

BASES JURIDIQUES DU DROIT COUTUMIER AU TOGO DANS L'ÉPOQUE COLONIALE ALLEMANDE (1884–1914)

1. Introduction

Une période de quarante ans a vu le début et la fin de l'empire colonial allemand. En 1878 l'Allemagne ne possédait pas un pouce de territoire colonial, trente ans plus tard elle était la troisième puissance coloniale importante, et encore dix ans après, lors du Traité de Versailles en 1919 elle dut céder son territoire colonial de manière définitive.

Evidemment il serait impossible d'approfondir ici les causes profondes de cette aventure coloniale et de son échec. Nous ne poserons que quelques jalons permettant de comprendre le Togo, colonie désignée souvent par le terme de «Musterkolonie» (colonie modèle).

Sous Bismarck, qui avant 1884 avait l'habitude de se caractériser de la manière suivante: «von Haus aus bin ich kein Kolonialmensch», l'Allemagne était devenue une puissance coloniale. La répugnance de Bismarck à acquérir du territoire colonial était inspirée par le sentiment que l'Allemagne s'exposerait à de grands risques¹ en contrariant d'autres puissances coloniales à une époque où l'Allemagne était loin d'avoir réglé ses propres affaires intérieures². L'influence de Bismarck sur les autres membres du Reichstag (Assemblée Nationale) était si grande, que de nombreuses pétitions soumises par des maisons de commerce pour obtenir une protection de leurs intérêts en Asie et en Afrique, échouaient continuellement. Enfin, vers 1880 il y eut un changement lorsque la demande de protection de la part de la maison Godefroy fut récusée et que cette maison risquait de faire faillite. En référant à ce refus de secours national la presse réussit à mobiliser l'opinion publique jusqu'à soulever un vrai «mouvement colonial»³.

Nonobstant l'attitude négative de Bismarck c'était en Allemagne que se réunit la fameuse conférence de Berlin (1884–1885), pendant laquelle quatorze pays ont déterminé les conditions du partage de l'Afrique et où l'on décida entre autres choses d'établir une navigation libre sur les fleuves Niger et Congo. Le 24 avril 1884, jour où Bismarck fit envoyer au consul Allemand en Afrique du Sud un télégramme au texte suivant: «Nach Mitteilungen des Herrn Lüderitz (un marchand allemand en Afrique du Sud-Ouest) zweifeln die Kolonialbehörden, ob seine Erwerbungen nördlich des Oranjeflusses auf deutschen Schutz Anspruch haben. Sie wollen amtlich erklären (envers les Anglais), daß er und seine Niederlassungen unter dem Schutz des Reiches stehen.»⁴ Moins de quatre mois après, le 19 mai 1884, Nachtigal, consul à Tunis à l'époque, reçut l'ordre de s'embarquer pour l'Afrique Occidentale: «merely to verify information about the state of German commerce in West-Africa»⁵. C'est ainsi que les Allemands essayaient de cacher aux Anglais le vrai but du voyage de Nachtigal, à savoir la conclusion de «Schutzverträge» avec les chefs coutumiers africains dans les régions où des maisons de commerce s'étaient établies.

1 M. Nußbaum: Vom Kolonialenthusiasmus zur Kolonialpolitik der Monopole, Berlin, 1962, p. 18.

2 La comparaison de Bismarck à un hobereau polonais approuvri qui l'enveloppait de zibeline, tandis qu'il n'avait pas de chemise, est devenue fameuse.

3 R. Cornevin: L'Histoire de la colonisation allemande, Paris, 1969, New York, 1930, p. 105.

4 K. Gareis: Deutsches Kolonialrecht, Gießen, 1902, p. 5.

5 M. Townsend: The rise and fall of Germany's colonial empire, New York, 1930, p. 105.

Bismarck appelait ces régions des «Schutzgebiete», nom qu'elles ont gardé plus tard dans la législation (coloniale)⁶. La politique de Bismarck visait à laisser l'administration des «Schutzgebiete» aux compagnies commerciales elles-mêmes et à limiter à un minimum l'intervention de la nation allemande⁷. A cet égard les paroles de Bismarck dans le Reichstag, le 2 mars 1885, sont significatives: «Wir haben nicht die Präntention, die Kolonialbestrebungen des deutschen Volkes zu führen nach bürokratischen Vorschriften und nach einem bestimmten System, über das wir selbst mit uns im klaren wären, sondern wir haben die Absicht, ihnen zu folgen mit dem Schutz des Reiches, da wo wir eine Wahrscheinlichkeit der Entwicklung und Berechtigung auf diesen Schutz anerkennen.»⁸

En laissant l'administration des colonies aux maisons commerciales on visait à laisser retomber une déconfiture éventuelle sur les commerces et à ne pas transférer cette charge sur la nation allemande. Sous ce rapport d'ailleurs, la politique coloniale allemande au début n'était pas différente de celle des autres puissances coloniales⁹.

