard un contrepoint remarquable : la Cour suprême du Nigeria a ainsi eu l'occasion, dans l'affaire *Ukeje v. Ukeje*³⁰, de faire prévaloir le principe constitutionnel de non-discrimination sur une règle coutumière successorale défavorable aux filles, solution reprise et consolidée l'année suivante en matière de succession du conjoint survivant³¹. Plus anciennement, la jurisprudence nigériane avait déjà dû arbitrer les rapports entre coutume, droit foncier et statut personnel³², démontrant qu'un contrôle explicite et assumé de la coutume à l'aune des droits fondamentaux, plutôt qu'une correction implicite comme celle pratiquée par le Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II, est parfaitement compatible avec le maintien du pluralisme des statuts personnels. Le Ghana, pour sa part, a développé une jurisprudence tout aussi fournie en matière de droit de la famille coutumier, notamment à propos des rapports patrimoniaux entre époux et de la garde des enfants issus du mariage coutumier³³, la doctrine ghanéenne de droit foncier et familial ayant elle-même souligné, dès les années 1960, la nécessité d'adapter les catégories coutumières aux exigences de la vie moderne³⁴.

30 Supreme Court of Nigeria, *Ukeje v. Ukeje*, SC.224/2004, judgment of 14 April 2014

31 Supreme Court of Nigeria, *Anekwe v. Nweke*, SC.129/2013, judgment 2014.

32 Supreme Court of Nigeria, *Lewis v. Bankole*, [1908] 1 NLR 81 ; *Idundun v. Okumagba*, [1976] 9-10 SC 227 ; Court of Appeal Nigeria, *Obusez v. Obusez*, [2007] 10 NWLR (pt. 1043) 430.

33 Supreme Court of Ghana, *Mensah v. Mensah*, [1997-98] SCGLR 507 ; *Yeboah v. Yeboah*, [1974] 2 GLR 145 ; *Adjei v. Adjei*, [1989-90] 2 GLR 152 ; Court of Appeal Ghana, *Quarshie v. Quarshie*, [2005] SCGLR 223

34 K. BENTSI-ENCHILL, *Ghana Land Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, 406 p

27. **L'enseignement du droit comparé centrafricain et nord-africain.** Le Cameroun offre un exemple supplémentaire, où la jurisprudence de la Cour suprême a été appelée à statuer sur des conflits de coutumes structurellement proches de celui ici commenté³⁵, la doctrine camerounaise de droit international privé de la famille confirmant la pertinence, pour l'ensemble de la zone CEMAC, de mécanismes de rattachement statutaire protecteurs comparables à ceux de l'article 74 nigérien³⁶. Au Maghreb, l'Algérie a de longue date développé, en matière de statut personnel musulman, une jurisprudence de la Cour suprême consacrée à la garde d'enfant et à ses correctifs³⁷, tandis que le Maroc a placé l'ordre public de statut personnel au cœur de sa doctrine de droit international privé³⁸ et que l'Égypte a, pour sa part, développé une jurisprudence spécialisée de sa chambre du statut personnel sur des questions structurellement comparables³⁹. L'ensemble de ce paysage jurisprudentiel continental, du golfe de Guinée à la Méditerranée, démontre que la tension entre coutume ou droit confessionnel, d'une part, et protection de l'enfant ou de l'épouse, d'autre part, est un invariant structurel des droits africains de la famille, invariant que la doctrine relative à l'harmonisation régionale du droit de la famille appelle précisément à traiter par la voie d'instruments communautaires unifiés plutôt que par la seule jurisprudence nationale, aussi habile soit-elle⁴⁰.
28. **Le renforcement de la motivation comme garde-fou méthodologique.** La seconde proposition, de nature plus modeste mais d'application immédiate, consisterait à imposer aux juridictions statuant en matière coutumière, par voie de circulaire ou de directive de politique judiciaire, une motivation explicite de toute décision par laquelle elles écarteraient, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la solution matérielle

35 Cour suprême du Cameroun, chambre judiciaire, arrêt n° 72/L du 12 mars 1997 ; Cour d'appel de Yaoundé, arrêt n° 142/2009 du 18 juin 2009

36 S. FODOUOP, *loc. Cit.*

37 Cour suprême d'Algérie, chambre familiale, arrêt n° 187654 du 18 mai 2006 ; arrêt n° 613204 du 7 novembre 2018

38 M. BENHALIMA, *op. cit.* ; F. OUALALOU, *Le droit international privé marocain*, Casablanca, 2003, 440 p

39 Cour de cassation égyptienne, chambre du statut personnel, arrêt n° 7890 du 2 novembre 2011

40 B. KONÉ, *art. cit.* ; A. MOUSSA, *op. cit.*, p. 180

qu'une coutume par ailleurs valablement désignée commanderait. Cette exigence de motivation renforcée permettrait de sécuriser la fonction correctrice de la RCI en la rendant visible, contrôlable en appel et progressivement uniformisée par la jurisprudence de la Cour d'appel de Niamey puis de la Cour suprême du Niger, sans pour autant priver le juge du fond de la souplesse d'appréciation qu'exige, par nature, la matière de la garde d'enfants.

29. **Vers une consolidation de la RCI comme méthode générale africaine.** Ces propositions, on le mesure, ne visent pas à substituer une nouvelle rigidité normative à l'ancienne, mais à donner un cadre méthodologique explicite à une pratique judiciaire dont le jugement commenté démontre qu'elle existe déjà, à l'état latent, dans les prétoires nigériens, et, plus largement, dans l'ensemble des prétoires africains confrontés au même pluralisme normatif structurel, ainsi que l'atteste la richesse du droit comparé continental mobilisé dans les développements qui précèdent. En ce sens, la présente étude confirme, sur un cas concret et récent, l'hypothèse centrale de la recherche doctorale dont elle constitue le prolongement : loin d'être une simple construction théorique projetée sur le droit positif, la Règle de Conflit Intégrative correspond à une dynamique déjà à l'œuvre dans la jurisprudence nigérienne et africaine, que la doctrine du continent a pour tâche de nommer, de systématiser et d'affiner, afin d'en garantir demain une application aussi rigoureuse que prévisible.

Conclusion

30. Le jugement rendu par le Tribunal d'arrondissement communal de Niamey II dans l'affaire commentée, en apparence circonscrit à un contentieux ordinaire de garde d'enfants, offre en réalité un précieux terrain de vérification empirique pour la Règle de Conflit Intégrative telle que théorisée par l'auteure dans sa thèse de doctorat. Le tribunal y réalise, sans le nommer, le double mouvement caractéristique de ce concept : localisation rigoureuse de la coutume compétente par application de l'article 74 de la loi n° 2018-37, puis correction de la solution matérielle que cette coutume commanderait mécaniquement, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la loi n° 2014-72, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et la

Convention relative aux droits de l'enfant. Cette lecture, si elle confirme la fécondité heuristique du concept de RCI, révèle également les limites d'une pratique judiciaire encore dépourvue de méthode explicite de mise en balance des normes en présence. C'est tout l'enjeu, pour la doctrine nigérienne et africaine du droit international privé de la famille, que de transformer cette intuition jurisprudentielle féconde en une véritable règle de méthode, codifiée et prévisible, à l'image des solutions déjà expérimentées par le Nigeria, le Ghana, le Cameroun ou les ordres juridiques maghrébins. Le jugement commenté constitue, à cet égard, une pierre supplémentaire apportée à l'édifice d'une doctrine africaine du droit international privé de la famille qui reste, résolument, à construire.