Les remarques de Bismarck à propos de sa politique coloniale donnent toutes la même impression: la «Kolonialpolitik» ne dominait jamais ses actions mais était toujours subordonnée à sa politique européenne¹⁰. Sa vision réaliste de la situation politique en Europe s'accordait à la fatigue générale du public qui succédait à l'enthousiasme initial à l'idée d'un empire colonial. Les commerçants comme les bourgeois étaient moins désireux d'avoir des colonies lorsqu'il devint manifeste que les «Schutzgebiete» n'étaient pas que des vaches à lait permettant de placer leurs économies en toute sécurité.

Dans la pratique la politique d'administration par les maisons de commerce ne se trouvait pas être un succès. Au Togo elle fut bientôt un échec, et quelques années après que la région eut été rendue accessible au commerce, le Reich allemand en assumait l'administration. Un «Reichskommissar» devint chef de l'administration; dès 1893 il fut appelé «Landeshauptmann» et ensuite, après 1908, «Gouverneur»¹¹.

Au début de l'époque coloniale allemande il fallut conclure des traités avec l'Angleterre et la France pour fixer les frontières internationales et pour déterminer les territoires dans ces régions colonisées. Au sein du territoire même il fallut consolider l'empire allemand afin d'inculquer aux Africains, selon les paroles d'un fonctionnaire de l'administration allemande au Togo: «einen Begriff von der von der Schutzgebieteverwaltung beanspruchten Autorität»¹². Evidemment la population africaine n'acceptait pas d'emblée l'autorité allemande. Parfois il y a eu des campagnes militaires comme par exemple dans le Nord du Togo contre les Konkomba. Bien sûr ceci constituait une entrave à l'établissement de l'organisation administrative, pour ne pas parler de l'organisation judiciaire.

On peut indiquer de nombreux cas dans l'histoire coloniale allemande à propos de brutalités commises envers la population autochtone. Sous ce rapport la campagne de Von Trotha contre les Herero en Afrique du Sud-Ouest est devenue notoire¹³. D'autre part, dans une certaine mesure et conformément aux idées de l'époque, les Allemands ont essayé de recueillir des données concernant les cultures africaines. Ainsi, pour exécuter une résolution que le Reichstag avait prise le 3 mai 1907, on a entrepris de recueillir le droit coutumier, à l'aide de

6 A propos du concept de «Schutzgebiete», voir: Gareis, op. cit., p. 5-7.

7 F. Seelbach: Grundzüge der Rechtspflege in den deutschen Schutzgebieten, Bonn, 1904, p. 1.

8 Seelbach, op. cit., p. 1.

9 F. Luchaire: Droit d'Outre-Mer et de la Coopération, Paris, 1966, p. 117.

10 P. E. Schramm: Deutschland und Übersee, Berlin, 1950, p. 460.

11 H. Brunschwig: L'Expansion allemande d'Outre-Mer, Paris, 1957, p. 131.

12 A. Full: Fünfzig Jahre Togo, Berlin, 1935, p. 62.

13 Cornevin, op. cit., 1969, p. 61.

questionnaires rédigés par des «Kolonialgelehrten». Malheureusement ce projet a été voué à l'échec¹⁴.

C'est surtout la politique des concessions à l'usufruit de la terre qui a provoqué une grande tension entre les Allemands et la population autochtone. Aux yeux des Africains les Allemands se souciaient très peu de la question de savoir quels droits fonciers locaux grevaient les terrains. Les concessions aux entreprises européennes n'avaient qu'un seul but: pouvoir racheter aussi vite que possible la promesse faite dans la métropole que ces territoires d'outre-mer seraient bel et bien des sources de profit. A ce propos on se rappelle du comportement brutal au Cameroun lorsque les Allemands, peu avant le déclenchement de la première guerre mondiale, répondirent à l'opposition des habitants des villages sur les rives du Wuri contre la dépossession de leurs terres, par la pendaison de leur Chef Supérieur Rudolphe Manga Bell¹⁵. La nouvelle de ces brutalités et du comportement peu délicat de certains hauts fonctionnaires tels que les gouverneurs Horn (au Togo) et Puttkammer (au Cameroun) a suscité une grande agitation politique en Allemagne, et donnait lieu à une opposition véhémente à l'idée d'un empire colonial, mais cette fois-ci c'étaient les socio-démocrates qui s'y opposaient. En vertu de leurs principes ils prétendirent que les possessions coloniales devaient être liquidées. Ils alléguèrent en outre que les gains fabuleux faisaient défaut et que le déficit budgétaire augmentait de jour en jour tandis que les dépenses nationales devenaient exorbitantes. Seul le Togo faisait exception¹⁶.

Au point culminant de cette crise, en 1906–1907, Dernburg assumait la direction de la «Kolonialabteilung». D'emblée il se déclara prêt à congédier tous les fonctionnaires de l'administration qui s'étaient rendus coupables de brutalités, et à les faire poursuivre en justice. Or, ceci ne suffisait pas pour les socio-démocrates, d'autant plus que Dernburg ne manquait pas de dire, lui non plus, dans toutes ses harangues, que l'Allemagne profiterait du point de vue économique des matières premières provenant des colonies et du débouché colonial¹⁷. Ceci était contredit par les chiffres négatifs des budgets coloniaux, ce qui était favorable pour les socio-démocrates. Le gouvernement fut mis au pied du mur à tel point qu'il ordonna la dissolution du parlement, procéda à de nouvelles élections et revint dans le Reichstag renforcé par les anciens colonistes qui avaient su exploiter les sentiments chauvinistes.

Le gouvernement commença par nommer Dernburg Ministre des Colonies. C'était un homme fort capable: banquier de profession et s'intéressant beaucoup à l'économie, il s'était penché sur la reconstruction de l'administration coloniale dans les colonies anglaises. Des voyages d'étude dans les territoires coloniaux de l'Afrique – où il était frappé par le fait que les fonctionnaires de l'administration se servaient bien plus souvent de leur cravache que de leur bon sens – le mirent au courant des besoins de ces territoires. Selon Brunshwig il était «un économiste à l'esprit ouvert, un réalisateur et non un politicien»¹⁸.

En peu de temps Dernburg réussit à augmenter l'intérêt aux colonies. Cet intérêt se manifesta dans un grand nombre de domaines: dans le domaine des sciences, dans la formation des fonctionnaires de l'administration, mais aussi en ce qui concerne l'économie, bien que les socio-démocrates n'eussent pas tort quand ils disaient que les colonies coûteraient bien plus d'argent qu'elles n'en rapporteraient¹⁹.

14 H. Wick: Die Farbigenrechtspflege in den deutschen Schutzgebieten, Kolonial-Abhandlungen, Heft 4, 1914, Berlin, p. 1; Schlettwein: Kodifikation des Eingeborenenrechts in Togo, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1928, Band 43, p. 248–252.

15 Brunshwig, op. cit., 1957, p. 174.

16 Idem, p. 164.

17 Même aux endroits où le climat était favorable, les colonies allemandes ont été colonisées moins intensivement par les Allemands, que les autres régions en Afrique par les Anglais et les Français.

18 Op. cit., 1957, p. 167.

19 Brunshwig, op. cit., 1957, p. 176.

Sous l'impulsion de Dernburg, la politique coloniale changea de caractère. Si même aux yeux de Dernburg l'économie était le plus important, il y ajoutait tout de même des considérations éthiques, comme il disait lui-même : «Der Eingeborene ist der wichtigste Gegenstand der Kolonisation.»²⁰

Ce point de vue a résulté entre autres choses dans un rétablissement (partiel) du pouvoir des chefs coutumiers. Dans certaines régions comme au Togo²¹ on accorda à ces chefs des compétences judiciaires limitées. Une autre manifestation de la doctrine de Dernburg est l'interdiction de propagande religieuse au Nord-Togo où se trouvait (et se trouve toujours) une minorité musulmane considérable²².

Cependant la concession de terres aux colonisateurs continuait à provoquer des conflits. Les mesures limitées que le législateur avait prises entre 1895 et 1896²³ ne suffirent pas à éliminer ce grief.

Prenant comme point de départ les règlements qui existaient déjà, mais se basant sur le principe que la productivité était de la plus grande importance, Dernburg essayait de mieux protéger les droits des autochtones à la terre. Mais ses efforts se brisèrent sur le principe que la productivité devait être garantie. C'est pourquoi on continuait à se servir du terme de «herrenloses Land» (terre sans maître) ou de «Kronland» (terre appartenant à la couronne). Par «herrenloses Land» on entendait ce qui suit : «alles Land, am welchem nicht natürliche oder juristische Personen, Familien oder Familienverbände, Ortschaften oder Stammesgemeinschaften ein Eigentumsrecht nachweisen können»²⁴. Des terres appelées «herrenlos» échouaient à l'Etat.

Les efforts de Dernburg et plus tard de ses successeurs Lindequist et Solf, de protéger les droits des autochtones à la terre contre la poussée des colonisateurs, n'empêchaient pas que la population autochtone dut de plus en plus souvent se contenter des terres moins fertiles. Ceci était le cas des Hereros en Afrique du Sud-Ouest, en guise de punition de leur résistance contre les Allemands²⁵, mais aussi des Douala au Cameroun malgré les belles paroles de Solf devant le Reichstag : «Die Eingeborenen, meine Herren, sind unsere Schutzgenossen, und die deutsche Regierung hat um dessentwillen die Verpflichtung, die berechtigten Interessen der Eingeborenen zu den ihrigen zu machen. Denn wir wollen die Eingeborenen nicht ausrotten, wir wollen sie erhalten.»²⁶

L'administration coloniale allemande a été de courte durée, de sorte qu'un jugement adéquat n'est guère possible, et certainement pas pour ce qui est des sujets abordés ci-dessous, à savoir la relation entre le droit allemand et le droit coutumier. La littérature donne lieu à croire que les Allemands se trouvaient au début de la colonisation lorsque la première guerre mondiale mit fin à leur administration coloniale.

²⁰ B. Dernburg: *Zielpunkte des deutschen Kolonialwesens*, Berlin, 1907, p. 6.

²¹ L. Pechoux: *Le mandat française sur le Togo*, Paris, 1939, p. 118.

²² Dès le début de la colonisation allemande, les Allemands se sont montrés favorables à l'islam. A ce propos nous citons un rapport (inédit) des missionnaires Mohr et Martin de la Baseler Mission à leurs supérieurs à Bâle, en 1906 : «Der Einfluß des Islam läßt sich kaum genau bestimmen. Die Leute schauen an diesen guten Freunden der Regierung hinauf! Die Regierung selbst stellt auf die einflußreiche Stellung des Islam die Quittung aus durch ihr peinliches Bestreben, alles zu vermeiden, was die Mohammedaner reizen könnte. So hat Graf Zech (à cette époque Gouverneur au Togo) verlangt, nicht öffentlich zu predigen, vielmehr sollten die Bezirksleiter die Bevölkerung zuerst über die Absicht der Missionare aufklären!»

²³ Brunschwig, op. cit., 1957, p. 173; ainsi pour le Cameroun on maintint le principe que pour chaque homme adulte six hectares de terre seraient disponibles. Voir le décret du gouverneur du Cameroun, *Kolonial Blatt*, 1904, p. 750; St. Melone: *La parenté et la terre dans la stratégie du développement*, Paris, 1972, p. 52.

²⁴ Voir l'article 1 du décret du premier février 1910, *Kolonial Blatt*, 1910, p. 218; comparez aussi ce décret au décret impérial du 25 juin 1896, *Kolonial Blatt*, 1896, p. 435, article 1.

²⁵ Voir le décret impérial du 26 décembre 1905, *Kolonial Blatt*, 1906, p. 1, article 1.

²⁶ M. Erzbergen: *Die deutsche Kolonialpolitik vor dem Gerichtshof der Welt, Deutscher Kolonial Kongreß*, 1924, p. 16.

2. Validité du droit coutumier

Lorsque, l'Allemagne, après avoir établi son autorité et fixé ses frontières, se pencha sur l'administration et sur la justice, on prit comme point de départ l'idée qu'il fallait continuer à laisser (provisoirement) à la population africaine la possession de son propre droit, tant qu'elle ne se serait pas encore beaucoup assimilée à la civilisation européenne, et dans la mesure où ce droit coutumier ne serait pas contraire aux «Anschauungen europäischer Zivilisation»²⁷.

En partie cette idée était fondée sur des principes éthiques, mais on considérait aussi qu'il serait à peu près impossible d'imposer (et appliquer) le droit allemand dans des sociétés auxquelles ce droit est étranger, tant que la population n'aurait pas accepté les principes du droit occidental. La population européenne cependant était régie par le droit privé allemand, appliqué par des tribunaux allemands, l'institution et le fonctionnement desquels étaient réglementés par la loi dite «Konsulargerichtsbarkeitsgesetz»²⁸. Au début cette loi ne s'appliquait qu'à la juridiction consulaire allemande, mais ensuite elle fut appliquée aussi à la juridiction allemande dans les colonies²⁹. Au Togo il ne s'agissait d'ailleurs que d'une poignée de personnes; même à l'apogée de la colonisation allemande entre 1913 et 1914, il n'y eut que 340 Allemands qui travaillaient au Togo³⁰.

Dans l'article 4 de la Schutzgebietsgesetz³¹ on avait couché le principe que le droit coutumier («Gewohnheitsrecht») prédominait les relations juridiques mutuelles de la population africaine dans les termes suivants: «die Eingeborenen unterliegen den im Paragraph 2 und 3 bezeichneten Vorschriften nur insoweit, als dies durch kaiserliche Verordnung bestimmt wird. Den Eingeborenen³² können durch kaiserliche Verordnung bestimmte andere Teile der Bevölkerung gleichgestellt werden». Cette dernière clause voulait dire que le droit coutumier pouvait aussi s'appliquer aux non-Africains tels que les Arabes et les Asiatiques. Les articles 2 et 3 auxquels renvoi l'article 4 de la Schutzgebietsgesetz renvoient à leur tour à des stipulations de la Konsulargerichtsbarkeitsgesetz. Ces stipulations, comme nous venons de le voir, réglementaient l'organisation judiciaire et la justice applicable à la population européenne. C'était donc avant tout l'Empereur qui était autorisé à réglementer l'organisation judiciaire indigène dans la mesure où la juridiction coutumière n'était pas le privilège des chefs coutumiers, comme au Togo³³. L'exécution de la compétence de réglementation de l'Empereur était souvent laissée au Chancelier de l'Empire (Voir l'article 8 de la Schutzgebietsgesetz³⁴). Ceci avait comme résultat que les projets de la Konsulargerichtsbarkeitsgesetz, à laquelle renvoyaient les articles 2 et 3 de la Schutzgebietsgesetz, étaient réglementées par des décrets du Chancelier de l'Empire, à cette condition toutefois, qu'ils ne sortent pas du cadre imposé par la loi³⁵. Outre cette délégation légale, l'Empereur, en tant que détenteur de la souveraineté de l'Empire avait le droit de déléguer sa compétence de réglementation au Chancelier³⁶. Celui-ci en a fait un usage fréquent, et c'est surtout dans cette optique que le décret de l'Em-

27 Seelbach, op. cit., 1904, p. 7 et l'article 4 du Schutzgebietsgesetz.

28 Le 7 avril 1900, Reichsgesetzblatt, 1900, p. 213, voir aussi: Zorn-Giessen: Kolonialgesetzgebung, Berlin, 1913, p. 121-136.

29 Seelbach, op. cit., 1904, p. 7.

30 Full, op. cit., 1935, p. 58.

31 25 juillet 1900, Reichsgesetzblatt, 1900, p. 213, modifié le 16 juillet 1912, Reichsgesetzblatt, 1912, p. 443.

32 Nulle par la loi n'a défini le terme d'«Eingeborene» (= indigène); par là on entendait en premier lieu la population autochtone elle-même, mais ensuite, à cause d'un décret impérial du 9 novembre 1900 aussi «die Angehörigen anderswo unzivilisierter Rassen, das heißt grundsätzlich alle Angehörigen anderswo beheimateter farbiger Stämme», voir Wick, op. cit., 1914, p. 5.

33 Mais même dans ce cas-là l'Empereur pouvait prendre des mesures, selon Seelbach, op. cit., 1904, p. 10.

34 «Der Reichskanzler hat die zur Ausführung des Gesetzes erforderlichen Anordnungen zu erlassen.»

35 Deutsches Kolonial Lexikon, Band III, p. 608.

36 Idem, p. 608: «Die Schutzgewalt, als die alles umfassende Staatsgewalt, gibt dem Kaiser, der sie ausübt, auch die Macht, das Verordnungsrecht auf den Reichskanzler zu übertragen.»

pereur du 3 juin 1908 est important. Par ce décret l'Empereur a autorisé le Chancelier, «für die afrikanischen und Südseeschutzgebiete Vorschriften und Anordnungen zu erlassen, die die Einrichtung der Verwaltung sowie das Eingeborenenrecht und die Gerichtsbarkeit über Eingeborene, auch soweit Nicht-Eingeborene beteiligt sind, betreffen»³⁷. A son tour le Chancelier pouvait déléguer son pouvoir législatif aux organismes supérieurs de l'administration des colonies, à savoir aux gouverneurs³⁸. Il était possible aussi que l'Empereur leur délègue directement leur pouvoir législatif³⁹. En dernier lieu les gouverneurs avaient le droit de déléguer leurs pouvoirs législatifs aux fonctionnaires de l'administration qui leur étaient subordonnés, notamment aux «Bezirksamtmänner» et aux «Stationsleiter», selon leur appellation au Togo. De cette manière il se fit dans chaque colonie une législation étendue publiée dans les organes du gouvernement; législation destinée en premier lieu à l'administration locale et aux instances judiciaires dans la colonie en question⁴⁰.

Tandis que dans le domaine du droit privé les relations juridiques entre Africains étaient réglés par le droit coutumier (dans certaines limites) et dans le domaine du droit pénal, de nombreuses dispositions pénales allemandes étaient en vigueur pour les Africains aussi. On avait appliqué le droit pénal allemand dans l'espoir de mieux garantir l'ordre public dans la colonie de cette façon. Pourtant on n'avait pas déclaré l'ensemble du droit pénal comme étant en vigueur en Allemagne, ainsi le principe de base – *nulla poena sine lege* – ne s'appliquait pas, et cela pour la raison pragmatique que l'introduction de cette règle ne permettrait pas à l'administration d'agir contre des actes que le droit pénal allemand n'avait pas prévus. En outre on croyait que la «rechtsschöpferische Kraft», assignée à la juridiction pénale se perdrait. Les stipulations du Code Pénal étaient plutôt un fil conducteur: «. . . so geben sie doch immerhin gewissen Anhalt, und es ist Sache der Bezirksämter und Stationen, die in diesen Gesetzen niedergelegten Rechtsanschauungen, soweit sie auf die von den europäischen Verhältnissen immerhin abweichenden Verhältnisse des Landes nur irgend angewandt werden können, allmählich auch in den Eingeborenen großzuziehen. Am geeignetsten geschieht dies durch wiederholten Hinweis auf die Strafbarkeit der fraglichen Handlungen»⁴¹.

3. Organisation judiciaire

La coexistence de deux systèmes judiciaires – d'une part le droit privé allemand pour la population européenne, d'autre part le droit privé autochtone pour les Africains – a résulté aussi dans l'institution de deux sortes de tribunaux. Pour les Européens il y avait les tribunaux allemands, aménagés selon les règles de la *Konsulargerichtsbarkeitsgesetz*, et pour la population autochtone on laissait (en partie) la juridiction aux chefs coutumiers. Ceci était basé sur l'article 4 de la *Schutzgebietgesetz* et plus tard sur un décret impérial du 3 juin 1908. On avait laissé les litiges dans le domaine du droit privé aux chefs coutumiers («Oberhäuptlinge» et «Häuptlinge») plutôt à cause d'un manque continu de fonctionnaires allemands qui eussent pu se charger de cette tâche, qu'en raison d'une idée de justice envers la population autochtone. Le justiciable de la juridiction par les chefs coutumiers pouvait interjeter appel auprès du fonctionnaire de l'administration («Bezirksleiter» ou «Stationsleiter»); il avait même

37 Deutsches Kolonial Lexikon, p. 608.

38 Voir l'article 15, paragraphe 3 de la *Schutzgebietgesetz*: «Die Ausübung der Befugnis zum Erlassen von Ausführungsbestimmungen (Abs. 1) und von Verordnungen der im Abs. 2 bezeichneten Art kann vom Reichskanzler der mit einem Kaiserlichen Schutzbriefe für das betreffende Schutzgebiet versehenen Kolonialgesellschaft sowie den Beamten des Schutzgebietes übertragen werden.»

39 Ceci résulte de l'article 1 de la *Schutzgebietgesetz*, voir aussi: Wick, op. cit., 1914, p. 6; Seelbach, op. cit., 1904, p. 8.

40 Pour le Togo: Die Landesgesetzgebung des Schutzgebietes Togo, Berlin, 1910.

41 Wick, op. cit., 1914, p. 68.

le droit de lui soumettre directement son litige. Il nous a été impossible de vérifier dans quelle mesure on avait recours à cette option à N'zara⁴². Les chefs coutumiers avaient la compétence d'imposer des amendes dont 10 % constituaient des revenus pour eux-mêmes : les chefs de village avaient le droit d'infliger des amendes montant jusqu'à 50 Mark, le Chef Supérieur même jusqu'à un maximum de 100 Mark, montant inouï à l'époque.

La juridiction pénale était entre les mains des fonctionnaires de l'administration : « Abgesehen davon, daß die deutsche Regierung sehr oft keine Eingeborenen gefunden hätte, die ihnen für Ausübung der Strafgerichtsbarkeit im Sinne der deutschen Regierung genügend geeignet erschienen, war bei Übertragung der Farbigengerichtsbarkeit auf Weiße auch die Erfahrung maßgebend, daß bei den Eingeborenen derjenige als der wahre Machthaber angesehen wird, der auch das Recht hat, Strafen zu verhängen. »⁴³ Dans certains cas le gouverneur avait le dernier mot, notamment lorsqu'il s'agissait d'amendes dépassant la somme de 100 Mark, de termes de prison de plus de six mois et pour l'exécution de la peine capitale, il fallait l'autorisation du gouverneur.

4. Restrictions de la validité du droit coutumier

Cependant il ne faut pas conclure de l'article 4 de la Schutzgebietsgesetz, qu'on n'eût pas imposé de limitations à la validité du droit coutumier. La stipulation la plus extrême était bien celle qui disait que le droit coutumier ne devait pas être contraire aux « Anschauungen europäischer Zivilisation ». En fait ceci ne différait point de ce qu'à l'époque coloniale française on a appelé « l'ordre public colonial ». Ainsi, par exemple des fiançailles d'enfants (« Kinderverlobungen ») étaient interdites par la loi⁴⁴ : « In Togo war es bis dahin keine Seltenheit, daß bindende Verlobungen von Kindern, die häufig noch im zartesten Kindesalters standen, durch deren Gewalthaber geschlossen wurden. In Zukunft besitzen sie keine Verbindlichkeit mehr. »⁴⁵

Mais aussi en ce qui concerne les droits fonciers, le législateur allemand a imposé des limitations. Au début le gouvernement avait accordé bien des terres en concession, ce qui provoqua la résistance de la population autochtone. En 1904 un décret empêchant la dépossession de terres sans autorisation du gouverneur entra en vigueur. Dans ce décret on a omis d'indiquer sous quelles conditions le gouverneur donnerait son autorisation, de sorte qu'il est impossible de vérifier dans quelle mesure les droits de la population étaient garantis (en pratiques). Le gouverneur avait le moyen d'imposer des restrictions à ceux qui acquéraient les terres des autochtones, notamment pour ce qui était de la durée et de l'usage. D'ailleurs il y avait toujours la possibilité que le gouvernement déposédait des terres au profit de la communauté. A cet égard le terme de « herrenloses Land » précité est important. Dans la plupart des colonies cette « herrenloses Land » équivalait à une propriété publique, dont l'Etat pouvait faire selon son gré. Au Togo on a fait exception à cette règle dans la mesure où l'on n'a pas immédiatement déclaré la « herrenloses Land » comme appartenant aux biens publics. Pour cela il fallait encore une « amtliche Besichtigung » sur les lieux. Le « Eingeborenenvogt » – un Euro-

42 Pendant nos recherches nous avons essayé à plusieurs reprises de trouver dans un ancien bâtiment de l'administration (à ce qu'on disait de l'époque allemande) des archives datant d'avant 1914. Nous n'y avons trouvé que des excréments de chauve-souris ; pas de jurisprudence allemande. En 1975, à la suite d'un accord bilatéral entre l'Allemagne fédérale et le Togo, on a commencé sous la direction d'un certain nombre d'archivistes allemands à microfilmer des archives allemandes de la période 1910–1914. Selon toute probabilité ce matériel contiendra des données intéressantes concernant le règlement de litiges par des fonctionnaires de l'administration, notamment en ce qui concerne des litiges fonciers.

43 Wick, op. cit., 1914, p. 93.

44 Circulaire du gouverneur du Togo du 11 février 1907, voir aussi Deutsche Kolonialgesetzgebung, tome XI, p. 94.

45 Wick, op. cit., 1914, p. 48.

péen chargé spécialement de gérer les droits fonciers des autochtones à l'égard de l'administration – et les Africains en question y assistaient. Si le «Eingeborenenvogt» ne réussissait pas à défendre les intérêts des autochtones avec succès, et si la prétention des Africains était rejetée, on pouvait interjeter appel devant gouverneur.

Conformément à un décret de 1904⁴⁶ les droits fonciers des autochtones étaient inscrits dans le livret foncier («Grundbuch»), mais pour chaque cas séparé le gouverneur décidait dans quelle mesure les autochtones avaient le droit ou étaient obligés de faire inscrire leurs terrains dans le livret foncier («. . . die Eingeborenen berechtigt waren zur Eintragung ihrer Grundstücke in das Grundbuch oder hierzu angehalten werden können»). Cette inscription des droits fonciers des autochtones était importante pour ce qui était des droits coutumiers que le juge avait tendance à sousestimer ou à ne pas reconnaître du tout. Il s'agit de droits «peu définis», aux yeux des Allemands comme le droit de la pêche, le droit de pacage, de chasse et d'affouage, sur la terre inculte. L'Article 6, paragraphe 3b, du décret impérial du 21 novembre 1902⁴⁷ démontre que ces droits-là pouvaient être inscrits tout aussi bien. Dans la dernière clause de cet article on déviait même du principe que par l'immatriculation le droit allemand s'appliquait aux terres immatriculées. Nous doutons si ce raisonnement juridique a été appliqué fréquemment, compte tenu du grand besoin d'obtenir du terrain chez les Allemands: «Da aber die Besitzbeziehungen der Farbigen zum Boden vielfach zu sehr flüchtig sind, andererseits Landansprüche maßloser Weise geltend gemacht wurden, so ist die Feststellung des im Besitz oder Eigentum der Farbigen befindlichen Landes in der Praxis öfter . . . darauf hinausgelaufen, dem Farbigen soviel Land zuzuteilen, als für seine Wirtschaft notwendig erschien.»⁴⁸

Pendant la période assez chaotique après la prise du pouvoir dans une partie de l'ancienne colonie du Togo par la France, en 1914, (l'autre devint territoire sous mandat gouverné par les Anglais), on maintint d'abord telle quelle la situation juridique qui existait déjà. Cette situation changea, lorsque la législation française, telle qu'elle était en vigueur en Afrique Occidentale française, fut appliquée, dès 1920 au Togo (sous une forme modifiée ou non) à condition que des droits obtenus légalement pendant la période allemande fussent respectés. Ceci était surtout important par rapport aux droits fonciers enregistrés⁴⁹. La rupture définitive d'avec le passé juridique allemand au Togo eut lieu le 22 novembre 1922, lorsque la France organisa selon ses propres idées la validité du droit coutumier et l'organisation judiciaire.

46 Le 5 septembre 1904, Kolonial Blatt, 1904, p. 631, modifié le 20 mai 1911, Kolonia Blatt, 1911, p. 477. C'est un bon exemple de délégation de pouvoir: voir l'article 5 du décret impérial concernant les droits fonciers dans les colonies allemandes.

47 «Der Reichskanzler und mit seiner Genehmigung der Gouverneur können bestimmen, daß . . . b) gewisse Nutzungsrechte, selbst wenn sie unvererblich oder unübertragbar sind, Grundbuchblätter erhalten können, und daß auf diese Nutzungsrechte die auf Grundstücke Eingeborener sich beziehenden Vorschriften Anwendung finden.»

48 J. Bachem, Staatslexikon, Band III, Freiburg, 1910, p. 358.

49 Voir aussi: Le Bris, E.: Surpression démographique et évolution foncière: le cas du sud-est du Togo, in: African Perspectives, 1979, No. 1, p. 115, Leiden.

These criticisms should, however, serve to refine the theory and develop it further. The Egyptian case study and the empirical testing it involved revealed Huntington's framework to be a useful tool in empirical research but one needing to be developed considerably and used in conjunction with insights from other disciplines.

Customary Law in Togo under German Colonial Rule

By E.A.B. VAN ROUVEROY VAN NIEUWAAL

Many books and articles have been written about the legal policy of the colonial powers in their former colonies. At the beginning of this century the formal legal relationship between the imported law (from European or Islamic origin) versus customary law drew the attention of the colonial lawgiver and scholars as well. About German legal policy in the colonies little is known outside the German (scientific) world. One of the reasons may be the comparatively short time that Germany was a colonial power; their colonial empire lasted only from 1884/1885 till 1919, the year of the Treaty of Versailles.

In this contribution the author describes in detail the legal framework of German law and "Gewohnheitsrecht" ("indigenous law") in one of Germany's best known colonies, Togo, in West Africa. Particularly the position of Togolese land tenure law comes up for discussion.

Federalism under Military Government: Argentina

By PETER MALANCZUK

The decline of federalism and of provincial autonomy guaranteed by the Argentine Constitution of 1853 with its later amendments is a significant example for the problems concerning the effectiveness of Argentine constitutional law in general. The "Provincial Problem" has marked Argentine history under changing conditions from the declaration of independence to the present days of military rule. The degrading of the provinces to administrative branches of civil or military central governments in the dominant capital region of Buenos Aires is due to complex economical, technical, political and constitutional factors. This essay is primarily concerned with the constitutional aspects which, however, cannot be separated from the institutional crisis and the underlying structural problems of socio-economic development and change since the first successful military coup in 1930. The present political situation in Argentina, since 1976 again as in most of the time after 1930 under military rule, has to be seen in this context (I.). To understand the process of the decline of federalism which started before the formal abolition of provincial autonomy became one of the standard measures of the various military regimes, it is necessary to consider the historical background in the 19th century and the development of the "Provincial Problem" (II.). The constitutional arrangement of federalism, the constitutional practice and the gap between constitutional text and reality are examined on this basis (III.). The development of Argentina to a unitary state in substance in contrast to the Federal Constitution of the USA which served as a model is to be explained by the entirely different geographical, economical, political and cultural-legal conditions. Military rule has enforced the tendency towards centralisation but previous civil governments are no less responsible for the decline of federalism.